



**FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER**

MADRID  
Fortuny 6  
28010 Madrid

T+34 91 319 1024

Teléfono Directo +

F+34 91 308 4636

Fax Directo +

G4 F+34 91 391 0185

E

W freshfields.com

NO DOC MA121820/8+

N/REF FB

S/REF

CM No 110622-0019

26 de noviembre de 2003

### **Comunicación de hecho relevante**

En nombre y representación de Total, S.A., les adjuntamos el texto del hecho relevante que esta sociedad desea difundir al mercado mediante comunicación a la CNMV.

Atentamente,

Fernando Bautista Sagüés

P.S.: Anexo versión española y francesa del hecho relevante de 26 de noviembre de 2003 así como versión francesa de la decisión del Árbitro.



TOTAL

A fin de proteger sus derechos, y de conformidad con las cláusulas recogidas en sus acuerdos con Banco Santander Central Hispano (SCH), Total inició el 13 de octubre de 2003 un procedimiento arbitral en La Haya ante el Instituto de Arbitraje de los Países Bajos. SCH aceptó la iniciación de este procedimiento.

El 25 de noviembre, el Árbitro ha dictado ciertas medidas provisionales a la espera de la resolución del litigio de fondo sobre, entre otros, la ruptura unilateral de los acuerdos por SCH.

Las medidas provisionales se recogen en las páginas 61 a 63 de la versión francesa de la decisión del Árbitro, adjunta a la presente. En particular, estas medidas constan de los siguientes elementos:

1. El Árbitro ordena a SCH:
  - que se abstenga de toda acción que pudiera conducir a que las acciones de CEPSA de las que es propietario directo o indirecto sean transmitidas o gravadas de derechos;
  - que no ejercite los derechos inherentes a las acciones de CEPSA adquiridas a través de la OPA, salvo acuerdo contrario de las partes; y
  - que no provoque o intente provocar la liquidación de Somaen Dos en condiciones que no respetarían los derechos de Total a recibir las acciones de CEPSA a las que Total tiene derecho, salvo acuerdo en contrario de las partes.
  
2. Además, el Árbitro ordena a ambas partes que se abstengan de toda acción que pudiera conducir a que:
  - las reglas de mayoría cualificada, tal y como se recogen en el Acuerdo de 5 de enero de 1995, no sean respetadas; y
  - las claves de reparto de los mandatos en el seno de los Consejos de Administración y de las Comisiones Ejecutivas de Somaen Dos y CEPSA sean modificadas.
  
3. Finalmente, el Árbitro hace constar a Total que su solicitud de medidas provisionales no tiene por objeto directo o indirecto tomar el control de CEPSA y le ordena respetar este compromiso.

Adresse postale : 2, place de la Coupole - La Défense 6 - 92078 Paris La Défense Cedex  
Tél : +33 (0) 1 47 44 45 46

TOTAL S.A  
Société Anonyme au capital de 6.781 261 540 euros  
Siège social : 2, place de la Coupole - La Défense 6 - 92400 Courbevoie - France

Tal y como establece el Árbitro en su decisión, las medidas dictadas:

- “han sido adoptadas y limitadas al objetivo perseguido, para no poner en peligro la ejecución de una sentencia en cuanto al fondo. Además, han sido adoptadas de manera que no causen un perjuicio irreparable” (punto 159 de la decisión del Árbitro); y
- “no corren riesgo de atentar contra los derechos de terceros, y especialmente de los inversores españoles, y no obstaculizar el funcionamiento del mercado bursátil español” (punto 160 de la decisión del Árbitro).

Total toma nota de la decisión del Árbitro.

Paris, 26 de noviembre de 2003.



Afin de préserver ses droits, Total a engagé le 13 octobre 2003 une procédure d'arbitrage auprès de l'Institut Néerlandais d'Arbitrage à La Haye, conformément aux clauses prévues dans ses accords avec Banco Santander Central Hispano (SCH). SCH a accepté le principe de cette procédure.

Le 25 novembre, l'Arbitre a rendu des mesures provisoires dans l'attente du règlement du litige sur le fond concernant, entre autres, la rupture unilatérale des accords par SCH.

Les mesures provisoires sont décrites en pages 61 à 63 de la version française de la décision de l'Arbitre, jointe à la présente. Elles comportent notamment les éléments suivants :

1. L'Arbitre ordonne à SCH:

- de s'abstenir de toute action qui pourrait conduire à ce que les actions de CEPSA qu'il détient directement ou indirectement soient cédées ou grevées de leurs droits;
- de ne pas exercer les droits attachés aux actions CEPSA acquises durant l'OPA, sauf accord contraire des parties ; et
- de ne pas provoquer ou tenter de provoquer la liquidation de Somaen Dos dans des conditions qui ne préserveraient pas les droits de Total à recevoir les actions de CEPSA auxquelles Total a droit, sauf accord contraire des parties.

2. Par ailleurs, l'Arbitre ordonne aux deux parties de s'abstenir de toute action qui pourrait conduire à ce que:

- les règles de majorité qualifiée telles que reprises à l'Accord du 5 janvier 1995 ne soient pas respectées; et
- les clefs de répartition des mandats au sein des Conseils d'Administration et des Commissions Executives de Somaen Dos et Cepsa soient modifiées.

3. Enfin, l'Arbitre donne acte à Total de ce que sa demande de mesures provisoires n'a pas pour objet direct ou indirect de prendre le contrôle de Cepsa et lui ordonne de respecter cet engagement.

Adresse postale : 2, place de la Coupole - La Défense 6 - 92078 Paris La Défense Cedex  
Tél : +33 (0) 1 47 44 45 46

TOTAL S.A

Société Anonyme au capital de 6 781 261 540 euros

Siège social : 2, place de la Coupole - La Défense 6 - 92400 Courbevoie - France

Comme précisé par l'Arbitre dans sa décision, les mesures octroyées:

- « ont été adaptées et limitées à l'objectif poursuivi, de ne pas mettre en péril l'exécution d'une sentence au fond. Elles ont par ailleurs été établies de manière à ne pas créer de préjudice irréparable » (point 159 de la décision de l'Arbitre) ; et
- « ne risquent pas de porter atteinte aux droits des tiers et notamment des investisseurs espagnols et n'entravent pas le fonctionnement du marché boursier espagnol » (point 160 de la décision de l'Arbitre).

Total prend acte de la décision de l'Arbitre.

Paris, 26 novembre 2003

**INSTITUT NÉERLANDAIS D'ARBITRAGE**  
**ARBITRAGE N°2868**

**SENTENCE**

**ELF AQUITAINE S.A.**  
**France**

**&**

**ODIVAL S.A.**  
**France**

*Demanderesses*

*CONTRE*

**BANCO SANTANDER**  
**CENTRAL HISPANO S.A.**  
**Espagne**

*Défenderesse*

## I. LES PARTIES À L'ARBITRAGE

1. Les Demanderesses à l'arbitrage sont :

1. ELF AQUITAINE

2 Place de la Coupole

La Défense 6

92400 Courbevoie

France

Téléphone : +331 47444546

Fax : +331 47444876

(Attention : M. Alain-Marc Irissou / M. Peter Herbel)

Ci-après dénommée « ELF AQUITAINE » ou « ELF ».

2. ODIVAL

2 Place de la Coupole

La Défense 6

92400 Courbevoie

France

Téléphone : +331 47444546

Fax : +331 47444876

(Attention : M. Alain-Marc Irissou / M. Peter Herbel)

Ci-après dénommée « ODIVAL ».

2. ELF, société anonyme de droit français immatriculée en France, est une société cotée ayant pour activité l'exploration, la production et la distribution de produits pétroliers.

3. ODIVAL, également société anonyme de droit français, est une filiale indirecte à 100% d'ELF constituée en 1995, conformément à un Protocole signé par les parties en 1995

(voy. infra n° 4 et suivants), afin de détenir la participation de ELF dans la société holding SOMAEN DOS (ci-après « SOMAEN DOS » ou « SOMAEN »). ODIVAL est, par l'effet d'accords subséquents, partie au Protocole de 1995 et à d'autres accords entre les parties.

4. Les Demanderesses sont représentées dans cette procédure par :

D. Brian King

Freshfields Bruckhaus Deringer

Apollolaan 151

1077 AR Amsterdam

Pays-Bas

Tel: +31 20 4857625

Fax: +31 20 5727627

Email: [brian.king@freshfields.com](mailto:brian.king@freshfields.com)

Elie Kleiman et Eric Schwartz

Freshfields Bruckhaus Deringer

69 boulevard Haussmann

75008 Paris

France

Tel: +331 4456 4456

Fax: +331 4456 4400

E-mail: [elie.kleiman@freshfields.com](mailto:elie.kleiman@freshfields.com) ; [eric.schwartz@freshfields.com](mailto:eric.schwartz@freshfields.com)

Vicente Sierra Rocafort

Freshfields Bruckhaus Deringer

Calle Fortuny 6

28010 Madrid

Espagne



Tel: + 34 91 3191024  
Fax: + 34 91 3084636  
Email: [vicente.sierra@freshfields.com](mailto:vicente.sierra@freshfields.com)

José Antonio Cremades  
Despacho J.A. Cremades y Asociados  
Antonio Maura, 10  
28014 Madrid  
Espagne  
Tel : + 34 91 531 69 49  
Fax : + 34 91 521 25 82  
Email : [jacremades@jacremades.com](mailto:jacremades@jacremades.com)

5. La Défenderesse à l'arbitrage est :

BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A. (SCH)  
Paseo de Pereda, números 9 y 11  
39004 Santander  
Cantabria  
Espagne  
Tel.: +34 942 20 61 00  
Fax: +34 942 20 61 12

6. La Défenderesse a élu domicile aux fins de la présente procédure à l'adresse suivante:

BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A. (SCH)  
Plaza de Canalejas, 1-3<sup>a</sup> pl.  
28014 Madrid  
Espagne  
Tel.: +34 91 342 46 10  
Fax: +34 91 342 46 13

Email : [agucazorla@gruposantander.com](mailto:agucazorla@gruposantander.com)

(Attention : M. Ignacio Benjumea Cabeza de Vaca)

Ci-après dénommée « SCH ».

7. La Défenderesse est représentée dans cette procédure par :

Me Jesús Remón Peñalver / Me Salvador Sánchez-Terán

Uría & Menéndez

Jorge Juan, 6

28001 Madrid

Espagne

Tél : + 34 91 586 03 71 / 04 76

Fax : + 34 91 586 07 42 / 07 77

Email : [jrp@uria.com](mailto:jrp@uria.com) / [sst@uria.com](mailto:sst@uria.com)

Me Yves Derains

Derains & Associés

167 bis, avenue Victor Hugo

75116 Paris

France

Tel. : + 33 1 45 53 38 38

Fax : + 33 1 45 53 63 48

Email : [derains.ass@wanadoo.fr](mailto:derains.ass@wanadoo.fr)

Me Paul Cronheim

De Brauw Blackstone Westbroek

Tripolis

Burgerweeshuispad 301

1076 HR Amsterdam

Pays-Bas

Tél.: + 31 20 577 15 68  
Fax : + 31 20 577 19 46  
Email : [paul.cronheim@debrauw.com](mailto:paul.cronheim@debrauw.com)

Me Juan Fernández-Armesto  
General Pardiñas, 102 – 8° Izda.  
28006 Madrid  
Espagne  
Tél: + 34 91 562 16 25  
Fax : + 34 91 515 91 45  
Email : [jfa@jfarmesto.com](mailto:jfa@jfarmesto.com)

8. SCH est une banque de droit espagnol immatriculée en Espagne. SCH est le résultat de la fusion entre BANCO SANTANDER, S.A. et BANCO CENTRAL HISPANOAMERICANO, S.A. en 1999.

## **II. LA DEMANDE D'ARBITRAGE**

9. Le 13 octobre 2003, les Demanderesses ont introduit contre la Défenderesse une procédure de référé arbitral conformément à la section 4 A du Règlement d'arbitrage de l'Institut Néerlandais d'Arbitrage (NAI). La requête tend à obtenir l'octroi par l'arbitre de mesures provisoires en attendant qu'il soit statué définitivement par le Tribunal Arbitral qui aura à statuer au fond dans le cadre de la requête d'arbitrage déposée par les Demanderesses le 20 octobre 2003. La requête de mesures provisoires et la requête au fond se fondent sur une prétendue violation par SCH des accords intervenus entre les parties, plus amplement détaillés à la section V, ci-après.
10. Les Demanderesses fondent en premier lieu leur requête sur l'Article 14 du Protocole du 5 janvier 1995 conclu entre les parties. Cet article contient une clause

compromissoire qui soumet à l'arbitrage tous les litiges relatifs à ce contrat (ainsi qu'aux accords antérieurs de 1990 et 1991). Cette clause stipule :

*« Le présent contrat est soumis au droit espagnol.*

*Tous différends découlant du présent contrat ainsi que des Protocoles de 1990 et 1991 seront tranchés définitivement par l'arbitrage international en droit administré par THE NETHERLANDS ARBITRATION INSTITUTE, le nombre d'arbitres étant de trois, le lieu d'arbitrage étant La Haye (Pays-Bas) et les langues officielles l'espagnol et le français. »*

11. Les Demanderesses se fondent en outre sur la clause d'arbitrage contenue dans un Contrat de vente signé le 21 février 1995 entre, notamment, ELF, ODIVAL ET SCH qui soumet en son Article 9 tout litige potentiel à l'arbitrage de l'Institut Néerlandais d'Arbitrage :

*« Le présent contrat est régi par le droit espagnol.*

*Tous les différends relatifs au présent contrat seront tranchés définitivement par l'arbitrage international en droit, administré par THE NETHERLANDS ARBITRATION INSTITUTE, les arbitres étant au nombre de trois, le siège de l'arbitrage étant à La Haye (Pays-Bas) et les langues officielles étant l'espagnol et le français. »*

12. Les Demanderesses se fondent également sur un Accord intervenu entre elles en 1996, qui a confirmé l'applicabilité de la clause compromissoire en son Article 9, lequel renvoie purement et simplement à l'Article 14 du Protocole de 1995 : *« On se tiendra aux dispositions du Protocole du 5 janvier 1995 ».*

13. Le siège de l'arbitrage est à La Haye (Pays-Bas), conformément à l'Article 14 du Protocole de 1995 (confirmé par l'Article 9 de l'Accord de 1996) et à l'Article 9 du Contrat de vente de 1995. Toutefois, conformément à l'article 22, 2 du Règlement d'arbitrage du NAI, il a été décidé du commun accord des parties que l'audience relative aux mesures provisoires ait lieu à Bruxelles.

