

CENTRE INTERNATIONAL POUR LE REGLEMENT DES DIFFERENDS
RELATIFS AUX INVESTISSEMENTS

AFFAIRE CIRDI N° ARB/17/18

(Procédure en annulation)

DANS LA PROCEDURE EN ANNULATION ENTRE :

LA REPUBLIQUE DE MADAGASCAR

Requérante

-et-

(1) (DS)2 S.A.

(2) PETER DE SUTTER

(3) KRISTOF DE SUTTER

Défendeurs

DECISION SUR LA DEMANDE EN ANNULATION

Membres du Comité *ad hoc*

Dr Christopher Harris K.C., Président

Mme Melanie van Leeuwen, Membre

M. Gabriel Bottini, Membre

Secrétaire du Comité *ad hoc*

M. Benjamin Garel

Date d'envoi aux Parties : 14 octobre 2022

Table des Matières

I. INTRODUCTION	3
II. PARTIES	3
III. RAPPEL DES FAITS PERTINENTS ET HISTORIQUE DE LA PROCEDURE	4
A. RAPPEL DES FAITS	4
B. HISTORIQUE DE LA PROCEDURE	6
IV. POSITION DES PARTIES	9
A. INTRODUCTION	10
B. LA QUESTION DE LA COMPETENCE	11
1. POSITION DE LA REQUERANTE	11
2. POSITION DES DEFENDEURS	18
C. LA QUESTION DE LA REPRESENTATION	25
1. POSITION DE LA REQUERANTE	25
2. POSITION DES DEFENDEURS	28
D. LA QUESTION DE LA CHARGE DE LA PREUVE	34
1. POSITION DE LA REQUERANTE	34
2. POSITION DES DEFENDEURS	35
V. ANALYSE DU COMITE	36
A. LA QUESTION DE LA COMPETENCE	36
1. CRITERE JURIDIQUE APPLICABLE	36
2. ANALYSE DU TRIBUNAL CONCERNANT SA COMPETENCE	39
3. DECISION DU COMITE	47
B. LA QUESTION DE LA REPRESENTATION	53
C. LA QUESTION DE LA CHARGE DE LA PREUVE	55
VI. FRAIS	56

I. INTRODUCTION

1 La présente procédure en annulation est relative à la Sentence en date du 17 avril 2020 (la « **Sentence** ») rendue dans l’Affaire CIRDI N° ARB/17/18 (l’« **Arbitrage CIRDI** ») entre (DS)2 SA, M. Peter de Sutter et M. Kristof de Sutter, qui intervenaient en qualité de demandeurs (dans la présente procédure en annulation, les « **Défendeurs** »), et la République de Madagascar, qui intervenait en qualité de défenderesse (« **Madagascar** » et, dans la présente procédure en annulation, la « **Requérante** »). L’Arbitrage CIRDI a été introduit en vertu de l’Accord entre l’Union Économique Belgo-Luxembourgeoise et la République de Madagascar concernant l’encouragement et la protection réciproques des investissements, lequel a été signé le 29 septembre 2005 et est entré en vigueur le 29 novembre 2008 (le « **TBI** »).

II. PARTIES

2 La Requérante est représentée par :

Professeur Dr. Makane Moïse Mbengue
Université de Genève
40, boulevard du Pont d’Arve
1211 Genève 4
Suisse

M. Eran Sthoeger, Esq.
5-49 Borden Ave, Apt. 2M
Long Island City, NY 11101
États-Unis d’Amérique

3 Les Défendeurs sont représentés par :

M. Charles Dumont de Chassart
DLA Piper UK LLP
Avenue Louise, 106
1050 Bruxelles
Belgique

M. Michael Ostrove
M. Theobald Naud
Mme Séréna Salem
Mme Audrey Grisolle (jusqu’à fin 2021)

DLA Piper France LLP
27, rue Laffitte
75009 Paris
France

4 La Requérante et les Défendeurs sont ensemble dénommés les « **Parties** ».

III. RAPPEL DES FAITS PERTINENTS ET HISTORIQUE DE LA PROCEDURE

A. Rappel des faits

5 Une procédure en annulation ne permet pas de plaider à nouveau sur des constatations de faits formulées par le Tribunal. Néanmoins, avant de retracer l'historique de la procédure de la présente instance en annulation, il est important de rappeler quelques faits essentiels ayant conduit à l'Arbitrage CIRDI.

6 Les évènements mis en cause dans l'Arbitrage CIRDI se sont déroulés à la suite de troubles sociaux survenus à Madagascar, en janvier 2009, qui ont suscité de violentes manifestations, puis, les 27 et 28 janvier 2009, le pillage et la destruction d'une usine à Mahajanga (l'« **Usine** »), sur des terrains loués par la SÀRL Polo Garments Majunga (« **PGM** »), une société malgache établie par les Défendeurs.

7 À la suite de ces évènements, PGM a tenté de faire jouer une police d'assurance souscrite auprès de son assureur malgache, Ny Havana. Ce dernier ayant rejeté la demande de PGM, celle-ci a engagé une procédure à l'encontre de Ny Havana devant le Tribunal de première instance à Mahajanga, en avril 2010 (la « **Procédure malgache** »). Le Tribunal s'est prononcé en faveur de PGM, et ce jugement a été confirmé par la Cour d'appel en juillet 2011. Ny Havana a formé un pourvoi devant la Cour de cassation. En avril 2012, le Procureur général de la Cour suprême de Madagascar a formé un pourvoi dans l'intérêt de la loi pour s'opposer à l'exécution du jugement du Tribunal de première instance, laquelle a alors été suspendue par la Cour suprême de Madagascar.

8 Le 7 mars 2013, les Défendeurs et PGM ont engagé une procédure arbitrale à l'encontre de Madagascar sous l'égide de la Chambre de commerce internationale (l'« **Arbitrage CCI** ») pour contester l'intervention du Procureur général dans la Procédure malgache

et alléguant la violation de plusieurs dispositions du TBI, dont notamment celles relatives au droit pour les Défendeurs de bénéficier d'un traitement juste et équitable (article 3(1) du TBI), ainsi que l'existence d'un abus de droit, d'un abus de pouvoir, d'un déni de justice et d'un traitement arbitraire et discriminatoire (article 3(2) du TBI).

- 9 Le 29 août 2014, l'arbitre unique intervenant dans le cadre de l'Arbitrage CCI a rendu une sentence (la « **Sentence CCI** ») concluant que la Requérante avait violé les articles 3(1) et 3(2) du TBI, et octroyant des dommages et intérêts aux Défendeurs.
- 10 Le 15 mars 2016, la Cour d'appel de Paris a annulé la Sentence CCI sur requête de la Requérante.
- 11 Le 3 juin 2016, dans la Procédure malgache, la Cour de cassation de Madagascar a cassé l'arrêt de la Cour d'appel de juillet 2011.
- 12 Le 14 juin 2017, les Défendeurs ont déposé une requête d'arbitrage auprès du CIRDI et ainsi initié l'Arbitrage CIRDI.
- 13 Le 17 avril 2020, lors de la conclusion de la procédure arbitrale, le tribunal constitué dans l'Arbitrage CIRDI, composé du Professeur Gabrielle Kaufmann-Kohler (Présidente), de Mme Carole Malinvaud et du Professeur Alain Pellet (le « **Tribunal** »), a rendu la Sentence, aux termes de laquelle le Tribunal :
 - 13.1 s'est déclaré compétent pour statuer sur le grief concernant le manquement à l'obligation d'assurer une protection et une sécurité constantes (« **PSC** ») prévue par le TBI, et a jugé que ce grief était également recevable ;
 - 13.2 a conclu que Madagascar avait manqué à l'obligation qui lui incombait, en vertu de l'article 3(2) du TBI, de fournir une PSC aux investisseurs des demandeurs ;
 - 13.3 a ordonné à Madagascar de dédommager les demandeurs à hauteur d'une somme de 6.451.113,24 euros, assortie d'intérêts composés annuels au taux Euribor 12 mois majoré de 2%, courant à partir du 28 janvier 2009 jusqu'au complet paiement ;

13.4 a ordonné à Madagascar d'indemniser les demandeurs ; et

13.5 a ordonné à Madagascar de prendre à sa charge deux-tiers des frais de l'Arbitrage CIRDI (soit une somme de 348.243,61 dollars américains à verser aux demandeurs à cet égard), chaque partie devant supporter ses propres frais juridiques relatifs à la procédure.

B. Historique de la procédure

14 Le 16 août 2020, Madagascar a soumis une demande d'annulation de la Sentence (la « **Demande** ») sur le fondement de l'article 52 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (la « **Convention CIRDI** ») et de l'article 50 du Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage (le « **Règlement d'Arbitrage du CIRDI** »).

15 Le 21 août 2020, le Secrétaire général du CIRDI a enregistré la Demande et informé les Parties que l'exécution de la Sentence était temporairement suspendue, conformément à l'article 54(2) du Règlement d'Arbitrage du CIRDI.

16 Le 3 novembre 2020, le Secrétaire général du CIRDI a fait savoir aux Parties que le Comité *ad hoc* (le « **Comité** ») avait été constitué, celui-ci comprenant, à l'origine, le Dr. Raëd Fathallah (Président), Mme Melanie van Leeuwen et M. Gabriel Bottini.

17 Le 13 novembre 2020, le Comité a informé les Parties qu'il avait décidé de proroger *pro tempore* la suspension provisoire de l'exécution de la Sentence, jusqu'à ce que le Comité ait eu la possibilité d'entendre les Parties et de se prononcer sur la prorogation de cette suspension. Le Comité a établi un calendrier de dépôt des soumissions sur cette question.

18 Le 18 décembre 2020, le Comité a tenu sa première séance par visioconférence. Juste avant qu'elle ne commence, les Parties ont informé le Comité qu'elles étaient parvenues à un accord sur la question de la suspension d'exécution, et ont demandé à ce que cet accord soit consigné par le Comité dans une ordonnance de procédure.

- 19 Le 22 janvier 2021, le Comité a rendu son Ordonnance de procédure N° 1 (« **OP1** »), laquelle a fixé la procédure et le calendrier pour statuer sur la Demande.
- 20 Le 27 janvier 2021, le Comité a rendu son Ordonnance de procédure N° 2 (« **OP2** ») dans laquelle il a consigné l'accord des Parties sur la question de la suspension d'exécution de la Sentence. En particulier, l'OP2 a noté que la suspension d'exécution de la Sentence se poursuivrait jusqu'à ce que le Comité se prononce sur la Demande, ou jusqu'à ce que la procédure soit interrompue ou la Demande retirée, sans préjudice du droit pour les Défendeurs d'engager des démarches visant à obtenir l'exécution de la Sentence, à l'exclusion de toute démarche finale susceptible de leur permettre de percevoir le montant octroyé dans la Sentence. L'OP2 mentionnait également que les Défendeurs avaient la possibilité d'engager des démarches visant à percevoir le montant octroyé dans la Sentence, en cas de non-paiement par Madagascar de la totalité des sommes dues aux termes de la Sentence dans un délai de 60 jours suivant le rejet de la Demande par le Comité, ou dans l'hypothèse où l'instance en annulation prenait fin.
- 21 Le 28 janvier 2021, le Président du Comité a informé les Parties avoir soumis sa démission aux autres membres du Comité ainsi qu'au Secrétaire général du CIRDI, conformément aux articles 8 et 53 du Règlement d'arbitrage du CIRDI.
- 22 Le 11 février 2021, le Centre a informé les Parties de son intention de proposer au Président du Conseil administratif du CIRDI la nomination de Dr. Christopher Harris Q.C. comme Président du Comité en remplacement de Dr. Fathallah et leur a transmis certaines divulgations formulées par le Dr. Harris.
- 23 Le 16 février 2021, la Requérante a indiqué n'avoir aucun commentaire à formuler sur la proposition de nomination du Dr. Harris.
- 24 Le 18 février 2021, les Défendeurs ont indiqué n'avoir aucun commentaire à formuler sur la proposition de nomination du Dr. Harris.
- 25 Le 18 février 2021, le Centre a confirmé aux Parties avoir proposé Président du Conseil administratif du CIRDI la nomination de Dr. Harris comme Président du Comité.

- 26 Le 19 février 2021, le Centre a informé les Parties de la nomination par le Président du Conseil administratif du CIRDI de Dr. Harris comme Président du Comité.
- 27 Le 22 février 2021, le Centre a informé les Parties de l'acceptation par le Dr. Harris de sa nomination et de la reprise de l'instance.
- 28 Par la suite, et conformément à l'OP1 :
- 28.1 Le 31 mars 2021, Madagascar a déposé son Mémoire en annulation (« **Mémoire** »).
- 28.2 Le 31 mai 2021, les Défendeurs ont déposé leur Contre-mémoire sur l'Annulation (« **Contre-mémoire** »).
- 28.3 Le 29 juillet 2021, Madagascar a déposé son Mémoire en réplique sur l'annulation (« **Réplique** »).
- 28.4 Le 30 septembre 2021, les Défendeurs ont déposé leur Mémoire en duplique sur l'annulation (« **Duplique** »).
- 29 Le 19 octobre 2021, une conférence pré-audience virtuelle a été tenue afin de finaliser l'organisation de l'Audience.
- 30 Le 10 novembre 2021, l'audience relative à la Demande s'est déroulée à distance, conformément à l'OP1. Les personnes suivantes ont assisté à l'audience :

Le Comité :

- Dr. Christopher Harris K.C., Président du Comité
- Mme Melanie van Leeuwen, Membre du Comité
- M. Gabriel Bottini, Membre du Comité

CIRDI :

- M. Benjamin Garel, Secrétaire du Comité

Requérante :

- Mme Rajaobarielina Faratiana, Service contentieux du Ministère des affaires étrangères de Madagascar
- M. Rajaonesy David, avocat du cabinet du Premier ministre de Madagascar
- Professeur Makane Moïse Mbengue, Université de Genève
- M. Eran Sthoeger, Esq.
- Professeur Eirik Bjorge, Université de Bristol

Défendeurs :

- M. Peter de Sutter, deuxième Défendeur
- M. Michael Ostrove, DLA Piper
- M. Théobald Naud, DLA Piper
- M. Charles Dumont de Chassart, DLA Piper
- Mme Séréna Salem, DLA Piper
- Mme Audrey Grisolle, DLA Piper

Transcription :

- Christophe Bolduc (français) et Christopher Sidall (anglais), Arbitration Place

31 A la fin de l'audience, les Parties ont été invitées à discuter et à se mettre d'accord sur le format et les délais de dépôt des soumissions sur les coûts.

32 Le 23 mars 2022, le Comité a rappelé aux Parties qu'il n'avait pas eu de retour de leur part à ce sujet et leur a demandé de le tenir informé le 4 avril 2022 au plus tard.

33 En l'absence de réponses des Parties, le Comité a réitéré sa demande le 6 avril 2022. Le même jour, le conseil des Défendeurs a répondu en indiquant que les Parties s'étaient mises d'accord pour déposer leurs soumissions sur les coûts le 8 avril 2022 sous forme simplifiée, faisant état simplement des montants et des postes de dépenses, sans

documents justificatifs ou arguments sur la répartition des coûts.¹ Les éventuels commentaires sur la soumission de l'autre partie devant être déposés le 15 avril 2022.

- 34 Le 8 avril 2022, les Parties ont déposé leurs états de frais conformément à la procédure convenue. Le 15 avril 2022, les Parties ont indiqué qu'elles ne souhaitaient pas formuler de commentaires concernant l'état des frais déposé par l'autre partie.

IV. POSITION DES PARTIES

A. Introduction

- 35 Dans sa Demande, Madagascar sollicite l'annulation de la Sentence dans son intégralité en soulevant trois moyens. Ceux-ci peuvent être résumés comme suit :

35.1 Premièrement, Madagascar allègue que le Tribunal aurait commis un excès de pouvoir manifeste au regard de l'article 52(1)(b) de la Convention CIRDI, en ne statuant pas sur la question de son incompétence éventuelle pour connaître des griefs formulés par les Défendeurs, au motif que ces derniers avaient choisi, en vertu de l'article 12(3) du TBI, de faire trancher leur différend par l'Arbitrage CCI (la « **Question de la Compétence** »).

35.2 Deuxièmement, Madagascar relève l'existence d'une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure au regard de l'article 52(1)(d) de la Convention CIRDI, au motif que son droit à être entendue aurait été violé puisqu'elle n'aurait pas bénéficié d'une représentation effective devant le Tribunal (la « **Question de la Représentation** »).

35.3 Troisièmement (à titre subsidiaire de son deuxième moyen) et bien qu'elle ne l'ait pas mentionné dans sa Demande, Madagascar a soulevé par la suite un moyen supplémentaire, à savoir l'existence d'une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure au regard de l'article 52(1)(d) de la

¹ Le conseil des Défendeurs a également informé le Comité du départ de Mme Audrey Grisolle de son équipe.

