

**CENTRE INTERNATIONAL POUR LE REGLEMENT DES DIFFERENDS RELATIFS AUX
INVESTISSEMENTS**

(DS)2, S.A., Monsieur Peter de Sutter et Monsieur Kristof de Sutter

c.

**République de Madagascar
(Affaire CIRDI ARB/17/18)**

SENTENCE

Gabrielle Kaufmann-Kohler, Présidente du Tribunal

Carole Malinvaud, Arbitre

Alain Pellet, Arbitre

Secrétaire du Tribunal

Benjamin Garel

Assistant du Tribunal

Magnus Jesko Langer

17 avril 2020

REPRÉSENTATION DES PARTIES

Les Demandeurs sont représentés par :

Me Christian Van Buggenhout
Me Charles Dumont de Chassart
DLA PIPER UK LLP
Avenue Louise, 106
1050 Bruxelles
Belgique

et

Me Michael Ostrove
Me Theobald Naud
Me Séréna Salem
Me Clémentine Emery
Me Audrey Grisolle
DLA PIPER France LLP
27, rue Laffitte
75009 Paris
France

La Défenderesse est représentée par :

Dr. Walid Ben Hamida
44, rue Duranton
75015 Paris
France

TABLE DES MATIÈRES

I.	Les Parties	1
A.	Les Demandeurs	1
B.	La Défenderesse	1
II.	Historique de la procédure	2
III.	Conclusions des Parties	7
A.	Conclusions des Demandeurs	7
B.	Conclusions de la Défenderesse	8
IV.	Les Faits	9
A.	Le groupe Polo et (DS)2	9
B.	La société PGM et l'usine à Mahajanga	10
C.	Le contrat d'assurance.....	12
D.	La situation économique de PGM avant l'automne 2008	15
E.	La situation économique de PGM et les tensions sociales à l'automne 2008.....	16
F.	La destruction de l'usine dans la nuit du 27 au 28 janvier 2009	17
G.	Les procédures judiciaires contre Ny Havana	20
H.	Le pourvoi sur le fond	21
I.	Le pourvoi dans l'intérêt de la loi.....	23
J.	La sentence CCI et son annulation	23
K.	La reprise du pourvoi sur le fond.....	24
V.	Aperçu des positions des Parties	26
A.	Compétence	26
B.	Recevabilité	26
C.	Fond	27
VI.	En droit	28
A.	Questions préliminaires	28
1.	Règles d'interprétation	28
2.	Droit applicable à la compétence	28
3.	Droit applicable au fond	28
4.	Pertinence de sentences antérieures	30
5.	Authenticité du contrat d'assurance	30
B.	Compétence	34
1.	<i>Ratione personae</i>	34
2.	Objections <i>ratione materiae</i>	48
3.	Objection relative à l'absence de relation directe entre le litige et l'investissement60	
4.	Objection relative aux conditions préalables au recours à l'arbitrage	61
5.	Objections relatives au principe du mode de règlement des différends.....	65
C.	Recevabilité	69

1.	Positions des Parties	69
2.	Analyse	72
D.	Responsabilité	75
1.	Sécurité et protection constantes	75
2.	Conclusion	105
E.	Réparation	105
1.	Positions des Parties	105
2.	Analyse	114
3.	Contribution au dommage	134
4.	Conclusion	137
F.	Frais	138
VII.	Dispositif	140

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Accord ou le Traité ou le TBI UEBL-Madagascar	Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et le République de Madagascar concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements du 29 septembre 2005
Audience	Audience qui s'est tenue à la Banque mondiale à Paris du 2 au 4 juillet 2019
CCI	Chambre de Commerce Internationale
CIJ	Cour internationale de Justice
CIRDI ou le Centre	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
Contre-Mémoire	Contre-mémoire soumis par la République de Madagascar, accompagné des pièces D-25 à D-94 et des sources juridiques DL-18 à DL-126, déposé le 7 septembre 2018
Convention CIRDI	Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, en date du 18 mars 1965
CPA	Cour permanente d'arbitrage
CVDT	Convention de Vienne sur le droit des traités
Demandeurs	(DS)2 S.A, Peter de Sutter et Kristof de Sutter. Les Demandeurs ont utilisé le terme « Requérants » tout au long de la procédure ; le Tribunal utilise le terme « Demandeurs » sauf lorsqu'il cite les écritures des parties faisant référence aux « Requérants ».
D-[#]	Pièce de la Défenderesse
DL-[#]	Source juridique de la Défenderesse

Duplique	Mémoire en duplique de la Défenderesse, accompagné des pièces D-95 à D-169 et des sources juridiques DL-128 à DL-235, déposé le 16 mai 2019
FMG	Franc malgache
Madagascar ou la Défenderesse	République de Madagascar
Mémoire	Mémoire en demande des Demandeurs, accompagné des pièces R-86 à R-206 et des sources juridiques RL-6 à RL-58, déposé le 2 février 2018
MGA	Ariary malgache
PGM	SARL Polo Garments Majunga
R-[#]	Pièce des Demandeurs
Règlement d'arbitrage	Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage du CIRDI de 2006
Réplique	Mémoire en réplique des Demandeurs, accompagné des pièces R-219 à R-339 et des sources juridiques RL-85 à RL-196, déposé le 8 février 2019
Requête d'arbitrage	Requête d'arbitrage des Demandeurs, accompagnée des pièces R-1 à R-26 et des sources juridiques RL-1 à RL-2, déposée le 3 mai 2017
Requête de bifurcation	Requête de bifurcation de la Défenderesse du 2 mars 2018
Réponse à la requête de bifurcation	Réponse des Demandeurs à la requête de bifurcation soumise par la République de Madagascar, déposée le 29 mars 2018
RL-[#]	Source juridique des Demandeurs
SARL	Société à responsabilité limitée

Sentence CCI	Sentence rendue par le tribunal arbitral saisi sous l'égide de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale du 29 août 2014
TBI	Traité bilatéral d'investissement
Tr. Jour [#], [page :ligne] [(Intervenant(s))]	Transcription de l'Audience
UEBL	Union économique belgo-luxembourgeoise
Zeus	Société de sécurité Zeus Guard's Toky

I. LES PARTIES

A. LES DEMANDEURS

1. Les demandeurs sont la société (DS)2 S.A. (« (DS)2 » ou le « Demandeur 1 »), Peter de Sutter (le « Demandeur 2 ») et Kristof de Sutter (le « Demandeur 3 ») (tous les trois les « Demandeurs » et les deux derniers « MM. de Sutter »).
2. La société anonyme (DS)2, société du Grand-Duché du Luxembourg, est inscrite au Registre du commerce et des sociétés du Luxembourg sous le numéro B42257. Son siège social est situé Building Serenity – Bloc A, 19-21 Route d'Arlon, L-8009 Strassen, Grand-Duché du Luxembourg.¹ (DS)2 était dénommée PGM&F jusqu'en 2011.²
3. Peter de Sutter, né le 11 janvier 1966 à Tielt, Belgique, de nationalité belge, est domicilié à Kapelstraat, 79 à 1700 Dilbeek, Belgique.³
4. Kristof de Sutter, né le 28 avril 1970 à Tielt, Belgique, de nationalité belge, est domicilié à Schildeken, 89 à 8301 Knokke-Heist, Belgique.⁴ Peter et Kristof de Sutter sont frères.

B. LA DÉFENDERESSE

5. La défenderesse est la République de Madagascar (« Madagascar » ou la « Défenderesse »).

¹ Acte de constitution de la société anonyme PGM& F (devenue par la suite (DS)2) du 19 novembre 1992 (R-176) ; Extrait du Registre du Commerce et des Sociétés relatifs à la Société Anonyme (DS)2 du 2 mai 2017 (R-1) ; Statuts coordonnés de la société anonyme (DS)2 du 9 janvier 2014 (R-177).

² Statuts de (DS)2 S.A. datant du 9 août 2011 (D-56).

³ Copie d'un extrait du passeport de M. Peter de Sutter du 27 mars 2017 (R-2) ; Attestation de la commune de Dilbeek, Belgique concernant la nationalité belge et la résidence de M. Peter de Sutter et traduction française certifiée et légalisée, 10 janvier 2014 (R-174) ; Requête d'arbitrage, § 8.

⁴ Copie d'un extrait du passeport de M. Kristof de Sutter du 27 mars 2017 (R-3) ; Attestation de la commune de Dilbeek, Belgique concernant la nationalité belge et la résidence de M. Kristof de Sutter et traduction française certifiée et légalisée, 8 janvier 2014 (R-175) ; Requête d'arbitrage, § 8.

II. HISTORIQUE DE LA PROCÉDURE

6. Le 14 juin 2017, la Secrétaire générale du CIRDI a enregistré une requête d'arbitrage présentée par (DS)2 et MM. de Sutter à l'encontre de la République de Madagascar.
7. Par lettre du 24 août 2017, les Demandeurs ont informé le CIRDI qu'ils avaient opté pour la formule prévue par l'article 37(2)(b) de la Convention CIRDI, à savoir que le Tribunal comprendrait trois arbitres.
8. Par lettre du 15 septembre 2017, les Demandeurs ont informé la Défenderesse qu'ils avaient nommé Me Carole Malinvaud en qualité d'arbitre.
9. Par lettre du 22 septembre 2017, la Défenderesse a informé les Demandeurs qu'elle avait nommé le professeur Alain Pellet en qualité d'arbitre.
10. Par lettres des 29 septembre, 3 et 5 octobre 2017, les Parties ont trouvé un accord sur le mode de désignation du président du Tribunal et, le 10 octobre 2017, les arbitres ont informé les Parties qu'ils acceptaient de leur proposer des présidents potentiels.
11. Le 18 octobre 2017, les co-arbitres ont proposé aux Parties de nommer la professeure Gabrielle Kaufmann-Kohler en qualité de présidente, et par correspondance du même jour les Parties ont indiqué accepter cette proposition.
12. Le 23 octobre 2017, le Centre a informé la professeure Kaufmann-Kohler que les Parties l'avaient nommée et lui a demandé d'indiquer si elle acceptait cette nomination, ce qu'elle a fait le 31 octobre 2017.
13. Le 1^{er} novembre 2017, le Centre a informé les Parties de la constitution du Tribunal et du début de l'instance en application de l'article 6 du Règlement d'arbitrage.
14. Le 11 novembre 2017, le Tribunal a communiqué aux Parties un projet d'ordonnance de procédure.
15. Le 15 novembre 2017, une première session procédurale s'est tenue par conférence téléphonique, conformément à l'article 20 du Règlement d'arbitrage.
16. Le 12 décembre 2017, la Défenderesse a déposé une requête, accompagnée des pièces D-1 à D-13 et des sources juridiques DL-1 à DL-6, sollicitant sur le fondement de l'article 14(3) du Règlement administratif et financier du CIRDI que les Demandeurs supportent l'intégralité des avances de frais.

17. Le 18 décembre 2017, le Tribunal a rendu l'Ordonnance de procédure n° 1, qui prenait acte de l'accord des Parties sur les questions de procédure abordées au cours de la première session et annexait notamment le calendrier procédural.
18. Le 5 janvier 2018, les Demandeurs ont déposé leur réponse à la requête sur les avances de frais, accompagnée des pièces R-27 à R-77 et des sources juridiques RL-3 et RL-4.
19. Le 15 janvier 2018, la Défenderesse a déposé sa réplique sur les avances de frais, accompagnée des pièces D-14 à D-16 et des sources juridiques DL-7 à DL-10.
20. Le 24 janvier 2018, les Demandeurs ont déposé leur duplique sur les avances de frais, accompagnée des pièces R-78 à R-85 et de la source juridique RL-5.
21. Le 2 février 2018, les Demandeurs ont déposé un Mémoire en demande, accompagné des pièces R-86 à R-206 et des sources juridiques RL-6 à RL-58 (le « Mémoire »).
22. Le 2 mars 2018, la Défenderesse a soumis aux Demandeurs des demandes de production de documents sous forme de *Redfern Schedule* divisé en 87 catégories de documents.
23. Le même jour, la Défenderesse a déposé une requête, accompagnée des pièces DL-11 et DL-12, sollicitant du Tribunal de bifurquer les objections préliminaires (compétence et recevabilité) du débat sur le fond.
24. Le 7 mars 2018, le Tribunal a rendu l'Ordonnance de procédure n° 2, rejetant la requête de la Défenderesse relative aux avances de frais et ordonnant à celle-ci de s'acquitter de sa part de l'avance initiale sur les frais d'un montant de 125,000 USD le 6 avril 2018 au plus tard.
25. Le 16 mars 2018, les Demandeurs ont communiqué leurs objections aux demandes de production de documents de la Défenderesse.
26. Le 29 mars 2018, les Demandeurs ont déposé leur réponse à la requête de bifurcation, accompagnée des pièces R-207 et R-208 et des sources juridiques RL-68 à RL-84, et ont conclu au rejet de la requête de bifurcation.
27. Le même jour, la Défenderesse a soumis au Tribunal le *Redfern Schedule* contenant ses réponses aux objections soulevées par les Demandeurs et a demandé au Tribunal de se prononcer sur la production de documents.

28. Le 24 avril 2018, le Tribunal a rendu l'Ordonnance de procédure n° 3 rejetant la demande de bifurcation de la Défenderesse.
29. Le 27 avril 2018, le Tribunal a rendu l'Ordonnance de procédure n° 4 sur les demandes de la Défenderesse tendant à la production de documents ainsi que le *Redfern Schedule* correspondant et a ordonné que les documents soient produits au plus tard le 11 mai 2018.
30. Le 7 septembre 2018, la Défenderesse a déposé un Contre-mémoire, accompagné des pièces D-25 à D-94 et des sources juridiques DL-18 à DL-126 (le « Contre-Mémoire »).
31. Le 5 octobre 2018, la Défenderesse a soumis aux Demandeurs ses demandes de production de documents sous forme de *Redfern Schedule* divisé en 20 catégories de documents.
32. Le 2 novembre 2018, les Demandeurs ont communiqué leurs objections à certaines demandes contenues dans ce *Redfern Schedule*.
33. Le 16 novembre 2018, la Défenderesse a soumis au Tribunal le *Redfern Schedule* incluant ses réponses aux objections soulevées par les Demandeurs et a demandé au Tribunal de se prononcer sur la production de documents. Alors qu'ils en avaient également la faculté, les Demandeurs n'ont pas soumis de demandes de production de documents.
34. Le 7 décembre 2018, le Tribunal a rendu l'Ordonnance de procédure n° 5 sur les demandes de la Défenderesse tendant à la production de documents ainsi que le *Redfern Schedule* correspondant et a ordonné que les documents soient produits au plus tard le 21 décembre 2018.
35. Le 8 février 2019, les Demandeurs ont déposé le Mémoire en réplique, accompagné des pièces R-219 à R-339 et des sources juridiques RL-85 à RL-196 (la « Réplique »).
36. Le 16 mai 2019, la Défenderesse a déposé le Mémoire en duplique, accompagné des pièces D-95 à D-169 et des sources juridiques DL-128 à DL-235 (la « Duplique »), dans lequel elle demandait d'exclure immédiatement des débats (i) les annexes A-D de la Réplique, (ii) le rapport d'expert de M. Guérineau du 8 février 2019, (iii) la déclaration de témoin de M. Peter de Sutter du 8 février 2019, (iv) tout argument relatif à la méthode de *discounted cash flow* (« DCF ») dans le rapport d'expert de Mme Fortin (FTI Consulting) daté du 8 février 2019, notamment l'annexe 2, (v) le contrat d'assurance,

ses annexes et avenants et tout document lié à ce contrat, et (vi) les pièces R-111 à R-113.

37. Le 24 mai 2019, les Demandeurs ont demandé au Tribunal de rejeter la requête de la Défenderesse visant à exclure certains éléments du dossier.
38. Le 28 mai 2019, le Tribunal a rejeté la requête de la Défenderesse visant à exclure certains éléments du débat. Il a aussi transmis aux Parties un projet d'Ordonnance de procédure n° 6 en vue de la conférence téléphonique pré-audience prévue le 3 juin 2019 et a invité les Parties à soumettre leurs commentaires sur ce projet.
39. Le 3 juin 2019, la Présidente du Tribunal et les Parties ont tenu une conférence téléphonique pré-audience pour discuter de l'organisation de l'audience (« l'Audience »).
40. Les personnes suivantes ont participé à la conférence téléphonique :

Pour le Tribunal :

Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler, Présidente du Tribunal
M. Benjamin Garel, Secrétaire
Me Magnus Jesko Langer, Assistant

Pour les Demandeurs :

M. Peter de Sutter
Me Michael Ostrove
Me Théobald Naud
Me Charles Dumont de Chassart
Me Séréna Salem

Pour la Défenderesse :

Dr. Walid Ben Hamida

41. Le 6 juin 2019, le Tribunal a rendu l'Ordonnance de procédure n° 6 relative à l'organisation de l'Audience.
42. L'Audience s'est tenue à Paris les 2 et 3 juillet 2019. Outre les membres du Tribunal, le Secrétaire et l'Assistant du Tribunal, étaient présents à l'Audience :

Pour les Demandeurs :

M. Peter de Sutter
M. Kristof de Sutter
Me Michael Ostrove
Me Théobald Naud
Me Charles Dumont de Chassart
Me Séréna Salem
Me Clémentine Emery
Me Audrey Grisolle

Pour la Défenderesse :

Mme Désirée Le Madic Chargée d'affaires à l'ambassade de Madagascar à Paris
Dr. Walid Ben Hamida

43. Avec l'accord des Parties, M. Jean-Baptiste Merlin, assistant du professeur Pellet, était également présent à titre d'observateur.
44. Les témoins et experts suivants présentés par les Demandeurs ont été interrogés :
- M. Peter de Sutter
Mme Juliette Fortin Expert, FTI Consulting (Managing Director)
45. La Défenderesse n'a pas présenté de témoins ou experts.
46. L'enregistrement audio de l'Audience a été mis à la disposition des Parties et des membres du Tribunal.
47. Le 5 juillet 2019, le Tribunal a rendu l'Ordonnance de procédure n° 7 sur la procédure après audience.
48. Le 12 septembre 2019, les Demandeurs et la Défenderesse ont chacun soumis un état de leurs frais. Le 30 septembre 2019, les Demandeurs et la Défenderesse ont chacun soumis des observations sur l'état des frais de la partie adverse.
49. Le 10 avril 2020, le Tribunal a prononcé la clôture de l'instance.

III. CONCLUSIONS DES PARTIES

A. CONCLUSIONS DES DEMANDEURS

50. Dans la Réplique, les Demandeurs sollicitent du Tribunal de :

- Se déclarer compétent pour connaître des demandes des Requérants ;
- Déclarer les demandes des Requérants recevables ;
- Déclarer les demandes des Requérants bien fondées et, ainsi, constater que la République de Madagascar a manqué à ses obligations résultant du Traité, y compris celles :
 - d'accorder une protection et sécurité constantes au titre de son article 3(2) ;
 - de garantir un traitement juste et équitable au titre de son article 3(1) ;
 - d'éviter tout traitement discriminatoire et injustifié au titre de son article 3(2) ;
 - de ne pas déposséder un investisseur de son investissement au titre de son article 7.
- Condamner la République de Madagascar à payer aux Requérants un montant de :
 - 15.496.115 EUR en principal et assortis d'intérêts (le montant des intérêts sera actualisé à la date de la sentence à intervenir) en réparation des manquements qui ont mené au vol et à la destruction des actifs afférents à l'usine PGM ;
 - 9.678.508 EUR en principal et assortis d'intérêts (le montant des intérêts sera actualisé à la date de la sentence à intervenir) en réparation des manquements résultant de l'impossibilité d'obtenir l'exécution de la créance détenue à l'encontre de la compagnie d'assurances Ny Havana ;

Et en cas de concours de fautes, condamner la République de Madagascar au paiement du montant le plus élevé retenu par le Tribunal arbitral ;
- Condamner la République de Madagascar à prendre en charge l'intégralité des frais de la procédure arbitrale, y compris les frais et les honoraires des arbitres, les frais de secrétariat, ainsi que toutes les dépenses engagées par les Requérants au cours de la procédure, comprenant la totalité de leurs frais et honoraires de conseils, experts ou autres ;

- Condamner la République de Madagascar à payer aux Requérants les intérêts sur les sommes dues au titre de la sentence à intervenir à un taux Euribor douze mois + 3%, composés annuellement, jusqu'au jour du paiement intégral des sommes dues.⁵

B. CONCLUSIONS DE LA DÉFENDERESSE

51. Dans la Duplique, la Défenderesse demande au Tribunal :

1. D'écarter immédiatement du débat
 - a) Les annexes A, B, C et D du mémoire en réplique des demandeurs.
 - b) Le Rapport d'expert de M. Ludovic Guérineau du 8 février 2019.
 - c) La déclaration de témoin de M. Peter De Sutter du 8 février 2019.
 - d) Tout argument relatif à la méthode DCF dans le rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting du 8 février 2019, notamment l'annexe 2.
 - e) Le contrat d'assurance produit, les annexes et les avenants et tout document lié à ce contrat.
 - f) Les pièces R-111, R-112 et R-113.
2. De se déclarer incompétent pour examiner la demande d'arbitrage introduite par SA (DS)2 (Luxembourg), Peter De Sutter (Belgique) et Kristof De Sutter (Belgique) contre LA REPUBLIQUE DE MADAGASCAR.
3. A titre subsidiaire, de déclarer la demande des requérants irrecevable.
4. A titre subsidiaire encore, de déclarer ces demandes non fondées.
5. En tout état de cause de condamner les demandeurs au paiement de l'intégralité des frais de ce tribunal, du CIRDI et les frais engagés par la République de Madagascar pour assurer sa défense y compris les frais d'avocat, les frais de conseils et tout autre frais engagés.⁶

⁵ Réplique, § 1045.

⁶ Duplique, p. 274.

IV. LES FAITS

A. LE GROUPE POLO ET (DS)2

52. Le groupe Polo est actif dans la confection de vêtements et se spécialise dans les pantalons et jeans.⁷ Ce groupe comprend des sociétés en Belgique, France, Tunisie, Chine et à Madagascar, la société Polo Group N.V. se trouvant à sa tête. Il a été fondé en 1963 par M. Renaat de Sutter, père de Peter et Kristof de Sutter.⁸
53. Le 19 novembre 1992, la société T'Veldeken, administrée par Renaat de Sutter, et Peter de Sutter ont constitué la société PGM&F (devenue par la suite (DS)2) avec un capital composé de 250 actions. M. Peter de Sutter détenait initialement une seule action. Il a acquis des actions supplémentaires au cours des années suivantes.⁹ Kristof de Sutter a également acquis 125 actions entre 1996 et 1999.¹⁰
54. Le 16 avril 1999, les frères de Sutter ont créé la SA Polo Group (« Polo Group »),¹¹ qu'ils ont placée entre eux et (DS)2 en procédant à une augmentation du capital de (DS)2 de 200 actions, souscrites par Polo Group, et en apportant chacun 124 de leurs actions dans (DS)2 à Polo Group.¹² Le schéma suivant montre l'actionnariat de (DS)2 au 12 août 1999 :¹³

⁷ Plan stratégique du groupe Polo 2006/7 – 2010/11 retraçant l'historique du groupe, p. 23 (R-219).

⁸ Plan stratégique du groupe Polo 2006/7 – 2010/11 retraçant l'historique du groupe, pp. 4-5 (R-219). M. Renaat de Sutter est décédé le 13 octobre 2010. Extrait d'un acte de décès de Monsieur Renaat De Sutter du 14 octobre 2010 (R-290).

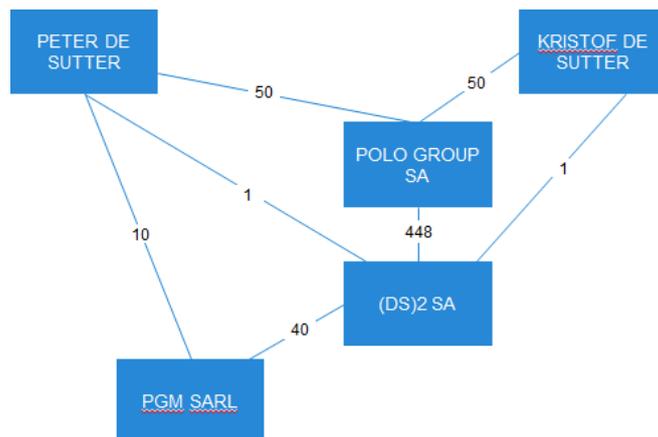
⁹ Acte de constitution de la société anonyme PGM& F (devenue par la suite (DS)2) du 19 novembre 1992 (R-176) ; Convention de cession d'actions de T'Veldeken à Peter de Sutter du 30 décembre 1993 (R-279) ; Procès-verbal d'assemblée générale de PGM&F du 27 mai 1994 (R-47). Le Tribunal note que dans le document R-279, il est dit que Peter de Sutter a acquis 249 actions de PGM&F le 30 décembre 1993, alors que le document R-47 atteste que M. Renaat de Sutter disposait encore de 125 actions courant 1994. En tout état de cause, il apparaît qu'au moment de la création de Polo Group, Peter et Kristof de Sutter avaient chacun 125 actions de PGM&F. Cf. Procès-verbal d'assemblée générale annuelle de PGM&F ((DS)2 SA) du 6 mai 1999 (R-90).

¹⁰ Documents produits sous la rubrique B1, p. 1 (D-24) ; Convention de cession entre Kristof de Sutter et Renaat de Sutter du 1 juillet 1996 ; Convention de cession entre Kristof de Sutter et Renaat de Sutter du 1 juillet 1997 ; Convention de cession entre Kristof de Sutter et Renaat de Sutter du 1 juillet 1998 ; Convention de cession entre Kristof de Sutter et Renaat de Sutter du 7 avril 1999.

¹¹ Registre des actionnaires Polo Group N.V. et traduction certifiée (R-178).

¹² Procès-verbal d'assemblée générale extraordinaire de PGM&F ((DS)2 SA) tenue devant le Notaire Christine Doerner du 12 août 1999 (R-281) ; Procès-verbal d'assemblée générale annuelle de PGM&F du 12 juillet 2000 (R-261).

¹³ Réplique, § 305.



55. Le 17 juin 2011, Polo Group a cédé ses 448 actions dans (DS)2 à Peter et Kristof de Sutter,¹⁴ de telle sorte que ceux-ci sont devenus actionnaires directs de (DS)2.

B. LA SOCIÉTÉ PGM ET L'USINE À MAHAJANGA

56. Le 24 avril 1998, les Demandeurs ont créé l'entreprise de confection SARL Polo Garments Majunga (« PGM »), dont le siège social était d'abord à Antananarivo et a été déplacé en 2000 à Mahajanga, une ville dans le nord-ouest de Madagascar à plus de 500 km d'Antananarivo.¹⁵ M. Peter de Sutter est le gérant de PGM ; M. Daniel Arnal en était le directeur général jusqu'en 2003, fonction que M. Bernard Iserentant a ensuite assumée.¹⁶

57. PGM a été inscrite au Registre du commerce et des sociétés de Madagascar le 26 février 2001.¹⁷ Le capital social de PGM s'élève à 37.340.000.000 FMG et il est

¹⁴ Réplique, § 310 ; Documents produits sous la rubrique B1 (D-24) ; Registre des actions nominatives de la SA (DS)2 du 27 janvier 2015 (R-44).

¹⁵ Extraits du Registre du Commerce et des Sociétés de Mahajanga relatifs à PGM du 1 mars 2001 (R-179) ; Procès-verbal de la réunion de l'Assemblée Générale Extraordinaire de PGM du 11 octobre 2000 (R-180).

¹⁶ Extraits du Registre du Commerce et des Sociétés de Mahajanga relatifs à PGM du 1 mars 2001 (R-179) ; Déclaration de témoin de Peter de Sutter du 8 février 2019, § 24 ; Réplique, Annexe A, § 32.

¹⁷ Extraits du Registre du Commerce et des Sociétés de Mahajanga relatifs à PGM du 1 mars 2001 (R-179). Le Tribunal note que les extraits du registre du commerce et des sociétés des années 2002 et 2003 mentionnent comme date d'immatriculation le 25 février 2001. Extraits du Registre du Commerce et des Sociétés de Mahajanga relatifs à PGM du 23 avril 2002 (R-182) ; Extraits du Registre du Commerce et des Sociétés de Mahajanga relatifs à PGM du 20 janvier 2003 (R-185).

détenu par (DS)2 (alors dénommée « PGM&F ») à raison de 3.733.990 actions et par Peter de Sutter à raison de 10 actions.¹⁸

58. Lors de la création et dans les années qui ont suivi, (DS)2 a versé au profit de PGM 37.339.900.000 FMG et Peter de Sutter 100.000 FMG (soit environ 6.475.000 EUR au total sur la base du taux de change en vigueur au 31 décembre 2001). Plus spécifiquement, (DS)2 a payé 400.000 FMG et Peter de Sutter 100.000 FMG en 1998¹⁹ et (DS)2 a augmenté sa contribution par conversion de créances à raison de 11.707.750.000 FMG le 18 décembre 2001 et de 25.631.750.000 FMG le 25 janvier 2002.²⁰ L'ensemble de ces contributions s'élève à 37.340.000.000, montant du capital social figurant au paragraphe précédent.
59. Le 13 août 1998, Madagascar a agréé PGM en zone franche.²¹
60. Le 5 janvier 1999, PGM a conclu un bail emphytéotique avec la Société immobilière Cotona Polo (« SICP ») d'une durée de cinquante ans (renouvelable une fois) sur une partie du site industriel de Mahajanga (le « site SICP »),²² afin d'y installer une usine de fabrication de produits finis en textile dans des locaux existants. Le plan de masse du site SICP illustré ci-dessous identifie le périmètre de l'usine de PGM en rouge :²³

¹⁸ Extraits du Registre du Commerce et des Sociétés de Mahajanga relatifs à PGM du 20 janvier 2003 (R-185). Le Tribunal note que l'ariary (MGA) a remplacé le franc malgache (FMG) en 2003 et que 1 ariary vaut 5 francs malgaches. Dès lors, à compter de 2003, le capital social de PGM s'élevait à 7.468.000.000 MGA. Cf. Procès-verbal de l'Assemblée générale de PGM du 14 décembre 2011 (année 2008) (D-28).

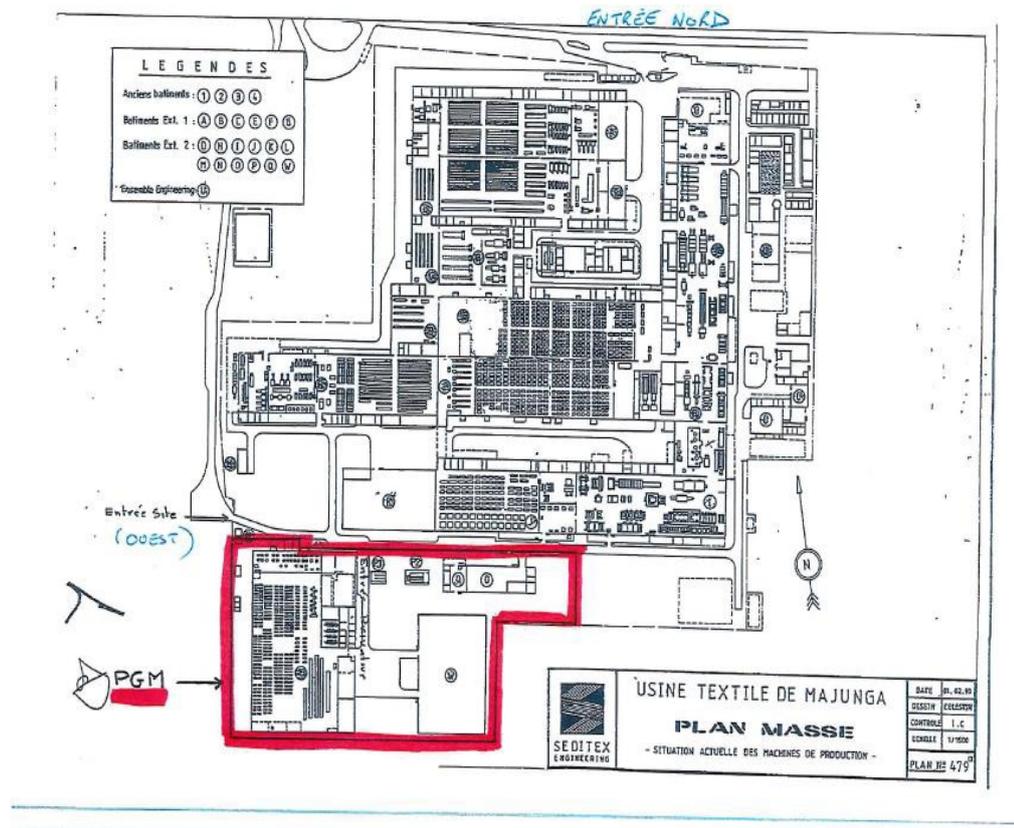
¹⁹ Extraits du Registre du Commerce et des Sociétés de Mahajanga relatifs à PGM du 1 mars 2001 (R-179) ; Copie certifiée conforme du registre des actionnaires de PGM et traduction française légalisée devant le Tribunal de première instance de Bruxelles du 30 juin 1999 (R-88) ; Procès-verbal de la réunion de l'Assemblée Générale Extraordinaire de PGM du 11 octobre 2000 (R-180) ; Statuts de PGM, 24 avril 1998, Titre II Apports – Capital Social – Parts Sociales (R-86).

²⁰ Rapport d'audit des états financiers de PGM de Delta Audit Associés (Deloitte), exercice clos au 31 décembre 2001 du 19 janvier 2002 (R-183) ; Procès-verbal de l'Assemblée Générale Extraordinaire de PGM portant sur l'augmentation du capital de la société du 25 janvier 2002 (R-184) ; Extraits du Registre du Commerce et des Sociétés de Mahajanga relatifs à PGM du 1 mars 2001 (R-179) ; Extraits du Registre du Commerce et des Sociétés de Mahajanga relatifs à PGM du 23 avril 2002 (R-182) ; Extraits du Registre du Commerce et des Sociétés de Mahajanga relatifs à PGM du 20 janvier 2003 (R-185). Voir aussi : Réplique, Annexe D ; Convention de prêt entre Polo Group et PGM&F du 31 décembre 2001 (R-337) ; Convention de prêt entre Polo Group et PGM&F du 24 janvier 2002 (R-338).

²¹ Réplique, § 31 ; Article de presse, L'Express de Madagascar, *Agréée en zone franche « Polo Garments Majunga » succède à l'ancienne Sotema* du 14 août 1998 (R-227) ; Article de presse, Midi Madagasikara, *L'agrément de PGM adopté* du 14 août 1998 (R-231).

²² Bail emphytéotique entre la Société immobilière Cotona Polo et PGM du 5 janvier 1999 (R-93).

²³ Usine textile de Majunga, Plan masse, Situation actuelle des machines de production de 2009 (R-94) ; Plan synthétique du site SICP de 2009 (R-95) ; Plan du site SICP (photographie aérienne) de 2009 (R-96) ; Plan des installations de PGM de 2009 (R-97). Voir : Mémoire, § 20.



61. L'usine de PGM a une superficie de 21.167 m² et comprenait un complexe industriel de plus de 10.000 m², des entrepôts de stockage d'environ 3.000 m² et une station d'épuration des eaux.²⁴ Au moment des faits donnant lieu à cet arbitrage, PGM avait, selon les dires des Demandeurs, 987 employés et pouvait assurer une production annuelle de près de 1.3 million de pièces.²⁵

C. LE CONTRAT D'ASSURANCE

62. Le 7 décembre 1998, PGM a conclu un contrat d'assurance multirisques professionnels auprès de la compagnie malgache d'assurance et de réassurance Ny

²⁴ Bail emphytéotique entre la Société Immobilière Cotona Polo et PGM du 5 janvier 1999 (R-93) ; Mémoire, § 200.

²⁵ Présentation de l'usine PGM du juillet 2007, p. 5 (R-99).

Havana.²⁶ Ny Havana avait été nationalisée en 1975, l'État détenant une participation directe de 47,61% et une participation indirecte de 46.97%.²⁷

63. Le contrat d'assurance est constitué de conditions générales, de conditions particulières et d'annexes comprenant des clauses ou conventions spéciales.²⁸ Les conditions générales incluent une assurance incendie (n° de police 551.940), une assurance contre le vol (n° de police 552.121) et une police collective à quittance unique d'assurance des pertes d'exploitation (bénéfice net et frais généraux) après incendie (n° de police 704.367).
64. Le contrat initial comporte 8 annexes précisant les extensions de couverture pour certains risques spécifiques,²⁹ dont l'annexe n° 4 qui concerne l'extension de garantie de pertes d'exploitation consécutives à des grèves, émeutes, mouvements populaires et à des risques spéciaux ;³⁰ l'annexe 7 qui est intitulée « Extension de l'assurance incendie aux risques grèves, émeutes et mouvements populaires » ;³¹ et l'annexe 8 dont l'intitulé est « Extension de l'assurance vol aux risques de grève, émeutes et mouvements populaires ».³²

²⁶ Police d'Assurance Multirisques Professionnels de la Compagnie d'Assurances et de Réassurances Ny Havana souscrite par PGM et avenants successifs du 7 décembre 1998 (R-8).

²⁷ Les autres actionnaires de Ny Havana sont: ARO (17,94%), CNaPS (12,73%), SGR (5,46%), SMTM (2,51%), FIARO (2,30%), JIRAMA (1,99%), SOFIRE (1,68%), SOFITRANS (1,49%), SONAPAR (0,87%) et les petits porteurs et personnel Ny Havana (5.42%). Participation de la République de Madagascar dans les compagnies d'assurance (extrait du site internet du Ministère des Finances et du Budget de Madagascar visité pour la dernière fois le 16 janvier 2012) (R-102). Selon les dires non contestés des Demandeurs, l'État détient intégralement les sociétés CNaPS et SONAPAR, et quasi-intégralement les sociétés ARO, FIARO, JIRAMA, SOFITRANS et SOFIRE. Mémoire, note 12.

²⁸ Police d'Assurance Multirisques Professionnels de la Compagnie d'Assurances et de Réassurances Ny Havana souscrite par PGM et avenants successifs du 7 décembre 1998, p. 1 (R-8).

²⁹ L'annexe 1 est intitulée « Conventions spéciales d'une assurance au premier risque pour les garanties des objets assurés dans le Titre I – Article 1 & 2 » ; l'annexe 2 « Assurance contre les explosions » ; l'annexe 3 « Dommage aux appareils électriques » ; l'annexe 5 « Clause d'ajustabilité de la garantie du Titre II Article 3 » ; et l'annexe 6 « Multirisques dégâts des eaux ».

³⁰ Police d'Assurance Multirisques Professionnels de la Compagnie d'Assurances et de Réassurances Ny Havana souscrite par PGM et avenants successifs du 7 décembre 1998, p. 53 (R-8).

³¹ Police d'Assurance Multirisques Professionnels de la Compagnie d'Assurances et de Réassurances Ny Havana souscrite par PGM et avenants successifs du 7 décembre 1998, p. 58 (R-8).

³² Police d'Assurance Multirisques Professionnels de la Compagnie d'Assurances et de Réassurances Ny Havana souscrite par PGM et avenants successifs du 7 décembre 1998, p. 60 (R-8).

65. Le 28 septembre 2001, PGM et Ny Havana ont conclu l'Avenant de précision n° 6 remplaçant les trois anciens numéros de police par le seul numéro 770.165.³³
66. Le 30 juillet 2007, PGM et Ny Havana ont conclu un Avenant de renouvellement n° 15 au contrat d'assurance (l' « Avenant n° 15 »), qui actualisait le montant des actifs assurés à 20.576.427.000 MGA (le franc malgache ayant été remplacé par l'ariary en 2003) et fixait l'engagement de couverture garanti par Ny Havana à 14.377.978.900 MGA, soit à concurrence de 70% de la valeur assurée.³⁴ L'Avenant n° 15 couvre divers risques pouvant survenir lors de grèves ou émeutes résultant de conflits de travail.
67. La Défenderesse conteste l'authenticité du contrat d'assurance, de ses annexes et de l'Avenant n° 15 et en relève plusieurs anomalies.³⁵ Elle invoque toutefois un avenant n° 16 (l' « Avenant n° 16 ») et un avenant n° 17 (l' « Avenant n° 17 »),³⁶ dont l'authenticité est à son tour contestée par les Demandeurs.³⁷
68. Selon la Défenderesse, PGM et Ny Havana auraient conclu l'Avenant n° 16 le 10 septembre 2007, lequel prévoit dans une annexe l'exclusion des risques politiques résultant de grèves, émeutes et mouvements populaires.³⁸
69. Le 3 janvier 2008, PGM et Ny Havana ont signé un Avenant d'ordre augmentant la prime d'assurance de 38.428.496,96 MGA à 39.079.827,44 MGA.³⁹ La Défenderesse estime qu'il s'agit-là de l'Avenant n° 17 en raison d'un numéro 17 figurant en haut à gauche du document.⁴⁰

³³ Avenant n° 06 sur police 770165 – PGM du 1 octobre 2000, p. 1 (R-313).

³⁴ Police d'Assurance Multirisques Professionnels de la Compagnie d'Assurances et de Réassurances Ny Havana souscrite par PGM et avenants successifs du 7 décembre 1998, pp. 64 et 67 (R-8).

³⁵ Contre-Mémoire, §§ 14, 39-47; Duplique, §§ 131-175, 186.

³⁶ Duplique, §§ 176-186.

³⁷ Réplique, Annexe A, §§ 4, 27-41.

³⁸ Avenant n° 16 (allégué) Ny Havana relatif à la police n° 770.165 souscrite par PGM du 10 septembre 2007 (R-121).

³⁹ Police d'Assurance Multirisques Professionnels de la Compagnie d'Assurances et de Réassurances Ny Havana souscrite par PGM et avenants successifs du 7 décembre 1998, p. 63 (R-8).

⁴⁰ Contre-Mémoire, § 49, 2^{ème} tiret.

D. LA SITUATION ÉCONOMIQUE DE PGM AVANT L'AUTOMNE 2008

70. Selon les Demandeurs, les comptes de PGM des années 2002 à 2007 montrent un « flux de liquidités [...] positif » de 212.499 EUR en 2002, de 386.630 EUR en 2003, 112.443 EUR en 2004 et de 309.801 EUR en 2005 et un « flux de liquidités négatif » de 284.896 EUR en 2006 et de 720.776 en 2007 EUR.⁴¹
71. En mai 2007, PGM a adopté un nouveau *business plan* visant à lui conférer une plus large autonomie au sein du groupe Polo. Ce business plan a été mis en place début 2008.⁴² Selon le bilan intermédiaire du 30 septembre 2008, PGM a généré un résultat net positif de 39.246.097 MGA. Ses capitaux propres s'élevaient à 5.076.962.086 MGA, le montant des liquidités disponibles était de 1.140.058.250 MGA et le total des actifs se chiffrait à 14.010.159.297 MGA après amortissements et provisions.⁴³
72. PGM employait 631 salariés en 2002, 750 en 2003, 808 en 2004, 747 en 2005, 790 en 2006, et 635 en 2007.⁴⁴
73. D'après les Demandeurs, le portefeuille de clients de PGM comprenait VF Corporation, Décathlon, Pantashop, C&A, Carrefour, Cora, Burton, Tyte Jeans USA, Lee USA et Mklen International.⁴⁵ Par ailleurs, selon les dires des Demandeurs, PGM prévoyait de trouver de nouveaux clients à l'Île Maurice, dont Bilotex Ltd et Consolidated Fabrics Ltd, ce que la Défenderesse conteste.⁴⁶

⁴¹ Réplique, §§ 49, 51 ; Rapport d'audit des états financiers de PGM de Delta Audit Associés (Deloitte), exercice clos au 31 décembre 2002 du 10 mars 2003 (R-186) ; Rapport d'audit des états financiers de PGM, exercice clos au 31 décembre 2003 (R-236) ; Rapport d'audit des états financiers de PGM, exercice clos au 31 décembre 2004 (R-235) ; Rapport d'audit des états financiers de PGM, exercice clos au 31 décembre 2005 (R-234) ; Rapport d'audit des états financiers de PGM, exercice clos au 31 décembre 2006 (R-233). Pour le Tribunal, ce terme désigne le résultat net de l'exercice, tel qu'utilisé dans les rapports annuels. Cela étant, le Tribunal note, bien que cela ne porte pas à conséquence, qu'il n'a pas réconcilié les chiffres indiqués ici en EUR avec ceux qui figurent en FMG ou MGA dans les comptes.

⁴² Réplique, § 57 ; Business plan de PGM de mai 2007 (R-240).

⁴³ Bilan de PGM au 30 septembre 2008 du 14 octobre 2008, pp. 2-4 (R-225).

⁴⁴ Business plan de PGM de mai 2007, p. 20 (R-240) ; Liste des 635 membres du personnel de PGM en avril – mai 2007 (R-241).

⁴⁵ Déclaration de témoin de Peter de Sutter du 8 février 2019, § 36. Voir aussi : Business plan de PGM de mai 2007, p. 14 (R-240) (« La société produit pour des marques internationales tels [sic] que *VF Corporation, Decathlon, Pantashop, C&A, Carrefour, Cora, Burton, ...* »).

⁴⁶ Réplique, § 63 ; Duplique, §§ 65-68 ; Courrier adressé par Bilotex à PGM du 27 juin 2008 (R-242) ; Projet de protocole d'accord entre PGM et CFL du 2 juillet 2008 (R-243).

E. LA SITUATION ÉCONOMIQUE DE PGM ET LES TENSIONS SOCIALES À L'AUTOMNE 2008

74. La société PGM a connu des tensions sociales à partir de la seconde moitié de l'année 2008. Suite à la faillite d'un client important, à savoir la société américaine Steve & Barry's,⁴⁷ PGM a dû cesser ses activités et a connu des problèmes de trésorerie l'empêchant de payer tous les salaires et la conduisant à mettre certains employés au chômage technique à partir du mois d'août 2008 et la majorité des employés à partir du mois de novembre 2008.⁴⁸
75. Le 18 décembre 2008, les tensions se sont accrues au sein de l'usine et le directeur général, M. Iserentant, a signalé un risque de troubles au Chef de Région de Mahajanga.⁴⁹
76. Le lendemain, M. Iserentant a informé le Chef de Région de Mahajanga que des employés avaient distribué des tracts contre PGM dans la ville de Mahajanga annonçant que tous les salaires seraient payés le 23 décembre 2008. Ils auraient également installé des barrages devant les entrées de l'usine, « prenant ainsi la direction et l'équipe de permanence en otage ».⁵⁰
77. Le 20 décembre 2008, PGM a payé une partie des salaires du mois de novembre 2008 et, le 22 décembre 2008, la direction a adressé une note de service informant le personnel que le solde des salaires serait réglé au courant du mois de janvier 2009. Le même jour, la direction a envoyé une seconde lettre au chef de la région pour lui

⁴⁷ Ordonnance de mise en liquidation de Steve & Barry du 16 juillet 2008 (R-244). Selon les Demandeurs, Steve & Barry's a entamé le 9 juillet 2008 une procédure de réorganisation (procédure « *Chapter 11* ») devant le Tribunal des faillites de New York et a été mise en liquidation (procédure « *Chapter 7* ») le 27 novembre 2008. Réplique, note 66.

⁴⁸ Réplique, § 71 ; Duplique, § 57. Voir aussi : Attestation de la Direction Régionale de la Fonction Publique de l'Emploi et du Travail et des Lois Sociales (DRFPET) de la République de Madagascar du 27 mars 2009 (R-104) (« Nous soussignés, la Direction Régionale de la Fonction Publique de l'Emploi du Travail et des Lois Sociales Boeny, attestons par la présente que la Société Polo Garments Majunga, dite « PGM » et sise Route d'Antananarivo site SICP ex-Sotema 401 Mahajanga, a connu des problèmes d'ordre social, dont nous avons été pleinement informés, depuis le mois de Septembre 2008 pour raison de retard de paiement de salaire, mise au chômage technique de la majeure partie des ouvriers en Novembre 2008 et manifestation houleuse du personnel fin Décembre 2008 »).

⁴⁹ Première lettre du Directeur général de l'usine M. Bernard Iserentant au Chef de Région, avec copie au Commandant de la Gendarmerie et au Directeur de la Police Nationale du 18 décembre 2008 (R-9).