14. Le nombre des arbitres est fixé à trois par l'Article 14 du Protocole de 1995 (confirmé par l'Article 9 de l'Accord de 1996) et l'Article 9 du Contrat de vente de 1995. Cette stipulation n'a cependant pas vocation à s'appliquer dans le cadre d'une procédure de référé arbitral, pour lequel un Arbitre unique a été désigné, conformément à l'Article 42(f)1 du Règlement d'arbitrage du NAI.
15. Les langues officielles de l'arbitrage sont le français et l'espagnol, conformément à l'Article 14 du Protocole de 1995 (confirmé par l'Article 9 de l'Accord de 1996) et à l'Article 9 du Contrat de vente de 1995. La Requête et les mémoires subséquents ont été déposés par les conseils des parties dans les deux langues, ainsi d'ailleurs que la plupart des pièces du dossier.
16. Par ailleurs, lors de la conférence téléphonique qui a eu lieu entre les conseils des parties et le Tribunal Arbitral le 16 octobre 2003, il a été convenu que pour des raisons de facilité, les correspondances usuelles pouvaient être rédigées en langue anglaise.
17. La loi applicable aux contrats est la loi espagnole, conformément à la clause stipulée à l'Article 14 du Protocole de 1995 et l'Article 9 de l'Accord de 1996.

### **III. La procédure**

18. La requête de référé arbitral a été déposée auprès de l'Institut Néerlandais d'Arbitrage le 13 octobre 2003. Elle était accompagnée de pièces C1 à C26.
19. En date du 14 octobre 2003, l'Institut Néerlandais d'Arbitrage a nommé en qualité d'arbitre unique :  
Le Professeur Bernard Hanotiau  
Avocat

rue Général Lotz, 76  
1180 Bruxelles  
Belgique  
Tél: + 32 2 290 39 00  
Fax : + 32 2 290 39 39  
Email : [bernard.hanotiau@hvdb.com](mailto:bernard.hanotiau@hvdb.com)

L'arbitre a confirmé par écrit au NAI qu'il acceptait sa mission.

20. En date du 16 octobre 2003, l'arbitre a organisé une conférence téléphonique avec les conseils des parties, au cours de laquelle a été arrêté le calendrier de la procédure, comme suit :
  - dépôt de la réponse de la Défenderesse et de ses pièces le 24 octobre 2003 ;
  - dépôt du mémoire en réplique des Demanderesses et pièces complémentaires le 28 octobre 2003 ;
  - dépôt du mémoire en duplique de la Défenderesse et pièces complémentaires le 31 octobre 2003 ;
  - plaidoiries à Bruxelles les lundi 10 et mardi 11 novembre 2003.
21. Conformément à ce calendrier, la Défenderesse a déposé sa réponse à la demande d'arbitrage le 24 octobre 2003, accompagnée de pièces D1 à D20.
22. Les Demanderesses ont déposé leur mémoire en réplique le 28 octobre 2003, accompagné de pièces complémentaires C27 à C43.
23. La Défenderesse a déposé son mémoire en duplique le 31 octobre 2003, accompagné de pièces complémentaires D21 et D22.
24. Lors de la conférence téléphonique du 16 octobre 2003, précitée, l'arbitre a par ailleurs invité les parties à négocier un standstill agreement. Les parties n'étant pas parvenues à un accord dans le délai fixé par l'arbitre, celui-ci, sur requête des Demanderesses, a

rendu le 25 octobre 2003 une ordonnance de standstill, imposant aux parties le respect d'un certain nombre de mesures d'attente, destinées à s'appliquer jusqu'au jour où aura été rendue la présente sentence.

25. Le 27 octobre 2003, le NAI, sur demande de l'arbitre, a désigné Monsieur O. CAPRASSE secrétaire du Tribunal Arbitral.
26. En accord avec les parties, l'audience arbitrale s'est tenue à l'hôtel Conrad, avenue Louise 71 à 1050 Bruxelles les 10 et 11 novembre 2003. A leur demande, un service d'interprétation simultanée français-espagnol et espagnol-français a été organisé. Au début de l'audience, les parties ont confirmé n'avoir aucune objection à formuler quant à l'arbitre désigné par le NAI ni quant à la validité de la clause d'arbitrage (article 1052, 2 de la loi hollandaise sur l'arbitrage). La Défenderesse a précisé que son objection d'inarbitrabilité ne concernait que les effets que pourraient entraîner certaines des mesures sollicitées par les Demanderesses, si elles étaient octroyées.

#### **IV. LES DEMANDES DES PARTIES**

##### **A. La demande de ELF et ODIVAL**

27. Aux termes de leur requête d'arbitrage et de leur réplique, les Demanderesses sollicitent du Tribunal Arbitral le prononcé d'une sentence ordonnant les mesures provisoires suivantes :
  - (1) Ordonner à SCH, agissant individuellement ou à travers des sociétés qu'elle détient ou contrôle, de s'abstenir de toute action qui pourrait conduire à ce que les actions de CEPSA détenues par Somaen Dos soient cédées ou grevées de droits, ou que les droits attachés à ces actions soient exercés par Somaen Dos, à l'exception de l'exercice des droits de vote pour l'approbation en assemblée générale ordinaire des comptes et, le cas échéant, le renouvellement des administrateurs qui serait

légalement nécessaire, conformément à l'Article 8.4 du Protocole de 1995 et sauf accord contraire des parties ; et

- (2) Ordonner à SCH, agissant individuellement ou à travers des sociétés qu'elle détient ou contrôle, de s'abstenir de toute action qui pourrait conduire à ce que les parts de Somaen Dos détenues par sa filiale (Riyal S.A.) soient cédées ou grevées de droits, ou que les droits attachés à ces parts soient exercés par Riyal S.A., sauf accord contraire des parties ; et
- (3) Ordonner à SCH, agissant individuellement ou à travers des sociétés qu'elle détient ou contrôle, de s'abstenir de toute action qui pourrait conduire à ce que les actions de Riyal S.A. qu'elle détient soient cédées ou grevées de droits, ou que les droits attachés à ces actions soit exercés par SCH, sauf accord contraire entre les parties ; et
- (4) Ordonner à SCH, agissant individuellement ou à travers des sociétés qu'elle détient ou contrôle, de ne pas provoquer, ou tenter de provoquer, la liquidation de Somaen Dos, dans des conditions qui ne préserveraient pas les droits des Demandeurs à recevoir les actions de CEPESA auxquelles ils ont droit, sauf accord contraire des parties ; et
- (5) Ordonner à SCH, agissant individuellement ou à travers des sociétés qu'elle détient ou contrôle, de s'abstenir de toute action qui pourrait conduire à ce que les actions CEPESA acquises à travers l'OPA soient cédées ou grevées de droits, et ne pas exercer les droits attachés à ces actions, sauf accord contraire des parties ; et
- (6) Ordonner une pénalité (*dwangsom*) d'un montant de 5.000.000 euros, ou tout autre montant déterminé par le Tribunal, à l'encontre de SCH, pour toute violation des mesures ordonnées, en sus de toute indemnisation qui pourrait être réclamée par les Demandeurs dans cette hypothèse ; et
- (7) Dire que la sentence à intervenir sera immédiatement exécutoire ; et
- (8) Ordonner la prise en charge par SCH des frais et coûts de l'arbitrage, en ce compris sans limitation tous montants et débours payés par ou pour le compte d'ELF et ODIVAL, notamment à l'Institut Néerlandais d'Arbitrage et à leurs conseils, en relation avec la présente procédure ; et



- (9) Ordonner toute autre mesure que le Tribunal pourrait juger appropriée afin de préserver les droits d'ELF et ODIVAL.

## **B. La demande de SCH**

28. Aux termes de sa réponse et de sa duplique, SCH demande que l'Arbitre rende une décision dont la teneur serait la suivante :

### 1. Demande principale

- (a) Rejeter toutes les prétentions des Demandeurs dans leur mémoire de demande.
- (b) Condamner solidairement ELF et ODIVAL à payer à SCH tous les coûts et dépens de l'arbitrage, y compris, à titre d'exemple, (i) les honoraires du Netherlands Arbitration Institute, (ii) les honoraires et frais d'avocats et d'experts engagés par SCH, (iii) les dépenses occasionnées aux témoins proposés par SCH, (iv) les frais de traduction et d'organisation des audiences.

### 2. Demande subsidiaire

Dans le cas hypothétique où la décision arbitrale adopterait les mesures conservatoires sollicitées par les Demandeurs, SCH revendique subsidiairement que la décision:

- (a) Rejette dans tous les cas l'imposition d'une sanction économique sollicitée dans le paragraphe (6) du *petitum* de la requête.
- (b) Soumette l'effectivité de la mesure conservatoire à la constitution préalable d'une garantie par ELF, avec les exigences et montants indiqués au paragraphe 120 de ce document, qui sont réputées comme reproduites ici.
- (c) Décide que la mesure conservatoire cessera automatiquement de produire ses effets trois mois après la date du prononcé de la sentence.

(d) Condamne aux dépens de l'arbitrage ELF et ODIVAL solidairement dans les termes indiqués par le paragraphe 1. (b) supra.

## **V. LES RELATIONS CONTRACTUELLES ENTRE LES PARTIES. LE LITIGE**

### **A. Les accords entre parties**

29. En 1990, ELF a entamé une relation industrielle avec CEPSA, société pétrolière espagnole. A l'époque, le principal actionnaire de CEPSA était SCH (à l'époque, Banco Central). Dans ce contexte, ELF a conclu de nombreux accords avec CEPSA. De même, SCH et ELF ont conclu divers accords relatifs à CEPSA et à leur participation respective dans cette société. Les accords les plus importants sont les Accords de 1990 et 1991 et les Protocoles de 1995 et 1996.

#### **1. L'Accord du 20 juin 1990**

30. Le 20 juin 1990, un premier contrat est intervenu entre SCH, CEPSA et ELF. Comme l'indique son préambule, son but était de définir un cadre pour la coopération entre ELF et CEPSA sur des projets communs et pour une prise de participation significative par ELF dans le capital de CEPSA.

31. Aux termes de cet Accord, ELF s'engageait à acquérir une participation initiale de 20,5% dans CEPSA, susceptible d'être portée à 25% l'année suivante (article 2).

32. Il stipulait également que « *seront nommés membres du Conseil d'administration et de la Commission Exécutive du Conseil de CEPSA, un nombre de représentants d'ELF AQUITAINE correspondant en proportion à sa participation dans CEPSA. ELF AQUITAINE aura initialement un minimum de trois représentants audit Conseil et de deux à la Commission Exécutive* » (article 2.2.).

33. L'article 4 de l'Accord stipulait aussi que « *Les parties conviennent d'une manière générale que la bonne réussite de leur coopération dans CEPSA implique une pleine information de ELF AQUITAINE par tous les moyens utiles et sa participation active, à travers les organes de gouvernement de CEPSA...* » à une série de niveaux, dont les niveaux budgétaire, technologique et opérationnel.
34. Pour atteindre cet objectif, l'accord établissait comme structures de coopération : deux directeurs (un pour CEPSA et un pour ELF AQUITAINE) ayant notamment pour mission de coordonner au jour le jour la collaboration décidée (article 5.1); un Groupe de Travail (composé de deux membres d'ELF AQUITAINE et de deux membres de CEPSA) afin d'assurer le développement et le succès de la coopération (article 5.2).
35. Suivant l'article 6 de l'Accord, « *pour renforcer leur décision expresse de coopération dans CEPSA et en préserver l'efficacité comme l'esprit, BANCO CENTRAL et ELF AQUITAINE décident complémentirement de prendre[des engagements]...* » réciproques de s'offrir prioritairement les titres de CEPSA, sauf exceptions, en cas de volonté d'une partie de céder ses titres.
36. L'article 7 de l'Accord mettait en place des mécanismes pour mettre fin à l'union entre les parties en cas de divergence insurmontable.

## 2. L'Accord du 25 avril 1991

37. Le 25 avril 1991, ELF, CEPSA et SCH ont signé un deuxième contrat. Il contient notamment des dispositions relatives à l'acquisition par CEPSA d'une société pétrolière tierce (Ertoil), avec l'assistance d'ELF. En considération de cette opération, un accord de licence d'une durée de cinquante ans a été conclu, afin de permettre l'exploitation du réseau de distribution de CEPSA (notamment les stations services) sous la double marque CEPSA et ELF (article 3 et annexe 6 de l'Accord de 1991).

38. L'Accord stipulait également qu'ELF augmenterait progressivement sa participation dans CEP SA, jusqu'à 34% au plus tard à la fin de l'année 1992. Afin d'atteindre ce niveau de participation, ELF devait lancer une offre publique d'acquisition de 13,5% des actions de CEP SA, SCH devant intervenir subsidiairement en complément de l'offre, si nécessaire, afin de garantir que ELF obtiendrait *in fine* le pourcentage de participation souhaité (Accord des Présidents du 11 septembre 1991). Au mois de septembre 1991, ELF lança une OPA sur 13,5% du capital et suite à cet achat, sa participation atteignit 30,68%.

39. Les parties prirent également des engagements relatifs à l'administration du groupe CEP SA. SCH (alors Banco Central ou « BC ») prit ces engagements tant en nom propre qu'au nom du Groupe BC (article 4 alinéa 2) :

- «...BC veillera à ce que les droits de vote détenus par son Groupe aux conseils d'administration, assemblées d'actionnaires et autres organes sociaux des sociétés du groupe CEP SA, ne soient pas (sans l'accord de ELF) exercés dans un sens allant à l'encontre du présent Protocole d'Accord de 1991 » (article 4);

- « Le Conseil [d'administration] devra à tout moment être composé d'un nombre d'administrateurs non divisible par trois et comprenant des administrateurs désignés sur proposition de ELF à concurrence d'au moins un tiers des sièges étant précisé que le calcul du tiers sera arrondi au profit de ELF au nombre supérieur... » (article 4.1) ;

- « Les plus larges pouvoirs autorisés par la loi seront délégués par le Conseil [d'administration] à la Commission Exécutive.