Convention CIRDI, au motif que le Tribunal aurait en pratique renversé la charge de la preuve (la « **Question de la Charge de la Preuve** »).

- 36 La Requérante demande en outre qu'il soit ordonné aux Défendeurs de payer les frais exposés par la Requérante dans le cadre de l'instance en annulation.
- 37 Les Défendeurs demandent au Comité de rejeter la Demande et d'ordonner que la Requérante paye les frais de la présente instance en annulation.
- 38 Le Comité synthétisera successivement les arguments principaux figurant dans les soumissions des Parties sur la Question de la Compétence, la Question de la Représentation et de la Question de la Charge de la Preuve, avant de présenter sa propre analyse et ses conclusions.

B. La Question de la Compétence

1. Position de la Requérante

- 39 La Requérante soutient que l'article 52(1)(b) de la Convention CIRDI, tel qu'interprété par la jurisprudence, requiert l'annulation d'une sentence si le tribunal (1) ignore une question juridictionnelle essentielle ; (2) n'applique pas la loi régissant sa compétence ; ou (3) adopte une interprétation ou application intenable de cette loi.²
- 40 La Requérante allègue qu'un défaut de décision sur la compétence devrait entraîner l'annulation, puisqu'un tribunal commet un excès de pouvoir lorsqu'il ignore une question nécessitant une décision de sa part.³ Si un tribunal n'est pas tenu de répondre à tous les arguments soulevés par une partie, il doit néanmoins traiter toutes les questions qui lui sont soumises.⁴ L'excès de pouvoir ne doit pas seulement être évident, il doit aussi emporter des conséquences graves sur la Sentence,⁵ et il n'est pas de

² Mémoire, § 43.

³ Mémoire, § 39, citant *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal S.A. c. République argentine*, Affaire CIRDI N° ARB/97/3, Décision sur l'annulation, 3 juillet 2002, § 87.

⁴ Réplique, § 16.

⁵ Réplique, § 22.

conséquence plus grave que l'affirmation par le tribunal d'une compétence qu'il ne possède pas.⁶

41 La Requérante soutient que, parmi les arguments qu'elle a présentés au Tribunal, elle a fait valoir qu'en engageant l'Arbitrage CCI, les Défendeurs avaient choisi de faire de celui-ci le cadre du règlement de leurs griefs au regard de l'article 12(3) du TBI. En conséquence, selon la Requérante, le Tribunal n'était pas compétent en vertu du TBI pour entendre les griefs des Défendeurs.⁷ Cette incompétence du Tribunal a perduré nonobstant l'annulation de la Sentence CCI par la Cour d'appel de Paris, car l'annulation de la Sentence CCI n'a eu aucune incidence sur le consentement donné par les Défendeurs à un arbitrage CCI, ce consentement demeurant valable et opposable aux Parties du point de vue de la *lex arbitri* française.⁸ Dans ces conditions, les Défendeurs auraient dû engager un nouvel arbitrage CCI, au lieu de recourir à un arbitrage CIRDI.

42 Lors de l'Arbitrage CCI, les Défendeurs (ainsi que PGM) ont, entre autres, allégué la violation de plusieurs dispositions du TBI, en ce compris celle relative au droit pour les Défendeurs de bénéficier d'un traitement juste et équitable (article 3(1) du TBI), ainsi que l'existence d'un abus de droit, d'un abus de pouvoir, d'un déni de justice et d'un traitement arbitraire et discriminatoire (article 3(2) du TBI). Dans le cadre de l'Arbitrage CCI, les Défendeurs et PGM ont soutenu que la manière dont la Requérante avait mené la Procédure malgache était illégale.

43 Les griefs soumis au Tribunal lors de l'Arbitrage CIRDI, à la suite de l'annulation de la Sentence CCI, portaient eux aussi sur un manquement à l'obligation d'assurer un traitement juste et équitable, un déni de justice, un manquement à l'obligation d'éviter toutes mesures injustifiées ou discriminatoires en vertu de l'article 3(2) du TBI dans le cadre de la Procédure malgache, ainsi que sur l'expropriation indirecte des Défendeurs, dépossédés de leur investissement, en violation de l'article 7 du TBI. Ces griefs comportaient également une allégation selon laquelle la Requérante n'aurait pas

⁶ Réplique, § 23.

⁷ Mémoire, § 33.

⁸ Mémoire, § 47.

assuré une PSC à l'occasion des événements survenus à l'Usine, au regard de l'article 3(2) du TBI.

44 Selon le moyen invoqué à titre principal par la Requêteurante devant le Tribunal, les Défendeurs avaient exercé un choix d'instance en recourant à l'Arbitrage CCI et ils n'étaient pas en droit de soumettre leur différend au Tribunal. La Requêteurante affirme avoir fait valoir à titre subsidiaire, devant le Tribunal, que si ce dernier refusait d'accepter son objection principale sur le fondement de l'article 12(3) du TBI, concernant les allégations de défaut de PSC, l'objection de la Requêteurante restait néanmoins applicable aux allégations formulées dans le cadre de l'Arbitrage CCI, à propos de l'intervention de Madagascar à la Procédure malgache, lesquelles avaient également été soumises au Tribunal.

45 La Requêteurante déclare avoir clairement, et systématiquement, exprimé la distinction existant entre son argument principal et son argument subsidiaire devant le Tribunal.⁹ En particulier, la Requêteurante relève que, dans son résumé des arguments de la Requêteurante, le Tribunal a noté que la position de cette dernière alléguant que le Tribunal n'était pas compétent pour statuer sur les griefs concernant la Procédure malgache, était formulée à titre subsidiaire.¹⁰

46 Toutefois, la Requêteurante affirme que le Tribunal a utilisé l'argument subsidiaire de la Requêteurante comme « pierre angulaire » de sa non-réponse à l'objection à la compétence soulevée par celle-ci.¹¹ La Requêteurante soutient que son argument subsidiaire s'est métamorphosé en une prétendue « admission » qu'elle avait consenti à la compétence du Tribunal pour statuer sur les griefs des Défendeurs relatifs à la PSC,¹² comme le caractérisait la formulation retenue par le Tribunal dans la Sentence indiquant que « *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* ». ¹³

⁹ Mémoire, § 50.

¹⁰ Cf. Sentence, § 252, développé dans sa totalité au § 102.

¹¹ Mémoire, § 52.

¹² Mémoire, § 52.

¹³ Sentence, § 262, développé dans sa totalité au § 106.

47 La Requérante expose les diverses raisons possibles qui l'amènent à penser que le Tribunal a ignoré sa principale assertion selon laquelle le Tribunal n'était pas compétent pour statuer sur les griefs des Défendeurs : (1) le Tribunal a mal compris la position de la Requérante et conclu que son argument subsidiaire représentait, en fait, la totalité de son argumentation concernant la Question de la Compétence ;¹⁴ (2) il se peut que le Tribunal ait conclu qu'en avançant son argument subsidiaire, la Requérante abandonnait son argument principal ;¹⁵ (3) le Tribunal a mélangé le moyen de la Requérante tiré du principe *electa una via* (sa cinquième objection à la compétence) affirmant que la poursuite de la Procédure malgache était contraire à l'article 12(2) du TBI et à l'article 26 de la Convention CIRDI, avec le moyen de la Requérante relatif au choix du forum (sa sixième objection à la compétence) arguant de l'incompétence du Tribunal sur l'ensemble des griefs des Défendeurs (au motif que l'une comme l'autre objection portaient sur la question de savoir si la procédure devant le Tribunal concernait le « même litige » que les procédures antérieures -- c'est-à-dire la Procédure malgache et l'Arbitrage CCI), ce qui voulait dire que le rejet par le Tribunal de l'objection *electa una via* avait entraîné celui du moyen formulé à titre principal par la Requérante sur la compétence du Tribunal ;¹⁶ (4) le Tribunal a pu estimer que la Requérante avait implicitement accepté la compétence du Tribunal sur les prétentions relatives à la PSC ;¹⁷ (5) le Tribunal a implicitement considéré que l'interprétation de l'article 12 du TBI retenue par la Requérante était erronée.¹⁸ La Requérante affirme que chacun de ces cinq scénarios rendrait « intenable » l'analyse du Tribunal.¹⁹ La Requérante ajoute que l'argument d'économie procédurale invoqué par le Tribunal pour éviter de statuer sur l'objection de la Requérante relative au choix du forum serait tout aussi « intenable ».²⁰

¹⁴ Mémoire, § 75.

¹⁵ Mémoire, § 76.

¹⁶ Mémoire, § 77.

¹⁷ Mémoire, § 78.

¹⁸ Mémoire, § 79. La Requérante poursuit en insinuant dans ce paragraphe que si le Tribunal avait implicitement adopté ce point de vue, sa démarche aurait été contraire à l'affaire *Iberdrola c. Guatemala*, Affaire PCA N° 2017-41, Sentence définitive, 24 août 2020, dans laquelle le Tribunal a souligné que le TBI concerné (le TBI entre l'Espagne et le Guatemala) offrait aux investisseurs un « choix » entre un arbitrage CIRDI et un arbitrage CNUDCI, ceci signifiant qu'un investisseur ne pouvait soumettre le même différend à une seconde juridiction.

¹⁹ Mémoire, § 74.

²⁰ Mémoire, § 81.

- 48 La Requérante rejette l'allégation selon laquelle le Tribunal aurait entendu traiter son objection relative au choix du forum et son objection *electa una via* en même temps. La Sentence ne comporte aucune motivation concernant l'objection relative au choix du forum. La même logique n'est pas applicable aux deux objections – l'objection *electa una via* a été rejetée par le Tribunal parce que les parties à l'Arbitrage CIRDI et à la Procédure malgache n'étaient pas les mêmes, tandis qu'elles l'étaient dans le cadre de l'Arbitrage CIRDI et de l'Arbitrage CCI, ceci impliquant que la logique du Tribunal ne pouvait s'appliquer de la même manière.²¹ Le Tribunal aurait pu décider, comme le soutenait la Requérante à titre principal, que les litiges entendus dans le cadre de la CCI et du CIRDI étaient différents, tout en admettant que l'article 12(3) du TBI interdisait aux Défendeurs d'initier l'Arbitrage CIRDI.²²
- 49 À cet égard, le Tribunal n'a pas fait application de l'article 12(3) du TBI, qui n'est pas visé dans l'analyse du Tribunal.²³ Le Tribunal n'a adopté aucune interprétation de l'article 12(3) du TBI.
- 50 La Requérante convient que l'une des interprétations possibles des termes employés par le Tribunal, à savoir « *La compétence étant admise* », serait que ce dernier estimait que la compétence sur les griefs relatifs à la PSC était établie, plutôt que la reconnaissance de cette compétence par la Requérante.²⁴ Toutefois, les hypothèses évoquées au paragraphe 40 ci-dessus démontrent le trouble évident du Tribunal à propos de l'objection formulée par la Requérante concernant le choix du forum. À chaque fois que le Tribunal a employé le terme « *admise* » dans la Sentence, celui-ci était suivi de l'analyse de la question correspondante par le Tribunal, sauf lorsqu'il a affirmé que la compétence pour statuer sur les griefs relatifs à la PSC était « *admise* », sans fournir aucun motif pour expliquer pourquoi elle l'était.²⁵
- 51 La Requérante soutient que la simple citation par le Tribunal des passages en cause du Mémoire de la Requérante ne saurait être considérée comme indiquant que le Tribunal

²¹ Réplique, § 61. Le Comité relève que PGM était partie à l'Arbitrage CCI, mais pas à l'Arbitrage CIRDI.

²² Réplique, § 62.

²³ Réplique, § 68.

²⁴ Réplique, § 51.

²⁵ Réplique, § 53.

avait compris la distinction entre les branches principale et secondaire de la sixième objection de la Requérante quant à la compétence.²⁶

52 La Requérante allègue que son objection à la compétence était une question que le Tribunal ne pouvait ignorer.²⁷ Elle soulevait une question juridique qui fixait les limites des pouvoirs du Tribunal. Il ne s'agissait pas d'un simple argument et l'allégation contraire des Défendeurs procède d'un formalisme intenable.²⁸ Il n'appartenait pas au Tribunal de reconnaître sa compétence en termes généraux et d'être ainsi considéré comme ayant statué sur l'objection de la Requérante.²⁹

53 La Requérante affirme que le fait que le Tribunal se soit abstenu de se prononcer sur la Question de la Compétence constituait un excès de pouvoir manifeste, dans la mesure où cette abstention a eu une incidence potentiellement déterminante sur la Sentence. Si le Tribunal avait adopté l'interprétation donnée par la Requérante à l'article 12(3) du TBI, il se serait déclaré incompetent, et le différend aurait pu éventuellement être réexaminé devant un tribunal de la CCI.³⁰ Par conséquent, l'allégation des Défendeurs selon laquelle le fait que le Tribunal n'ait pas tranché la Question de la Compétence n'a eu aucune incidence sur l'issue de l'instance, procède de la spéculation.³¹ Les diverses hypothèses avancées quant à l'intention qui guidait le Tribunal lorsqu'il a conclu que sa compétence pour connaître des griefs relatifs à la PSC était « *admise* » montrent qu'il est impossible de deviner ses intentions ; et rien ne permet d'affirmer que la position des Défendeurs a été adoptée³² – il en résulte un excès de pouvoir manifeste, puisque la manière dont le Tribunal a traité la Question de la Compétence est insondable.³³

54 La Requérante note également qu'elle s'est délibérément abstenue de soulever un moyen tiré du défaut de motifs sur le fondement de l'article 52(1)(e) de la Convention

²⁶ Réplique, § 59.

²⁷ Réplique, § 38.

²⁸ Réplique, § 40.

²⁹ Réplique, § 43.

³⁰ Réplique, § 75.

³¹ Réplique, § 75.

³² Réplique, § 88.

³³ Réplique, § 78.

CIRDI.³⁴ Ce fondement d'annulation est étroitement lié à celui énoncé à l'article 52(1)(d), sachant que ces deux fondements ne s'excluent pas l'un l'autre. Aux termes de l'article 48(3) de la Convention CIRDI, une sentence doit répondre à toutes les questions soumises au tribunal et doit être motivée. En conséquence, après avoir fait valoir que le Tribunal avait omis de statuer sur une question cruciale qui lui avait été soumise, il n'était pas nécessaire d'alléguer, au surplus, que le Tribunal avait aussi omis de préciser ses motifs, ce qu'il a fait.³⁵

55 La Requérante affirme que les Défendeurs ont tort de prétendre qu'elle aurait dû solliciter une décision supplémentaire de la part du Tribunal sur le fondement de l'article 49(2) de la Convention CIRDI.³⁶ L'article 49(2) vise à permettre au tribunal de corriger des erreurs, contrairement à l'article 52(1) de la Convention CIRDI qui porte sur l'intégrité de la procédure et les mesures destinées à garantir l'absence de violation de principes de droit fondamentaux.³⁷ La décision du comité *ad hoc* dans l'affaire *Cortec Mining c. Kenya*,³⁸ sur laquelle s'appuient les Défendeurs, est discutable et sa motivation n'est pas applicable à la présente instance qui traite de circonstances de fait difficiles. En particulier, contrairement à l'affaire *Cortec*, la Question de la Compétence n'était pas sans conséquence et les conséquences de cette question n'étaient pas séparables.³⁹

56 Le Comité ne devrait pas exercer son pouvoir d'appréciation souverain pour refuser d'annuler la Sentence. Aucun comité *ad hoc* n'a jamais procédé ainsi. De même, rien ne permet d'affirmer que l'objection relative au choix du forum ne pouvait aboutir, ou qu'un tribunal de la CCI serait parvenu à la même conclusion que le Tribunal constitué aux fins de l'Arbitrage CIRDI.⁴⁰

³⁴ Réplique, § 28.

³⁵ Réplique, § 29.

³⁶ Réplique, § 80.

³⁷ Réplique, § 83.

³⁸ *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited et Stirling Capital Limited c. République du Kenya*, Affaire CIRDI N° ARB/15/29, Décision sur la Demande d'annulation, 19 mars 2021.

³⁹ Réplique, § 84.

⁴⁰ Réplique, § 92.

