

## OPINION CONCORDANTE DE NICOLAS ANGELET

1. Je suis entièrement d'accord avec la décision du Comité de rejeter la Requête en Annulation de la Sentence. Dans la présente opinion, je souhaite expliquer brièvement pourquoi je ne souscris pas aux motifs exposés dans la Décision du Comité en ce qui concerne l'interprétation de la Décision Initiale sur l'Annulation relative à l'autorité de la chose jugée attachée au paragraphe 688 de la Sentence Initiale, et pourquoi cela n'affecte en rien la décision du Comité de rejeter la Requête. Je tiens à exprimer mon estime pour la position différente de mes collègues au sein du Comité sur cette question complexe.

### **Le paragraphe 688 de la Sentence Initiale et la Décision du Comité**

2. Au paragraphe 688 de la Sentence Initiale, le Tribunal Initial a considéré que, puisque l'expropriation n'entraîne pas dans le champ d'application du TBI, les allégations et les preuves relatives au préjudice causé par l'expropriation manquaient de pertinence et ne pouvaient pas être retenues afin d'établir le préjudice causé par le déni de justice et le manquement d'accorder un traitement juste et équitable :

688. L'expropriation survenue avant l'entrée en vigueur du traité ayant été écartée de l'examen du Tribunal arbitral, il en résulte que, pour cette raison déjà, les allégations, discussions et preuves relatives au dommage subi par les demanderesse du fait de l'expropriation, manquent de pertinence et ne peuvent pas être retenues s'agissant d'établir un préjudice, résultant lui d'une autre cause, de fait et de droit, celle du déni de justice et du refus d'un « *traitement juste et équitable* ». [Soulignement et caractères italiques dans l'original]

3. La Décision du Comité relève que le Premier Comité s'est référé à plusieurs reprises au paragraphe 688, l'a cité de manière affirmative aux paragraphes 261 et 283 et a tiré des conclusions qui dépendent de la finalité du paragraphe 688. Selon la Décision du Comité, le Premier Comité s'est ainsi approprié le contenu du paragraphe 688. Vue sous cet angle, la décision du Premier Comité, au paragraphe 1er du dispositif,

d'annuler « les paragraphes correspondants dans le corps de la Sentence relatifs aux dommages-intérêts (Section VIII) » doit être interprétée comme signifiant que seuls les paragraphes qui accordent une indemnisation au titre du préjudice résultant du déni de justice et de la violation du standard du traitement juste et équitable en se référant au standard de l'expropriation sont concernés. En revanche, la déclaration qui figure au paragraphe 688 de la Sentence Initiale, selon laquelle le préjudice causé par le déni de justice et la violation du traitement juste et équitable ne peut pas être déterminé par référence à l'expropriation, aurait autorité de la chose jugée<sup>1</sup>. La Décision poursuit en notant que, nonobstant certaines ambiguïtés, le Tribunal de Nouvel Examen a pour l'essentiel adopté la même position<sup>2</sup>.

4. Pour les raisons exposées ci-après, je considère que cette conclusion est incompatible avec les passages pertinents de la Décision du Premier Comité.

#### **Les paragraphes du dispositif de la Décision Initiale sur l'Annulation**

5. Le raisonnement du Comité part du dispositif de la Décision Initiale sur l'Annulation. Le Comité observe que les Parties ont débattu du sens du paragraphe 1er du dispositif de la Décision Initiale sur l'Annulation, qui annule le paragraphe 4 du dispositif de la Sentence Initiale « et les paragraphes correspondants dans le corps de la Sentence relatifs aux dommages-intérêts (Section VIII) » - dans la version anglaise : « *and the corresponding paragraphs in the body of the Award related to damages (Section VIII)* »<sup>3</sup>. La question se pose de savoir si cela concerne l'intégralité ou seulement une partie de la Section VIII.
6. Certes, on pourrait soutenir que le paragraphe 1er du dispositif est ambigu du fait qu'il se réfère aux « paragraphes correspondants [...] relatifs aux dommages-intérêts » avant de mentionner la Section VIII entre parenthèses. Ces termes peuvent être interprétés comme faisant référence à l'ensemble de la Section VIII ou seulement à certains paragraphes de celle-ci.