*Il sera fait en sorte que les personnes auxquelles des pouvoirs délégués par CEP SA couvrent entre autre les questions visées en Annexe 7 confirment à la Commission Exécutive qu'ils ont connaissance de ce que ces questions doivent faire l'objet de résolutions de ladite Commission.*

*Des administrateurs ayant été nommés sur proposition de ELF devront, pendant toute la durée du présent Protocole d'Accord de 1991, représenter au moins un tiers des membres de la Commission Exécutive...*

*Les décisions de la Commission Exécutive seront prises à la majorité des membres sous réserve des décisions relatives aux questions visées en Annexe 7 qui nécessiteront une majorité de 75% (soixante quinze pour cent) desdits membres... » (article 4.2). Cette annexe 7 fut ultérieurement modifiée au moment de la signature du Protocole de 1995, par un accord concomitant du 5 janvier 1995 (voir infra sub 4).*

40. Aux termes de l'article 7.2, les parties convinrent de « *maintenir au Protocole d'Accord de 1990 tous ses effets juridiques pour ses dispositions qui ne sont ni contraires aux dispositions du présent Protocole d'Accord de 1991, ni désuètes ou dépassées à raison des faits intervenus postérieurement à sa signature* ».

### 3. Le Protocole du 5 janvier 1995

41. Le 5 janvier 1995, les parties conclurent un nouveau Protocole. Ce Protocole comporte différents aspects, qui seront examinés successivement ci-après.

#### a) La création d'une société holding Somaen Dos

42. Aux termes du Protocole de 1995, les parties ont en premier lieu convenu de participer à une société holding, Somaen Dos. Chacune des parties a apporté des actions de CEPESA à cette société holding. L'apport par SCH a été réalisé par le biais d'une société filiale de SCH dénommée RIYAL (« RIYAL »). L'apport effectué par ELF a porté sur des actions qui furent achetées par ELF (à travers ODIVAL) à SCH. Les parties ont également convenu qu'une société tierce (Unión Fenosa), dans laquelle SCH détient une

participation, participe à cette structure. Somaen Dos est ainsi devenue actionnaire directe de CEPESA.

43. Le Protocole prévoit que l'objet exclusif de Somaen Dos est de détenir des actions CEPESA (article 3.1.2) et que l'objet exclusif de Riyal est de détenir des actions de Somaen Dos (article 2.2).
44. Les parties ont par ailleurs signé, le 21 février 1995, un accord additionnel dans le prolongement du Protocole. Ce nouvel accord stipulait que la participation d'ELF dans Somaen Dos serait détenue à travers une filiale indirecte, ODIVAL.
45. A ce jour, Somaen Dos détient 33,23% du capital de CEPESA. La structure de l'actionnariat de Somaen Dos et le pourcentage des détentions indirectes d'actions CEPESA qui en découle pour chacun des associés de Somaen Dos sont précisés dans le tableau ci-après.

<b>Société</b>	<b>Participation dans Somaen Dos</b>	<b>Pourcentage de détention indirecte d'actions CEPESA</b>
ELF (indirectement à travers Odival)	25,01%	8,31%
SCH (indirectement à travers Riyal)	59,95%	19,92%
Groupe Unión Fenosa	15,04%	5%

b) Réglementation des cessions et acquisitions de titres de Riyal, Somaen Dos et Cepsa

46. S'agissant des titres de Riyal, l'article 2.3 du Protocole stipule que le capital social de cette société « sera détenu à plus de 50% par BCH, le restant pouvant être distribué par BCH à des 'investisseurs espagnols non pétrochimiques'... ». En outre, « BCH s'oblige à respecter, quant aux parts de [Riyal] <sup>1</sup> dont elle est propriétaire, les droits de préemption et d'agrément en faveur de ELF prévus à l'article 6 du Protocole de 1990... » (article 2.4). De plus, « Pour les parts de [Riyal] n'appartenant pas à BCH, BCH s'engage à faire accepter par les autres associés une clause selon laquelle toute cession de ces parts devra obligatoirement être notifiée à ELF. ELF pourra exercer les droits prévus à l'article 6 du Protocole de 1990 sauf si la cession est faite à BCH, à tout autre associé de [Riyal] ou à des 'investisseurs espagnols non pétrochimiques'...et qui acceptent à leur tour de respecter les limitations à la cession des actions prévues par ladite clause 2.3... ». Enfin, « BCH s'engage à ce que [Riyal] assume les obligations dérivées pour elle du présent Protocole ».
47. S'agissant des titres de Somaen Dos, l'article 3.4.1 dispose que « BCH s'engage à ce que [Somaen Dos] <sup>2</sup> et les investisseurs pouvant être incorporés grâce à la clause QUATRIEMEMENT du présent contrat, contrôlent plus de 50% du capital social de [Somaen Dos] et n'atteindront jamais 75% de sorte qu'ELF détienne toujours plus de 25% ». L'article 3.4.2 poursuit : « BCH et [Riyal] ne pourront aliéner les parts de [Somaen Dos] qu'en respectant le droit de préemption de ELF et son droit d'agrément conformément à l'article 6 du Protocole de 1990. Les parts de [Somaen Dos] ne pourront être aliénées en outre qu'à des 'investisseurs espagnols non pétrochimiques' au sens de la clause 2.3...sauf autorisation d'ELF, qu'ELF ne pourra refuser sans motif raisonnable pour ELF ». En application de l'article 3.4.3, « Elf ne pourra aliéner les parts de [Somaen Dos] qu'en respectant le droit de préemption de BCH et de [Riyal] et leur droit d'agrément, conformément à l'article 6 du Protocole de 1990. Les parts ne

---

<sup>1</sup> "HOLDING 2" dans le texte original.

<sup>2</sup> "HOLDING I" dans le texte original.

*pourront pas être cédées à des investisseurs financiers, sauf accord de BCH et [Riyal], que ceux-ci ne pourront refuser sans motif raisonnable pour BCH et [Riyal]... ». Enfin, l'article 3.4 stipule que « BCH et ELF s'engagent à ce que [Somaen Dos] assume et accomplisse les obligations dérivées du présent contrat ».*

48. S'agissant des titres de CEPESA :

- l'article 3.6 dispose que « *les actions de CEPESA appartenant à [Somaen Dos] ne pourront être cédées ni grevées sans le consentement écrit de tous les actionnaires* » ;
- l'article 6.1 stipule que « *sauf les exceptions indiquées ci-après, les deux parties conviennent qu'aucune d'elles ne pourra acquérir des actions CEPESA en marge de [Somaen Dos] sans l'autorisation de l'autre.*

*Il est fait exception :*

- a) *pour les achats et les ventes normaux pouvant être réalisés par BCH et ELF pour l'équilibre de la cotation ... ;*
- b) *si [Riyal] ou ses associés proposaient à [Somaen Dos] l'acquisition à un prix donné des actions CEPESA différentes de celles détenues par SMM et que ELF s'opposait à cette acquisition par [Somaen Dos], [Riyal] ou ses associés pourront acquérir ces actions et ELF n'aura aucun droit sur elles. Si ELF proposait à [Somaen Dos] l'acquisition à un prix donné des actions de CEPESA différentes de celles détenues par SMM et que [Riyal] s'opposait à cette acquisition par [Somaen Dos], ELF pourra acquérir ces actions et ni [Riyal] ni ses associés n'auront aucun droit sur elles ».*



- en application de l'article 6.2, « *ELF s'engage à n'aliéner des actions de CEPESA lui appartenant à aucune institution financière ...réalisant des activités bancaires significatives en Espagne, sans l'accord de BCH, accord qui ne sera pas refusé sans qu'il existe un motif raisonnable pour BCH* ».

c) Fonctionnement de Somaen Dos et de CEPESA

49. En vertu de l'article 3.6 du Protocole :

- « *Sans un commun accord, constaté par écrit, [Somaen Dos] ne pourra pas...s'endetter* » ;
- « *Elle devra aussi, sauf commun accord, verser systématiquement à ses associés les dividendes perçus par CEPESA et les autres recettes nets de frais* » ;
- « *Les frais devront être également décidés d'un commun accord dans son Conseil d'Administration* ».

50. En outre, en application de l'article 3.7, « *les dispositions du Protocole de 1991, en particulier de l'annexe 7, seront applicables aussi en ce qui concerne le fonctionnement de [Somaen Dos] et devront être respectées par tous les organes sociaux de [Somaen Dos]* ».

51. La même disposition prévoit en outre que les dispositions du Protocole de 1991, et en particulier son Annexe 7 « *devront être respectées également par les représentants de cette dernière et de la participation de BCH et de ELF dans CEPESA, tant au niveau de l'Assemblée Générale qu'à celui du Conseil d'Administration et de la Commission Exécutive de CEPESA...* ».

52. Enfin, suivant l'article 3.8 :

- « *[Somaen Dos] sera administrée par un Conseil d'Administration de sept membres, quatre étant désignés par [Riyal] et trois par ELF* » ;

- *« Le nombre d'administrateurs de CEP SA élus en représentation de [Somaen Dos] sera d'un tiers du nombre d'Administrateurs de CEP SA arrondi au chiffre supérieur et il sera actuellement de sept » ;*
- *« Pour la Commission Exécutive de CEP SA, on appliquera le même critère établi en 3.8.1 et en conséquence leur nombre sera actuellement de trois » ;*
- *« Toute personne nommée en représentation des actions détenues par [Somaen Dos] pour occuper un poste dans le Conseil d'Administration ou dans la Commission Exécutive de CEP SA ou pour voter au nom des actions appartenant à [Somaen Dos] dans l'Assemblée Générale de CEP SA devra se tenir à l'heure de voter aux instructions reçues du Conseil d'Administration de [Somaen Dos] » ;*
- *« Si une affaire est soumise au vote dans le Conseil d'Administration ou la Commission Exécutive de CEP SA sans que des instructions aient été données par [Somaen Dos], les administrateurs représentant [Somaen Dos] devront demander que la décision soit renvoyée pourvu qu'il s'agisse de matières indiquées dans l'Annexe 7 du Protocole de 1991 ou que deux administrateurs de [Somaen Dos] chez CEP SA le demandent. Ils devront ensuite solliciter les instructions opportunes de [Somaen Dos]. Si le renvoi n'est pas accepté, les représentants de [Somaen Dos] devront nécessairement voter contre la délibération, pour que celle-ci soit rejetée » ;*
- *« S'il est soumis au vote de l'Assemblée Générale de CEP SA une résolution sans avoir reçu des instructions de [Somaen Dos], le représentant de [Somaen Dos] devra nécessairement voter contre si l'affaire ne figure pas à l'ordre du jour. Si l'affaire est incluse à l'ordre du jour, le représentant devra dans tous les cas obtenir des instructions du Conseil d'Administration de [Somaen Dos] et s'y tenir » ;*
- *« Toute personne allant être désignée représentant de [Somaen Dos] dans l'Assemblée Générale, dans le Conseil d'Administration ou dans la Commission Exécutive de CEP SA, devra accepter par écrit l'obligation de se tenir aux dispositions de la présente clause ».*

d) La procédure à suivre en cas de divergences insurmontables

53. Les parties ont reconnu que des désaccords pourraient survenir entre elles et que ces désaccords pourraient, le cas échéant, être suffisamment sérieux pour empêcher la poursuite de leur coopération. Elles ont dès lors prévu à l'Article 8 du Protocole de 1995 un mécanisme pour traiter ces divergences.

54. L'Article 8 du Protocole est rédigé comme suit :

*"8.1. Le protocole de 1990 a créé des mécanismes pour mettre fin à l'union entre les deux compagnies s'il existait des divergences insurmontables. En vertu des accords contenus dans le présent document, les parties renoncent à invoquer une divergence insurmontable pendant quatre ans à compter du 1er janvier 1995. Le mécanisme qui serait appliqué pour mettre fin à l'union entre ELF et [Riyal] sera celui indiqué ci-après.*

*8.2. En cas de divergences insurmontables entre ELF, d'une part, et BCH, [Somaen Dos] ou [Riyal], d'autre part, les parties conviennent ce qui suit : [Somaen Dos] sera liquidée avec attribution des actions CEPSA aux Associés de [Somaen Dos] au prorata de leur participation dans le capital de [Somaen Dos]. Les associés de [Somaen Dos] pourront céder librement et sans droit de préemption tout ou partie des parts de [Somaen Dos] en cours de liquidation et disposeront pour ce faire d'un délai de trois mois.*

*8.3. Par divergence insurmontable, les parties aux présentes entendent un désaccord persistant entre ELF et BCH, [Somaen Dos] ou [Riyal]. Un désaccord est persistant lorsqu'il est notifié par écrit par l'un des présidents de ELF ou de BCH à l'autre et qu'il n'a pas été réglé trois mois après et si, à l'expiration dudit délai, les Présidents n'ont pas atteint un accord, ils devront désigner d'un commun accord un médiateur de nationalité espagnole. Ce médiateur s'efforcera d'aider les parties à trouver une solution. Les Présidents prendront sérieusement en considération l'opinion de ce médiateur pour essayer de résoudre la divergence.*

8.4. *Six mois après la notification initiale prévue à la clause 8.3., si malgré la médiation, aucune solution n'a été trouvée, jusqu'à leur attribution aux associés de [Somaen Dos], les actions CEPSA appartenant à [Somaen Dos] ne pourront prendre part aux Assemblées Générales de CEPSA que sur accord conjoint des associés pour chaque Assemblée, à l'exception de l'approbation en Assemblée Générale Ordinaire des comptes et, le cas échéant, le renouvellement des administrateurs qui serait légalement nécessaire."*

55. Un article 8.5 sera ajouté aux accords par le biais de l'Accord du 12 janvier 1996 (infra section 6).

e) *Maintien des Accords*

56. Conformément à l'article 10.1, « *Les accords entre les parties et notamment les protocoles de 1990 et 1991 restent en vigueur (dans la mesure où ils ne sont pas modifiés par le présent contrat), étant entendu que les droits et devoirs de BCH à l'égard de ELF, tout en étant maintenus, s'entendent désormais repris aussi par [Somaen Dos]... ».*

4. *L'Accord du 5 janvier 1995 relatif à l'Annexe 7*

57. Le 5 janvier 1995 également, un autre accord a été conclu entre ELF et SCH, ayant pour objet de modifier l'Annexe 7 du Protocole de 1991 avec effet au jour de l'entrée en vigueur du Protocole du 5 janvier 1995.

58. L'Accord reprend la « *liste des sujets nécessitant une majorité qualifiée de 75% dans tous les organes sociaux de [Somaen Dos] et de CEPSA concernant leurs activités et celles des filiales de CEPSA ».*

5. La Lettre-Accord du 5 janvier 1995

59. Par une Lettre-Accord en date du 5 janvier 1995, il est prévu que, dans des circonstances déterminées, liées à la dissolution de Somaen Dos, Riyal vende à ELF, ou à la personne que ELF désignerait, des titres de CEPESA.
60. En conséquence des accords conclus en 1996 (titre 6 ci-dessous) et des modifications du capital de CEPESA depuis 1995, le pourcentage d'actions sur lequel porte ce régime est aujourd'hui de 4,35 % du capital de CEPESA.