2. Position des Défendeurs

57 Les Défendeurs relèvent que l'argument de la Requérante repose sur une lecture erronée de la Sentence. En particulier, la Requérante affirme à tort que les termes « *[l]a compétence étant admise* » dans ce paragraphe signifient qu'elle avait « reconnu » la compétence sur les griefs relatifs à la PSC. En réalité, « *il est admis que* » signifie plutôt « *il est établi que* ». ⁴¹ Ainsi, le Tribunal s'est contenté d'exprimer sa conclusion sur la question, plutôt que de prendre note d'un point concédé par une partie. ⁴² L'emploi du mot français « *admettre* » pour indiquer qu'une chose est établie, et non concédée, se vérifie tout au long de la Sentence, ainsi que dans d'autres décisions arbitrales. ⁴³ Il ressort clairement du contexte que le Tribunal n'a pas omis, comme le prétend la Requérante, d'affirmer que la compétence était « *admise* » – la conclusion couvrant ce point dans la Sentence fait suite à 10 paragraphes d'analyse de l'objection à la compétence formulée par la Requérante. ⁴⁴

58 Les Défendeurs relèvent en outre des exemples tirés de la procédure devant le Tribunal qui montrent clairement que ce dernier a bien compris l'argumentation principale de la Requérante selon laquelle le Tribunal n'était pas compétent pour se prononcer sur les demandes du fait de l'introduction de l'Arbitrage CCI. Dans son Ordonnance de Procédure N° 3 en date du 24 avril 2018 rejetant la demande de Madagascar tendant à obtenir une bifurcation de la procédure et une décision sur la compétence et la recevabilité à titre de questions préliminaires (la « **Décision sur la Bifurcation** »), le Tribunal a clairement exposé les arguments principal et secondaire de la Requérante sur la Question de la Compétence. ⁴⁵ De même, la transcription de l'audience démontre que le Tribunal a compris l'argumentation de la Requérante alléguant que le Tribunal n'avait pas compétence du fait du recours des Défendeurs devant la CCI, ⁴⁶ et montre en outre que le Tribunal a saisi la distinction existant entre

⁴¹ Contre-mémoire, § 91.

⁴² Contre-mémoire, § 93. Les Défendeurs citent des exemples de l'emploi par le Tribunal de « *étant admis[e]* » au sens de « *étant établi* » ailleurs dans la Sentence : cf. Contre-mémoire, §§ 95-100.

⁴³ Duplique, §§ 57-64.

⁴⁴ Duplique, § 68.

⁴⁵ Contre-mémoire, §§ 106-109.

⁴⁶ Contre-mémoire, § 110.

l'objection à la compétence tirée du principe *electa una via* (cinquième objection) et celle tirée du choix du forum (sixième objection) qu'avait soulevées par la Requérante.⁴⁷

59 Les Défendeurs citent en outre des passages de la Sentence montrant que le Tribunal a compris l'objection de la Requérante sur la Question de la Compétence.⁴⁸ Le Tribunal a fait expressément référence à l'argumentation développée par les Défendeurs devant le Tribunal, dans laquelle ceux-ci visent directement l'allégation de la Requérante selon laquelle le Tribunal n'avait compétence sur aucune des demandes des Défendeurs.⁴⁹ Le Tribunal a notamment fait référence à l'argumentaire écrit développé par la Requérante sur cette question.⁵⁰ Il ne peut être soutenu que le Tribunal aurait « ignoré » ces arguments parce qu'il n'y a fait référence que dans une note de bas de page, plutôt que d'en reproduire intégralement le texte.⁵¹

60 Le Tribunal était confronté à un choix entre deux possibilités – soit l'Arbitrage CCI et le présent Arbitrage étaient distincts, soit les Défendeurs avaient soumis leur litige à l'Arbitrage CCI et, nonobstant l'annulation de la Sentence CCI, le CIRDI n'avait pas compétence.⁵² Le Tribunal a souscrit à la position des Défendeurs.⁵³ Le Tribunal n'a pas fusionné les cinquième et sixième objections de la Requérante.⁵⁴ Toutefois, à la lecture de la Sentence, il est évident que le Tribunal a considéré que la même analyse était applicable – le Tribunal a estimé que la Procédure malgache impliquait des parties différentes et un objet différent, le même raisonnement s'appliquant aux différences entre l'Arbitrage CCI et l'Arbitrage CIRDI.⁵⁵ Le Tribunal n'avait aucun doute sur la distinction à opérer entre les cinquième et sixième objections de la Requérante, ce qu'il a constaté dans la Décision sur la Bifurcation.⁵⁶ Le passage pertinent de la motivation de la Sentence fait également référence aux « objections

⁴⁷ Contre-mémoire, §§ 110-112. Cf. l'échange tiré de la transcription du 2 juillet 2019, cité au § 111 du Contre-mémoire, évoqué ci-dessous au § 109. Cf. également Contre-mémoire, § 113.

⁴⁸ Sentence, § 254, cité dans le Contre-mémoire, § 115.

⁴⁹ Contre-mémoire, §§ 116-117.

⁵⁰ Contre-mémoire, § 118.

⁵¹ Contre-mémoire, § 119.

⁵² Contre-mémoire, § 120.

⁵³ Contre-mémoire, § 121.

⁵⁴ Contre-mémoire, § 122.

⁵⁵ Contre-mémoire, §§ 123-126 ; Duplique, § 50.

⁵⁶ Duplique, § 52.

relatives au principe du mode de règlement des différends » soulevées par la Requêteurante, ce qui veut dire que le Tribunal a bien pris note qu'il convenait de traiter plusieurs objections.⁵⁷ Dans la Sentence, le Tribunal a rejeté sans équivoque l'ensemble des arguments de la Requêteurante sur la compétence.⁵⁸ Ce faisant, contrairement aux assertions de la Requêteurante concernant la compétence, le Tribunal n'a pas manqué d'analyser les prétentions de la Requêteurante, mais leur a, bien au contraire, consacré 30 pages de raisonnement dans la Sentence.⁵⁹

61 Les Défendeurs affirment que la Requêteurante commet une erreur en s'appuyant sur le postulat que si le Tribunal ne doit pas nécessairement traiter tous les arguments qui lui sont présentés, il doit néanmoins statuer sur toutes les questions qui lui sont soumises.⁶⁰ Reste qu'en tout état de cause, la Sentence montre que le Tribunal s'est effectivement prononcé sur la question de la compétence.⁶¹

62 Les Défendeurs soutiennent que la Requêteurante a reconnu que le Tribunal avait bien saisi, dès le début, l'objection de Madagascar quant au choix du forum. Il est impensable que le Tribunal, composé d'arbitres de grande expérience, puisse avoir compris l'objection soulevée par Madagascar tout au long de l'Arbitrage CIRDI, mais qu'il ait cessé de la comprendre au moment de rédiger la Sentence.⁶²

63 Contrairement à la Requêteurante, les Défendeurs ne pensent pas que le Tribunal n'ait jamais analysé l'applicabilité de l'article 12(3) du TBI. Le Tribunal a reproduit les articles 12(2) et (3) du TBI dans leur intégralité. La Requêteurante n'est pas satisfaite de la Sentence parce que le Tribunal n'a pas adopté son interprétation de l'article 12(3), mais cela n'équivaut pas à un défaut d'application de l'article 12(3) par le Tribunal.⁶³ À cet

⁵⁷ Contre-mémoire, § 122, faisant référence au titre de la section 5 de la Sentence.

⁵⁸ Contre-mémoire, §§ 129-130, citant les §§ 263 et 482(a) de la Sentence.

⁵⁹ Duplique, § 56.1.

⁶⁰ Duplique, §§ 74-75.

⁶¹ Les Défendeurs cherchent donc à opérer une distinction entre *Orascom TMT Investments S.à r.l. c. République algérienne démocratique et populaire*, Affaire CIRDI N° ARB/12/35, Décision sur l'annulation, 17 septembre 2020, dans laquelle une sentence avait été annulée alors que le tribunal s'était déclaré compétent tout en refusant de statuer sur une objection à la compétence formulé par le requérant. Cf. Duplique, §§ 78-80.

⁶² Duplique, § 31.

⁶³ Contre-mémoire, § 142.

égard, les Défendeurs notent que l'interprétation des traités n'est pas une science exacte.⁶⁴

64 La question juridique posée au Tribunal n'était pas celle de l'interprétation de l'article 12(3) du TBI, mais plutôt celle de savoir si, en initiant l'Arbitrage CCI, les Défendeurs avaient renoncé à la possibilité d'introduire l'Arbitrage CIRDI, en ce compris la question de la carence des forces de l'ordre malgaches face à la destruction imminente de l'Usine.⁶⁵ Dès lors que le Tribunal avait décidé que l'Arbitrage CCI et l'Arbitrage CIRDI concernaient des affaires distinctes, il était tout à fait logique qu'il ne développe pas son raisonnement quant à l'interprétation de l'article 12(3), puisque sa décision rendait sans objet la question de savoir si le recours à l'Arbitrage CCI procédait ou non d'un choix irrévocable.⁶⁶

65 En tout état de cause, quand bien même il y aurait eu excès de pouvoir, celui-ci n'était pas manifeste. Il ne suffit pas que la décision du Tribunal soit simplement incorrecte ; encore faut-il qu'elle soit « intenable ».⁶⁷ La Requérante doit démontrer que l'excès de pouvoir du Tribunal est à la fois évident et qu'il emporte des conséquences sérieuses pour l'intégrité du système CIRDI.⁶⁸ Si le résultat est sujet à discussion, il n'est pas susceptible d'annulation.⁶⁹ En l'espèce, il ne s'agit pas d'un défaut évident de statuer sur une question— il est évident que le Tribunal a analysé la Question de la Compétence au vu du traitement conjoint qu'il a accordé aux cinquième et sixième objections de la Requérante, et de son raisonnement dans la Décision sur la Bifurcation.⁷⁰ La Requérante n'a pas non plus démontré de conséquence sérieuse susceptible de découler d'un prétendu excès de pouvoir, puisque son argumentation se borne à

⁶⁴ Contre-mémoire, §§ 169-170.

⁶⁵ Duplique, § 86. Cf. Transcription, p 60, ligne 22-p 61, ligne 5 (« ...the interpretation of Article 12(2) of the BIT is not the legal question that the Tribunal had to answer. It just had to answer whether, after initiating the ICC Arbitration on the basis of the *pourvoi dans l'intérêt de la loi*, our clients waived their right to bring an ICSID Arbitration for a different claim. And the Tribunal decided that question by rejecting the objections to jurisdiction. ») (M. Ostrove).

⁶⁶ Duplique, §§ 87-88, citant *Iberdrola Energía, S.A. c. République du Guatemala (II)*, PCA Case N° 2017-41, Sentence définitive, 24 août 2020, § 325.

⁶⁷ Duplique, §§ 97-105.

⁶⁸ Duplique, § 106.

⁶⁹ Contre-mémoire, § 146, citant *Duke Energy International Peru Investments N° 1 Ltd. c. République du Pérou*, Affaire CIRDI N° ARB/03/28, Décision sur l'annulation, 1^{er} mars 2011, § 99.

⁷⁰ Duplique, § 57.

alléguer que le Tribunal aurait « potentiellement » confirmé une compétence qu'il ne possédait pas.⁷¹ La Requérante soutient qu'en initiant l'Arbitrage CCI, les Défendeurs auraient dû se voir imposer de renoncer à un arbitrage CIRDI, mais l'Arbitrage CCI portait strictement sur la question de l'intervention de Madagascar à la Procédure malgache et était sans lien avec l'Arbitrage CIRDI. Par ailleurs, l'affirmation par Madagascar que la CCI aurait dû demeurer saisie du litige en dépit de l'annulation de l'Arbitrage CCI, est inexacte et contraire à la *lex arbitri*.⁷² Si la Requérante se fonde sur des « différences systémiques » entre les systèmes établis par le CIRDI et la CCI pour affirmer que le traitement de la Question de la Compétence par le Tribunal a emporté des conséquences sérieuses, elle n'explique pas en quoi celles-ci consistent.⁷³

66 La Requérante s'appuie à tort sur l'affaire *Iberdrola c. Guatemala*⁷⁴ pour démontrer que le raisonnement du Tribunal est intenable. En premier lieu, la décision rendue dans l'affaire *Iberdrola* est différente parce que, comme l'a conclu le tribunal dans cette instance, l'investisseur cherchait à soumettre à un arbitrage CNUDCI les mêmes demandes et moyens que celles qui avait été rejetées dans le cadre d'un arbitrage CIRDI. En revanche, dans le présent Arbitrage, il n'est pas contesté que les violations de l'obligation de PSC concernant l'Usine n'ont jamais été invoquées dans l'Arbitrage CCI.⁷⁵ De plus, le traité visé dans l'affaire *Iberdrola* inclut le mot « ou » entre chacun des divers fors énumérés, tandis que l'article 12(3) du TBI comporte seulement une liste d'options non-assortie du mot « ou », ce qui dénote une absence d'exclusivité.⁷⁶ Les Défendeurs font référence à des décisions arbitrales portant sur des clauses de « *fork-in-the-road* » figurant ostensiblement dans d'autres traités d'investissement bilatéraux, afin de montrer qu'en l'absence de référence expresse à un choix irrévocable en faveur d'un forum, à l'exclusion de tout autre, nombre de ces clauses

⁷¹ Duplique, § 117.

⁷² Duplique, § 123.

⁷³ Duplique, § 130.

⁷⁴ *Iberdrola Energía, S.A. c. République du Guatemala (II)*, PCA Case N° 2017-41, Sentence définitive, 24 août 2020.

⁷⁵ Contre-mémoire, §§ 163-164.

⁷⁶ Contre-mémoire, §§ 165-168.

offrent en réalité aux demandeurs une série d'options quant au lieu où faire juger leur demande.⁷⁷

67 Madagascar invoque d'autres fondements pour attaquer la position du Tribunal (l'incohérence procédurale, l'absence de bonne foi, le principe de *l'estoppel* et la doctrine *vernire contra factum probrium*), mais ceux-ci n'ont pas été établis.⁷⁸

68 De plus, quand bien même y aurait-il eu une erreur, les comités *ad hoc* ont, en tout état de cause, le pouvoir discrétionnaire de ne pas annuler une sentence. La Requérante se méprend en affirmant qu'aucun comité *ad hoc* n'a exercé son pouvoir discrétionnaire pour refuser d'annuler une sentence.⁷⁹ Il peut exercer ce pouvoir pour refuser d'annuler une sentence, lorsque l'annulation n'est clairement pas nécessaire pour remédier à une injustice procédurale et qu'elle affaiblirait de manière injustifiée la force obligatoire et la finalité des sentences CIRDI,⁸⁰ sachant que, selon un principe fondamental, toute procédure contentieuse doit aboutir, à moins que des motifs solides ne justifient sa poursuite.⁸¹ Si le Comité considérait qu'il existait un excès de pouvoir manifeste, il devrait, en tout état de cause, exercer son pouvoir discrétionnaire pour refuser d'annuler la sentence, et ce pour deux raisons :

68.1 D'une part, compte tenu des termes du TBI et du fait que l'Arbitrage CCI et l'Arbitrage CIRDI n'avaient pas le même objet, il n'y avait aucune chance qu'un tribunal CIRDI chargé de statuer sur l'objection de la Requérante, l'accepte. Partant, il n'y avait aucune chance qu'un tribunal CIRDI se déclare incompétent pour trancher l'objection de Madagascar.⁸²

68.2 D'autre part, la Requérante se contente de contester le fait que le différend ait été tranché par le Tribunal et non par un nouveau tribunal CCI. Cela n'aurait pas eu d'incidence sur le résultat – tout au plus sur l'institution en charge

⁷⁷ Contre-mémoire, § 178.

⁷⁸ Duplique, § 124.

⁷⁹ Duplique, §§ 133-135.

⁸⁰ Contre-mémoire, § 184, citant *Maritime International Nominees Establishment c. République de Guinée*, Affaire CIRDI N° ARB/84/4, Décision du comité d'annulation *ad hoc*, 14 décembre 1989, §§ 4.09-4.10.

⁸¹ Duplique, § 139.

⁸² Contre-mémoire, § 186.

d'administrer la procédure arbitrale et le règlement d'arbitrage applicable -- et cela n'a pas affecté le consentement à l'arbitrage, de même que cela n'aurait pas empêché que soit constitué le même panel d'arbitres pour siéger dans le cadre d'un tribunal CCI,⁸³ lequel aurait appliqué les mêmes règles de droit et serait probablement parvenu à la même conclusion que le Tribunal.⁸⁴

69 D'après les Défendeurs, le véritable grief de la Requérante n'est pas tant que le Tribunal se soit abstenu de se prononcer sur la Question de la Compétence, que le fait qu'il n'ait pas explicitement exposé les motifs qui l'ont conduit à rejeter l'un des arguments de la Requérante. L'article 52(1)(e) de la Convention CIRDI prévoit qu'une sentence peut être annulée si elle ne précise pas les motifs sur lesquels elle est fondée. La Requérante n'a pas invoqué l'article 52(1)(e) au soutien de sa Demande, opérant ainsi un choix dont elle doit subir les conséquences.⁸⁵ En tout état de cause, plusieurs comités *ad hoc* ont estimé qu'un défaut de motifs ne pouvait fonder une annulation, pour autant que les motifs soient implicites ou que le comité *ad hoc* soit en mesure de les expliquer.⁸⁶

70 Si la Requérante considérait que le Tribunal avait omis de se prononcer sur son objection, elle aurait dû invoquer l'article 49(2) de la Convention CIRDI après le prononcé de la Sentence. Le fait que la Requérante n'ait pas soulevé cette question lui interdit d'invoquer cette prétendue omission de traiter une objection comme fondement d'une demande d'annulation au titre de l'article 52(1)(e) de la Convention CIRDI.⁸⁷

⁸³ Contre-mémoire, § 187.