---

<sup>1</sup> Décision du Comité (ci-après : la « Décision ») aux paras. 623-626. Voir aussi paras. 659 ss.

<sup>2</sup> Décision, para. 627, qui se réfère à la Sentence après Nouvel Examen, paras. 228 et 230(d).

<sup>3</sup> Décision, para. 623. Voir aussi para. 625., qui mentionne également le paragraphe 4 du dispositif.

7. Cependant, le paragraphe 1er du dispositif de la Décision Initiale sur l'Annulation doit être lu conjointement avec le paragraphe 4 du dispositif. Tandis que le paragraphe 1er énonce la portée de l'annulation de la Sentence Initiale, le paragraphe 4 énonce ce qui, dans la Sentence Initiale, a autorité de la chose jugée. Le paragraphe 4 est l'image miroir du paragraphe 1er. Il dit exactement la même chose mais dans le sens contraire.
8. Au paragraphe 4 du dispositif, le Premier Comité estime que « les paragraphes 1 à 3 et 5 à 8 du dispositif ainsi que le corps de la Sentence, à l'exception de la Section VIII, ont autorité de chose jugée » - en anglais : « *paragraphs 1 to 3 and 5 to 8 of the dispositif as well as the body of the Award but for Section VIII are res judicata* ». Les termes « à l'exception de la Section VIII » et « *but for Section VIII* » signifient sans aucune ambiguïté que la Section VIII dans son ensemble n'a pas autorité de la chose jugée.
9. Ainsi, toute ambiguïté qui pourrait entacher le paragraphe 1er du dispositif est dissipée par le paragraphe 4.

### **Les motifs de la Décision Initiale sur l'Annulation**

10. La Décision du Comité ne s'attarde pas sur le paragraphe 4 du dispositif de la Décision Initiale sur l'Annulation, mais plutôt sur ses motifs. La Décision du Comité relève que le paragraphe 688 de la Sentence Initiale est cité de manière affirmative aux paragraphes 261 et 283 de la Décision Initiale sur l'Annulation, le Premier Comité s'étant ainsi approprié le contenu du paragraphe 688. Il s'ensuivrait que le paragraphe 1er du dispositif doit être lu comme signifiant que tous les motifs figurant dans la Section VIII ne sont pas annulés<sup>4</sup>. À mon sens, cette conclusion n'est pas corroborée par les paragraphes 261 et 283 de la Décision Initiale sur l'Annulation, et en outre elle est contredite par le paragraphe 286 de celle-ci.
11. Le paragraphe 261 de la Décision Initiale sur l'Annulation porte sur le point de savoir si le Tribunal Initial a, en évaluant les dommages-intérêts sans avoir entendu les Parties sur la méthode d'évaluation appliquée, violé le droit du Chili d'être entendu. Dans ce contexte, le Premier Comité a observé que le Tribunal Initial « a reconnu dans la

---

<sup>4</sup> Décision, para. 624.