6. L'Accord du 12 janvier 1996

61. Les parties ont également conclu un Accord le 12 janvier 1996.
62. L'article 6 de celui-ci a revu le régime d'acquisition par ELF de titres régi par la Lettre-Accord du 5 janvier 1995.
63. L'Accord de 1996 a également permis à ELF de procéder à des acquisitions directes, lui permettant de porter son pourcentage de participation dans le capital de CEPESA à environ 37 %.
64. Cet accord a aussi adapté certaines clauses du Protocole du 5 janvier 1995. Ainsi :
  - un article 3 .10 a été ajouté. Il stipule que « *à moins que les parties, d'un commun accord, ne décident autrement, les Administrateurs de [Somaen Dos] seront toujours des dirigeants ou des membres du Conseil d'Administration de BCH ou de ELF, avec fonctions exécutives, ou des anciens administrateurs de [Somaen Dos]* » ;

- afin de préciser certaines situations pouvant survenir dans l'hypothèse de divergences insurmontables, un nouvel alinéa 5 est ajouté à l'article 8 du Protocole du 5 janvier 1995 :

*« Si une divergence insurmontable apparaît qui donnerait en principe lieu à dissolution de [Somaen Dos], les associés, d'un commun accord, pourront décider :*

*a) Qu'au lieu de procéder à la liquidation de ladite société, il sera réalisé une opération de scission totale de [Somaen Dos] avec attribution aux associés de [Somaen Dos] des parts résultantes de la scission ou qu'il sera procédé à tout autre mode d'extinction de [Somaen Dos] qui pourrait sembler approprié, en faisant en tout cas le nécessaire pour que la société résultante de la scission qui sera attribuée à ELF (ODIVAL) n'ait pas dans son patrimoine plus de 5,99% du capital de CEPESA, le reste de son actif étant en numéraire. A cet effet, préalablement à la scission, les actions CEPESA qui auraient revu autrement à cette société seront vendues dans la forme qui sera estimée la plus appropriée.*

*b) Qu'au lieu de dissoudre [Somaen Dos], il sera attribué à ELF directement ou à travers ODIVAL, l'option d'acquérir de [Somaen Dos] les actions CEPESA qui correspondraient à la participation de ELF (ODIVAL) dans [Somaen Dos], avec une limite maximum de 5,99% pour que immédiatement après Somaen Dos ou ses associés acquièrent la participation de ELF (ODIVAL) dans [Somaen Dos] de la forme qui sera considérée la plus convenable par les deux parties.*

*c) ...*

## 7. La Lettre-Accord du 12 janvier 1996

65. Parallèlement à l'Accord de 1996, les parties ont également signé, le 12 janvier 1996, une Lettre-Accord visant « l'hypothèse d'une dissolution ou d'une scission de Somaen Dos en vertu des dispositions de la clause 8.5 du Protocole du 5 janvier 1995...si le

*pourcentage d'actions CEPESA revenant à ELF (via ODIVAL) l'obligeait à formuler une OPA sur les actions de CEPESA ».*

#### 8. Les statuts de Somaen Dos

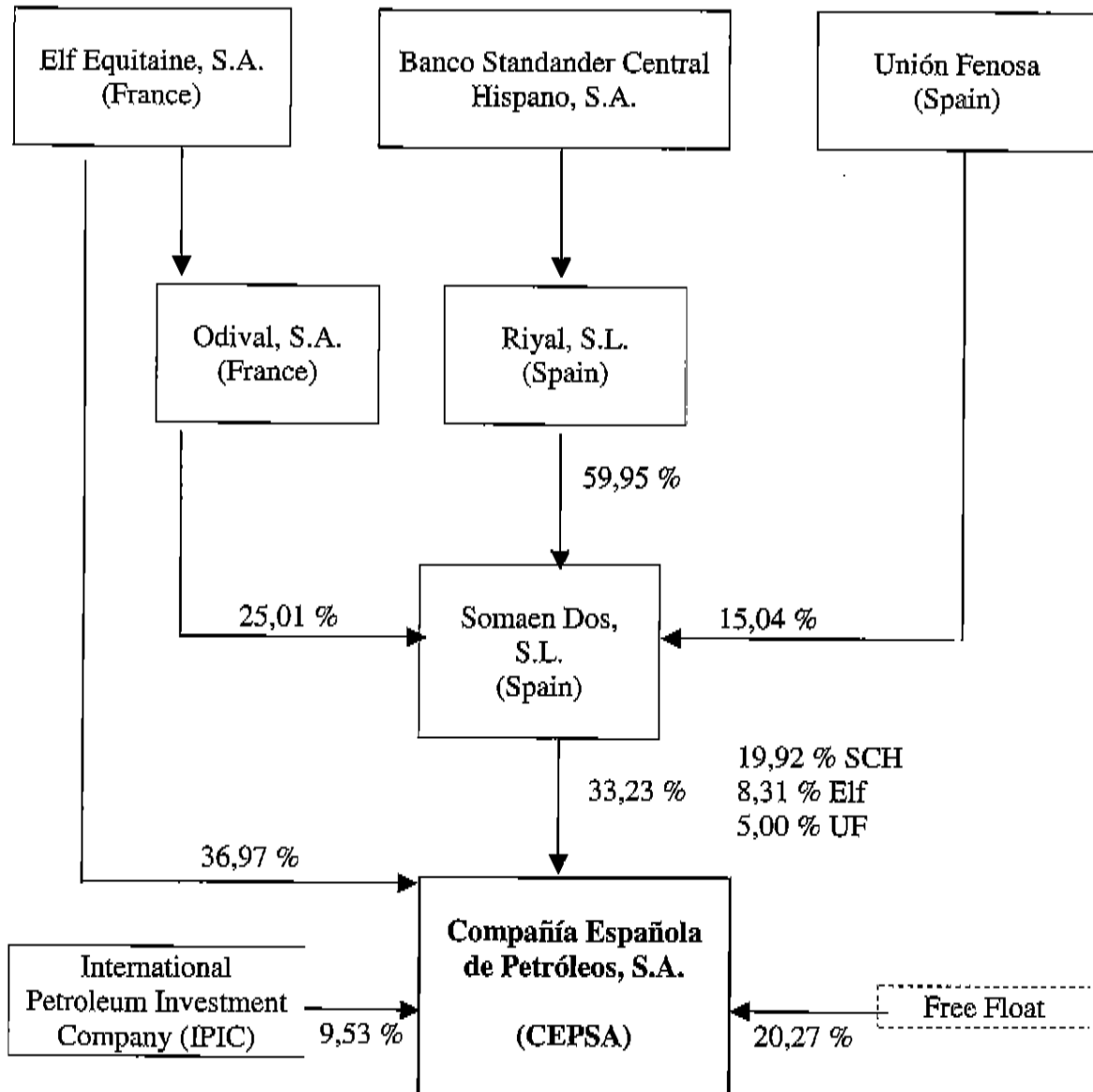
66. Les statuts de Somaen Dos réglementent (article 21) les majorités requises au sein du Conseil d'Administration. Ils ne prévoient aucune majorité qualifiée pour désigner ou remplacer les administrateurs.
67. Ils envisagent également le régime à suivre en cas de liquidation de la société (articles 27 et 32 notamment).

#### 9. Unión Fenosa

68. Selon la Défenderesse, Unión Fenosa a signé les 20 janvier, 24 février et 10 mars 1995 ainsi que le 30 janvier 1996 des accords en vertu desquels elle assumait, en tant qu'actionnaire de Somaen Dos, les obligations résultant des Protocoles précédemment décrits. Selon Elf, Unión Fenosa n'est pas partie aux accords litigieux rappelés ci-avant.

#### 10. L'actionnariat de CEPESA

69. À ce jour, l'on peut estimer que l'actionnariat de CEPESA se présente comme suit :



## **B. Les événements intervenus en septembre et octobre 2003**

70. Au cours de l'année 2003, l'Espagne a adopté une série de mesures pour renforcer les droits des actionnaires minoritaires dans les sociétés cotées en bourse. Cette réforme fut principalement effectuée au moyen de deux instruments législatifs :



- le Décret Royal 432/2003 dont le but était de réformer la législation espagnole en matière d'OPA et
  - la Loi sur la Transparence (Loi 26/2003) du 17 juillet 2003 (ci-après « la Loi sur la Transparence ») qui réforma profondément le régime juridique des sociétés cotées.
71. Un des traits principaux de cette loi est de réglementer les pactes parasociaux, c'est-à-dire ceux qui réglementent l'exercice du droit de vote au sein des assemblées générales ou qui restreignent ou conditionnent la libre transmission des actions de sociétés anonymes cotées. Par ailleurs, aux termes de sa troisième disposition transitoire (également dénommée la « 3<sup>e</sup> D.T. »), la Loi prononce en outre l'inefficacité des pactes parasociaux historiques qui réuniraient certaines conditions. Le contenu de cette Loi sera présenté ultérieurement (voyez la section VI).
72. La Loi sur la Transparence a été publiée le 18 juillet 2003. Une fois le mois d'août écoulé, SCH demanda au Président de Somaen Dos de convoquer le Conseil d'Administration de cette société à une réunion extraordinaire dont le seul point de l'ordre du jour était l'examen des éventuels effets de la Loi sur la Transparence. Le Conseil fut convoqué le 17 septembre et eut lieu le 25 septembre.
73. Lors du Conseil, l'Administrateur délégué de SCH, Monsieur Alfredo SÁENZ, procéda à la lecture d'une déclaration écrite. Il a précisé que ses services juridiques avaient étudié l'effet de la Loi sur la Transparence sur les pactes parasociaux conclus entre SCH et ELF. Leur conclusion est que ces pactes – mais non la totalité des accords – étaient désormais dépourvus de toute efficacité ; qu'en conséquence, Somaen Dos était dépourvue de toute utilité et devait être liquidée, avec attribution corrélative à chacun des actionnaires des participations dans CEPSA qui, conformément aux statuts sociaux, devraient leur revenir en cas de dissolution et de liquidation de Somaen Dos. Il a également ajouté que jusqu'à ce que la liquidation de Somaen Dos soit réalisée, les parties arbitrent les mécanismes nécessaires afin d'éviter que dans les décisions des organes sociaux de Somaen Dos ne subsiste ou n'ait l'apparence de subsister la

concertation devenue inefficace en application de la troisième disposition transitoire de la Loi 26/2003.

74. L'attitude de SCH est vivement critiquée par ELF qui lui reproche notamment de ne pas lui avoir officiellement notifié sa décision, mais de s'être contentée d'une simple déclaration au sein du Conseil d'Administration de Somaen Dos. Toujours selon les Demanderesses, leurs représentants au Conseil d'Administration ont vigoureusement contesté l'interprétation donnée par Monsieur SÁENZ de la troisième disposition transitoire de la Loi 26/2003. Monsieur Jean-Paul VETTER aurait suggéré des consultations bilatérales entre les parties sur les effets éventuels de cette Loi, avant de parvenir à une quelconque conclusion.
75. ELF et ODIVAL soulignent qu'elles ont à plusieurs reprises fait état de leur désaccord fondamental avec SCH sur l'interprétation de la Loi 26/2003. Elles se réfèrent en particulier à :
  - un communiqué de presse en date du 26 septembre 2003 ;
  - une lettre adressée à la CNMV le 26 septembre 2003, publiée par la CNMV comme un « Fait Pertinent » ;
  - une lettre adressée par M. DESMAREST, Président de ELF, à M. BOTÍN, Président de SCH, le 3 octobre 2003.
76. Les Demanderesses estiment que dans ces circonstances, il existe un désaccord fondamental et manifeste entre les parties, qui doit être résolu selon les termes de l'Article 8 du Protocole de 1995, ou, à défaut, par un arbitrage au fond.
77. Le lendemain du Conseil d'Administration précité, le 26 septembre 2003, SCH a déposé auprès de la CNMV, sans en avertir les Demanderesses, un projet d'OPA sur 16% des actions de CEPSA. ELF s'est indignée de cette décision prise par SCH sans l'en avoir

informé. Elle estime qu'en agissant de la sorte, SCH a violé les accords entre parties. La Défenderesse fait valoir quant à elle des raisons stratégiques ainsi que la réglementation du marché des valeurs qui, selon sa position, oblige à maintenir secrète toute opération boursière significative pendant la période de préparation. Elle fait en particulier référence à l'Article 83 bis LMV qui exige que pendant « *les phases d'étude ou de négociations de toute sorte d'opération juridique ou financière pouvant influencer notablement la cotation des valeurs* », les émetteurs limitent « *la connaissance de l'information strictement aux personnes internes ou externes à l'organisation, pour lesquelles celle-ci est indispensable* ». L'on relèvera par ailleurs que l'OPA a été approuvée par la CNMV le 21 octobre 2003.

78. Début octobre 2003, différents courriers ont été échangés par les hauts dirigeants des parties. Le Président de ELF constata notamment l'existence d'une divergence insurmontable entre les deux actionnaires. Ces différents courriers témoignent en tout cas d'un désaccord total quant à l'interprétation que font les parties des faits intervenus en septembre.

79. Le 13 octobre 2003, les Demanderesses ont introduit la présente procédure de référé arbitral. Le 20 octobre, elles ont par ailleurs déposé une requête d'arbitrage au fond dans laquelle elles sollicitent du Tribunal Arbitral le prononcé d'une sentence arbitrale dans les termes suivants :

«

(1) *Donner acte aux parties de l'accord existant entre elles sur le principe de l'attribution aux actionnaires de leurs droits respectifs dans CEPSA actuellement détenus à travers Somaen Dos ; et*

(2) *Ordonner aux Défendeurs, agissant directement ou par l'intermédiaire de sociétés qu'ils détiennent ou contrôlent, de prendre les mesures nécessaires afin que les actions CEPSA détenues par Somaen Dos et correspondant à la participation des Demandeurs dans cette société, à savoir 8,31 % du capital de CEPSA, leur soient*

- attribuées en conformité avec les accords entre les parties, sauf à ce que celles-ci conviennent de modalités différentes ; et*
- (3) Dire et juger que les Demandeurs bénéficient de l'option d'achat stipulée à la lettre-accord du 5 janvier 1995, telle que modifiée par l'Accord de 1996 ;*
  - (4) Ordonner aux Défendeurs de respecter toutes leurs obligations découlant des accords entre les parties ; et*
  - (5) Dire et juger que les Défendeurs ont violé leurs obligations contractuelles, notamment à travers la dénonciation unilatérale des accords existant et le dépôt d'une offre publique d'achat sur 16% des actions CEPSA ; et*
  - (6) Condamner solidairement les Défendeurs à réparer l'entier préjudice subi par les Demandeurs à raison de la violation par SCH et Riyal de leurs obligations envers les Demandeurs, et à leur verser à titre de dommages et intérêts un montant qui sera précisé dans le cours de la procédure arbitrale ; et*
  - (7) Ordonner toute autre mesure que le Tribunal pourrait juger appropriée afin de faire droit aux demandes d'ELF et ODIVAL ; et*
  - (8) Ordonner la prise en charge par les Défendeurs des frais et coûts de l'arbitrage, en ce compris sans limitation tous montants et débours payés par ou pour le compte d'ELF et ODIVAL, notamment à l'Institut Néerlandais d'Arbitrage et à leurs conseils, en relation avec la présente procédure.*

*Les Demandeurs se réservent de compléter les Demandes décrites ci-dessus, notamment à la lumière des événements les plus récents, en ce compris le résultat de l'OPA déposée par SCH, l'issue de la procédure de référé arbitral et toutes autres actions qui pourraient être entreprises par les Défendeurs avant l'issue de la procédure arbitrale ».*

## **VI. LA LOI ESPAGNOLE SUR LA TRANSPARENCE**

80. La conformité des accords conclus entre parties à la Loi espagnole sur la Transparence relève incontestablement du fond du litige. Il reste que cette loi est au centre des débats

des parties et qu'en outre, l'arbitre doit, dans l'appréciation du bien-fondé de la demande de mesures provisoires, évaluer le *fumus boni iuris*. Il est donc important de présenter brièvement la Loi sur la Transparence et les conclusions qu'en déduisent les parties.

81. La Loi sur la Transparence réglemente pour la première fois ce qu'on appelle les pactes « parasociaux » en insérant un nouvel Article 112 dans la LMV. La nouvelle réglementation peut se résumer comme suit :

- Les pactes parasociaux sont ceux qui réglementent l'exercice du droit de vote au sein des assemblées générales ou qui restreignent ou conditionnent la libre transmissibilité des actions dans les sociétés anonymes cotées (article 112.1 LMV).
- La notion couvre tant les pactes qui concernent directement une société cotée (par exemple CEPSA) que ceux qui concernent une holding qui exerce un contrôle sur une société cotée (article 112.4).
- La conclusion, la prorogation ou la modification d'un pacte parasocial doit être communiquée à la CNMV, et publiée comme étant un « fait pertinent », et le document y afférent doit être déposé au Registre de Commerce (article 112.2).
- Tant que la communication, le dépôt et la publication n'auront pas eu lieu, le pacte parasocial ne produira pas d'effet dans les domaines précités.
- Les pactes parasociaux ainsi communiqués et publiés permettront de décider si les associés doivent ou non lancer une OPA.

82. L'article 112 LMV ne réglemente que les pactes sociaux à intervenir. La réglementation des pactes sociaux déjà en vigueur, dits « historiques », est contenue dans la troisième disposition transitoire. Aux termes de cette disposition :

- les pactes parasociaux historiques qui concernent plus de 5 % du capital social doivent être communiqués, déposés et publiés comme doivent l'être les nouveaux pactes parasociaux selon l'article 112 LMV (troisième DT.1).

- le délai pour effectuer cette communication est de trois ans, à moins qu'une OPA ne soit lancée, auquel cas la communication, le dépôt et la publication devront se faire immédiatement (troisième DT.1 *in fine*).
- une fois les délais écoulés sans qu'il y ait eu publicité, les pactes seront considérés « inefficaces » (troisième DT.2.a)).

83. La troisième DT.2 énonce par ailleurs dans un point c) une réglementation spéciale pour certains pactes parasociaux et là se situe, semble-t-il, le nœud du litige au fond entre les parties. Cette disposition dispose que :

«

2. *Sans préjudice de ce qui a été indiqué au point précédent et des dispositions contenues dans le reste de la réglementation applicable, les pactes auxquels fait référence le point 1 ci-dessus seront inefficaces :*

a) *Dans tous les cas, en ce qui concerne les matières visées à l'article 112.1 de la Loi 24/1988, relative au Marché des Valeurs, une fois écoulés les délais dont fait état le point 1 ci-dessus sans que la communication, le dépôt et la publication ne se soient produits.*

b) *De même et sans préjudice des dispositions contenues au paragraphe a), même si la communication, le dépôt et la publication ont bien eut lieu, dans les cas qui seraient contraires à la loi.*

c) *En outre, à partir de l'entrée en vigueur de cette loi et même si la communication, le dépôt et la publication se sont produits, la partie des pactes parasociaux, y compris dans ce cas la réglementation directe ou indirecte du droit de vote dans n'importe quel organe social, qui auraient été conclus, prorogés ou modifiés postérieurement à l'entrée en vigueur générale de la Loi 24/1998, du 28 juillet 1998, relative au Marché des Valeurs, dont fait état l'article 112.1 de ladite loi, lorsque les parties liées par ces derniers seraient titulaires, directement ou indirectement et au moment de la conclusion, de la prorogation ou de la modification, d'une participation qui, prise dans son ensemble, serait supérieure à 25 pour-cent des droits de vote dans la*

*société cotée, sans que ces dernières ou l'une d'entre elles, n'aient formulé à ce moment-là une offre publique d'achat comme celle qui, conformément à la réglementation alors en vigueur, aurait dû être formulée par celui ayant l'intention d'acquérir un pourcentage du capital social égal à celui que, dans son ensemble, détenaient les parties liées par le pacte.*

*3. Tout autre pacte qui serait un instrument des pactes parasociaux, dont fait état le point 2 ci-dessus, sera inefficace dans les mêmes cas où le seraient ces derniers ».*

84. Il résulte du texte précité que la 3<sup>e</sup> D.T. 2 c) déclare « inefficaces » les pactes parasociaux historiques qui réunissent quatre conditions :

- Une condition matérielle : la règle concerne tous les pactes parasociaux y compris la réglementation directe ou indirecte du droit de vote dans tout organe social de toute société cotée, l'imposition de restrictions ou de conditions à la libre cessibilité des actions, ainsi que de tous les pactes qui seraient un instrument des pactes parasociaux (DT 3.3).
- Une condition subjective : elle exige que les parties au pacte soient propriétaires au moment de sa conclusion, de sa prorogation et de sa modification, d'une participation supérieure à 25 % des droits de vote dans une société cotée.
- Une condition objective sur laquelle les parties sont manifestement en désaccord. Selon la Défenderesse, cette condition est de nature négative et vise l'absence de formulation d'une OPA – par l'une des parties ou les deux au moment où l'accord de concertation a été établi – identique à celle qu'aurait dû formuler, conformément à la réglementation en vigueur, celui qui prétendait acquérir un pourcentage du capital égal à celui détenu, dans son ensemble, par les parties liées par le pacte. Selon les Demanderesses, cette interprétation est erronée : la troisième disposition provisoire tend à rendre inefficaces les pactes historiques occultes qui auraient été mis en place pour contourner une obligation légale de déposer une OPA.
- Une condition temporelle : elle exige que les pactes parasociaux aient été conclus, prorogés ou modifiés postérieurement à l'entrée en vigueur de la LMV en 1989.

85. S'ils réunissent ces différentes conditions, les pactes parasociaux concernés deviennent « inefficaces ». La Défenderesse estime que c'est le cas en l'espèce et se fonde pour l'affirmer sur l'avis de trois experts, M. Manuel OLIVENCIA, professeur agrégé de droit commercial, et Président de la « COMISIÓN OLIVENCIA » qui était chargée par le gouvernement de rédiger le « code de bonne conduite » des sociétés espagnoles cotées en bourse, M. Javier GARCIA DE ENTERRIA, professeur agrégé de droit commercial et avocat, et enfin de M. Anibal SANCHEZ ANDRÉS, également professeur agrégé de droit et Vice-président de la CNMV jusqu'en 1996.
86. SCH se fonde sur les conclusions de ces professeurs pour affirmer que tous les pactes parasociaux intervenus entre les parties (et dont elle établit la liste aux pages 23 et 24 de son Mémoire en réponse) sont devenus inefficaces par l'effet de la Loi sur la Transparence. Sa conclusion s'applique en particulier – pour les besoins du présent litige – à la clause 6.1 du Protocole de 1995 aux termes de laquelle les parties conviennent qu'aucune d'elles ne peut acquérir de nouvelles actions de CEPSA en marge de Somaen Dos, sans autorisation de l'autre partie, et aux dispositions de la side-letter du 5 janvier 1995 qui confère à ELF une option sur 4,35 % des actions de CEPSA détenues par SCH.
87. Les demandeurs contestent cette interprétation et se fondent à cet effet sur les avis de quatre autres experts de droit espagnol, à savoir en particulier l'avis de Messieurs les Professeurs FERNANDO et Juan SANCHEZ-CALERO, mais aussi de Messieurs les Professeurs D. Miguel Angel FERNANDEZ-BALLESTEROS et Angel ROJO.
88. Se fondant sur ces avis, les Demanderesses concluent que la troisième disposition transitoire est ambiguë et que, par ailleurs, étant de nature rétroactive, elle doit être interprétée restrictivement. Elles relèvent par ailleurs que cette disposition n'affecterait pas les pactes d'actionnaires antérieurs au 19 juillet 2003 et qui n'étaient pas secrets, compte tenu de l'objectif de transparence poursuivi par le législateur. Or, les accords



entre ELF et SCH avaient été communiqués aux autorités compétentes et n'étaient nullement maintenus dans l'obscurité. Enfin, la disposition n'affecterait pas les pactes d'actionnaires qui n'étaient pas destinés à contourner une obligation légale de déposer une OPA. Or, les accords entre SCH et ELF, notamment le Protocole de 1995, ne poursuivaient nullement cet objectif. Ils ont d'ailleurs été approuvés en leur temps par la CNMV, qui n'a pas requis le dépôt d'une OPA.

## **VII. LA DEMANDE DE MESURES PROVISOIRES ET SA JUSTIFICATION PAR LES PARTIES DEMANDERESSES**

### **A. La justification d'ensemble des mesures**

89. Les Demanderesses se défendent d'avoir introduit la requête de référé arbitral dans le but de rendre impossible toute contre-OPA et de prendre le contrôle de CEPSA. Elles affirment avoir introduit l'instance dans le but de protéger les droits dont elles s'estiment légitimement titulaires en vertu des accords passés entre parties. L'introduction de la requête n'est, selon les Demanderesses, que le résultat de la violation des accords qui ont constitué le socle de la coopération entre les parties. Selon ELF, SCH, de manière unilatérale et sans aucune consultation préalable, a répudié ces accords le 25 septembre 2003 en annonçant pour la première fois son intention de s'en libérer avec effet immédiat et dès le lendemain matin, en annonçant le dépôt d'une OPA.
90. Les Demanderesses affirment que chacune des mesures sollicitées correspond à, et tend à préserver, un ou plusieurs droit(s) spécifique(s) dont les Demanderesses sont titulaires en application des accords des parties. Elle joint à sa démonstration le schéma suivant :

Numéro	Résumé de la mesure	Droit contractuel (principales stipulations)	Statuts de SD (Pièce C-10)
1	Interdiction de vendre, grever de droits quelconques les actions CEPESA détenues par Somaen Dos ou d'exercer les droits y relatifs	Protocole de 1995 : -- Art. 8.2 (distribution d'actions au pro-rata de l'actionnariat à la dissolution) ; -- Art. 6.1 (acquisition d'actions supplémentaires) ; et -- Art. 8.4 (clause interdisant de voter durant la liquidation)  Lettre-Accord du 5 janvier 1995 (option)	Articles 27, 32 (règles sur la dissolution de SD) ;  Article 1 (objet social de Somaen Dos)
2	Idem, relativement aux parts de Somaen Dos détenues par Riyal (pour assurer l'efficacité de la mesure n° 1).	Protocole de 1995 : -- Art. 3.4.2 ; et -- Art. 6.1	id.
3	Idem, relativement aux parts de Riyal détenues par SCH (pour assurer l'efficacité de la mesure n° 1).	Protocole de 1995 : -- Art. 2.4 ; et -- Art. 6.1	id.
4	Interdiction à SCH de provoquer ou tenter de provoquer la liquidation de Somaen Dos de toute manière qui compromettrait les droits des Demandeurs.	Protocole de 1995 : -- Art. 6.1 ; et -- Art. 8 (règles sur la dissolution)  Lettre-Accord du 5 janvier 1995 (option)	Articles 27, 32 (règles sur la dissolution de SD)
5	Interdiction à SCH de céder ou grever de droits les actions de CEPESA acquises via l'OPA, et d'exercer les droits de vote y relatifs.	Protocole de 1995 : -- Art. 6.1 ; et  Accord du 12 janvier 1996	

91. Or, selon les Demanderesses, le dépôt de l'OPA constitue une violation pure et simple des stipulations de l'Article 6.1 du Protocole de 1995 et de la Lettre-Accord du 12 janvier 1996. ELF fait également valoir :

- le fait que SCH, sur la seule base de son analyse des effets de la Loi sur la Transparence, se soit mise en situation de prendre le contrôle absolu de Somaen Dos ;
- le fait que ce contrôle donnerait à SCH le pouvoir de vendre ou gager les actions CEPESA détenues par Somaen Dos, et exercer les droits de vote y relatifs

contrairement aux souhaits des Demanderesses ou encore de dissoudre Somaen Dos d'une manière qui compromettrait les droits des Demanderesses ;

- et l'espoir que semble apparemment nourrir SCH de revendre les actions qu'elle aura acquises au moyen de l'OPA ainsi que, selon toute vraisemblance, sa quote-part d'actions CEPESA proportionnelle à la participation qu'elle détient au sein de Somaen Dos, à l'occasion d'une contre-OPA que SCH semble appeler de ses vœux ;
- quant à la durée des mesures sollicitées, les Demanderesses souhaitent qu'elles demeurent applicables jusqu'à la sentence définitive à intervenir, sauf à ce qu'un accord intervienne entre les parties d'ici-là ou que le Tribunal Arbitral statuant sur le fond en décide autrement.

## **B. L'urgence**

92. Selon les Demanderesses, l'urgence ne fait pas de doute. Elles estiment qu'à défaut pour l'arbitre de leur accorder les mesures qu'elles sollicitent, la Défenderesse sera en mesure, avant l'issue de l'arbitrage au fond et contrairement à ses engagements contractuels :

- de prendre le contrôle effectif de CEPESA ;
- de céder toutes les actions de CEPESA détenues par Somaen Dos à un tiers (ou de les grever de droits) ;
- de céder ou grever toutes les actions de CEPESA obtenues par la Défenderesse suite à l'OPA et
- priver ainsi les Demanderesses des droits dont elles sont titulaires, au titre des accords, de voir maintenu un équilibre entre les participations directes et indirectes que les parties au litige détiennent au sein de CEPESA, outre les droits des Demanderesses d'acquérir des actions CEPESA (8,31 % au titre de la liquidation de Somaen Dos et 4,35 % au titre de l'option d'achat).

93. En ce qui concerne le contrôle unilatéral de Somaen Dos, les Demanderesses font valoir qu'un bloc significatif des actions de CEP SA, représentant environ 33%, est détenu par Somaen Dos. Jusqu'au 25 septembre 2003, les accords entre les parties garantissaient que les droits attachés à ces actions seraient exercés dans une logique de coopération entre SCH et les Demanderesses, malgré la participation majoritaire de SCH dans Somaen Dos. Or, SCH a officiellement dénoncé ces accords et il ressort des déclarations du représentant de SCH, lors de la réunion du Conseil d'Administration de Somaen Dos du 25 septembre 2003, que SCH pourrait utiliser sa participation majoritaire pour exercer ces droits de façon unilatérale.
94. Les Demanderesses relèvent à cet égard que, si une majorité qualifiée peut être requise pour certaines décisions du Conseil d'Administration de Somaen Dos, la majorité simple suffit, dans le cadre de l'Assemblée des actionnaires, pour remplacer et désigner les membres du Conseil d'Administration. Par conséquent, SCH, libérée des accords entre les parties, peut tout à fait remplacer les membres du Conseil d'Administration désignés par les Demanderesses et nommer d'autres personnes à leur place. SCH serait alors en mesure de faire prendre des résolutions de tous ordres au Conseil d'Administration de Somaen Dos, en particulier concernant :
- la cession, totale ou partielle, des actions de CEP SA détenues par Somaen Dos ;
  - les instructions données aux représentants de Somaen Dos au Conseil d'Administration de CEP SA ;
  - les instructions données aux représentants de Somaen Dos à l'Assemblée Générale des Actionnaires de CEP SA, de sorte que tous les droits de vote attachés aux actions détenues par Somaen Dos seraient exercés selon les instructions de SCH.
95. En outre, dans l'hypothèse où SCH prendrait le contrôle du Conseil d'Administration de Somaen Dos et réaliserait son OPA, elle disposerait *de facto* du contrôle de 49,23 % des actions de CEP SA. Cette participation lui permettrait d'agir comme un actionnaire

majoritaire aux assemblées générales de CEPSA, où les actions représentant le flottant ne sont que très faiblement représentées. Elle serait donc en mesure de remplacer et désigner les membres du Conseil d'Administration de CEPSA ou de modifier ses statuts.

96. En ce qui concerne d'autre part les droits des Demanderesses concernant la liquidation de Somaen Dos, elles font valoir que SCH, à travers sa participation majoritaire dans Somaen Dos, pourrait tout à fait tenter de procéder à la liquidation de Somaen Dos selon des modalités violant le droit des Demanderesses à l'obtention des actions de CEPSA auxquelles elles ont droit. Notamment, elles pourraient tenter de faire céder les actions CEPSA détenues par Somaen Dos, avant la liquidation de cette société, de sorte à priver les Demanderesses de l'attribution des actions prévue en cas de liquidation par les statuts de Somaen Dos (Article 32). Les Demanderesses se déclarent d'autant plus inquiètes à cet égard que selon la presse espagnole, l'objectif poursuivi par SCH pourrait être de céder à un tiers toutes les actions détenues par Somaen Dos et les actions obtenues à travers l'OPA.
  
97. Pour les Demanderesses, la position de SCH selon laquelle elle n'aurait jamais eu l'intention de faire un coup de force au sein de Somaen, que le retrait des participations dans Somaen sera réalisé de façon à ce que ELF reçoive les 8,31 % du capital de CEPSA qui légitimement lui appartiennent et que, relativement à l'option sur 4,35 % de CEPSA, les actions de CEPSA sont fongibles et largement cotées sur le marché boursier en Espagne, n'est absolument pas satisfaisante. Ces déclarations sont des déclarations d'intention et non pas des engagements fermes et contraignants. Les manquements que SCH a d'ores et déjà commis au regard des engagements contractuels qu'elle avait pris et qui font l'objet de la procédure arbitrale engagée sur le fond, ont, de manière inévitable, compromis la confiance que les Demanderesses pouvaient accorder à la signature, et a fortiori aux simples déclarations d'intention, de SCH.

98. En outre, s'agissant de la possibilité pour les Demanderesses d'obtenir l'attribution de 4,35 % du capital de CEPSA conformément à l'option d'achat contractuelle, l'affirmation de SCH selon laquelle ces actions seront toujours disponibles à l'achat sur le marché est totalement dénuée de fondement. En effet, si l'OPA de SCH est menée à terme, une telle quantité d'actions ne se trouvera plus sur le marché. Dans ce contexte, la possibilité laissée aux Demanderesses d'exercer leur option au prix contractuel d'exercice (7 € par action environ) risque de se trouver irrémédiablement compromise, à moins que les actions CEPSA en question ne soient rendues indisponibles entre les mains de SCH.

### **C. L'existence d'un dommage irréparable**

99. Les Demanderesses font valoir qu'elles ont déjà été lésées par la dénonciation unilatérale de leurs accords et le lancement par SCH d'une OPA. En agissant comme elle l'a fait, SCH a déjà bouleversé de façon irréversible l'équilibre des accords. Il ne faut pas que SCH puisse être autorisée à continuer de priver de toute substance les droits des Demanderesses.

100. Les Demanderesses estiment être fondées à demander que leurs droits aux actions CEPSA soient respectés. Laisser à SCH la possibilité de transférer les actions CEPSA qu'elles contrôlent, directement ou indirectement à travers Somaen Dos, permettrait à SCH d'imposer *de facto* aux Demanderesses une modification irréversible de l'enjeu du différend. Or, seule la possibilité d'exécuter en nature les droits des Demanderesses leur assurera une réparation effective pour le cas où le Tribunal Arbitral statuant au fond leur donnerait raison. En revanche, une réparation par équivalence serait nécessairement inadaptée, dans la mesure où l'octroi de dommages et intérêts ne pourrait indemniser que très imparfaitement l'intégralité du préjudice patrimonial, industriel, stratégique et commercial subi par ELF, à raison de la perte de ses droits en capital et en influence au sein de CEPSA. Le fait que les Demanderesses pourraient toujours bénéficier d'une

indemnisation par équivalent n'est donc pas une justification suffisante pour rejeter la requête de mesures provisoires. Les Demanderesses invoquent à cet effet l'ordonnance de référé pré-arbitral rendue par le Professeur Tercier dans l'affaire CCI n° 11904/DB, publiée à la Revue Libanaise de l'Arbitrage 2003, n° 25, p. 17.

**D. Le lien procédural a été correctement établi**

101. Contrairement à ce qu'affirme la Défenderesse, les Demanderesses estiment que Unión Fenosa n'a pas adhéré aux accords entre SCH et ELF et qu'en outre, elles n'ont aucunement demandé l'immobilisation et la paralysie des droits de vote qui appartiennent à Unión Fenosa sans avoir appelé cette dernière à la procédure.
102. L'affirmation selon laquelle en sollicitant l'immobilisation de toutes les actions de CEPSA appartenant à Somaen Dos, les Demanderesses immobiliseraient les actions des droits de vote qui reviendraient à Unión Fenosa est injustifiée. Unión Fenosa n'est propriétaire d'aucune action de CEPSA. Les seules actions et droits de vote qui lui reviendront sont actuellement la propriété de Somaen Dos. Or, la mesure sollicitée est conçue pour s'appliquer, de manière provisoire, seulement jusqu'à ce que Somaen Dos soit liquidée.

**E. La controverse n'est pas trop complexe**

103. Invoquant l'article 42 k) des règles NAI, la Défenderesse prétend opposer l'argument selon lequel le litige serait « *trop compliqué pour pouvoir être tranché par une décision provisoire* », ce dont elle déduit que le différend doit être renvoyé à l'arbitrage au fond.

104. Les Demanderesses contestent cette interprétation et font référence à une déclaration de la Défenderesse dans son Mémoire en réponse (paragraphe 3) selon lequel « *le fond de ces mesures conservatoires est en réalité très simple* ».

**F. Le *fumus boni iuris***

105. Contrairement à ce qu'affirme la Défenderesse, les Demanderesses considèrent qu'elles peuvent se prévaloir d'un *fumus boni iuris* ainsi que cela a notamment été précisé plus haut, à l'occasion de la présentation de la position d'Elf relativement à l'application de la Loi sur la Transparence. En agissant de façon secrète et abrupte, la Défenderesse a violé les accords contractuels. Par ailleurs, la Loi sur la Transparence est ambiguë, la portée que lui donne la Défenderesse est contestée. Il y a donc lieu pour l'arbitre de s'en tenir à la validité des accords existants.

**G. Les mesures sollicitées ne sont pas disproportionnées**

106. A l'allégation de la Défenderesse selon laquelle les mesures sollicitées seraient disproportionnées, les Demanderesses réaffirment qu'elles ne sollicitent que le maintien temporaire de l'équilibre contractuel mis en place aux termes de leurs accords, jusqu'à ce que les droits des parties aient été tranchés au fond.
107. Les Demanderesses contestent également que les mesures qu'elles requièrent seraient excessives au motif qu'elles entraîneraient le blocage de 49% du capital et des droits de vote de CEPSA, alors que les Demanderesses ne réclameraient finalement que l'attribution de la propriété de 12,6% de ces actions et droits de vote. Selon elles, cet argument néglige le fait que les demandes vont au-delà de la simple attribution de la quote-part d'actions CEPSA détenues par Somaen Dos qui revient aux Demanderesses et la préservation des droits découlant de leur option. En effet, les Demanderesses



poursuivent l'exécution en nature de leurs droits contractuels tels qu'ils résultent des accords des parties. Il est donc parfaitement légitime pour ELF de solliciter des mesures provisoires concernant les actions CEPSA détenues par Somaen Dos, en raison du risque que SCH cède ces actions de manière unilatérale ou ne fasse des droits de vote y afférant un usage abusif. Il en va de même des actions acquises via l'OPA, puisque le Protocole de 1995 et la Lettre-Accord de janvier 1996 soumettaient une telle acquisition unilatérale et le renversement de l'équilibre des droits des parties qui en résultent nécessairement à une procédure spécifique. De plus, l'usage par SCH du terme « blocage » est trompeur. Les Demanderesses ne cherchent qu'à prévenir tout acte de disposition unilatérale par SCH portant sur les actions CEPSA détenues par Somaen Dos ou acquises dans le cadre de l'OPA et l'exercice des droits qui s'y attachent, conformément aux accords passés entre les parties.

108. Enfin, les Demanderesses estiment que les mesures sollicitées ne sont pas vidées d'intérêt en raison des déclarations faites publiquement par SCH. Ces déclarations ont été faites tardivement. Par ailleurs, vu les événements intervenus, les Demanderesses estiment ne plus pouvoir faire confiance à la Défenderesse.
109. Enfin, ELF estime que contrairement à ce qu'affirme SCH, les mesures provisoires sollicitées n'empêchent nullement qu'une contre-OPA soit déposée.

#### **H. Les mesures sollicitées ne portent pas préjudice aux droits des tiers**

110. Les Demanderesses estiment, contrairement à la Défenderesse, que les mesures sollicitées ne portent pas atteinte aux droits des tiers et notamment des actionnaires minoritaires de CEPSA, et n'entravent pas le fonctionnement du marché boursier espagnol.

111. ELF n'a pas demandé que l'OPA soit gelée. Elle n'a pas davantage demandé quelque mesure que ce soit qui aurait pour effet d'empêcher un tiers de déposer une contre-OPA sur CEPSA. Tout ce qu'elle sollicite est que SCH, directement ou indirectement par le biais du contrôle qu'elle exerce sur Somaen Dos, soit empêchée de transférer ou de donner en gage les actions CEPSA qui sont au cœur du différend entre les parties.
112. Les Demanderesses estiment qu'en soutenant que les mesures demandées pourraient avoir un impact radical sur le marché boursier espagnol, SCH préjuge de l'issue de l'arbitrage au fond quant à l'interprétation de la Loi sur la Transparence et son effet sur les accords des parties. Ce faisant, SCH ne demande rien de moins à l'arbitre que de faire droit à la thèse qu'elle prétend imposer. Selon ELF, il est difficile de comprendre quels préjudices pourraient être causés au marché par l'octroi de mesures qui ne tendent précisément qu'à préserver les droits contractuels des parties, dans l'attente de la décision du juge du fond quant à leur sort.

### **I. L'astreinte (Dwangsom)**

113. Les juridictions néerlandaises et les arbitres statuant selon le Règlement du NAI peuvent assortir d'une astreinte les mesures provisoires qu'ils prononcent. ELF relève que l'imposition d'une telle astreinte relève du droit hollandais et non du droit espagnol mais que même si le droit espagnol devait être pris en considération, le résultat serait le même. En effet, les parties se sont spécifiquement référées au Règlement du NAI et cet accord est valable.
114. Selon ELF, l'imposition d'une astreinte est pleinement justifiée en l'espèce. Sa finalité est de s'assurer de l'efficacité des mesures octroyées, de décourager SCH de toute tentative de passer outre les mesures ordonnées, de la dissuader de se comporter d'une manière qui porterait préjudice aux droits contractuels des Demanderesses.

## **VIII. LA POSITION DE LA PARTIE DÉFENDERESSE**

### **A. La position de la Défenderesse : le rejet des mesures sollicitées.**

115. D'une part, la Défenderesse estime que les véritables motifs de ELF ne sont pas ceux qu'elle avance dans sa requête. ELF ne cherche pas à garantir la sentence arbitrale qui pourrait être obtenue par la suite dans le cadre de l'arbitrage au fond. Elle a d'autres motivations. La véritable intention de ELF est d'immobiliser 49,23% du capital de CEPESA et d'éviter que ces actions puissent voter, parce qu'ainsi, avec ses 37%, elle dominera totalement CEPESA et aucun tiers ne sera tenté de lancer une seconde OPA sur CEPESA : avec 49,23% du capital bloqué et 36,97% entre les mains de ELF, l'offrant ne pourrait acquérir qu'un faible pourcentage limité à 15%, insuffisant pour avoir du poids au sein de la compagnie.
116. Pour le surplus, SCH estime que chacune des mesures conservatoires sollicitées par les Demanderesses doit être d'emblée rejetée, car elles ne remplissent pas les conditions qui, selon le Règlement NAI et le droit de la procédure hollandais – qui sur ce point n'est pas différent des principes généraux acceptés dans l'arbitrage international – sont indispensables pour que lesdites mesures soient prononcées :
- parce que le lien procédural n'a pas été établi correctement, la demande n'ayant pas été formée à l'encontre de Unión Fenosa ;
  - parce que le litige est trop complexe pour pouvoir être tranché au moyen d'un référé arbitral ;
  - parce qu'il n'y a pas d'urgence ;
  - ni de dommage irréparable ;
  - ni de *fumus boni iuris* conformément au droit espagnol ;
  - parce que les mesures sollicitées sont disproportionnées ;

- et porteront préjudice aux tiers de manière significative : les milliers d'actionnaires de CEPSA qui se verront privés de leur droit de recevoir de nouvelles OPA pour leurs actions ;
- et finalement, parce que la majorité des mesures conservatoires sollicitées, dans la mesure où elles affectent le droit du marché des valeurs espagnoles, ne constitue pas une matière susceptible d'être soumise à une procédure d'arbitrage.

117. Enfin, si les mesures sollicitées étaient octroyées en tout ou en partie, SCH demande qu'elles soient limitées dans le temps à trois mois. Si, dans ce délai, elles n'ont pas été confirmées par le Tribunal Arbitral qui tranche au fond, elles devraient être automatiquement annulées.

#### **B. Le lien procédural n'a pas été correctement établi**

118. La Défenderesse prétend qu'Unión Fenosa est un associé de Somaen Dos et qu'elle a adhéré aux accords conclus entre SCH et ELF. Elle joint à cet effet les contrats prétendument signés par les parties à ce sujet (Cote D6).

119. Elle estime par ailleurs qu'il est indiscutable que la mesure provisoire sub (1) exige l'immobilisation de toutes les actions de CEPSA appartenant à Somaen Dos et que l'on paralyse l'exercice du droit de vote correspondant auxdites actions.

120. En sollicitant l'immobilisation et la paralysie du droit de vote des actions qui appartiennent à un tiers, Unión Fenosa, sans même avoir appelé ce tiers à la procédure, afin qu'il puisse se défendre, les Demanderesses ont commis une erreur qui doit à elle seule entraîner le rejet des mesures conservatoires sollicitées. En effet, c'est un principe général de droit que nul ne peut être condamné ou concerné par une décision judiciaire, sans avoir été partie au procès et sans avoir été dûment entendu.

### **C. La controverse est trop complexe**

121. SCH estime que la procédure de référé arbitral engagée par les Demanderesses est particulièrement inappropriée pour résoudre le présent litige car en l'espèce, la discussion sur le fond est indissociable des mesures conservatoires sollicitées. L'investigation à laquelle devrait procéder l'arbitre dépasse largement les termes habituels d'une procédure en référé.
122. Or, l'article 42 k du Règlement NAI prévoit que l'arbitre doit apprécier si le litige s'avère « *trop compliqué pour pouvoir être tranché par une décision provisoire* » et s'il conclut de la sorte, il est tenu de refuser la procédure en référé et de renvoyer les parties à un arbitrage ordinaire. La Défenderesse invite l'arbitre à tirer pareille conclusion.

### **D. Les mesures provisoires ne sont pas requises par l'urgence**

123. L'article 42 a du Règlement du NAI ne permet l'adoption de mesures provisoires que si elles sont requises par l'urgence, c'est-à-dire si le risque encouru est tellement grave que le Demandeur ne peut attendre la constitution du Tribunal Arbitral au fond.
124. Les mesures 1, 2, 3 et 4 tendent à protéger le droit de ELF à recevoir 8,31 % des actions de CEPISA lors de la liquidation de Somaen. Ces mesures ne sont en rien nécessaires. SCH a affirmé lors du Conseil d'Administration du 25 septembre 2003 qu'il fallait attribuer à chacun des associés les participations économiques respectives dans CEPISA qui, conformément aux statuts sociaux, leur correspondent en cas de dissolution ou de liquidation de Somaen. Elle a réitéré cet engagement lors de la communication du Fait Relevant du 13 octobre 2003, ainsi que dans la brochure d'OPA. Elle a également réaffirmé ces engagements dans les mémoires qu'elle a déposés dans la présente instance. Elle réaffirme pour autant que de besoin, que Somaen Dos sera liquidée de façon à ce que chaque associé reçoive les actions de CEPISA qui lui correspondent et ELF recevra ses 8,31 %. Les Demanderesses n'ont pas fourni le moindre indice

indiquant que SCH, à un moment donné, ait pu envisager la possibilité de faire un coup de force et de s'approprier les actions qui correspondraient à ELF et à Unión Fenosa.

125. La Défenderesse rappelle par ailleurs que les questions importantes telles que la vente des actions de CEPSA, peuvent être soulevées lors de l'Assemblée Générale des associés, qui doit les approuver avec une majorité des 75 %, ce qui, *de facto*, confère un droit de veto à ELF. Elle réaffirme par ailleurs son engagement selon lequel, tant que Somaen Dos ne sera pas liquidée, SCH exercera ses droits de vote au sein de Somaen Dos de façon à ce que chaque associé de Somaen puisse exercer le droit de vote attaché aux actions de CEPSA qui lui correspondent (c'est-à-dire que ELF exercera un droit de vote représentatif de 8,31 %).
126. SCH réaffirme également dans son Mémoire en Réponse son engagement selon lequel, si, au sein du conseil de Somaen Dos, ELF ou Unión Fenosa présentait la demande de pouvoir recourir à l'OPA avec le pourcentage des actions de CEPSA qui leur correspond (8,31 % pour ELF et 5 % pour Unión Fenosa), SCH voterait en faveur de cette possibilité.
127. Quant à la mesure 5, elle poursuit l'immobilisation des actions de CEPSA que SCH obtiendrait éventuellement grâce à l'OPA. Or, vu les délais fixés par le Décret Royal 1197/1991 du 26 juillet 1991 pour la procédure d'OPA, ELF devait être parfaitement consciente que SCH ne recevrait pas ses actions provenant de l'OPA avant au moins 50 jours. Elle avait donc assez de temps pour engager un arbitrage ordinaire.
128. La Défenderesse ajoute qu'il n'existe pas non plus la moindre urgence si on prend en compte la prétention qui doit être garantie par l'immobilisation des 16 % provenant de l'OPA. L'engagement de SCH de remettre à ELF 4,35 % du capital de CEPSA est en effet conditionné et différé : une divergence insurmontable doit se produire, Somaen doit être dissoute, SCH doit se voir remettre ses 19,92 % et ELF ses 8,31 % et commence alors à courir une période durant laquelle ELF devrait acheter des actions de

CEPSA sur le marché boursier. Ce n'est que si au terme de cette période, ELF n'a pas obtenu ces actions, que SCH serait tenue de lui remettre à un prix préétabli. L'urgence alléguée n'existe donc manifestement pas.

**E. Il n'existe pas de préjudice irréparable**

129. Selon la Défenderesse, ELF ne prouve pas que l'absence des mesures sollicitées lui causerait un préjudice irréparable. Elle demande que lui soit garanti son droit à recevoir 8,31 % + 4,35 % du capital de CEPSA, soit un total de 12,66 %. Or, la Défenderesse a confirmé à plusieurs reprises le droit de ELF à recevoir les 8,31 % qui lui reviennent dans la liquidation de Somaen Dos. Par ailleurs, dans l'hypothèse où SCH serait condamnée par la sentence arbitrale finale à remettre les 4,35 % d'actions de CEPSA et qu'elle s'y refuse, l'exécution de cette sentence ne poserait alors aucun problème : ELF achèterait les actions sur le marché boursier, à quelque prix que ce soit, et exigerait ensuite que SCH lui rembourse la somme payée.
130. En revanche, l'octroi des mesures conservatoires entraînerait pour SCH un dommage irréparable. 50 % du capital de CEPSA serait privé de droit de vote, avec la conséquence que ELF, avec ses 37 % d'actions, deviendrait l'actionnaire de contrôle. Elle pourrait alors faire un tour de force et prendre unilatéralement le pouvoir dans CEPSA.

**F. Il n'existe pas de *fumus boni iuris* conformément au droit espagnol**

131. La Défenderesse estime que ELF a la charge de la preuve d'un *fumus boni iuris*. Or, elle ne l'a pas rapportée. Renvoi est fait sur ce point à la position de SCH développée à l'occasion de la présentation de la Loi sur la Transparence.

**G. Les mesures conservatoires sollicitées sont totalement disproportionnées**

132. Le demandeur en mesures provisoires doit prouver que les mesures qu'il requiert sont proportionnelles à ses revendications et n'entraînent pas un préjudice superflu pour le défendeur.
133. La Défenderesse estime qu'en l'espèce, il existe une disproportion flagrante entre les réclamations des Demanderesses au fond et les mesures conservatoires sollicitées. Au fond, ELF demande de recevoir 8,31 % + 4,35 % du capital de CEPSA, soit au total 12,66 %. Pour se faire, elle demande le blocage de la moitié du capital de CEPSA tout en pouvant, pendant ce temps, contrôler de façon absolue CEPSA avec les 37 % dont elle dispose.

**H. Les mesures conservatoires seraient de nature à porter atteinte aux droits des tiers**

134. SCH affirme que si le Tribunal Arbitral devait prononcer les mesures conservatoires sollicitées et déclarer l'immobilisation de 50 % du capital social de CEPSA, l'impact sur le marché des valeurs espagnoles serait radical. La mesure s'inscrirait à l'encontre des objectifs recherchés par la Loi sur la Transparence. Des milliers d'investisseurs espagnols se verraient privés de la possibilité de maximaliser la valeur de leurs investissements puisque les possibilités de voir des tiers présenter de nouvelles OPA seraient réduites.



**I. Les prétentions de ELF ont une incidence sur des matières non arbitrables.**

135. SCH allègue que les mesures sollicitées par les Demanderesses affectent des matières dont les parties n'ont pas la libre disposition et qui portent sur une branche du droit, celle du marché des valeurs, qui, d'une manière générale, ne relève pas de l'arbitrage.
136. Selon SCH, l'octroi des mesures sollicitées impliquerait que seuls 51 % des actions conserveraient un droit de vote effectif. ELF acquerrait avec sa participation un contrôle absolu et total de l'une des plus importantes sociétés cotées espagnoles. Les mesures conservatoires auraient pour effet de violer la règle d'or de la réglementation des OPA espagnoles qui oblige la société qui souhaite prendre le contrôle de plus de 50 % d'une société cotée à formuler une offre sur 100 % des actions.

**J. L'astreinte (Dwangsom)**

137. SCH affirme que la revendication d'une astreinte d'un montant de 5.000.000,00 EUR pour chaque violation des mesures ordonnées doit être rejetée car il s'agit d'une question de fond qui doit être régie par le droit espagnol. De plus, la solvabilité et la réputation de la Défenderesse rendent particulièrement superflue cette astreinte.

**IX. LA DEMANDE SUBSIDIAIRE DE SCH**

**A. La demande de SCH**

138. L'article 42 1) du Règlement NAI permet de subordonner l'octroi d'une mesure conservatoire à l'exigence d'une garantie dans le chef de la Défenderesse. Elle fait valoir que dans la présente affaire, la mesure sollicitée pourrait affecter l'évolution de la cote de CEPSA et aboutir à la non présentation de nouvelles OPA. Il est également

possible que ELF en profite pour faire un tour de force et prendre le contrôle de CEPSA. Afin de garantir SCH, celle-ci demande dans le cas hypothétique où la décision ferait droit à une ou plusieurs des mesures provisoires sollicitées, que ces mesures ne produisent effet que lorsque ELF aura fourni au NAI ou à l'arbitre une garantie abstraite à première demande, émise par une banque européenne de premier plan possédant les caractéristiques suivantes :

- ladite garantie sera payable à première demande sur présentation de toute sentence ou décision judiciaire rejetant les prétentions de ELF dans la procédure arbitrale au fond ou condamnant ELF à indemniser SCH ou à un tiers, suite au prononcé des mesures conservatoires sollicitées dans cette procédure ;
- le délai de garantie sera de sept ans ;
- le texte de la garantie devra être approuvé par l'arbitre après avoir entendu le défendeur ;
- le montant de la garantie sera égal à 150 % de la valeur boursière, à la date du prononcé de la présente mesure, des actions de CEPSA immobilisées par la mesure conservatoire.

## **B. La position des Demanderesses**

139. ELF fait valoir que SCH n'a pu identifier que deux catégories possibles de préjudices que pourraient lui causer les mesures provisoires : les chances de dépôt d'une contre-OPA potentielle s'en trouveraient compromises et ELF obtiendrait le contrôle de CEPSA.
140. L'hypothèse d'une contre-OPA est purement spéculative et ne peut servir de fondement légitime à la subordination des mesures provisoires à l'octroi d'une garantie.

141. L'allégation selon laquelle les Demanderesses pourraient vouloir le contrôle de CEPSA est déplacée. Toutefois, les Demanderesses se disent prêtes à souscrire tout engagement que l'arbitre estimera approprié afin de fournir l'assurance qu'elles ne feront rien de tel.
142. Les modalités et le montant de la garantie sollicitée par SCH sont en outre excessifs. La durée de sept ans n'est pas raisonnable. SCH n'a pas davantage offert de justifier la simple éventualité qu'elle subisse un préjudice d'un montant représentant même une simple fraction des sommes dont elle prétend se faire garantir.

#### **X. LES FRAIS DE LA PRÉSENTE PROCÉDURE**

143. Chacune des parties demande à l'arbitre de mettre les frais de la présente procédure, en ce compris les honoraires d'avocats et les frais d'experts, à charge de la partie perdante.

#### **XI. DÉCISION**

##### **A. L'urgence et le péril en la demeure**

144. Le Règlement du NAI précise en son article 42 a que l'intervention de l'Arbitre statuant en référé est subordonnée à une condition d'urgence.
145. D'une manière générale, un Tribunal Arbitral n'est compétent pour statuer en référé que s'il y a urgence et péril en la demeure.
146. L'Arbitre estime que ces conditions sont remplies en l'espèce. Il ressort en effet des développements qui précèdent que les parties ont conclu des accords qui assurent l'équilibre de leurs participations directes et indirectes dans CEPSA. Or, suite à l'entrée en vigueur de la Loi espagnole sur la Transparence, SCH a annoncé que les pactes

parasociaux qu'ils contenaient étaient désormais caducs et qu'elle s'en estimait déliée. Cette annonce unilatérale de SCH n'a pas fait l'objet d'une concertation préalable. Elle a été annoncée par l'Administrateur-délégué de SCH le 25 septembre 2003 et dès le lendemain, SCH lançait, sans notification préalable à ELF, une OPA sur 16% des actions de CEPESA, ce que ne permettent pas les accords des parties. ELF, pour sa part, considère que ces accords restent valables dans leur ensemble, malgré la Loi sur la Transparence et souhaite que les parties continuent à s'y conformer.

147. Ce litige au fond a été soumis à l'arbitrage du NAI par ELF, comme précisé plus haut. Mais entretemps, la situation est confuse. ELF s'estime liée par les accords conclus par les parties et SCH s'en estime déliée. ELF postule au fond le respect et l'exécution en nature des accords alors que SCH se considère déliée des engagements qu'elle a pris dans les pactes parasociaux. Il est évident que si le Tribunal Arbitral statuant au fond venait à confirmer la validité des accords conclus par les parties et à contraindre SCH à respecter lesdits accords, l'exécution de cette sentence pourrait être mise à néant par les initiatives prises entretemps par SCH. Comme l'a précisé un des conseils de SCH en audience, c'est aussi pour des raisons stratégiques que SCH a lancé son OPA sans en informer préalablement ELF. D'autres raisons stratégiques, aussi valables soient elles, pourraient amener SCH à prendre d'autres actions, telles que la vente de tout ou partie de ses participations dans CEPESA. L'Arbitre considère donc qu'il y a urgence et péril en la demeure.

#### **B. Le *fumus boni juris***

148. Les présentations des brillants professeurs de droit convoqués comme experts par les parties et l'analyse de leurs avis écrits ainsi que de la Loi sur la Transparence, n'a pas convaincu l'Arbitre de ce que la position des Demanderesses était dénuée de fondement. Il considère en d'autres termes que le Tribunal Arbitral statuant au fond pourrait éventuellement juger fondées les demandes de ELF et en particulier en ce qu'elles

concernent la validité des pactes parasociaux. L'Arbitre n'estime pas pour autant dénuée de tout fondement la position de SCH quant à l'absence d'efficacité desdits pactes. Mais pareille conclusion n'est pas requise pour que l'Arbitre puisse se prononcer en faveur de l'existence d'un *fumus boni juris*.

149. Les différents experts, tant ceux présentés par SCH que ceux présentés par ELF, ont souligné que la troisième disposition transitoire était d'une très grande complexité, qu'elle exigeait « un très grand travail de réflexion et d'analyse » (Professeur Olivencia), que la lecture du texte en espagnol était « très difficile » et que sa syntaxe était « déficiente » (Professeur Rojo). La presse espagnole n'a cessé de faire état des difficultés d'interprétation qu'elle suscite, une position auquel le Professeur de Enterría a lui-même reconnu avoir souscrit, dans un récent article publié dans le quotidien « El País ».
150. Certes, plusieurs experts ont fait valoir qu'une interprétation littérale du texte de la troisième D.T. pouvait conduire à conclure au bien-fondé de la position de SCH. Mais on ne peut pour autant s'arrêter à cette conclusion.
151. D'une part, plusieurs experts (les Professeurs Sanchez Colero et Rojo) ont contesté cette interprétation « littérale ». Ils ont souligné que le terme « celui qui » visé au point c de la 3<sup>e</sup> D.T. ne visait pas un tiers hypothétique ; qu'il s'agissait de la formule habituellement utilisée dans la législation espagnole sur les marchés de valeurs.
152. D'autre part, le professeur Olivencia qui a soutenu la position de la Défenderesse, a précisé, presque mot pour mot, qu'il ne fallait pas « se centrer uniquement sur la lettre du texte, se limiter à une interprétation littérale », qu'il fallait bien au contraire « interpréter la loi à la lumière de l'esprit du législateur », « comme l'exige le Code civil ».

153. Or, à cet égard, les positions des experts sont très différentes. Les experts des Demanderesses font valoir que la loi a pour objet la transparence et que l'on ne voit donc pas en quoi elle pourrait déclarer inefficace des pactes parasociaux qui ont dûment été portés à la connaissance de la CNMV au moment de leur conclusion (ce qui a été le cas en l'espèce) et qui au surplus étaient parfaitement licites. Les parties sont en effet d'accord qu'au moment où les Accords ont été conclus, une OPA n'était pas nécessaire, ce qu'à confirmé à l'époque la CNMV. Selon les experts des Demanderesses, l'interprétation théologique de la 3<sup>e</sup> DT doit donc conduire à valider les accords litigieux. Ils ajoutent que cette lecture est d'ailleurs tout à fait compatible avec les termes de la disposition, comme rappelé plus haut.
154. En revanche, les experts de la Défenderesse estiment que le but du législateur était, au-delà de la transparence, de renforcer la position des actionnaires, en particulier minoritaires, qui ont été étrangers à un pacte entre sociétés grâce auquel ces dernières ont obtenu une structure de contrôle de l'entreprise sans faire une OPA.
155. L'Arbitre ne juge pas cette dernière prise de position déterminante. Il relève à cet égard que :
- la 3<sup>e</sup> DT a été introduite par un amendement de dernière minute au Sénat ;
  - que, par définition, ce texte n'avait donc pas été au départ jugé indispensable à la mise en œuvre de la politique poursuivie par le législateur, d'autant que le texte de loi avait fait l'objet d'une préparation minutieuse ;
  - que l'amendement a été peu débattu et que les travaux préparatoires sont presque muets à son égard ;
  - que le texte est compliqué et rédigé de manière peu satisfaisante ;
  - qu'il n'existe pas d'interprétation officielle à son sujet ou de doctrine autorisée ou de décision judiciaire.

156. En d'autres termes, l'Arbitre estime qu'il n'y a pas de raison objective de considérer aujourd'hui *prima facie* que la position des Demanderesses est dénuée de fondement. Il décide donc qu'il existe un *fumus boni juris*, sans préjudice de la décision que rendra à ce sujet le Tribunal Arbitral statuant au fond.

### **C. La complexité de la controverse**

157. L'Arbitre ne juge pas le litige trop complexe pour pouvoir être tranché par une décision provisoire, au sens de l'article 42 k du Règlement NAI.

### **D. Le lien procédural**

158. L'Arbitre ne considère pas que le lien procédural n'a pas été correctement établi. Les Demanderesses ne sollicitent de condamnation qu'à charge de la Défenderesse. Le fait que la sentence à intervenir puisse avoir une incidence sur des tiers est caractéristique d'un grand nombre de décisions judiciaires. Il n'empêche pas l'octroi des mesures provisoires sollicitées. La Défenderesse n'a par ailleurs pas clairement établi qu'Unión Fenosa soit partie aux accords litigieux. Ce fait est totalement contesté par les Demanderesses. L'on rappellera enfin que les mesures sollicitées n'ont qu'un caractère provisoire.

### **E. La balance des avantages et des inconvénients**

159. L'Arbitre a pris bonne note des objections formulées par la Défenderesse quant au préjudice qu'elle pourrait éventuellement subir si les mesures sollicitées étaient accordées et quant au caractère prétendument disproportionné de ces mesures. Il en a dûment tenu compte dans sa décision. Les mesures octroyées ont été adaptées et limitées à l'objectif poursuivi, de ne pas mettre en péril l'exécution d'une sentence au

fond. Elles ont par ailleurs été établies de manière à ne pas créer de préjudice irréparable.

#### **F. Les effets des mesures sur les tiers**

160. L'Arbitre a également pris bonne note des objections formulées à cet égard par la Défenderesse. Il estime que les mesures octroyées ne risquent pas de porter atteinte aux droits des tiers et notamment des investisseurs espagnols et n'entravent pas le fonctionnement du marché boursier espagnol. Ces mesures ne sont d'ailleurs que provisoires et le cas échéant, leur modification, ou l'octroi de nouvelles mesures, pourrait être sollicitée du Tribunal Arbitral statuant au fond, dès sa constitution, vraisemblablement en décembre 2003.

#### **G. L'astreinte**

161. L'Arbitre n'estime pas justifiée la condamnation à une astreinte. SCH est la première banque espagnole et à ce titre un acteur de premier plan du commerce international. Elle veillera certainement à respecter l'engagement qu'elle a pris en acceptant l'arbitrage du NAI. L'article 51 des règles d'arbitrage prévoit en effet qu'en acceptant l'arbitrage selon les règles du NAI, les parties prennent l'engagement d'exécuter sans délai la sentence qui sera rendue. Il est certain que le non respect de cet engagement par une des parties pourrait mettre en cause son crédit dans le commerce international.

#### **H. La garantie**

162. Comme la Défenderesse, les Demanderesses veilleront aussi certainement à respecter les engagements qu'elles ont pris devant l'Arbitre, ainsi que la présente sentence. L'Arbitre ne juge donc pas nécessaire l'octroi de la garantie sollicitée par la Défenderesse. Certes, de telles garanties sont fréquemment accordées par les juges



espagnols, pour des montants peu élevés d'ailleurs, dans le cadre des décisions de mesures provisoires. Le Règlement du NAI, applicable en l'espèce, permet l'octroi d'une telle garantie dans son article 42.1 mais ne l'impose pas. L'Arbitre juge que cette garantie n'est pas nécessaire.

#### **I. Les mesures octroyées**

163. Les mesures octroyées sont plus amplement détaillées au dispositif de la sentence. L'Arbitre n'a pas accordé la totalité des mesures sollicitées, notamment au niveau du blocage des droits de vote. En revanche, il a ordonné le respect des engagements pris par les parties dans le cadre de la présente procédure, des règles de majorité qualifiée de l'annexe 7 du Protocole de 1991 – telles que modifiées – et le respect des clefs de répartition des mandats au sein des Conseils d'Administration et des Commissions Exécutives de Somaen Dos et CEPSA.

#### **J. Les frais de l'arbitrage**

164. Comme le lui permet l'article 49.3 du Règlement NAI, l'Arbitre réserve au Tribunal Arbitral statuant au fond de déterminer qui devra supporter la charge des frais d'arbitrage et honoraires des avocats, afférant à la présente procédure de référé arbitral.

**Par ces motifs,**

**Vu l'urgence et le péril en la demeure,**

**L'Arbitre,**

**Statuant selon les règles de droit et au provisoire, sans préjuger du fond du litige,**

- 1) Ordonne à SCH agissant individuellement ou à travers des sociétés qu'elle détient ou contrôle, de s'abstenir de toute action qui pourrait conduire à ce que les actions de CEPESA détenues par Somaen Dos soient cédées ou grevées de droits ;
- 2) Ordonne à SCH, agissant individuellement ou à travers des sociétés qu'elle détient ou contrôle, de s'abstenir de toute action qui pourrait conduire à ce que les parts de Somaen Dos détenues par sa filiale (Riyal) soient cédées ou grevées de droits ;
- 3) Ordonne à SCH, agissant individuellement ou à travers des sociétés qu'elle détient ou contrôle, de s'abstenir de toute action qui pourrait conduire à ce que les actions de Riyal qu'elle détient soient cédées ou grevées de droits ;
- 4) Donne acte à SCH des engagements qu'elle a pris au niveau de la liquidation de Somaen Dos, énoncés notamment au paragraphe 72 de sa réponse à la demande d'arbitrage et résumés aux n°s 124, 125 et 126 de la présente sentence ; lui ordonne de s'y conformer et pour autant que de besoin, lui ordonne, agissant individuellement ou à travers des sociétés qu'elle détient ou contrôle, de ne pas provoquer, ou tenter de provoquer, la liquidation de Somaen Dos, dans des conditions qui ne préserveraient pas les droits des Demanderesses à recevoir les actions de CEPESA auxquels elles ont droit, sauf accord contraire des parties ;

- 5) Ordonne à SCH, agissant individuellement ou à travers des sociétés qu'elle détient ou contrôle, de s'abstenir de toute action qui pourrait conduire à ce que les actions CEPSA acquises à travers l'OPA soient cédées ou grevées de droits, et lui ordonne de ne pas exercer les droits attachés à ces actions, sauf accord contraire des parties ;
- 6) Ordonne à SCH et à ELF, agissant individuellement ou à travers des sociétés qu'elles détiennent ou contrôlent, de s'abstenir de toute action qui pourrait conduire à ce que les règles de majorité qualifiée telles que reprises à l'Accord du 5 janvier 1995 modifiant l'annexe 7 du Protocole de 1991, ne soient pas respectées ; et à ce que les clefs de répartition des mandats au sein des Conseils d'Administration et des Commissions Exécutives de Somaen Dos et CEPSA soient modifiées ;
- 7) Donne acte aux Demanderesses de ce que leur demande de mesures provisoires n'a pas pour objet direct ou indirect de prendre le contrôle de CEPSA et leur ordonne de respecter cet engagement ;
- 8) Enjoint aux parties, au cas où la mise en œuvre des mesures précitées susciterait des difficultés d'exécution, à collaborer loyalement en vue de leur trouver une solution acceptable dans le respect de l'esprit qui a présidé à leur élaboration ;
- 9) Décide que les mesures précitées resteront d'application jusqu'à ce que le Tribunal Arbitral statuant au fond ait rendu sa sentence définitive, à moins que ce dernier – ou un arbitre statuant en référé, en cas d'extrême urgence – n'estime opportun, à la requête d'une des parties, de modifier ces mesures ou que les parties n'arrivent à un accord ;

- 10) Réserve au Tribunal Arbitral statuant au fond de déterminer qui devra supporter la charge des frais d'arbitrage et honoraires des avocats et frais d'experts, afférant à la procédure de référé arbitral ;
- 11) Rejette toutes autres demandes ;
- 12) Dit que la présente sentence est immédiatement exécutoire.

Lieu de l'Arbitrage : La Haye

La présente sentence a été rédigée en langue française et en langue espagnole. Il existe cinq originaux en français et en espagnol.

Le 21 novembre 2003

---

Bernard Hanotiau,  
Arbitre