⁸⁴ Contre-mémoire, § 188.

⁸⁵ Duplique, § 149.

⁸⁶ Contre-mémoire, §§ 197-198, citant *Hussein Nuaman Soufraki c. Les Émirats Arabes Unis*, Affaire CIRDI N° ARB/02/7, Décision du comité *ad hoc* sur la Demande en annulation de M. Soufraki, 5 juin 2007, § 24 et *Consortium RFCC c. Royaume du Maroc*, Affaire CIRDI N° ARB/00/6, Décision sur l'annulation, 18 janvier 2006, § 264.

⁸⁷ Contre-mémoire, §§ 201-209, s'appuyant sur *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited et Stirling Capital Limited c. République du Kenya*, Affaire CIRDI N° ARB/15/29, Décision sur la Demande en annulation, 19 mars 2021, §§ 180-184.

C. La Question de la Représentation

1. Position de la Requérante

- 71 La Requérante prétend que la Sentence devrait être annulée dans son intégralité en raison de l'inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure au regard de l'article 52(1)(d) de la Convention CIRDI, lequel vise à garantir le respect de principes procéduraux élémentaires, à savoir la garantie de bénéficier d'une procédure régulière.⁸⁸
- 72 Le droit à être entendu est une règle de procédure fondamentale, comme l'établissent clairement les décisions des tribunaux saisis en matière d'investissement, ainsi que l'historique des négociations de la Convention CIRDI.⁸⁹ Le droit à être entendu requiert plus que la simple présence physique d'une partie à la procédure ou le fait que sa voix soit entendue au sens propre – il s'agit plutôt du droit à répondre de manière adéquate aux arguments et preuves avancés par l'autre partie. Cela nécessite une représentation par un conseil. Par conséquent, le droit à être représenté de manière adéquate ou à se faire assister par un conseil effectif fait partie du droit à être entendu.⁹⁰
- 73 Le droit à un conseil effectif ou à une représentation adéquate est une règle fondamentale de procédure en soi, pas uniquement le corollaire du droit à être entendu, et il s'agit d'une règle importante de droit naturel et de procédure équitable, ainsi qu'un principe général du droit au regard de l'article 38(1)(c) du Statut de la Cour internationale de justice. En particulier, le droit à un conseil effectif est communément reconnu par la communauté des nations. Le droit à se faire assister par un conseil dans les procédures civiles et pénales a été reconnu par de nombreuses cours supérieures dans le monde entier, ainsi que par divers traités multilatéraux et relatifs aux droits humains.⁹¹ En particulier, la Requérante se réfère, entre autres, à la jurisprudence de

⁸⁸ Mémoire, § 112.

⁸⁹ Mémoire, §§ 93-96.

⁹⁰ Mémoire, § 103.

⁹¹ Mémoire, §§ 120-142.

la Cour Suprême des États-Unis d'Amérique,⁹² et de la Cour européenne des droits de l'homme (pour son interprétation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme).⁹³ Il est compatible avec les principes fondamentaux de droit international et vient compléter le droit à être assisté d'un conseil dans les procédures pénales, déjà reconnu par les législations relatives aux droits humains. Ces sources juridiques établissent que le droit en cause n'est pas simplement celui de bénéficier d'un conseil, mais aussi de bénéficier d'un conseil effectif, notamment parce que, comme l'illustre la jurisprudence européenne, pour que le droit à un conseil soit bien réel, il faut que celui-ci soit effectif.⁹⁴

74 La Requérante soutient que, s'il est vrai que tout principe général du droit n'est pas nécessairement assimilable à une règle fondamentale de procédure au regard de l'article 52(1)(d) de la Convention CIRDI, il le devient dès lors qu'il traduit un droit procédural de toute première importance.⁹⁵

75 La Requérante reconnaît que les parties assument la responsabilité du choix de leurs représentants, mais elle avance que cela ne dégage pas le Tribunal de l'obligation qui lui incombe de veiller à ce que les règles fondamentales de procédure soient garanties.⁹⁶ La Requérante reconnaît également que le droit à bénéficier d'une représentation, qui figure dans l'article 18 du Règlement d'Arbitrage du CIRDI, n'exige pas cette représentation, mais dispose que, lorsque ce droit est exercé, il faut faire en sorte qu'il soit effectif.⁹⁷

76 D'après la Requérante, les parties n'ont pas été représentées de la même manière, dès le début. Les Défendeurs se sont appuyés sur une équipe juridique issue des bureaux de Paris et Bruxelles de DLA Piper, l'un des cabinets les plus importants et prestigieux

⁹² *McMann c. Richardson* 397 US 759 (1970), discuté dans le Mémoire, § 120 et la Réplique, §§ 100-102.

⁹³ Notamment *Sannino c. Italy*, Demande N° 30691/03, Jugement du 27 avril 2006 ; *Artico c. Italy* (1981) 3 EHRR 1 ; *Airey c. Ireland* [1979] 2 EHRR 305 ; et *Imbrioscia c. Switzerland* (1994) 17 EHRR 441.

⁹⁴ Réplique, §§ 106-109. En particulier, la Requérante soutient qu'*Airey c. Ireland* [1979] 2 EHRR 305 « *firmly stands* » la proposition selon laquelle « *States are required to ensure litigants are represented by competent counsel in some civil proceedings* » (Réplique, § 142).

⁹⁵ Réplique, § 157.

⁹⁶ Mémoire, § 161.

⁹⁷ Réplique, §§ 116-119.

du monde, tandis qu'à compter du 12 septembre 2018, Madagascar a été représentée par un conseil unique, le Dr. Walid Ben Hamida.⁹⁸

77 Les conclusions au fond du Tribunal se sont appuyées sur un nombre limité de documents et, notamment, sur un rapport concomitant de janvier 2009 préparé par Georges Rafanomezantsoa, un cadre de la société qu'employait PGM pour assurer la sécurité, ainsi que sur une déposition préparée par M. Rafanomezantsoa quelques semaines avant son décès. Le Tribunal a fondé son appréciation sur le témoignage de M. Rafanomezantsoa. Le conseil de la Requérante n'a présenté aucune preuve visant à réfuter le témoignage de M. Rafanomezantsoa.⁹⁹ Le Tribunal a précisément noté dans la Sentence que la Requérante aurait pu apporter des preuves émanant de la police et d'autres personnes présentes à l'Usine.¹⁰⁰ Bien que le Tribunal ait donc été conscient de la représentation inadéquate dont bénéficiait la Requérante, il n'a pas assumé sa propre responsabilité qui lui commandait de garantir une représentation adéquate, et ce, en demandant à la Requérante pourquoi elle n'avait pas produit ses propres preuves, ou si elle avait compris que la charge de la preuve pesait sur elle, ou que l'issue favorable de l'instance pouvait dépendre de la solidité des preuves. Ceci est aussi apparu de manière évidente lorsque le Tribunal a souligné que le conseil de Madagascar n'avait pas démontré de façon adéquate la thèse de la Requérante sur l'authenticité du contrat d'assurance entre PGM et Ny Havana (question sur laquelle le Tribunal n'a finalement pas statué).¹⁰¹

78 La Requérante n'a fait citer aucun témoin ou expert, contrairement aux Défendeurs qui ont présenté une déposition de M. Peter de Sutter, ainsi qu'un rapport d'expertise de FTI Consulting. Le Tribunal n'a pas attiré l'attention de la Requérante sur les conséquences susceptibles de résulter de l'absence de preuves rapportées par ses propres témoins et experts, ce qui s'est avéré préjudiciable à la cause de Madagascar.¹⁰²

⁹⁸ Mémoire, § 162 ; Réplique, § 170.

⁹⁹ Transcription, p 26, lignes 8-16 (« *The Respondents... say that the onus was on the Applicant to produce its own evidence to counter theirs, evidence which was undoubtedly sufficient in their view. It is undisputed that sole counsel for Madagascar in the underlying proceedings did no such thing. He did nothing, despite the fact that the case hinged on the facts alleged in this one witness account.* ») (M. Sthoeger).

¹⁰⁰ Mémoire, § 169, renvoyant à la Sentence, § 329.

¹⁰¹ Mémoire, § 176.

¹⁰² Mémoire, § 178.

La Requérante souligne également que le Tribunal a effectivement soumis M. de Sutter à un contre-interrogatoire plus approfondi que le conseil de la Requérante.¹⁰³

79 Contrairement à ce qu'avancent les Défendeurs, le fait que le conseil de la Requérante n'ait pas produit les preuves nécessaires pour réfuter la position des Défendeurs ne procédait pas d'un choix stratégique.¹⁰⁴ Le Tribunal l'a reconnu en prenant acte de l'inaction du conseil de la Requérante dans la Sentence,¹⁰⁵ et en prenant des mesures pour interroger M. de Sutter, lorsque ce conseil ne l'avait pas fait.¹⁰⁶ Les Défendeurs développent un argumentaire contradictoire en critiquant, d'une part, le Dr. Ben Hamida durant l'Arbitrage CIRDI à raison du nombre de documents produits par celui-ci, et en évoquant, d'autre part, ses travaux comme preuve de l'existence d'une représentation adéquate.¹⁰⁷

80 L'incidence potentielle de l'inobservation du droit à bénéficier d'une représentation adéquate est manifeste, dans la mesure où celle-ci a directement contribué au dispositif et aux énormes sommes accordées aux Défendeurs par le Tribunal.¹⁰⁸ En tout état de cause, il suffit de montrer qu'il existe une sérieuse (c'est-à-dire grave) inobservation d'une règle fondamentale de procédure – toute inobservation du droit à être assisté par un conseil effectif est grave en soi à moins d'être négligeable, et devrait en tant que telle conduire à l'annulation de la sentence.¹⁰⁹ En tout état de cause, si le Tribunal avait garanti une représentation adéquate, la Requérante aurait eu la possibilité d'envisager de produire des preuves factuelles sur le fond du litige.¹¹⁰

2. Position des Défendeurs

81 Les Défendeurs soutiennent qu'aucune règle fondamentale de procédure n'édicte que les parties ont le droit de bénéficier d'un conseil effectif. La substance du droit à être

¹⁰³ Mémoire, § 179.

¹⁰⁴ Réplique, § 173.

¹⁰⁵ Réplique, § 173.

¹⁰⁶ Réplique, § 181.

¹⁰⁷ Réplique, § 182.

¹⁰⁸ Réplique, § 183.

¹⁰⁹ Réplique, § 167, évoquant *Churchill Mining PLC et Planet Mining Pty Ltd c. République d'Indonésie*, Affaire CIRDI N° ARB/12/14 and 12/40, Décision sur l'annulation, 18 mars 2019, § 180.

¹¹⁰ Réplique, § 173.

entendu commande de donner aux parties l'opportunité de présenter leurs positions respectives.¹¹¹ La protection du droit à être entendu n'inclut pas une évaluation par le tribunal de la manière dont les parties mettent en œuvre leur opportunité d'être entendues.¹¹² La Requérante ne cite aucune source à l'appui de son affirmation selon laquelle, dans les procédures CIRDI, une partie doit être représentée par un conseil, et il est bien établi en matière d'arbitrage international qu'il n'y a pas de principe de représentation obligatoire.¹¹³ L'article 18 du Règlement d'Arbitrage du CIRDI illustre bien que la représentation est volontaire. La Requérante dénature le contenu des décisions arbitrales donnant le droit à chaque partie de « répondre de manière adéquate » – cela signifie simplement que chaque partie se voit donner une opportunité « adéquate » d'être entendue, plutôt que d'impliquer un examen au fond visant à déterminer si une partie a répondu à un argument de manière adéquate.¹¹⁴

82 Contrairement à la jurisprudence sur laquelle s'appuie la Requérante, l'article 18 du Règlement d'Arbitrage du CIRDI ne traite pas du principe selon lequel les parties impécunieuses devraient se voir accorder le droit à une représentation juridique gratuite.¹¹⁵ Il énonce plutôt, tout simplement, que les parties sont libres de choisir d'intervenir par l'intermédiaire d'avocats, si elles le souhaitent.

83 La Requérante s'appuie sur une décision de la Cour Suprême des États-Unis de 1970 pour étayer son affirmation selon laquelle un « avoir un conseil qui n'est pas effectif équivaut à ne pas avoir de conseil du tout ».¹¹⁶ Cette décision concernait l'interprétation du VI^{ème} Amendement de la Constitution américaine qui donne à l'accusé le droit de se faire assister par un conseil dans le cadre de procédures pénales. Elle ne s'applique qu'aux procédures pénales et, en tout état de cause, rien dans

¹¹¹ Contre-mémoire, § 218-219 citant *Wena Hotels Ltd. c. République Arabe d'Égypte*, Affaire CIRDI N° ARB/98/4, Décision sur l'annulation, 28 janvier 2002, § 57 et *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. c. République de Turquie*, Affaire CIRDI N° ARB/11/28, Décision sur l'annulation, 30 décembre 2015, § 82.

¹¹² Contre-mémoire, § 221, citant *Bernhard von Pezold and Others c. République du Zimbabwe*, Affaire CIRDI N° ARB/10/15, Décision sur l'annulation, 21 novembre 2018, § 225.

¹¹³ Contre-mémoire, § 223.

¹¹⁴ Duplique, §§ 194-196.

¹¹⁵ Duplique, § 169.

¹¹⁶ Contre-mémoire, § 226, évoquant *McMann c. Richardson* 397 US 759 (1970). (traduction libre)

L'affaire *McMann* ne soutient l'idée qu'il existerait un droit à bénéficier d'un conseil effectif en droit international, au titre du droit à être entendu.¹¹⁷

84 La jurisprudence européenne sur laquelle se fonde la Requérante indique, de la même manière, que la garantie du droit à se faire assister d'un conseil n'implique pas un examen du choix des arguments ou des preuves avancés par l'avocat d'une partie, mais plutôt qu'il impose simplement de déterminer si un avocat a, en pratique, représenté une partie.¹¹⁸ Aucune des sources sur lesquelles s'appuie la Requérante ne soutient la proposition selon laquelle une autorité judiciaire devrait évaluer le caractère persuasif des arguments déployés par un conseil pour vérifier que le droit à bénéficier d'un conseil est bien respecté.¹¹⁹

85 Les Défendeurs rejettent également l'affirmation selon laquelle le droit à se faire assister par un conseil effectif serait lui-même une règle fondamentale de procédure, du fait qu'il serait un principe général du droit. Pour qu'une norme puisse être reconnue à la fois comme un principe général du droit et une règle fondamentale de procédure au regard de l'article 52(1)(d) de la Convention CIRDI, cette norme doit être invariable ou absolue.¹²⁰ La prétendue norme relevée par Madagascar ne remplit pas ces conditions. La Requérante s'est contentée de faire référence à la pratique de certaines juridictions, principalement en matière pénale et dans des affaires concernant l'octroi d'une assistance juridique à des personnes indigentes.¹²¹ La jurisprudence sur laquelle se fonde la Requérante au soutien de son prétendu droit à un conseil effectif ne concerne pas la qualité des services juridiques auxquels ont droit les parties. S'il existait une telle obligation, comme le prétend Madagascar, le droit international imposerait à celle-ci d'en justifier elle-même.¹²² À cet égard, le droit à bénéficier d'un conseil est pertinent dans des situations où l'État l'impose à ses propres tribunaux, mais il n'a pas sa place dans un système comme celui du CIRDI, auquel les États se

¹¹⁷ Duplique, §§ 185-186.

¹¹⁸ Duplique, §§ 179-181.

¹¹⁹ Duplique, § 189.

¹²⁰ Contre-mémoire, § 240-241.

¹²¹ Contre-mémoire, §§ 248-250 ; Duplique §§ 211-219.

¹²² Contre-mémoire, § 261.

sont eux-mêmes volontairement soumis et dans lequel ils assument la charge de leur propre représentation.¹²³

86 Même si le droit à un conseil effectif était reconnu, il serait impraticable dans l'ordre juridique international – par exemple, il imposerait aux tribunaux de juger de la qualité de la représentation sans avoir accès aux échanges entre l'avocat et son client, et d'indiquer aux parties la tournure prise par leurs délibérations, afin de garantir que les parties soient « conscientes de la portée des preuves versées au dossier et des conséquences de [l'inaction d'un conseil] ». ¹²⁴ Une telle situation créerait une apparence de partialité. ¹²⁵

87 En tout état de cause, Madagascar a été entendue et représentée de manière adéquate. Au cours de la phase écrite de l'Arbitrage CIRDI, Madagascar a eu plusieurs occasions de présenter ses arguments,¹²⁶ et elle a pareillement eu (largement) l'opportunité d'expliquer sa position pendant l'audience sur le fond.¹²⁷ Madagascar a été représentée par des conseils – le Dr. Ben Hamida et, jusqu'à ce qu'il se retire du dossier pour des raisons personnelles, Me Michel Berger – qui se sont montrés extrêmement proactifs dans la défense de leur client. Le Dr. Ben Hamida est un avocat expérimenté en matière d'arbitrage international, qui a assumé les fonctions de président du tribunal et de co-arbitre dans de nombreuses procédures arbitrales internationales, mais aussi de conseil et d'expert. Madagascar a produit de volumineuses soumissions écrites et preuves documentaires, et a participé à trois arbitrages CIRDI avant la présente affaire – dans ces circonstances, il serait grotesque de prétendre que le Tribunal se trouvait dans l'obligation de veiller à ce que le conseil de Madagascar ait compris son rôle.¹²⁸

88 L'allégation de la Requérante selon laquelle le Tribunal aurait pris acte de l'ineffectivité de son conseil dans la Sentence est fautive.¹²⁹ Si le Tribunal a bien relevé

¹²³ Duplique, § 229.