⁵⁰ Déclaration de sinistre de PGM à Ny Havana du 30 janvier 2009 (R-11). Voir aussi : Deuxième lettre du Directeur général de l'usine M. Bernard Iserentant au Chef de Région, avec copie au Commandant de la Gendarmerie et au Directeur de la Police Nationale du 22 décembre 2008 (R-10).

faire part des informations erronées qui circulaient en ville concernant le calendrier de paiement des salaires.⁵¹

78. Le solde des salaires a été payé intégralement le 9 janvier 2009.⁵² Selon les Demandeurs, aucun licenciement n'a eu lieu avant la destruction de l'usine, fait que la Défenderesse conteste.

F. LA DESTRUCTION DE L'USINE DANS LA NUIT DU 27 AU 28 JANVIER 2009

79. Pendant le mois de janvier 2009, Madagascar a subi une crise politique opposant les partisans du maire d'Antananarivo, M. Andry Rajoelina, à ceux du Président de la République, M. Marc Ravalomana. Cette crise a provoqué de graves tensions politiques et sociales à travers le pays et des violences le 26 janvier 2009 causant plus de 80 décès.⁵³

80. Le 27 janvier 2009, le site SICP a été attaqué par un groupe de personnes, ce qui a eu pour résultat le pillage, la destruction et l'incendie de l'usine de PMG dans la nuit du 27 au 28 janvier.

81. Les Demandeurs se réfèrent aux comptes rendus de M. Rafanomezantsoa, directeur adjoint de la société de sécurité Zeus Guard's Toky (« Zeus ») avec laquelle PGM avait conclu une convention de prestations de gardiennage.⁵⁴ M. Rafanomezantsoa a décrit les événements de la manière suivante :⁵⁵

- Vers 14h30, des rumeurs selon lesquelles des émeutiers s'apprêtaient à descendre sur le site SICP ont amené les agents de sécurité de Zeus à alerter la gendarmerie et à demander des renforts ;

⁵¹ Deuxième lettre du Directeur général de l'usine M. Bernard Iserentant au Chef de Région, avec copie au Commandant de la Gendarmerie et au Directeur de la Police Nationale du 22 décembre 2008 (R-10).

⁵² Courrier adressé par PGM au Directeur Général de l'Emploi, du Travail et des Lois Sociales du 19 janvier 2009 (R-246).

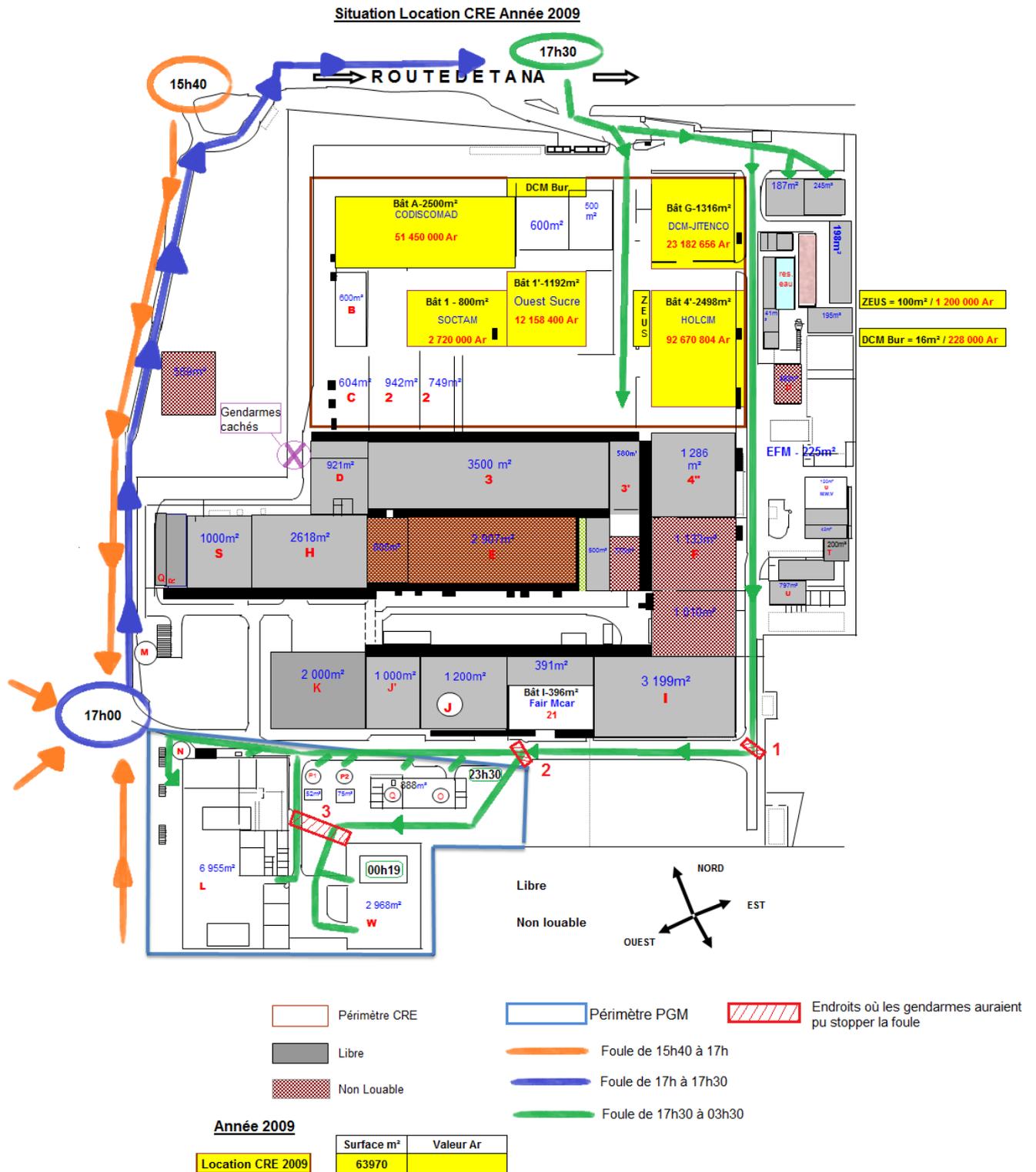
⁵³ Mémoire, § 51 ; Article de presse, RFI Afrique, *Madagascar 2009-2013 : un quinquennat de turbulences politiques* du 23 octobre 2013 (R-106).

⁵⁴ Contrat entre Zeus Ocean Indien Toky et PGM du 26 janvier 2006, et avenants ultérieurs (R-247).

⁵⁵ Mémoire, §§ 52-72 ; Compte-rendu de M. Georges Rafanomezantsoa, Directeur adjoint de la société de sécurité Zeus Guard's Toky, du 28 janvier 2009 (R-111) ; Rapport de M. Georges Rafanomezantsoa, Directeur adjoint de la société de sécurité Zeus Guard's Toky (non-daté) (R-112) ; Déposition écrite de M. Georges Rafanomezantsoa du 15 décembre 2016 (R-113).

- Vers 15h40, des centaines de manifestants ont commencé à se rassembler du côté nord du site SICP ;
- Avant 17h00, entre 400 et 500 personnes se sont alors dirigées vers le portail ouest du site SICP et une cinquantaine d'entre elles a réussi à forcer le portail pour se diriger vers les magasins de stockage aux bâtiments H et K notamment ;
- Vers 17h15, un premier convoi de 15 gendarmes est arrivé sur place ; il a expulsé la cinquantaine d'individus se trouvant à l'intérieur du site ;
- Peu de temps après, environ mille personnes ont forcé le portail nord et ont commencé à piller et vandaliser le site, les gendarmes présents se repliant derrière des magasins dans la cour centrale ;
- Vers 18h30, un second convoi de 10 (selon R-112) ou 15 (selon R-111) gendarmes a rejoint ceux qui s'étaient retirés derrière les magasins ;
- Vers 19h30, la moitié des gendarmes présents a quitté les lieux ;
- Vers 23h30, les émeutiers ont pénétré dans l'usine de PGM, y compris le magasin de vente, la cantine, l'entrepôt (Magasin W), et le Bâtiment L contenant les machines de production ;
- Vers 00h30 le 28 janvier, l'autre moitié des gendarmes a quitté le site alors que les émeutiers incendiaient le Magasin W et dévastaient le reste de l'usine ;
- Vers 01h00, la direction du site SICP et le responsable de la société de gardiennage se sont rendus au poste central de commandement de la gendarmerie pour se plaindre du fait que tous les gendarmes avaient abandonné les lieux et pour réitérer leur demande d'intervention ;
- Vers 03h30, la direction du site SICP, le responsable de la société de gardiennage, le locataire d'un autre bâtiment du site, et cinq gendarmes sont arrivés sur le site et ont dispersé les 500-600 émeutiers se trouvant encore sur place ;
- L'incendie du Magasin W n'a été éteint par les pompiers que vers 15 heures le 28 janvier 2009.

82. Le schéma ci-dessous illustre le déroulement des émeutes décrites ci-dessus selon les Demandeurs :⁵⁶



⁵⁶ Schéma du déroulement des émeutes du 27 janvier 2009 sur le plan du site SICP et alternatives disponibles aux gendarmes malgaches pour protéger l'usine (R-189).

83. La Défenderesse conteste la version des faits de M. Rafanomezantsoa et attire l'attention sur certaines imprécisions et contradictions, dont notamment le nombre de gendarmes sur place qu'elle estime être de 42, non pas 25 ou 30. Elle estime aussi que la prétendue passivité des forces de l'ordre n'est pas établie et, qu'en tout état de cause, une attitude passive était justifiée en raison des circonstances, des moyens limités à disposition, et de la nécessité de préserver des vies humaines.
84. Les Demandeurs expliquent que la destruction de l'usine a entraîné l'arrêt immédiat et complet de l'activité de PGM,⁵⁷ alors que la Défenderesse estime que PGM n'avait plus d'activité et était déjà « morte économiquement » en 2008.⁵⁸
85. L'étendue du sinistre a fait l'objet d'un constat d'huissier du 30 janvier 2009.⁵⁹

G. LES PROCÉDURES JUDICIAIRES CONTRE NY HAVANA

86. Le 30 janvier 2009, PGM a soumis une déclaration de sinistre à Ny Havana.⁶⁰ Cette dernière s'est opposée à la prise en charge du sinistre le 20 août 2009 en raison du caractère politique des événements du 27 janvier 2009, les risques politiques étant exclus par l'Avenant n° 16.⁶¹
87. Le 19 avril 2010, PGM a assigné Ny Havana devant le Tribunal de première instance (« TPI ») de Mahajanga, réclamant la somme de 14.337.978.960 MGA (environ 5.078.000 EUR) à titre d'indemnisation des dégâts causés par le sinistre.
88. Le 20 octobre 2010, le TPI a rendu un jugement donnant gain de cause à PGM,⁶² reconnaissant l'origine sociale, et non politique, des événements du 27 janvier 2009.⁶³

⁵⁷ Mémoire, § 72.

⁵⁸ Duplique, §§ 54, 58.

⁵⁹ Procès-verbal de constat, état des lieux réalisé par l'Huissier de justice du 30 janvier 2009 (R-115) ; Attestation de sinistre du Ministère chargé de la décentralisation de la République de Madagascar du 12 février 2009 (R-116) ; Attestation de dégâts matériels du Ministère de la Défense nationale de la République de Madagascar du 25 mars 2009 (R-117) ; Attestation de dépôt de la déclaration de sinistre de PGM auprès de la commune de Mahajanga, République de Madagascar du 27 mars 2009 (R-118).

⁶⁰ Déclaration de sinistre de PGM à Ny Havana du 30 janvier 2009 (R-11).

⁶¹ Lettre de refus de prise en charge du sinistre de Ny Havana du 20 août 2009 (R-12).

⁶² Jugement du Tribunal de première instance de Mahajanga du 20 octobre 2010, p. 13 (R-14).

⁶³ Jugement du Tribunal de première instance de Mahajanga du 20 octobre 2010, pp. 9-10 (R-14).

89. Le 18 novembre 2010, Ny Havana a fait appel de la décision du TPI, appel que la Cour d'appel de Mahajanga a rejeté le 4 juillet 2011.⁶⁴ La Cour d'appel a estimé que la détermination du TPI quant à l'origine sociale du sinistre reflétait « la réalité, le vécu », à savoir qu'il y avait lieu de « reconnaître et constater ainsi que ces destructions, pillages et incendies qu'a connus la PGM résulte plutôt des conflits de travail qu'elle connaissait toute l'année 2008 ». ⁶⁵ L'arrêt de la Cour d'appel était dépourvu d'effet suspensif et donc exécutoire dès son prononcé.

H. LE POURVOI SUR LE FOND

90. Le 25 juillet 2011, Ny Havana a déposé un pourvoi en cassation auprès de la Cour de cassation (le « pourvoi sur le fond » ou le « pourvoi pour violation de la loi »).⁶⁶ Le lendemain, elle a également requis la suspension de l'exécution de l'arrêt de la Cour d'appel.⁶⁷

91. Le 6 septembre 2011, le Ministre des Finances a écrit à la Ministre de la Justice sollicitant son assistance pour trouver une « issue convenable à cette affaire » au vu du « péril en la demeure ». ⁶⁸

92. Le 12 août 2011, le président de la Cour de cassation a suspendu l'exécution de l'arrêt de la Cour d'appel,⁶⁹ décision que PGM a contestée avec succès le 20 août 2011,⁷⁰ la suspension étant rétractée le 23 novembre 2011.⁷¹

93. Entre-temps, le 16 août 2011, Ny Havana a demandé à la Ministre de la Justice d'introduire un pourvoi dans l'intérêt de la loi.⁷² Selon les Demandeurs, c'est la Ministre

⁶⁴ Arrêt d'appel de la Cour d'appel de Mahajanga du 4 juillet 2011 (R-15).

⁶⁵ Arrêt d'appel de la Cour d'appel de Mahajanga du 4 juillet 2011, pp. 5-6 (R-15).

⁶⁶ Requête aux fins de cassation de Ny Havana du 25 juillet 2011 (R-16).

⁶⁷ Requête aux fins de suspension d'exécution de Ny Havana à Madame le Premier Président de la Cour Suprême de la République de Madagascar du 26 juillet 2011 (R-126).

⁶⁸ Courrier adressé par le Ministre des Finances de Madagascar, M. Hery Rajaonarimampianina, au Ministre de la Justice du 6 septembre 2011 (R-137).

⁶⁹ Ordonnance n° 373-PPCS-11 en vue de la suspension de l'exécution de l'arrêt de la Cour d'appel de Mahajanga n° 005-C, rendue par la Cour Suprême de Madagascar, datée du 12 août 2011 (R-127).

⁷⁰ Requête de rétractation de l'ordonnance n° 373 du 12 août 2011, suspendant l'exécution de l'arrêt de la Cour d'appel de Mahajanga, du 20 août 2011 (R-128).

⁷¹ Ordonnance n° 615-PPCS-11 de rétractation de l'Ordonnance n° 373-PPCS-11 de la Cour Suprême de Madagascar du 23 novembre 2011 (R-129).

⁷² Courrier adressé par Ny Havana à la Ministre de la Justice de la République de Madagascar formant demande de pourvoi dans l'intérêt de la loi du 16 août 2011 (R-151).

ou un fonctionnaire du Ministère, qui aurait apposé le 3 novembre 2011 la mention manuscrite suivante sur la lettre de Ny Havana du 16 août 2011 : « Le P.I.L. n'est plus opportun, puisque NY HAVANA a obtenu suspension auprès de la C.S. Etudier quand même le dossier (Arrêt CA) 03/11/11 ». ⁷³

94. Le 30 novembre 2011, le Ministre des Finances a écrit à la Ministre de la Justice pour lui suggérer d'accélérer la procédure relative au dépôt d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi et de saisir le procureur général pour qu'il avise la Chambre Nationale des Huissiers de la « suspension immédiate, certes, mais temporaire » de l'exécution de l'arrêt de la Cour d'appel. ⁷⁴
95. Le 2 décembre 2011, PGM a fait signifier à Ny Havana un commandement aux fins de saisie immobilière, ⁷⁵ après quoi une saisie d'objets mobiliers a eu lieu le 6 décembre 2011. ⁷⁶ Une vente publique des objets mobiliers saisis devait avoir lieu le 17 décembre 2011. ⁷⁷
96. Au début 2012, le Procureur général de la Cour d'appel a appelé par téléphone l'huissier de justice de Mahajanga pour lui intimer de suspendre toute exécution de l'arrêt rendu en faveur de PGM. ⁷⁸

⁷³ Courrier adressé par Ny Havana à la Ministre de la Justice de la République de Madagascar formant demande de pourvoi dans l'intérêt de la loi du 16 août 2011 (R-151).

⁷⁴ Courrier adressé par le Ministre des Finances de la République de Madagascar, M. Hery Rajaonarimampianina, au Ministre de la Justice du 30 novembre 2011 (R-138).

⁷⁵ Commandement aux fins de saisie immobilière à la requête de PGM du 2 décembre 2011 (R-135).

⁷⁶ Itératif, Commandement avec procès-verbal de saisie-exécution à la requête de PGM du 6 décembre 2011 (R-136).

⁷⁷ Itératif, Commandement avec procès-verbal de saisie-exécution à la requête de PGM du 6 décembre 2011, p. 3 (R-136).

⁷⁸ Mémoire, § 109. Ce fait est attesté dans le courrier adressé par Me Ducaud à l'huissier de justice, Me Théodore Mamy Lalao, du 16 janvier 2012, avec accusé de réception signé par ce dernier (extrait du registre du cabinet de Me Ducaud) du 17 janvier 2012 (R-143) (« Cependant, votre exécution aurait été suspendue car vous nous avez informé que vous avez reçu un coup de téléphone du Procureur Général de la Cour d'Appel ordonnant la suspension alors qu'aucune décision de suspension revêtue de la formule exécutoire ne vous ayant, pour autant, été notifiée »).

97. Le 6 mars 2012, le TPI de Mahajanga a rejeté les oppositions aux saisies⁷⁹ et le lendemain il a fait droit à la requête de saisie-arrêt des comptes bancaires de Ny Havana.⁸⁰

I. LE POURVOI DANS L'INTÉRÊT DE LA LOI

98. Suite à l'ordre reçu de la Ministre de la Justice du 4 avril 2012,⁸¹ le procureur général a introduit le 6 avril 2012 un pourvoi dans l'intérêt de la loi contre l'arrêt rendu le 4 juillet 2011 par la Cour d'appel.⁸²

99. Le 17 avril 2012, le TPI de Mahajanga a constaté la suspension des poursuites à l'encontre de Ny Havana.⁸³

100. Il n'y a pas eu d'audience ni d'arrêt concernant ce pourvoi. La Défenderesse prétend que le pourvoi est devenu sans objet suite à la cassation le 3 juin 2016 de l'arrêt du 4 juillet 2011 dans le cadre du pourvoi pour violation de la loi (voir ci-dessous Section K).

J. LA SENTENCE CCI ET SON ANNULATION

101. Après plusieurs tentatives de négociations infructueuses, le 7 mars 2013, les Demandeurs ont initié une procédure d'arbitrage CCI contestant l'introduction du pourvoi dans l'intérêt de la loi et alléguant la violation de plusieurs dispositions du TBI UEBL-Madagascar.

102. Le 29 août 2014, l'arbitre unique a rendu une sentence (la « Sentence CCI ») constatant que « le but principal ou exclusif » du pourvoi dans l'intérêt de la loi était d'empêcher l'exécution de l'arrêt de la Cour d'appel et que l'introduction du pourvoi

⁷⁹ Première ordonnance de référé du Tribunal de première instance de Mahajanga constatant l'irrecevabilité des oppositions à saisie n° 05-RS-12-CIV du 6 mars 2012 (R-142) ; Seconde ordonnance de référé du Tribunal de première instance de Mahajanga constatant l'irrecevabilité des oppositions à saisie n°06-RS-12-CIV du 6 mars 2012 (R-141).

⁸⁰ Ordonnance n° 48-NE rendue par le Président du Tribunal de première instance de Mahajanga du 7 mars 2012 (R-149).

⁸¹ Courrier adressé par la Ministre de la Justice de la République de Madagascar au Procureur général près la Cour suprême d'Antananarivo ordonnant de former le pourvoi dans l'intérêt de la loi du 4 avril 2012 (R-150).

⁸² Pourvoi dans l'intérêt de la loi introduit par le Procureur général près la Cour suprême de Madagascar du 6 avril 2012 (R-17).

⁸³ Ordonnance de référé du Tribunal de première instance de Mahajanga constatant la suspension des poursuites du 17 avril 2012 (R-18).

constituait une violation des articles 3(1) et 3(2) du TBI UEBL-Madagascar. Pour ce motif, l'arbitre unique a condamné Madagascar à verser aux Demandeurs la somme de 691.233,40 EUR correspondant aux dommages-intérêts dus jusqu'au 30 juin 2014, ainsi que des dommages-intérêts depuis le 1^{er} juillet 2014 jusqu'au retrait du pourvoi dans l'intérêt de la loi ou jusqu'à l'issue définitive de toute procédure devant la Cour de cassation concernant les deux pourvois.⁸⁴

103. Le 14 mars 2016, la Cour d'appel de Paris a annulé la Sentence CCI pour méconnaissance du principe de la contradiction, l'arbitre unique ayant substitué à la demande de condamnation au paiement du capital une demande tendant à l'indemnisation de la perte des bénéficiaires.⁸⁵
104. Le 1^{er} juin 2017, la Cour de cassation française a rejeté un pourvoi interjeté par les Demandeurs⁸⁶ et l'annulation de la Sentence CCI est ainsi devenue définitive.

K. LA REPRISE DU POURVOI SUR LE FOND

105. Le 12 mars 2015, le Conseiller rapporteur de la Cour suprême de Madagascar a conclu au rejet du pourvoi sur le fond introduit par Ny Havana ;⁸⁷ le Procureur général a également conclu en ce sens le 15 octobre 2015.⁸⁸
106. Le 26 janvier 2016, une audience s'est tenue devant la Cour de cassation malgache durant laquelle Ny Havana et PGM ont été entendues au sujet du pourvoi introduit par Ny Havana en 2011.⁸⁹ Une audience de délibéré a été fixée au 23 février 2016.
107. Le 23 février 2016, avant l'audience de délibéré, l'affaire a été retirée du rôle et le dossier a été « pris en communication » par le Ministère de la Justice.⁹⁰ Les

⁸⁴ Sentence rendue par le tribunal arbitral saisi sous l'égide de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) du 29 août 2014, p. 98 (R-19).

⁸⁵ Arrêt de la Cour d'appel de Paris, RG n° 14-19164 du 15 mars 2016 (R-20).

⁸⁶ Cour de cassation française, Arrêt du 1 juin 2017, N° de pourvoi : 16-18029 (DL-1).

⁸⁷ Rapport du conseiller rapporteur de la Cour Suprême de Madagascar (procédure 543-11-COM) du 12 mars 2015 (R-205).

⁸⁸ Conclusions du Procureur Général près la Cour de cassation de Madagascar adressées au Président de la Cour de cassation (procédure 543-11-COM) du 15 octobre 2015 (R-206).

⁸⁹ Avis d'audience (procédure 543-11-COM) du 14 janvier 2016 (R-163) ; Extrait du plume de l'audience publique ordinaire du 26 janvier 2016 de la Cour de cassation (procédure 543-11-COM) du 15 juin 2016 (R-164).

⁹⁰ Extrait du plume de l'audience publique ordinaire du 23 février 2016 de la Cour de cassation (procédure 543-11-COM) du 2 mars 2016 (R-165) ; Second extrait du plume de l'audience

Demandeurs allèguent que c'est la Ministre de la Justice elle-même qui a pris le dossier en communication.⁹¹

108. Le 9 mars 2016, le président de la République Rajaonarimampianina, précédemment Ministre de l'économie, a remplacé le Président de la Cour de cassation et nommé Mme Elise Alexandrine Rasolo à cette fonction.⁹²
109. Une nouvelle audience s'est tenue le 1^{er} avril 2016 et une audience de délibéré a été fixée au 6 mai 2016, puis reportée au 3 juin 2016.⁹³
110. Le 3 juin 2016, la Cour de cassation a annoncé oralement que l'arrêt rendu le 4 juillet 2011 par la Cour d'appel était cassé.⁹⁴
111. Les juges suivants composaient la Cour de cassation lors de l'audience du 1^{er} avril 2016 :
 - Elise Alexandrine Rasolo
 - Injaikarivony Raharisoaseheno
 - Rinah Rasorimalala
 - Miadantsoa Razafinimanana
 - Suzanne Rasolofo
 - Marc Ramanase
112. Lors de l'audience du 3 juin 2016, le dernier juge nommé était remplacé par Saheliarinala Ralinoro.
113. PGM a reçu la version écrite de l'arrêt du 3 juin 2016 le 6 décembre de cette année. L'arrêt étaient signé par quatre juges présents à l'audience du 3 juin 2016 (Elise Andriamampionona,⁹⁵ Injaikarivony Raharisoaseheno, Rinah Rasoarimalala et

publique ordinaire du 23 février 2016 de la Cour de cassation (procédure 543-11-COM) du 15 juin 2016 (R-166).

⁹¹ Feuille de rôle de synthèse de la procédure 543/11.COM, 25 juillet 2011 – 6 mai 2016 (R-340). Voir aussi : Courrier adressé par Me Ducaud à la Ministre de la Justice du 24 février 2016 (R-256).

⁹² Communications de la Présidence de Madagascar incluant la nomination de la Présidente de la Cour de cassation de Madagascar, Mme Elise Alexandrine Rasolo du 9 mars 2016 (R-168).

⁹³ Extrait du plume de l'audience publique ordinaire du 1^{er} avril 2016 de la Cour de cassation (procédure 543-11-COM, 890-10-CU) du 15 juin 2016 (R-169) ; Courrier adressé par Ny Havana au Ministre des Finances et du Budget de la République de Madagascar du 17 mai 2016 (R-170).

⁹⁴ Arrêt de la Cour suprême de la République de Madagascar du 3 juin 2016 (R-22).

⁹⁵ La pièce démonstrative n° 4 des Demandeurs précise que Andriamampionona est le nom d'usage de Mme Rasolo.

Miadantsoa Razafinimanana) et par deux autres juges (Bakoly Ratovonelinjafy et Marie Rakotorahalahy).

114. Le 3 mai 2017, les Demandeurs ont déposé la requête d'arbitrage dans la présente instance.

V. APERÇU DES POSITIONS DES PARTIES

A. COMPÉTENCE

115. La Défenderesse soulève plusieurs objections à l'encontre de la compétence du Tribunal, qui peuvent être classées dans les cinq catégories suivantes :

- (i) Les Demandeurs ne sont pas des « investisseurs » au sens du TBI et de la Convention CIRDI (objections *ratione personae*) ;
- (ii) Les Demandeurs n'ont pas d'investissement protégé par le TBI et par la Convention CIRDI (objections *ratione materiae*) ;
- (iii) Le litige n'a pas de rapport direct avec l'investissement ;
- (iv) Les Demandeurs n'ont pas satisfait aux conditions préalables au recours à l'arbitrage ; et
- (v) Les Demandeurs violent le principe de l'exclusivité des voies de recours.

116. Les Demandeurs s'opposent à ces objections et requièrent que le Tribunal affirme sa compétence.

117. Les trois premières objections visent l'ensemble des réclamations, alors que la quatrième concerne la prétendue violation de la garantie de protection et sécurité constantes. Quant à la cinquième, elle comporte deux volets dont le second n'affecte pas la prétendue violation de la garantie de protection et sécurité constantes.

B. RECEVABILITÉ

118. La Défenderesse soulève également les objections suivantes quant à la recevabilité des demandes :⁹⁶

- (i) Les Demandeurs invoquent des droits appartenant à des tiers ;
- (ii) La demande des Demandeurs est fictive ; et

⁹⁶ Contre-Mémoire, § 609.

(iii) La demande des Demandeurs constitue un abus de droit.

119. Les Demandeurs rejettent ces objections et demandent au Tribunal de déclarer leurs demandes recevables.

C. FOND

120. Les Demandeurs allèguent que les garanties suivantes accordées par le Traité ont été violées par divers comportements de l'État :

- (i) L'omission de prendre des mesures préventives par l'État et sa passivité pendant la destruction de l'usine de PGM les 27 et 28 janvier 2009 constituerait une violation de l'obligation de sécurité et protection constantes au titre de l'article 3(2) du Traité ;⁹⁷
- (ii) L'immixtion de l'exécutif dans le litige opposant PGM et Ny Havana, notamment l'introduction d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi, la communication du dossier à la Ministre de la Justice pendant la délibération de la Cour de cassation dans le pourvoi sur le fond et la modification de la composition de cette Cour constitueraient des violations de l'obligation de traiter les investissements de façon juste et équitable inscrite à l'article 3(1) du Traité ;⁹⁸
- (iii) Les graves irrégularités commises par le pouvoir judiciaire et l'exécutif dans la procédure judiciaire seraient en outre constitutives d'un déni de justice formel et matériel en violation de l'article 3(1) du Traité ;⁹⁹
- (iv) Le traitement discriminatoire tout comme le traitement injustifié et arbitraire subi par les Demandeurs à raison des comportements décrits ci-dessus aux points (ii) et (iii) représenteraient par ailleurs une violation par l'État de son obligation d'éviter toute mesure injustifiée ou discriminatoire au titre de l'article 3(2) du Traité ;¹⁰⁰
- (v) Enfin, les interférences fautives de l'État décrites aux points (i) à (iv) ci-dessus auraient eu pour effet de déposséder les Demandeurs de façon permanente de leur investissement, et seraient donc constitutives d'expropriation indirecte ou rampante en violation de l'article 7 du Traité.¹⁰¹

⁹⁷ Mémoire, § 259 ; Réplique, § 574.

⁹⁸ Mémoire, § 292.

⁹⁹ Mémoire, § 298.

¹⁰⁰ Mémoire, § 371.

¹⁰¹ Mémoire, § 417 ; Réplique, § 838.

121. La Défenderesse fait valoir que ces prétentions sont infondées.

VI. EN DROIT

A. QUESTIONS PRÉLIMINAIRES

1. Règles d'interprétation

122. Il n'est pas contesté que l'interprétation des traités est régie par les principes du droit international coutumier, codifiés aux articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (la « CVDT »).

123. Concernant l'interprétation du droit national, la Défenderesse estime que les tribunaux arbitraux sont tenus de suivre les solutions interprétatives dégagées par les juridictions nationales.¹⁰² Les Demandeurs ne se sont pas spécifiquement prononcés à ce sujet.

124. La Défenderesse n'a pas identifié de règles d'interprétation de droit malgache qui seraient applicables en matière d'interprétation. Cela étant, comme il s'avérera par la suite, la résolution du présent litige n'appelle pas l'application du droit national de telle sorte qu'il n'est pas utile d'examiner cette question plus avant.

2. Droit applicable à la compétence

125. Il n'est pas contesté que la compétence du Tribunal est régie par la Convention CIRDI et le TBI UEBL-Madagascar, et que le Tribunal a le pouvoir de statuer sur sa propre compétence. Les dispositions pertinentes sont reproduites ci-dessous dans le cadre de l'examen de chacune des objections d'incompétence.

126. En d'autres termes, la compétence est régie par le droit international. Selon la matière traitée, le droit national peut être pertinent dans l'interprétation et l'application de certaines conditions juridictionnelles.

3. Droit applicable au fond

127. L'article 42(1) de la Convention CIRDI prévoit que :

Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'État contractant partie au différend – y compris les

¹⁰² Duplique, § 246.

règles relatives aux conflits de lois – ainsi que les principes de droit international en la matière.

128. Les Demandeurs estiment qu'ils ont opéré un choix en faveur du droit international en déclenchant un arbitrage fondé sur un traité.¹⁰³ Ils s'opposent donc à l'application de la deuxième phrase de l'article 42(1) de la Convention CIRDI.
129. La Défenderesse répond que le TBI ne contient pas d'élection de droit, qu'il n'y a donc pas d'accord sur le droit applicable¹⁰⁴ et qu'une jurisprudence « bien établie » admet l'application du droit national dans les arbitrages fondés sur un traité.¹⁰⁵
130. Il est exact que le TBI est silencieux sur le droit applicable. Cela étant, cet arbitrage étant fondé sur un traité, c'est celui-ci qui s'applique en premier lieu. Les prétentions des Demandeurs concernent des violations alléguées du TBI, qui par conséquent est la source de droit principale pour ce Tribunal. Les Parties ayant de surcroît invoqué des règles de droit malgache, le Tribunal analysera là où cela s'avérera nécessaire, s'il y a lieu de recourir au droit national en vertu de la seconde phrase de l'article 42(1) de la Convention CIRDI.
131. En définitive, le Tribunal appliquera (i) le TBI et (ii) si nécessaire, le droit malgache ainsi que « les principes de droit international en la matière ». Il précise dans ce contexte que la seconde phrase de l'article 42(1) n'établit pas de priorité de sorte qu'il lui revient de déterminer au cas par cas si une question est régie par le droit national ou par le droit international. Enfin, le Tribunal rappelle qu'une partie ne saurait invoquer une disposition du droit national pour échapper à une obligation découlant du droit international.
132. Dans l'application du droit ainsi désigné, le Tribunal ne s'estime pas lié par les arguments invoqués et les sources citées par les Parties. Le principe *iura novit curia* – ou mieux *iura novit arbiter* – implique que le Tribunal se forge sa propre opinion sur les questions de droit qui se présentent à lui, à condition bien sûr de ne pas surprendre

¹⁰³ Réplique, § 570.

¹⁰⁴ Duplique, § 733.

¹⁰⁵ Duplique, § 734 ; *El Paso Energy International Company c. République argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/03/15, Sentence, 31 octobre 2011, §§ 132-141 (DL-77) (« *El Paso c. Argentine* ») ; *CMS Gas Transmission Company c. République argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/01/8, Sentence, 12 mai 2005, §§ 108-117 (DL-101) (« *CMS c. Argentine* »).

les Parties avec des théories juridiques qui n'ont pas été débattues ou que les Parties ne pouvaient anticiper.¹⁰⁶

4. Pertinence de sentences antérieures

133. À l'appui de leurs positions, les Parties ont invoqué des sentences arbitrales rendues en matière d'investissement, soit pour plaider que la même solution s'imposait en l'espèce soit pour expliquer les raisons de s'en écarter.
134. S'il ne s'estime pas lié par les décisions arbitrales existantes, le Tribunal arbitral estime devoir les prendre en considération. Sauf pour des raisons contraires impérieuses, il est d'avis qu'il a le devoir de suivre des solutions qui auraient été établies par une série de décisions concordantes. Ainsi, sous les réserves évidentes des spécificités du traité et des particularités de l'espèce, il contribuera au développement harmonieux du droit international des investissements et répondra aux attentes légitimes de sécurité juridique des États et des investisseurs.

5. Authenticité du contrat d'assurance

135. La Défenderesse conteste l'authenticité du contrat d'assurance, de même que des annexes, avenants, et tout autre document lié à ce contrat. Elle demande au Tribunal de vérifier l'authenticité de ces documents, s'il n'entend pas les écarter du débat pour violation de l'article 30 du règlement administratif et financier du CIRDI (le « Règlement administratif »).¹⁰⁷ Elle réclame la production de l'original du contrat et rejette l'explication selon laquelle l'original aurait été détruit lors du sinistre. Elle estime que les Demandeurs doivent en tout état de cause assumer l'entière responsabilité de la perte des originaux, d'autant plus qu'il y aurait eu trois versions originales.¹⁰⁸
136. Par ailleurs, Madagascar relève que (i) le contrat n'est pas complet (il manque notamment les avenants n° 2 et 3),¹⁰⁹ (ii) les documents produits ici ne correspondent

¹⁰⁶ *Daimler Financial Services A.G. c. République argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/05/1, Décision sur l'annulation, 7 janvier 2015, § 295 ; *Albert Jan Oostergetel and Theodora Laurentius c. République slovaque*, CNUDCI, Sentence finale, 23 avril 2012, § 141 (DL-207) ; *Metal-Tech Ltd. c. République d'Ouzbékistan*, Affaire CIRDI n° ARB/10/3, Sentence, 4 Octobre 2013, § 287 (« *Metal-Tech c. Ouzbékistan* ») ; *Vestey Group Ltd. c. République bolivarienne du Venezuela*, Affaire CIRDI n° ARB/06/4, Sentence, 15 avril 2016, § 118 (« *Vestey c. Venezuela* »).

¹⁰⁷ Duplique, § 140.

¹⁰⁸ Duplique, §§ 141-142.

¹⁰⁹ Duplique, §§ 147-152.

pas à ceux qui ont été déposés devant les juridictions malgaches,¹¹⁰ et (iii) le contenu du contrat contient plusieurs anomalies « formelles et substantielles » (dont la numérotation des polices, l'absence de signatures ou paraphe dans certaines annexes ou avenants, et l'incohérence entre les trois tableaux de garanties de l'Avenant n° 15).¹¹¹ Toutefois, la Défenderesse fonde sa défense sur les Avenants n°s 16 et 17, dont elle ne conteste pas l'authenticité.¹¹²

137. Quant aux Demandeurs, ils contestent la validité des Avenants n°s 16 et 17. Ils font valoir qu'ils ont toujours contesté la validité de l'Avenant n° 16 devant les juridictions malgaches, mais que ni le TPI ni la Cour d'appel n'ont estimé nécessaire de trancher cette question. Cela étant, les Demandeurs ne sollicitent pas du Tribunal la vérification de l'authenticité ou l'exclusion de l'Avenant n° 16.
138. Les Demandeurs expliquent que la version originale du contrat d'assurance a été détruite ou perdue lors du sinistre du 27 janvier 2009 et qu'ils n'ont récupéré une copie du contrat qu'en août 2010 par le biais de leur courtier, la société Ascoma, cette dernière ayant par ailleurs confirmé ne jamais avoir eu de version originale en sa possession.¹¹³
139. Les Demandeurs poursuivent en affirmant que les documents soumis sont cohérents. Concernant les critiques de forme, il n'existerait pas d'obligation de signer ou parapher des conditions générales ou spéciales et des annexes. Selon les Demandeurs, l'Avenant n° 15 est signé et paraphé parce que M. Iserentant avait cette habitude, contrairement à son prédécesseur. Quant au décalage dans la numérotation de la police d'assurance, il résulterait du fait qu'un changement de numérotation a été opéré par l'Avenant de précision n° 6. Enfin, le fait que les conditions générales relatives au vol se réfèrent à une loi qui lui est postérieure est dû à la pratique des compagnies d'assurance consistant à mettre régulièrement leurs conditions générales à jour en intégrant les évolutions législatives.¹¹⁴
140. Sur le fond, les Demandeurs réfutent les critiques de la Défenderesse, notamment celles qui ont trait aux incohérences entre les conditions générales et les annexes. En

¹¹⁰ Duplique, §§ 153-160.

¹¹¹ Duplique, §§ 161-175, 186.

¹¹² Duplique, §§ 176-185.

¹¹³ Réplique, Annexe A, § 4.

¹¹⁴ Réplique, Annexe A, §§ 10, 32.

particulier, il serait « anodin » que les annexes dérogent aux conditions générales en étendant la couverture à des risques additionnels.

141. Le 28 mai 2019, le Tribunal a rejeté la requête de la Défenderesse tendant à écarter du dossier le contrat d'assurance et ses avenants, cette requête étant en contradiction avec une autre requête de la Défenderesse sollicitant la vérification de l'authenticité du contrat.¹¹⁵ Le Tribunal note cependant l'observation de la Défenderesse à l'Audience, selon laquelle il ne se serait pas encore prononcé sur la requête d'écarter le contrat au regard de l'article 30 du Règlement administratif, fondement sur lequel le Tribunal se penche ici.
142. La première phrase de l'article 30(1) du Règlement administratif prévoit que chaque partie doit déposer un « original » de ses documents ou pièces et la seconde phrase précise que :

[L]'original doit être le document complet, ou une copie ou extrait dûment certifié conforme, sauf si la partie intéressée est dans l'impossibilité de se procurer ledit document, ladite copie, ou ledit extrait conforme (auquel cas le motif de l'impossibilité doit être indiqué).

143. Les Demandeurs affirment avoir versé de bonne foi l'ensemble des documents constituant le contrat d'assurance en leur possession¹¹⁶ et expliquent l'absence de l'original par sa destruction ou perte au cours du sinistre de la nuit du 27 au 28 janvier 2009. Le Tribunal ne voit pas d'éléments permettant de mettre cette affirmation en doute. Par ailleurs, la société BSA Madagascar, courtier de PGM et gestionnaire du contrat d'assurance entre 2007 à 2009, a confirmé que « compte tenu des divers traitements relatifs à ce dossier, [elle] n'av[ait] plus en [sa] possession l'original » dudit contrat.¹¹⁷ La société Ascoma, qui lui a succédé en 2010, a pour sa part confirmé ne jamais avoir eu l'original du contrat en sa possession,¹¹⁸ et avoir reçu le 18 août 2010 de Ny Havana des copies des conditions particulières du contrat d'assurance et de certains avenants.¹¹⁹ Le Tribunal trouve également ces explications parfaitement

¹¹⁵ Lettre du 28 mai 2019 du Tribunal aux Parties, § 13.

¹¹⁶ Réplique, Annexe A, section A.

¹¹⁷ Courrier adressé par BSA Madagascar à PGM confirmant la non disponibilité de la version originale de la police d'assurance n° 770.165 du 11 décembre 2018 (R-307).

¹¹⁸ Courrier adressé par Ascoma Madagascar à PGM confirmant la non-disponibilité de la version originale de la police d'assurance n° 770.165 du 12 décembre 2018 (R-308).

¹¹⁹ Courrier adressé par ASCOMA Madagascar à PGM du 22 janvier 2019 (R-309). Selon Ascoma, les documents suivants lui auraient été remis par Ny Havana : Conditions particulières du 7 décembre 1998 ; Avenant n° 1 du 19 décembre 1998 ; Avenant n° 4 du 15 avril 1999 ; Avenant n° 5 du 30 novembre 1999 ; Avenant n° 6 du 28 septembre 2001 ; Avenant n° 7 du 7 novembre

plausibles. Il note aussi que les Demandeurs ont également obtenu une copie des conditions générales des Annexes n° 1 à 8 de l'avocat de PGM, feu Me Ducaud. Tous ces documents ont été versés au dossier.¹²⁰

144. En conséquence et compte tenu des circonstances, le Tribunal ne saurait faire droit à la requête d'écarter le contrat d'assurance, ses annexes et avenants sur le fondement de l'article 30 du Règlement d'arbitrage. Il reste donc à déterminer s'il est nécessaire ou opportun de vérifier l'authenticité du contrat d'assurance. Pour les raisons suivantes, le Tribunal estime que tel n'est pas le cas.
145. En premier lieu, le contrat d'assurance a été conclu entre PGM et la compagnie d'assurance Ny Havana. À la suite du sinistre du 27 et 28 janvier 2009, ces parties se sont opposées dans une procédure contentieuse par laquelle PGM réclamait le paiement sur la base du contrat en cause ici. Or, dans sa défense, Ny Havana n'a jamais contesté l'authenticité du contrat. Seule PGM a contesté l'Avenant n° 16, contestation sur laquelle les juridictions malgaches n'ont pas estimé nécessaire d'entrer en matière. La République de Madagascar concède d'ailleurs, qu'elle n'a pas non plus mis en doute l'authenticité du contrat d'assurance durant l'arbitrage CCI.
146. En deuxième lieu, les Demandeurs relèvent à juste titre que la Défenderesse ne conteste pas le fait que PGM ait souscrit une police d'assurance auprès de Ny Havana, mais qu'elle se limite à contester l'authenticité du contrat communiqué dans cet arbitrage. La position de la Défenderesse apparaît d'une part contradictoire, car elle invoque l'Avenant n° 16 tout en contestant le reste du contrat. D'autre part, sa position n'est pas ou pas suffisamment étayée ; il lui aurait été loisible de produire par exemple un témoignage d'un représentant de Ny Havana confirmant que la version du contrat produite par les Demandeurs n'est pas authentique. Madagascar aurait également pu

2001 ; Avenant n° 8 du 10 janvier 2002 ; Avenant n° 9 du 28 janvier 2002 ; Avenant n° 10 du 2 octobre 2002 ; Avenant n° 11 du 30 janvier 2003 ; Avenant n° 12 du 10 novembre 2004 ; Avenant n° 13 du 12 avril 2005 ; Avenant n° 14 du 15 février 2006 ; Avenant n° 15 du 7 juin 2006 ; Avenant n° 15 du 30 juillet 2007.

¹²⁰ Police d'Assurance Multirisques Professionnels de la Compagnie d'Assurances et de Réassurances Ny Havana souscrite par PGM et avenants successifs du 7 décembre 1998 (R-8) ; Avenant n° 15 sur police 770165 – PGM du 1 janvier 2007 (R-298) ; Avenant n° 04 sur police 551940 – PGM du 15 avril 1999 (R-305) ; Conditions Particulières Police d'Assurances PGM – Ny Havana du 7 décembre 1998 (R-310) ; Compilation des Avenants n° 1 et 4 à 15 sur police 551940 – PGM (R-311) ; Avenant n° 15 (1) sur police 770165 – PGM du 1 janvier 2006 (R-312) ; Avenant n° 6 sur police 770165 – PGM du 1 octobre 2000 (R-313) ; Avenant n° 8 sur police 770165 – PGM du 10 janvier 2002 (R-314) ; Avenant n° 9 sur police 770165 – PGM du 11 janvier 2002 (R-315) ; Avenant n° 10 sur police 770165 – PGM du 1 octobre 2002 (R-316) ; Avenant n° 11 sur police 770165 – PGM du 19 décembre 2002 (R-317) ; Avenant n° 13 sur police 770165 – PGM du 1 janvier 2005 (R-318) ; Avenant n° 14 sur police 770165 – PGM-2 du 1 janvier 2006 (R-319).

communiquer – ou au moins chercher à communiquer la version du contrat en mains de Ny Havana. Or, la Défenderesse n'en a rien fait et les diverses incohérences qu'elle relève ne suffisent pas à convaincre le Tribunal de la nécessité d'un examen de l'authenticité du contrat d'assurance.

147. En troisième lieu, une expertise portant sur les copies du contrat d'assurance et documents annexés n'aurait qu'une valeur limitée. L'analyse serait restreinte du fait de l'absence de la version originale ou de signatures comparatives. En tout état de cause, la Défenderesse n'a pas expliqué quels types d'analyse devrait être faite et dans quel but.
148. Enfin, comme il sera exposé plus avant, le Tribunal ne peut suivre la Défenderesse lorsqu'elle qualifie le présent différend de litige d'assurance et affirme la centralité du contrat d'assurance.

B. COMPÉTENCE

149. Il n'est pas contesté que la compétence est régie tant par l'article 25 de la Convention CIRDI que par le TBI, car c'est dans le second qu'est exprimé le consentement exigé par la première. Les exceptions d'incompétence soulevées visent la compétence personnelle ((1) ci-dessous), matérielle ((2) et (3) ci-dessous), les conditions préalables ((4) ci-dessous) et l'exclusivité du mode de règlement des différends choisi ((5) ci-dessous).
150. Saisi en vertu d'un traité, il incombe au Tribunal de vérifier d'office si l'ensemble des conditions de sa compétence sont remplies. Au terme de cette vérification, le Tribunal est d'avis que c'est à juste titre que Madagascar n'a pas soulevé d'autres exceptions d'incompétence.