Sentence » (en anglais : « *acknowledged in the Award* ») que (i) les arguments des Demanderesses concernant les dommages étaient strictement limités à leur expropriation (ii) le calcul des dommages-intérêts basés sur l'expropriation n'était pas pertinent s'agissant des violations du TBI résultant d'un déni de justice et d'une discrimination servant de fondement à la Sentence, (iii) les Demanderesses n'ont pas apporté de preuves convaincantes des dommages dans le cadre des demandes fondées sur le déni de justice ou sur la discrimination et (iv) le Tribunal Initial serait en mesure de procéder à une évaluation des dommages-intérêts à l'aide d'éléments objectifs, les autorités chiliennes ayant elles-mêmes fixé le montant de la réparation due aux personnes ayant droit à une indemnisation en vertu de la Décision n° 43 (c'est-à-dire la décision relevant du droit interne chilien qui a accordé une indemnisation au titre de l'expropriation à des ressortissants chiliens qui ont prétendu à tort être les propriétaires des actifs des Demanderesses). Le Premier Comité a ensuite affirmé au paragraphe 262 que, même si l'on suppose, pour les besoins de la discussion, que le Tribunal Initial avait le pouvoir de calculer les dommages-intérêts des Demanderesses sur cette base, il aurait dû entendre les Parties sur ce point.

12. Rien dans ce passage n'indique que le Premier Comité s'est ainsi « approprié le contenu du paragraphe 688 ». Je me suis demandé si une telle appropriation pouvait être déduite de l'utilisation du terme « reconnu », lorsque le Premier Comité énumère les divers points que le Tribunal Initial a « reconnus » dans la Sentence Initiale. Ce terme pourrait impliquer une validation de ce qu'a fait le Tribunal Initial. Cependant, cet argument est inopérant, car la « reconnaissance » s'applique non seulement à la décision selon laquelle le calcul des dommages-intérêts basés sur l'expropriation n'était pas pertinent pour le déni de justice et la violation du traitement juste et équitable (deuxième tiret), mais également à la décision contradictoire selon laquelle les dommages-intérêts pouvaient être calculés par référence à la valeur d'expropriation conformément à la Décision n° 43 (quatrième tiret). Il s'ensuit que rien dans le paragraphe 261 de la Décision Initiale sur l'Annulation n'indique que le Premier Comité s'est approprié le paragraphe 688 de la Sentence Initiale. Le Premier Comité a simplement résumé les motifs exposés par le Tribunal Initial.
13. Le paragraphe 283 de la Décision Initiale sur l'Annulation porte, quant à lui, sur le point de savoir si les motifs de la Sentence Initiale relatives à l'évaluation des

dommages-intérêts étaient contradictoires. Au paragraphe 282, le Premier Comité indique qu'il est d'accord avec le Chili sur le fait que l'évaluation par le Tribunal Initial des dommages par référence à la Décision chilienne n° 43 – qui concernait une expropriation – était incompatible avec la décision antérieure du Tribunal Initial selon laquelle l'évaluation des dommages causés par l'expropriation n'était pas pertinente pour l'évaluation des dommages dus au déni de justice et à la violation du traitement juste et équitable. Le Premier Comité a ensuite rappelé les motifs exposés au paragraphe 688 de la Sentence Initiale (paragraphe 283) et les a confrontés à l'évaluation des dommages par référence à la Décision chilienne n° 43 (paragraphe 284) avant de réitérer sa conclusion selon laquelle ces motifs étaient contradictoires (paragraphe 285). Encore une fois, le Premier Comité ne s'est pas ainsi « approprié le paragraphe 688 », mais a simplement présenté la contradiction.

14. Il est important de noter que le Premier Comité a ensuite précisé au paragraphe 286 que le problème résidait précisément dans le raisonnement contradictoire et non en soi dans le quantum des dommages-intérêts, ni dans la méthode retenue par le Tribunal Initial pour calculer les dommages :

[...] la question qui se pose en l'espèce n'est pas *en soi* celle du quantum des dommages-intérêts déterminés par le Tribunal. *Le problème ne réside pas non plus en soi dans la méthode retenue par le Tribunal pour évaluer les dommages subis par les Demanderesses.* La question réside précisément dans le raisonnement suivi par le Tribunal pour déterminer les modalités de calcul appropriées qui, comme cela a été démontré ci-dessus, est manifestement contradictoire. [caractères italiques ajoutés]

15. La « méthode [...] pour évaluer les dommages » utilisée par le Tribunal Initial, qui est mentionnée dans la deuxième phrase ci-dessus, ne peut que se référer à l'évaluation des dommages causés par le déni de justice et la violation du traitement juste et équitable par référence aux montants accordés en vertu de la Décision n° 43 pour les expropriations illégales. Le Premier Comité a explicitement déclaré que cette méthode n'était pas *en soi* problématique.
16. Le Premier Comité n'a pas ainsi validé positivement la méthode utilisée par le Tribunal Initial, ce qui n'entraîne pas dans les pouvoirs du Premier Comité. Cependant, le Premier Comité a indiqué explicitement qu'il n'invalidait pas non plus cette méthode. Il a relevé

la contradiction entre deux éléments sans rendre de jugement sur la validité intrinsèque de l'un quelconque de ces éléments.

17. Il s'ensuit que la Décision Initiale sur l'Annulation n'a pas conféré d'autorité de la chose jugée au paragraphe 688 de la Sentence Initiale.

### **La Décision du Comité n'est pas affectée**

18. Toutefois, les développements qui précèdent n'affectent en rien la décision du Comité de rejeter la Requête en Annulation. Il y a deux raisons à cela.
19. Premièrement, le paragraphe 4 du dispositif de la Décision Initiale sur l'Annulation dispose que « le corps de la Sentence, à l'exception de la Section VIII » bénéficie de l'autorité de la chose jugée. Comme il est correctement observé dans la Décision, ceci confère l'autorité de la chose jugée aux paragraphes 611 et 612 de la Sentence Initiale, où le Tribunal Initial considère qu'il peut avoir égard à des faits antérieurs à l'entrée en vigueur du TBI au titre de contexte pour décider de la violation du TBI par des actes postérieurs à son entrée en vigueur. Ce considérant est différent de celui contenu dans le paragraphe 688 de la Sentence Initiale. Cependant, le Tribunal de Nouvel Examen paraît avoir *déduit* des paragraphes 611 et 612 que le contenu du paragraphe 688 était également revêtu de l'autorité de la chose jugée. Il a présenté comme « son interprétation des parties de la Sentence Initiale assorties de l'autorité de la chose jugée », entre autres, que les arguments relatifs à l'expropriation ne pouvaient pas être pris en considération sauf dans la mesure où ils constituaient des éléments factuels,<sup>5</sup> et qu'il « result[ait] de cette interprétation de la Sentence Initiale » que l'évaluation du préjudice fondée sur l'expropriation devait être rejetée comme « incompatible avec la Sentence Initiale ».<sup>6</sup> Pour les motifs exposés ci-dessus, je considère que ce raisonnement est incompatible avec la Décision Initiale sur l'Annulation. En outre, s'agissant d'interpréter les parties subsistantes de la Sentence Initiale plutôt que la Décision Initiale sur l'Annulation, je ne considère pas que le contenu du paragraphe 688 puisse se voir conférer l'autorité de la chose jugée sur la base d'une déduction

---

<sup>5</sup> Sentence après Nouvel Examen, para. 228.

<sup>6</sup> Sentence après Nouvel Examen, para. 230 (d).

opérée à partir des paragraphes 611 et 612, qui contiennent des affirmations générales qui ne font pas partie du dispositif de la Sentence Initiale et ne constituent pas plus un fondement nécessaire à une disposition pertinente du dispositif (un « motif décisoire »). Cependant, ceci ne permet pas de qualifier la décision du Tribunal de Nouvel Examen d'excès de pouvoir « manifeste » au sens de l'article 52(1)(b) de la Convention CIRDI. Ses déficiences nonobstant, le raisonnement du Tribunal de Nouvel Examen trouve un fondement partiel dans la Décision Initiale sur l'Annulation qui conclut sans réserve aucune que « le corps de la Sentence, à l'exception de la Section VIII » bénéficie de l'autorité de la chose jugée. Il en résulte que l'excès de pouvoir n'est pas évident, et dès lors, pas manifeste.