¹²⁴ Duplique, § 226, faisant référence à la soumission présentée dans la Réplique, § 177.

¹²⁵ Duplique, § 227.

¹²⁶ Contre-mémoire, § 264.

¹²⁷ Contre-mémoire, § 265.

¹²⁸ Duplique, §§ 240-241.

¹²⁹ Duplique, § 237.

que Madagascar n'avait pas rapporté de preuves de nature à réfuter celles émanant de M. Rafanomezantsoa, il s'est néanmoins abstenu de tout commentaire négatif sur le comportement du conseil. Il ne peut être insinué sérieusement que le Tribunal aurait dû renoncer à son rôle de décideur impartial et conseiller une partie sur la façon de mener sa défense,¹³⁰ et la Requérante ne cite aucune source à l'appui de cette allégation. La Requérante a eu amplement l'occasion de réfuter les preuves rapportées par les Défendeurs. Le fait qu'elle ne se soit pas intéressée à ces preuves relève de sa seule responsabilité et procédait, sans aucun doute, d'un choix stratégique,¹³¹ et si la Requérante entend obtenir réparation à ce titre, il lui faudra engager une procédure civile à l'encontre de son conseil.¹³² En réalité, si la Requérante n'a pas versé de preuves contraires, c'est parce qu'il n'en existait pas ou, s'il en existait, que celles-ci n'étaient ni crédibles ni favorables.¹³³ Si la position de la Requérante était acceptée, alors, à chaque fois qu'une partie ayant succombé à l'issue d'une procédure estimerait que son avocat n'a pas fait son travail, ou qu'il aurait pu adopter une stratégie différente, elle pourrait demander l'annulation d'une sentence. Cela irait à l'encontre du rôle des comités *ad hoc* et de la finalité des sentences CIRDI.¹³⁴

89 La Requérante a tort de suggérer que le Tribunal serait intervenu pour soumettre M. de Sutter à un contre-interrogatoire pour le compte de Madagascar – il s'est contenté d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour intervenir à l'occasion de l'audition d'un témoin, et de vérifier par lui-même que les informations obtenues étaient suffisantes pour trancher l'affaire.¹³⁵

90 La Requérante se trompe lorsqu'elle insinue que d'autres prétendus exemples montrent qu'elle s'est vue privée d'une représentation adéquate. La Requérante reproche à son conseil de n'avoir pas correctement débattu de la question de l'authenticité du contrat d'assurance entre PGM et Ny Havana, tout en reconnaissant que le Tribunal n'avait pas jugé nécessaire de statuer sur ce point. Les critiques

¹³⁰ Contre-mémoire, § 284.

¹³¹ Contre-mémoire, §§ 292-293

¹³² Contre-mémoire, §§ 304, 316.

¹³³ Contre-mémoire, § 293.

¹³⁴ Contre-mémoire, § 295.

¹³⁵ Duplique, § 238.

formulées par la Requérante à l'encontre du Tribunal pour ne pas lui avoir demandé si elle connaissait les conséquences résultant du défaut de production de déposition de témoins ou d'experts sont tout autant injustifiées. Le Tribunal n'était pas obligé de veiller à ce que les parties comprennent les règles procédurales relatives à la preuve, et si le Tribunal n'a pas sollicité d'autres éléments de preuve, c'est parce que il n'en avait pas besoin. Il n'appartient pas au Comité d'apprécier cette décision du Tribunal. Il n'est pas anormal de n'avoir d'un seul rapport d'expert sur le *quantum*, dès lors que l'autre partie n'ayant pas engagé d'expert a la possibilité de s'exprimer sur le contenu dudit rapport.¹³⁶ De plus, le Tribunal n'a pas entièrement adhéré à l'analyse fournie par l'expert *quantum* des Défendeurs. À titre d'exemple, il a refusé d'octroyer des frais de financement, et ce malgré l'absence d'expert adverse nommé par la Requérante.¹³⁷

- 91 La Requérante a été représentée par un avocat qui était responsable au premier chef de ces décisions. Rien ne permet d'affirmer que le conseil de la Requérante n'a pas discuté avec son client de la possibilité de produire des preuves émanant d'experts, et il n'appartient pas au Comité de tenter de faire la lumière sur ce point et d'agir comme une autorité de police des échanges entre les parties et leur conseil.¹³⁸
- 92 Les Défendeurs affirment que la Requérante a tort d'affirmer que, pour établir le caractère grave de l'inobservation d'une règle fondamentale de procédure, il suffirait que cette inobservation « ait pu avoir eu une incidence sur l'affaire », et que la Requérante n'était donc pas dans l'obligation d'établir que le résultat aurait été différent en l'absence de cette inobservation.¹³⁹ Cette position va à l'encontre de la jurisprudence sur le sujet.¹⁴⁰ La Requérante n'a pas démontré que si elle avait produit des preuves, celles-ci auraient nécessairement convaincu le Tribunal d'aboutir à une conclusion différente,¹⁴¹ pas plus qu'elle ne précise exactement ce que le Tribunal

¹³⁶ Contre-mémoire, § 300.

¹³⁷ Contre-mémoire, § 300, citant § 448 de la Sentence.

¹³⁸ Contre-mémoire, § 302.

¹³⁹ Contre-mémoire, § 308.

¹⁴⁰ Contre-mémoire, § 309, citant *OI European Group B.V. c. République bolivarienne du Venezuela*, Affaire CIRDI N° ARB/11/25, Décision sur une Demande en annulation, 6 décembre 2018, § 248 et § 311, citant *Churchill Mining PLC et Planet Mining Pty Ltd c. République d'Indonésie*, Affaire CIRDI N° ARB/12/14 et 12/40, Décision sur l'annulation, 18 mars 2019, § 180.

¹⁴¹ Contre-mémoire, § 314.

aurait dû faire différemment, après avoir recherché si Madagascar était représentée de manière adéquate.¹⁴² Il n’y a aucune raison de penser qu’il existait effectivement des preuves susceptibles de modifier le résultat.¹⁴³

D. La Question de la Charge de la Preuve

1. Position de la Requérante

- 93 Après avoir soutenu que le Tribunal n’aurait pas observé une règle fondamentale de procédure en ne garantissant pas le droit à se faire assister par un conseil effectif, la Requérante avance, à titre subsidiaire, que le Tribunal n’aurait pas non plus observé une règle fondamentale de procédure en renversant la charge de la preuve.
- 94 Selon la position de la Requérante, la jurisprudence arbitrale reconnaît que le fait de ne pas appliquer correctement la charge de la preuve peut être considéré comme une inobservation grave d’une règle fondamentale de procédure qui, si elle est suffisamment flagrante, constituerait un fondement d’annulation.¹⁴⁴ Dans la mesure où il est peu probable qu’un tribunal renverse explicitement la charge de la preuve, le Comité doit opérer une distinction entre le fait d’apprécier les éléments de preuve existants, et celui d’entreprendre de renverser *de facto* la charge de la preuve, qui correspond à ce qui s’est passé dans la présente affaire.¹⁴⁵
- 95 La Requérante soutient que si le Tribunal a déclaré dans sa Sentence qu’il avait apprécié les preuves qui lui avaient été présentées dans leur globalité, ce n’est pourtant pas ce qu’il a fait en pratique.¹⁴⁶ Le Tribunal a exclusivement fondé son analyse et sa décision sur les rapports établis par M. Rafanomezantsoa à propos des événements survenus à l’Usine en janvier 2009.¹⁴⁷ Selon la Requérante, l’un de ces rapports n’était pas daté, et avait été probablement établi pour les besoins de la Procédure malgache.

¹⁴² Contre-mémoire, § 315.

¹⁴³ Duplique, § 257.

¹⁴⁴ Mémoire, §§ 191-193, citant *Caratube International Oil Company LLP c. La République du Kazakhstan*, Affaire CIRDI N° ARB/08/12, Décision sur la Demande d’annulation de Caratube International Oil Company LLP, 21 février 2014, § 97 ; Réplique, §§ 192-195.

¹⁴⁵ Réplique, § 197.

¹⁴⁶ Réplique, § 199.

¹⁴⁷ Mémoire, §§ 165-166, 194.

La dernière déclaration écrite de M. Rafanomezantsoa a été préparée sept ans après les évènements en question. M. Rafanomezantsoa est décédé avant l'Arbitrage CIRDI et n'a donc pu être soumis à un contre-interrogatoire. Nonobstant ces éléments, le Tribunal a relevé que la Requêteurante aurait pu produire des preuves contraires, émanant notamment de la police.¹⁴⁸ Dans le contexte, ceci constituait un renversement de la charge de la preuve car cela obligeait, en pratique, Madagascar à prouver que la police avait correctement répondu à la situation survenue à l'Usine, au lieu d'exiger des Défendeurs qu'ils établissent le bien-fondé de leurs allégations au moyen de preuves suffisantes.¹⁴⁹

2. Position des Défendeurs

96 Les Défendeurs soutiennent que la Requêteurante assimile à tort la charge de la preuve à une règle fondamentale de procédure. Les trois décisions que cite la Requêteurante pour étayer son propos suggèrent uniquement que l'application de la charge de la preuve « peut » être une règle fondamentale de procédure,¹⁵⁰ et la Requêteurante est incapable de citer une seule affaire dans laquelle une sentence aurait été annulée sur ce fondement.¹⁵¹ Dans certains ordres juridiques nationaux et régionaux, le principe de la charge de la preuve est codifié et considéré étant comme un principe d'ordre substantiel, et non d'ordre procédural, qui est susceptible d'être renversé, lorsque cela est jugé juste, et ne saurait être considéré comme un élément de base, invariable et absolu du standard minimum requis en matière de procédure.¹⁵²

97 En tout état de cause, le Tribunal n'a pas renversé la charge de la preuve. Les Défendeurs ont produit des preuves, notamment des documents émanant de M. Rafanomezantsoa, et se sont ainsi acquittés de la charge de la preuve qui leur

¹⁴⁸ Mémoire, § 169, citant la Sentence, § 329.

¹⁴⁹ Mémoire, § 199.

¹⁵⁰ Contre-mémoire, § 321, faisant référence à *Caratube International Oil Company LLP c. La République du Kazakhstan*, Affaire CIRDI N° ARB/08/12, Décision sur la Demande d'annulation de Caratube International Oil Company LLP, 21 février 2014, *Tulip Real Estate et Development Netherlands B.V. c. République de Turquie*, Affaire CIRDI N° ARB/11/28, Décision sur l'annulation, 30 décembre 2015, et *Churchill Mining PLC et Planet Mining Pty Ltd c. République d'Indonésie*, Affaire CIRDI N° ARB/12/14 and 12/40, Décision sur l'annulation, 18 mars 2019.

¹⁵¹ Contre-mémoire, § 322.

¹⁵² Duplique, § 263, citant *Tenaris S.A. et Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. c. République bolivarienne du Venezuela (II)*, Affaire CIRDI N° ARB/12/23, Décision sur l'annulation, 28 décembre 2018, § 94.

incombait. Si Madagascar souhaitait réfuter ces preuves, il lui appartenait de soumettre des preuves contraires, ce que Madagascar a elle-même reconnu.¹⁵³ Le Tribunal a analysé les éléments de preuve qui lui ont été soumis à la lueur de l'ensemble des circonstances. L'appréciation de celles-ci relève du pouvoir discrétionnaire du Tribunal, et il est établi que les comités *ad hoc* doivent refuser les demandes aux fins de contester cette appréciation.¹⁵⁴

V. ANALYSE DU COMITE

A. La Question de la Compétence

1. Critère juridique applicable

98 Pour ce premier moyen d'annulation soulevé par la Requérante, le Comité doit déterminer si le Tribunal a commis un excès de pouvoir manifeste au regard de l'article 52(1)(b) de la Convention CIRDI.

99 Il est bien établi que, si un tribunal CIRDI s'attribue une compétence qu'il n'a pas, cela peut constituer un excès de pouvoir manifeste au regard de l'article 52(1)(b). Comme l'a expliqué le comité *ad hoc* dans l'affaire *Micula c. Roumanie* :

... there is an excess of power if the tribunal: (i) asserts its jurisdiction over a legal or natural person or a State in regard to whom it does not have jurisdiction; (ii) asserts its jurisdiction over a subject-matter which does not fall within the ambit of the jurisdiction of the tribunal; or (iii) asserts its jurisdiction over an issue that is not encompassed in the consent of the parties. A deficiency in meeting any of these requirements would mean that there is no jurisdiction, which may constitute a manifest excess of powers if the excess of jurisdiction is manifest.¹⁵⁵

100 Il a également été jugé que le fait de ne pas statuer sur une question soumise au tribunal peut, dans certaines situations, constituer un excès de pouvoir, puisque, dans ce cas, le tribunal ne remplit pas le mandat qui lui est confié en vertu de l'accord des

¹⁵³ Contre-mémoire, § 327, citant Mémoire, § 167.

¹⁵⁴ Contre-mémoire, §§ 331-332, citant *TECO Guatemala Holdings, LLC c. République du Guatemala*, Affaire CIRDI N° ARB/10/23, Décision sur l'annulation, 5 avril 2016, § 73.

¹⁵⁵ *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. et S.C. Multipack S.R.L. c. Roumanie*, Affaire CIRDI N° ARB/05/20, Décision sur l'annulation, 26 février 2016, § 125.

parties.¹⁵⁶ Il est important, à cet égard, de garder à l'esprit la distinction établie par d'autres comités *ad hoc* entre « questions » et « arguments ». Une « question » est une problématique qui doit être tranchée afin de déterminer, en tous aspects, les droits et responsabilités des Parties qui sont pertinents au regard de l'affaire en question. Quand elle présente sa position, une partie peut identifier plusieurs questions distinctes qui doivent être résolues par le tribunal pour déterminer les droits et responsabilités des parties. Ce qui constitue ou ne constitue pas une question devant être décidée par le tribunal est objectif.¹⁵⁷ Un tribunal CIRDI doit traiter toutes les questions soumises par les parties mais n'a pas à aborder tous les arguments soulevés par celles-ci, ce sur quoi les parties s'accordent dans cet arbitrage.¹⁵⁸

101 Bien entendu, pour obtenir une annulation, il ne suffit pas de démontrer qu'il y a eu un excès de pouvoir. Encore faut-il prouver que cet excès de pouvoir est manifeste. Le Comité considère qu'il faut attribuer au terme « manifeste » son sens naturel et ordinaire, ce qui signifie que l'excès de pouvoir doit être « clair », « ostensible », « flagrant » ou « évident ».¹⁵⁹ Par conséquent, le Comité souscrit au critère posé pour la première fois par le Professeur Schreuer, et adopté par plusieurs comités *ad hoc*, selon lequel le terme « manifeste » dans l'article 52(1)(b) de la Convention CIRDI :

... relates not to the seriousness of the excess or the fundamental nature of the rule that has been violated but rather to the cognitive process that makes it apparent. An excess of powers is manifest if it can be discerned with little effort and without deeper analysis.¹⁶⁰

¹⁵⁶ *Duke Energy International Peru Investments N° 1 Ltd. c. République du Pérou*, Affaire CIRDI N° ARB/03/28, Décision sur l'annulation, 1^{er} mars 2011, § 97.

¹⁵⁷ *EDF International S.A., SAUR International S.A. et León Participaciones Argentinas S.A. c. République argentine*, Affaire CIRDI N°. ARB/03/23, Décision sur l'annulation, 5 février 2016, § 346.

¹⁵⁸ Contre-mémoire, § 37 ; Réplique, § 13.

¹⁵⁹ Cf. *Hussein Nuaman Soufraki c. Les Émirats Arabes Unis*, Affaire CIRDI N° ARB/02/7, Décision du comité *ad hoc* sur la Demande en annulation de M. Soufraki, 5 juin 2007, § 39.