1. *Ratione personae*

a. Positions des Parties

i. Position de la Défenderesse

151. La Défenderesse prétend que les Demandeurs ne sont pas des « investisseurs » au sens de l'article 1(2) du TBI et qu'ils ne peuvent bénéficier de l'article 25 de la Convention CIRDI. Pour Madagascar, le TBI exige des « liens effectifs et réels » et la jurisprudence confirme que la preuve de l'incorporation d'une société, sa domiciliation,

l'existence de comptes bancaires et de déclarations fiscales ne suffisent pas à établir de tels liens.¹²¹ La sentence *Alps Finance* montrerait que les critères pour conclure à l'existence du siège social comportent le lieu de réunion du conseil d'administration ou des assemblées d'actionnaires, le lieu de l'administration, la présence d'employés, une adresse complète avec téléphone et numéro de fax, ou des dépenses et frais d'entretien.¹²² Madagascar estime que la sentence *Orascom* invoquée par les Demandeurs n'est pas transposable en l'espèce, car l'interprétation du terme « siège social » qui y est faite prive ce terme de tout intérêt.¹²³

152. (DS)2 serait une société « à [la] limite fictive », sans « vraie vie sociale propre » et dont le siège réel au Luxembourg ne serait pas établi.¹²⁴ Ce serait une société « occulte non visible »,¹²⁵ « sans salariés, sans aucune activité, sans siège social au Luxembourg »,¹²⁶ une « simple entité boîte à lettres, sans salariés, sans local, sans numéro de téléphone, sans numéro de faxe ». ¹²⁷
153. Selon la Défenderesse, plusieurs indices laisseraient présumer un abus, tels que les actions au porteur, des passifs exorbitants et l'absence d'activité.¹²⁸ Deux des trois administrateurs résideraient en Belgique et le contrôle *de facto* qu'exerce Peter de Sutter – qui n'aurait qu'une seule action dans (DS)2 – prouverait que l'administrateur résidant au Luxembourg n'est qu'une « marionnette ». ¹²⁹ À cela s'ajouterait que les réunions du conseil d'administration se font par téléphone.¹³⁰ Pour Madagascar, « le cerveau et les organes opérationnels de DS2 sont situés en Belgique, où M. Peter de Sutter est localisé ». ¹³¹

¹²¹ Contre-Mémoire, §§ 350-362 ; *Alps Finance et Trade AG c. République slovaque*, CNUDCI, Sentence, 5 mars 2011 (RL-75 et DL-42) (« *Alps Finance c. Slovaquie* ») ; *Tenaris S.A. et Talta-Trading e Marketing Sociedade Unipessoal LDA c. République bolivarienne du Venezuela*, Affaire CIRDI n° ARB/11/26, Sentence, 29 janvier 2016 (DL-43) (« *Tenaris c. Venezuela* »).

¹²² Contre-Mémoire, §§ 355-361 ; Duplique, § 341 ; *Alps Finance c. Slovaquie*, § 217 (RL-75 et DL-42).

¹²³ Duplique, §§ 332-339.

¹²⁴ Contre-Mémoire, § 349.

¹²⁵ Contre-Mémoire, § 367.

¹²⁶ Contre-Mémoire, § 350.

¹²⁷ Contre-Mémoire, § 361.

¹²⁸ Contre-Mémoire, § 297.

¹²⁹ Contre-Mémoire, § 305.

¹³⁰ Contre-Mémoire, § 332.

¹³¹ Duplique, § 344.

154. La Défenderesse estime aussi que les changements d'adresse de (DS)2 démontrent le caractère « purement fictif » du siège.¹³² Il n'y aurait ni bureaux ni personnel à l'adresse indiquée et (DS)2 ne serait « ni visible ni identifiable ». ¹³³ Les assemblées générales seraient elles aussi fictives, n'étant pas établi qu'elles aient été tenues entre 2007 et 2011. Aucun rapport des commissaires aux comptes n'aurait été préparé pendant cette période¹³⁴ et les déclarations fiscales pour les années 2008 à 2010 feraient également défaut.¹³⁵ De plus, Madagascar n'aurait pas été informée du changement de raison sociale de PGM&F en (DS)2 survenu en 2011.¹³⁶
155. Enfin, pour la Défenderesse, (DS)2 est une « machine à générer des passifs et des pertes ». ¹³⁷ En 2003 déjà, les dettes excédaient trois fois le capital et les comptes de 2008 à 2010 n'auraient été établis qu'en 2011 avec un report de dettes.¹³⁸

ii. Position des Demandeurs

156. Les Demandeurs estiment ces objections infondées et rejettent les allégations d'abus soulevées par Madagascar.¹³⁹ Pour eux, (DS)2 a toujours eu son siège social au Luxembourg et possède donc la nationalité de cet État.¹⁴⁰ Elle aurait été créée en 1992, soit 9 ans avant l'investissement à Madagascar et 13 ans avant la conclusion du TBI UEBL-Madagascar.¹⁴¹
157. Les Demandeurs précisent encore que (DS)2 est une société *holding* conforme au droit luxembourgeois,¹⁴² le TBI UEBL-Madagascar ne requérant pas de liens effectifs et réels ni d'activité économique sur le territoire de l'État du siège.¹⁴³ Ils s'appuient sur la sentence *Orascom* pour soutenir que le sens ordinaire du terme « siège social »

¹³² Contre-Mémoire, § 327.

¹³³ Duplique, §§ 348-349.

¹³⁴ Contre-Mémoire, § 338.

¹³⁵ Contre-Mémoire § 347.

¹³⁶ Contre-Mémoire, § 309 ; Duplique, § 357.

¹³⁷ Soulignement dans l'original omis. Contre-Mémoire, § 340.

¹³⁸ Contre-Mémoire, §§ 342-344.

¹³⁹ Réplique, §§ 241-249.

¹⁴⁰ Réplique, § 236.

¹⁴¹ Réplique, § 248.

¹⁴² Réplique, § 260.

¹⁴³ Réplique, § 254.

signifie « domicile statutaire ». ¹⁴⁴ Exclure les sociétés *holding* de la couverture du TBI ne correspondrait pas à l'objet et au but du traité, ce d'autant moins que le Luxembourg encourage précisément la création de sociétés *holding* pour favoriser les investissements à travers le monde. ¹⁴⁵ En tout état de cause, si le Tribunal devait estimer que le terme « siège social » requiert la preuve d'une gestion effective au Luxembourg, (DS)2 satisfait à ce critère dans la mesure où les conseils d'administration et les assemblées générales se sont toujours tenus au Luxembourg et que la comptabilité et les révisions comptables sont centralisées au Luxembourg. ¹⁴⁶ Enfin, le fait que le changement de nom de PGM&F à (DS)2 n'a pas été notifié à Madagascar serait sans pertinence dans la mesure où la Convention CIRDI ne prévoit pas d'approbation préalable par l'État-hôte. ¹⁴⁷

158. Quant aux frères de Sutter, ils auraient toujours été citoyens belges et seraient dès lors des investisseurs protégés. Madagascar ne conteste pas leur nationalité de sorte que la compétence *ratione personae* à leur égard est établie, ¹⁴⁸ les objections relatives à la qualité d'actionnaire concernant la compétence *ratione materiae*. ¹⁴⁹

b. Analyse

i. Les conditions fixées par la Convention CIRDI et le TBI

159. Selon l'article 25(1) de la Convention CIRDI, le Centre est compétent pour des différends entre un État contractant et un ressortissant d'un autre État contractant. Ce dernier est défini à l'alinéa 2 de la manière suivante :

(a) toute personne physique qui possède la nationalité d'un État contractant autre que l'État partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage ainsi qu'à la date à laquelle la requête a été enregistrée conformément à l'article 28, alinéa (3), ou à l'article 36, alinéa (3), à l'exclusion de toute personne qui, à l'une ou à l'autre de ces dates, possède également la nationalité de l'État contractant partie au différend.

¹⁴⁴ Réplique, §§ 257, 261 ; *Orascom TMT Investments S.à.r.l. c. République algérienne démocratique et populaire*, Affaire CIRDI n° ARB/12/35, Sentence, 31 mai 2017, § 298 (RL-97) (« *Orascom c. Algérie* »).

¹⁴⁵ Réplique, § 260.

¹⁴⁶ Réplique, §§ 264-268.

¹⁴⁷ Réplique, §§ 276-277.

¹⁴⁸ Réplique, § 283.

¹⁴⁹ Réplique, § 284.

(b) toute personne morale qui possède la nationalité d'un État contractant autre que l'État partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage et toute personne morale qui possède la nationalité de l'État contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre État contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers.

160. Quant au TBI, il vise les litiges « entre un investisseur de l'une des Parties contractantes et l'autre Partie contractante » (article 12). Selon l'article 1(2) du TBI UEBL-Madagascar, le terme « investisseur » désigne :

a) les « nationaux », c'est-à-dire toute personne physique qui, selon la législation du Royaume de Belgique, du Grand-Duché de Luxembourg ou de la République de Madagascar est considérée comme citoyen du Royaume de Belgique, du Grand-Duché de Luxembourg ou de la République de Madagascar respectivement ;

b) les « sociétés », c'est-à-dire toute personne morale constituée conformément à la législation du Royaume de Belgique, du Grand-Duché de Luxembourg ou de la République de Madagascar et ayant son siège social sur le territoire du Royaume de Belgique, du Grand-Duché de Luxembourg ou de la République de Madagascar respectivement.¹⁵⁰

161. En ce qui concerne les personnes physiques, il n'est pas contesté que, si les critères de nationalité posés à l'article 1(2)(a) du TBI sont remplis, la condition de nationalité au regard de l'article 25 de la Convention CIRDI est également satisfaite.

162. En revanche, les Parties sont en désaccord sur l'articulation entre le TBI et la Convention CIRDI au sujet des personnes morales. La Défenderesse affirme que le TBI définit seulement l'investisseur et pas le « national » ou ressortissant d'un État, que ces deux notions ne sont pas équivalentes, et que la nationalité exigée par la Convention CIRDI doit donc être définie « à l'aune du droit national dont la nationalité est revendiquée ». ¹⁵¹ Les Demandeurs rejettent cette approche et prétendent que les critères établis par le TBI pour définir un investisseur « doivent être considérés comme décisifs pour déterminer si la condition de nationalité exprimée à l'article 25(2)(b) de la Convention CIRDI est satisfaite en l'espèce ». ¹⁵²

¹⁵⁰ Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la République de Madagascar concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements du 29 septembre 2005, Article 1(2) (RL-1).

¹⁵¹ Contre-mémoire, § 371 ; Duplique, § 350.

¹⁵² Réplique, § 272.

163. Il est constant que les auteurs de la Convention CIRDI n'ont pas défini le critère de « nationalité » de l'article 25.¹⁵³ La jurisprudence et la doctrine majoritaires estiment qu'à l'intérieur des limites objectives posées par l'article 25, les Parties contractantes sont libres de fixer les critères de nationalité des investisseurs dans l'instrument contenant leur consentement à l'arbitrage CIRDI, tels qu'un contrat, une loi ou traité sans qu'il y ait lieu de renvoyer au droit interne de l'État dont la nationalité est en cause.¹⁵⁴ Une minorité de sentences contrôle au contraire le critère de nationalité posé à l'article 25 par référence au droit national de cet État.¹⁵⁵ Cette division se retrouve en particulier s'agissant des sentences rendues en application de traités conclus par l'Union belgo-luxembourgeoise.¹⁵⁶
164. Comme il a été rappelé dans la sentence *Orascom*,¹⁵⁷ Aron Broches, conseiller juridique de la Banque mondiale lors de l'élaboration de la Convention CIRDI, dont il est le principal artisan, s'exprimait ainsi sur les limites de la compétence et l'autonomie des parties à l'intérieur du périmètre ainsi fixé :

The purpose of [Article 25(2)(b)], as well as of Article 25(1), is to indicate the outer limits within which disputes may be submitted to conciliation or arbitration under the auspices of the Centre with the consent of the parties thereto. Therefore the parties should be given the widest possible latitude to agree on the meaning of 'nationality' and any stipulation of nationality made in connection with a conciliation or

¹⁵³ *The Rompetrol Group N.V. c. Roumanie*, Affaire CIRDI n° ARB/06/3, Décision sur la compétence et la recevabilité, 28 avril 2008, § 80 (RL-105) (« As ICSID tribunals and commentators have regularly observed, the drafters of the Convention abandoned efforts to define 'nationality' for the purposes of Article 25, and instead left the States Parties wide latitude to agree on the criteria by which nationality would be determined »).

¹⁵⁴ *Capital Financial Holdings Luxembourg S.A. c. République du Cameroun*, Affaire CIRDI n° ARB/15/18, Sentence, 22 juin 2017, § 281 (DL-13 et RL-101) (« *Capital Financial Holdings c. Cameroun* ») ; *Orascom c. Algérie*, § 266 (RL-97) (« Ce 'meaning of nationality' est convenu dans l'instrument établissant le consentement à la compétence du Centre (que ce soit un contrat, une loi interne ou un traité d'investissement) ») ; *Tenaris c. Venezuela*, § 196 (DL-43).

¹⁵⁵ *Abaclat et al. c. République argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/5, Décision sur la compétence et la recevabilité, 4 août 2011, § 257 (DL-45) (« Article 25(2) however, does not provide for a definition of the concept of nationality, which is according to general principles of international law left to the law of the State of which nationality is claimed »).

¹⁵⁶ Ainsi les deux affaires *Tenaris* et *Orascom* se rallient à la majorité, alors que *Capital Financial Holdings* adopte le point de vue minoritaire. *Tenaris c. Venezuela*, § 196 (DL-43) ; *Tenaris S.A. et Talta-Trading e Marketing Sociedade Unipessoal LDA c. République bolivarienne du Venezuela*, Affaire CIRDI n° ARB/12/23, Sentence, 12 décembre 2016, § 175 ; *Orascom c. Algérie*, § 266 (RL-97) ; *Capital Financial Holdings c. Cameroun*, §§ 210-211 (DL-13 et RL-101).

¹⁵⁷ *Orascom c. Algérie*, § 265 (RL-97).

*arbitration clause which is based on a reasonable criterion should be accepted.*¹⁵⁸

165. C'est dire que tout critère de nationalité choisi par les parties au traité respectera l'article 25 dans la mesure où il s'avère raisonnable, à savoir qu'il ne prive pas la notion de nationalité de son sens.¹⁵⁹
166. Le Tribunal aurait plutôt tendance à adopter la position de la majorité et à se contenter d'appliquer les critères du TBI sans y ajouter les conditions de nationalité du droit interne. Cela dit la question peut rester ouverte. En effet, (DS)2 remplit tant les exigences du TBI que celles du droit luxembourgeois, comme il sera démontré plus loin. Auparavant le Tribunal aborde l'exception d'incompétence liée à la nationalité des frères de Sutter.

ii. Application des conditions aux frères de Sutter

167. La Défenderesse soutient que les frères de Sutter ne sont pas des investisseurs car ils ne démontrent pas qu'ils étaient actionnaires dans (DS)2 au moment des faits litigieux et de l'introduction de l'instance arbitrale. Elle prétend ensuite que les actions au porteur ne lui seraient pas opposable.
168. Ces objections ne visent pas la nationalité ou la compétence *ratione personae*, mais bien la qualité d'investisseur, à savoir la compétence matérielle. Elles seront examinées dans ce contexte.
169. Concernant la nationalité des frères de Sutter, qui est dès lors incontestée, il suffit de constater que ces derniers sont citoyens du Royaume de Belgique depuis leur naissance et qu'il ne ressort pas du dossier qu'ils aient une autre nationalité, notamment celle de Madagascar. M. Peter de Sutter est né le 11 janvier 1966 à Tielt, Belgique et est détenteur d'un passeport belge.¹⁶⁰ Son frère Kristof est né le 28 avril

¹⁵⁸ Aron Broches, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, 136 Recueil des Cours 331 (1972-II), pp. 360-361.

¹⁵⁹ *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. République bolivarienne du Venezuela*, Affaire CIRDI n° ARB/00/5, Décision sur la compétence, 27 septembre 2001, § 99 (RL-107) (« *As a result, to determine whether these objective requirements are met in a given case, one needs to refer to the parties' own understanding or definition. As long as the criteria chosen by the parties to define these requirements are reasonable, i.e. as long as the requirements are not deprived of their objective significance, there is no reason to discard the parties' choice* »).

¹⁶⁰ Copie d'un extrait du passeport de M. Peter de Sutter du 27 mars 2017 (R-2) ; Attestation de la commune de Dilbeek, Belgique concernant la nationalité belge et la résidence de M. Peter de Sutter et traduction française certifiée et légalisée du 10 janvier 2014 (R-174).

1970 dans la même location et est également détenteur d'un passeport belge.¹⁶¹ Quant à la résidence ou au domicile, ils sont sans pertinence pour établir la nationalité. Cela étant, Peter de Sutter a confirmé résider en Belgique.¹⁶²

170. Dans ces circonstances, le Tribunal estime que les frères de Sutter remplissent les conditions de nationalité du TBI et de la Convention CIRDI.

iii. Application des conditions à la société (DS)2

171. Le Tribunal analysera d'abord l'application des critères du TBI et ensuite ceux du droit luxembourgeois.
172. Selon l'article 1(2)(b) du TBI, en ce qui concerne les « sociétés », le terme « investisseur » désigne « toute personne morale constituée conformément à la législation du Royaume de Belgique, du Grand-Duché de Luxembourg ou de la République de Madagascar et ayant son siège social sur le territoire du Royaume de Belgique, du Grand-Duché de Luxembourg ou de la République de Madagascar respectivement ».
173. Cette disposition établit donc deux critères cumulatifs, à savoir (i) la constitution et (ii) le siège social. Le premier renvoie au droit national, en l'espèce le droit luxembourgeois, alors que le second ne fait pas état d'un tel renvoi.
174. Il n'est pas contesté que (DS)2 satisfait le premier critère, à savoir qu'elle a été « constituée conformément à la législation » du Grand-Duché de Luxembourg. En effet, (DS)2 a été constituée le 19 novembre 1992 et inscrite le 28 décembre 1992 au registre de commerce et des sociétés du Luxembourg (n° d'immatriculation B42257) en tant que société anonyme.¹⁶³

¹⁶¹ Copie d'un extrait du passeport de M. Kristof de Sutter, 27 mars 2017 (R-3) ; Attestation de la commune de Dilbeek, Belgique concernant la nationalité belge et la résidence de M. Kristof de Sutter et traduction française certifiée et légalisée du 8 janvier 2014 (R-175).

¹⁶² Tr. (Jour 2), 14 :32-35 (Ben Hamida, De Sutter) (« [Question :] Et vous [résidez] à Luxembourg, Monsieur de Sutter ? [Réponse :] Non, je suis belge. [Question :] Belge, mais [vous résidez] où ? [Réponse :] En Belgique »).

¹⁶³ Extrait du Registre du Commerce et des Sociétés relatifs à la Société Anonyme (DS)2 du 2 mai 2017 (R-1) ; Acte de constitution de la société anonyme PGM& F (devenue par la suite (DS)2) du 19 novembre 1992 (R-176).

175. Les Parties s'opposent en revanche à propos du critère du siège social. Pour la Défenderesse, « siège social » signifie « siège réel », alors que les Demandeurs y voient le « siège statutaire ». ¹⁶⁴
176. Le terme « siège social » dans des traités bilatéraux conclus par l'Union belgo-luxembourgeoise n'a pas reçu d'interprétation uniforme à ce jour. Comme l'avait souligné la sentence *Orascom*, le sens ordinaire du terme « siège social » n'est pas univoque. On peut entendre par « siège social » le « siège statutaire » (le droit luxembourgeois établissant d'ailleurs une présomption dans ce sens) ou le « siège réel » ou « effectif ». ¹⁶⁵ Sur la base d'une étude comparée des traités d'investissement conclus par l'Union belgo-luxembourgeoise, de l'usage du terme « *registered office* » dans la version anglaise de nombre important de ces traités, et des *travaux préparatoires* du traité en question, le tribunal était arrivé à la conclusion que le terme « siège social » correspondait au « siège statutaire ».
177. Dans *Tenaris*, le tribunal avait considéré au contraire que le « siège social » visait le lieu où la société en question était effectivement administrée, parce qu'il fallait donner un sens au premier critère de l'immatriculation. ¹⁶⁶ Il avait ensuite identifié quatre facteurs pour déterminer le « siège social », à savoir le lieu (i) des assemblées générales d'actionnaires et des réunions du conseil d'administration au Luxembourg, (ii) des registres sociaux et livres comptables, (iii) des réviseurs aux comptes, (iv) et du seul bureau de la société. ¹⁶⁷ Cela dit, le tribunal avait considéré que le test du siège réel devait être souple et prendre en compte la nature de la société, les sociétés *holding* ayant par définition des activités très limitées. ¹⁶⁸
178. Appliquant le droit luxembourgeois, ¹⁶⁹ le tribunal dans l'affaire *Capital Financial Holdings c. Cameroun* a également retenu le critère du siège réel. ¹⁷⁰

¹⁶⁴ Statuts coordonnés de la société anonyme (DS)2 du 9 janvier 2014, Article 2 (R-177) (« Le siège de la société est établi à Strassen ») ; Statuts de (DS)2 S.A. datant du 9 août 2011, Article 2 (D-56) (« Le siège de la société est établi à Strassen »).

¹⁶⁵ *Orascom c. Algérie*, § 273 (RL-97).

¹⁶⁶ *Tenaris c. Venezuela*, § 150 (DL-43).

¹⁶⁷ *Tenaris c. Venezuela*, §§ 207-216 (DL-43).

¹⁶⁸ *Tenaris c. Venezuela*, §§ 198-200 (DL-43).

¹⁶⁹ *Capital Financial Holdings c. Cameroun*, §§ 210-211 (DL-13 et RL-101).

¹⁷⁰ *Capital Financial Holdings c. Cameroun*, §§ 232-233 (DL-13 et RL-101).

179. Quel que soit l'intérêt de ce débat, il ne semble pas indispensable de le trancher ici. En effet, (DS)2 a son siège social au Luxembourg qu'il s'agisse du « siège statutaire » ou du « siège réel », comme il ressort de l'examen qui suit.
180. Tout d'abord, il est incontesté que (DS)2 a son siège statutaire au Luxembourg. Cela découle de l'acte de constitution de (DS)2 du 19 novembre 1992, de l'extrait du registre du commerce et des sociétés, ainsi que des statuts de (DS)2 du 9 août 2011 et des statuts coordonnés de (DS)2 du 9 janvier 2014.¹⁷¹
181. Ensuite, si le TBI exigeait un siège réel, il conviendrait de faire appel aux divers facteurs d'appréciation examinés plus haut.
182. Il faut tout d'abord rappeler que (DS)2 est une société *holding*, à savoir une entité dont le but social est la prise de participations dans d'autres sociétés. C'est dire que ses activités sont limitées à la gestion de ses participations. Le but social est décrit comme suit dans les statuts :

La société a pour objet la prise de participations, sous quelque forme que ce soit, dans d'autres sociétés luxembourgeoises et étrangères et toutes autres formes de placements, l'acquisition par achat, souscription ou de toute autre manière, ainsi que l'aliénation par vente, échange ou de toute autre manière de titres, obligations, créances, billets et autres valeurs de toutes espèces, l'administration, le contrôle et le développement de telles participations.¹⁷²

183. Tout en gardant la nature de *holding* à l'esprit, il faut examiner les quatre facteurs déterminant le siège réel. Ces facteurs ont été utilisés par les tribunaux *Tenaris*, *Capital Financial Holding* et *Orascom* (à titre subsidiaire),¹⁷³ et le Tribunal les reprend car ils semblent propres à localiser le siège effectif d'une entreprise.
184. Le premier facteur vise le lieu de tenue des assemblées générales et des séances du conseil d'administration. Les Demandeurs ont communiqué de nombreux documents attestant du fait que les assemblées générales (annuelles, extraordinaires ou exceptionnelles) ont eu lieu au Luxembourg entre 1994 et 2006 et entre 2011 et

¹⁷¹ Acte de constitution de la société anonyme PGM& F (devenue par la suite (DS)2) du 19 novembre 1992, Article 2 (R-176) ; Extrait du Registre du Commerce et des Sociétés relatifs à la Société Anonyme (DS)2 du 2 mai 2017, p. 1 (R-1) ; Statuts de (DS)2 S.A. datant du 9 août 2011, Article 2 (D-56) ; Statuts coordonnés de la société anonyme (DS)2 du 9 janvier 2014, Article 2 (R-177).

¹⁷² Statuts de (DS)2 S.A. datant du 9 août 2011, Article 4 (D-56) ; Statuts coordonnés de la société anonyme (DS)2 du 9 janvier 2014, Article 4 (R-177).

¹⁷³ *Tenaris c. Venezuela*, §§ 207-223 (DL-43) ; *Capital Financial Holdings c. Cameroun*, § 235 (DL-13 et RL-101) ; *Orascom c. Algérie*, § 322 (RL-97). Voir aussi : *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 42, § 71.

2018.¹⁷⁴ Le dossier démontre aussi que le conseil d'administration siégeait au Luxembourg.¹⁷⁵ Quant aux autres facteurs (services comptables, administratifs, révision des comptes), Peter de Sutter a insisté que la comptabilité avait « toujours été centralisée au Luxembourg », tout en ajoutant que c'est aussi là que les commissaires aux comptes accomplissaient leur mission.¹⁷⁶ Le dossier corrobore en effet que les rapports des commissaires aux comptes ont été établis au Luxembourg.¹⁷⁷ Par exemple, la société Euraudit Sàrl, domiciliée au Luxembourg, a établi les rapports pour les années 2000, 2001, 2004, 2005 et 2006, et le commissaire Paul Janssens, domicilié à Strassen au Luxembourg, a fait de même pour les années 2011 à 2016.¹⁷⁸

185. Sur cette base, le Tribunal arrive à la conclusion que (DS)2 a son siège aussi bien statutaire que réel au Luxembourg, satisfaisant ainsi aux exigences du Traité. Cela

¹⁷⁴ Procès-verbal de l'assemblée générale annuelle de la PGM&F du 27 mai 1994 (R-47) ; Procès-verbal de l'assemblée générale annuelle de PGM&F du 14 mai 1995 (R-280) ; Procès-verbal de l'assemblée générale annuelle de PGM&F du 14 août 1996 (R-48) ; Procès-verbal de l'assemblée générale annuelle de PGM&F du 6 mai 1999 (R-90) ; Procès-verbal d'assemblée générale extraordinaire de PGM&F tenue devant le Notaire Christine Doerner du 12 août 1999 (R-281) ; Procès-verbal de l'assemblée générale annuelle de PGM&F du 12 juillet 2000 (R-261) ; Procès-verbal de l'assemblée générale annuelle de PGM&F du 19 mars 2001 (R-262) ; Procès-verbal de l'assemblée générale annuelle de PGM&F du 14 août 2002 (R-263) ; Procès-verbal de l'assemblée générale annuelle de PGM&F du 18 juin 2003 (R-282) ; Procès-verbal de l'assemblée générale annuelle de PGM&F du 26 mai 2004 (R-265 et R-283) ; Procès-verbal de l'assemblée générale annuelle de PGM&F du 12 septembre 2005 (R-266 et R-284) ; Procès-verbal de l'assemblée générale annuelle de PGM&F du 14 mai 2006 (R-285) ; Procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire de la SA (DS)2 (anciennement dénommée « PGM&F ») du 15 juillet 2011 (R-91) ; Procès-verbal de l'assemblée générale ordinaire de la SA (DS)2 du 14 mai 2012 (R-92) ; Procès-verbal de l'assemblée générale annuelle de (DS)2 du 14 mai 2013 (R-270 et R-286) ; Procès-verbal de l'assemblée générale de la SA (DS)2 du 30 septembre 2014 (R-49) ; Procès-verbal de l'assemblée générale de (DS)2 du 27 janvier 2015 (R-272) ; Procès-verbal de l'assemblée générale annuelle de (DS)2 du 12 août 2015 (R-288) ; Procès-verbal de l'assemblée générale annuelle de (DS)2 du 4 juillet 2016 (R-273 et R-289) ; Procès-verbal de l'assemblée générale de (DS)2 du 19 juin 2017 (R-274) ; Procès-verbal de l'assemblée générale de (DS)2 du 17 mai 2018 (R-275).

¹⁷⁵ Procès-verbal de l'assemblée générale annuelle de PGM&F du 12 juillet 2000, p. 11 : Rapport du conseil d'administration du 30 mai 2000 à l'assemblée générale de PGM&F (R-261) ; Procès-verbal de l'assemblée générale annuelle de PGM&F du 19 mars 2001, p. 11 : Rapport du conseil d'administration à l'assemblée générale de PGM&F du 23 janvier 2001 (R-262) ; Rapport du conseil d'administration à l'assemblée générale de PGM&F pour l'exercice clos le 31 mars 2003 (R-264) ; Rapport du conseil d'administration de PGM&F sur les comptes annuels au 31 mars 2004 (R-331) ; Procès-verbal du conseil d'administration de (DS)2 du 3 octobre 2011 (R-268) ; Rapport de gestion du conseil d'administration à l'assemblée générale statutaire de (DS)2 du 14 avril 2012 (R-269) ; Procès-verbal du conseil d'administration de (DS)2 du 28 février 2014 (R-271) ; Procès-verbal de l'assemblée générale de (DS)2 du 27 janvier 2015 (R-272).

¹⁷⁶ Déclaration de témoin de Peter de Sutter du 8 février 2019, § 51.

¹⁷⁷ Compilation des rapports du Commissaire aux comptes (2000 à 2016) (R-276) ; Rapport du commissaire aux comptes et comptes annuels PGM&F au 31 mars 2003 (R-339) ; Rapport du commissaire aux comptes de la SA (DS)2 sur l'exercice arrêté au 31 décembre 2017 du 17 mai 2018 (R-277).

¹⁷⁸ Compilation des rapports du Commissaire aux comptes (2000 à 2016) (R-276).

étant, il est vrai que la Défenderesse a soulevé divers arguments contraires qu'il incombe au Tribunal d'examiner avant d'arriver à une conclusion définitive.

186. Madagascar a d'abord invoqué qu'il n'y avait pas eu d'assemblée générale et de rapport du commissaire aux comptes entre 2007 et 2011. Interrogé à ce sujet, Peter de Sutter a expliqué que les années 2009 à 2011 avaient été une période difficile marquée par la destruction de l'usine de PGM et la mort de ses parents en janvier 2009 et octobre 2010, « tous deux après des longues maladies ». Il avait donc dû « gérer les priorités ».¹⁷⁹ À cela ce serait ajouté un malentendu entre lui et le liquidateur de Polo Group SA sur la gestion de la filiale (DS)2.¹⁸⁰ M. de Sutter a enfin relevé à l'Audience que dès qu'il s'était aperçu que ni le liquidateur de Polo Group SA, ni les autres administrateurs de (DS)2 n'avaient correctement géré (DS)2, il avait pris les mesures nécessaires pour régulariser la situation de (DS)2 en 2011 :

Dr Ben Hamida.- Quelles sont les raisons de régularisation donc de (DS)2 après cette période de pause ?

M. P. de Sutter.- Je pense que c'est évident. Quand un dirigeant se rend compte que c'est vrai, que des aspects administratifs importants n'ont pas été faits, c'est de mon devoir de les régler, ce que j'ai fait dès que j'ai constaté cette situation.¹⁸¹

187. Le procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire du 15 juillet 2011 confirme que des mesures ont été prises. Ainsi, le mandat des administrateurs (à l'exception de Peter de Sutter) et celui du commissaire aux comptes ont été révoqués avec effet immédiat « sans leur donner décharge pour l'exécution de leurs mandats »,¹⁸² et de nouveaux administrateurs et commissaire aux comptes ont été nommés.¹⁸³ Le procès-verbal mentionne d'ailleurs que « [l']assemblée constate que les administrateurs et le commissaire aux comptes sortant n'ont pas remis leurs rapports respectifs relatifs aux années comptables clôturant le 31 décembre 2007, le 31 mars 2008, le 31 mars 2009 et le 31 mars 2010 » et qu' « [a]ucune décharge ne leur est donc accordée pour l'exécution de leurs mandats pendant la période 2006 à 2011 ». ¹⁸⁴ Le procès-verbal

¹⁷⁹ Déclaration de témoin de Peter de Sutter du 8 février 2019, §§ 47-49.

¹⁸⁰ Déclaration de témoin de Peter de Sutter du 8 février 2019, § 51.

¹⁸¹ Tr. (Jour 2), 13 :43-14 :3 (Ben Hamida, De Sutter).

¹⁸² Procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire de la SA (DS)2 (anciennement dénommée « PGM&F ») du 15 juillet 2011, sixième résolution (R-91).

¹⁸³ Procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire de la SA (DS)2 (anciennement dénommée « PGM&F ») du 15 juillet 2011, septième à neuvième résolutions (R-91).

¹⁸⁴ Procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire de la SA (DS)2 (anciennement dénommée « PGM&F ») du 15 juillet 2011, dixième résolution (R-91).

fait enfin état de l'approbation des comptes annuels pour les années 2007 à 2011 « sur la base des bilans respectifs établis par le nouveau conseil d'administration », des copies de ces bilans ayant été signés par un notaire.¹⁸⁵

188. Sur la base de ces faits, on ne saurait retenir que la société (DS)2 n'a pas existé entre 2007 et 2011. Le Tribunal n'a pas de raison de douter des propos de M. de Sutter. Tout laisse en effet à croire que la gestion de (DS)2 a été délaissée temporairement en raison des circonstances relatées et que la situation a été régularisée depuis lors. Pour ces motifs, le Tribunal ne suivra pas la thèse de la Défenderesse que (DS)2 serait une société « à la limite fictive ».
189. Selon Madagascar, les divers changements d'adresse de (DS)2 seraient suspects. Or, le fait que le siège statutaire ait changé à plusieurs reprises est sans pertinence ici dans la mesure où il est toujours resté au Luxembourg. Il en va de même de changements d'adresse avec effet rétroactif. Le Tribunal ne voit pas non plus l'incidence du changement de nom de PGM&F à (DS)2, faute d'obligation de notification d'un tel changement.
190. La Défenderesse critique aussi le fait que deux des trois administrateurs de (DS)2 résidaient en Belgique et que Peter de Sutter contrôlait en fait (DS)2. Elle semble d'avis que ces faits portent atteinte à la nationalité de la société. Tel n'est pas le cas. Comme l'a dit le tribunal dans l'affaire *Soabi c. Sénégal*, « la nationalité des actionnaires ou le contrôle exercé par des étrangers autrement qu'en raison de leur participation au capital » n'est pas un critère pour la nationalité d'une société.¹⁸⁶ Il en va à plus forte raison ainsi de la résidence ou du domicile des administrateurs. Si Madagascar entendait suggérer que (DS)2 serait une société belge, cela serait non seulement inexact, mais encore sans effet sur la compétence, puisqu'elle resterait couverte par le TBI, qui lie tant la Belgique que le Luxembourg.
191. Enfin, le Tribunal ne peut faire droit aux allégations de la Défenderesse selon lesquelles « plusieurs indices présumant l'abus ». Il n'y a pas d'élément au dossier indiquant que les frères de Sutter auraient structuré leur investissement de manière à bénéficier de la protection du TBI pour les besoins de la présente procédure. Comme le relèvent les Demandeurs, (DS)2 a été « créée au Luxembourg il y a 26 ans, soit 9 ans avant que

¹⁸⁵ Procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire de la SA (DS)2 (anciennement dénommée « PGM&F ») du 15 juillet 2011, onzième résolution (R-91).

¹⁸⁶ *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels c. République du Sénégal*, Affaire CIRDI n° ARB/82/1, Décision sur le déclinatoire de compétence soulevé par le Gouvernement du Sénégal, 19 juillet 1984, § 29.

[le prétendu] investissement à Madagascar ne soit réalisé, 13 ans avant que le Traité ne soit signé et 17 ans avant que la première violation du Traité invoqué par les Requérants ne soit commise par la Défenderesse ». ¹⁸⁷

192. En conséquence, les arguments de Madagascar ne sont pas susceptibles de modifier la conclusion préalable à laquelle le Tribunal est parvenu. Il en découle que (DS)2 est un investisseur protégé au sens de l'article 1(2)(b) du TBI. Pour les raisons exposées plus haut, le Tribunal examinera encore si (DS)2 a la nationalité luxembourgeoise selon le droit national.

193. La loi luxembourgeoise du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, modifiée en 2017, prévoit à son article 100-2 que :

Le domicile de toute société commerciale est situé au siège de l'administration centrale de la société. L'administration centrale d'une société est présumée, jusqu'à preuve du contraire, coïncider avec le lieu du siège statutaire de la société. ¹⁸⁸

194. Comme l'analyse qui précède l'a montré, l'administration centrale de (DS)2 a toujours été située au Luxembourg, de sorte que le domicile de la société s'y trouve aussi. En vertu de l'article 1300-2 de la loi de 1915, le domicile entraîne la nationalité :

Lorsqu'une société a son domicile au Grand-Duché de Luxembourg, elle est de nationalité luxembourgeoise et la loi luxembourgeoise lui est pleinement appliquée. ¹⁸⁹

195. Il en ressort que (DS)2 a la nationalité luxembourgeoise en vertu du droit luxembourgeois.

196. En conclusion, les frères de Sutter et (DS)2 sont des investisseurs protégés au sens de l'article 1(2)(b) du TBI et de l'article 25 de la Convention CIRDI. Les objections *ratione personae* de la Défenderesse sont par conséquent rejetées.

¹⁸⁷ Les notes de bas page ont été omises. Réplique, § 248.

¹⁸⁸ Loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, version consolidée au 31 décembre 2017 (Luxembourg), Article 100-2 (RL-99).

¹⁸⁹ Loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, version consolidée au 31 décembre 2017 (Luxembourg), Article 1300-2 (RL-99).

2. Objections *ratione materiae*

a. Positions des Parties

i. Position de la Défenderesse

197. Madagascar fait valoir que les Demandeurs n'ont pas réalisé d'investissement au sens du TBI et de la Convention CIRDI. Les éléments d'investissement invoqués par les Demandeurs, à savoir l'usine et ses composantes mobilières et immobilières, les actions détenues par les Demandeurs dans PGM, le contrat d'assurance, et le *goodwill*, ne seraient pas des investissements selon la Convention CIRDI.¹⁹⁰ Les Demandeurs n'auraient pas prouvé avoir fait un apport s'agissant de l'usine¹⁹¹ et des actions ; ils n'auraient pas non plus établi encourir un risque et obtenir un revenu. Quant à la police d'assurance, elle constituerait un contrat commercial non susceptible de tomber dans le champ de la Convention CIRDI.¹⁹² Enfin, le prétendu *goodwill* n'aurait pas été étayé et devrait être écarté.
198. La Défenderesse soutient encore que les investissements indirects ne sont pas couverts par la Convention CIRDI, laquelle exclut tout recours direct des actionnaires d'une société locale contre l'État-hôte.¹⁹³ Or, les frères de Sutter n'avaient pas la qualité d'actionnaires de (DS)2 au moment des faits litigieux,¹⁹⁴ et les cessions d'actions conclues par Kristof de Sutter suscitent des « interrogations » et « doutes ».¹⁹⁵ Quant à Peter de Sutter, il ne détenait qu'une seule action dans (DS)2 lors de la création de la société. Par ailleurs, il ne serait pas possible de vérifier la qualité d'actionnaires des deux frères, faute de preuve de paiement pour l'acquisition des actions.¹⁹⁶ Madagascar affirme aussi que les actions au porteur ne lui sont pas opposables, car leurs titulaires ne seraient pas identifiables et « vivaient cachés ».¹⁹⁷ Enfin, Madagascar conteste que Peter de Sutter soit détenteur d'actions dans PGM car les comptes annuels de (DS)2

¹⁹⁰ Contre-Mémoire, § 442.

¹⁹¹ Contre-Mémoire, § 444.

¹⁹² Contre-Mémoire, § 484.

¹⁹³ Contre-Mémoire, § 525.

¹⁹⁴ Contre-Mémoire, § 381.

¹⁹⁵ Contre-Mémoire, §§ 381-383.

¹⁹⁶ Contre-Mémoire, § 388.

¹⁹⁷ Contre-Mémoire, §§ 391-394.

entre 2008 et 2011 et sa déclaration fiscale de 2011 indiquent que cette dernière détenait PGM à 100%.¹⁹⁸

199. La Défenderesse invoque enfin l'illégalité du prétendu investissement en raison de violation du droit des sociétés et du droit pénal de Madagascar. Plus spécifiquement, l'illégalité de l'investissement résulterait de « l'incompatibilité de l'augmentation du capital par des apports en nature » avec le droit malgache, ainsi que de l'absence de rapports de gestion et de l'absence de désignation d'un commissaire aux comptes.¹⁹⁹ Celle-ci impliquerait la nullité de toutes les délibérations adoptées par PGM tout comme des sanctions pénales sous forme d'amendes.²⁰⁰

ii. Position des Demandeurs

200. Les Demandeurs répondent que les arguments soulevés par la Défenderesse sont « juridiquement et factuellement » infondés.²⁰¹ Ils affirment que leur investissement est constitué d'un ensemble d'actifs comprenant (i) les actions dans PGM, (ii) les biens meubles et immeubles constituant l'usine de Mahajanga, (iii) le contrat d'assurance, et (iv) le *goodwill* lié à l'activité de l'usine.²⁰²
201. Pour les Demandeurs, leur investissement est conforme aux critères dégagés dans la jurisprudence du CIRDI. Ils invoquent à cet égard le principe de l'unité de l'investissement qu'il faut envisager comme une « opération économique globale, constituée d'un ensemble d'éléments ». ²⁰³ Ainsi, les biens immobiliers et mobiliers attachés à l'usine constituent la « matérialisation la plus évidente et le support physique nécessaire », les actions détenues dans PGM le « véhicule juridique indispensable », le contrat d'assurance une transaction commerciale « nécessaire pour prémunir » l'investissement d'une partie du risque, et le *goodwill* la « valeur incorporelle » de PGM.²⁰⁴
202. Par ailleurs, les Demandeurs attirent l'attention sur l'article 1(1) du TBI, qui inclut les actions, parts sociales et toute autre forme de participations dans la définition d'un

¹⁹⁸ Contre-Mémoire, §§ 395-398, 432.

¹⁹⁹ Soulignement dans l'original omis. Contre-Mémoire, § 508.

²⁰⁰ Contre-Mémoire, §§ 512-513.

²⁰¹ Réplique, § 294.

²⁰² Mémoire, §§ 197-224 ; Réplique, § 285.

²⁰³ Réplique, §§ 390-391.

²⁰⁴ Réplique, § 395.

investissement. Or, ils détiendraient 100% du capital social de PGM. (DS)2 et Peter de Sutter seraient actionnaires directs et les deux frères actionnaires indirects du fait de leur actionariat dans (DS)2.²⁰⁵ Plus précisément, selon les Demandeurs, (DS)2 était actionnaire direct à 99,99% tant au moment de la destruction de l'usine qu'au jour de l'introduction de l'instance.²⁰⁶ Quant à Peter de Sutter, il a toujours détenu 10 actions dans PGM, et le fait que sa participation soit inférieure à 0,01% serait sans pertinence pour la compétence.

203. De surcroît, les Demandeurs contestent l'argument d'illégalité au regard du droit malgache. Plus spécifiquement, l'absence de rapports de gestion ou de désignation d'un commissaire aux comptes s'explique par les difficultés financières au courant de 2008 et par la destruction de l'usine en 2009.²⁰⁷ Par ailleurs, le droit malgache n'interdit pas l'augmentation de capital sous forme d'apports en nature au cours de la vie sociale ; le droit exige seulement que les parts sociales correspondant à des apports en nature soient entièrement libérées au moment de la constitution de la société.²⁰⁸ Il ne s'agit en tout état de cause pas de contrariétés à des règles fondamentales du droit malgache pouvant priver l'investissement de la protection du Traité.²⁰⁹
204. Enfin, les Demandeurs précisent surtout que la conformité de l'investissement au droit interne au sens des articles 2(1) et 14 du TBI s'apprécie au moment de l'admission ou de la réalisation de l'investissement²¹⁰ et que les prétendues illégalités sont postérieures à cette date.

b. Analyse

205. L'article 1(1) du TBI contient une définition large de l'investissement :

[T]out élément d'actif quelconque et tout apport direct ou indirect en numéraire, en nature ou en services, investi ou réinvesti dans tout secteur d'activité économique, quel qu'il soit.

²⁰⁵ Mémoire, §§ 205-211 ; Réplique, § 296.

²⁰⁶ Réplique, § 297.

²⁰⁷ Réplique, §§ 425, 430.

²⁰⁸ Réplique, § 428.

²⁰⁹ Réplique, § 432.

²¹⁰ Réplique, § 418.

206. La même disposition énumère ensuite les types d'actifs considérés comme des investissements, ce de manière non exhaustive :

Sont considérés notamment, mais non exclusivement, comme des investissements au sens du présent Accord :

a) les biens meubles et immeubles ainsi que tous autres droits réels tels qu'hypothèques, privilèges, gages, usufruit et droits similaires ;

b) les actions, parts sociales et toutes autres formes de participations, même minoritaires ou indirectes, dans le capital de sociétés constituées sur le territoire de l'une des Parties contractantes ;

c) les obligations, créances et droits à toutes prestations ayant une valeur économique ;

d) les droits d'auteur, les droits de propriété industrielle, les procédés techniques, les noms déposés et le « goodwill » ;

e) les concessions de droit public ou contractuelles, notamment celles relatives à la prospection, la culture, l'extraction ou l'exploitation de ressources naturelles.

207. L'article 1(1) précise enfin que :

Aucune modification de la forme juridique dans laquelle les avoirs et capitaux ont été investis ou réinvestis n'affectera leur qualité d'investissements au sens du présent Accord à condition que cette modification ne soit pas contraire à la législation de la Partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement est réalisé.²¹¹

208. La Défenderesse soutient que, pour répondre à la définition d'un investissement, les actifs et apports directs ou indirects doivent être investis ou réinvestis dans un secteur d'activité économique. Le Tribunal ne partage pas cette lecture du premier paragraphe de l'article 1(1). D'un point de vue grammatical, les mots « investi ou réinvesti » sont au singulier ; ils ne qualifient par conséquent que le terme « apport direct ou indirect ». S'ils qualifiaient aussi le terme « élément d'actif », ils seraient utilisés au pluriel. Le contexte confirme cette lecture, comme le montre l'emploi du pluriel « investis ou réinvestis » au dernier paragraphe de l'article 1(1) pour se référer aux avoirs et capitaux. En réalité, la Défenderesse semble confondre actif et apport. L'apport (« en numéraire, en nature ou en services ») est investi (ou réinvesti), l'investissement se

²¹¹ Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la République de Madagascar concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements du 29 septembre 2005, Article 1(1) (RL-1).

matérialisant sous la forme d'actifs, actions, biens meubles et immeubles et autres catégories.

209. Le Tribunal ne peut pas non plus suivre l'argument de la Défenderesse selon lequel seul l'« actif investi » qui génère un revenu peut constituer un investissement.²¹² L'article 1(1) n'érige pas la production d'un revenu comme condition. À quoi l'on pourrait objecter qu'il s'agit d'une exigence découlant de la définition donnée par la jurisprudence arbitrale du terme « investissement » figurant à l'article 25 de la Convention CIRDI ou d'une composante inhérente à la notion d'investissement. L'objection serait erronée. La génération d'un revenu ou profit constitue le but d'un investissement et la conséquence si l'opération réussit. Il s'agit d'une expectative pas d'une condition d'existence.²¹³
210. Madagascar argumente aussi que la protection du TBI s'étend uniquement aux actifs détenus directement par les Demandeurs. De ce fait, ces derniers ne pourraient invoquer les actifs détenus par PGM, alors que les Demandeurs ont identifié comme investissements protégés : les actions de PGM, l'usine et ses biens meubles, le contrat d'assurance et le *goodwill*. Cette question peut rester ouverte. En effet, comme il sera démontré plus loin, les Demandeurs sont les actionnaires de PGM. Or, l'article 1(1) du Traité compte parmi les investissements protégés la détention, même indirecte ou minoritaire, d'actions ou autres formes de participation dans des sociétés. Dès lors, sous réserve d'établir que les Demandeurs sont réellement actionnaires, ils disposent d'un investissement au sens du TBI, ce qui suffit à remplir la condition matérielle posée à la compétence du Tribunal.
211. Le dossier montre que (DS)2 et Peter de Sutter ont été actionnaires directs à 100% de la société PGM depuis sa constitution en 1998 jusqu'à aujourd'hui.²¹⁴ Il atteste également d'apports. Au vu des statuts de PGM, (DS)2 a fait un apport initial en numéraire de 400.000 FMG et Peter de Sutter de 100.000 FMG.²¹⁵ Le capital social de

²¹² Contre-Mémoire, § 500.

²¹³ Voir parmi d'autres : *Tokios Tokelos c. Ukraine*, Affaire CIRDI n° ARB/02/18, Décision sur la compétence, 29 avril 2004, § 75 (DL-54) (« *The ordinary meaning of 'invest' is to 'expend (money, effort) in something from which a return or profit is expected* »).

²¹⁴ Copie certifiée conforme du registre des actionnaires de PGM et traduction française légalisée devant le Tribunal de première instance de Bruxelles du 30 juin 1999 (R-88).

²¹⁵ Statuts de PGM du 24 avril 1998, Titre II (R-86).