20. Deuxièmement, comme cela est indiqué dans la Décision par référence à la jurisprudence et aux écrits du Professeur Schreuer, l'annulation doit être « *contingent not only upon the presence of one of the defects listed in Article 52(1) but also upon its material impact on one or both parties* »<sup>7</sup>.
21. Cela présente un intérêt direct pour la décision du Tribunal de Nouvel Examen selon laquelle « toute évaluation du préjudice et des dommages-intérêts fondée sur l'expropriation initiale est incompatible avec la Sentence Initiale »<sup>8</sup>.
22. L'évaluation du préjudice subi par les Demanderesses en raison du déni de justice et de la violation du traitement juste et équitable est, comme cela a été soutenu devant le Tribunal de Nouvel Examen, fondée sur une prétendue perte de chance<sup>9</sup>. Les Demanderesses font valoir que, en l'absence du déni de justice qu'a constitué le retard abusif dans la procédure devant les tribunaux nationaux engagée par M. Pey Casado, les Demanderesses auraient été en possession d'un jugement rendu par un tribunal chilien (le jugement de la première Chambre civile du Tribunal de Santiago du 24 juillet 2008) avant que la Sentence Initiale ne soit rendue. Elles auraient donc pu soutenir, en s'appuyant sur ce jugement, que l'expropriation subie par M. Pey Casado était nulle *ab*

---

<sup>7</sup> Décision, para. 210, qui cite Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention – A Commentary* (2<sup>ème</sup> éd.), Cambridge University Press 2009, Article 52, para. 485.

<sup>8</sup> Sentence après Nouvel Examen, paras. 228 et 230(d).

<sup>9</sup> Devant le Tribunal de Nouvel Examen, les Demanderesses n'ont pas cherché à établir leur préjudice par référence aux montants payés en application de la Décision n° 43, comme l'avait fait le Tribunal Initial. Voir Décision, paras. 630, 631.

*initio* conformément au droit chilien, de telle sorte qu'elle constituait un fait continu qui tombait dans le champ d'application temporel du TBI<sup>10</sup>.

23. Cependant, comme cela est également indiqué dans la Décision<sup>11</sup>, cet argument ne trouve pas de fondement dans les faits. Le jugement du tribunal chilien n'a pas consacré la nullité *ab initio* de l'expropriation. Bien au contraire, il a rejeté la demande de M. Pey Casado au motif qu'elle était prescrite. Cela implique que l'expropriation a été qualifiée d'acte instantané et non d'acte continu. Il s'ensuit que, même si les Demanderesses avaient obtenu le jugement en temps voulu afin de pouvoir le verser au dossier à titre de preuve devant le Tribunal Initial, cela n'aurait été d'aucun effet. Au contraire, cela aurait confirmé la décision finale du Tribunal Initial selon laquelle l'expropriation ne tombait pas dans le champ d'application temporel du TBI.
24. En termes plus généraux, il convient de souligner que, étant donné que la chance prétendument perdue par les Demanderesses n'existait pas en réalité, l'annulation de la Sentence après Nouvel Examen n'aurait pas pu ouvrir la voie vers un octroi de dommages-intérêts.

\*

---

<sup>10</sup> Voir Décision aux paras. 216, 255, 265, 708, et en outre au para. 645 en ce qui concerne la position des Demanderesses selon laquelle il ne pouvait pas y avoir de perte de la chance d'obtenir réparation dans le système juridique national chilien étant donné que, en raison de la clause d'option irrévocable (« *fork-in-the-road* ») du TBI, elles avaient renoncé à leur droit à une réparation sur le fondement du droit national afin d'étendre la portée de leur demande d'arbitrage.

<sup>11</sup> Décision, paras. 180 et 219.

[Signature]

---

Professeur Dr. Nicolas Angelet  
Membre

Date : 7 janvier 2020