¹⁶⁰ Cf. *Repsol YPF Ecuador S.A. c. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Affaire CIRDI N° ARB/01/10, Décision sur Demande en annulation, 8 janvier 2007, § 36, et cf. *Azurix Corp. c. La République argentine*, Affaire CIRDI N° ARB/01/12, Décision sur Demande en annulation de la République argentine, 1^{er} septembre 2009, § 68 (« *The expression 'manifestly' in Article 52(1)(b) means 'obvious' rather than 'grave', and the relevant test is thus whether the excess of power 'can be discerned with little effort and without deeper analysis'* »). Le Comité relève la citation par les Défendeurs de l'affaire *Hussein Nuaman Soufraki c. Les Émirats Arabes Unis*, Affaire CIRDI N° ARB/02/7, Décision du comité *ad hoc* sur la Demande en annulation de M. Soufraki, 5 juin 2007, § 40, dans laquelle le comité *ad hoc* a estimé que le mot « *manifest* » évoquait également la « *substantive seriousness* » de l'excès de pouvoir (i.e. que l'excès était susceptible d'avoir une incidence sur le résultat auquel est parvenu le tribunal). Le Comité préfère la formulation du comité *ad hoc* dans les affaires *Repsol* et *Azurix*, qui est plus proche du texte de l'article 52(1)(b).

102 Il s'ensuit que, si l'existence de l'excès de pouvoir allégué est seulement sujet à discussion ou est sujet à débat, alors il ne s'agit pas d'un excès de pouvoir « manifeste » susceptible de justifier une annulation sur le fondement de l'article 52(1)(b) de la Convention CIRDI.¹⁶¹ Il y a deux raisons à cela. D'une part, si des esprits raisonnables peuvent diverger quant à l'existence ou non d'un excès de pouvoir, alors l'excès ne peut pas, par définition, être clair ou flagrant. D'autre part, adopter la position contraire reviendrait, en pratique, à étendre le champ des demandes d'annulation en vertu de l'article 52(1)(b) à des procédures d'appel. Ainsi que l'a formulé un comité *ad hoc*, à propos d'un excès de pouvoir résultant de l'inapplication prétendument erronée du droit applicable :

If the tribunal's legal interpretation is reasonable or tenable, even if the committee might have taken a different view on a debatable point of law, the award must stand – otherwise the annulment procedure would expand into an appeal mechanism, in contravention of the clear wording of the Convention.¹⁶²

103 D'un point de vue plus général, l'annulation est une voie de recours extraordinaire.¹⁶³ Il ne s'agit pas d'un réexamen ou d'un appel à l'occasion duquel le comité *ad hoc* aurait pour mission de corriger des erreurs qu'il aurait relevées : dans le système CIRDI, l'annulation est limitée aux fondements exhaustifs énoncés dans l'article 52(1). Ainsi que l'a indiqué le comité *ad hoc* dans l'affaire *SAUR c. Argentine* :

Les motifs d'annulation cités à l'Article 52(1) sont stricts et en nombre limités. Compte tenu des motifs d'annulation prévus par la Convention, le recours en annulation apparaît comme un recours exceptionnel utilisé pour protéger l'intégrité de la procédure d'arbitrage et la légitimité de la sentence. Le rôle du Comité n'est donc pas par conséquent de corriger toute erreur de droit commise par le Tribunal ou l'analyse qu'il aura effectuée des faits ou encore son appréciation de la preuve. Le Comité ne peut substituer son

¹⁶¹ Cf. *Duke Energy International Peru Investments N° 1 Ltd. c. République du Pérou*, Affaire CIRDI N° ARB/03/28, Décision sur l'annulation, 1^{er} mars 2011, § 99.

¹⁶² *Caratube International Oil Company LLP c. La République du Kazakhstan*, Affaire CIRDI N° ARB/08/12, Décision sur la Demande d'annulation de Caratube International Oil Company LLP, 21 février 2014, § 144.

¹⁶³ Cf. ICSID, Note d'information mise à jour relative à l'annulation à l'attention du Conseil administratif du CIRDI, 5 mai 2016, § 73 (visant « Le caractère limité et exceptionnel du recours en annulation... ») et cf. *CDC Group plc c. République des Seychelles*, Affaire CIRDI N° ARB/02/14, Décision sur l'annulation, 29 juin 2005, § 34 (citant le Professeur Schreuer, « *Because of its focus on procedural legitimacy, annulment is 'an extraordinary remedy for unusual and important cases'* »).

appréciation des faits ou de la façon dont il aurait appliqué le droit applicable à celles du tribunal.¹⁶⁴

104 Le Comité souscrit à l'argumentation des Défendeurs selon laquelle ce type de raisonnement est particulièrement juste pour les affaires dans lesquelles il est allégué que le tribunal s'est déclaré compétent à tort, compte tenu de l'article 41(1) de la Convention CIRDI, aux termes duquel « Le Tribunal est juge de sa compétence ». ¹⁶⁵ Les comités *Ad hoc* doivent se montrer extrêmement prudents lorsqu'ils envisagent de remettre en cause la manière dont un tribunal CIRDI a examiné sa propre compétence, à moins que son interprétation soit de toute évidence erronée. Par conséquent, lorsque la façon dont un tribunal a analysé sa propre compétence n'apparaît pas déraisonnable, cette analyse ne saurait être contestée par une demande d'annulation.¹⁶⁶

105 Ces principes étant rappelés, il convient d'examiner le traitement réservé par le Tribunal aux objections à la compétence formulées par la Requérante.

2. Analyse du Tribunal concernant sa compétence

106 La Requérante a soulevé une série d'objections à la compétence devant le Tribunal, mais toutes les parties présentes ont convenu, au cours des débats qui se sont tenus devant le Comité, que deux d'entre elles étaient pertinentes au regard de la Demande. Il s'agit de la cinquième et de la sixième objections à la compétence concernant, respectivement, les articles 12(2) et 12(3) du TBI, lesquels prévoient essentiellement ce qui suit :

(2) 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

¹⁶⁴ SAUR International SA c. République d'Argentine, Affaire CIRDI N° ARB/04/4, Décision sur l'annulation, 19 décembre 2016, § 160.

¹⁶⁵ Contre-mémoire, § 73.

¹⁶⁶ Cf. *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. La République des Philippines*, Affaire CIRDI N° ARB/03/25, Décision sur la Demande d'annulation de Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide, 23 décembre 2010, § 44 (« *In cases where the jurisdiction of the Tribunal is reasonably open to more than one interpretation, the ad hoc Committee will give special weight to the Arbitral Tribunal's interpretation of the jurisdictional instrument. The Committee will not intervene where the Tribunal's decision on its jurisdiction was not unreasonable.* »)

compétente de l'État où l'investissement a été réalisé, soit à l'arbitrage international.

À 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.

(3) 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...

107 Dans la Décision sur la Bifurcation, le Tribunal a résumé les cinquième et sixième objections de la Requérante dans les termes suivants :¹⁶⁷

v. L'incompétence en raison de la violation de l'exclusivité du recours

La Défenderesse explique que l'article 12(2) du TBI subordonne le consentement de l'État à la condition que le litige n'ait pas été soumis à la juridiction de l'État où l'investissement a été réalisé. En l'espèce, les Demandeurs poursuivent dans le présent arbitrage « le même intérêt et le même préjudice » que celui dont les juridictions malgaches ont été saisies. En effet, la société PGM continue les procédures contentieuses locales et « pourrait obtenir gain de cause ». Par ailleurs, les Demandeurs violent l'exigence d'exclusivité posée à l'article 26 de la Convention CIRDI, violation qui ferme l'accès à l'arbitrage CIRDI et conduit à l'incompétence du Tribunal.

vi. L'incompétence en raison de l'existence d'un accord bilatéral attribuant compétence à la CCI malgré l'annulation

¹⁶⁷ Telles qu'elles étaient numérotées alors. Elles sont devenues les sixième et septième objections à la compétence dans la Réplique de la Requérante dans l'arbitrage original. (cf. p. 139). Par commodité, le Comité continuera de faire référence aux cinquième et sixième objections.

D'après la Défenderesse, les Demandeurs ont déjà soumis leur litige à la CCI en vertu de l'article 12(3) du TBI qui accorde un « choix exclusif ». Ce choix emporte l'incompétence du CIRDI, nonobstant l'annulation de la sentence CCI qui « laisse intact le consentement à l'arbitrage donné en faveur de la CCI ». À titre subsidiaire, le Tribunal devrait se déclarer incompétent pour examiner « les chefs de demandes déjà soumis à la CCI sur la régularité du pourvoi dans l'intérêt de la loi et le traitement devant les juridictions malgaches ». ¹⁶⁸

108 De fait, il est, en substance, possible de comprendre les objections à la compétence formulées par la Requérente de la manière suivante :

108.1 le Tribunal n'était pas compétent en vertu de l'article 12(2) du TBI, puisque les Défendeurs ont soumis au Tribunal les mêmes griefs que ceux allégués dans le cadre de la Procédure malgache ; et

108.2 le Tribunal n'avait pas compétence en vertu de l'article 12(3) du TBI :

108.2.1 sur le litige parce que les Défendeurs avaient déjà soumis leur différend à l'Arbitrage CCI, ce choix perdurant nonobstant l'annulation de la Sentence CCI ; ou

108.2.2 à titre subsidiaire, sur les chefs de demande particuliers déjà soumis à l'Arbitrage CCI pour y être tranchés (lesquels ne comprenaient pas les demandes concernant la PSC).

109 Selon le Comité, il ressort clairement de l'échange entre la Présidente du Tribunal et le conseil des Défendeurs que le Tribunal a compris que les cinquième et sixième objections à la compétence soulevées par la Requérente étaient distinctes, et qu'il a saisi la portée de l'argumentation principale développée par la Requérente au soutien de sa sixième objection (et il n'a pas été contesté devant notre tribunal que, pour les besoins de la présente Demande, nous pouvions examiner la totalité du dossier de l'Arbitrage CIRDI et pas uniquement la Sentence). Cet échange s'est déroulé comme suit lors du premier jour de l'audience sur le fond (2 juillet 2019) :

¹⁶⁸ Ordonnance de Procédure N° 3, 24 avril 2018, §§ 15-16.

Mme la Présidente.- [...] C'est vrai qu'il y a en fait deux questions, n'est-ce pas ? Il y a la question, d'une part, du choix de la CCI, et ensuite de la continuité ou de la Convention d'arbitrage qui a été conclue au moment du choix de CCI et sa survie après l'annulation de la Sentence ou non.

Donc, c'est en effet une question qui mériterait peut-être quelques explications supplémentaires, bien qu'elle soit déjà couverte dans vos écritures.

Cela comprend la question de fork-in-the-road. On est d'accord, n'est-ce pas ? Il y a la fork-in-the-road, c'est la première chose, et ensuite il y a la question de la survie qui est une deuxième chose, en tout cas, c'est comme cela que je le comprends.

Me Ostrove.- [...] Donc, il y a la question fork-in-the-road, c'est-à-dire l'option de porter les demandes devant les juridictions locales par rapport à l'arbitrage international qui a été soulevé par Madagascar, plus la question : une fois la CCI choisie, est-ce que c'est pour toujours que la CCI est choisie ? Donc, vous voulez nous entendre sur les deux points ?

Mme la Présidente.- Oui, je pense, absolument. Oui.¹⁶⁹

110 Du point de vue du Comité, il ressort clairement de la réponse donnée par M. Ostrove à la question de la Présidente (réponse à laquelle elle a exprimé son adhésion) que le Tribunal avait compris que l'argumentation principale avancée par la Requérante dans le cadre de sa sixième objection à la compétence soutenait, en bref, que « *une fois la CCI choisie... c'est pour toujours que la CCI est choisie* », et que ce moyen était indépendant des chefs de demandes particuliers soumis à l'Arbitrage CCI. De plus, compte tenu de la question de la Présidente du Tribunal concernant l'existence d'une autre question (« une deuxième chose ») relative à la survie du choix de l'Arbitrage CCI après l'annulation de la Sentence CCI, il est clair que le Tribunal a compris que la Requérante avait soulevé deux arguments au soutien de sa sixième objection à la compétence et les a pris en considération.

111 L'analyse du Tribunal figurant dans la Sentence n'a toutefois pas entièrement reproduit les arguments présentés par la Requérante avec la même clarté et le même

¹⁶⁹ Cf. l'échange figurant dans la transcription du 2 juillet 2019, cité dans le Contre-mémoire, § 111, et cf. également § 113.

niveau de détail que celle caractérisant la Décision sur la Bifurcation et la transcription de l'audience sur le fond. Dans la Sentence, le Tribunal a regroupé les différentes objections à la compétence de la Requérante en cinq catégories, celles auxquelles nous nous réferrons comme les cinquième et sixième objections à la compétence tombant dans la cinquième catégorie dénommée « Les Demandeurs violent le principe de l'exclusivité des voies de recours. »¹⁷⁰ Dans son analyse, le Tribunal traite de la cinquième catégorie d'objections sous le titre « 5. Objections relatives au principe du mode de règlement des différends. »¹⁷¹

112 En particulier, le Tribunal a résumé les observations de la Requérante sur la sixième objection de compétence (choix du forum) comme suit :

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.¹⁷²

113 Le Comité relève que, dans ce paragraphe, le Tribunal paraît avoir focalisé son résumé sur l'argument subsidiaire de la Requérante relatif à son objection tirée du choix du forum.¹⁷³ L'argument principal de la Requérante ne soutenait pas que les Défendeurs n'étaient pas en droit de soumettre à un arbitrage CIRDI les questions relatives à la Procédure malgache qui avaient été soumises à l'Arbitrage CCI, bien qu'il incluait nécessairement ce point. Cet argument avançait plutôt, de manière plus large, qu'une fois l'Arbitrage CCI engagé, toutes les demandes devaient être tranchées par un arbitrage devant la CCI afin qu'aucune demande ne puisse plus être par la suite formulée dans un autre forum. Si, dans ce paragraphe, le résumé du Tribunal est focalisé sur l'argument subsidiaire développé par la Requérante, le Tribunal a fait référence, dans une note de bas de page en fin de paragraphe, aux paragraphes 582 à

¹⁷⁰ Sentence, § 115.

¹⁷¹ Sentence, § 65.

¹⁷² Sentence, § 252.

¹⁷³ Comme nous l'a dit le Professeur Mbengue, intervenant pour la Requérante, au cours de sa plaidoirie : « Dans le paragraphe 252 de la sentence, l'objection principale, sans laquelle l'objection subsidiaire n'a plus aucun sens, disparaît comme par magie, laissant l'objection subsidiaire planer toute seule dans l'air » (transcription en français, p 12, lignes 19-23).

608 du Contre-mémoire déposé dans l'Arbitrage CIRDI, lesquels paragraphes traitaient à la fois de l'argument principal et de l'argument subsidiaire soulevés par la Requérante dans le cadre de son objection.

- 114 Le Tribunal a ensuite résumé les arguments des Défendeurs sur la compétence. En ce qui concerne la sixième objection à la compétence (choix du forum) soulevée par la Requérante, le Tribunal l'a consignée comme suit :

L'arbitrage CCI est distinct du présent arbitrage, selon les Demandeurs. 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. Quant à l'introduction du pourvoi dans l'intérêt de la loi, les Demandeurs estiment que l'article 12(3) laisse le libre choix à l'investisseur et que ce choix n'est pas irrévocable. D'ailleurs, Madagascar n'a pas fait état d'un préjudice découlant du choix de saisir le CIRDI.¹⁷⁴

- 115 Le Tribunal, ce faisant, a retracé très précisément les arguments soulevés par les Défendeurs pour réfuter les arguments de la Requérante, tant principal que subsidiaire. En particulier, le Tribunal a fait référence au paragraphe 471 de la Réplique, dans l'arbitrage, des Défendeurs, qui contenait la réponse des Défendeurs aux objections, tant générales qu'alternatives, soulevées par la Requérante. En substance, la position des Défendeurs était qu'ils ne pouvaient clairement pas être empêchés de formuler des demandes devant le CIRDI si celles-ci portaient sur des réparations différentes fondées sur des moyens différents qui reposaient eux-mêmes sur des faits différents, ce qui était le cas de ses demandes relatives au défaut de protection de leur usine par la Requérante et aux irrégularités procédurales commises par la Cour de cassation malgache dans le cadre de l'instance pendante devant elle. Si cet argument correspondait à l'argument subsidiaire de la Requérante, il s'agissait de la réponse principale des Défendeurs à l'objection générale ; la position des Défendeurs était que puisqu'ils ne pouvaient en aucun cas être empêchés de formuler des demandes aux fins de réparations différentes fondées sur des moyens différents, la position principale de la Requérante ne pouvait qu'échouer. Les Défendeurs ont en

¹⁷⁴ Sentence, § 254.

autre soutenu, concernant tant la position principale de la Requérante que sa position alternative, qu'ils n'étaient pas non plus empêchés de formuler des demandes devant le CIRDI en relation avec le pourvoi dans l'intérêt de la loi, qui avait été discuté devant l'arbitre CCI. Et ce (selon les Défendeurs), parce que l'article 12(3) du TBI laissait à l'investisseur le choix du forum qu'il pouvait sélectionner, et ce choix n'était pas irrévocable.