500.000 FMG a été divisé en 50 parts, dont 40 attribuées à (DS)2 et 10 à Peter de Sutter.²¹⁶

212. À cet égard, le Tribunal ne retient pas les critiques formulées par Madagascar à l'encontre de la fiabilité du rapport d'audit de Delta Audit. D'abord, Madagascar n'a pas contesté l'affirmation que Delta Audit, affiliée à Deloitte, était le premier cabinet d'audit à Madagascar. Ensuite, outre les statuts de PGM, l'extrait du registre du commerce et des sociétés de Mahajanga, autre document contemporain, confirme que le capital social initial de PGM s'élevait à 500.000 FMG.²¹⁷
213. (DS)2 a par la suite fait des apports pour deux augmentations du capital de PGM par conversion de créances, la première le 18 décembre 2001, de 11.707.750.000 FMG²¹⁸ et, la seconde, le 25 janvier 2002, de 25.631.750.000 FMG.²¹⁹ Le montant total de ces augmentations s'élève à 37.339.500.000 FMG.
214. Le rapport d'audit pour l'année 2001 confirme la première augmentation résultant de la consolidation des emprunts à long terme de Polo Group SA (d'un montant de 10.153.202.796 FMG) et de dettes fournisseurs envers Polo Group SA (d'un montant de 1.554.547.2014 FMG).²²⁰ Ce rapport atteste par ailleurs de dettes de PGM envers Polo Group SA de 11.323.520.541 FMG et envers Polo International de 14.284.876.623 FMG.²²¹
215. De même, le rapport d'audit pour l'année 2002 confirme la seconde augmentation de capital social liée à la consolidation des emprunts à long terme de Polo Group SA (pour un montant de 11.334.815.086 FMG), d'emprunts à long terme de Polo International (pour un montant de 14.296.890.982 FMG) et d'apports en numéraires de (DS)2 (pour

²¹⁶ Statuts de PGM du 24 avril 1998, Article 6 (R-86). Les apports ont été inventoriés dans le rapport d'audit des états financiers de PGM de Delta Audit Associés (Deloitte), exercice clos au 31 décembre 2001 du 19 janvier 2002, Tableau B (R-183).

²¹⁷ Statuts de PGM du 24 avril 1998 (R-86) ; Extraits du Registre du Commerce et des Sociétés de Mahajanga relatifs à PGM du 1 mars 2001 (R-179). Voir aussi Déclaration de témoin de Peter de Sutter du 8 février 2019, § 15.

²¹⁸ Rapport d'audit des états financiers de PGM de Delta Audit Associés (Deloitte), exercice clos au 31 décembre 2001 du 19 janvier 2002, p. 13 (R-183).

²¹⁹ Rapport d'audit des états financiers de PGM de Delta Audit Associés (Deloitte), exercice clos au 31 décembre 2002 du 10 mars 2003, p. 14 (R-186).

²²⁰ Rapport d'audit des états financiers de PGM de Delta Audit Associés (Deloitte), exercice clos au 31 décembre 2001 du 19 janvier 2002, p. 13 (R-183).

²²¹ Rapport d'audit des états financiers de PGM de Delta Audit Associés (Deloitte), exercice clos au 31 décembre 2001 du 19 janvier 2002, p. 13 (R-183).

un montant de 43.932 FMG).²²² Ces augmentations de capital ont par ailleurs été inscrites au registre du commerce et des sociétés de Mahajanga.²²³

216. Les éléments au dossier confirment aussi que (DS)2 a contracté des emprunts auprès de Polo Group pour reprendre la dette de PGM : un premier emprunt de 1.302.301,27 EUR le 31 décembre 2001²²⁴ et un second de 4.337.747 EUR le 24 janvier 2002.²²⁵ Les rapports d'audit de (DS)2 pour les années 2001 et 2003 montrent en effet que les dettes de celle-ci sont passées de 281.788 EUR en 2000 à 1.306.979,37 EUR en 2001,²²⁶ puis à 5.887.123,61 EUR en 2003.²²⁷
217. Il ressort de ces éléments du dossier que (DS)2 a fait des apports considérables à PGM. Peu importe qu'il s'agisse de contributions en nature ou en numéraire.²²⁸ En effet, l'obligation de libérer entièrement les apports imposée par l'article 7 de la Loi malgache du 7 mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée ne s'applique qu'à la constitution de la société, de sorte que, contrairement aux allégations de la Défenderesse, aucune violation de la loi n'est avérée.
218. À propos de l'actionnariat de PGM, le Tribunal doit encore examiner l'argument de Madagascar selon lequel Peter de Sutter n'était pas actionnaire de PGM au moment de la destruction de l'usine en janvier 2009. Cet argument est fondé sur les comptes annuels de (DS)2 pour les années 2008 à 2011 et les déclarations fiscales de 2011 à 2012 qui indiquent que (DS)2 détenait 100% du capital de PGM.²²⁹ Le Tribunal rappelle que M. Peter de Sutter est un des deux fondateurs de PGM et qu'il détenait 10 actions lors de la constitution de PGM (en raison de son apport de 100.000 FMG). Il a conservé

²²² Rapport d'audit des états financiers de PGM de Delta Audit Associés (Deloitte), exercice clos au 31 décembre 2002 du 10 mars 2003, p. 14 (R-186).

²²³ Extraits du Registre du commerce et des sociétés de Mahajanga relatifs à PGM du 1 mars 2001 (R-179) ; Extraits du Registre du Commerce et des Sociétés de Mahajanga relatifs à PGM du 23 avril 2002 (R-182) ; Extraits du Registre du commerce et des sociétés de Mahajanga relatifs à PGM du 20 janvier 2003 (R-185).

²²⁴ Convention de prêt entre Polo Group et PGM&F du 31 décembre 2001 (R-337).

²²⁵ Convention de prêt entre Polo Group et PGM&F du 24 janvier 2002 (R-338).

²²⁶ Compilation des rapports du Commissaire aux comptes (2000 à 2016), p. 8 (R-276).

²²⁷ Compilation des rapports du Commissaire aux comptes (2000 à 2016), p. 14 (R-276).

²²⁸ Les Demandeurs ont oscillé entre « contributions en nature » (Réplique, § 364) et « un nouvel apport en numéraire au capital de PGM » (Réplique, Annexe D, § 13).

²²⁹ Contre-Mémoire, § 397 ; Comptes annuels de PGM&F au 31 mars 2008, p. 5 (D-73) ; Comptes annuels de PGM&F au 31 mars 2009 (D-74) ; Comptes annuels de PGM&F au 31 mars 2010, p. 5 (D-75) ; Comptes annuels de PGM&F au 31 mars 2011, p. 5 (D-79) ; Déclaration d'impôt de DS2 pour l'année 2011, p. 13 (D-76) ; Déclaration d'impôt de DS2 pour l'année 2012, pp. 9 et 25 (D-77).

ces actions lors des augmentations de capital, alors que l'actionnariat de (DS)2 a passé de 40 à 3.733.090 actions. En d'autres termes, (DS)2 détenait 99,99% des actions dans PGM avant la destruction de l'usine. Il n'est dès lors pas étonnant que les comptes annuels ou les déclarations fiscales de l'époque aient mentionné de façon approximative un actionnariat de 100%. En tout état de cause, le Tribunal n'a pas de raison de douter du témoignage de M. Peter de Sutter selon lequel il a toujours été actionnaire direct dans PGM à raison de 10 actions.²³⁰

219. Dans ces circonstances, le Tribunal conclut que (DS)2 et Peter de Sutter ont toujours été les seuls actionnaires directs de PGM et, plus précisément, qu'ils étaient les actionnaires directs de PGM lors des faits litigieux et de l'introduction de l'instance. Il arrive également à la conclusion que (DS)2 et Peter de Sutter ont fait des apports au capital de PGM, leurs actions constituant des « investissements » au sens de l'article 1(1) du TBI.
220. Reste à savoir si le troisième Demandeur, Kristof de Sutter, détenait également un investissement au sens d'un actionnariat (nécessairement indirect au vu de la conclusion qui précède) dans PGM. Cela amène à examiner l'actionnariat de (DS)2 laquelle détient 99.9% de PGM. Or, le dossier corrobore l'allégation des Demandeurs selon laquelle les frères de Sutter ont « toujours détenu l'intégralité du capital de [(DS)2], soit directement, soit indirectement, par l'intermédiaire de la société Polo Group dont ils ont toujours été actionnaires, chacun pour 50% ». ²³¹ Tout d'abord, le Tribunal ne saurait adopter l'argument de Madagascar au vu duquel les Demandeurs ne pourraient plus arguer de leur qualité d'actionnaires indirects dans (DS)2 au titre de la bonne foi ou de l'*estoppel* parce qu'ils auraient seulement mentionné leur qualité d'actionnaires directs dans la Requête d'arbitrage. En précisant l'actionnariat de (DS)2, les Demandeurs ne cherchent pas à étendre la convention d'arbitrage et l'on ne voit pas comment ces précisions répondant à une exception d'incompétence constituerait un abus. Dans la procédure CCI, les Demandeurs ont d'ailleurs présenté un exposé détaillé de l'évolution de l'actionnariat de (DS)2, ²³² de sorte que Madagascar connaissait la situation depuis lors.

²³⁰ Tr. (Jour 2), 7 :26-37 (Ben Hamida, De Sutter).

²³¹ Mémoire, § 207 ; Réplique, § 308.

²³² Comprenant un tableau de synthèse, Mémoire en réplique des Demandeurs dans la Procédure CCI du 17 janvier 2004, p. 6 (R-278).

221. Les éléments au dossier confirment les informations contenues dans la réplique CCI. L'acte de constitution de PGM&F (devenue (DS)2) du 19 novembre 1992 montre que le capital social de (DS)2 était divisé en 250 actions, dont 249 étaient détenues par la société T'Veldeken et une par Peter de Sutter.²³³ À la suite de plusieurs transactions, au 7 avril 1999, les frères de Sutter détenaient chacun 125 actions dans (DS)2 correspondant à 100% du capital.²³⁴ Quelques jours plus tard, le 16 avril 1999, ils ont restructuré le groupe Polo, notamment en créant la société Polo Group SA,²³⁵ qu'ils ont placée entre eux et (DS)2.²³⁶ Suite à une augmentation du capital social de (DS)2, Polo Group SA a souscrit 200 actions et les frères de Sutter ont chacun apporté 124 actions à Polo Group SA. Polo Group SA détenait dès lors 448 actions dans (DS)2 et chacun des frères de Sutter conservait une action.²³⁷ Enfin, Polo Group SA a cédé ses 448 actions aux frères de Sutter le 17 juin 2011.²³⁸ Depuis, ces derniers détiennent chacun 225 actions dans (DS)2 et donc la totalité de l'actionnariat de (DS)2.²³⁹
222. Il ressort de ces faits qu'au moment de la destruction de l'usine de PGM en janvier 2009, les frères de Sutter avaient chacun une action dans (DS)2 et que Polo Group SA, qu'ils détenaient à 100%, possédait le solde. En d'autres termes, les frères de Sutter étaient alors à la fois actionnaires directs et indirects dans (DS)2. Enfin il est avéré que les frères de Sutter étaient actionnaires directs à 100% de (DS)2 au jour de l'introduction de l'instance.

²³³ Acte de constitution de la société anonyme PGM& F (devenue par la suite (DS)2) du 19 novembre 1992 (R-176).

²³⁴ Procès-verbal de l'assemblée générale annuelle de PGM&F du 6 mai 1999 (R-90) ; Convention de cession d'actions de T'Veldeken à Peter de Sutter du 30 décembre 1993 (R-279) ; Procès-verbal d'assemblée générale de PGM&F du 27 mai 1994 (R-47) ; Procès-verbal de l'assemblée générale annuelle de PGM&F du 14 mai 1995 (R-280) ; Documents produits sous la rubrique B1 (D-24) ; Convention de cession entre Kristof de Sutter et Renaat de Sutter du 1 juillet 1996 ; Convention de cession entre Kristof de Sutter et Renaat de Sutter du 1 juillet 1997 ; Convention de cession entre Kristof de Sutter et Renaat de Sutter du 1 juillet 1998 ; Convention de cession entre Kristof de Sutter et Renaat de Sutter du 7 avril 1999. Voir aussi note 9.

²³⁵ Registre des actionnaires Polo Group N.V. et traduction certifiée (R-178).

²³⁶ Le Tribunal note les explications des Demandeurs que la société Nieuwe Straete disposait de 6% des actions dans Polo Group SA jusqu'au 14 avril 2004, et que Polo Group SA est depuis lors détenue à 100% par les frères de Sutter. Réplique, note 356 ; Registre des actionnaires Polo Group N.V. et traduction certifiée (R-178).

²³⁷ Procès-verbal d'assemblée générale extraordinaire de PGM&F tenue devant le Notaire Christine Doerner du 12 août 1999 (R-281) ; Procès-verbal de l'assemblée générale annuelle de PGM&F du 12 juillet 2000 (R-261).

²³⁸ Convention de cession d'actions entre Polo Group et les frères de Sutter du 17 juin 2011 ; Cf. Documents produits sous la rubrique B1 (D-24).

²³⁹ Titres représentatifs n° 4 et 5 au porteur de la société anonyme (DS)2 du 20 octobre 2011 (R-89).

223. En résumé, lors de la destruction de l'usine, Peter de Sutter et (DS)2 étaient actionnaires directs de PGM et Kristof de Sutter en était actionnaire indirect par le biais de (DS)2. De surcroît, les frères de Sutter étaient actionnaires indirects de (DS)2 via Polo Group SA qu'ils contrôlaient intégralement et actionnaires directs de (DS)2 à raison d'une action chacun. Enfin, les trois Demandeurs étaient actionnaires directs ou indirects de PGM lors de l'introduction de l'arbitrage. Ainsi, et sous réserve de la discussion qui suit sur les actions au porteur, ils détenaient tous les trois un investissement au sens de l'article 1(1) du TBI. Au vu de cette conclusion, le Tribunal peut se dispenser d'examiner si l'usine, les biens mobiliers y afférents et le *goodwill* de PGM constituent également des investissements dont les Demandeurs seraient les titulaires.
224. La Défenderesse soutient que les actions au porteur ne lui seraient pas opposables, car « la protection des actionnaires suppose[rait] la possibilité d'identification ». Ayant occulté leur identité, les Demandeurs ne seraient pas protégés par le Traité.²⁴⁰
225. Les statuts de (DS)2 du 31 décembre 2002 prévoient que « [l]es actions de la société peuvent être créées au choix du propriétaire, en titres unitaires ou en certificats représentatifs de deux ou plusieurs actions. Les actions sont au porteur ».²⁴¹ La version des statuts de 2011 stipule que « [l]es actions sont nominatives ou au porteur, au choix de l'actionnaire, dans le respect des conditions légales ».²⁴² Les Demandeurs ont produit deux certificats au porteur du 20 octobre 2011, chacun donnant droit à 225 actions.²⁴³ Ces titres ont été transformés en actions nominatives le 27 janvier 2015.²⁴⁴
226. Au vu de ces éléments de fait et de la définition large des actions contenue dans le TBI (« actions, parts sociales et *toutes autres formes de participations* »), il serait injustifié d'écarter les actions au porteur. Cette solution est conforme à la jurisprudence

²⁴⁰ Duplique, § 409.

²⁴¹ Statut de PGM&F en date du 31 décembre 2002, Article 5 (D-55).

²⁴² Statut de (DS)2 S.A. datant du 9 août 2011, Article 5 (D-56).

²⁴³ Titres représentatifs n° 4 et 5 au porteur de la société anonyme (DS)2 du 20 octobre 2011 (R-89).

²⁴⁴ Registre des actions nominatives de la SA (DS)2 du 27 janvier 2015 (R-44).

arbitrale²⁴⁵ et au droit malgache et luxembourgeois,²⁴⁶ lois régissant les sociétés en cause.

227. Madagascar oppose encore que les Demandeurs seraient privés de la protection du TBI en raison d'irrégularités dans la gestion de PGM, liées aux augmentations de capital en 2001 et 2002, à l'absence de désignation d'un commissaire aux comptes à partir de 2005, et à l'absence de rapports de gestion dès 2008.
228. Ces irrégularités, à supposer qu'elles soient prouvées, visent des actes commis au cours de la vie de l'investissement. Le TBI ne subordonne pas la compétence du Tribunal à la légalité du comportement de l'investisseur durant la réalisation de l'investissement. Si le Traité contient bien deux dispositions touchant la légalité de l'investissement,²⁴⁷ elles ont toutes deux trait à l'admission de l'investissement dans l'État-hôte et ne sont donc pas applicables aux faits de la cause.
229. Une jurisprudence constante distingue entre légalité lors de l'établissement et légalité lors de la réalisation de l'investissement, seule la première étant susceptible d'affecter la compétence d'un tribunal arbitral :

*The Tribunal considers that a distinction has to be drawn between (1) legality as at the initiation of the investment ("made") and (2) legality during the performance of the investment. Article 10 legislates for the scope of application of the BIT, but conditions this only by reference to legality at the initiation of the investment. Hence, only this issue bears upon this Tribunal's jurisdiction.*²⁴⁸

²⁴⁵ Voir notamment : *Plama Consortium Limited c. République de Bulgarie*, Affaire CIRDI n° ARB/03/24, Décision sur la compétence, 8 février 2005, § 74 ; *Ioannis Kardassopoulos c. Géorgie*, Affaire CIRDI n° ARB/05/18, Décision sur la compétence, 6 juillet 2007, §§ 139-141 (RL-110 et DL-55).

²⁴⁶ Loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, version consolidée au 31 décembre 2017 (Luxembourg), Article 430-5 (RL-99) ; Loi du 30 janvier 2004 sur les sociétés commerciales (Madagascar), Article 739 (RL-109).

²⁴⁷ Article 2(1) du UEBL-Madagascar (« Chacune des Parties contractantes encouragera les investissements sur son territoire par des investisseurs de l'autre Partie contractante et admettra lesdits investissements en conformité avec sa législation ») et Article 14 du UEBL-Madagascar (« Le présent Accord s'appliquera également aux investissements effectués avant son entrée en vigueur par les investisseurs de l'une des Parties contractantes sur le territoire de l'autre Partie contractante en conformité avec les lois et règlements de cette dernière ») (RL-1).

²⁴⁸ Les italiques dans l'original ont été omises. *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. République du Ghana*, Affaire CIRDI n° ARB/07/24, Sentence, 18 juin 2010, § 127 (RL-128). Voir aussi : *Bernard von Pezold et autres c. Zimbabwe*, Affaire CIRDI n° ARB/10/15, Sentence, 28 juillet 2015, § 420 (RL-129) (« Any subsequent alleged breach of law would not affect whether the investment qualifies for protection under the BIT ») ; *Metal-Tech c. Ouzbékistan*, § 193.

230. Cette objection est donc infondée. S'agissant des irrégularités alléguées en cours d'investissement, la jurisprudence confirme que seule la violation de règles fondamentales du droit malgache pourrait constituer une exception à l'encontre de la demande au fond.²⁴⁹ En l'espèce, les irrégularités invoquées n'atteindraient pas le niveau requis.
231. En conséquence, le Tribunal conclut que les Demandeurs ont bien effectué un investissement répondant aux conditions du TBI. Il lui incombe d'examiner encore si cet investissement satisfait également aux exigences de la Convention CIRDI. Selon l'article 25, la compétence du CIRDI présuppose un différend « en relation directe avec un investissement ». La Convention ne définit toutefois pas la notion d'investissement, qui a été développée par la jurisprudence. Le test dit *Salini* adopte quatre critères, à savoir un apport, la durée, le risque, et la contribution à l'économie de l'État-hôte.²⁵⁰ Avec des variantes,²⁵¹ les tribunaux suivent ce test bien que certaines décisions plus récentes limitent les critères à l'apport, la durée, le risque,²⁵² au motif que la contribution au développement de l'État-hôte est une conséquence d'un investissement réussi et non une condition de son existence. Quant à la régularité du profit, sur laquelle la

²⁴⁹ Voir notamment : *Hochtief Aktiengesellschaft c. République argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/07/31, Décision sur la responsabilité, 29 décembre 2014, § 199 (RL-131) ; *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún c. État plurinational de Bolivie*, Affaire CIRDI n° ARB/06/2, Décision sur la compétence, 27 septembre 2012, § 266 (DL-52) (« *Quiborax c. Bolivie*, Décision sur la compétence »).

²⁵⁰ *Salini Costruttori S.P.A et Italstrade S.P.A. c. Royaume du Maroc*, Affaire CIRDI n° ARB/00/4, Décision sur la compétence, 16 juillet 2001, § 52 (RL-8) (« *The doctrine generally considers that investment infers : contributions, a certain duration of performance of the contract and a participation in the risks of the transaction [...]. In reading the Convention's preamble, one may add the contribution to the economic development of the host State of the investment as an additional condition. In reality, these various elements may be interdependent* »).

²⁵¹ *Fedax N.V. c. République bolivarienne du Venezuela*, Affaire CIRDI n° ARB/96/3, Décision du Tribunal sur les objections de compétence, 11 juillet 1997, § 43 (RL-126) ; *Consortio Groupement L.E.S.I. – DIPENTA c. République algérienne démocratique et populaire*, Affaire CIRDI n° ARB/03/08, 10 janvier 2005, Part II, § 13 (DL-75) (« *LESI-Dipenta c. Algérie* ») ; *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers c. République d'Albanie*, Affaire CIRDI n° ARB/07/21, Sentence, 30 juillet 2009, § 43 (DL-64) (« *Pantechniki c. Albanie* ») ; *Saba Fakes c. République de Turquie*, Affaire CIRDI n° ARB/07/20, Sentence, 14 juillet 2010, §§ 110-111 (RL-108) (« *Saba Fakes c. Turquie* ») ; *M.C.I. Power Group, L.C. and New Turbine, Inc. c. République d'Équateur*, Affaire CIRDI no ARB/03/6, Sentence, 31 juillet 2007, § 165.

²⁵² *Saba Fakes c. Turquie*, §§ 110-111 (RL-108) ; *Phoenix Action, Ltd. c. République tchèque*, Affaire CIRDI n° ARB/06/5, Sentence, 15 avril 2009, § 85 (RL-91) ; *Vestey c. Venezuela*, § 187 ; *Electrabel S.A. c. République de Hongrie*, Affaire CIRDI n° ARB/07/19, Décision sur la compétence, le droit applicable et la responsabilité, 30 novembre 2012, § 5.43 (RL-123) ; *Deutsche Bank A.G. c. République socialiste démocratique du Sri Lanka*, Affaire CIRDI n° ARB/09/2, Sentence, 31 octobre 2012, § 295 ; *Quiborax c. Bolivie*, Décision sur la compétence, §§ 224, 227 (DL-52).

Défenderesse insiste, elle est liée à la prise de risque et n'est pas un élément autonome de la définition.²⁵³

232. L'investissement en cause ici remplit sans conteste les conditions posées par la jurisprudence en application de l'article 25 de la Convention CIRDI, comme il découle des faits exposés plus haut. Il y a eu des apports, faits pour durer (effectué en 1998, l'investissement a été détruit en 2009, mais était destiné à continuer), et impliquant une prise de risque.
233. Pour les motifs qui précèdent, la compétence matérielle est donnée.

3. Objection relative à l'absence de relation directe entre le litige et l'investissement

a. Positions des Parties

234. La Défenderesse estime que le litige relève du contrat d'assurance.²⁵⁴ Ainsi, les griefs relatifs au pourvoi dans l'intérêt de la loi et au traitement reçu devant la Cour de cassation dans le pourvoi sur le fond n'auraient pas de rapport direct avec l'investissement.²⁵⁵ De même, selon Madagascar, la réclamation concernant l'absence de sécurité et protection constantes « ne peut pas être déconnectée du litige relatif au contrat d'assurance ».²⁵⁶
235. Selon les Demandeurs, le présent différend « vise précisément les actes et omissions qui sont reprochés à l'État », ²⁵⁷ à savoir l'absence de protection lors de la destruction de l'usine, l'immixtion de l'État dans la procédure judiciaire, les irrégularités commises par la Cour de cassation et son application « malveillante » de la loi .²⁵⁸ De surcroît, Madagascar invoquerait à tort la possibilité d'obtenir une indemnité en vertu du contrat d'assurance, l'article 12(4) du TBI lui interdisant une telle objection.²⁵⁹

²⁵³ *KT Asia Investment Group B.V. c. République du Kazakhstan*, Affaire CIRDI n° ARB/09/8, Sentence, 17 octobre 2013, § 170 (DL-48) (« [A]n investor commits resources with a view to generating profits, which necessarily implies a risk »).

²⁵⁴ Duplique, § 542.

²⁵⁵ Contre-Mémoire, §§ 529-530.

²⁵⁶ Contre-Mémoire, § 536.

²⁵⁷ Réplique, § 437.

²⁵⁸ Réplique, § 438.

²⁵⁹ Réplique, §§ 442-443.

b. Analyse

236. Aux termes de l'article 25(1) de la Convention CIRDI, la compétence du Tribunal est limitée aux différends « en relation directe avec un investissement ».
237. Il ne fait pas de doute que cette relation existe entre l'investissement des Demandeurs et le présent litige. Une partie du litige se rapporte à l'inaction de l'État face au pillage et à la destruction de l'usine. Elle concerne des faits antérieurs à la naissance même du différend de droit des assurances, mettant en cause la responsabilité de l'État au regard du droit international. L'autre partie du présent différend se réfère aux allégations d'immixtion du gouvernement dans le procès et aux manquements du pouvoir judiciaire. Elle est sans rapport avec le comportement procédural de l'assureur Ny Havana ou avec l'interprétation et l'application du contrat, mais incrimine l'interférence des autorités exécutives et judiciaires dans le bon déroulement de la justice. Là aussi, le différend cherche à mettre en œuvre la responsabilité internationale de l'État.
238. Il est également erroné d'affirmer comme le fait la Défenderesse que « le litige sur l'assurance couvre le litige avec l'État sur la responsabilité et le videra de tout intérêt ». Le litige sur le contrat d'assurance n'oppose pas les mêmes parties, a un fondement et un objet différents. Il oppose PGM et Ny Havana, alors que cet arbitrage met en présence les Demandeurs et l'État. Le litige en matière d'assurance a son fondement dans le droit national des contrats et a pour objet la responsabilité contractuelle de l'assureur, quand le différend soumis à ce Tribunal ressortit aux protections que le Traité accorde aux investisseurs étrangers et a pour objet la responsabilité internationale de l'État.
239. Par conséquent, l'objection quant à l'absence de relation directe entre le différend et l'investissement est dénuée de fondement.

4. Objection relative aux conditions préalables au recours à l'arbitrage

a. Positions des Parties

240. Madagascar prétend que seul le différend relatif au traitement subi devant les juridictions malgaches a valablement fait l'objet d'une notification préalable au début

de cette instance.²⁶⁰ Ainsi, il conviendrait d'écarter le grief soulevé en relation avec l'obligation de protection et de sécurité constantes.²⁶¹

241. Les Demandeurs sont au contraire d'avis qu'ils ont satisfait aux exigences de l'article 12(1) du TBI.²⁶² Spécifiquement, ils font valoir que le courrier de notification du 7 juillet 2016 mentionne l'article 3(2) du Traité tout en réclamant « la réparation intégrale du préjudice subi », y compris celui découlant de « la perte irrémédiable de l'usine, de tout son contenu ». ²⁶³

b. Analyse

242. Madagascar estime que le grief lié à l'obligation de protection et de sécurité constantes n'a pas fait l'objet d'une notification préalable. L'objection soulevée par Madagascar ne concerne donc que ce grief et non pas l'ensemble des prétentions soulevées par les Demandeurs.

243. L'article 12(1) du TBI prévoit :

Tout différend relatif aux investissements survenant entre un investisseur de l'une des Parties contractantes et l'autre Partie contractante fera l'objet d'une notification écrite, accompagnée d'un aide-mémoire suffisamment détaillé, de la part de la partie la plus diligente.

Dans la mesure du possible, les parties tenteront de régler le différend par la négociation, en faisant éventuellement appel à l'avis spécialisé d'un tiers, ou par la conciliation entre les Parties contractantes par la voie diplomatique.²⁶⁴

244. Cette disposition exige qu'un investisseur ait signifié à l'État hôte l'existence d'un différend par voie de notification écrite accompagnée d'un aide-mémoire suffisamment détaillé. Le but de cette disposition est de permettre aux parties de tenter de régler le différend par la négociation avant d'entamer une procédure judiciaire ou arbitrale. Ceci implique donc un droit de l'État hôte d'être informé sur l'existence du différend avec un

²⁶⁰ Contre-Mémoire, §§ 539-550.

²⁶¹ Contre-Mémoire, § 548.

²⁶² Réplique, § 450.

²⁶³ Réplique, § 448 ; Deuxième notification des Requérants à la République de Madagascar conformément aux dispositions du Traité du 7 juillet 2016, §§ 21-22 (R-23).

²⁶⁴ Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la République de Madagascar concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements du 29 septembre 2005, Article 12(1) (RL-1).

investisseur fondé sur le TBI et d'essayer d'y remédier par la voie du règlement amiable ou par la conciliation par la voie diplomatique.²⁶⁵

245. Comme indiqué dans *Maffezini*, la notification de l'existence d'un différend n'implique pas nécessairement l'articulation de prétentions claires et définies : « [w]hile a dispute may have emerged, it does not necessarily have to coincide with the presentation of a formal claim ». ²⁶⁶ La jurisprudence admet néanmoins que l'exigence de notification préalable couplée avec l'exigence de fournir des explications détaillées requiert de la part d'un investisseur l'articulation de griefs ou prétentions, avec pour conséquence que toute prétention additionnelle soulevée par un investisseur dans la requête d'arbitrage ou le mémoire en demande et qui n'aurait pas été préalablement notifiée ou qui ne serait pas en lien direct avec les prétentions préalablement notifiées peut être déclarée irrecevable.²⁶⁷
246. En l'espèce, les Demandeurs ont envoyé trois notifications à Madagascar et il n'est pas contesté que la première et la troisième concernent seulement le comportement devant les juridictions étatiques.²⁶⁸ La Défenderesse estime que les « lignes vagues » de la deuxième notification ne sont pas suffisamment claires et explicites sur la prétendue passivité de l'État durant les événements du 27 et 28 janvier 2009 pour satisfaire à l'exigence d'une notification écrite accompagnée d'un aide-mémoire suffisamment détaillé au sens de l'article 12(1) du TBI.²⁶⁹
247. Le Tribunal est de l'avis que la deuxième notification des Demandeurs du 7 juillet 2016 satisfait aux conditions de l'article 12(1) en ce qui concerne le grief relatif à l'obligation de sécurité et de protection constantes.²⁷⁰ En effet, les Demandeurs ont

²⁶⁵ *Burlington Resources Inc. c. République d'Équateur Ecuador*, Affaire CIRDI n° ARB/08/5, Décision sur la compétence, 2 juin 2010, § 315 (« [...] by imposing upon investors an obligation to voice their disagreement at least six months prior to the submission of an investment dispute to arbitration, the Treaty effectively accords host States the right to be informed about the dispute at least six months before it is submitted to arbitration. The purpose of this right is to grant the host State an opportunity to redress the problem before the investor submits the dispute to arbitration »).

²⁶⁶ *Emilio Agustín Maffezini c. Royaume d'Espagne*, Affaire CIRDI n° ARB/97/7, Décision du Tribunal sur les objections à la compétence, 25 janvier 2000, § 97 (DL-62).

²⁶⁷ *Supervisión y Control, S.A. v. République du Costa Rica*, Affaire CIRDI n° ARB/12/4, Sentence, 18 janvier 2017, §§ 340-341 (DL-168).

²⁶⁸ Notification des Requérants à la République de Madagascar du 9 mars 2016 (R-21) ; Deuxième notification des Requérants à la République de Madagascar conformément aux dispositions du Traité du 7 juillet 2016 (R-23) ; Notification complémentaire des Requérants à la République de Madagascar conformément aux dispositions du Traité du 29 juillet 2016 (R-24).

²⁶⁹ Duplique, § 720.

²⁷⁰ Deuxième notification des Requérants à la République de Madagascar conformément aux dispositions du Traité du 7 juillet 2016 (R-23).

spécifiquement expliqué dans cette notification que Madagascar avait manqué à son obligation de protéger leur investissement les 27 et 28 janvier 2009 :

Dans la nuit du 27 janvier 2009, et après plusieurs semaines de tensions sur le site, la totalité de l'usine et des locaux administratifs de PGM et leur contenu ont été saccagés et détruits. Cet événement est intervenu sans que la République de Madagascar ne mette en place les mesures permettant d'empêcher cette destruction.²⁷¹

[...] Votre Gouvernement est déjà responsable du dommage que nous avons subi suite à la destruction de l'usine de Mahajanga les 27 et 28 janvier 2009 et de tout son contenu.

A ce moment et au cours de la période qui a précédé le sinistre, votre Gouvernement s'est effectivement révélé incapable de mettre en place les mesures sécuritaires les plus élémentaires afin d'empêcher, par le recours à la force publique ou par tout autre moyen approprié, la destruction physique de l'usine et de tout son contenu, ou afin de limiter les dégâts causés.

L'usine et de [sic] son contenu ayant été détruits, la République de Madagascar a manqué à son obligation de protection.²⁷²

248. Contrairement à ce que prétend la Défenderesse, les Demandeurs ont aussi spécifiquement mentionné la violation par Madagascar de l'article 3(2) du TBI en spécifiant « protection des investissements »²⁷³ et annoncé vouloir réclamer la « réparation intégrale du préjudice subi » consistant, entre autres, « en la perte irrémédiable de l'usine, de tout son contenu [...] ».²⁷⁴ Ainsi, il ne peut être contesté que les Demandeurs se sont référés à des faits précis, qu'ils ont invoqué la violation par l'État d'une règle précise du TBI et réclamer la réparation du dommage encouru. De l'avis du Tribunal, la deuxième notification des Demandeurs contient un aide-mémoire suffisamment détaillé pour satisfaire aux exigences de l'article 12(1) du TBI. En effet, Madagascar savait dès réception de cette notification que la prétention quant à la prétendue passivité de l'État devait faire partie des tentatives de règlement amiable et allait être présentée à un tribunal arbitral si les tentatives de règlement amiable devaient échouer.

²⁷¹ Deuxième notification des Requérants à la République de Madagascar conformément aux dispositions du Traité du 7 juillet 2016, § 2 (R-23).

²⁷² Deuxième notification des Requérants à la République de Madagascar conformément aux dispositions du Traité du 7 juillet 2016, § 20 (R-23).

²⁷³ Deuxième notification des Requérants à la République de Madagascar conformément aux dispositions du Traité du 7 juillet 2016, § 21 (R-23)

²⁷⁴ Deuxième notification des Requérants à la République de Madagascar conformément aux dispositions du Traité du 7 juillet 2016, § 22 (R-23).

249. Le Tribunal ne juge pas pertinent l'argument de la Défenderesse que la troisième notification du 29 juillet 2016 se réfère essentiellement au dommage prétendument encouru en lien avec l'immixtion du pouvoir exécutif dans la procédure judiciaire et qu'elle ne mentionne pas expressément la prétendue violation de l'obligation de protection et de sécurité constantes. En effet, cette troisième notification concernait essentiellement une mise à jour pour notifier l'impossibilité d'obtenir au greffe de la Cour Suprême une copie de l'arrêt de la Cour Suprême ayant cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Mahajanga du 4 juillet 2011. Il y est rappelé que cette circonstance avait déjà été notifiée dans la deuxième notification du 7 juillet 2016, et il est ajouté que cette circonstance, tout comme toutes celles mentionnées dans leurs précédents courriers, constituait une violation du TBI.²⁷⁵ Le courrier mentionne d'ailleurs expressément que les violations ont été commises « tant à l'occasion de la destruction de l'usine qu'au long de toutes les différentes procédures contentieuses ayant opposé PGM à la compagnie d'assurances Ny Havana ». ²⁷⁶ Enfin, le courrier joint en annexe les deux précédentes notifications du 9 mars et 7 juillet 2016.²⁷⁷
250. Pour les raisons exposées, le Tribunal arrive à la conclusion que les conditions préalables à l'arbitrage stipulées à l'article 12(1) du TBI ont été satisfaites et que l'objection de la Défenderesse quant à l'absence de notification préalable et suffisamment détaillée doit par conséquent être rejetée.

5. Objections relatives au principe du mode de règlement des différends

a. Positions des Parties

i. Position de la Défenderesse

251. Selon la Défenderesse, l'identité de l'intérêt ou du préjudice fournit le critère d'applicabilité de la clause d'exclusivité de l'article 12(2) du Traité.²⁷⁸ En l'espèce, le

²⁷⁵ Notification complémentaire des Requérants à la République de Madagascar conformément aux dispositions du Traité du 29 juillet 2016, § 2 (R-24) (« La présente complète nos précédents courriers du 9 mars 2016 et du 7 juillet 2016, que nous reprenons encore en annexe [...] Comme il vous l'a déjà été signalé, cette circonstance, et toutes les autres reprises dans nos précédents courriers, sont constitutives de violations flagrantes de multiples dispositions du Traité de protection des investissements »).

²⁷⁶ Notification complémentaire des Requérants à la République de Madagascar conformément aux dispositions du Traité du 29 juillet 2016, § 2 (R-24).

²⁷⁷ Notification complémentaire des Requérants à la République de Madagascar conformément aux dispositions du Traité du 29 juillet 2016, p. 5 et suivantes (R-24).

²⁷⁸ Contre-Mémoire, § 571.

litige est essentiellement de nature contractuelle vu qu'il vise le contrat d'assurance et que les Demandeurs réclament des droits appartenant à PGM avec une demande de réparation qui correspond au préjudice subi par PGM.²⁷⁹ Les Demandeurs ne respectent d'ailleurs pas l'article 26 de la Convention CIRDI en poursuivant leur demande devant les juridictions malgaches.²⁸⁰

252. La Défenderesse estime par ailleurs qu'un accord bilatéral sur le recours à la CCI existe en ce qui concerne les questions relatives à la validité du pourvoi dans l'intérêt de la loi, nonobstant l'annulation de la Sentence CCI. Les Demandeurs ne peuvent donc pas soumettre ce même litige au CIRDI vu que l'accord formé en vertu de l'article 12(3) du Traité existe toujours.²⁸¹

ii. Position des Demandeurs

253. Sur l'article 12(2) du Traité, les Demandeurs estiment qu'il n'y a pas identité de parties, d'objet ou de cause entre le litige contractuel opposant PGM et Ny Havana et le différend soumis en vertu du Traité.²⁸² Ny Havana n'est pas un *alter ego* de l'État et PGM dispose d'une personnalité juridique distincte des Demandeurs. Par ailleurs, ces différends ne partagent pas le même objet, car ils ne tendent pas au même résultat, ni la même cause (le premier étant fondé sur un contrat et le deuxième sur le Traité).²⁸³ De même, l'article 26 de la Convention CIRDI limite son champ d'application aux « parties à l'arbitrage », et ne concerne donc pas le litige opposant PGM et Ny Havana. En tout état de cause, les Demandeurs expliquent que PGM ne poursuit plus le différend l'opposant à Ny Havana au vu des ingérences de l'État dans cette procédure.
254. L'arbitrage CCI est distinct du présent arbitrage, selon les Demandeurs.²⁸⁴ Ni les irrégularités procédurales et substantielles commises par la Cour de cassation dans le pourvoi au fond, ni les griefs entourant la destruction de l'usine et l'absence de protection de l'État, n'étaient soumis à l'arbitre CCI.²⁸⁵ Quant à l'introduction du pourvoi dans l'intérêt de la loi, les Demandeurs estiment que l'article 12(3) laisse le libre choix

²⁷⁹ Contre-Mémoire, § 563.

²⁸⁰ Contre-Mémoire, § 581.

²⁸¹ Contre-Mémoire, §§ 582-608.

²⁸² Réplique, § 455.

²⁸³ Réplique, § 458.

²⁸⁴ Réplique, § 471.

²⁸⁵ Réplique, § 471.

à l'investisseur et que ce choix n'est pas irrévocable.²⁸⁶ D'ailleurs, Madagascar n'a pas fait état d'un préjudice découlant du choix de saisir le CIRDI.²⁸⁷

b. Analyse

255. L'article 12(2) du TBI UEBL-Madagascar prévoit :

A défaut de règlement amiable par arrangement direct entre les parties au différend ou par conciliation par la voie diplomatique dans les six mois à compter de sa notification, le différend sera soumis, au choix de l'investisseur, soit, le cas échéant à l'arbitrage national au sein de l'État où l'investissement a été réalisé, soit à la juridiction compétente de l'État où l'investissement a été réalisé, soit à l'arbitrage international.

A cette fin, chacune des Parties contractantes donne son consentement anticipé et irrévocable à ce que tout différend soit soumis à cet arbitrage international. Ce consentement implique qu'elles renoncent à exiger l'épuisement des recours administratifs ou judiciaires internes.²⁸⁸

256. L'article 12(3) du Traité indique que :

En cas de recours à l'arbitrage international, le différend sera soumis à l'un des organismes d'arbitrage désignés ci-après, au choix de l'investisseur :

- au Centre international pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (C.I.R.D.I.), créé par « la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États », ouverte à la signature à Washington, le 18 mars 1965, lorsque chaque État partie au présent Accord sera membre de celle-ci. Aussi longtemps que cette condition n'est pas remplie, chacune des Parties contractantes consent à ce que le différend soit soumis à l'arbitrage conformément au règlement du Mécanisme supplémentaire du C.I.R.D.I. ;
- au Tribunal d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, à Paris ;

Si la procédure d'arbitrage a été introduite à l'initiative d'une Partie contractante, celle-ci invitera par écrit l'investisseur concerné à

²⁸⁶ Réplique, §§ 475-476.

²⁸⁷ Réplique, § 484.

²⁸⁸ Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la République de Madagascar concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements du 29 septembre 2005, Article 12(2) (RL-1).

exprimer son choix quant à l'organisme d'arbitrage qui devra être saisi du différend.²⁸⁹

257. L'article 26 de la Convention CIRDI se lit comme suit :

Le consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours. Comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, un État contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés.

258. Le Tribunal ne partage pas l'avis de la Défenderesse que le présent différend est de nature contractuelle. L'article 12(2) du TBI évoque les « parties au différend », qui, en l'espèce sont (DS)2 et les frères de Sutter d'un côté, et la République de Madagascar de l'autre. Or, il n'y a pas identité des parties entre le différend en vertu du TBI et le litige contractuel opposant PGM et Ny Havana. Le Tribunal partage à cet égard l'avis des Demandeurs que Ny Havana n'est pas l'*alter ego* de l'État malgache. D'ailleurs, Madagascar semble le reconnaître lorsqu'elle écrit que « l'État est hors jeu ». L'argument que l'État soit « automatiquement » « partie » dans chaque procédure soumise à ses juridictions ne convainc pas. Le fait que le ministère public surveille l'exécution des jugements n'implique aucunement que l'État est partie à un différend de droit civil opposant deux opérateurs de droit privé. De même, le Tribunal doit rejeter l'argument qu'il y aurait identité des parties parce que les Demandeurs et PGM « forment la même unité économique ». PGM est une société de droit malgache qui a une personnalité juridique propre qui ne se confond pas avec celle des Demandeurs.
259. Ces deux litiges ne reposent pas non plus sur la même cause. Les Demandeurs réclament ici réparation pour des dommages prétendument encourus en raison de violations alléguées du TBI. Ceci ressort en effet de la lecture des conclusions des Demandeurs, dans lesquelles il est demandé au Tribunal de constater que Madagascar a violé les articles 3(1), 3(2) et 7 du TBI. Leurs prétentions ne visent aucunement le contrat d'assurance.
260. Enfin, les deux litiges ne poursuivent pas non plus le même objet. Le litige opposant PGM et Ny Havana vise l'indemnisation en raison de la survenance d'un risque prétendument couvert par le contrat d'assurance, alors que le présent différend vise à obtenir réparation pour les dommages encourus en raison de la prétendue passivité

²⁸⁹ Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la République de Madagascar concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements du 29 septembre 2005, Article 12(3) (RL-1).

des forces de l'ordre de l'État malgache et l'immixtion alléguée du gouvernement dans la procédure judiciaire opposant PGM et Ny Havana. Ainsi, ces deux différends sont clairement distincts et il n'est pas possible de réduire le présent différend à un simple litige contractuel.

261. Pour les mêmes raisons, le Tribunal ne peut faire droit à l'argument que les Demandeurs violeraient l'article 26 de la Convention CIRDI en poursuivant leur demande devant les juridictions malgaches. Les Demandeurs relèvent à juste titre que l'article 26 parle des « parties à l'arbitrage ». Or, comme expliqué ci-dessus, les Demandeurs n'ont jamais agi devant les juridictions malgaches et ce moyen doit donc aussi être rejeté.
262. Enfin, le Tribunal n'estime pas nécessaire de se prononcer à ce stade sur la question de savoir si un accord bilatéral sur le recours à la CCI existe en ce qui concerne les questions relatives à la validité du pourvoi dans l'intérêt de la loi. La compétence étant admise pour que le Tribunal se prononce sur les violations alléguées en lien avec le pillage et la destruction de l'usine, le Tribunal traitera dans un premier temps cette prétention et déterminera ensuite s'il est nécessaire de se prononcer sur sa compétence pour traiter des autres violations alléguées en lien avec les immixtions alléguées dans la procédure judiciaire.
263. Pour ces raisons, et sous réserve de sa décision sur l'opportunité d'analyser la dernière objection à la compétence relative à l'existence d'un accord bilatéral CCI pour traiter le pourvoi dans l'intérêt de la loi, le Tribunal rejette les déclinatoires de compétence soulevées par la Défenderesse.

C. RECEVABILITÉ

1. Positions des Parties

a. Position de la Défenderesse

264. La Défenderesse demande au Tribunal de déclarer les demandes irrecevables parce que les Demandeurs invoquent des droits appartenant à des tiers (i), que la demande est fictive (ii), et constitue un abus de droit (iii).²⁹⁰

²⁹⁰ Contre-Mémoire, § 609.

265. Selon la Défenderesse, les Demandeurs n'ont pas un intérêt ou la qualité pour agir, car les droits litigieux – l'usine, le contrat d'assurance et le *goodwill* – appartiennent à PGM.²⁹¹ Ainsi, « hormis les actions qu'elle détient, DS 2 ne peut pas invoquer les droits et les biens de PGM notamment ceux liés à l'usine exploitée par PGM, au contrat d'assurance, aux jugements malgaches ». ²⁹²
266. Ensuite, la Défenderesse estime que les Demandeurs ne seraient que des « demandeurs de façade », car c'est la société ANSI SA qui serait la « véritable partie meneur et bénéficiaire dans cet arbitrage », dans la mesure où c'est ANSI SA qui aurait instruit DLA Piper UK LLP d'agir dans ce litige.²⁹³ Ainsi, les Demandeurs ne seraient que des « marionnettes » et leur demande est fictive, donc irrecevable.²⁹⁴
267. Enfin, la demande serait irrecevable en raison de son caractère abusif. D'une part, les Demandeurs morcèleraient fictivement le litige en voulant soustraire à la compétence du Tribunal les questions relatives à la validité du contrat d'assurance, à l'origine du dommage et à l'application du contrat d'assurance au dommage subi par PGM alors que ces questions sont « fondamentales et préalables » et représentent le « cœur du litige » opposant l'État aux Demandeurs.²⁹⁵ D'autre part, les Demandeurs instrumentaliserait l'arbitrage d'investissement en l'utilisant comme un outil de pression, pour gonfler le montant réclamé et pour contourner les décisions défavorables des juridictions malgaches.²⁹⁶

b. Position des Demandeurs

268. Les Demandeurs opposent qu'ils ont un droit d'action qui leur est propre en vertu du Traité et confirment qu'ils n'invoquent pas des droits reconnus à des tiers, et notamment pas les droits contractuels dont PGM dispose.²⁹⁷ D'ailleurs, leur qualité d'investisseurs leur permettrait de solliciter réparation au titre des violations du Traité qui affectent leur investissement à Madagascar.²⁹⁸ La jurisprudence confirmerait que,

²⁹¹ Contre-Mémoire, § 610, 613-614 ; *LESI-Dipenta c. Algérie*, p. 36 (DL-75) ; *BG Group Plc. c. République argentine*, CNUDCI, Sentence finale, 24 décembre 2007, §§ 209-210 (DL-76).

²⁹² Contre-Mémoire, § 619.

²⁹³ Contre-Mémoire, §§ 621-628.

²⁹⁴ Contre-Mémoire, § 629.

²⁹⁵ Contre-Mémoire, §§ 631-635 ; Duplique, § 133.

²⁹⁶ Contre-Mémoire, §§ 636-643.

²⁹⁷ Réplique, §§ 488-492.

²⁹⁸ Réplique, § 494.

au-delà des actions, la protection des actionnaires s'étend aux actifs détenus par la société locale dans la mesure où les actionnaires sont les « véritables investisseurs ». ²⁹⁹ En l'espèce, ils détiennent PGM à 100%.

269. Ils rejettent aussi l'argument selon lequel la demande serait fictive ou ANSI SA contrôlerait les Demandeurs. En fait, ce seraient eux qui contrôlent ANSI SA, car les frères de Sutter détiendraient cette société à 100% ³⁰⁰ comme le montre le schéma ci-dessous illustrant les sociétés qu'ils détiennent : ³⁰¹



²⁹⁹ Réplique, §§ 497-498 ; *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi*, Affaire CIRDI n° ARB/95/3, Sentence, 10 février 1999, §§ 87, 89 (RL-155) (« *Goetz c. Burundi* ») ; *Continental Casualty Company c. République argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/03/9, Sentence, 5 septembre 2008, §§ 79, 86 (RL-156) (« *Continental Casualty c. Argentine* »).

³⁰⁰ Réplique, § 525.

³⁰¹ Réplique, p. 106.

270. Selon les Demandeurs, il n'y aurait rien d'inhabituel dans le fait que ANSI SA soutienne financièrement les activités d'autres sociétés dans le groupe, d'autant plus que ANSI SA n'est actuellement plus créancière de PGM puisque la créance a été reprise par (DS)2.³⁰²
271. Enfin, l'argument concernant l'abus de droit serait infondé selon les Demandeurs. Leur demande ne concernerait pas la validité du contrat d'assurance, mais la passivité des forces de l'ordre pendant la destruction de l'usine et le traitement subi par PGM devant les juridictions malgaches, dont notamment les « sérieuses anomalies procédurales ».³⁰³ Les Demandeurs nient aussi avoir instrumentalisé l'arbitrage dans la mesure où ils ont introduit chacun des arbitrages après de graves irrégularités procédurales de la Cour de cassation et où il s'agit justement de réparer « l'existence d'un flagrant déni de justice commis au niveau de la Cour de cassation ».³⁰⁴ En réalité, « [l]'attitude de la République de Madagascar consistant à refuser tout contrôle des irrégularités commises devant la Cour de cassation illustre froidement l'impasse devant laquelle PGM (et donc l'investissement des Requérents) se retrouve aujourd'hui compte tenu de la violation la plus flagrante des règles élémentaires de justice au niveau le plus haut de l'ordre judiciaire malgache, après près de neuf ans de procédure ».³⁰⁵

2. Analyse

272. L'irrecevabilité de la demande découlerait, selon Madagascar, du fait que les Demandeurs invoquent des droits appartenant à des tiers (a), que la demande est fictive (b), et constitue un abus de droit (c).

a. Droits appartenant à des tiers

273. Selon la Défenderesse, l'article 12 du TBI n'accorderait pas aux Demandeurs le « droit d'invoquer des droits appartenant à autrui » de sorte qu'ils n'auraient pas intérêt ou qualité à agir.³⁰⁶ Le TBI protégerait seulement les actions détenues indirectement

³⁰² Réplique, § 534.

³⁰³ Réplique, § 540.

³⁰⁴ Réplique, § 546.

³⁰⁵ Réplique, § 546.

³⁰⁶ Duplique, § 616.

« mais pas les avoirs détenus indirectement », ³⁰⁷ tels que l'usine, le contrat d'assurance et les jugements malgaches qui appartiennent à PGM: « hormis les actions qu'ils détiennent dans PGM, les demandeurs ne peuvent invoquer les biens de PGM et les droits de celle-ci, notamment ceux liés à l'usine, au contrat d'assurance, aux décisions de justice malgache et à la procédure engagée devant les juridictions malgaches ». ³⁰⁸

274. Les Demandeurs répondent avoir un droit d'action qui leur est propre et prétendent que la protection du TBI s'étendrait aux actifs de PGM dans la mesure où ils détiennent PGM à 100% et n'invoquent pas de droits contractuels appartenant à PGM.
275. Le Tribunal note tout d'abord que la Défenderesse accepte que les Demandeurs ont le droit d'agir en ce qui concerne les actions qu'ils détiennent directement ou indirectement dans PGM. Il note ensuite que Madagascar met surtout l'accent sur l'exclusion des griefs relatifs « au titre des droits appartenant à PGM, plus particulièrement les droits découlant du contrat d'assurance, des jugements étatiques ou relatifs à la procédure devant les juridictions malgaches ». ³⁰⁹ Il note enfin que la Défenderesse estime qu'en sus des droits (ou créances) appartenant à PGM, les Demandeurs sont aussi privés du droit d'invoquer les biens de PGM, et en particulier l'usine de Mahajanga.
276. La jurisprudence arbitrale confirme que les actionnaires ont la qualité pour agir même si le comportement étatique visait la société de droit local, dès lors qu'ils sont des investisseurs protégés et qu'ils contrôlent la société de droit local. Dans *AAPL c. Sri Lanka*, une société de Hong Kong a été admise à agir pour recouvrer la perte encourue suite à la destruction de son investissement. ³¹⁰ De même, dans *AMT c. Zaïre*, une société états-unienne détenant 94% des actions d'une entité de droit zaïrois a pu réclamer la perte résultant de la destruction d'installations détenues par cette société zaïroise. Le tribunal dans *Goetz c. Burundi* a confirmé que le droit d'agir s'étendait aux personnes physiques. ³¹¹

³⁰⁷ Duplique, § 605.

³⁰⁸ Duplique, § 632.

³⁰⁹ Duplique, § 628.

³¹⁰ *Asian Agricultural Products Ltd c. République socialiste démocratique du Sri Lanka*, Affaire CIRDI n° ARB/87/3, Sentence finale, 27 juin 1990 (RL-16) (« *AAPL c. Sri Lanka* »).

³¹¹ *Goetz c. Burundi*, § 89 (RL-155).

277. La jurisprudence citée par la Défenderesse ne lui est d'aucune aide. L'affaire *LESI-Dipenta* n'est pas transposable car elle concernait une filiale qui entendait agir en lieu et place des deux sociétés l'ayant constituée et invoquer des droits dont ces sociétés étaient titulaires.
278. Dans la mesure où les Demandeurs sont actionnaires (directs et indirects) de PGM et détiennent toutes les actions de PGM (soit directement soit indirectement), le moyen invoqué par Madagascar doit donc être rejeté.

b. Demande fictive

279. Le Tribunal estime aussi infondé le moyen lié au caractère fictif de la demande car il lui semble sans pertinence que la société ANSI, qui appartient au groupe Polo et est donc contrôlée par les frères de Sutter, ait financé des activités du groupe Polo ou ait instruit DLA Piper d'agir dans le présent différend. Il est parfaitement infondé d'affirmer que les Demandeurs ne sont que des marionnettes ou que ANSI SA serait le véritable bénéficiaire dans la mesure où il est incontesté que les frères de Sutter contrôlent l'ensemble du groupe Polo et qu'ils sont par conséquent les bénéficiaires ultimes du groupe. Ce moyen ne saurait donc être admis.

c. Abus de droit

280. Le Tribunal ne peut pas non plus faire droit à l'argument que cette procédure constituerait un abus de droit. Il rejette plus particulièrement les affirmations que les Demandeurs morcèleraient le différend en cherchant à exclure le litige lié au contrat d'assurance, qui constituerait pourtant le cœur du différend. Les Demandeurs, tout comme Madagascar, ne sont pas parties au contrat d'assurance, qui a été conclu entre PGM et Ny Havana. Le litige contractuel opposant PGM et Ny Havana se déroule devant les juridictions malgaches et ne constitue pas le cœur du différend, qui concerne en réalité la passivité alléguée des forces de l'ordre lors du pillage et la destruction de l'usine, ainsi que les immixtions alléguées du gouvernement dans le litige opposant PGM et Ny Havana.
281. De même, le Tribunal n'accepte pas l'argument que la notification d'un différend et la tentative de le résoudre par voie amiable constituerait un moyen de pression pour amplifier le montant réclamé ou pour contourner les décisions défavorables des juridictions malgaches. Le dossier montre plutôt que les Demandeurs ont initié cette procédure CIRDI après l'annulation de la sentence CCI (pour des motifs qui n'ont pas

de lien avec la responsabilité de l'État) et la survenance d'autres actes de l'État malgache que les Demandeurs estiment être en violation avec le TBI. Enfin, en ce qui concerne l'amplification de la demande, dans la procédure CCI les Demandeurs réclamaient le montant assuré en vertu du contrat d'assurance (montant qui correspond à la voie 2 dans la présente procédure). La demande supérieure présentée au titre de la voie 1 correspond à la valeur totale des actifs de l'usine de PGM, et comprend des frais de conservation et de financement. Le Tribunal ne décèle pas d'abus dans la réclamation de ces divers montants.

282. Ayant rejeté les objections sur la recevabilité, le Tribunal poursuivra par l'examen de la violation de l'obligation de sécurité et protection constantes.

D. RESPONSABILITÉ

1. Sécurité et protection constantes

a. Positions des Parties

i. Position des Demandeurs

283. Les Demandeurs soutiennent que l'omission de mesures préventives et la passivité des forces de l'ordre pendant la destruction de l'usine les 27 et 28 janvier 2009 constituerait une violation de l'obligation de sécurité et protection constantes inscrite à l'article 3(2) du Traité.³¹²

284. Selon les Demandeurs, l'obligation de sécurité et de protection constantes trouverait application dans des situations où l'État reste inactif alors qu'il aurait dû intervenir.³¹³ Il s'agirait d'une obligation de moyens,³¹⁴ une obligation de vigilance ou *due diligence*. Cette obligation est dite « entière » ou « constante », ce qui implique que l'État ne peut se prévaloir de circonstances de crise ou prétexter un manque de ressources pour s'exonérer.³¹⁵ Dès lors, l'exercice d'une vigilance raisonnable serait « une obligation permanente à la charge de l'État, non une prérogative qui serait laissée à sa discrétion ». ³¹⁶

³¹² Mémoire, § 259 ; Réplique, § 574.

³¹³ Mémoire, § 246.

³¹⁴ Mémoire, §§ 251-254 ; Réplique, §§ 578-579 ; *AAPL c. Sri Lanka*, § 85 (RL-16).

³¹⁵ Mémoire, §§ 256-257.

³¹⁶ Réplique, § 580.

285. En l'espèce, affirment les Demandeurs, les autorités malgaches auraient été informées du risque de troubles pesant sur PGM du fait des tensions avec les salariés. PGM aurait avisé le Chef de Région de Mahajanga, autorité responsable de la sécurité publique, de ce risque par courriers des 18 et 22 décembre 2008, mettant en copie le commandant de la gendarmerie et le directeur de la police nationale.³¹⁷ En dépit de ces avertissements, les autorités malgaches seraient restées « inertes » et n'auraient pas pris de mesure préventive.³¹⁸
286. Les forces de l'ordre malgaches auraient en outre fait preuve d'une « totale déficience » lorsqu'il s'est agi d'éviter le pillage et la destruction de l'usine. Elles n'auraient pas adopté de mesure de protection préventive au cours de la journée du 27 janvier 2009,³¹⁹ seraient restées passives une fois sur place,³²⁰ et seraient reparties prématurément.³²¹
287. Plus précisément, les Demandeurs allèguent que les gendarmes seraient arrivés tardivement sur le site, un premier contingent de 15 hommes se présentant vers 17h15 alors que les forces de l'ordre avaient été appelées autour de 15h40. Ensuite, ces forces n'auraient pas sécurisé le site, ce qui aurait permis à la foule d'y pénétrer par le portail nord. Puis elles se seraient repliées derrière un bâtiment au centre du complexe, le bâtiment D, laissant le champ libre aux pilleurs. Un second contingent de 10 à 15 gendarmes arrivé vers 18h30 ne serait pas non plus intervenu et aurait rejoint le premier contingent derrière le bâtiment D. Enfin, la moitié des gendarmes seraient partis vers 19h30 pour aller dîner et les autres auraient quitté le site vers 00h30, alors que l'usine avait été investie par les manifestants une heure auparavant. Peu après, aux dires des Demandeurs, elle sera pillée et incendiée.
288. En s'appuyant sur le rapport de leur expert en sécurité, M. Guérineau, les Demandeurs allèguent encore qu'il aurait été facile de protéger l'usine et que Madagascar disposait des moyens nécessaires. M. Guérineau explique qu'il aurait été facile de protéger

³¹⁷ Mémoire, §§ 261-264 ; Première lettre du Directeur général de l'usine M. Bernard Iserentant au Chef de Région, avec copie au Commandant de la Gendarmerie et au Directeur de la Police Nationale du 18 décembre 2008 (R-9) ; Deuxième lettre du Directeur général de l'usine M. Bernard Iserentant au Chef de Région, avec copie au Commandant de la Gendarmerie et au Directeur de la Police Nationale du 22 décembre 2008 (R-10).

³¹⁸ Mémoire, § 267.

³¹⁹ Mémoire, §§ 268-278 ; Réplique, § 612.

³²⁰ Mémoire, §§ 279-283 ; Réplique, § 612.

³²¹ Mémoire, §§ 284-289 ; Réplique, § 612.

l'usine par des mesures simples ayant un important effet dissuasif.³²² Il estime aussi que Madagascar disposait des moyens matériels et humains pour protéger l'usine, mais que les moyens déployés étaient insuffisants. Selon lui, les autorités auraient dû agir en amont en mettant en place un dispositif de surveillance quotidienne du site, tels que des postes de surveillance aux entrées ou un système de patrouille.³²³ Il constate ensuite que les forces de l'ordre n'ont « pas cherché à prendre le contrôle des portails de l'Entrée Nord ou de l'Entrée Ouest, ni à créer des zones de barrières à l'avancée des manifestants à l'intérieur du site ». ³²⁴ Elles auraient dû bloquer les portails avec un véhicule et procéder à des tirs de sommation pour disperser la foule.³²⁵ Les zones de quadrillages en rouge sur le schéma du déroulement des émeutes (voir ci-dessus paragraphe 82) montrent les endroits où les gendarmes auraient pu stopper la foule.³²⁶ Enfin, M. Guérineau estime que le départ prématuré des forces de l'ordre était « injustifié », puisque des forces de sécurité ne sont jamais censées abandonner le terrain avant la fin des événements.³²⁷

289. Enfin, les Demandeurs réfutent le bien-fondé des causes d'exonération invoquées par Madagascar.³²⁸ La réserve de l'ordre public dans la proposition introductive de l'article 3(2) du Traité n'énoncerait pas une cause d'exonération de responsabilité³²⁹ et n'envisagerait que des mesures nécessaires alors que Madagascar se limite à des considérations générales en rapport avec la crise politique à Antananarivo sans lien avec les événements à Mahajanga.³³⁰ En outre, Madagascar ne démontrerait pas que les conditions de la force majeure, de la détresse, de l'état de nécessité ou du *jus cogens* seraient satisfaites.³³¹

³²² Rapport d'expert de M. Ludovic Guérineau du 8 février 2019.

³²³ Rapport d'expert de M. Ludovic Guérineau du 8 février 2019, p. 20.

³²⁴ Rapport d'expert de M. Ludovic Guérineau du 8 février 2019, p. 20.

³²⁵ Rapport d'expert de M. Ludovic Guérineau du 8 février 2019, p. 21.

³²⁶ Schéma du déroulement des émeutes du 27 janvier 2009 sur le plan du site SICP et alternatives disponibles aux gendarmes malgaches pour protéger l'usine (R-189) ; Rapport d'expert de M. Ludovic Guérineau du 8 février 2019, p. 20.

³²⁷ Rapport d'expert de M. Ludovic Guérineau du 8 février 2019, p. 22.

³²⁸ Réplique, § 645.

³²⁹ Réplique, § 649.

³³⁰ Réplique, § 650.

³³¹ Réplique, §§ 653-663.

ii. Position de la Défenderesse

290. La Défenderesse nie avoir violé l'obligation de protection et de sécurité constantes. Elle soutient tout d'abord que les Demandeurs n'ont pas droit à réparation en raison d'une renonciation, ou de l'application du principe de la bonne foi, de l'*estoppel* ou de la prescription quadriennale.³³² Il en irait ainsi parce que les Demandeurs auraient attendu plus de neuf ans avant de formuler une réclamation, après avoir dit pendant des années que le dommage avait été causé par leurs propres employés.³³³
291. Quant au standard de protection, selon Madagascar, l'article 3(2) du Traité énoncerait une obligation « définie ou qualifiée » en ce sens qu'une violation ne peut avoir lieu qu'en présence d'une « mesure injustifiée ou discriminatoire »,³³⁴ mesure inexistante en l'espèce.³³⁵ Ensuite, l'obligation de protection et de sécurité renverrait à la diligence raisonnable du droit international coutumier³³⁶ et constituerait une obligation de moyens qui s'apprécie au regard du traitement accordé aux nationaux et des moyens à disposition de l'État.³³⁷
292. S'agissant des faits, la Défenderesse conteste les affirmations des Demandeurs sur le déroulement de la journée du 27 janvier 2009 tout comme des événements en amont. Les autorités malgaches n'auraient pas été dument averties, les deux lettres invoquées ne sollicitant pas d'intervention « directe et explicite » et se limitant à faire parvenir une copie au commandant de la gendarmerie et au directeur de la police nationale.³³⁸
293. Concernant les événements du 27 janvier 2009, la Défenderesse affirme que la version des faits présentée par les Demandeurs « ne repose sur aucun élément de preuve objectif ou sérieux ». ³³⁹ Elle estime que les constatations du Directeur de sécurité, M. Rafanomezantsoa, souffrent d'inexactitudes et de contradictions ce qui leur enlève

³³² Duplique, §§ 717-742.

³³³ Duplique, § 718.

³³⁴ Contre-Mémoire, § 678 ; Duplique, § 746.

³³⁵ Contre-Mémoire, § 679.

³³⁶ Duplique, §§ 752-754.

³³⁷ Contre-Mémoire, §§ 680-687 ; Duplique, §§ 755-776.

³³⁸ Contre-Mémoire, §§ 697-698.

³³⁹ Duplique, § 799.

toute crédibilité. Quant au rapport de M. Guérineau, il reposerait sur les faits tels que relatés par M. Rafanomezantsoa, de sorte qu'il devrait également être ignoré.³⁴⁰

294. Madagascar note que les forces de l'ordre auraient bien traité la demande d'intervention de PGM, qu'elles auraient réussi dans un premier temps à dissiper les milliers d'attaquants, qu'un second convoi de gendarmes serait venu renforcer le premier portant le nombre des membres des forces de l'ordre à 45 et non pas 25 ;³⁴¹ qu'il y aurait eu des tirs de sommation pour disperser la foule et que les forces de l'ordre n'auraient pas participé aux actes de pillage.³⁴² La Défenderesse observe aussi que d'autres sociétés sur le site SICP auraient été pillées, y compris un bureau de douane de l'État,³⁴³ ce qui démontrerait que l'État n'avait pas les moyens d'assurer la protection de ses propres « centres de pouvoir et de souveraineté », à l'instar du palais présidentiel à Antananarivo qui n'avait pas non plus été défendu contre les émeutiers.³⁴⁴
295. Par rapport aux moyens à disposition de l'État et sa prétendue pauvreté, Madagascar souligne que les moyens étaient « rudimentaires et limités », ³⁴⁵ tout en expliquant aussi qu'elle est effectivement intervenue. Elle ajoute encore qu'un investisseur « qui cause une situation de désordre social généralisé ne peut plus reprocher à l'État sa passivité ou sa mauvaise réaction ». ³⁴⁶
296. En tout état de cause, Madagascar insiste sur les graves tensions politiques et sociales qui auraient secoué le pays en janvier 2009. Elle met en avant que les événements du 27 janvier 2009 se seraient produits « lors d'une révolution, d'une révolte et d'un conflit armé » suffisant pour exonérer l'État « de toute vigilance ». ³⁴⁷ Comme les moyens des forces de l'ordre étaient rudimentaires, le Président aurait décidé de sacrifier la protection de la propriété privée pour sauver des vies humaines.³⁴⁸ Dès lors, la Défenderesse considère être exonérée au vu de l'exception relative à l'ordre public

³⁴⁰ Duplique, § 822.

³⁴¹ Contre-Mémoire, § 715 ; Procès-verbal de constat, état des lieux réalisé par l'Huissier de justice du 30 janvier 2009 (R-115).

³⁴² Contre-Mémoire, § 718.

³⁴³ Contre-Mémoire, § 722.

³⁴⁴ Contre-Mémoire, §§ 723-724.

³⁴⁵ Contre-Mémoire, § 688.

³⁴⁶ Contre-Mémoire, § 727.

³⁴⁷ Duplique, § 790.

³⁴⁸ Contre-Mémoire, §§ 719-726.

figurant à l'article 3(2) du Traité.³⁴⁹ Elle le serait également sur le fondement du droit international général, plus spécifiquement de la force majeure, de la détresse, ou de l'état de nécessité, voire même d'une norme de *jus cogens* préconisant la préservation des vies humaines.³⁵⁰

b. Analyse

i. La garantie applicable

297. L'article 3(2) du TBI énonce l'obligation de sécurité et protection constantes dans les termes suivants :

Sous réserve des mesures nécessaires liées à l'ordre public, aux bonnes mœurs, à la santé publique et à la protection de l'environnement, ces investissements jouiront d'une sécurité et d'une protection constantes, excluant toute mesure injustifiée ou discriminatoire qui pourrait entraver, en droit ou en fait, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance ou la liquidation desdits investissements.³⁵¹

298. Tout en énonçant l'obligation de l'État hôte d'accorder aux investissements étrangers une sécurité et une protection constantes, cette disposition réserve les « mesures nécessaires » liées à quatre objets, dont seul le maintien de l'ordre public est pertinent ici.

299. La garantie de sécurité et de protection constantes a pour but principal de protéger l'investissement ou l'investisseur contre des violences physiques,³⁵² même si la jurisprudence récente indique une évolution vers un champ de protection plus large.³⁵³

³⁴⁹ Contre-Mémoire, § 733 ; Duplique, §§ 824-840.

³⁵⁰ Contre-Mémoire, §§ 734-739 ; Duplique, §§ 841-45.

³⁵¹ Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la République de Madagascar concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements du 29 septembre 2005, Article 3(2) (RL-1).

³⁵² *Saluka Investments BV (The Netherlands) c. République Tchèque*, CNUDCI, Sentence partielle, 17 mars 2006, §§ 483-484 (DL-84) (« *Saluka c. République Tchèque* ») ; *Monsieur Joseph Houben c. République du Burundi*, Affaire CIRDI n° ARB/13/7, Sentence, 12 janvier 2016, § 157 (RL-49) (« *Joseph Houben c. Burundi* »).

³⁵³ *Renée Rose Levy c. République du Pérou*, Affaire CIRDI n° ARB/10/17, Sentence, 26 février 2014, § 406 ; *National Grid P.L.C. c. République argentine*, CNUDCI, Sentence, 3 novembre 2008, § 189.

300. Il est incontesté que l'obligation de sécurité et protection constantes n'est pas absolue comme l'a dit la Cour internationale de justice dans l'arrêt *ELSI* :

Il n'est pas possible de voir dans l'octroi « de la protection et de la sécurité ... constantes » prévu à l'article V la garantie qu'un bien ne sera jamais, en quelque circonstance que ce soit, l'objet d'une occupation ou de troubles de jouissance.³⁵⁴

301. En d'autres termes, l'article 3(2) du TBI impose à l'État une obligation d'adopter des mesures raisonnables pour protéger les investissements étrangers compte tenu de toutes les circonstances.³⁵⁵ Il s'agit d'une obligation de moyens, non de résultat. Dans *AAPL c. Sri Lanka*, le tribunal a estimé que l'obligation exigeait une vigilance objective, une simple absence de diligence suffisant à engager la responsabilité de l'État.³⁵⁶

302. Le tribunal *AMT c. Zaïre* a considéré que l'obligation fondée sur le traité ne pouvait en tout état de cause être inférieure au standard minimum de vigilance exigé par le droit international coutumier.³⁵⁷ Celui-ci a été décliné de la manière suivante par l'arbitre Max Huber dans le différend interétatique des *biens britanniques au Maroc espagnol* :

[U]n État ne pourra pas exiger qu'un autre État, lésé dans les intérêts de ses ressortissants, reste indifférent si des possibilités de secours

³⁵⁴ *Affaire de l'Elettronica Sicula s.p.a. (ELSI) (États-Unis d'Amérique c. Italie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1989, § 108 (DL-85) (« *Elettronica Sicula s.p.a. (ELSI)* »). Voir aussi : *Wena Hotels Limited c. République arabe d'Égypte*, Affaire CIRDI n° ARB/98/4, Sentence, 8 décembre 2000, § 84 (RL-159) (« *Wena c. Égypte* ») ; *Saluka c. République tchèque*, § 484 (DL-84) ; *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. États-Unis mexicains*, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/00/2, Sentence, 29 mai 2003, § 177 (DL-83).

³⁵⁵ *South American Silver Limited c. État plurinational de Bolivie*, Affaire CPA n° 2013-15, Sentence, 30 août 2018, § 687 ; *El Paso c. Argentine*, § 523 (DL-77).

³⁵⁶ *AAPL c. Sri Lanka*, § 77 (RL-16). Voir aussi : *American Manufacturing & Trading, Inc. c. République du Zaïre*, Affaire CIRDI n° ARB/93/1, Sentence, 21 février 1997, § 6.05 (RL-14) (« *AMT c. Zaïre* ») (« *The obligation incumbent upon Zaire is an obligation of vigilance, in the sense that Zaire as the receiving State of investments made by AMT, an American company, shall take all measures necessary to ensure the full enjoyment of protection and security of its investment and should not be permitted to invoke its own legislation to detract from any such obligation* ») ; *Wena c. Égypte*, §§ 84-85 (RL-159) ; *Parkerings-Compagniet AS c. République de Lituanie*, Affaire CIRDI n° ARB/05/8, Sentence, 11 septembre 2007, § 355.

³⁵⁷ *AMT c. Zaïre*, § 6.06 (RL-14) (« *These treatments of protection and security of investment required by the provisions of the BIT [...] must be in conformity with [the host State's] applicable national laws and must not be any less than those recognized by international law. For the Tribunal, this last requirement is fundamental for the determination of the responsibility of [the host State]. It is thus an objective obligation which must not be inferior to the minimum standard of vigilance and of care required by international law* »). Le Tribunal note que dans *Noble Ventures* le standard conventionnel de protection et sécurité constante n'avait pas été jugé être pas plus exigeant que celui découlant du droit international général, alors que dans *Azurix*, le langage de la disposition du traité avait amené le tribunal à la conclusion que le standard conventionnel était plus exigeant que le standard de droit coutumier. Cp. *Noble Ventures, Inc. c. Roumanie*, Affaire CIRDI n° ARB/01/11, Sentence, 12 octobre 2005, § 164 et *Azurix Corp. c. République argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/01/12, Sentence, 14 juillet 2006, § 361.

sont, sans raison plausible, manifestement négligées, ou si les autorités, averties en temps utile, ne prennent aucune mesure de prévention, ou si, encore, la protection n'est pas accordée dans des conditions légales aux ressortissants de toutes les nations.³⁵⁸

303. L'obligation de sécurité et de protection constantes vise les actions dommageables de tiers,³⁵⁹ de même que celles perpétrées par les organes et représentants de l'État. Dans les termes de *Biwater Gauff*, l'obligation n'est pas « *limited to a State's failure to prevent actions by third parties, but also extends to actions by organs and representatives of the State itself* ». ³⁶⁰ La jurisprudence admet aussi que la garantie couvre tant les actions que les omissions de l'État. ³⁶¹
304. La jurisprudence précise par ailleurs que l'État-hôte engage sa responsabilité s'il était au courant (ou devait être au courant) d'un risque d'atteinte physique à un investissement en raison d'agissements hostiles de la part de parties tierces, et qu'il n'a pas adopté les mesures adéquates et raisonnables dans les limites des moyens à sa disposition. ³⁶² Ni l'article 3(2) du TBI, ni le droit international général n'exigent que l'investisseur demande expressément l'intervention de l'État. Il suffit que l'État soit au courant d'un risque pour déclencher l'obligation de vigilance.
305. En l'occurrence, tout en étant d'accord sur le fait que l'obligation de sécurité et de protection constantes est une obligation de moyens, les Parties divergent,

³⁵⁸ *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne c. Royaume-Uni)*, 1^{er} mai 1925, Recueil des Sentences Arbitrales, V II, p. 642 (DL-86) (« *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol* »).

³⁵⁹ *Antaris Solar GmbH et Dr. Michael Göde c. République tchèque*, Affaire CPA n° 2014-01, Sentence, 2 mai 2018, § 362 (« *The FPS standard reflects the traditional obligation under international law to protect aliens from acts of non-state parties* »).

³⁶⁰ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. République unie de Tanzanie*, Affaire CIRDI n° ARB/05/22, Sentence, 24 juillet 2008, § 730 (DL-110). Voir aussi : *Frontier Petroleum Services Ltd c. République tchèque*, CNUDCI, Sentence finale, 12 novembre 2010, § 261 (« *[T]he host state is under an obligation to take active measures to protect the investment from adverse effects that stem from private parties or from the host state and its organs* »).

³⁶¹ *CME Czech Republic B.V. c. République tchèque*, CNUDCI, Sentence partielle, 13 septembre 2001, § 613 (DL-109).

³⁶² *Joseph Houben c. Burundi*, § 161 (RL-49) (« [L]'obligation est généralement comprise comme exigeant que l'État prenne des mesures raisonnables en son pouvoir lorsqu'il est, ou devait être, au courant d'un risque de dommage ») ; *MNSS B.V. et Recupero Credito Acciaio N.V. c. Monténégro*, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/12/8, Sentence, 4 mai 2016, § 356 (« *MNSS c. Monténégro* ») (RL-162) (« *[T]he standard of 'most constant protection and security' requires the Government to have a more pro-active attitude to ensure the protection of persons and property in the circumstances of ZN, particularly when it had been forewarned* ») ; *Wena c. Égypte*, § 84 (RL-159) (« *[T]here is substantial evidence that Egypt was aware of EHC's intentions to seize the hotels and took no actions to prevent EHC from doing so* ») ; *Ampal-American Israel Corporation et autres c. République arabe d'Égypte*, Affaire CIRDI n° ARB/12/11, Décision sur la responsabilité et les chefs de dommages, 21 février 2017, § 289 (RL-161) (« *Ampal c. Égypte* »).

premièrement, lorsqu'il s'agit de savoir si elle constitue une simple prérogative laissée à la discrétion de l'État, comme le soutient Madagascar,³⁶³ ou un devoir permanent à la charge de l'État, comme l'affirment les Demandeurs.³⁶⁴ Deuxièmement, le désaccord s'étend à la question de savoir si l'article 3(2) énonce une obligation « définie ou qualifiée » qui ne trouve application qu'en présence d'une mesure injustifiée ou discriminatoire.³⁶⁵ En troisième et quatrième lieux, les Parties sont divisées à propos de la prise en compte du traitement accordé aux nationaux et des moyens à la disposition de l'État pour évaluer la nature raisonnable de la vigilance.³⁶⁶ Elles s'opposent en dernier lieu quand il s'agit de déterminer si l'obligation de vigilance s'efface dans des situations de trouble telles que révolutions, révoltes ou conflits armés.

306. En commençant par la première de ces divergences, la lecture de l'article 3(2) montre que le traité instaure une *obligation* par l'utilisation du futur qui dénote l'impérativité (« jouiront »), non par une prérogative discrétionnaire, et que cette obligation est « constante », soit permanente.³⁶⁷
307. Le deuxième sujet divisant les Parties a trait à la nécessité d'une mesure injustifiée ou discriminatoire pour déclencher le devoir de protection. Selon Madagascar, le fait que les termes « excluant toute mesure injustifiée ou discriminatoire » soient placés après une virgule qualifierait le sens de l'obligation posée juste avant la virgule.³⁶⁸ Le Tribunal ne partage pas cette lecture. Les mots « excluant toute mesure injustifiée ou discriminatoire » apportent une précision, à savoir que telles mesures sont en tout état de cause interdites. Ils ne limitent pas l'étendue de l'obligation, comme cela aurait été le cas en présence d'une formule restrictive telle « en présence d'une mesure injustifiée ou discriminatoire ». De surcroît, la référence à des mesure injustifiées ou discriminatoires vise forcément un comportement de l'État. Or, comme il a été soulevé plus haut, l'obligation de protection n'est pas limitée aux atteintes portées par l'État.

³⁶³ Contre-Mémoire, § 680.

³⁶⁴ Réplique, § 580.

³⁶⁵ Contre-Mémoire, § 678.

³⁶⁶ Contre-Mémoire, § 681.

³⁶⁷ Dans le même sens, *AAPL c. Sri Lanka*, § 50 (RL-16) (« [T]he addition of words like 'constant' or 'full' to strengthen the required standards of 'protection and security' could justifiably indicate the Parties' intention to require within their treaty relationship a standard of 'due diligence' higher than the 'minimum standard' of general international law »).

³⁶⁸ Duplique, § 746.

Cette constatation confirme que la mention de mesures injustifiées ou discriminatoires ne peut être censée limiter le champ de l'obligation.

308. Le troisième point de désaccord concerne la prise en considération du traitement accordé aux nationaux pour apprécier le caractère raisonnable de l'intervention de l'État. Le texte de l'article 3(2) ne fait nullement référence au traitement national, ce dernier étant prévu à l'article 4 comme une obligation autonome. Comme il a été observé dans *Too c. Greater Modesto*, le fait qu'un investisseur étranger reçoive un traitement inférieur à celui dont jouissent les nationaux est un indicateur que la protection offerte par l'État hôte à l'investisseur étranger n'est pas raisonnable.³⁶⁹ Il n'en découle toutefois pas qu'en l'absence de référence exprès dans le TBI, il faille élever le traitement accordé aux nationaux comme critère d'évaluation du comportement de l'État à l'aune de l'article 3(2). La décision *ELSI* sur laquelle Madagascar s'appuie n'est pas topique, car la disposition du traité qui y était applicable stipulait expressément que la protection et la sécurité « ne devront pas être inférieures à celles qui sont ou seront accordées aux ressortissants, sociétés et associations de l'autre Haute Partie contractante ».³⁷⁰
309. Le quatrième désaccord a pour objet l'évaluation du caractère raisonnable des mesures exigées de l'État et en particulier la prise en compte des circonstances et des ressources de l'État. Il semble incontesté au vu de la jurisprudence que ces deux éléments jouent un rôle dans l'appréciation du respect de l'obligation. Le critère des circonstances appelle évidemment une analyse *in concreto*, le niveau de sécurité dans l'État hôte au moment d'y investir et la connaissance des risques existants par l'investisseur ;³⁷¹ la situation générale dans le pays au moment des faits ayant mené à l'atteinte à l'investissement,³⁷² l'auteur, le nombre et la durée des atteintes de même

³⁶⁹ *Emanuel Too c. Greater Modesto Insurance Associates et les États-Unis d'Amérique*, Affaire IUSCT Case n° 880 (460-880-2), Sentence, 29 décembre 1989, § 22 (DL-87) (« *Emanuel Too c. Greater Modesto* ») (« *Ordinarily, the standard of police protection for foreign nationals is unreasonable if it is less than is provided generally for the State's nationals* »).

³⁷⁰ *Elettronica Sicula s.p.a (ELSI)*, §§ 102-104 (DL-85).

³⁷¹ *Pantehniki c. Albanie*, §§ 81-82 (DL-64) (« *An investor investing in an area with endemic civil strife and poor governance cannot have the same expectation of physical security as one investing in London, New York or Tokyo. Ms Dourou's testimony was very clear. As Project Manager she was the Claimant's eyes and ears on the ground. She depicted in striking terms an environment of desolation and lawlessness which she and her team encountered upon arrival in 1994. The Claimant cannot say today that it felt entitled to rely on a high standard of police protection* »). (Notes de bas de page omises).

³⁷² *Ampal c. Egypte*, § 284 (RL-161) (« *At the outset, the Tribunal acknowledges that the circumstances in the North Sinai Egypt were difficult in the wake of the Arab Spring Revolution. Armed militant groups took advantage of the political instability, security deterioration and general*

que la réactivité de l'État,³⁷³ le rôle de l'investisseur dans la survenance de troubles causant le dommage à l'investissement ;³⁷⁴ le moment où l'État a pris connaissance du risque, notamment lorsque les autorités ont été averties en temps utile et qu'elles n'ont pas pris de mesure de prévention.³⁷⁵

310. En ce qui concerne les capacités de l'État, la jurisprudence relève surtout le niveau de développement de l'État et les moyens dont il dispose pour parer à un risque d'atteinte à l'investissement. Le tribunal dans *Pantechniki*, citant Newcombe et Paradell, évoque un « *civic disorder which could have been readily controlled by a powerful state but which overwhelms the limited capacities of one which is poor and fragile* ». ³⁷⁶
311. Enfin, les Parties divergent sur la question de savoir si l'obligation de vigilance s'efface dans des « circonstances spéciales » telles qu'une révolution, une révolte ou un conflit armé. Plus spécifiquement, Madagascar prétend que l'article 7(4) du TBI exclurait l'application de l'article 3(2), et que le principe de non-responsabilité s'appliquerait au titre du droit international général en cas de révolte ou de guerre civile.
312. L'article 7(4) se lit comme suit :

Les investisseurs de l'une des Parties contractantes dont les investissements auraient subi des dommages dus à une guerre ou à tout autre conflit armé, révolution, état d'urgence national ou révolte survenu sur le territoire de l'autre Partie contractante, bénéficieront, de la part de cette dernière, d'un traitement au moins égal à celui accordé aux investisseurs de la nation la plus favorisée en ce qui concerne les

lawlessness that ensued in the North Sinai to perpetrate the attacks on the Trans-Sinai Pipeline »). (Notes de bas de page omises).

³⁷³ *Joseph Houben c. Burundi*, § 160 (RL-49) (« Un État n'est pas en mesure d'assurer le même niveau de protection contre la conduite de tiers que celle qu'il doit assurer en ce qui concerne la conduite de ses propres organes »).

³⁷⁴ *Elettronica Sicola s.p.a. (ELSI)*, § 108 (DL-85).

³⁷⁵ *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol*, V-II, p. 642 (DL-86) (« [U]n État ne pourra pas exiger qu'un autre État, lésé dans les intérêts de ses ressortissants, reste indifférent si des possibilités de secours sont, sans raison plausible, manifestement négligées, ou si les autorités, averties en temps utile, ne prennent aucune mesure de prévention, ou si, encore, la protection n'est pas accordée dans des conditions légales aux ressortissants de toutes les nations »).

³⁷⁶ *Pantechniki c. Albanie*, § 77 (DL-64). Voir aussi : *MNSS c. Monténégro*, § 351 (RL-162) ; *Joseph Houben c. Burundi*, § 163 (RL-49) ; *Ronald S. Lauder c. République tchèque*, CNUDCI, Sentence finale, 3 septembre 2001, § 308 (DL-21) ; *Emanuel Too c. Greater Modesto*, § 22 (DL-87). Certaines sentences arbitrales, comme *AAPL c. Sri Lanka* et *Hesham Talaat M. Al-Warraq c. République d'Indonésie*, CNUDCI, Sentence finale, 15 décembre 2014, font référence à un standard plus objectif visant ce qui peut être attendu d'un « *reasonably well organized modern state* » (*AAPL*) ou « *well administered government* » (*Al Warraq*). Ce nonobstant, le Tribunal se rallie à la jurisprudence citée plus haut qui prend en considération les circonstances de l'espèce, dont le niveau de développement.

restitutions, indemnisations, compensations ou autres dédommagements.

313. Le Tribunal ne peut suivre l'argument de la Défenderesse selon lequel l'article 7(4) exclurait l'application de toutes les autres protections du TBI, dont l'article 3(2). À supposer qu'elle s'applique en l'espèce, cette disposition constitue une protection complémentaire en ce qu'elle assure un traitement en matière de réparation « au moins égal à celui accordé aux investisseurs de la nation la plus favorisée ». C'est dire que l'article 7(4) n'exclut pas la responsabilité ; il ne vise que la réparation.
314. Ayant ainsi délimité les contours de l'obligation de sécurité et de protection constantes, le Tribunal examinera maintenant si Madagascar a violé cette obligation en raison de la passivité des autorités malgaches (ii). Dans l'affirmative, il évaluera ensuite si le comportement de Madagascar est exonéré en raison de la nécessité de maintenir l'ordre public (iii) ou sur le fondement du droit international général (iv). Il déterminera enfin si les Demandeurs doivent être privés de réparation pour cause de renonciation ou sur la base du principe de la bonne foi ou de l'*estoppel*, de la prescription, ou encore parce qu'ils seraient à l'origine du dommage (v).

ii. La passivité des autorités malgaches

315. Les Demandeurs reprochent à Madagascar une « totale déficience de l'intervention » des forces de l'ordre en vue de prévenir le pillage et la destruction de leur usine lors des événements du 27 et 28 janvier 2009.³⁷⁷ Plus précisément, ils se plaignent de (i) l'absence de toute mesure préventive dans les semaines et mois précédant la destruction, nonobstant les avertissements et demandes d'intervention, (ii) l'absence de mesures préventives au cours de la journée du 27 janvier 2009, (iii) la passivité et l'inefficacité des forces de l'ordre sur place, et (iv) le départ prématuré des forces de l'ordre alors que le pillage et la destruction de l'usine étaient en cours.³⁷⁸
316. Madagascar répond qu'elle n'était pas au courant du risque de dommage et que les Demandeurs n'ont pas averti les autorités malgaches ni demandé leur intervention.³⁷⁹ Elle estime qu'en tout état de cause elle a adopté des mesures préventives utiles³⁸⁰ et reproche à PGM d'avoir causé le désordre en mettant ses salariés au chômage

³⁷⁷ Réplique, § 612.

³⁷⁸ Réplique, § 612.

³⁷⁹ Duplique, §§ 801-802.

³⁸⁰ Duplique, §§ 803-807.

technique et en refusant de payer leurs salaires, tout en ayant, elle, omis de prendre des mesures de prévention.³⁸¹

317. Les événements des 27 et 28 janvier 2009 sont relatés dans un compte-rendu établi le second jour, le 28 janvier 2009, par le directeur adjoint de l'entreprise de gardiennage employée par PGM, Georges Rafanomezantsoa.³⁸² Ils sont également reproduits dans un procès-verbal de constat du 30 janvier 2009 dressé par l'huissier de justice près les cours et tribunaux de Mahajanga, Me Jean Théodore Rasamoelson.³⁸³ Le dossier contient encore un autre document non daté, dont l'auteur est également M. Rafanomezantsoa, intitulé « Rapport de mouvement de foule violant sur la propriété privée – SICP et portant atteinte aux biens et aux personnes le 27 janvier 2009 »,³⁸⁴ de même qu'une déposition écrite de M. Rafanomezantsoa du 15 décembre 2016,³⁸⁵ rédigée quelques semaines avant le décès de ce dernier.³⁸⁶

318. Dans son compte-rendu du 28 janvier 2009, à savoir du jour suivant la nuit pendant laquelle l'usine a été détruite, M. Rafanomezantsoa fait une description des faits intitulée « Compte rendu de l'évènement du 27 janvier 2009 à SICP », qu'il est utile de citer dans son intégralité :

- L'information concernant la tenue d'une manifestation et, qui sera suivi [sic], d'un mouvement populaire a été [sic] parvenue aux Responsables de la sécurité ZEUS le 27/01/09 vers 7h00. Dès cet instant, les cadres s'étaient organisés pour mettre en place des dispositions afin de faire face à une éventuelle dérive de la situation.
- Puis vers 14h30, des rumeurs circulaient que les participants à ce mouvement populaire descendraient sur le site SICP et s'attaqueraient à l'usine PGM (Polo Garments)
- Les responsables techniques de la sécurité du site s'étaient réunis tout de suite afin d'évaluer le [sic] situation et étudier les précautions à prendre, dont entre autres : le renfort des agents sur

³⁸¹ Duplique, §§ 812, 814.

³⁸² Compte-rendu de M. Georges Rafanomezantsoa, Directeur adjoint de la société de sécurité Zeus Guard's Toky du 28 janvier 2009 (R-111).

³⁸³ Procès-verbal de constat, état des lieux réalisé par l'Huissier de justice du 30 janvier 2009 (R-115).

³⁸⁴ Rapport de M. Georges Rafanomezantsoa, Directeur adjoint de la société de sécurité Zeus Guard's Toky (non daté) (R-112).

³⁸⁵ Déposition écrite de M. Georges Rafanomezantsoa du 15 décembre 2016 (R-113).

³⁸⁶ Acte de décès de Monsieur Georges Rafanomezantsoa le 29 décembre 2016, délivré le 24 août 2017 et traduction certifiée (R-114).

place, prévenir les 2 responsables du site (M. Valentin RAZAFINDRAKOTO de SICP et M. Iserentant de PGM)

- Vers 15h40, des centaines de personnes commençaient déjà à s'attrouper du côté du CSB SOTEMA.
- Entretemps, le responsable de la sécurité ZEUS et M. Valentin ont demandé du renfort auprès de la gendarmerie, compte tenu du surnombre des manifestants, soit plusieurs centaines de personnes.
- Environ vers 17h00 la foule était descendue vers le portail ouest et avait commencé à lancer des pierres sur les agents de sécurité. 50 personnes environ entraient en force dans le site et commençaient à ouvrir le portail des bâtiments H et K. La foule restait derrière le portail. Comme il n'y avait que des sacs de ciments, ils sont un peu déçus. En même temps, les agents de sécurité leur ont dit que les gendarmes vont venir et ils ont quitté rapidement les lieux. Cette foule a rejoint le portail Nord se trouvant sur la RN4 et a informé les autres qu'il n'y avait pas des sacs de riz sur le côté PGM. Le lancement des pierres commençaient [sic].
- A 17h15 environ, le 1er convoi de la gendarmerie composé de 15 éléments arrivaient [sic] sur les lieux mais les manifestants avaient déjà forcé le portail principal du site. Les cambriolages et les actes de vandalisme commençaient sous les yeux de [sic] forces de l'ordre. Il paraît que les éléments de la gendarmerie n'ont pas reçu l'ordre de tirer donc les cambrioleurs étaient libres de toute action. En même temps, le Directeur du Site et le Responsable de ZEUS avaient continué la négociation auprès des forces de l'ordre pour disperser les manifestants et les cambrioleurs par des tirs en l'air mais en vain.
- Aussitôt, le Directeur du Site informe le 1er Responsable de la gendarmerie que les cambriolages continuent et que les éléments sur place n'intervenaient pas. Il a promis d'envoyer un 2ème convoi.
- A 18h30, le deuxième convoi de 15 éléments de la gendarmerie était arrivé sur place et ils ont tiré en l'air pour disperser les cambrioleurs. Ces derniers ont quitté les lieux mais en même temps ils avaient lancé des pierres à l'endroit des gendarmes et il y avait eu deux blessés. Les éléments de la gendarmerie se sont rétractés. Les actes de vandalisme ont repris.
- Vers 0h30, les éléments de la gendarmerie ont quitté les lieux. Les cambrioleurs continuaient toujours leurs actes.
- Vers 2h30 du matin, la foule s'était enfin dispersée à l'arrivée d'une délégation composée de : M. Valentin (SICP), M. Jaes (Locataire de SICP), M. Georges (DAS ZEUS), 5 gendarmes armées [sic], et 3 autres agents de sécurité de ZEUS.
- A signaler que l'incendie au niveau du magasin W (PGM) ne fût éteint qu'à 15h le 28 janvier malgré l'intervention de l'équipe ZEUS

et les sapeurs pompiers de la CUM. Tandis que l'extinction de feu sur les trois autres bâtiments (U, G1, EI) s'est terminée dans la matinée à 8h.³⁸⁷

319. Le compte rendu non daté est plus détaillé. Il est néanmoins expédient d'en reproduire de larges extraits. Le récit commence par l'après-midi du 27 :

En date du 27/01/09 vers 14h30, nous responsable de ZEUS Guard's Toky, avons entendu que les manifestants de la ville de Mahajanga devaient se rendre sur le village de Sotema chez SICP. De ce fait, on a organisé une réunion extraordinaire. On a pris la décision d'informer les responsables [...]

[...] le Directeur du Site nous a demandé de faire une descente commune sur les lieux pour voir la situation exacte.

Sur le bord de la route menant à la SICP, on a constaté des curieux qui s'attroupaient surtout au niveau du dispensaire CSB où se trouve le croisement vers le portail Ouest [...] on a recommandé vigilance aux agents de sécurité chargés de la surveillance du portail ouest au nombre de 04 avec le chef d'équipe.

Nous avons décidé de faire appel aux forces de l'ordre (EMMOFAR) commandées par un officier de la gendarmerie. [...] Ce dernier nous confirme que des éléments vont être détachés à la SICP. Entre temps, devant le Site, la foule s'est multipliée environ par 10. Vu la situation, on a refait un appel à la gendarmerie, on a insisté sur le fait que les éléments qu'ils ont envoyé [sic] ne sont pas encore arrivés. La foule (400-500 personnes environ) est descendue vers le portail Ouest (entrée PGM).

Positionnée derrière le portail ouest, la foule a demandé à la Sécurité d'ouvrir le portail pour prendre du riz. Les Agents de Sécurité ont répondu qu'il n'y avait pas de riz sur le site et qu'ils n'avaient pas le droit de les faire pénétrer [sic] sur le Site. La foule s'est montrée violente contre les Agents de Sécurité et a lancé des cailloux en direction du poste de Sécurité. Ceux-ci se sont réfugiés derrière les bâtiments. Le portail a été forcé, la foule a pu entrer. 50 personnes environ se sont dirigées vers les magasins de stockage aux bâtiments H, K, et autres. Le reste de la foule est resté dehors.

320. En fin d'après-midi, le premier convoi des forces de l'ordre cherche à intervenir sans succès, puis renonce et se met à l'abri :

Vers 17h15, 15 éléments de l'EMMOFAR venant du portail nord se sont dirigés sur la porte Ouest (entrée PGM). Les 50 personnes sont sorties hors du site, à la vue des Forces de l'ordre, sans doute impressionnées par ces derniers. Alertant la foule qui était restée dehors, ils ont confirmé qu'il n'y avait pas de riz dans les bâtiments H,

³⁸⁷ Compte-rendu de M. Georges Rafanomezantsoa, Directeur adjoint de la société de sécurité Zeus Guard's Toky du 28 janvier 2009 (R-111).

K... qu'ils venaient d'ouvrir de force. La foule criait, disant qu'il faut aller au portail nord.

Pendant ce temps, ceux qui étaient déjà en face du portail nord, ont commencé à lancer des cailloux en direction du Poste central et des agents de sécurité brisant les vitres du Poste central. Ils sont entrés en force, faisant céder la fermeture du portail. Cette foule, estimée à 1000 personnes environ, a pénétré dans le site et a commencé à forcer les portes d'entrée des magasins côté Nord.

Les forces de l'ordre étaient encore sur le secteur PGM. La sécurité les a alerté [sic] pour qu'ils reviennent, immédiatement, au portail nord. La foule était déjà sur le côté Nord du Site quand les forces de l'ordre sont revenues. La foule crie et leur lance des cailloux. L'EMMOFAR a fait 02 tirs en l'air. Ceci n'a absolument pas impressionné la foule qui continuait à lancer des cailloux. Finalement, les Forces de l'ordre se sont repliées derrière les magasins de la cour centrale. Ils n'ont plus fait d'action. Ceci a permis à la foule de fracturer les portes d'entrée des bâtiments de stockage, des bureaux de la SICP, des Douanes et du Domaine (TL3B) qui se trouvent au côté Nord et Est du site et de voler tout ce qu'ils ont vu sur leur passage. Après leur passage au bureau du Domaine, la foule a incendié le bâtiment. Pour en sortir, ils ont détruit une partie de la clôture Est et Nord avant qu'ils continuent leurs actes jusqu'aux bâtiments PGM. Les forces de l'ordre n'ont fait que regarder.

321. Une heure plus tard, un second détachement de police vient à la rescousse, mais n'est pas plus efficace, alors que la foule progresse et se met à piller et incendier les locaux de PGM :

Vers 18h30, un deuxième apport de l'EMMOFAR (10 éléments environ) est venu sur le site SICP suite à notre appel de renfort. Ils ont, immédiatement, rejoint les premiers qui ont été envoyés lesquels étaient cachés derrière les bâtiments sans agir. Ils ont tout de même fait aussi 02 tirs en l'air. La foule, sans doute peu craintive, a continué son travail. Ainsi, la foule a pu continuer ses effractions et ses vols dans divers bâtiments se dirigeant vers ceux de PGM, porte ouest.

Vers 23h30, la foule pénètre dans la salle de vente de PGM. Ils vont ensuite, à la cantine et sont ainsi au magasin W (stockage PGM) vers 00h19. En même temps, ils investissent l'usine de PGM. Une partie de la foule est sortie avec les marchandises et du matériel de confection par le portail ouest, d'autres ont détruit la clôture sud pour sortir. Ceux, restés sur place ont brûlés [sic] les tissus qu'ils n'ont pas pu emporter dans le magasin W, déclenchant un incendie.

Pendant tout ce temps, il n'y a eu aucune action de la part des Forces de l'ordre qui sont restées statiques derrière le bâtiment nord, lieu de leur repli.

De ce fait, nos agents de Sécurité n'ont pu rien faire, se bornant à transmettre le maximum d'informations au quartier général de Zeus Guard's Tokyo. Plusieurs fois, ils ont demandé aux Forces de l'ordre de les aider à contrôler la situation. Il était impossible d'identifier et visualiser des éléments de cette foule puisqu'il faisait nuit.

322. Le rapport note aussi que les émeutiers devaient comprendre des employés de PGM qui connaissaient bien les lieux :

Selon notre analyse, on suppose que parmi les gens qui ont violé la propriété de SICP et voler [sic] les biens de cette dernière, de PGM et des locataires, il se pourrait que certains salariés aient participé à cet acte : les gens sont venus de plusieurs quartiers de la ville [...]. PGM emploie plus de 800 personnes, ils habitent éparpillés dans ces divers endroits. Les effractions, violation de propriétés, vol de biens, permettent de penser qu'il y a des éléments qui connaissaient bien les lieux.

323. Sur le comportement des forces de l'ordre, le rapport contient les constatations et commentaires suivants :

Concernant la présence des forces de l'ordre qui ont été appelées pour nous épauler vu l'insuffisance des agents de sécurité face à un millier de personnes, ils semblaient complètement impuissants, sans ordres de leur Supérieur hiérarchique quant à leur mission d'aide et de protection des Biens et des Personnes de leur compatriote. La moitié est partie vers 19h30 et le reste est resté jusqu'à 00h30. Tous les actes de cette nuit se sont passés sous leurs yeux.

Face à la défection de l'EMMOFAR qui n'a pas pu remplir sa mission de protection des Biens et des Personnes de SICP, les Agents de Sécurité de Zeux Guard's Toky n'ont pu que constater cette situation et intervenir pour maîtriser les incendies, seuls jusqu'à 06h30 du matin.

Vers 18h00 [le 27], le Capitaine RABARIJAONA commandant les éléments de l'EMMOFAR chez SICP a demandé aux agents de Sécurité d'informer leurs supérieurs hiérarchiques que ses éléments ont besoin de manger, sinon ils partiront si les vivres ne leur sont pas amenés, ce, de façon répétée. Nous en avons informé Mr Valentin RAZAFINDRAKOTO lequel n'a pu rien faire, toutes les gargotes étant fermées. Peut-être est-ce à cause de cela qu'une première vague a quitté les lieux à 19h30, l'équipe restante est sortie à 00h30.

Vers 01h00 environ, moi-même et Mr RAZAFINDRAKOTO, nous sommes allés au Poste Central du Commandement de la Gendarmerie pour les informer que tous les éléments qu'ils ont envoyés ont quitté le lieu et n'ont fait que se cacher laissant la foule livrée à elle-même. Le responsable nous a répondu qu'il est au courant que ces éléments ont quitté le site du fait que l'électricité était coupée pourtant cette coupure d'électricité n'a jamais eu lieu. Ainsi nous avons réitéré notre demande d'intervention afin de limiter les dégâts. Le 1^{er} Officier de quart est allé voir son Supérieur. Il n'est revenu qu'au bout de 20mn nous disant que pour cette nuit il regrette car tout le monde est parti, qu'il verra la suite le lendemain matin ! (Il s'agit d'un Lieutenant).

324. Le rapport finit par relater qu'après cela l'auteur, M. Razafindrakoto, et un tiers locataire d'un bâtiment sur le site ont « récupéré » cinq gendarmes assurant la garde d'un magasin de ce tiers, puis se sont rendus sur le site :

Quand nous sommes arrivés au site de SICP vers 03h30, il y avait encore beaucoup de monde (500-600 personnes environ) – dès qu'ils nous ont vu sortir de la voiture avec les 05 gendarmes ils se sont tous enfuis derrière le village. On ne les a pas revu [sic], nous sommes restés sur le Site jusqu'à 06h00 (GR, Mr RAZAFINDRAKOTO, Mr JAYES et 03 cadres de Zeus Guard's Toky). Ceci vous permet de juger de l'efficacité de l'action de 25 gendarmes armés qui sont restés jusqu'à 00h30.

D'après l'enquête que nous avons fait [sic], il apparaît que, les forces de l'ordre ont préféré travailler dans des endroits rémunérateurs. Il nous a été, plusieurs fois, affirmé qu'ils ont touché des prestations allant de 300.000 AR en début de soirée jusqu'à 1.500.000 AR par personne après minuit. Ceci explique, peut-être, le départ simultané des 25 gendarmes à 19h30 et 00h30. Bien sûr, ils n'ont pas émis de factures. On ne sait pas si le Commandement avait connaissance de cette situation.

[...] ³⁸⁸

325. Le procès-verbal du 30 janvier 2009 dressé par l'huissier de justice, Me Rasamoelson, commence par un constat des dommages occasionnés aux immeubles et objets mobiliers de l'usine et fait ensuite état des déclarations de PGM sur le déroulement des faits dans les termes suivants :

- Le 27 janvier 2009 vers 15 heures ou 16 heures – un millier de personne environ ont attaqué le site et SICP-
- A ce moment-là, on a pu faire venir 15 membres des forces de l'ordre qui ont réussi à dissiper ces milliers d'attaquants du SITE, bien qu'ils n'aient pas de munition selon eux lesquels se sont rabattus vers les bâtiments de stockages notamment de HOLCIM-
- Une heure plus tard- il y avait un renfort de 25 membres des forces de l'ordre cette fois armés de grenades.
- Au total, ils étaient 41 éléments des forces de l'ordre avec leur capitaine
- A 22 heures, il y avait encore un attroupement plus conséquent que l'après-midi. En fait, ils attendent que les autres reviennent de la ville.

³⁸⁸ Rapport de M. Georges Rafanomezantsoa, Directeur adjoint de la société de sécurité Zeus Guard's Toky (non daté) (R-112).

- Ils ont de nouveau fait l'assaut à la P.G.M en commençant par le Magasin de vente.
- A minuit, ils ont commencé à incendier le Magasin de coton après avoir pillé 35000 pantalons-
- Ils ont mis le feu sur 100 000 mètres de tissus coton, raison pour laquelle on n'a pas pu circonscrire le feu que deux jours après,
- Les fumées étaient tellement toxiques et les chaleurs intenses. Les machines visiteuses des tissus ont fondu sous l'ampleur de la chaleur. Et l'Atelier des effets spéciaux a été complètement anéanti-
- Dans le Magasin de vente, les 25 000 pantalons ont été volés mais plutôt les documents d'archives saccagés- Les ordinateurs et mobiliers existant volés également. [...] ³⁸⁹

326. Le Tribunal traitera tout d'abord de l'argument d'irrecevabilité des comptes rendus de M. Rafanomezantsoa. Il examinera ensuite si les faits au dossier établissent les manquements reprochés à la Défenderesse, à savoir l'absence de mesures préventives, l'arrivée tardive des forces de l'ordre, de même que l'inaction et le départ prématuré de celles-ci.
327. Tout d'abord, Madagascar plaide l'irrecevabilité des comptes rendus de M. Rafanomezantsoa.³⁹⁰ Il eût bien sûr été souhaitable d'entendre l'auteur de ces comptes rendus en personne. Son décès au début 2017 ne l'a pas permis. Ce n'est pourtant pas là un motif pour écarter ses écrits du débat. Contrairement à ce que semble suggérer Madagascar, ces comptes rendus ne constituent pas des attestations de témoin et M. Rafanomezantsoa n'est pas témoin dans la présente procédure. La section 18 de l'Ordonnance de procédure n° 1 n'a donc pas vocation à s'appliquer. Les écrits de M. Rafanomezantsoa constituent des pièces, dont le Tribunal appréciera la valeur probatoire au regard de l'ensemble du dossier.
328. S'agissant du rapport non daté figurant sous pièce R-112, les Demandeurs affirment qu'il « a été dressé à la demande de la compagnie Ny Havana dans le cadre des pourparlers préalables à l'action en justice » et qu'il a dès lors été créé entre février 2009 et l'introduction de l'action contre Ny Havana en avril 2010. Au vu du contenu du rapport, ces explications paraissent plausibles et rien dans le dossier ne les contredit,

³⁸⁹ Procès-verbal de constat, état des lieux réalisé par l'huissier de justice du 30 janvier 2009, p. 4 (R-115).

³⁹⁰ Duplique, §§ 100, 794.

de telle sorte que le Tribunal prendra cette pièce en compte dans le cadre de son appréciation générale des preuves.

329. Madagascar critique aussi les Demandeurs pour ne pas avoir présenté d'autres témoins à l'appui des faits décrits par M. Rafanomezantsoa. Il est vrai que les documents émanant de M. Rafanomezantsoa sont les seules preuves contemporaines des faits au dossier. Cela étant, Madagascar aurait pu tenter de réfuter la description des faits de M. Rafanomezantsoa en apportant des preuves contraires, tels rapports de police ou témoignages des responsables des forces de l'ordre ou d'agents dépêchés sur place. Elle n'en a rien fait. En conséquence, le Tribunal ne peut que répéter qu'en vertu de son pouvoir d'appréciation en la matière, il évaluera tous les éléments de preuve du dossier à la lumière de l'ensemble des circonstances.
330. La Défenderesse s'oppose aussi aux comptes rendus de M. Rafanomezantsoa au motif qu'ils seraient contradictoires et imprécis. Le fait que dans son premier compte rendu M. Rafanomezantsoa évoque « des tirs », alors qu'il parle de « deux tirs » dans le second n'est pas de nature à décrédibiliser son récit. Il en va de même du fait qu'il mentionne des « pierres » dans une version et des « cailloux » dans l'autre. Le Tribunal ne voit pas non plus la pertinence du fait qu'il écrive « à 17h15 environ » dans le premier compte rendu et « [v]ers 17h15 » dans le second, ni compte tenu de la situation chaotique que M. Rafanomezantsoa n'ait pas été totalement précis dans ses estimations de l'heure (il écrit généralement « vers » telle ou telle heure). Enfin, le Tribunal n'attache pas d'importance décisive au fait qu'il ait indiqué dans le premier compte-rendu que le second contingent s'élevait à 15 policiers, alors qu'il parle de « 10 éléments environ » dans le second. En effet, les déclarations de PGM retranscrites dans le constat d'huissier évoquent 25 membres des forces de l'ordre faisant partie de second contingent. Même s'il y avait une incertitude sur le nombre de policiers déployés, ce qui pourrait s'expliquer au vu de la confusion régnant le soir du 27 janvier, elle ne serait pas propre à invalider l'essence du récit, ni à affecter les inférences qui pourraient en être tirées. En d'autres termes, le Tribunal estime qu'il n'y a pas raison d'écarter les descriptions de M. Rafanomezantsoa.
331. La recevabilité des comptes rendus de M. Rafanomezantsoa étant admise, le Tribunal aborde la thèse des Demandeurs selon laquelle Madagascar aurait omis dès décembre 2008 de mettre en place des mesures préventives pour parer aux troubles alors que PGM aurait demandé l'intervention des forces de l'ordre les 18 et 22 décembre 2008. À cela, Madagascar répond que les lettres des 18 et 22 décembre 2008 informant le chef de région d'un risque d'émeute en raison de troubles au sein de

PGM ne contiennent aucune demande d'intervention.³⁹¹ Elle ajoute que ce sont les Demandeurs qui auraient fait preuve de négligence en réduisant les effectifs de gardiennage au début du mois de janvier 2009. Il ne saurait donc être reproché à l'État de ne pas avoir assuré la sécurité de l'usine de PGM.

332. Les lettres des 18 et 22 décembre 2008 évoquent des risques de troubles causés par des employés de PGM suite au retard de paiement des salaires et au chômage technique depuis le mois de novembre.³⁹² Ces lettres étaient adressées au chef de région, qui est le plus haut responsable de la sécurité publique à Mahajanga, le commandant de la gendarmerie et le directeur de la police nationale en recevant copie. C'est dire que les autorités malgaches responsables de la sécurité à Mahajanga étaient averties de l'existence d'un conflit social au sein de PGM et du risque de troubles.
333. En dépit de ces avertissements, on ne saurait reprocher aux autorités de ne pas avoir instauré de surveillance autour du site SICP ou devant les portails. En effet, les salaires manquants avaient été payés le 9 janvier 2009 et PGM elle-même avait réduit le nombre de gardiens de Zeus affectés à l'usine de PGM de 7 à 2 personnes.³⁹³ Il est vrai que l'usine était alors à l'arrêt, de sorte qu'il n'était plus nécessaire de contrôler les entrées et sorties des employés. Il ressort par ailleurs du témoignage de Peter de Sutter que l'effectif de sécurité proprement dit avait été maintenu, voire temporairement augmenté le 27 janvier 2009.³⁹⁴
334. En ce qui concerne les événements du 27 et 28 janvier 2009, les Demandeurs prétendent que l'État n'a adopté aucune mesure préventive pour contrôler et disperser la foule, qu'il n'a utilisé aucun des moyens disponibles pour contrôler la situation, que les forces de l'ordre sont restées passives et qu'elles sont parties de manière prématurée alors que le pillage et la destruction de l'usine étaient en cours. Selon les Demandeurs, les forces de l'ordre auraient pu adopter des mesures simples pour éviter la survenance du dommage, telles que la mobilisation d'une unité en amont de la détérioration de la situation sur le site, le positionnement de 10 à 15 hommes par

³⁹¹ Duplique, § 76.

³⁹² Première lettre du Directeur général de l'usine M. Bernard Iserentant au Chef de Région, avec copie au Commandant de la Gendarmerie et au Directeur de la Police Nationale du 18 décembre 2008 (R-9) ; Deuxième lettre du Directeur général de l'usine M. Bernard Iserentant au Chef de Région, avec copie au Commandant de la Gendarmerie et au Directeur de la Police Nationale du 22 décembre 2008 (R-10).

³⁹³ Contrat entre Zeus Ocean Indien Toky et PGM du 26 janvier 2006, et avenants ultérieurs (R-247).

³⁹⁴ Tr. (Jour 2), 18 :22-36 (De Sutter). Voir aussi Tr. (Jour 2), 28 :25-29 et 31 :4-7 (De Sutter) ; Compte-rendu de M. Georges Rafanomezantsoa, Directeur adjoint de la société de sécurité Zeus Guard's Toky, du 28 janvier 2009, 1^{ère} et 3^{ème} puces (R-111).

portail, la maîtrise du terrain par des tirs de sommation, et la présence continue des forces de l'ordre jusqu'à la dispersion de la foule.³⁹⁵

335. La Défenderesse conteste que les forces de l'ordre soient arrivées tardivement, qu'elles aient été passives et qu'elles soient reparties de manière prématurée. Madagascar répond en outre qu'elle a bien traité la demande d'intervention de PGM, que les forces étaient présentes, que 15 membres des forces de l'ordre ont réussi dans un premier temps à dissiper « ces milliers d'attaquants du site » alors qu'ils n'avaient pas de munition « selon eux », qu'un contingent de 25 membres des forces de l'ordre munies de grenades est venu en renfort, et que les gendarmes ont tiré en l'air, mais « n'ont pas voulu tirer sur les milliers d'émeutiers ».³⁹⁶ Madagascar insiste ensuite sur le fait que les forces de l'ordre n'ont pas participé aux actes de pillage.³⁹⁷ Enfin, elle fait valoir qu'en tout état de cause sa réaction a été « proportionnelle, légitime et raisonnable », car une intervention plus musclée aurait conduit à un « bain de sang ».³⁹⁸
336. Il est incontesté que des forces de l'ordre malgaches ont été déployées sur le site SICP et qu'elles n'ont pas participé au pillage et à la destruction de l'usine de PGM. Il est aussi incontesté qu'aux alentours de 15h40 le 27 janvier les gardes de Zeus ont averti les forces de l'ordre d'un attroupement autour du site. Il n'est pas contesté non plus qu'un premier convoi de 15 personnes a été dépêché sur place et qu'un autre convoi de 10 à 25 personnes est venu en renfort. Il est enfin incontesté que les forces de l'ordre n'ont pas évité le pillage et la destruction de l'usine de PGM.
337. S'agissant de l'allégation que les forces de l'ordre n'auraient pas pris de mesures préventives et seraient arrivées tardivement sur le site, le Tribunal constate que l'État était au courant d'un risque imminent le 27 janvier puisque les employés de la société de gardiennage avaient demandé leur intervention vers 15h40. À partir de ce moment-là, le premier contingent a pris environ une heure et demie pour arriver sur place à ou autour de 17h15. Quant au second contingent, il lui a fallu environ une heure et quart suite à la demande de renforts (de 17h15 à 18h30). Or, le poste se trouvait à huit kilomètres du site SICP et il n'est pas allégué qu'il y aurait eu une difficulté particulière

³⁹⁵ Réplique, § 639.

³⁹⁶ Caractères gras et soulignement dans l'original omis. Duplique, § 810.

³⁹⁷ Duplique, § 811.

³⁹⁸ Duplique, § 819.

à mobiliser ces contingents. Dès lors, il est vrai que l'on comprend mal pourquoi les forces de l'ordre ont mis autant de temps pour arriver sur le site.

338. Arrivées plus tôt, elles auraient vraisemblablement pu sécuriser le site et éviter que les manifestants y pénètrent. Elles auraient en particulier pu bloquer les deux accès par des véhicules. En effet, ce n'est que vers 17h que les émeutiers ont ouvert le portail ouest. Arrivés un quart d'heure plus tard, les policiers ont tenté de les repousser sans avoir le temps de bloquer l'entrée au nord.
339. Quoiqu'il en soit, plus que l'arrivée tardive, c'est l'inaction manifeste des forces de l'ordre une fois sur place qui frappe. Le premier contingent n'a pas cherché à contenir les émeutiers. Il s'est contenté de quelques tirs de sommation, avant de se replier derrière des entrepôts au centre du site. Si l'on peut éventuellement comprendre que le premier contingent moins nombreux ait battu en retraite, il n'en va plus ainsi une fois les renforts arrivés. Or, le second contingent n'a fait que rejoindre le premier dans sa retraite à l'abri des entrepôts, pour attendre passivement pendant environ cinq heures. En effet, ce n'est que vers 23h30 que les émeutiers s'en sont pris à l'usine de PGM. A supposer que ceux-là n'aient pu être empêchés de pénétrer dans l'enceinte, les policiers avaient amplement le temps de protéger l'accès à l'usine. Sans parler du fait que la passivité des policiers donnait aux manifestants un signal fort : le champ était libre.
340. Ce qui frappe plus encore que l'arrivée tardive et l'inaction des forces de l'ordre, c'est leur départ prématuré. Un nombre non précisé de policiers est parti vers 19h30 pour aller diner et les hommes restants ont quitté les lieux peu après minuit, vers 00h30, alors que le pillage de l'usine de PGM était en cours et que le magasin était en feu. Le premier départ a dû renforcer l'impression créée par la passivité des policiers, à savoir que ceux-ci laisseraient faire les manifestants. Quant au second, il équivaut à un abandon pur et simple, sans opposer la moindre résistance au pillage et à la destruction en cours. Dans ces circonstances, il est évident que les forces de l'ordre ont failli à leur devoir de protection.
341. Madagascar allègue que ses moyens étaient limités et que le pillage et la destruction de l'usine étaient inévitables. Cela étant, elle n'apporte pas la moindre preuve à propos des événements des 27 et 28 janvier. Au vu du dossier, le Tribunal estime que les effectifs disponibles auraient pu prendre plusieurs mesures simples propres à protéger le site et qu'ils auraient dû s'y employer. Elles auraient pu bloquer les deux accès au site, procéder à des tirs de sommation répétés, assurer une présence visible donnant

l'impression qu'elles défendaient le site, et sécuriser l'entrée de l'usine. Cela aurait très probablement évité le dommage survenu. L'obligation de protection et de sécurité étant une obligation de moyens et non de résultat, il n'est pas nécessaire d'établir que ces mesures auraient écarté tout dommage. Il suffit de constater que les forces de l'ordre n'ont pas fait les efforts que le devoir de protection leur imposait.

iii. Les mesures nécessaires au maintien de l'ordre public

342. L'article 3(2) du TBI exclut la responsabilité de l'État hôte s'il adopte des « mesures nécessaires liées à l'ordre public, aux bonnes mœurs, à la santé publique et à la protection de l'environnement », seul le premier cas lié à l'ordre public étant pertinent en l'espèce.
343. Madagascar estime que la passivité des forces de l'ordre était « parfaitement justifiée par l'ordre public ». ³⁹⁹ Pendant le mois de janvier, Madagascar et notamment la ville de Mahajanga auraient été en proie à une « révolution », une « révolte », un « conflit armé ayant conduit au coup d'État » et il serait impossible de dissocier la destruction de l'usine de ces événements. L'inaction des forces de l'ordre s'expliquerait par la nécessité de préserver des vies humaines, répondant à un ordre du Président « de ne pas tirer pour éviter un bain de sang ». ⁴⁰⁰
344. Le Tribunal est conscient que Madagascar a traversé une période de troubles pendant le mois de janvier 2009, qui ont touché Mahajanga le 27 janvier 2009. ⁴⁰¹ L'attestation de sinistre du maire de Mahajanga datée du 12 février 2009 fait état d' « émeutes et de pillages généralisés dans la ville de Mahajanga, le 27 janvier 2009 ». ⁴⁰² La presse malgache a parlé de « mardi noir » à Mahajanga et mentionné des « pillages » dans certains quartiers, tout comme des blessés et des morts. ⁴⁰³ Quelle que soit la gravité

³⁹⁹ Duplique, § 825.

⁴⁰⁰ Duplique, § 124.

⁴⁰¹ Cf. Au moins 68 morts à Madagascar depuis lundi – Libération, 29 janvier 2009 (D-104).

⁴⁰² Attestation de sinistre du Maire de Mahajanga du 12 février 2009 (D-137).

⁴⁰³ Les articles de RFI, de l'Express et de La Dépêche mentionnent des « pillages » dans la ville de Mahajanga. Dans Libération, il est fait état d'un mort à Mahajanga et l'Express de Madagascar parle d'une « mardi noir à Mahajanga » avec 16 morts et plusieurs blessés, tout comme deux incendies chez Magro et l'usine de PGM. Cf. Au moins 68 morts à Madagascar depuis lundi, Libération, 29 janvier 2009 (D-104) ; RFI, Lourd bilan de deux journées d'émeutes, Article publié le 27 janvier 2009 (D-105) ; Plus de 30 morts à la suite d'émeutes à Madagascar, l'express.fr, publié le 28 janvier 2009 (D-106) ; Madagascar : 34 morts depuis lundi, le président appelle au dialogue, ladepeche.fr, 27 janvier 2009 (D-107) ; L'Express de Madagascar, Madagascar : Une cinquantaine de magasins saccagés, 29 janvier 2009 (D-151).

de ces faits, ils ne sauraient justifier l'inaction des forces qui se trouvaient sur place alors que des mesures simples auraient pu ramener l'ordre, sans pour autant mettre en péril les manifestants. Quant à l'ordre du Président, il semblait adressé aux militaires et il est incertain qu'outre la capitale il ait visé le reste du pays.⁴⁰⁴ Quoiqu'il en soit, on voit mal comment les mesures auxquelles les forces de l'ordre auraient pu recourir sur le site au lieu de rester passives auraient mis en danger des vies.

345. Ainsi, sous réserve des moyens analysés dans la section suivante, le Tribunal conclut que Madagascar a violé l'obligation de sécurité et protection constantes inscrite à l'article 3(2) du TBI.

iv. Les exonérations du droit international général

346. La Défenderesse fait valoir qu'elle serait exonérée de toute responsabilité pour des motifs de force majeure, nécessité, ou détresse. Elle se prévaut aussi du fait que sa passivité serait excusée par le *jus cogens*. Cela étant, elle ne donne guère de justification à l'appui de ses dires.
347. En droit, il y aurait force majeure si le fait illicite était dû à la « survenance d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu qui échappe au contrôle de l'État et fait qu'il est matériellement impossible, étant donné les circonstances, d'exécuter l'obligation ». ⁴⁰⁵ En l'espèce, malgré l'existence de troubles, rien n'indique qu'il était matériellement impossible de protéger l'usine de PGM.
348. En vertu de l'état de nécessité, un État est exonéré de sa responsabilité s'il a adopté un comportement contraire à ses obligations internationales quand ce comportement constituait « le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent ». ⁴⁰⁶ Cela signifierait qu'en l'occurrence l'inaction des forces de l'ordre malgaches sur le site SICP aurait été ce « seul moyen ». Il suffit d'articuler l'hypothèse pour comprendre qu'elle manque de fondement.
349. Quant à la situation de détresse, elle l'auteur d'un acte illicite qui « n'a raisonnablement pas d'autre moyen [...] de sauver sa propre vie ou celle de personnes qu'il a la charge

⁴⁰⁴ Enregistrement vidéo du président de la République le 27 janvier 2009 (D-113).

⁴⁰⁵ Projet d'articles sur la Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs 2001, p. 196, Article 23 (DL-89).

⁴⁰⁶ Projet d'articles sur la Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs 2001, p. 208, Article 25(1)(a) (DL-89).

de protéger ». ⁴⁰⁷ Là encore, comme il a déjà été relevé, on ne discerne pas comment l'inaction des forces de l'ordre aurait été le seul moyen de sauver des vies.

350. Enfin, l'argument d'une norme de *jus cogens* justifiant le comportement des forces malgaches n'est pas mieux fondé. La norme impérative visée est celle qui interdit d'attenter à la vie humaine. Or, la passivité des forces de l'ordre lors des événements des 27 et 28 janvier ne saurait mettre en œuvre l'application de cette norme.
351. Pour ces raisons, les objections de Madagascar tenant aux causes d'exonération ne sauraient prospérer.

v. Autres objections de Madagascar

352. La Défenderesse soutient enfin que les Demandeurs sont privés du droit de réclamer réparation pour la violation de l'obligation de sécurité et de protection constantes en raison d'une renonciation, du principe de la bonne foi et de la règle de l'*estoppel*. De surcroît, la réclamation serait prescrite. Elle affirme enfin que les Demandeurs eux-mêmes sont à l'origine des troubles, PGM ayant mis au chômage technique ses salariés et soutenu devant les juridictions malgaches que c'était eux qui avaient pillé et incendié l'usine.
353. La renonciation ne se présume pas en droit international et elle doit en principe être exprès. ⁴⁰⁸ Il est vrai qu'elle peut aussi être tacite dans la mesure où elle découle, dans les termes de la décision *Campbell*, de « faits non susceptibles d'une autre interprétation dans les circonstances de l'affaire ». ⁴⁰⁹ Comme la doctrine l'a relevé, il y a renonciation à une prétention si un sujet de droit « *failed to assert claims in circumstances that would have required action* », notamment « *where it has energetically pursued other, related claims* ». ⁴¹⁰ De même, la renonciation peut être déduite du fait que « *the respondent State could legitimately expect that the claim*

⁴⁰⁷ Projet d'articles sur la Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs 2001, p. 202, Article 24 (DL-89).

⁴⁰⁸ *Affaire Campbell (Royaume-Uni c. Portugal)*, Sentence arbitrale, 10 juin 1931, R.S.A., vol. II, p. 1156.

⁴⁰⁹ *Affaire Campbell (Royaume-Uni c. Portugal)*, Sentence arbitrale, 10 juin 1931, R.S.A., vol. II, p. 1156.

⁴¹⁰ Soulignement ajouté par le Tribunal. Christian J. Tams, Waiver, Acquiescence and Extinctive Prescription, p. 14 (DL-193).

would no longer be asserted, or where it was prejudiced by the long period of passivity ». ⁴¹¹

354. En l'occurrence, les Demandeurs ne peuvent être considérés avoir tacitement renoncé à leur prétention à l'encontre de l'État malgache. L'affaire des *Indemnités russes*, que cite la Défenderesse, n'est pas transposable. Au cours d'échanges s'étalant sur plus de dix ans, le gouvernement russe avait de manière réitérée accepté le montant en capital comme montant de la dette sans faire de réserves sur les intérêts, ce qui fut considéré comme une renonciation à réclamer les intérêts. ⁴¹² Il n'y a rien de tel ici où les Demandeurs ont au contraire déployé une activité soutenue pour obtenir la réparation du dommage causé par la destruction de l'usine. Il est vrai que, par le biais de leur filiale malgache, ils se sont tout d'abord retournés contre leur assureur et que ce n'est qu'au vu du déroulement de cette procédure judiciaire qu'ils ont mis en cause la responsabilité de l'État. Ils l'ont fait dans un premier temps uniquement pour l'interférence dans le procès devant les tribunaux malgaches, puis après l'annulation de la sentence CCI également pour l'absence de protection. Cet enchaînement de procédures s'explique par les circonstances propres à cette affaire ; il ne permettait pas à Madagascar d'en conclure que la prétention ne serait plus invoquée. Madagascar n'explique pas non plus en quoi elle souffrirait un préjudice du fait de l'écoulement du temps depuis les faits. Dès lors, le Tribunal conclut que les Demandeurs n'ont pas renoncé tacitement à leur prétention fondée sur l'obligation de protection.
355. La Défenderesse invoque aussi le principe de la bonne foi et de l'*estoppel*, le second découlant du premier. En admettant qu'elle soit reçue en droit international, la règle de l'*estoppel* interdit à une partie de se contredire au détriment d'autrui, soit d'adopter un comportement en contradiction avec ses actes antérieurs lorsqu'un tiers a agi en se fondant sur ces actes. ⁴¹³ C'est dire que les Demandeurs auraient eu des

⁴¹¹ Christian J. Tams, Waiver, Acquiescence and Extinctive Prescription, p. 14 (DL-193).

⁴¹² *Russian Claim for Interest on Indemnities (Russia v. Turkey)*, Sentence, 11 novembre 1912, (1912) 11 R.I.A.A., p. 15 (DL-192) (« *In the relations between the Imperial Russian Government and the Sublime Porte, Russia therefore renounced its right to interest, since its Embassy repeatedly accepted without discussion or reservation and mentioned again and again in its own diplomatic correspondence the amount of the balance of the indemnity as identical with the amount of the balance of the principal. – In other words, the correspondence of recent years proves that the two Parties interpreted, in fact, the acts of 1879 as implying that the payment of the balance of the principal and the payment of the balance to which the claimants had a right were identical, and this implied the renunciation of the right to interest or moratory interest-damages* »).

⁴¹³ La Cour internationale de justice a résumé les conditions d'application de l'*estoppel* comme suit : « [...] une déclaration qu'une partie a faite à une autre partie ou une position qu'elle a prise envers elle et le fait que cette autre partie s'appuie sur cette déclaration ou position à son détriment ou à

comportements contradictoires qui auraient induit Madagascar à agir d'une manière qui lui serait préjudiciable. Cela étant, la Défenderesse ne fournit aucune explication sur l'application de ces principes aux faits et le Tribunal peine à comprendre en quoi les conditions seraient réalisées en l'espèce.

356. Quant à la prescription, le Traité n'établit pas de limite temporelle pour faire valoir une réclamation. Dans *SGS c. Paraguay*, le tribunal avait estimé qu'il ne fallait pas punir un demandeur soulevant une prétention plusieurs années après les faits en l'absence de règle conventionnelle sur la prescription.⁴¹⁴ Par ailleurs, dans *Nauru c. Australie*, la CIJ a précisé que le droit international général n'imposait pas de règle spécifique sur la prescription et qu'il incombait donc au juge (ou à l'arbitre) de déterminer dans chaque cas si les circonstances rendaient une demande irrecevable en raison de l'écoulement du temps.⁴¹⁵ En l'occurrence et au vu de l'enchaînement de procédures évoqué plus haut, le Tribunal est d'avis qu'en l'absence de règle sur la prescription dans le Traité, la prétention des Demandeurs n'est pas prescrite.
357. Se pose néanmoins la question de l'application de la prescription quadriennale (pour les résidents malgaches) ou quinquennale (pour les créanciers non-résidents) du droit malgache qu'invoque la Défenderesse.⁴¹⁶ Comme il ressort notamment des sentences *Salini et AES*,⁴¹⁷ s'agissant d'une prétention fondée sur le droit international, le Tribunal

l'avantage de la partie qui l'a faite ou prise ». *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras)*, requête à fin d'intervention, arrêt, C.I.J. Recueil 1990, § 63. Voir aussi: *Elettronica Sicula s.p.a. (ELSI)*, § 54 (DL-85).

⁴¹⁴ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. République du Paraguay*, Affaire CIRDI n° ARB/07/29, Sentence, 10 février 2012, § 166 (« *The Tribunal also notes that, unlike certain other investment agreements, the BIT at issue in this dispute does not contain a limitation period that would prevent Claimant from bringing a claim several years after the events in question took place. Therefore, there is no basis in the text to punish Claimant for failing to exercise its rights sooner* »).

⁴¹⁵ *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, § 32 (« La Cour reconnaît que, même en l'absence de disposition conventionnelle applicable, le retard d'un État demandeur peut rendre une requête irrecevable. Elle note cependant que le droit international n'impose pas à cet égard une limite de temps déterminée. La Cour doit par suite se demander à la lumière des circonstances de chaque espèce si l'écoulement du temps rend une requête irrecevable »).

⁴¹⁶ La loi n° 68-026 portant loi de finances pour 1969 (Madagascar) du 17 décembre 1968 (DL-81) prévoit à son article 12 que : « [S]ont prescrites et définitivement éteintes au profit de l'État, des collectivités publiques territoriales et des établissements publics [...] toutes les créances qui n'ayant pas été acquittées avant la clôture de la gestion budgétaire, n'auraient pu, à défaut de justifications suffisantes, être liquidées, ordonnancées et payées dans un délai de quatre années, à partir de l'ouverture de la gestion budgétaire, pour les créanciers domiciliés à Madagascar, et de cinq années, pour les créanciers domiciliés hors le territoire malgache ».

⁴¹⁷ *Salini Impregilo S.p.A. c. République argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/15/39, Décision sur la compétence et la recevabilité, 23 février 2018, § 82 ; *AES Corporation and Tau Power B.V. c. République du Kazakhstan*, Affaire CIRDI n° ARB/10/16, Sentence, 1 novembre 2013, § 431.

est d'avis que le droit malgache ne s'applique pas en matière de prescription. La sentence de l'arbitre unique dans *Bogdanov c. Moldavie* selon laquelle le délai de prescription en vigueur dans le droit interne de l'État défendeur régissait les réclamations faites sur la base du TBI compte tenu du silence de celui-ci en matière de prescription,⁴¹⁸ ne convainc pas le Tribunal, dans la mesure où, comme il a été mentionné plus haut, le droit international implique de vérifier si l'écoulement du temps entre la réclamation et les faits est raisonnable.

358. Pour ces raisons, le Tribunal conclut que les objections liées à l'existence d'une renonciation, aux principes de la bonne foi et de l'*estoppel* et à la prescription sont infondées au regard des règles applicables en la matière.
359. Il reste enfin l'argument de Madagascar selon lequel les Demandeurs auraient causé le sinistre et, par-là, le dommage. Il n'est pas contesté que PGM a connu des difficultés financières dès l'été 2008 en raison de la faillite de Steve & Barry's, son principal client à l'époque.⁴¹⁹ Ces difficultés ont mené à des retards dans le paiement des salaires, puis à la mise au chômage technique du personnel au mois de novembre 2008. Le conflit social entre PGM et ses salariés s'est aggravé en décembre et les dirigeants de PGM ont informé les autorités malgaches d'un risque de troubles les 18 et 22 de ce mois.⁴²⁰ Les salaires impayés ont été intégralement réglés le 9 janvier 2009.⁴²¹
360. La question de la cause des événements des 27 et 28 janvier - mouvements populaires liés au conflit politique ou différend d'ordre social entre employeurs et employés - a été débattue devant les juridictions malgaches. Le Tribunal de première instance de Mahajanga a conclu au conflit social,⁴²² conclusion confirmée par la Cour d'appel.⁴²³

⁴¹⁸ *Yury Bogdanov c. République de Moldavie*, Arbitrage SSC n° V (114/2009), Sentence arbitrale finale, 30 mars 2010, § 94.

⁴¹⁹ Ordonnance de mise en liquidation de Steve & Barry du 16 juillet 2008 (R-244).

⁴²⁰ Première lettre du Directeur général de l'usine M. Bernard Iserentant au Chef de Région, avec copie au Commandant de la Gendarmerie et au Directeur de la Police Nationale du 18 décembre 2008 (R-9) ; Deuxième lettre du Directeur général de l'usine M. Bernard Iserentant au Chef de Région, avec copie au Commandant de la Gendarmerie et au Directeur de la Police Nationale du 22 décembre 2008 (R-10).

⁴²¹ Courrier adressé par PGM au Directeur Général de l'Emploi, du Travail et des Lois Sociales du 19 janvier 2009 (R-246).

⁴²² Jugement du Tribunal de première instance de Mahajanga du 20 octobre 2010 (R-14).

⁴²³ Arrêt d'appel de la Cour d'appel de Mahajanga du 4 juillet 2011 (R-15).

La Cour de cassation, en revanche, a annulé l'arrêt et renvoyé la cause devant la Cour d'appel, celle-ci ayant violé les règles en matière de preuve.⁴²⁴

361. Les explications de M. Peter de Sutter lors de l'Audience sont également significatives :

Et, surtout aussi, et c'est là qu'il [i.e. M. Iserentant, dirigeant de PGM] nous a ... qu'il nous a vraiment confirmé qu'il s'agit de gens qui agissaient en gain de cause, donc, qui connaissaient la société, c'est que toute une série de machines ont été très professionnellement sabotées, là où il fallait pour les rendre complètement inutiles et inutilisables.

On avait toute une série de machines à coudre gérées par ordinateur, donc là, exactement la pièce très chère qui faisait fonctionner la machine était cassée. Sur les grandes machines à laver, par exemple, il y a aussi l'ordinateur, qui est très important ; il y a un hublot, qui est très coûteux, qui est très important ; il y a le moteur. Eh bien, c'était juste ça qui avait... qui avait été cassé.

Donc, c'étaient des gens qui connaissaient très, très bien les lieux et qui connaissaient très, très bien les machines. Donc, ça ne pouvaient être que des employés de la société.⁴²⁵

362. De cette description, le Tribunal tire que des employés de PGM ont participé à la destruction de l'usine. Seules des personnes familières de l'entreprise disposaient en effet des connaissances permettant de saboter les machines comme le relate M. de Sutter. Ceci laisse à penser que les causes de la destruction sont très probablement mixtes : il devait y avoir dans la foule des personnes aux motivations diverses. Certains émeutiers cherchaient du riz,⁴²⁶ d'autres manifestaient en raison de la situation politique dans le pays, et d'autres enfin, salariés de PGM, exprimaient leur colère à l'encontre de leur employeur.

363. Le dossier ne permet pas d'aboutir à une conclusion univoque sur ce point. Cela est sans incidence, car il n'est pas nécessaire de connaître l'origine du sinistre pour évaluer le comportement de Madagascar à la lumière de l'article 3(2) du TBI. En tout état de cause, l'État avait l'obligation de déployer les moyens à sa disposition pour assurer la sécurité et la protection constantes de l'investissement dès lors qu'il avait connaissance du risque de troubles. C'est une autre question, qui relève du quantum,

⁴²⁴ Arrêt de la Cour suprême de la République de Madagascar du 3 juin 2016 (R-22).

⁴²⁵ Tr. (Jour 2), 6 :34-7 :2 (De Sutter).

⁴²⁶ Rapport de M. Georges Rafanomezantsoa, Directeur adjoint de la société de sécurité Zeus Guard's Toky (non daté) (R-112).

de savoir si les dommages-intérêts alloués doivent être réduits pour faute concomitante.

2. Conclusion

364. Pour les raisons exposées ci-dessus, le Tribunal conclut que la Défenderesse a violé son obligation de sécurité et de protection constantes prévue à l'article 3(2) du TBI.

365. La responsabilité étant admise pour la destruction de l'usine sur le fondement de l'obligation de sécurité et de protection constantes, le Tribunal évaluera maintenant le préjudice causé par cette violation. Selon l'issue de cet examen, il déterminera ensuite s'il est nécessaire de rendre une décision à propos des autres allégations de violation du TBI ou s'il peut s'en dispenser pour des raisons d'économie de la procédure, le dommage subi du fait de ces autres violations éventuelles ne pouvant être supérieur à celui qui résulte de la violation de l'obligation de sécurité et de protection constantes.

E. RÉPARATION

1. Positions des Parties

a. Position des Demandeurs

366. Les Demandeurs invoquent le standard de réparation intégrale tel qu'admis dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*.⁴²⁷ Ils réclament, d'une part, la valeur des actifs détruits par le pillage et l'incendie de l'usine de PGM et, d'autre part, à titre alternatif, le montant de la créance résultant du contrat d'assurance à raison du sinistre. En cas de concours, ils demandent la condamnation au montant le plus élevé.⁴²⁸

367. Selon les Demandeurs, la protection accordée aux actionnaires s'étend au-delà des actions aux actifs de la société qu'ils détiennent.⁴²⁹ En l'espèce, dès lors que PGM est une entreprise familiale détenue à 100% par les Demandeurs (en ce compris les avoirs et les dettes), il est justifié de procéder à une évaluation fondée sur la perte subie par PGM.⁴³⁰

⁴²⁷ Mémoire, §§ 424-425 ; *Affaire relative à l'Usine de Chorzów*, Arrêt sur le fond, C.P.J.I., série A, n° 17 (1928), p. 47 (RL-51) (« *Affaire relative à l'Usine de Chorzów* »).

⁴²⁸ Mémoire, § 429.

⁴²⁹ Réplique, § 890.

⁴³⁰ Réplique, § 896.

368. Les Demandeurs estiment aussi que la Défenderesse fait une lecture erronée de l'article 7.3 du Traité. Celui-ci ne s'applique qu'aux cas d'expropriation légale, non aux expropriations illégales.⁴³¹ Ils estiment aussi avoir établi le lien de causalité puisque l'usine n'aurait pas été détruite si l'État l'avait protégée selon ses obligations conventionnelles et que les Demandeurs auraient obtenu un dédommagement de Ny Havana si l'État n'était pas intervenu dans la procédure judiciaire et que le corps judiciaire était resté indépendant du pouvoir exécutif.⁴³²
369. L'experte des Demandeurs, Mme Fortin de FTI Consulting, a calculé les pertes directes et indirectes correspondant aux deux réclamations parallèles, à savoir :
- (i) le manquement de Madagascar à son obligation de protection et de sécurité, ou l'expropriation indirecte, suite au pillage et à la destruction des actifs afférents à l'usine de PGM (« **Voie 1** »), et
 - (ii) les autres manquements de Madagascar (traitement juste et équitable, traitement discriminatoire, traitement injustifié et arbitraire, expropriation indirecte de la créance) résultant dans l'impossibilité d'obtenir l'exécution de la créance détenue à l'encontre de la compagnie d'assurance Ny Havana (« **Voie 2** »).⁴³³
370. Pour rétablir les Demandeurs dans la situation qui aurait été la leur en l'absence de violations, Mme Fortin a comparé la situation effective des Demandeurs (« Scénario factuel ») à celle dans laquelle ils se seraient trouvés en l'absence de manquements (« Scénario contrefactuel »).⁴³⁴ Pour la Voie 1, le Scénario contrefactuel correspond à la situation où l'usine n'aurait pas été pillée ou détruite ; pour la Voie 2, il correspond à l'exécution forcée de la créance détenue à l'encontre de Ny Havana, augmentée des intérêts légaux et frais afférents.⁴³⁵ Les pertes calculées ne prennent pas en compte l'impôt potentiellement applicable sur les montants octroyés et le Tribunal est donc requis de s'assurer « du bon traitement fiscal, à savoir qu'il faut qu'il soit indifférent

⁴³¹ Réplique, §§ 912-917.

⁴³² Réplique, §§ 918-920.

⁴³³ Mémoire, § 426 ; Premier rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting, présentant l'évaluation des dommages des Requérants, du 2 février 2018, § 1.17 ; Deuxième rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting du 8 février 2019, § 2.1.

⁴³⁴ Premier rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting, présentant l'évaluation des dommages des Requérants, du 2 février 2018, § 2.1.

⁴³⁵ Premier rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting, présentant l'évaluation des dommages des Requérants, du 2 février 2018, §§ 2.2-2.3.

pour les Requérants d'avoir eu recours à l'arbitrage ou d'avoir été indemnisés immédiatement suite aux dommages »,⁴³⁶

371. À titre de réparation, les Demandeurs réclament pour chaque voie un montant principal, des frais de conservation de la chose, des intérêts sur ces deux postes, et des frais de financement. Le tableau suivant récapitule les montants réclamés (et mis à jour) pour la Voie 1 :

Tableau 2-3 : Tableau récapitulatif des pertes subies par les Requérants au 31 janvier 2019 – Voie 1 (EUR)

	Montant avant intérêts	Intérêts au 31 janvier 2019	Montant après intérêts
Montant Principal	8 205 822	3 813 570	12 019 392
Frais de conservation de la chose	1 623 942	455 789	2 079 731
Frais de financement	1 396 992	n.a.	1 396 992
Total	11 226 757	4 269 359	15 496 115

Sources : Tableau 3-1, Tableau 4-1, Tableau 5-1, Tableau 6-1, paragraphes 5.4 et 5.5 et Annexe 4, onglet 'Résumé'.

372. Le tableau suivant récapitule les montants réclamés et (mis à jour) pour la Voie 2 :

Tableau 2-4 : Tableau récapitulatif des pertes subies par les Requérants au 31 janvier 2019 – Voie 2 (EUR)

	Montant avant intérêts	Intérêts au 31 janvier 2019	Montant après intérêts
Montant Principal	5 936 768	1 495 037	7 431 805
Frais de conservation de la chose	720 083	119 921	840 004
Frais de financement	1 406 699	n.a.	1 406 699
Total	8 063 551	1 614 958	9 678 508

Sources : Tableau 3-1, Tableau 4-1, Tableau 5-2, Tableau 6-2, paragraphes 5.6 et 5.7 et Annexe 4, onglet 'Résumé'.

373. Pour la Voie 1, le montant principal vise à compenser les Demandeurs « à hauteur de la valeur de remplacement » des actifs détruits les 27 et 28 janvier 2009. Mme Fortin a pris en compte l'estimation des actifs réalisée par Ny Havana « dans un contexte de

⁴³⁶ Premier rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting, présentant l'évaluation des dommages des Requérants, du 2 février 2018, § 2.9.

continuité d'exploitation » en juillet 2007 s'élevant à 20.576.427.000 MGA (correspondant à 8.205.822 EUR),⁴³⁷ ce qu'elle estime être cohérent « avec les données comptables dont l'assureur disposait à l'époque ». ⁴³⁸ Ce montant est resté inchangé suite à la mise à jour du 2^{ème} rapport de Mme Fortin.⁴³⁹

374. L'experte explique que la méthode d'évaluation fondée sur la valeur de remplacement est la plus conservatrice et équivaut à la valeur plancher de l'actif.⁴⁴⁰ Pour répondre aux critiques de Madagascar, Mme Fortin a chiffré « à titre illustratif » le montant principal selon la méthode des flux de trésorerie futurs actualisés, ou DCF. Ce chiffrage aboutit à 14.1 million EUR, ce qui confirme le caractère conservateur du calcul précédent.⁴⁴¹
375. Pour la Voie 2, Mme Fortin a calculé le montant principal de 16.281.170.360 MGA (correspondant à 5.936.768 EUR) sur la base de la valeur de la créance d'assurance non perçue à la date de la suspension des poursuites à l'encontre de Ny Havana le 17 avril 2012.⁴⁴² Ce montant inclut 14.337.978.960 MGA octroyé par la Cour d'appel de Mahajanga augmenté des intérêts légaux et des frais et dépens de l'instance. Mme Fortin n'a pas modifié ce montant dans son 2^{ème} rapport.⁴⁴³
376. Les Demandeurs réclament aussi les frais de conservation de la chose, qui correspondent à des « surcoûts qui n'auraient pas été encourus dans le Scénario Contrefactuel », ⁴⁴⁴ à savoir « à l'ensemble des charges encourues par les Requérants, directement ou indirectement, afin de maintenir PGM en état de conservation tout au long des procédures judiciaires ». ⁴⁴⁵ Ces frais incluent (i) les charges de fonctionnement (frais de maintien du site, gardiennage et sécurité, frais et salaire du

⁴³⁷ Premier rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting, présentant l'évaluation des dommages des Requérants, du 2 février 2018, §§ 2.11-2.13 ; Deuxième rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting du 8 février 2019, § 2.8.

⁴³⁸ Deuxième rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting du 8 février 2019, § 2.8.

⁴³⁹ Deuxième rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting du 8 février 2019, § 2.22.

⁴⁴⁰ Deuxième rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting du 8 février 2019, §§ 2.7 et 2.9.

⁴⁴¹ Réplique, § 907 ; Deuxième rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting du 8 février 2019, §§ 2.9, 3.19.

⁴⁴² Premier rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting, présentant l'évaluation des dommages des Requérants, du 2 février 2018, §§ 2.14-2.16 ; Deuxième rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting du 8 février 2019, § 2.10.

⁴⁴³ Deuxième rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting du 8 février 2019, § 2.22.

⁴⁴⁴ Deuxième rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting du 8 février 2019, § 2.11.

⁴⁴⁵ Premier rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting, présentant l'évaluation des dommages des Requérants, du 2 février 2018, § 2.17.

directeur général) et (ii) les frais d'intervention de Peter de Sutter, avancés par ANSI SA pour le compte de (DS)2. Dans le premier rapport de Mme Fortin, ces frais s'élevaient à 1.620.762 EUR pour la Voie 1 (dont 1.357.012 EUR au titre des charges de fonctionnement et 263.750 EUR au titre des frais d'intervention)⁴⁴⁶ et à 716.903 EUR pour la Voie 2 (dont 488.153 EUR au titre des charges opérationnelles et 228.750 EUR au titre des frais d'intervention).⁴⁴⁷ Ces montants ont été actualisé dans le 2^{ème} rapport de Mme Fortin, le montant réclamé s'élevant à 1.623.942 EUR pour la Voie 1 et à 720.083 EUR pour la Voie 2.⁴⁴⁸ Mme Fortin rejette la critique selon laquelle elle aurait surestimé ces montants car elle aurait évité tout double comptage en excluant les frais de financement initialement inclus dans l'extraction comptable reçue de PGM.⁴⁴⁹ Mme Fortin souligne encore avoir revu des échantillons de toutes les factures de conservation de la chose et confirme l'exactitude et la réalité des montants réclamés.⁴⁵⁰

377. Les Demandeurs réclament des intérêts sur le montant principal et les frais de conservation au taux EURIBOR douze mois + 3%, composé annuellement, à hauteur de 4.269.359 EUR pour la Voie 1 (3.813.570 EUR sur le montant principal et 455.789 EUR sur les frais de conservation),⁴⁵¹ et d'un montant de 1.614.958 EUR pour la Voie 2 (1.495.037 EUR sur le montant principal et 119.921 EUR sur les frais de conservation).⁴⁵²
378. Enfin, Mme Fortin expose que les frais de financement correspondent aux emprunts contractés dans le cadre du Scénario Contrefactuel. Quand bien même certains emprunts auraient de toute façon été faits, ils l'auraient été à un taux plus avantageux. L'impact de ces emprunts correspond dans la Voie 1 à 1.396.992 EUR et dans la Voie 2 à 1.406.699 EUR.⁴⁵³

⁴⁴⁶ Premier rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting, présentant l'évaluation des dommages des Requérants, du 2 février 2018, §§ 2.20-2.21 et Tableau 2-1.

⁴⁴⁷ Premier rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting, présentant l'évaluation des dommages des Requérants, du 2 février 2018, §§ 2.22-2.23 et Tableau 2-2.

⁴⁴⁸ Deuxième rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting du 8 février 2019, §§ 2.37-2.38 et Tableaux 2-1 et 2-2.

⁴⁴⁹ Deuxième rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting du 8 février 2019, § 2.40.

⁴⁵⁰ Deuxième rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting du 8 février 2019, §§ 2.41-2.42.

⁴⁵¹ Deuxième rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting du 8 février 2019, Tableau 2.3.

⁴⁵² Deuxième rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting du 8 février 2019, Tableau 2.4.

⁴⁵³ Deuxième rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting du 8 février 2019, §§ 2.54-2.56.

379. Les montants sont réclamés en Euros, ce qui est conforme avec l'esprit du Traité qui prévoit le règlement de l'indemnité en cas d'expropriation légale dans la monnaie de l'État de l'investisseur ou toute autre monnaie convertible. Or, il serait incohérent d'imposer le paiement en Ariary pour une expropriation illégale.⁴⁵⁴
380. Les Demandeurs rejettent pour le surplus les objections de la Défenderesse visant à réduire le montant réclamé pour « manque de sérieux ». ⁴⁵⁵ La situation économique de Madagascar ne saurait justifier une réduction du préjudice réel.⁴⁵⁶ De plus, les pertes encourues ne résultent nullement d'un manque de diligence des Demandeurs,⁴⁵⁷ qui n'ont pas non plus violé l'obligation de minimiser le dommage. Madagascar n'identifie d'ailleurs pas de mesure qu'ils auraient raisonnablement pu prendre et n'ont pas prise.⁴⁵⁸ Enfin, ils réfutent l'allégation qu'ils auraient contribué au dommage au motif que la Défenderesse n'établit pas que le non-paiement des salariés de PGM aurait contribué au préjudice.⁴⁵⁹

b. Position de la Défenderesse

381. En premier lieu, la Défenderesse demande le report de la détermination du dommage à une phase ultérieure.⁴⁶⁰
382. Sur le fond, Madagascar considère que la demande de réparation est « absurde, spéculative, vague, imprécise, de mauvaise foi manifeste, juridiquement et moralement condamnable et d'une simplicité déroutante » ; il faut donc la rejeter.⁴⁶¹
383. Selon la Défenderesse, les Demandeurs n'ont pas démontré l'existence d'un préjudice réparable et leur demande de réparation repose sur des « mensonges ». ⁴⁶² Les Demandeurs n'identifient pas non plus l'investissement affecté. Ils ne sont qu'actionnaires et confondent le dommage subi par PGM et le leur.⁴⁶³ Ils ne présentent

⁴⁵⁴ Réplique, § 1043.

⁴⁵⁵ Réplique, § 1012.

⁴⁵⁶ Réplique, §§ 1017-1019.

⁴⁵⁷ Réplique, § 1025.

⁴⁵⁸ Réplique, § 1033.

⁴⁵⁹ Réplique, § 1037.

⁴⁶⁰ Contre-Mémoire, § 948.

⁴⁶¹ Contre-Mémoire, § 949 ; Duplique, § 1007.

⁴⁶² Duplique, § 992.

⁴⁶³ Contre-Mémoire, §§ 953-954.

aucune évaluation de la valeur de leurs actions⁴⁶⁴ et il est « loin d'être certain » que l'ensemble du dommage subi par PGM « se répercute d'une façon purement proportionnelle sur la valeur de l'action ». ⁴⁶⁵ En définitive, ils ne peuvent pas prétendre au préjudice subi par PGM, ce qu'ils font en l'espèce. ⁴⁶⁶

384. Les Demandeurs méconnaissent ensuite les exigences du Traité en matière de réparation, et en particulier celles de l'article 7.3 qui trouve application en cas d'expropriation. ⁴⁶⁷ Madagascar insiste aussi sur l'article 7.4 dont l'effet indemnitaire « consiste à ne pas réparer les demandeurs que s'ils prouvent qu'une telle réparation a été accordée à un investisseur étranger ». ⁴⁶⁸ Cette preuve ferait défaut en l'espèce. ⁴⁶⁹ En outre, les Demandeurs ne prouvent pas l'existence de la causalité entre la violation et le préjudice. ⁴⁷⁰ En réalité, c'est la mise au chômage technique des salariés et le non-paiement de leurs salaires, en d'autres termes la violation des règles du droit du travail par PGM, qui est la cause immédiate de leur préjudice. ⁴⁷¹
385. Les Demandeurs, poursuit Madagascar, n'expliquent pas non plus la logique de leurs deux évaluations (Voies 1 et 2). La réclamation du montant le plus élevé n'a aucune justification économique et juridique puisque l'évaluation du dommage vise la perte effectivement subie. ⁴⁷²
386. Pour la Défenderesse, les Demandeurs violent aussi le principe indemnitaire dans leur calcul du montant principal. La valeur déclarée des actifs de l'usine, outre que son établissement est suspect et « occulte », n'a rien à voir avec la valeur réelle de la chose sinistrée. Le montant déclaré est librement fixé par l'assuré et ne peut donc servir de preuve de la valeur de la chose au jour du sinistre. ⁴⁷³ Ce serait « transformer l'assurance en opération de spéculation » et le Tribunal favoriserait les sinistres

⁴⁶⁴ Contre-Mémoire, § 955.

⁴⁶⁵ Contre-Mémoire, § 956.

⁴⁶⁶ Duplique, §§ 1060-1065.

⁴⁶⁷ Contre-Mémoire, § 960 ; Duplique, §§ 1053-1055.

⁴⁶⁸ Duplique, § 1013.

⁴⁶⁹ Duplique, § 1014.

⁴⁷⁰ Contre-Mémoire, § 961 ; Duplique, §§ 1066-1079.

⁴⁷¹ Duplique, § 1073.

⁴⁷² Duplique, § 1058.

⁴⁷³ Contre-Mémoire, §§ 965-967, 976 ; Duplique, §§ 1001-1004, 1006, 1082-1084 ; Catherine Caillé, Assurance de dommages, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, § 103 (DL-223).

volontaires s'il devait suivre l'approche préconisée par les Demandeurs.⁴⁷⁴ À cela s'ajoute que plusieurs attestations contredisent l'évaluation des Demandeurs (p.ex. l'attestation de dégâts matériels du Ministère de la Défense), que les éléments comptables à l'appui de l'évaluation du dommage font défaut et que le montant réclamé est exagéré si on le compare aux apports, qui ne sont d'ailleurs pas établis non plus.⁴⁷⁵

387. S'agissant de la créance à l'encontre de Ny Havana utilisée dans le calcul dans la Voie 2, celle-ci ne peut servir de base au chiffrage, la Cour de cassation ayant cassé l'arrêt de la Cour d'appel du 4 juillet 2011.⁴⁷⁶ Il est en outre « absurde » d'invoquer la créance découlant du contrat d'assurance, car elle ne constitue pas un investissement au sens du Traité.⁴⁷⁷ De surcroît, selon la Défenderesse, les Demandeurs font totalement abstraction des passifs de PGM.⁴⁷⁸
388. Madagascar s'oppose aussi à la méthode d'évaluation des actifs choisie par Mme Fortin, méthode qui serait sans fondement économique ou juridique. La méthode DCF employée alternativement par Mme Fortin confirmerait l'absence de dommage.⁴⁷⁹ PGM n'était pas viable au moment de la survenance du sinistre.⁴⁸⁰ Pour Madagascar, il est notable que Mme Fortin ne se place pas à la date du sinistre pour évaluer le dommage et fait abstraction de la réalité économique de PGM.⁴⁸¹ En effet, à cette date, l'investissement n'existait plus : la mise au chômage technique de l'ensemble des salariés de PGM en novembre 2008 « marque la mort économique et financièr[e] de PGM ». ⁴⁸²
389. La Défenderesse estime ensuite que la réclamation des frais de conservation est « sans fondement et abusive ». ⁴⁸³ Les frais de conservation sont « étonnants », PGM n'ayant plus d'objet et ayant pris fin en vertu du droit malgache ; en conséquence, le

⁴⁷⁴ Contre-Mémoire, § 965.

⁴⁷⁵ Duplique, §§ 1085-1099.

⁴⁷⁶ Contre-Mémoire, § 982.

⁴⁷⁷ Duplique, § 1021.

⁴⁷⁸ Duplique, § 1023.

⁴⁷⁹ Duplique, § 1044.

⁴⁸⁰ Contre-Mémoire, §§ 67-77 ; Duplique, §§ 54-74, 1045.

⁴⁸¹ Duplique, §§ 1049, 1052.

⁴⁸² Duplique, §§ 1046-1052.

⁴⁸³ Contre-Mémoire, §§ 986-1005 ; Duplique, §§ 1132-1150.

maintien de PGM violerait le droit local.⁴⁸⁴ D'ailleurs, rien ne montre que ces frais, dont la nécessité n'est pas établie,⁴⁸⁵ aient été encourus par PGM.⁴⁸⁶

390. Quant aux frais financiers, ce ne sont que des « montages » sur la base de « conventions réglementées interdites ». ⁴⁸⁷ Rien ne montre leur lien avec le litige ni que les financements étaient destinés à PGM. ⁴⁸⁸ Ainsi, Madagascar argumente que les montants réclamés ne sont pas justifiés, n'étaient pas prévisibles ou certains, et sont « trop indirects et éloignés », voire spéculatifs et abusifs. ⁴⁸⁹
391. La Défenderesse s'oppose aussi à la réclamation d'intérêts, qui ne reposerait sur aucun fondement et représenterait le « summum de l'absurdité et de l'abus ». ⁴⁹⁰ Pour Madagascar, l'allocation d'intérêts « n'est pas automatique » et ne devrait survenir que si nécessaire pour assurer une réparation intégrale. ⁴⁹¹ Elle met aussi en exergue le fait que les Demandeurs ont attendu neuf ans avant d'introduire leur grief d'absence de protection et sécurité constantes, de sorte qu'il conviendrait de limiter la période de calcul des intérêts. ⁴⁹² Elle s'oppose également à la majoration du taux. ⁴⁹³ En ce qui concerne la composition des intérêts, Madagascar soumet qu'elle requiert une règle spécifique, absente tant du contrat d'assurance que du Traité, les Demandeurs n'identifiant pas de règle de droit international coutumier à cet effet. ⁴⁹⁴
392. La Défenderesse affirme enfin que tout montant devrait être réduit en raison de la situation financière de Madagascar et du comportement des Demandeurs, notamment le fait qu'ils ont contribué à leur dommage et ne l'ont pas minimisé. ⁴⁹⁵ En dernier lieu,

⁴⁸⁴ Contre-Mémoire, § 989.

⁴⁸⁵ Duplique, § 1137.

⁴⁸⁶ Duplique, §§ 1135, 1138.

⁴⁸⁷ Contre-Mémoire, § 992.

⁴⁸⁸ Duplique, § 1148.

⁴⁸⁹ Contre-Mémoire, §§ 996-1004 ; Duplique, §§ 1100-1105.

⁴⁹⁰ Contre-Mémoire, §§ 1004, 1011-1016 ; Duplique, §§ 1153, 1165-1177.

⁴⁹¹ Contre-Mémoire, § 1012.

⁴⁹² Duplique, § 1152.

⁴⁹³ Duplique, § 1178.

⁴⁹⁴ Duplique, §§ 1167-1168, 1177.

⁴⁹⁵ Contre-Mémoire, §§ 1017-1026 ; Duplique, §§ 1181-1211.

Madagascar demande que tout montant éventuellement octroyé le soit en monnaie locale (ariary) et non en euros.⁴⁹⁶

2. Analyse

a. Observations préliminaires

393. Les Demandeurs ont procédé à deux évaluations alternatives, qui ont trait pour la première au manquement de Madagascar à son obligation de protection et de sécurité (Voie 1) et pour la seconde aux autres violations (Voie 2). Le montant réclamé au titre de la Voie 1 s'élève à 15.742.484 EUR et au titre de la Voie 2 à 9.855.798 EUR.
394. Ayant conclu que la Défenderesse avait violé l'obligation de sécurité et de protection constantes posée par l'article 3(2) du TBI et le chiffrage des réclamations étant alternatif, le Tribunal limitera l'analyse au dommage réclamé au titre de la Voie 1. Ce faisant, il tiendra compte du fait que les Demandeurs réclament le montant le plus élevé (cf. paragraphe 365).

b. Le standard applicable

395. Le principe de droit international de la réparation intégrale n'est à juste titre pas contesté. Il a pour objet dans les termes de l'*Usine de Chorzów*, d'« effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis ».⁴⁹⁷
396. Les Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite de la Commission du droit international précise que le préjudice « comprend tout dommage, tant matériel que moral, résultant du fait internationalement illicite de l'État ».⁴⁹⁸ En droit des investissements, la réparation intégrale peut prendre la forme de la restitution ou de la compensation,⁴⁹⁹ à quoi s'ajoute les intérêts sur le capital « dans la mesure

⁴⁹⁶ Contre-Mémoire, § 1027 ; Duplique, § 1212.

⁴⁹⁷ *Affaire relative à l'Usine de Chorzow*, p. 47 (RL-51). L'article 31(1) du projet d'articles sur la responsabilité des États précise que : « L'État responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite ». Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, Résolution 56/86 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 12 décembre 2001, Article 31(1) (RL-11).

⁴⁹⁸ Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, Résolution 56/86 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 12 décembre 2001, Article 31(2) (RL-11).

⁴⁹⁹ Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, Résolution 56/86 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 12 décembre 2001, Articles 35-36 (RL-11).

nécessaire pour assurer la réparation intégrale ». ⁵⁰⁰ Ces articles précisent encore que le cas échéant, il y a lieu de tenir compte de la contribution de la victime au dommage. ⁵⁰¹

397. La restitution de l'usine n'étant ni réclamée ni possible, seule la voie de la compensation est ouverte et le Tribunal s'attachera à évaluer l'indemnité due, qui « couvre tout dommage susceptible d'évaluation financière ». ⁵⁰²
398. Il n'est pas non plus contesté que le fardeau de la preuve du dommage incombe aux Demandeurs, de telle sorte que les réclamations incertaines, spéculatives ou non étayées devront être rejetées.
399. La Défenderesse affirme que les alinéas 3 et 4 de l'article 7 du TBI trouvent application pour l'évaluation du dommage des Demandeurs. L'article 7, intitulé « mesure privatives et restrictives de propriété » concerne l'expropriation légale. Selon une jurisprudence arbitrale bien établie, le standard de compensation énoncé dans ce type de clause n'est pas applicable tel quel à l'expropriation illégale. ⁵⁰³ Il ne s'applique pas non plus à la violation d'autres obligations conventionnelles, comme l'article 3(2) bien qu'un tribunal puisse s'inspirer de certains éléments. La Défenderesse insiste plus particulièrement sur l'article 7(4). Or, cette disposition suppose l'existence d'un investisseur étranger mieux traité que les Demandeurs et érige ce traitement en plancher de la réparation à accorder. En l'absence d'un tel investisseur la disposition ne peut trouver à s'appliquer.
400. Cela étant, l'investissement des Demandeurs étant détruit, il faut en établir la valeur. Il est vrai que les Demandeurs sont actionnaires de PGM et non propriétaires des actifs de cette dernière, qui n'est d'ailleurs pas demanderesse dans cette procédure. Pour Madagascar, les Demandeurs confondent leur dommage en tant qu'actionnaires avec

⁵⁰⁰ Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, Résolution 56/86 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 12 décembre 2001, Article 38 (RL-11).

⁵⁰¹ Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, Résolution 56/86 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 12 décembre 2001, Article 39 (RL-11).

⁵⁰² Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, Résolution 56/86 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 12 décembre 2001, Article 36(2) (RL-11).

⁵⁰³ Voir par exemple : *ADC Affiliate Limited et ADC & ADMC Management Limited c. République de Hongrie*, Affaire CIRDI n° ARB/03/16, Sentence, 2 octobre 2006, § 481 (RL-117) : « *The BIT only stipulates the standard of compensation that is payable in the case of a lawful expropriation, and these [sic] cannot be used to determine the issue of damages payable in the case of an unlawful expropriation since this would be to conflate compensation for a lawful expropriation with damages for an unlawful expropriation* ».

celui de PGM, ces deux dommages n'étant pas équivalant et les Demandeurs n'ayant droit à réparation que pour la diminution de valeur de leurs actions.

401. Il est exact que l'actionnaire n'est pas titulaire des actifs de la société dont il détient les actions et que le dommage causé à ces actifs est celui de la société, non de l'actionnaire. Ce dernier subit un dommage « par ricochet », à savoir la diminution de la valeur de ses actions corrélatives à l'atteinte portée aux actifs de la société.⁵⁰⁴
402. La sentence *AAPL c. Sri Lanka* est particulièrement intéressante dans le présent contexte. Elle concernait aussi la destruction des actifs d'une société de droit local et que le tribunal avait évalué les actions de cette société (qui n'était pas cotée en bourse) à l'aune de la valeur des actifs de la société :

95. [...] *The undisputed 'investments' effected since 1985 by AAPL in Sri Lanka are in the form of acquiring shares in Serendib Company, which has been incorporated in Sri Lanka under the domestic Companies Law.*

Accordingly, the Treaty protection provides no direct coverage with regard to Serendib's physical assets as such [...]. The scope of the international law protection granted to the foreign investor in the present case is limited to a single item: the value of his share-holding in the joint-venture entity (Serendib Company).

96. *In the absence of a stock market at which the price for Serendib's shares were quoted on January 27, 1987 (the day preceding the events which led to the destruction of the value of AAPL's investment in Serendib's capital), the evaluation of the shares owned by AAPL in Serendib has to be established by the alternative method of determining what was the reasonable price a willing purchaser would have offered to AAPL to acquire its share holding in Serendib.*

97. *Certainly, all the physical assets of Serendib, as well as its intangible assets, have to be taken into consideration in establishing the reasonable value of what the potential purchaser could have been willing to offer on January 27, 1987 for acquiring AAPL's shares in Serendib. But the reasonable price should have reflected also Serendib's global liability at that date; i.e. the aggregate amount of the current debts, loans, interests, etc. due to Serendib's creditors.*⁵⁰⁵

403. Pour déterminer ce dommage, il est communément admis que la valeur de marché est pertinente et que celle-ci peut être quantifiée par diverses méthodes, dont celle des

⁵⁰⁴ Plusieurs sentences reconnaissent cette différence, dont notamment : *Gemplus, S.A., SLP, S.A. et Gemplus Industrial, S.A. de C.V. c. États-Unis mexicains*, Affaires CIRDI n^{os} ARB(AF)/04/3 & ARB(AF)/04/4, Sentence, 16 juin 2010, § 12-50 (Part XII) (DL-106) ; *Iurii Bogdanov, Agurdino-Invest Ltd. et Agurdino-Chimia JSC c. République de Moldavie*, Affaire SCC, Sentence, 22 septembre 2005, pp. 18-19 (RL-185).

⁵⁰⁵ *AAPL c. Sri Lanka*, §§ 95-97 (RL-16).

flux de trésorerie futurs actualisés (*discounted cash flow* ou DCF), du marché et de l'actif net.⁵⁰⁶ Cette dernière méthode est considérée comme étant la plus conservatrice dans la mesure où elle ignore les bénéfices futurs et se limite à la valeur comptable ou la valeur de remplacement de l'actif. En l'espèce, l'experte des Demandeurs a employé la méthode de l'actif net tout en présentant à titre illustratif une évaluation sur la base d'un DCF.

404. Compte tenu des circonstances de l'espèce, le Tribunal accepte la méthode de l'actif net proposée par les Demandeurs. En effet, même si PGM était une entreprise en activité (*going concern*) depuis 2000 et que le Tribunal dispose d'informations sur les flux de trésorerie de PGM pour les années 2000 à 2009, il estime que les difficultés financières qu'a connues PGM depuis l'été 2008, l'absence de production en raison de la faillite de Steve & Barry's, et la mise au chômage technique du personnel dès novembre 2008 ne lui permettent pas de procéder à l'évaluation des flux futurs de manière suffisamment fiable.
405. La Défenderesse objecte que PGM était « économiquement morte » dès novembre 2008 en raison du chômage technique du personnel. C'est là une considération dénuée de pertinence s'agissant de l'évaluation d'un actif net. Il en irait autrement en cas de calcul des bénéfices futurs, qui n'est cependant pas la méthode choisie ici.
406. S'agissant enfin du traitement des dettes,⁵⁰⁷ les rapports d'expertise déposés par les Demandeurs mettent bien en œuvre l'approche préconisée par la décision AAPL citée plus haut. Les dettes de PGM se composent de montants dus à des sociétés détenues

⁵⁰⁶ *CMS c. Argentine*, § 403 (DL-101) (« *In the case of a business asset which is quoted on a public market, that process can be a fairly easy one [...]. However, it happens frequently that the assets in question are not publicly traded and it is then necessary to find other methods to establish fair market value. Four ways have generally been relied upon to arrive at such value. (1) The 'asset value' or the 'replacement cost' approach which evaluates the assets on the basis of their 'break-up' or their replacement cost; (2) the 'comparable transaction' approach which reviews comparable transactions in similar circumstances; (3) the 'option' approach which studies the alternative uses which could be made of the assets in question, and their costs and benefits; (4) the 'discounted cash flow' ('DCF') approach under which the valuation of the assets is arrived at by determining the present value of future predicted cash flows, discounted at a rate which reflects various categories of risk and uncertainty* »).

⁵⁰⁷ Au 31 décembre 2018, outre des dettes financières à moyen ou long terme envers DS(2) et les frères de Sutter d'un montant de 2.437.967,75 EUR, PGM avait des dettes fournisseurs d'un montant de 1.344.387,89 EUR (dont 1.210.491,75 EUR envers Polo Tunisie, membre du groupe Polo, et 133.896,14 EUR envers des fournisseurs locaux), des comptes courants d'un montant de 4.404.283,27 EUR (dont 2.500 EUR envers M. Iserentant, 13.060,29 EUR envers PGM Immo et 227,66 EUR envers Amat ; le reste étant dû aux frères de Sutter et à DS(2)), et d'autres dettes d'un montant de 227.679,68 EUR (dont des dettes sociales de 158.157,40 EUR et un découvert bancaire de 69.522,28 EUR). Rapport d'audit des dettes et créances de PGM, 31 décembre, p. 4, Tableau A (FTI-32).

par les Demandeurs⁵⁰⁸ et de dettes opérationnelles d'une somme de 361.575.82 EUR (133.896 EUR fournisseurs locaux ; 158.157.40 EUR dettes sociales ; et 69.522,28 EUR découvert bancaire).⁵⁰⁹ Selon Mme Fortin, « l'estimation des pertes des actionnaires se fait en diminuant les pertes subies par la société à hauteur du montant des dettes financières dues à des parties tierces, dont le remboursement est prioritaire en cas d'indemnisation ». ⁵¹⁰ Elle ajoute que dès lors qu'il s'agit d'une valorisation en continuité d'exploitation, il y a lieu de prendre en compte seulement les dettes à long terme, c'est-à-dire les dettes de financement, à l'exclusion de « tout ce qui concerne le fonds de roulement, l'activité classique, le paiement des dettes fournisseurs, etc. ». ⁵¹¹ Or, comme l'experte l'explique, la dette financière de PGM entre 2008 et 2018 « a toujours été contractée auprès des Requérants eux-mêmes, ou de leur filiale Nieuwe Straete détenue à 100% ». ⁵¹² Dans ces circonstances, elle conclut à juste titre que « les dettes et capitaux propres sont tous détenus par les Requérants et la perte des Requérants correspond exactement à la perte de PGM ». ⁵¹³

407. Dans la mesure où il s'agit d'une valorisation en continuité d'exploitation (*going concern*), le Tribunal suivra l'avis de Mme Fortin. Cela étant, il a pris acte de l'intention des Demandeurs, exprimée à l'Audience par l'intermédiaire de leur conseil, de mettre à disposition de PGM les fonds nécessaires pour régler les dettes opérationnelles de PGM, et en particulier les dettes à l'égard des salariés. ⁵¹⁴

⁵⁰⁸ Le Business plan de PGM de 2007 mentionne que PGM n'avait aucun endettement bancaire à moyen et long terme et que les dettes fournisseurs se répartissaient entre Polo Group, Polo International et Polo Europe : « L'endettement extérieur de la société PGM est extrêmement faible. L'ensemble de ses dettes se rapporte surtout au groupe POLO ». Business plan de PGM de mai 2007, pp. 32-33 (R-240).

⁵⁰⁹ L'état des dettes et créances de PGM au 31 décembre 2018 mentionne des dettes envers des fournisseurs locaux d'un montant de 133.896,14 EUR, des dettes sociales d'un montant de 158.157,40 EUR et un découvert bancaire d'un montant de 69.522,28 EUR. Rapport d'audit des dettes et créances de PGM, 31 décembre, p. 4, Tableau A (FTI-32).

⁵¹⁰ Deuxième rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting du 8 février 2019, § 2.16.

⁵¹¹ Tr. (Jour 2), 51: 19-23 (Fortin).

⁵¹² Deuxième rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting du 8 février 2019, § 2.17.

⁵¹³ Deuxième rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting du 8 février 2019, § 2.17.

⁵¹⁴ Tr. (Jour 2), 72 :8-18 (Ostrove). Selon les informations au dossier, les salaires des employés avaient été payés début janvier 2009 avant la survenance du sinistre et les dettes restantes à l'égard des salariés concernaient des soldes de tout compte de salariés licenciés à la suite du sinistre. Cf. Assignation en garantie de PGM contre NY Havana devant le Tribunal de première instance de Mahajanga dans la procédure relative à l'appel en garantie, 21 juillet 2010 (D-134) ; Courrier adressé par Me Ducaud à la Ministre de la Justice du 24 février 2016, p. 2 (R-256). Voir aussi : Courrier adressé par PGM au Directeur Général de l'Emploi, du Travail et des Lois Sociales du 19 janvier 2009 (R-246).

c. Le montant principal

408. Pour la Voie 1, les Demandeurs réclament à ce titre 8.205.822 EUR et des intérêts de 3.955.665 EUR au 30 juin 2019.⁵¹⁵
409. Mme Fortin a évalué le montant principal (à 20.576.427.000 MGA, convertis en 8.205.822 EUR) sur la base de la valeur de remplacement de l'usine et des biens mobiliers au jour de la destruction de l'usine le 28 janvier 2009. Pour ce faire, elle s'est référée à l'évaluation des actifs de l'usine réalisée le 30 juillet 2007 par la société d'assurance Ny Havana. Selon Mme Fortin, l'évaluation du 30 juillet 2007 est « fiable et objective » dans la mesure où elle a été réalisée par Ny Havana, une partie tierce indépendante de PGM, et qu'elle est contemporaine des événements ayant mené à la destruction de l'usine.
410. La Défenderesse critique l'approche des Demandeurs et de leur experte au motif que la « somme déclarée n'a rien à voir avec la détermination du dommage », puisque la valeur déclarée ne constitue que la « limite maximum de l'engagement de l'assureur ». ⁵¹⁶ Elle affirme ensuite que l'évaluation de Ny Havana n'est « confortée par aucun élément comptable » ⁵¹⁷ et qu'elle ne correspond pas au montant du capital social déclaré par PGM. ⁵¹⁸
411. La prise en compte de la valeur assurée des actifs a parfois été acceptée dans la jurisprudence arbitrale. Par exemple, pour évaluer la valeur de stations de forage dans *Sedco v. NIOC*, le tribunal des différends irano-américains avait estimé que “*the insured value gives a helpful and independent indication of actual value*”. ⁵¹⁹
412. Dans *Oil Fields of Texas v. Iran*, ce même tribunal a recouru à la valeur assurée d'un objet détruit (un obturateur) pour déterminer la valeur de remplacement d'objets du même type qui avaient été expropriés :

[T]he insurance proceeds on the destroyed blowout preventer reflected a significant sum, which more or less corresponds to the figures given by the Claimant. Based on the foregoing, the Tribunal determines that, as of the beginning of July 1979, the value of the three blowout

⁵¹⁵ Présentation de Mme Juliette Fortin, 3 juillet 2019, p. 20.

⁵¹⁶ Contre-Mémoire, § 965.

⁵¹⁷ Contre-Mémoire, § 970.

⁵¹⁸ Contre-Mémoire, § 971.

⁵¹⁹ *Sedco, Inc. c. Société nationale iranienne du pétrole*, Affaires IUSCT n^{os} 128 et 129, Sentence n^o 309-129-3, 7 juillet 1987, § 76.

*preventers taken by NIOC was \$1,485,692, the amount to which the Claimant is entitled.*⁵²⁰

413. En l'espèce, le régime d'indemnisation assurantielle souscrit par PGM fournit une indication utile pour l'appréciation de toute réparation due au titre de la violation du TBI dans la mesure où l'assurance a précisément pour fonction de rétablir, autant que faire se peut, le *statu quo ante*, c'est-à-dire la situation qui aurait prévalu en l'absence de violation.
414. De l'avis du Tribunal, la valeur assurée des actifs de PGM est une indication assez fiable de la valeur des actifs détruits les 27 et 28 janvier 2009.⁵²¹ Il est vrai qu'il s'agit d'une valeur déclarée par l'assuré (PGM) à l'assureur (Ny Havana) et non d'une valeur déterminée par l'assureur ou un tiers. Il est cependant très probable que l'assureur a fait des inspections sur site afin de s'assurer que les machines existaient et faisaient partie de l'inventaire de PGM. M. Peter de Sutter a d'ailleurs expliqué qu'il s'agissait d'un « travail [effectué] ensemble, avec la direction locale de Ny Havana ». ⁵²² En outre, il apparaît que, devant les juridictions malgaches, Ny Havana n'a pas contesté la valeur déclarée, assertion que Madagascar n'a pas réfutée.⁵²³
415. Le Tribunal accepte également l'approche de Mme Fortin de valoriser l'actif « en mode de continuité d'exploitation » et non pas de procéder à une « valorisation liquidative », qui aurait consisté à prendre en considération les machines anciennes ou autres objets mobiliers qui auraient survécu à l'incendie et au pillage.⁵²⁴ En effet, il s'agit de valoriser l'ensemble de l'entreprise, laquelle aurait pu redémarrer si les événements du 27 et 28 janvier 2009 n'étaient pas survenus.
416. Il convient dès lors de vérifier les montants indiqués à l'Avenant n° 15. Le dossier contient deux versions de l'Avenant n° 15 et trois tableaux des valeurs déclarées. La Défenderesse relève plusieurs incohérences, divergences ou contradictions entre ces tableaux et proteste contre l'augmentation des valeurs déclarées entre 2006 et 2007.

⁵²⁰ *Oil Fields of Texas, Inc c. Gouvernement de la République islamique d'Iran et Société nationale iranienne du pétrole*, Affaire IUSCT n° 43, Sentence No. 258-43-1, 8 octobre 1986, § 45.

⁵²¹ Police d'Assurance Multirisques Professionnels de la Compagnie d'Assurances et de Réassurances Ny Havana souscrite par PGM et avenants successifs du 7 décembre 1998, tableau annexé à l'Avenant n° 15, p. 67 (R-8).

⁵²² Tr. (Jour 2), 19 :26-28 (De Sutter).

⁵²³ Tr. (Jour 1), 53 :31-35 (Ostrove).

⁵²⁴ Tr. (Jour 2), 40 :35-40 (Fortin).

417. Le premier Avenant n° 15 en date du 7 juin 2006 (prenant effet au 1^{er} janvier 2006) contient un tableau de garanties intitulé « Récapitulation au 01/01/2006 » avec une valeur déclarée totale de 19.154.188.002 MGA.⁵²⁵ Cette valeur déclarée compte deux fois les stocks (à savoir 1.049.400.000 MGA) pour le risque d'incendie et le risque de vol. Dans une large mesure, il y a aussi une duplication dans la valeur déclarée des aménagements, installations, mobiliers machines et matériels (à savoir 3.872.812.212 MGA pour le risque incendie et 3.762.775.790 MGA pour le risque vol). Si l'on élimine les doublons, la valeur déclarée totale s'élève à 14.342.212.212 MGA.
418. Le second Avenant de renouvellement n° 15 date du 30 juillet 2007 (mais a pris effet au 1^{er} janvier 2007) et contient deux tableaux différents.⁵²⁶ Le premier tableau fait partie du corps de la police (il se trouve à la page 2 sur 3) et le second est une annexe. Le montant total de la valeur assurée dans le premier tableau s'élève à 31.459.254.000 MGA, mais ce montant comprend des duplications pour les stocks et les mobiliers, machines et matériels concernant les risques d'incendie et de vol. Le second tableau ne contient pas de duplications et indique une valeur assurée inférieure de 20.576.427.000 MGA.⁵²⁷ C'est donc le second tableau que le Tribunal prendra en compte.
419. Il ressort de ces éléments que la valeur déclarée a augmenté de 6.234.214.788 MGA entre 2006 et 2007 (soit de 14.342.212.212 MGA à 20.576.427.000 MGA).
420. Le tableau des garanties annexé au second Avenant de renouvellement n° 15 contient six postes : les risques locatifs, les aménagements et installations, les matériels, les stocks, les recours des voisins et des tiers, et les pertes d'exploitation. Dès lors que le Tribunal cherche à établir la valeur des actifs nets de PGM, il écarte d'emblée la valeur déclarée pour les recours des voisins et des tiers, tout comme celle relative aux pertes d'exploitation.

⁵²⁵ Avenant n° 15 (1) sur police 770165 – PGM du 1 janvier 2006 (R-312). Voir aussi : Police d'Assurance Multirisques Professionnels de la Compagnie d'Assurances et de Réassurances Ny Havana souscrite par PGM et avenants successifs du 7 décembre 1998, tableau annexé à l'Avenant n° 15, p. 62 (R-8).

⁵²⁶ Police d'Assurance Multirisques Professionnels de la Compagnie d'Assurances et de Réassurances Ny Havana souscrite par PGM et avenants successifs du 7 décembre 1998, tableau annexé à l'Avenant n° 15, pp. 64-65, 67 (R-8).

⁵²⁷ Police d'Assurance Multirisques Professionnels de la Compagnie d'Assurances et de Réassurances Ny Havana souscrite par PGM et avenants successifs du 7 décembre 1998, tableau annexé à l'Avenant n° 15, pp. 64-65, 67 (R-8).

421. Concernant les risques locatifs (5 milliards MGA) et les aménagements et installations (293.600.000 MGA), le Tribunal pense pouvoir considérer ces montants comme reflétant la valeur de ces actifs. Ce faisant, il tient compte du fait que ces montants n'ont pas augmenté entre 2006 et 2007, qu'ils n'ont pas fait l'objet de contestation spécifique dans cet arbitrage et n'ont pas été mis en doute par l'assureur dans la procédure locale.⁵²⁸
422. Quant à la valeur des aménagements, installations (293.600.000 MGA), mobiliers, machines et matériels (8.123.827.000 MGA), cette dernière est passée de 3.872.612.212 MGA en 2006 à 8.417.427.000 MGA en 2007.
423. Il ressort du dossier, qu'en 2007 PGM a acheté des machines pour un montant de 1.158.087.672 MGA (soit 564.627 USD).⁵²⁹ Par ailleurs, l'ensemble du parc de machines a fait l'objet d'une réévaluation.⁵³⁰ Mme Fortin a confirmé que ces réévaluations étaient généralement cohérentes avec les valeurs figurant dans les comptes annuels de PGM au 31 décembre 2006.⁵³¹ Le Tribunal estime donc que le montant déclaré en 2007 s'élevant à 8.123.827.000 MGA constitue une valorisation suffisamment fiable pour le matériel. À cela s'ajoute le montant de 293.600.000 MGA pour les aménagements et installations, que le Tribunal accepte également.
424. S'agissant enfin des stocks, leur valeur déclarée a augmenté de 1.049.400.000 MGA en 2006 à 2.759.000.000 MGA en 2007, soit de 1.709.600.000 MGA. Les Demandeurs expliquent cette augmentation par le fait que de sous-traitant PGM est devenu

⁵²⁸ Voir note 523.

⁵²⁹ Liste de machines achetées par PGM à la société Wingtai Madagascar en 2007 (R-321).

⁵³⁰ Réplique, Annexe A, § 24. Les comptes annuels de PGM de 2006 mentionnent qu' « [u]ne évaluation des immobilisations corporelles effectuée par un Expert en évaluation indépendant en date du 31 décembre 2006 a dégagé un 'Ecart de réévaluation' de Ariary 5.194.131.170,35 ». Rapport d'audit des états financiers de PGM, exercice clos au 31 décembre 2006, p. 14 (R-233). Par ailleurs, le Business plan de mai 2007 mentionne que « [e]n 2006, la société a sollicité l'intervention d'un expert pour procéder à une réévaluation de ses immobilisations. L'écart d'évaluation correspond à 119% des capitaux propres en 2005. Il s'agit surtout d'une revalorisation des immobilisations corporelles et de l'intégration du droit au bail dans les immobilisations incorporelles. En outre, ces immobilisations corporelles sont en hausse d'une année sur l'autre, signe que la société continue d'investir pour augmenter sa capacité de production ». Business plan de PGM de mai 2007, p. 32 (R-240).

⁵³¹ Deuxième rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting du 8 février 2019, §§ 3.20-3.22. Par exemple, le matériel de piquage est évalué à 3.515.476.272,37 MGA dans les comptes annuels de 2006 et à 3.515.000.000 MGA dans le tableau de garanties ; le matériel de lavage est évalué à 3.047.952.791,71 MGA dans les comptes annuels de 2006 et à 3.100.003.000 MGA dans le tableau de garanties ; et les actifs liés à l'environnement sont évalués à 270.262.916,20 MGA dans les comptes annuels de 2006 et à 270.262.000 MGA dans le tableau des garanties. De manière plus générale, les immobilisations corporelles ont été évaluées à 8.909.745.520,72 MGA dans les comptes annuels de 2006.

fabricant autonome.⁵³² En tant que fabricant autonome, PGM devait acheter elle-même les matières premières de sorte qu'elle était propriétaire des stocks,⁵³³ ce qui n'était pas le cas quand elle agissait comme sous-traitant. Cette évolution explique l'augmentation de la valeur des stocks et le Tribunal accepte donc le montant déclaré de 2.759.000.000 MGA.

425. Ayant mis de côté la valeur déclarée pour les recours des voisins et des tiers et ceux des pertes d'exploitation, le montant assuré de **16.176.427.000 MGA** (à savoir 20.576.427.000 MGA moins 4.200.000.000 MGA) reflète de façon suffisamment fiable et précise la valeur des actifs nets de PGM au jour de la destruction de l'usine. Ce montant équivaut à **6.451.113,24 EUR**.⁵³⁴

d. Les frais de conservation

426. En sus du montant principal, les Demandeurs réclament 1.623.942 EUR (avant intérêts) pour des frais dits de « conservation ». ⁵³⁵ Ce montant comprend des charges opérationnelles de 1.360.192 EUR et des frais d'intervention de Peter de Sutter de 263.750 EUR. ⁵³⁶ Les premières comportent des frais de gardiennage de l'usine, des frais en rapport avec l'activité de M. Iserentant, directeur de PGM, resté sur place, et des frais administratifs. ⁵³⁷

⁵³² Réplique, Annexe A, §§ 23-24. Le Business plan de mai 2007 mentionne une « prise d'autonomie » de PGM consistant, entre autres, « de prendre en charge les achats de matières premières ». Business plan de PGM de mai 2007, pp. 3-4 (R-240).

⁵³³ Tr. (Jour 2), 19 :5-15 (De Sutter) (« Comme PGM allait donc... était en train de changer de son statut de sous-traitant, à fabricant à part entière, ça changeait beaucoup pour les valeurs, pour les actifs dont elle allait être responsable. Avant... Une des... Un des éléments sont les stocks. Donc, avant, en tant que sous-traitant, PGM traitait des matières premières qui appartenait à ses donneurs d'ordres, donc les sociétés du Groupe. Et donc, dans le Groupe, nous avons une police d'assurance globale qui assurait tous nos stocks partout dans le monde et même dans les camions, dans les bateaux, etc. Quand PGM allait devoir acheter elle-même les matières premières, cela voulait donc dire qu'elle était propriétaire et qu'elle devait s'assurer elle-même pour tous ses actifs dans la société »).

⁵³⁴ Le 28 janvier 2009 étant un jour sans marché, le taux de conversion de 2.507,54 MGA par EUR est effectué sur la base de la moyenne des taux de change officiels publiés par la Banque centrale de Madagascar des 27 et 29 janvier 2009. Cf. Taux de change MGA-EUR, Banque Centrale de Madagascar, pp. 1-2 (FTI-01).

⁵³⁵ Présentation de Mme Juliette Fortin, 3 juillet 2019, p. 20.

⁵³⁶ Deuxième rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting du 8 février 2019, § 4.8, Tableau 4-1.

⁵³⁷ Tr. (Jour 2), 35 :27-31 (Fortin) ; Premier rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting, présentant l'évaluation des dommages des Requérants, du 2 février 2018, § 4.5.

427. Il est généralement admis que des dépenses accessoires encourues en raison d'un fait internationalement illicite peuvent être réclamées à titre de compensation, dans la mesure où elles sont susceptibles d'évaluation financière et où elles sont raisonnables.⁵³⁸ Ces dépenses peuvent inclure des coûts de stockage, une indemnité pour biens revendus à perte, des dépenses liées au rapatriement d'employés, à la cessation des activités, à des travaux de rénovation, ou encore à l'atténuation des dommages.⁵³⁹
428. Les frais encourus pour obtenir la réparation du préjudice peuvent aussi être octroyés,⁵⁴⁰ sous réserve des frais d'une procédure annulée⁵⁴¹ ou de frais qui ont été ou auraient dû être réglés dans le cadre de la procédure antérieure.⁵⁴² Enfin, les coûts de maintien d'une « opération squelette » peuvent faire partie des frais

⁵³⁸ Projet d'articles sur la Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs 2001, p. 283, Article 36 (DL-89).

⁵³⁹ Projet d'articles sur la Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs 2001, p. 283, Article 36 (DL-89) ; *General Electric Company c. République islamique d'Iran* (1991) 26 *Iran-U.S.C.T.R.* 148, §§ 56-60, 67-69 ; UNCC Report and Recommendations on the First Instalment of 'E2' Claims (S/AC.26/1998/7), §§ 119-123.

⁵⁴⁰ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. République arabe d'Égypte*, Affaire CIRDI n° ARB/84/3, Sentence, 20 mai 1992, §§ 207-208 (« 207. *In a case such as the present one, where the measure of compensation is determined largely on the basis of the out-of-pocket expenses incurred by the claimant, there is little doubt that the legal costs incurred in obtaining the indemnification must be considered as part and parcel of the compensation, in order to make whole the party who suffered the loss and had to litigate to obtain compensation. This is particularly so when, as in this case, the amount offered as compensation by the Respondent was manifestly insufficient. 208. However, only those legal and accounting fees and expenses that were incurred for work that was relevant and useful to the present ICSID proceedings are to be included in the compensation. This Tribunal cannot award costs for work which was only relevant or useful to the proceedings before the ICC tribunal, whose decision was annulled, or proceedings before national courts to defend the validity of the ICC award or obtain its enforcement* »).

⁵⁴¹ *Ibid.*

⁵⁴² *Petrobart Limited c. République kirghize*, Affaire SCC n° 126/2003, Sentence arbitrale, 29 mars 2005, p. 87 (DL-220) (« *The Arbitral Tribunal notes that the claim relates, at least in large parts, to expenses incurred in connection with previous domestic proceedings in the Kyrgyz Republic and the UNCITRAL Arbitration. The costs relating to these previous proceedings were – or should have been – finally settled in connection with those proceedings, and the Arbitral Tribunal finds no basis for granting compensation for them in the present arbitration proceedings. The outlays and other expenses which have been incurred in connection with the present proceedings are to be regarded as arbitration costs [...]* »).

indemnissables,⁵⁴³ dans la mesure où ils ne sont pas inclus dans les frais fixes de l'entreprise qui seraient encourus même en l'absence d'acte illicite.⁵⁴⁴

429. Si le principe de l'allocation de frais accessoires est donc admis, en l'occurrence le Tribunal a admis que l'investissement était intégralement détruit. De ce fait, il a alloué une indemnisation réparant cette perte intégrale sous la forme du montant principal de la Voie 1. Cette approche semble incompatible avec l'idée d'octroyer des frais que les Demandeurs eux-mêmes qualifient de frais engagés pour la « conservation » d'une chose, alors que cette chose est détruite et que sa destruction est compensée par l'octroi de dommages. La situation serait différente s'agissant de la quantification choisie à la Voie 2, qui présuppose le maintien de la société dans l'expectative d'un dédommagement par l'assurance.
430. Pour éviter une telle incompatibilité ou contradiction, le Tribunal n'allouera pas de frais de conservation pour les années 2010 et suivantes. Pour 2009, il considère en revanche qu'indépendamment des procédures intentées à l'encontre de Ny Havana, PGM et les Demandeurs auraient de toute manière encouru des frais de liquidation de leurs opérations à la suite de la destruction de l'usine.
431. À propos de ces frais, la Défenderesse a soulevé certaines objections qu'il y a lieu d'examiner. Madagascar objecte que les Demandeurs ne prouvent pas la réalité des frais de conservation réclamés⁵⁴⁵ et que plusieurs factures sont suspectes (facture de gardiennage pour janvier 2009,⁵⁴⁶ frais d'avocat pour services non précisés,⁵⁴⁷ frais d'assistance technique de M. Iserentant non spécifiée,⁵⁴⁸ et frais d'huissier⁵⁴⁹). La Défenderesse critique aussi les réclamations pour frais de restauration, d'hébergement et de voyages de M. Iserentant, frais de scolarité pour les enfants de celui-ci, frais

⁵⁴³ *Siemens A.G. c. République argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/02/8, Sentence, 17 janvier 2007, §§ 329, 386-387 (« 386. Additionally, Siemens has claimed \$9,178,000 for post-expropriation costs incurred by SITS in continuing a skeleton operation [...]. 387. The Tribunal considers that the claim on account of post-expropriation costs is justified in order to wipe out the consequences of the expropriation [...] »).

⁵⁴⁴ *Pope & Talbot Inc. c. Gouvernement du Canada*, ALÉNA, Sentence relative aux dommages, 31 mai 2002, § 82.

⁵⁴⁵ Duplique, § 1138 ; Tr. (Jour 2), 43 :39-44 :4 (Ben Hamida, Fortin).

⁵⁴⁶ Duplique, § 1139 ; Factures – Gardiennage et protection rapprochée – 614000 – 2009, p. 1 (FTI-60). Voir aussi : Tr. (Jour 2), 44 :27-45 :30 (Ben Hamida, Fortin).

⁵⁴⁷ Duplique, § 1139 ; Deuxième rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting du 8 février 2019, Annexe 3, onglet 'Charges ajustées – Sélection', ligne 622610.

⁵⁴⁸ Duplique, § 1139. Voir aussi : Tr. (Jour 2), 45 :31-46 :32 (Ben Hamida, Fortin).

⁵⁴⁹ Tr. (Jour 2), 65 :30-31 (Ben Hamida).

d'entretien et de réparation de la villa,⁵⁵⁰ et frais de la vente de villas de la société-sœur de PGM (à savoir PGM Immo SCI).⁵⁵¹ La Défenderesse ajoute de manière générale que les frais de conservation réclamés sont imprévisibles et sans lien direct avec le dommage dû à la destruction de l'usine de PGM.⁵⁵²

432. Mme Fortin a vérifié l'état des charges sur la base des comptes de PGM. Dans son premier rapport, elle a cherché à valider certains montants sur la base de factures, représentant 28% du total des frais sans noter aucune anomalie.⁵⁵³ Dans son second rapport, elle a confirmé la réalité et l'exactitude des montants dans l'extraction comptable en vérifiant les factures de tous les montants supérieurs à 15.000 EUR,⁵⁵⁴ représentant 64% du montant total réclamé.⁵⁵⁵ Elle a toutefois noté que certains justificatifs n'avaient pu être retrouvés.⁵⁵⁶
433. Le tableau ci-dessous reproduit les charges opérationnelles revues par Mme Fortin :⁵⁵⁷

Tableau 4-1 : Charges de fonctionnement encourues par PGM au titre des frais de conservation de la chose selon la Voie 1 (EUR 000)

	# comptes	09	10	11	12	13	14	15	16
Achats	60	3	1	1	1	1	4	4	-
Services extérieurs	61, 62	145	138	174	138	94	95	104	4
Impôts, taxes et versements assimilés	63	2	-	-	-	-	-	-	-
Charges de personnel	64	194	-	-	-	-	-	-	-
Autres charges de gestion courante	65	90	35	11	13	67	4	1	-
Charges financières	66	30	-	-	-	1	-	1	-
Total		464	174	187	152	162	103	110	4

Source : Annexe 3, onglet 'Ventilation charges', présentant le détail des charges par catégorie. Les services extérieurs incluent notamment les frais de déplacement, refacturations de salaires et frais de gardiennage et de sécurité.

⁵⁵⁰ Tr. (Jour 1), 59 :4-12 (Ben Hamida) ; Extraction des charges de PGM 2009-2016, reçue de Peter de Sutter (FTI-02) ; Extraction des charges de PGM 2009-2017 (FTI-75).

⁵⁵¹ Tr. (Jour 2), 28 :44-29 :11 (Ben Hamida, De Sutter).

⁵⁵² Tr. (Jour 1), 59 :20 (Ben Hamida).

⁵⁵³ Premier rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting, présentant l'évaluation des dommages des Requérants, du 2 février 2018, Annexe 3, onglet 'Charges ajustées – Sélection'.

⁵⁵⁴ Deuxième rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting du 8 février 2019, §§ 4.15-4.16 ; Tr. (Jour 2), 35 :40-47 (Fortin).

⁵⁵⁵ Deuxième rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting du 8 février 2019, Annexe 3, onglet 'Charges ajustées – Sélection'.

⁵⁵⁶ Deuxième rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting du 8 février 2019, § 4.17.

⁵⁵⁷ Premier rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting, présentant l'évaluation des dommages des Requérants, du 2 février 2018, § 4.17, Tableau 4-1.

434. Sur la base des rapports et de l'audition de Mme Fortin, le Tribunal n'a pas de raison de douter des conclusions de l'experte quant aux frais engagés. Si elle n'a pas pu vérifier tous les paiements, le dossier contient des éléments qui corroborent la réalité des paiements, tels des accusés de réception de Me Ducaud, des mentions manuscrites sur les factures indiquant la date à laquelle le paiement a été effectué,⁵⁵⁸ ou des attestations de virements bancaires pour l'assistance technique procurée par M. Iserentant.⁵⁵⁹ Par ailleurs, Mme Fortin a expliqué que PGM Immo SCI, société-sœur de PGM qui détenait deux villas à Madagascar, était la seule entité avec des capacités de trésorerie suite à la destruction de l'usine de PGM,⁵⁶⁰ raison pour laquelle elle avait réglé certains frais relatifs aux villas.
435. Concernant la facture de gardiennage de janvier 2009 d'un montant de 34.006 MGA,⁵⁶¹ Mme Fortin a considéré un prorata de 11/12^{ème} des charges de fonctionnement encourues en 2009 parce qu'elle n'avait pas de données mensuelles plus spécifiques,⁵⁶² ce qui apparaît raisonnable.
436. Quant aux frais de gestion encourus par M. Iserentant en 2009, ceux-ci incluent son salaire local pour « assistance technique »,⁵⁶³ ainsi que divers débours, y compris les frais d'entretien de villa et les frais de scolarité pour ses enfants.⁵⁶⁴ Peter de Sutter a

⁵⁵⁸ Voir par exemple honoraires d'avocat de Me Ducaud figurant sous FTI-69, pp. 3, 5, 8-9, 11-12, 14-15, et FTI-70, pp. 2-3, 5, 9-11, 13.

⁵⁵⁹ Voir virements pour assistance technique à Bernard Iserentant figurant sous FTI-64, FTI-65, FTI-66, FTI-67, et FTI-68.

⁵⁶⁰ Tr. (Jour 2), 46 :20-22 et 26-28 (Fortin) (« Alors, ce que je comprends – puisque que j'ai aussi posé la question – ce que je comprends de M. de Sutter, c'est que sur cette partie-là c'était Immo SCI qui versait en fait les sous à M. Iserentant, parce qu'il y avait du cash là, en fait. [...] Mais, c'est une question en fait de capacité de trésorerie, en fait. Comme PGM n'avait plus les capacités de payer directement, les requérants ont utilisé – comme on l'a vu dans d'autres sociétés de leur groupe – pour financer les différents éléments nécessaires »).

⁵⁶¹ Factures – Gardiennage et protection rapprochée – 614000 – 2009, p. 1 (FTI-60).

⁵⁶² Premier rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting, présentant l'évaluation des dommages des Requérants, du 2 février 2018, § 4.15.

⁵⁶³ L'extraction des charges de PGM précise que M. Iserentant a reçu comme salaire 37.749.000 MGA en 2009. Le Tribunal note bien que s'il a identifié des justificatifs pour les années 2010 à 2015 (FTI-64 à FTI-68), il n'en a pas trouvé pour 2009. Ceci dit, la réalité de la présence et de l'activité de M. Iserentant n'est pas contestée et, au vu du dossier, il est évident que M. Iserentant était sur place en 2009. Bien qu'il n'y ait pas de justificatif spécifique pour cette année, il s'agit d'un montant comparativement plus bas que les années suivantes et donc le Tribunal l'admet. Extraction des charges de PGM 2009-2017, ligne 621210 (FTI-75) ; Deuxième rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting du 8 février 2019, Annexe 3, onglet 'Extraction initiale'.

⁵⁶⁴ Outre son salaire (« assistance technique »), l'extraction des charges de PGM pour 2009 mentionne les postes suivants en ce qui concerne M. Iserentant: un « retrait » en 2009 d'un montant de 8.186.445 MGA (ligne 625110) ; une « remise de fond Air Mad » en 2009 d'un montant de 22.317.347 MGA (ligne 625111) ; des frais de « carte de séjour » en 2009 d'un montant de 1.000.000 MGA (ligne 635700) ; et des « charges diverses » en 2009 d'un montant de

témoigné que M. Iserentant, directeur général de PGM, bénéficiait du statut d'expatrié.⁵⁶⁵ Sa rémunération était structurée en deux parties, la première sur la base d'un contrat en Belgique qui lui permettait de refacturer ses frais à PGM et la seconde sur base d'un contrat local qui lui assurait un salaire local. Le Tribunal admet dès lors le salaire et les débours de M. Iserentant pour l'année 2009.

437. La critique concernant les frais d'huissier n'apparaît pas justifiée, dans la mesure où elle concerne un montant de 28 EUR pour 2009.⁵⁶⁶ En revanche, le Tribunal écarte les honoraires d'avocats de Me Ducaud, dès lors que les notes se réfèrent à la procédure judiciaire opposant PGM et Ny Havana et que ces frais ont été (ou auraient dû être) réglés dans le cadre de cette procédure.⁵⁶⁷
438. En conséquence, le Tribunal allouera au titre de charges opérationnelles la somme de **461.988 EUR**.⁵⁶⁸
439. S'agissant des frais d'intervention de Peter de Sutter, Mme Fortin a inclus l'intégralité des frais jusqu'à avril 2012, puis 50% entre 2012 et 2016, l'autre moitié couvrant les frais liés aux arbitrages.⁵⁶⁹ Le tableau ci-dessous reproduit les frais d'intervention de M. de Sutter :⁵⁷⁰

49.026.576 MGA (ligne 658100) . Extraction des charges de PGM 2009-2016, reçue de Peter de Sutter (FTI-02) ; Extraction des charges de PGM 2009-2017 (FTI-75) ; Deuxième rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting du 8 février 2019, Annexe 3, onglet 'Extraction initiale'.

⁵⁶⁵ Tr. (Jour 2), 29 :26-32 (De Sutter).

⁵⁶⁶ Tr. (Jour 2), 65 :30-31 (Ben Hamida).

⁵⁶⁷ Deuxième rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting du 8 février 2019, Annexe 3, onglet 'Charges ajustées', ligne 622610.

⁵⁶⁸ Deuxième rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting du 8 février 2019, Annexe 3, onglet 'Charges ajustées'.

⁵⁶⁹ Tr. (Jour 2), 36 :4-11 (Fortin).

⁵⁷⁰ Premier rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting, présentant l'évaluation des dommages des Requérants, du 2 février 2018, § 4.20, Tableau 4-2.

Tableau 4-2 : Frais d'intervention de Peter De Sutter selon la Voie 1, par année (EUR)

Année	Montant
2009	12 500
2010	3 750
2011	6 250
2012	33 750
2013	93 750
2014	55 625
2015	41 875
2016	16 250
Total	263 750

Source : Annexe 3, onglet 'Récapitulatif'.

440. Selon les éléments au dossier, Peter de Sutter, qui était gérant de PGM, opérait généralement de Belgique et ne percevait pas de salaire, a travaillé sur le dossier PGM un total de 377 jours entre 2009 et 2016 (10 jours en 2009, 3 jours en 2010, 5 jours en 2011, puis 27 jours en 2012, 150 jours en 2013, 89 jours en 2014, 67 jours en 2015 et 26 jours en 2016).⁵⁷¹ Il a facturé à PGM un total de 527.500 EUR, dont les Demandeurs réclament 263.750 EUR.
441. Pour les raisons qui ont dicté la limitation de la réclamation pour charges opérationnelles à l'année 2009, le Tribunal n'admet que les frais d'intervention encourus pour cette année et alloue à ce titre un montant de **12.500 EUR**.⁵⁷²
442. Pour conclure, le Tribunal accepte la réclamation pour frais accessoires pour un montant total de **474.488 EUR**.

e. Les frais de financement

443. Les Demandeurs réclament [REDACTED] au titre de frais de financement. Selon eux, ils n'auraient pas eu besoin de contracter certains prêts entre 2013 et 2015 s'ils avaient été indemnisés pour les événements des 27 et 28 janvier 2009. Ainsi, la destruction de l'usine « a eu un effet négatif sur la situation financière des Requérants, ce qui a eu pour effet d'augmenter le coût du crédit ». ⁵⁷³

⁵⁷¹ Deuxième rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting du 8 février 2019, Annexe 3, onglet 'Résumé Prestations PDS'.

⁵⁷² Deuxième rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting du 8 février 2019, Annexe 3, onglet 'Résumé Prestations PDS' ; Factures ForC-ANSI Prestations de PDS 2009-2012 (FTI-22).

⁵⁷³ Réplique, § 979, 2^{ème} tiret.

444. Les Demandeurs ont contracté [REDACTED] emprunts pour un montant total de 7.450.000 EUR :

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

445. La Défenderesse répond que « rien ne montre que ces financements ont un lien avec PGM ou le litige de l'espèce ». Elle ajoute que « [r]ien ne prouve que ces financements ont été orientés pour PGM » et que « [r]ien ne démontre que les demandeurs ont essayé de chercher des financements moins onéreux ». ⁵⁷⁵

446. Mme Fortin a évalué les frais de financement sur la base du différentiel des taux d'intérêt entre le scénario factuel et le scénario contrefactuel. ⁵⁷⁶ Selon l'experte, dans le scénario contrefactuel, les Demandeurs n'auraient eu à souscrire à aucun des trois emprunts puisque le montant principal réclamé est de 8.205.822 EUR, soit supérieur au total des emprunts qui s'élève à [REDACTED]. Sur cette base, elle estime que les Demandeurs ont encouru des frais de financement d'un montant de

⁵⁷⁴ Premier rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting, présentant l'évaluation des dommages des Requérants, du 2 février 2018, § 6.5 ; Tr. (Jour 2), 36 :31-34 (Fortin) ; Présentation de Mme Juliette Fortin, 3 juillet 2019, p. 16.

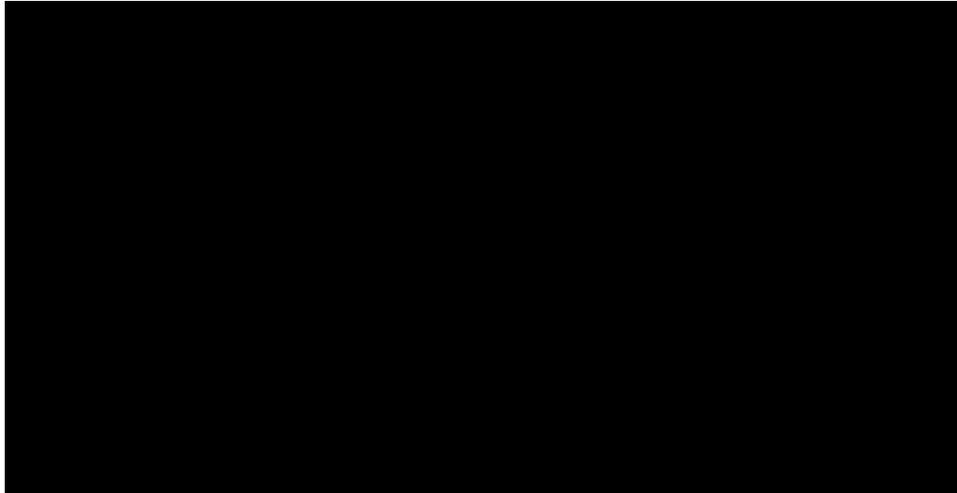
⁵⁷⁵ Duplique, § 1148.

⁵⁷⁶ Premier rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting, présentant l'évaluation des dommages des Requérants, du 2 février 2018, § 6.10.

⁵⁷⁷ Deuxième rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting du 8 février 2019, § 6.17.

■ Le tableau ci-dessous illustre le calcul des différentiels d'intérêts au 30 juin 2019 :⁵⁷⁹

Estimation du préjudice (EUR)



447. Il est conforme au principe de réparation intégrale et aussi à la jurisprudence arbitrale que les frais de financements soient récupérés, dans la mesure où ils sont une conséquence directe de l'acte illicite.⁵⁸⁰
448. Ceci étant, le Tribunal n'est pas convaincu que la réclamation pour les frais de financement est fondée en l'espèce. Tout d'abord, la causalité entre le sinistre et les emprunts n'est pas suffisamment établie. Mme Fortin a témoigné que les emprunts identifiés plus haut servaient à financer les activités des Demandeurs et « pas seulement de PGM ». ⁵⁸¹ Ceci découle déjà du fait que les Demandeurs ont emprunté ■ alors que les frais réclamés pour la conservation de PGM s'élèvent à 2.103.798 EUR (intérêts y compris).⁵⁸² Mme Fortin n'a d'ailleurs pas cherché à

⁵⁷⁸ Premier rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting, présentant l'évaluation des dommages des Requérants, du 2 février 2018, § 6.17 et Annexe 4 ; Deuxième rapport d'expert de Mme Juliette Fortin, FTI Consulting du 8 février 2019, § 6.19 et Annexe 4 ; Présentation de Mme Juliette Fortin, 3 juillet 2019, p. 17.

⁵⁷⁹ Présentation de Mme Juliette Fortin, 3 juillet 2019, p. 17.

⁵⁸⁰ George H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 296-297 ; Sergey Ripinsky et Kevin Williams, *Damages in International Investment Law*, BIICL, London, 2008, p. 304.

⁵⁸¹ Tr. (Jour 2), 58 :28-29 (Fortin).

⁵⁸² Tr. (Jour 2), 60 :8-10 (Fortin) (« Non, pour moi c'est pas du tout exclusivement les frais de conservation de la chose. D'où, effectivement, les ordres de grandeur aussi qui – je suis d'accord – ne sont pas ceux des frais de conservation de la chose »).

distinguer la partie des emprunts liée à l'activité de PGM et la partie en rapport avec d'autres activités des Demandeurs.⁵⁸³

449. En réalité, les éléments au dossier suggèrent que les [REDACTED] emprunts étaient davantage liés à la procédure CCI qu'à la conservation de l'activité de PGM. Le premier emprunt a été contracté [REDACTED] avant le dépôt de la requête d'arbitrage dans la procédure CCI.⁵⁸⁴ De même, la convention de crédit du 1 [REDACTED] [REDACTED] entre les sociétés ANSI et [REDACTED] a été conclue pour « continuer à prendre les mesures nécessaires afin que la Sentence [CCI du 29 août 2014] puisse être exécutée à l'encontre de MADAGASCAR et afin de s'opposer à la demande visant à l'annulation de la Sentence ». ⁵⁸⁵ Comme il a déjà été dit, les frais de financement de la procédure CCI auraient dû être réglés dans cette procédure-là, sans parler du fait que la sentence CCI a été annulée.
450. La [REDACTED] série d'emprunts visait l'extension des activités de la société Nieuwe Straete (détenue par les frères de Sutter) afin de développer un projet intitulé « Résidences Adagio » dans un complexe d'appartements à Tielt, Belgique.⁵⁸⁶ Ces emprunts n'ont donc pas de lien direct avec le préjudice subi par PGM à Madagascar. En dépit des critiques spécifiques émises par la Défenderesse dans sa plaidoirie d'ouverture, les Demandeurs n'ont pas cherché à justifier cette troisième série de contrats plus avant.⁵⁸⁷
451. Enfin, le Tribunal estime que les Demandeurs n'ont pas justifié la nécessité de recourir à des emprunts à des taux élevés variant entre 6 et 9%. Tel est en particulier le cas des emprunts auprès de [REDACTED], qui fait partie du groupe Polo.
452. Dans ces circonstances, le Tribunal rejette la réclamation des frais de financement.

⁵⁸³ Tr. (Jour 2), 58 :33-37 (Malinvaud, Fortin).

⁵⁸⁴ Contrat de crédit conclu avec [REDACTED] et Traduction libre (FTI-03).

⁵⁸⁵ Contrat de crédit conclu avec [REDACTED] et Traduction libre § 3 (FTI-04).

⁵⁸⁶ Contrat de crédit conclu avec [REDACTED] et Traduction libre (FTI-05) ; voir la Convention cadre, § 1 à la page 48 du document pdf (« 1/ Les Emprunteurs sont actionnaires et administrateurs de la SA Nieuwe Straete, dont le siège social est établi à 9880 Aalter, Brug Zuid, 51, BCE 0456.262.561 (ci-après la 'Société'). La Société construit les Résidences Adagio, un complexe d'appartements situé à 8700 Tielt (...). Afin de maximaliser le fonctionnement de la Société, ils souhaitent réaliser une extension des activités de la Société qui va mener à une augmentation des capacité [sic] des Résidences Adagio »).

⁵⁸⁷ Tr. (Jour 2), 71 :29-72 :5 (Ostrove).

f. Intérêts

453. Les Demandeurs réclament des intérêts composés sur les montants alloués au taux Euribor pour des emprunts de douze mois, majorés de 3%. Les intérêts au 30 juin 2019 sont évalués à 3.955.665 EUR pour le montant principal et à 479.856 EUR pour les frais de conservation.⁵⁸⁸
454. La Défenderesse s'oppose à cette réclamation au motif que l'allocation d'intérêts n'est pas automatique et ne s'impose que si elle est nécessaire.⁵⁸⁹ Elle estime que l'application du taux Euribor est « inexplicable » et manque de fondement juridique.⁵⁹⁰ Elle s'oppose aussi aux intérêts composés.⁵⁹¹
455. Il est bien établi que le paiement d'intérêts fait partie de la réparation intégrale.⁵⁹² Les intérêts compensent soit la privation d'actifs que le créancier aurait pu investir générant ainsi un retour sur investissement, soit la nécessité d'emprunter en raison précisément de cette privation.⁵⁹³ À cet égard, le Tribunal estime que le taux Euribor douze mois majoré d'un pourcentage est un taux usuel propre à remplir ces fonctions. En effet, le taux Euribor est un taux d'emprunt qui s'applique entre banques, de sorte que les autres acteurs économiques empruntent à un taux supérieur déterminé selon leur niveau de solvabilité. Cela étant, la majoration de 3% paraît élevée, de sorte que le Tribunal allouera 2%.

⁵⁸⁸ Présentation de Mme Juliette Fortin, 3 juillet 2019, pp. 19-20.

⁵⁸⁹ Contre-Mémoire, § 1012.

⁵⁹⁰ Contre-Mémoire, § 1014.

⁵⁹¹ Contre-Mémoire, § 1013.

⁵⁹² *Caratube International Oil Company LLP et Devincci Salah Hourani c. République du Kazakhstan*, Affaire CIRDI n° ARB/13/13, Sentence, 27 septembre 2017, § 1217 (« *Caratube c. Kazakhstan* ») (« *First, a primary function of the award of interest is to provide full reparation of the damage incurred by CIOC. As was seen, full reparation should seek to wipe out, as far as possible, all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed. An award of interest compensates the claimant for the loss of the use of its money as a result of the respondent's wrong. Thus, limiting the reparation for the deprivation of the use of money to a period shorter than the actual time during which the deprivation lasted can only be an exception* ») ; *Crystallex International Corporation c. République bolivarienne du Venezuela*, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/11/2, Sentence, 4 avril 2016, § 932 (« *Indeed, an award of interest is an integral component of the full reparation principle under international law, because, in addition to losing its property and other rights, an investor loses the opportunity to invest funds or to pay debts using the money to which that investor was rightfully entitled* »).

⁵⁹³ *Quiborax S.A. et Non Metallic Minerals S.A. c. État plurinational de Bolivie*, Affaire CIRDI n° ARB/06/2, Sentence, 16 septembre 2015, § 523 (« *[B]eing deprived of the use of the money to which it was entitled, a creditor may have to borrow funds or may forego investments, for which it would pay or earn compound interest* ») (« *Quiborax c. Bolivie*, Sentence »).

456. Par ailleurs, toujours au vu de la fonction des intérêts, la composition des intérêts est conforme à la pratique en matière financière⁵⁹⁴ et au principe de réparation intégrale.
457. En conséquence, le Tribunal alloue des intérêts composés annuellement au taux Euribor douze mois plus 2%. Ce taux s'applique tant au montant principal qu'aux frais de conservation alloués et vaut avant et après la sentence. Les intérêts courent dès le 1^{er} février 2009 en ce qui concerne le montant principal et dès le 1^{er} janvier 2010 pour les frais accessoires. Dans la mesure où les intérêts continuent à courir, il n'est pas utile d'arrêter un chiffre. Il est encore précisé que si le taux Euribor venait à cesser d'être établi avant le paiement intégral, il devrait être remplacé par un taux équivalent.
458. Enfin, sur la base de l'article 7(3) du Traité qui est applicable par analogie et qui prévoit que les indemnités seront réglées dans la monnaie de l'État dont l'investisseur est ressortissant, le Tribunal prononce sa condamnation en Euro et non en monnaie malgache, au taux de conversion au moment de la survenance du dommage en ce qui concerne le montant principal⁵⁹⁵ et au taux de conversion au dernier jour de chaque année pour les frais de conservation.⁵⁹⁶

3. Contribution au dommage

459. Madagascar plaide que les Demandeurs sont eux-mêmes à l'origine des troubles qui ont mené à la destruction de l'usine et qu'il convient dès lors de réduire substantiellement tout dommage alloué.⁵⁹⁷ Le dommage aurait été causé par les salariés de PGM « mécontents de leur licenciement et du non-paiement de leurs salaires » ainsi que par la réduction des effectifs de gardiennage devant l'usine.⁵⁹⁸ Les Demandeurs répondent qu'il n'a pas été établi que le licenciement des salariés ou le

⁵⁹⁴ *Murphy Exploration et Production Company International c. République d'Équateur II*, Affaire CPA n° 2012-16, Sentence finale partielle, 6 mai 2016, § 519 (RL-52) (« *Murphy c. Équateur* ») (« *The Tribunal disagrees with the Respondent's proposition that, in the absence of special circumstances, a general international law norm of simple interest is applicable in investor-State arbitrations. A review of the practice of tribunals across the past fifteen years demonstrates that compound interest is commonly applied* ») ; *Burlington Resources Inc. c. République d'Équateur*, Affaire CIRDI n° ARB/08/5, Décision sur la reconsidération et Sentence, 7 février 2017, § 539 (« *Burlington c. Équateur* ») ; *Continental Casualty c. République Argentine*, § 309 (RL-156) ; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International, Inc. c. République Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/02/1, Sentence, 25 juillet 2007, § 103 (RL-57) ; *El Paso c. Argentine*, § 746 (DL-77) ; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. c. République Argentine*, Affaire CIRDI n° ARB/97/3, Sentence, 20 août 2007, § 9.2.6 ; *Wena c. Égypte*, § 129 (RL-159).

⁵⁹⁵ Taux de change MGA-EUR, Banque Centrale de Madagascar, pp. 1-2 (FTI-01).

⁵⁹⁶ Taux de change MGA-EUR, Banque Centrale de Madagascar, pp. 4-7 (FTI-01).

⁵⁹⁷ Contre-Mémoire, §§ 1025-1026 ; Duplique, §§ 1203-1211.

⁵⁹⁸ Contre-Mémoire, § 1025 ; Duplique, §§ 1204-1206.

non-paiement de leur salaire a contribué au dommage ni que les Demandeurs ont agi de manière intentionnelle ou négligente.

460. L'article 39 des Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite de la Commission du droit international pose la règle suivante :

Pour déterminer la réparation, il est tenu compte de la contribution au préjudice due à l'action ou à l'omission, intentionnelle ou par négligence, de l'État lésé ou de toute personne ou entité au titre de laquelle réparation est demandée.⁵⁹⁹

461. Selon la jurisprudence, une partie contribue au dommage qu'elle subit si elle adopte un comportement intentionnel ou négligent qui témoigne de la part du lésé d'un manque de diligence à l'égard de sa propriété ou de ses droits et est en lien de causalité avec le préjudice.⁶⁰⁰ Le commentaire de la Commission du droit international contient les explications suivantes :

Les actions ou omissions qui contribuent au préjudice subi ne sont pas toutes pertinentes à cette fin. L'article 39 autorise que soient prises en compte les seules actions ou omissions qui peuvent être considérées comme intentionnelles et négligentes, c'est-à-dire lorsque la victime de la violation n'a pas veillé sur ses biens ou ses droits avec la diligence voulue. La notion de négligence et d'action ou omission délibérée n'étant pas qualifiée, en indiquant qu'elle doit avoir été « grave » ou « manifeste », sa pertinence aux fins de la détermination de la réparation dépendra de la mesure dans laquelle elle a contribué au préjudice, ainsi que d'autres circonstances de l'espèce.⁶⁰¹

462. La jurisprudence confirme enfin que le Tribunal dispose d'un pouvoir d'appréciation pour déterminer si le montant de la réparation doit être réduit pour faute concomitante.⁶⁰²
463. La Défenderesse reproche aux Demandeurs d'avoir réduit le nombre de gardiens autour de l'usine avant le sinistre.

⁵⁹⁹ Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, Résolution 56/86 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 12 décembre 2001, Article 39 (RL-11).

⁶⁰⁰ *Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company c. République d'Équateur*, Affaire CIRDI n° ARB/06/11, Sentence, 5 octobre 2012, § 678 ; *Abengoa S.A. et Cofides S.A. v. United Mexican States*, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/09/2, Sentence, 18 avril 2013, § 670 ; *Copper Mesa Mining Corporation c. République d'Équateur*, Affaire CPA n° 2012-2, Sentence, 15 mars 2016, § 6.91 ; *Burlington c. Équateur*, §§ 572-576 ; *Caratube c. Kazakhstan*, § 1192 ; *Bear Creek Mining Corporation c. République du Pérou*, Affaire CIRDI n° ARB/14/21, Sentence, 30 novembre 2017, § 410 (DL-231).

⁶⁰¹ James Crawford, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État. Introduction, texte et commentaires*, Paris, Pedone, 2003, p. 289 ; voir aussi : p. 288.

⁶⁰² *Caratube c. Kazakhstan*, § 1192.

464. Il est exact qu'en décembre 2008 et janvier 2009, les Demandeurs ont réduit de 7 à 2 le nombre de gardiens affectés à l'usine de PGM.⁶⁰³ Comme il a été expliqué au paragraphe 333, la mise au chômage technique de l'ensemble des employés fin novembre 2008 avait entraîné l'arrêt de l'usine et éliminé la nécessité de contrôler les entrées et sorties des employés. Un effectif réduit avait néanmoins été maintenu, le rôle des gardiens étant de surveiller non pas de défendre le site.⁶⁰⁴ À cela s'ajoute que l'entreprise de gardiennage avait renforcé ses effectifs autour de l'usine le 27 janvier 2009 et qu'elle a appelé les forces de l'ordre au renfort dès que le risque de trouble s'est manifesté.⁶⁰⁵
465. S'agissant de l'implication des employés de PGM dans la survenance du sinistre, le Tribunal écarte d'emblée l'affirmation que leur licenciement aurait joué un rôle. En effet, les licenciements sont intervenus après le sinistre comme conséquence et non comme cause de la destruction de l'usine. Quant à la mise au chômage technique et au retard dans le paiement des salaires, ils étaient dus aux difficultés financières que PGM avait connues dès l'été 2008 à la suite de la faillite de son principal client. Ils n'apparaissent pas causés par une mauvaise gestion ou autre comportement négligent.⁶⁰⁶ Il est également significatif que tous les arriérés de salaires ont été réglés au début janvier 2009, soit avant la destruction de l'usine.
466. Les faits ainsi rappelés n'établissent pas d'action ou omission délibérée ou négligente qui devrait être prise en compte au regard de l'article 39 des Articles sur la responsabilité cité plus haut. Dès lors, le Tribunal estime qu'il n'y a pas lieu à réduction du dommage pour faute concomitante.

⁶⁰³ Le contrat initial entre Zeus et PGM prévoyait une équipe de sept gardiens, dont un chef d'équipe, quatre agents de sécurité féminins, un agent de sécurité et un sapeur-pompier. Les avenants de décembre 2008 et janvier 2009 prévoyaient une équipe de deux gardiens, dont un chef d'équipe et un agent de sécurité.

⁶⁰⁴ Selon l'article 3 du contrat entre Zeus et PGM, la mission des agents de sécurité était (i) la surveillance du site, le contrôle des accès, la fouille du personnel sortant de l'enceinte et des véhicules entrants et sortants de l'enceinte, et la surveillance incendie. En cas de mouvement dirigé contre le site, les agents devaient mettre en sécurité le site et ses occupants (fermeture des portails, des portes et des fenêtres, mesures particulières de renforcement du système), alerter les forces publiques et demander leur intervention. Contrat entre Zeus Ocean Indien Toky et PGM du 26 janvier 2006, et avenants ultérieurs, pp. 1-2, 6-7 (R-247).

⁶⁰⁵ Compte-rendu de M. Georges Rafanomezantsoa, Directeur adjoint de la société de sécurité Zeus Guard's Toky, du 28 janvier 2009, 1^{ère}, 3^{ème} et 5^{ème} pages (R-111).

⁶⁰⁶ Ordonnance de mise en liquidation de Steve & Barry du 16 juillet 2008 (R-244).

4. Conclusion

467. En conclusion, le Tribunal considère que les Demandeurs sont en droit d'obtenir réparation pour un montant de **6.925.601,24 EUR** plus intérêts composés annuellement au taux Euribor douze mois plus 2% dès les dates figurant au paragraphe 457 ci-dessus.
468. Compte tenu de ce résultat, le Tribunal, se fondant sur le principe d'économie de la procédure,⁶⁰⁷ n'estime pas nécessaire d'examiner le grief d'expropriation indirecte sous la Voie 1, ni les autres violations alléguées et la quantification figurant sous Voie 2.
469. Par la Voie 1, qui quantifie la perte de l'usine, les Demandeurs chiffrent leurs réclamations pour violation de l'obligation de sécurité et protection constantes et pour expropriation indirecte. Le Tribunal ayant admis la responsabilité pour la première violation dont le quantum se confond avec celui de la seconde, il peut se dispenser de se déterminer sur l'existence d'une expropriation dont la quantification est identique.
470. Par la Voie 2, qui se fonde sur la valeur de la créance à l'encontre de Ny Havana constatée par jugement, les Demandeurs demandent réparation pour expropriation indirecte, violation du traitement juste et équitable, discrimination, et traitement injustifié et arbitraire. Les Voies 1 et 2 sont alternatives et non cumulatives. Dès lors, l'examen de la Voie 2 n'aurait de sens que si celle-ci pouvait aboutir à une indemnisation supérieure à celle qui a été admise pour la Voie 1.
471. Il est alloué aux Demandeurs 6.925.601,24 EUR au titre de la Voie 1. Au titre de la Voie 2, ils réclament 8.144.230 EUR. Le Tribunal en déduit les frais de financement de [REDACTED] qui, pour les raisons exposées plus haut, sont en tout état de cause infondées, quelle que soit la voie. Il en résulte une hypothétique indemnisation maximale dans le cadre de la Voie 2 de [REDACTED], inférieure au montant alloué, ce qui justifie de ne pas analyser la Voie 2 pour des motifs d'économie procédurale.

⁶⁰⁷ *Standard Chartered Bank c. République unie de Tanzanie*, Affaire CIRDI n° ARB/10/12, Sentence, 2 novembre 2012, § 272 ; *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Roumanie*, Affaire CIRDI n° ARB/05/20, Sentence, 11 décembre 2013, § 874 ; *Quiborax c. Bolivie*, Sentence, § 299 ; *Murphy c. Équateur*, § 294 (RL-52).

F. FRAIS

472. Les Parties ont déposé des états de frais⁶⁰⁸ et chacune d'entre elles demande que les honoraires et débours d'avocats ainsi que les frais exposés dans le cadre de la présente procédure soient mis à la charge de l'autre Partie.
473. Les frais des Demandeurs, y compris les honoraires et frais d'avocats et d'experts, s'élèvent à 592.313,18 EUR (dont 312.256,75 EUR pour les frais d'avocats). Outre l'avance des frais d'arbitrage de 585.000 USD, les Demandeurs réclament également un honoraire de résultat pour DLA Piper, soit 10% de toute condamnation inférieure à 10 millions d'euros pour le bureau de Bruxelles et deux fois le montant des décotes accordées sur les honoraires du bureau parisien en cas d'une condamnation inférieure à 10 millions d'euros.
474. Les frais et honoraires d'avocats de la Défenderesse s'élèvent à 695.200 EUR. La Défenderesse n'a pas versé d'avance de frais d'arbitrage au CIRDI.
475. Les Demandeurs affirment que le montant de leurs frais, y compris l'honoraire de résultat, est raisonnable, quand bien même la Défenderesse aurait contribué à accroître inutilement les coûts en adoptant un « comportement procédural parfaitement inefficace »,⁶⁰⁹ notamment en soulevant de « nombreux arguments » « complexifi[ant] la procédure ». ⁶¹⁰
476. De son côté, la Défenderesse affirme aussi que les sommes engagées pour sa défense sont raisonnables. Les Demandeurs auraient augmenté les coûts, notamment en communiquant « sciemment » au Tribunal « des informations inexactes quant aux faits de la cause afin d'instrumentaliser le CIRDI et de fausser la religion de ce tribunal arbitral ». ⁶¹¹ Elle invite également le Tribunal à prendre en considération le « caractère abusif du recours des Demandeurs au CIRDI ». ⁶¹²

⁶⁰⁸ État des frais des Demandeurs, 12 septembre 2019 ; État des frais soumis par la République de Madagascar, 12 septembre 2019 ; Observations des Demandeurs sur l'état des frais de Madagascar, 30 septembre 2019 ; Commentaires par la République de Madagascar sur l'état des frais des Demandeurs, 30 septembre 2019.

⁶⁰⁹ Observations des Demandeurs sur l'état des frais de Madagascar, 30 septembre 2019, § 7.

⁶¹⁰ État des frais soumis par la République de Madagascar, 12 septembre 2019, § 25 ; Observations des Demandeurs sur l'état des frais de Madagascar, 30 septembre 2019, § 6.

⁶¹¹ État des frais soumis par la République de Madagascar, 12 septembre 2019, § 3.

⁶¹² État des frais soumis par la République de Madagascar, 12 septembre 2019, § 4.

477. Selon l'article 61(2) de la Convention CIRDI, le Tribunal :

[F]ixe, sauf accord contraire des parties, le montant des dépenses exposées par elles pour les besoins de la procédure et décide des modalités de répartition et de paiement desdites dépenses, des honoraires et frais des membres du Tribunal et des redevances dues pour l'utilisation des services du Centre. Cette décision fait partie intégrante de la sentence.

478. Il en découle que le Tribunal dispose d'un large pouvoir d'appréciation en matière de frais. Les tribunaux CIRDI adoptent différentes approches en matière d'allocation et répartition des frais occasionnés par l'arbitrage. Pour certains, chaque partie supporte ses propres frais et les frais du CIRDI sont répartis à parts égales. Pour d'autres, les coûts sont alloués en fonction du résultat. D'autres encore mélangent ces deux approches et pèsent les circonstances qui leur apparaissent pertinentes pour arriver à une répartition qui soit juste et équitable. C'est cette troisième approche que le Tribunal suivra.

479. À cet effet, il prend en considération le fait que le litige soulevait de réelles questions tant de fait que de droit, de telle sorte qu'il était légitime pour les Demandeurs d'avoir initié cette procédure et pour la Défenderesse d'y avoir résisté. Si la position des Demandeurs a prévalu sur la compétence et le principe de la responsabilité, ceux-ci n'ont obtenu que 62% des montants réclamés (avant intérêts). Le Tribunal tient aussi compte des situations financières respectives des Parties et des ressources qu'elles ont choisi d'engager dans cette procédure. Enfin, il prend en considération que, dans le cours de la procédure, chaque Partie a fait valoir sa position sans abus ni obstruction. Compte tenu de l'ensemble de ces facteurs et des circonstances de cette affaire, le Tribunal dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation arrive à la conclusion qu'il est juste et équitable que la Défenderesse supporte deux tiers des frais du CIRDI (comprenant les redevances annuelles et frais directs du CIRDI et les honoraires et frais du Tribunal arbitral) et que chaque Partie conserve la charge des frais qu'elle a encourus pour les besoins de cette procédure. Les Demandeurs ayant versé la totalité des avances requises par le CIRDI, la Défenderesse règlera aux Demandeurs les deux tiers du montant total des frais de l'arbitrage, tels qu'indiqués au paragraphe 480 ci-dessous, soit la somme de **348.243,61 USD**.

480. Les frais de l'arbitrage sont les suivants :

Honoraires et dépenses des membres du Tribunal :	
Gabrielle Kaufmann-Kohler, Présidente :	167.447,69 USD
Carole Malinvaud, Arbitre :	59.506,60 USD
Alain Pellet, Arbitre :	53.588,39 USD
Honoraires et dépenses de l'Assistant du Tribunal :	98.597,58 USD
Redevances administratives du CIRDI :	116.000,00 USD
Frais directs :	27.225,16 USD
Montant total :	522.365,42 USD

481. Les frais mentionnés ci-dessus ont été réglés à partir des avances versées intégralement par les Demandeurs. Une fois que le compte de l'affaire aura été finalisé, le Secrétariat du CIRDI fournira aux Parties un état financier détaillé ; tout solde restant sera remboursé intégralement aux Demandeurs.

VII. DISPOSITIF

482. Pour les motifs exposés ci-dessus, le Tribunal :

- a. Se déclare compétent pour trancher le grief relatif à la protection et la sécurité constantes ;
- b. Déclare que la demande relative à la sécurité et la protection constantes est recevable ;
- c. Déclare que la Défenderesse a violé son obligation de protection et de sécurité constantes au titre de l'article 3(2) du TBI UEBL-Madagascar ;
- d. Condamne, au titre du montant principal, la Défenderesse à payer 6.451.113,24 EUR aux Demandeurs plus intérêts composés annuellement au taux Euribor 12 mois plus 2% dès le 28 janvier 2009 jusqu'au paiement de l'intégralité de la somme ;
- e. Condamne, au titre des frais de conservation, la Défenderesse à payer 474.488 EUR aux Demandeurs plus intérêts composés annuellement au taux

Euribor 12 mois plus 2% dès le 1^{er} janvier 2010 jusqu'au paiement de l'intégralité de la somme ;

- f. Décide que la Défenderesse supportera les deux tiers des frais de l'arbitrage, et condamne la Défenderesse à payer aux Demandeurs la somme de 348.243,61 USD ;
- g. Décide que chaque Partie supportera les frais qu'elle a encourus dans le cadre de cette procédure arbitrale ;
- h. Rejette toutes autres demandes.

[SIGNATURE]

Mme Carole Malinvaud
Arbitre

Date: 11 avril 2020

Prof. Alain Pellet
Arbitre

Date :

Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler
Présidente du Tribunal

Date :

[SIGNATURE]

Mme Carole Malinvaud
Arbitre

Prof. Alain Pellet
Arbitre

Date :

Date :13 avril 2020

Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler
Présidente du Tribunal

Date :

Mme Carole Malinvaud
Arbitre

Date :

Prof. Alain Pellet
Arbitre

Date :

[SIGNATURE]

Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler
Présidente du Tribunal

Date : 11 avril 2020