116 Le Tribunal a commencé son analyse en rappelant d'abord le texte des article 12(2) et 12(3) du TBI.¹⁷⁵ Il a ensuite traité la cinquième objection à la compétence (*electa una via*) soulevée par la Requérante, la rejetant parce que (i) les parties à la Procédure malgache étaient différentes de celles à l'Arbitrage CIRDI ; (ii) les moyens soulevés dans la Procédure malgache étaient différents dans la mesure où ils faisaient état d'un litige contractuel, tandis que l'Arbitrage CIRDI relevait du TBI ; (iii) l'objet de la Procédure malgache (indemnisation à raison de la matérialisation d'un risque couvert par l'assurance) était différent de celui de l'Arbitrage CIRDI (réparation pour des dommages subis à cause de l'inaction des forces de sécurité malgaches) et la tentative du gouvernement d'influencer l'administration de la justice.¹⁷⁶

117 Puis, dans le paragraphe de la Sentence formant le cœur du débat soumis au Comité, le Tribunal a précisé :

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.¹⁷⁷

118 Donc le Tribunal a indiqué qu'il mettait de côté la question de savoir s'il y avait un accord sur un recours à l'arbitrage CCI concernant la validité du « pourvoi dans

¹⁷⁵ Sentence, §§ 255-256.

¹⁷⁶ Sentence, §§ 258-261. Cf. également Sentence, §§ 237-238.

¹⁷⁷ Sentence, § 262.

l'intérêt de la loi » le temps d'analyser les demandes des Défendeurs relatives à la PSC, à propos desquelles le Tribunal a affirmé que sa compétence était « admise ». L'argument qui nous est soumis tourne principalement autour de la signification précise de ce terme. Nous revenons sur ce point par la suite. Le Tribunal a ensuite indiqué qu'il déterminerait après avoir traité des demandes relatives à la PSC s'il était nécessaire de se prononcer sur les demandes relatives aux irrégularités procédurales devant la Cour de cassation.

119 Ensuite, le Tribunal a enchaîné, dans le paragraphe suivant :

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.¹⁷⁸

120 Le Tribunal a donc expressément mis en réserve la partie de l'objection à la compétence de la Requérante relative aux questions qui avaient été soumises à l'arbitre CCI, le temps d'analyser les demandes relatives à la PSC, mais a rejeté toutes les autres objections à la compétence. Le Tribunal ayant finalement déterminé que la Requérante avait manqué à son obligation d'assurer une PSC en vertu de l'article 3(2) du TBI,¹⁷⁹ il a conclu qu'il n'avait pas besoin de statuer sur sa compétence concernant les demandes relatives aux irrégularités procédurales devant la Cour de cassation et qu'il n'avait pas besoin de se prononcer sur la question de savoir s'il existait un accord sur un recours à l'arbitrage CCI concernant la validité du « pourvoi dans l'intérêt de la loi ».¹⁸⁰

121 Dans le dispositif figurant en conclusion de la Sentence, le Tribunal a confirmé que, pour les motifs énoncés dans la Sentence, il « se déclare compétent pour trancher le grief relatif à la protection et la sécurité constante », ¹⁸¹ et que, dans le même temps, il « Rejette toutes autres demandes. » ¹⁸²

¹⁷⁸ Sentence, § 263.

¹⁷⁹ Sentence, §§ 364-365.

¹⁸⁰ Sentence, §§ 468 *et seq* et 482.

¹⁸¹ Sentence, § 482(a).

¹⁸² Sentence, § 482(h).

3. Décision du Comité

- 122 Nombre des arguments qui nous sont soumis concernent la signification précise de la déclaration du Tribunal indiquant que sa compétence sur les demandes relatives à la PSC était « admise ». Selon la thèse développée par la Requérante à titre principal, ce terme signifiait « concédée », alors que les Défendeurs prétendent qu'il signifiait « établie ». Dans sa Réplique, la Requérante a reconnu que le terme « admise » pouvait avoir le sens de « établi » que lui attribuent les Défendeurs.¹⁸³
- 123 Le Comité n'a aucun doute quant au fait que les Défendeurs ont bien compris le sens dans lequel le terme « admise » a été employé. Tout au long de cette instance en annulation, un consensus a émergé sur le fait que le verbe français « admettre » pouvait signifier « établir ». D'après l'expérience du Comité, c'est précisément le cas lorsqu'il est employé dans un registre juridique, formel. De même, rien ne permet d'inférer de la Sentence ou des écrits versés à l'Arbitrage CIRDI que la Requérante aurait consenti à la compétence sur les demandes relatives à la PSC, et rien ne permet par conséquent d'insinuer que le Tribunal a eu l'intention de lui attribuer un tel sens.
- 124 La question soulevée par la Requérante est de savoir si le Tribunal s'est prononcé, ou pas, sur sa sixième objection à la compétence. Une majorité des Membres du Comité estime qu'il l'a fait. La majorité considère que la déclaration du Tribunal au paragraphe 262 de la Sentence selon laquelle il était établi que le Tribunal avait compétence au moins pour se prononcer sur les demandes relatives à la PSC était une décision implicite rejetant l'objection générale tirée de l'existence d'un accord continue sur un recours à l'arbitrage CCI qui excluait toutes autres demandes. Cette déclaration ne peut pas être comprise différemment—le Tribunal décidait qu'il avait compétence pour connaître de demandes qui n'avaient pas été soumises dans l'Arbitrage CCI. Il s'agissait de l'argument central des Défendeurs à l'encontre de l'objection principale à la compétence soulevée par la Requérante, que le Tribunal, ce faisant, acceptait. C'était

¹⁸³ Lors de l'audience relative à la Demande, la Requérante a en outre déclaré qu'il était « *irrelevant* » de chercher à déterminer si le terme « admise » avait le sens qui lui est attribué par la Requérante ou les Défendeurs (Transcription, p 65, lignes 17-19 (Professeur Mbengue)). Ainsi qu'il ressort clairement de la décision du Comité ci-dessous, nous convenons que l'issue de la Demande ne dépend pas du sens à donner au terme « *admise* ».

une détermination qui, nécessairement, traitait et rejetait l'objection générale et plus large de la Demanderesse à la compétence L'objection alternative à la compétence, selon laquelle la question qui, elle, avait été soumise à l'arbitre CCI (concernant les demandes relatives au pourvoi dans l'intérêt de la loi) ne pouvait être soumise au Tribunal CIRDI, a été expressément mise de côté par le Tribunal. En définitive, le Tribunal a décidé qu'il n'était pas nécessaire de se prononcer sur ce point, et cette décision en soi n'est pas contestée.

- 125 Les motifs de cette décision sont, selon la majorité des Membres du Comité, clairs, même s'ils ne sont pas développés explicitement et en détails. Ce n'est pas le rôle du Comité que d'évaluer la force de ces motifs ou d'imposer sa propre opinion sur ces questions. Dans la mesure où la Requérante a expressément choisi de ne pas demander l'annulation sur le fondement du défaut de motifs prévu à l'article 52(1)(e). Compte tenu, néanmoins, du fait qu'il s'agisse, sur ce point, d'une décision prise à la majorité, et que l'opinion dissidente de M. Bottini se focalise principalement sur ce qu'il considère être une absence de motifs suffisants, la majorité expliquera ce qu'elle comprend être les motifs de la décision du Tribunal sur la sixième objection à la compétence, et pourquoi ceux-ci sont présents, bien qu'implicites.
- 126 En un mot, la majorité du Comité considère qu'il ressort clairement de la Sentence que le Tribunal a accepté les arguments des Défendeurs au paragraphe 471 de leur Réplique déposée dans l'Arbitrage CIRDI, tels que résumés au paragraphe 254 de la Sentence, selon lesquels l'Arbitrage CCI était distinct de l'Arbitrage CIRDI et les demandes qui n'avaient pas été soumises à l'arbitre CCI ne pouvaient pas du tout être exclues. S'il eut été fortement préférable que le Tribunal l'exprime explicitement, il apparaît qu'ayant développé une analyse largement similaire concernant la cinquième objection à la compétence dans les quatre paragraphes qui la précèdent immédiatement, le Tribunal n'a pas estimé nécessaire de répéter ce processus.
- 127 Les Défendeurs avancent qu'il ressortait clairement de la Sentence que le Tribunal a estimé que les motifs de rejet de la cinquième objection à la compétence (*electa una via*) étaient également directement applicables à la sixième objection à la compétence (choix du forum). Le Tribunal ayant expressément conclu que l'Arbitrage CIRDI était

différend de la Procédure malgache, il a pareillement approuvé de manière implicite la position des Défendeurs selon laquelle l'Arbitrage CCI et l'Arbitrage CIRDI concernaient des demandes, moyens et objets distincts, dans la mesure où il a conclu qu'il était compétent pour (au minimum) connaître des demandes non soumises à la CCI. Les Défendeurs soutiennent que ceci a inexorablement abouti à la conclusion du Tribunal que sa compétence pour connaître des demandes relatives à la PSC (qui n'ont pas été soumises au tribunal CCI) était « admise. » La majorité des Membres du Comité est d'accord avec cette analyse ; même si la question relative à l'identité des parties d'un point de vue procédural n'était pas directement applicable, le reste de l'analyse l'était, et était suffisant pour rejeter la sixième objection à la compétence. En outre, le fait, sur lequel M. Bottini s'appuie,¹⁸⁴ que la cinquième objection à la compétence nécessite une comparaison entre un for fondé sur un contrat et un for fondé sur un traité, tandis que la sixième objection à la compétence nécessitait une comparaison entre deux fors fondés sur un traité, ne change en rien cette analyse, puisque cela était sans pertinence pour l'application du test des trois identités adopté par le Tribunal au regard de la nature des demandes en question.

128 M. Bottini n'est pas d'accord avec la conclusion de la majorité concernant la Question de la Compétence. Ainsi qu'il l'explique de manière éloquente dans son Opinion Dissidente, selon lui le Tribunal ne s'est pas prononcé – implicitement ou explicitement – sur la sixième objection à la compétence et a en fait simplement ignoré ce qu'il appelle « l'Objection principale » – c'est-à-dire que l'accord sur le recours à l'arbitrage CCI empêchait la soumission de toute demande devant le Tribunal CIRDI.¹⁸⁵ M. Bottini se focalise sur l'absence de référence expresse à « l'Objection principale » dans le résumé de la position de la Requérante dans la Sentence¹⁸⁶ (mais il admet (i) qu'une note de bas de page au paragraphe 252 de la Sentence renvoie aux paragraphes du Contre-mémoire de la Requérante dans l'arbitrage traitant des deux arguments – « principal » et « alternatif » soulevés au soutien de sa sixième objection à la compétence et (ii) que le résumé de la position des Défendeurs répond aux deux

¹⁸⁴ Opinion Dissidente de Gabriel Bottini, § 48.

¹⁸⁵ Opinion Dissidente de Gabriel Bottini, § 36.

¹⁸⁶ Opinion Dissidente de Gabriel Bottini, § 28.

arguments – « principal » et « alternatif » soulevés par la Demanderesse¹⁸⁷), et sur l'absence d'analyse de l'article 12(3) du TBI dans la Sentence par le Tribunal.¹⁸⁸ M. Bottini n'est également pas d'accord que le Tribunal a rejeté la sixième objection à la compétence sur le même fondement sur lequel il a rejeté la cinquième objection, dans la mesure où le rejet de cette dernière était fondé sur l'article 12(2) du TBI et que l'un des éléments déterminants de la décision du Tribunal concernant la cinquième objection à la compétence ne pouvait pas être appliqué à la sixième.¹⁸⁹ Pour les raisons mentionnées ci-avant, la majorité du Comité a une opinion différente sur ces questions.

129 De plus, M. Bottini s'appuie sur le paragraphe 117 de la Sentence et la déclaration qu'il contient selon laquelle la cinquième objection à la compétence, qui selon la classification établie au paragraphe 115 de la Sentence regroupait les objections relatives aux procédures locales et à l'arbitrage CCI, « comporte deux volets dont le second n'affecte pas la prétendue violation de la garantie de protection et sécurité constantes. » Selon M. Bottini, « dans la mesure où l'objection fondée sur les procédures locales s'appliquait clairement à toutes les demandes devant le tribunal CIRDI (cf. Sentence, paras. 258-261), la Sentence semble indiquer que l'objection relative à la CCI n'affecte pas les demandes relatives à la protection et sécurité constantes, ce qui était vrai seulement en ce qui concerne l'Objection Alternative relative à la CCI, mais pas en ce qui concerne l'Objection Principale relative à la CCI. »¹⁹⁰

130 Selon la majorité des Membres du Comité, la déclaration au paragraphe 117 de la Sentence est ambiguë. M. Bottini l'interprète comme une indication que le Tribunal a ignoré l'objection générale fondée sur l'accord relatif à l'arbitrage CCI, ce qu'il appelle l'Objection Principale. Aux yeux de la majorité, cependant, la déclaration est tout autant cohérente avec l'annonce par le Tribunal de sa décision subséquente selon laquelle l'accord relatif à l'arbitrage CCI ne peut pas affecter les demandes non soumises à l'arbitre CCI. Par conséquent, la majorité des Membres du Comité ne

¹⁸⁷ Opinion Dissidente de Gabriel Bottini, § 29.

¹⁸⁸ Opinion Dissidente de Gabriel Bottini, § 38.

¹⁸⁹ Opinion Dissidente de Gabriel Bottini, § 39.

¹⁹⁰ Opinion Dissidente de Gabriel Bottini, note 36.

considère pas que le paragraphe 117 est particulièrement utile pour résoudre le différend devant lui. Compte tenu des différentes lectures du paragraphe 117 existantes au sein du Comité, le raisonnement du Tribunal n'est pas manifestement incorrect, déraisonnable ou intenable ; il est, au mieux, sujet à débat. En tant que tel, cela ne constitue pas un motif suffisant pour annuler la Sentence.¹⁹¹

131 Il s'ensuit que la majorité des Membres du Comité estime à l'instar des Défendeurs que, bien que le Tribunal n'ait pas expressément formulé son raisonnement, il n'a pas manifestement excédé ses pouvoirs au sens de reconnaître une compétence qu'il n'avait visiblement pas. Il ressort clairement du dossier de l'Arbitrage CIRDI que le Tribunal était conscient des diverses objections à la compétence soulevées par la Requérante et de la structure de l'argumentation de cette dernière au soutien de la sixième objection à la compétence. Le dispositif figurant en conclusion de la Sentence a conclu sans équivoque à la compétence sur les seules demandes des Défendeurs relatives à la PSC, et a rejeté toutes les autres demandes et objections.

132 De même, la majorité des Membres du Comité n'est pas persuadée que le Tribunal a omis de manière flagrante d'appliquer l'article 12(3) du TBI. L'interprétation de l'article 12(3) que le Tribunal, aux dires des Défendeurs, a dû implicitement favorisée (selon laquelle le Tribunal aurait compétence sur les griefs non soumis à l'Arbitrage CCI en vue de leur résolution) conduirait à conclure qu'il était compétent pour statuer sur les demandes des Défendeurs concernant la PSC. Il ne peut être soutenu que cette interprétation aurait été de toute évidence erronée (en ce qu'elle n'aurait pu faire l'objet d'un désaccord raisonnable). En conséquence, la majorité des Membres du Comité estime à l'instar des Défendeurs que la logique appliquée par le Tribunal pour rejeter la cinquième objection à la compétence formulée par la Requérante, a conduit le Tribunal à rejeter la sixième objection à la compétence soulevée par la Requérante. Ce Comité n'est pas mandaté pour déterminer s'il l'a fait ou non à bon droit, l'essentiel étant, pour les questions qui nous préoccupent en l'espèce, qu'il ne se soit pas trompé

¹⁹¹ Cf. également *Caratube International Oil Company LLP c. La République du Kazakhstan*, Affaire CIRDI N° ARB/08/12, Décision sur la demande d'annulation de Caratube International Oil Company LLP, 21 février 2014, para. 144; et *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. La République des Philippines*, Affaire CIRDI N° ARB/03/25, Décision sur la demande d'annulation de Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide, 23 décembre 2010, para 44.

de manière évidente et que le processus cognitif du Tribunal, qui a abouti à sa décision sur la sixième objection à la compétence, peut être suivi.

133 En conséquence, tout en reconnaissant les raisons pour lesquelles la Requérante aurait souhaité que la Sentence ait été formulée en termes plus clairs à cet égard et constatant que le traitement de cette question dans la Sentence aurait pu être meilleur, la majorité des Membres du Comité conclut à l'absence d'excès de pouvoir manifeste.

134 Les Défendeurs ont également fait valoir que, si la Requérante estimait que le Tribunal n'avait pas statué sur son objection à la compétence, elle aurait dû présenter une requête au Tribunal afin qu'il se prononce sur la Question de la Compétence, en vertu de l'article 49(2) de la Convention CIRDI. Sur le principe, le Comité en convient. Lorsqu'une partie à un arbitrage régi par la Convention CIRDI et le Règlement d'Arbitrage du CIRDI considère qu'un tribunal a omis de se prononcer sur qui lui était soumise, l'article 49(2) de la Convention CIRDI (ainsi que l'article 49 du Règlement d'Arbitrage du CIRDI) prévoit un mécanisme de décision supplémentaire afin de parer à une telle omission. Ce mécanisme peut, et doit, être invoqué dès lors qu'il rendrait superflu le recours coûteux à la procédure extraordinaire d'annulation.¹⁹² L'argument selon lequel les parties devraient normalement être censées épuiser leurs voies de recours en vertu de l'article 49(2) de la Convention CIRDI, avant de solliciter une annulation, paraît solide à la majorité des Membres du Comité. Toutefois, compte tenu de la décision sur le premier volet de cette question, le Comité n'a pas besoin de se prononcer sur le point de savoir si, en définitive, la Demande n'aurait de toute façon pu aboutir, du fait que la Requérante n'avait pas sollicité de décision supplémentaire en vertu de l'article 49(2).

135 Enfin, les Défendeurs soulignent que l'argumentation de la Requérante revenait en pratique à critiquer le Tribunal pour n'avoir pas exposé ses motifs, ce qui aurait dû

¹⁹² Ainsi dans *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited et Stirling Capital Limited c. République du Kenya*, Affaire CIRDI N° ARB/15/29, Décision sur la Demande d'annulation, 19 mars 2021, §§ 182-183, le comité *ad hoc* a décidé que le fait de ne pas invoquer l'article 49(2) peut empêcher une demande d'annulation ultérieure en vertu de l'article 52(1)(b), dans les cas où l'article 49(2) offre un « *available and sufficient remedy* » (bien que le Comité admette que la réponse à cette question dépende en définitive de la portée de la demande d'annulation envisagée). Cf. également *Maritime International Nominees Establishment c. République de Guinée*, Affaire CIRDI N° ARB/84/4, Décision sur la Demande d'annulation partielle formulée par la Guinée, 14 décembre 1989, § 5.12.

être contesté par un moyen d'annulation distinct, en vertu de l'article 52(1)(e) de la Convention CIRDI. Bien que ce recours ait été ouvert à la Requérante, celle-ci n'en a pas fait usage et le Comité estime par conséquent ne pas avoir à examiner la question.

B. La Question de la Représentation

136 La Requérante sollicite l'annulation de la Sentence sur le fondement de l'article 52(1)(d) de la Convention CIRDI, au motif que le Tribunal aurait commis une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure. La prétendue règle fondamentale de procédure invoquée est, selon la formulation de la Requérante, celle instituant le droit à bénéficier d'un conseil effectif. Les observations de la Requérante n'ont pas convaincu le Comité de l'existence d'une telle règle fondamentale de procédure.

137 La Requérante a cherché à établir une règle fondamentale de procédure en développant une argumentation relativement sophistiquée ayant elle-même pour postulat que le droit à se faire assister d'un conseil effectif était (1) un corollaire du droit à être entendu (lequel est une règle fondamentale de procédure clairement établie) ;¹⁹³ (2) un principe général du droit reconnu par les nations civilisées au regard de l'article 38(1)(c) du Statut de la Cour internationale de Justice ; et (3) une règle fondamentale de procédure autonome. La Requérante a également reconnu que l'article 18(1) du Règlement d'Arbitrage du CIRDI dispose que chaque partie « peut » être représentée ou assistée par des agents, des conseillers ou des avocats.

138 Le droit à être entendu garantit que chacune des parties se voit donner la possibilité de présenter sa position devant un tribunal indépendant et impartial, d'exposer ses griefs ou ses moyens de défense et de produire à l'appui de ces derniers des arguments et des preuves, et de répondre de manière adéquate aux arguments et preuves présentés par l'autre partie.¹⁹⁴ Si la Requérante soutient que pour mettre en œuvre ce

¹⁹³ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. La République des Philippines*, Affaire CIRDI N° ARB/03/25, Décision sur la Demande d'annulation de Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide, 23 décembre 2010, § 197.

¹⁹⁴ *Wena Hotels Ltd. c. République Arabe d'Égypte*, Affaire CIRDI N° ARB/98/4, Décision (Procédure en annulation), 5 février 2002, § 57.

droit, une partie doit bénéficier d'un conseil effectif, elle ne cite aucun élément au soutien de cette affirmation, que ce soit dans le contexte du CIRDI ou un contexte analogue. L'article 18 du Règlement d'Arbitrage du CIRDI, s'il en était autrement, serait incohérent, puisqu'il vise des parties à des procédures arbitrales CIRDI qui ne bénéficient pas de l'assistance d'un conseil. En tout état de cause, le droit à être entendu vise à garantir aux parties la possibilité d'être entendues, que ce soit en recourant à un conseil ou par tout autre moyen.

139 Le Comité n'est pas convaincu qu'il soit possible de soutenir qu'il existe un principe général du droit instituant un droit à bénéficier d'un conseil effectif. La Requérante s'est lancée dans une revue détaillée de la jurisprudence, mais celles qu'elle cite s'inscrivent invariablement dans le contexte précis des droits dont bénéficient les personnes accusées dans des procédures pénales, ou du droit pour des parties à un litige indigentes de profiter d'une représentation juridique gratuite. Nous n'estimons pas que la Requérante ait établi que le droit à profiter d'une représentation juridique effective (c'est-à-dire de qualité) est communément reconnu par les principaux ordres juridiques du monde, au point d'en faire un principe général du droit. S'il est vrai que la mise en œuvre d'un droit doit bien entendu être « effective », cela veut simplement dire que ce droit doit être effectivement offert, de manière à ce que toute personne partie à un litige puisse en profiter. Cela ne signifie pas que dès lors qu'un avocat intervient, son client dispose d'un droit procédural fondamental à ce que la manière dont il défend la position de ce client soit, au surplus, « effective ».

140 La Requérante a fait valoir que le fait de ne pas reconnaître que le droit à un conseil effectif est un principe général du droit n'excluait pas qu'il puisse être une règle fondamentale de procédure au regard de l'article 52(1)(d),¹⁹⁵ mais le Comité considère également que rien ne permet d'affirmer que le droit à un conseil effectif est une règle fondamentale de procédure dans les instances CIRDI. Le Comité estime, à l'instar des Défendeurs, que toute conclusion contraire engendrerait d'importantes difficultés pratiques. Les parties déboutées prendraient l'habitude de se retourner contre leur conseil à l'occasion de toutes procédures en annulation, en prétendant avoir été

¹⁹⁵ Transcription, p 19, lignes 10-17 (M. Sthoeger).

représentées de manière ineffective. Les tribunaux se verraient contraints de renoncer à leur rôle d'arbitres impartiaux dans le cadre d'un processus contradictoire, afin d'orienter et d'aider les parties dont les conseils ne prendraient pas des mesures que le tribunal estimerait nécessaires. Les comités *ad hoc* se trouveraient dans une position impossible à tenir. Par exemple, en l'espèce, il existait un désaccord sur le point de savoir si la décision de Madagascar de ne pas produire de preuve contraire en réponse au témoignage de M. Rafanomezantsoa procédait d'un choix stratégique ou de la négligence du conseil (sachant qu'en effet, ces deux possibilités ne s'excluent pas nécessairement l'une l'autre). Le Comité n'a aucun moyen de trancher ce désaccord,¹⁹⁶ et, de fait, la réalité (qu'une fois encore, le Comité n'est pas en mesure de vérifier) pourrait bien être qu'il n'y avait tout simplement pas de preuve contraire à produire. Le Comité n'est pas persuadé que les commentaires du Tribunal concernant l'absence de preuve contraire, ou ses interventions à l'occasion du contre-interrogatoire de M. de Sutter, expriment une reconnaissance, de sa part, que Madagascar avait engagé un conseil ineffectif. Ces commentaires et interventions sont à la fois habituels et légitimes – les tribunaux doivent rester libres d'intervenir au cours des témoignages oraux et de faire des commentaires sur l'existence et la valeur des preuves, comme bon leur semble.

- 141 Le Comité rejette en conséquence les soumissions de la Requérante sur la Question de la Représentation et refuse d'annuler la Sentence sur ce fondement.

C. La Question de la Charge de la Preuve

- 142 En contrepoint de son argument concernant la Question de la Représentation, la Requérante sollicite à titre subsidiaire l'annulation de la Sentence sur le fondement de l'article 52(1)(d) de la Convention CIRDI, au motif que le Tribunal se serait rendu

¹⁹⁶ Ce que n'a pas non plus fait le Tribunal. Comme cela nous a été affirmé lors de l'audience, au vu du § 329 de la Sentence, dans lequel le Tribunal a déclaré que Madagascar n'avait pas produit de preuve démentant les témoignages de M. Rafanomezantsoa (transcription en français, p 39, lignes 8-18) (« Il ne s'agit en aucun cas d'un jugement en valeur par le Tribunal du travail de monsieur Ben Hamida, c'est une simple constatation : il n'y a aucune preuve qui est produite par Madagascar, et la raison sous-jacente est totalement étrangère au Tribunal. Le Tribunal ne sait pas si les preuves existent, ou le Tribunal ne sait pas s'il s'agit là d'un choix stratégique ; par exemple, ces preuves existent mais elles étaient défavorables à la République de Madagascar, donc la République de Madagascar ne les produit pas. ») (Me Grisolle).

coupable d'une inobservation grave d'une règle fondamentale de procédure en renversant la charge de la preuve et, en particulier, en fondant son analyse des preuves versées au dossier sur les rapports produits par M. Rafanomezantsoa à propos des événements en cause.

143 Le Comité estime, comme d'autres comités *ad hoc* avant lui, qu'un renversement de la charge de la preuve pourrait en principe entraîner la violation d'une règle fondamentale de procédure, en fonction des circonstances de l'espèce.¹⁹⁷ Toutefois, un tel renversement n'a pas eu lieu dans la présente affaire. En donnant plus de poids aux preuves fournies par M. Rafanomezantsoa, le Tribunal a effectivement conclu que les Défendeurs s'étaient acquittés de la charge qui leur incombait de prouver leurs allégations. Il ne s'agit pas d'un renversement de la charge de la preuve. Au contraire, il s'agit d'une attribution de la charge de la preuve aux Défendeurs, en leur qualité de demandeurs à l'Arbitrage CIRDI. De façon générale, il se peut qu'une fois que les Défendeurs ont produit les preuves émanant de M. Rafanomezantsoa, la Requérante ait dû, en pratique, supporter à son tour le fardeau de la preuve, afin de réfuter ces preuves. Elle n'a de toute évidence pas été en mesure de le faire – et, comme relevé ci-dessus, le Comité n'a pas le pouvoir d'enquêter sur les raisons pour lesquelles elle ne l'a pas fait. Reste que cela ne change pas le fait que la charge de la preuve a été constamment assumée par les Défendeurs, en leur qualité de demandeurs à l'Arbitrage CIRDI.

144 Les observations de la Requérante sur la Question de la Charge de la Preuve sont rejetées.

VI. FRAIS

145 Aux termes de l'article 61(2) de la Convention CIRDI – lu conjointement avec l'article 57 de la Convention CIRDI et les articles 47(1)(j) et 52 du Règlement d'arbitrage du CIRDI – le Comité doit évaluer les frais exposés par les Parties en relation avec

¹⁹⁷ *Caratube International Oil Company LLP c. La République du Kazakhstan*, Affaire CIRDI N° ARB/08/12, Décision sur l'annulation de la Demande de Caratube International Oil Company LLP, 21 février 2014, § 97 ; *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. c. République de Turquie*, Affaire CIRDI N° ARB/11/28, Décision sur l'annulation, 30 décembre 2015, § 84.

l'instance, et doit décider comment et par qui ces frais, les honoraires et frais des Membres du Comité et les frais d'utilisation des services du Centre, doivent être payés.

146 Le Comité observe que l'article 61(2) de la Convention CIRDI lui confère un large pouvoir discrétionnaire pour déterminer comment allouer les coûts de l'instance. Le Comité établira dans un premier temps les coûts de l'instance en annulation et répartira lesdits coûts et autres frais remboursables entre les Parties.

147 Les coûts de l'arbitrage, en ce inclus les honoraires et frais du Comité, les frais administratifs du CIRDI et les frais directs, s'élèvent à (en USD) :¹⁹⁸

Honoraires et frais du Comité

Dr Christopher Harris K.C.	USD 72,555.13
Mme Melanie van Leeuwen	USD 39,500
M. Gabriel Bottini	USD 61,923.14
Frais administratifs du CIRDI	USD 112,518.86
Frais directs	USD 14,693.01
Total	<u>USD 301,190.14</u>

148 Dans son état des frais en date du 8 avril 2022, la Requérante demande le remboursement des frais suivants :

Droit de dépôt de la Demande d'annulation :	USD 25,000
Avances versées au CIRDI	USD 300,000
Honoraires d'avocats	USD 164,782 ¹⁹⁹

¹⁹⁸ Le Secrétariat du CIRDI fournira aux Parties un état financier détaillé du compte de l'affaire une fois que toutes les factures ont été reçues, traitées et payées, et que le compte de l'affaire est finalisé.

¹⁹⁹ Réclamés comme étant l'équivalent en USD de 150,000 EUR.

149 Dans leur état des frais en date du 8 avril 2022, les Défendeurs demandent le remboursement des frais suivants :

Honoraires professionnels de DLA Piper	EUR 250,000
--	-------------

Débours	EUR 366.35
---------	------------

150 Le Comité répartira les coûts et autres frais remboursables de l'arbitrage en prenant en compte le succès des demandes et défenses des Parties, ainsi que leur conduite au cours de l'instance, le caractère raisonnable et proportionnel des frais de représentation et d'autres circonstances de l'instance.

151 Si la position des Défendeurs a prévalu devant le Comité, ils n'ont convaincu que la majorité du Comité en ce qui concerne la Question de la compétence. La Question de la Compétence était complexe et les questions qu'elle soulevait ont nécessité l'analyse attentionnée du Comité, en particulier parce que la Sentence n'était pas aussi clairement rédigée qu'elle aurait pu l'être sur ce point. Le Comité considère que la Question de la Compétence a été légitimement soulevée par la Requérante, même si cette dernière n'a pas prévalu. Elle n'était de toute évidence pas futile ou manifestement vouée à l'échec. Et la Requérante n'a pas été évasive dans ses efforts relatifs à cette Question – en fait, les deux Parties doivent être félicitées pour la célérité et la coopération dont elles ont fait preuve dans l'instance en annulation.

152 En revanche, la Question de la Représentation et la Question de la Charge de la Preuve étaient moins complexes et leur bien-fondé n'était pas évident dans le contexte d'une instance en annulation. Ce ne sont donc pas des questions pour lesquelles les Défendeurs doivent supporter les coûts. Ceci étant dit, parce qu'elles étaient moins complexes, le Comité et les Parties ont passé bien moins de temps sur ces questions que sur la Question de la Compétence.

153 Dans les circonstances décrites ci-dessus, le Comité considère qu'il est approprié de décider que la Requérante supportera les frais de l'instance d'annulation tels qu'indiqués ci-dessus au paragraphe 147 (c'est-à-dire 301,190.14 USD) et que les Parties supporteront chacune leurs propres frais de représentation juridique.

154 Le Comité rappelle que les frais de l'instance d'annulation ont été réglés tout au long de l'instance à partir des avances versées par la seule Requérante.

VII. DECISION DU COMITE

155 Sur le fondement de ce qui précède,

155.1 Le Comité décide :

155.1.1 La Demande en annulation fondée sur l'article 52(1)(d) (la Question de la Représentation et la Question de la Charge de la Preuve) est rejetée.

155.1.2 La Requérante supportera les frais de l'instance en annulation qui s'élèvent à 301,190.14 USD.

155.1.3 Chaque Partie supportera les propres frais juridiques engagés dans le cadre de l'instance en annulation.

155.2 Une majorité du Comité décide en outre :

155.2.1 La Demande en annulation fondée sur l'article 52(1)(b) (la Question de la Compétence) est rejetée, ce qui signifie que la Demande en annulation est rejetée dans son entier.

155.3 Toute autre demande est rejetée.

[SIGNATURE]

Melanie van Leeuwen

Membre

Date:

Gabriel Bottini

Membre

Date:

Christopher Harris K.C.
Président du Comité *ad hoc*

Date:

[SIGNATURE]

[Sous réserve de l'opinion dissidente ci-jointe]

Melanie van Leeuwen

Membre

Date:

Gabriel Bottini

Membre

Date:

Christopher Harris K.C.
Président du Comité *ad hoc*

Date:

Melanie van Leeuwen

Membre

Date:

Gabriel Bottini

Membre

Date:

[SIGNATURE]

Christopher Harris K.C.

Président du Comité *ad hoc*

Date: