

CONFORMEMENT AU REGLEMENT D'ARBITRAGE DE LA COMMISSION DES
NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

Affaire CPA No. 2018-37

PROFESSEUR CHRISTIAN DOUTREMEPUICH
&
M. ANTOINE DOUTREMEPUICH

Demandeurs

c/

LA REPUBLIQUE DE MAURICE

Défenderesse

MEMOIRE DES DEMANDEURS SUR LA COMPETENCE

1^{er} février 2019

Tribunal composé de :

Prof. Maxi Scherer (Président)

Prof. Olivier Caprasse

Prof. Jan Paulsson

SOMMAIRE

INTRODUCTION	1
I. L'EXISTENCE D'INVESTISSEMENTS EFFECTUES PAR LES DEMANDEURS A MAURICE	3
A - Les Demandeurs ont effectué des « <i>investissements</i> » à Maurice au sens du Traité	4
B - Les Demandeurs ont effectué des dépenses de développement du projet indemnisables en application du Traité.....	8
II. LE CONSENTEMENT DE LA REPUBLIQUE DE MAURICE A L'ARBITRAGE	11
A - Les Demandeurs bénéficient de l'article 9 du traité conclu avec la Finlande en application de l'article 8 du Traité	13
1. « <i>Pour les matières régies par la présente Convention autres que celles visées à l'article 7, (...)</i> ».....	14
a) <i>Le règlement des différends investisseur-Etat est une des « matières » régies par le Traité</i>	14
b) <i>Le règlement des différends investisseur-Etat est une matière non exclue du jeu de la clause MFN du Traité</i>	16
2. « <i>(...) les investissements des ressortissants, sociétés ou autres personnes morales de l'un des Etats contractants</i> »	17
3. « <i>(...) bénéficient également (...)</i> ».....	18
4. « <i>(...) de toutes les dispositions plus favorables que celles du présent Accord (...)</i> »	20
5. « <i>(...) qui pourraient résulter d'obligations internationales déjà souscrites ou qui viendraient à être souscrites par cet autre Etat avec le premier Etat contractant ou avec des Etats tiers</i> ».....	20
B - L'interprétation des Demandeurs est conforme au principe <i>ejusdem generis</i>	22
C - Etablir la compétence du Tribunal en application du Traité n'est pas un préalable nécessaire au jeu de l'article 8 du Traité.....	25
1. <i>L'existence d'un droit à l'arbitrage pour les Demandeurs en application de l'article 9 du Traité</i>	25
2. <i>Etablir la compétence du Tribunal en application du Traité avant de pouvoir invoquer la MFN est une condition non prévue à l'article 8(2) du Traité</i>	26
D - Le comportement de la Défenderesse démontre également son consentement à l'arbitrage ...	34
1. [REDACTED]	35
2. <i>La politique conduite par la Défenderesse en matière d'arbitrage investisseur-Etat</i>	36
DEMANDES FAITES AU TRIBUNAL	39
ANNEXE 1 : LISTE DES ABREVIATIONS	40
ANNEXE 2 : LISTE DES PIECES COMMUNIQUEES	41

INTRODUCTION

1.- Les Demandeurs poursuivent la présente procédure d'arbitrage pour connaître les raisons pour lesquelles les autorités mauriciennes ont mis fin à leur projet de laboratoire d'expertise ADN et pour obtenir réparation du préjudice causé par cette décision. Manifestement, la Défenderesse ne souhaite pas s'expliquer sur cette décision préjudiciable aux moyens d'enquêtes de la justice mauricienne¹. C'est la raison pour laquelle la Défenderesse a refusé l'application du Règlement d'arbitrage CNUDCI le plus récent à la présente procédure d'arbitrage². C'est encore la raison pour laquelle elle soulève désormais l'incompétence du Tribunal.

2.- La Défenderesse conteste que les Demandeurs puissent se prévaloir de la Convention entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de l'île Maurice sur la protection des investissements signée à Port Louis le 22 mars 1973 (ci-après, le « *Traité* »)³. Selon la Défenderesse, les Demandeurs n'auraient pas réalisé des « *investissements* » au sens de ce *Traité*. Il est vrai que les Demandeurs sont des petits opérateurs économiques. Ils n'en sont pas pour autant exclus de la protection du *Traité*. Après avoir collaboré avec les autorités judiciaires mauriciennes sur d'épineux dossiers, les Demandeurs exposeront simplement qu'ils ont identifié une opportunité de développer leurs activités d'expertises ADN et de tests de paternité dans ce pays. Les Demandeurs ont alors soumis leur projet aux autorités mauriciennes en charge des investissements et ce projet a été formellement validé et approuvé. Les investissements des Demandeurs sur le territoire mauricien ont été réalisés sur cette base, conformément à la loi applicable, et jusqu'à l'arrêt injustifié du projet (I).

3.- La Défenderesse conteste aussi et surtout le fait que l'article 8(2) du *Traité* qui comporte une clause de la nation la plus favorisée (ci-après, clause « *MFN* » ou « *NPF* ») puisse permettre aux Demandeurs de solliciter un arbitrage sur le fondement de l'article 9 du *traité* sur la promotion et la protection des investissements conclu entre la Défenderesse et la République de Finlande le 12 septembre 2007 (ci-après, le « *traité conclu avec la Finlande* »)⁴. En substance, la Défenderesse conteste que le règlement des différends entre investisseur et Etat

¹ C-1 – *Mauritius: Experts sceptical about forensic lab*, 2017

² Lettre de Lalive à EY en date du 30 avril 2018 dans laquelle il est indiqué "Consequently, if Messrs Doutrèmeuich wish to pursue their claims under the UNCITRAL Rules, they must proceed under 1976 UNCITRAL Rules, which do not require the Respondent to provide any Response to a Notice of Arbitration." L'objectif de la Défenderesse est bien de ne pas avoir à « répondre » d'une façon circonstanciée sur l'arrêt du projet.

³ C-2

⁴ C-3

soit une des « *matières* » régies par le Traité au sens de son article 8(2). La Défenderesse considère également qu'un « *consentement à l'arbitrage* » et l'établissement de la compétence du Tribunal en application du Traité sont un préalable à l'examen de la clause MFN de l'article 8(2) du Traité. Selon la Défenderesse, l'article 8(2) du Traité ne peut à lui seul permettre de créer un tel consentement. Or, les Demandeurs démontreront que le règlement des différends entre investisseur et Etat est bien une des « *matières* » régies par le Traité et que la nécessité d'un consentement à l'arbitrage ou d'une compétence du Tribunal établie en application du Traité n'est pas une condition préalable au jeu de la clause MFN de l'article 8(2) du Traité. En tous les cas, l'article 9 du Traité contient bien un consentement à l'arbitrage pour les « *accords relatifs aux investissements à effectuer sur le territoire de Maurice* » dont les Demandeurs peuvent se prévaloir (II).

I. L'EXISTENCE D'INVESTISSEMENTS EFFECTUES PAR LES DEMANDEURS A MAURICE

4.- Les Demandeurs ont évoqué avec les autorités mauriciennes la possibilité d'installer un laboratoire d'expertise ADN à Maurice dès 2009⁵. Depuis cette date, le Professeur Christian Doutremepuich est intervenu auprès des autorités judiciaires de Maurice dans un certain nombre d'affaires⁶. Ces coopérations ayant été concluantes et les Demandeurs cherchant à faire croître leur activité à l'international, ils ont alors formellement initié les démarches pour la réalisation d'un laboratoire d'expertise ADN à Maurice en 2014.

5.- L'argumentation de la Défenderesse qui vise à nier l'« *investissement* » des Demandeurs est imprégnée d'un certain mépris pour les efforts, l'expertise et l'argent qui ont été investis et mobilisés en accord avec les autorités mauriciennes.

6.- Les Demandeurs se permettent ici de rappeler la chronologie des faits déjà exposée dans leur réclamation indemnitaire en date du 15 septembre 2017⁷ et leur requête d'arbitrage du 30 mars 2018, à savoir que :

- le projet a fait l'objet d'un Business Plan validé par le Board of Investment (ci-après, « *BOI* »). Ce Business Plan décrit notamment les investissements devant être réalisés et leurs coûts de fonctionnement⁸ ;
- le projet a fait l'objet d'un accord inconditionnel du Bureau du Premier Ministre (ci-après, « *BPM* ») en date du 14 octobre 2014 : *“This Office has consulted different stakeholders, including the Forensic Science Laboratory and the Office of the Solicitor-General on the above proposal submitted by Prof. Doutremepuich in regard to the above project. Following views received, I am to inform you that we have no objection to the project. You may liaise with Prof. Doutremepuich accordingly”*⁹ ;
- sur la base de cet accord, le BOI a saisi l'Université de Maurice le 17 décembre 2014 pour que cette institution envisage un partenariat avec les Demandeurs. Il est notamment précisé dans cette lettre que *“you may wish to note that the Prime Minister's Office and*

⁵ C-4 – Courriel du BOI à M. Doutremepuich en date du 28 janvier 2009

⁶ C-5 – Liste des interventions de Christian Doutremepuich à Maurice

⁷ C-27 – Réclamation indemnitaire en date du 15 septembre 2017

⁸ C-6 – Business Plan

⁹ C-7 – Lettre du BPM au BOI en date du 14 octobre 2014

the Ministry of Environment have already issued a letter of no objection regarding the activities to be carried out at the facility. »¹⁰. Un accord de coopération avec l'Université a été étudié¹¹ ;

- sur la base de cet accord, les Demandeurs ont constitué dans le courant de l'année 2015 trois sociétés destinées à exploiter les différentes branches du projet (tests de paternité pour le marché africain et expertises judiciaires), sociétés dont l'existence n'est pas contestée par la Défenderesse¹² ;
- à l'occasion de la constitution de ces sociétés, initialement faiblement capitalisées, différents montants ont été néanmoins mobilisés par les Demandeurs pendant toute l'année 2015 et transférés sur le territoire mauricien pour satisfaire à différentes obligations et dépenses au titre du projet¹³ ;
- alors que, notamment, le BOI soutenait le projet dans des termes très clairs¹⁴, que le projet faisait partie des projets du FAST TRACK COMMITTEE¹⁵, qu'un acte notarié avait été signé pour l'acquisition d'un terrain¹⁶ et que les plans de l'immeuble du laboratoire avaient été étudiés et finalisés¹⁷, il a été mis fin de façon complètement incompréhensible au projet de laboratoire par lettre du BPM en date du 14 avril 2016¹⁸.

7.- Ces éléments de fait étant rappelés, les Demandeurs démontreront que, contrairement à ce que soutient la Défenderesse, ils ont bien réalisé des « *investissements* » au sens du Traité (A) et qu'ils ont exposé des coûts de développement indemnisables pour réaliser leur projet (B).

A - Les Demandeurs ont effectué des « *investissements* » à Maurice au sens du Traité

8.- La Défenderesse reconnaît que les Demandeurs ont constitué trois sociétés à Maurice¹⁹. La Défenderesse conteste néanmoins l'existence d'« *investissements* » réalisés à Maurice par les Demandeurs au sens du Traité. Selon elle, les dépenses exposées par les Demandeurs ne

¹⁰ C-8 – Lettre du BOI à l'Université en date du 17 décembre 2014

¹¹ C-9 – Projet de Mémorandum avec l'Université, février 2015

¹² C-10 – Certificat d'incorporation de International DNA Services Holding LTD, C-11 – Certificat d'incorporation de DNA Services (Mauritius) LTD, C-12 – Certificat d'incorporation de International DNA Services

¹³ C-13 – Transferts de fonds du Prof. Christian Doutremepuich au bénéfice des entités locales

¹⁴ C-14 – Courriel du BOI de Maurice à M. Doutremepuich en date du 22 octobre 2015

¹⁵ C-15 – Publication sur les projets du Fast Track Committee

¹⁶ C-16 – Promesse de vente lots 17 et 18 entre Business Parks et DNA Services en date du mois d'août 2015

¹⁷ C-17 – Courriel du promoteur Rawat à M. Doutremepuich en date du 20 août 2015

¹⁸ C-18 – Lettre du BPM au BOI en date du 14 avril 2016

¹⁹ MOJ § 71

rempliraient pas les critères de contribution, de risque et de durée habituellement requis pour qualifier les investissements protégés²⁰.

9.- C'est donc avec une certaine ironie que la Défenderesse, après avoir mis fin prématurément au projet des Demandeurs [REDACTED], tente maintenant de persuader le Tribunal que les moyens humains et financiers consacrés par les Demandeurs pendant plus de deux années pour élaborer et mettre en œuvre leur projet à Maurice ne seraient que coquilles vides, activités fictives ou coûts irrécupérables. Il appartient aux Demandeurs de rectifier cette description parfaitement erronée.

10.- L'article 1^{er} du Traité prévoit :

« Au sens de la présente Convention, **le terme « investissements » comprend** toutes les catégories de biens notamment, mais non exclusivement :

- les biens meubles et immeubles ainsi que tous autres droits réels tels qu'hypothèques, droits de gage, etc., acquis ou constitués en conformité avec la législation du pays où se trouve l'investissement ;
- **les droits de participation à des sociétés et autres sortes de participation** ;
- les droits de propriété industrielle, brevets d'invention, marques de fabrique ou de commerce, ainsi que les éléments incorporels de fonds de commerce. (...) »

(Mots soulignés par nous)

11.- Les termes de l'article 1(1) du Traité sont parfaitement clairs. L'article 1(1) du Traité prévoit qu'« au sens de la présente Convention, le terme « investissements » **comprend** (...) les droits de participation à des sociétés et autres sortes de participation » (Mot souligné par nous). La formule est très clairement inclusive et inconditionnelle. Il en résulte nécessairement que des droits de participation à des sociétés **sont** donc des « investissements » au sens du Traité.

12.- Bien évidemment, il ne s'agit pas d'octroyer la protection du Traité à tout ressortissant français titulaire d'une participation dans une société incorporée à Maurice sans tenir compte des critères de qualification de l'investissement (contribution, risque et durée). Cela serait certainement contraire au but et à l'objet du Traité qui est de protéger les ressortissants d'un Etat qui entendent investir durablement dans l'économie et le territoire de l'autre Etat contractant.

²⁰ MOJ § 77

²¹ [REDACTED]

13.- Sur le critère relatif à la contribution, il suffit de constater que les Demandeurs ont dû transférer en 2015 un montant de 100.000 Euros par entité constituée, soit un montant total de 300.000 Euros. Des transferts de 100.000 Euros ont été ordonnés le 19 mai 2015, le 25 juin 2015 et le 28 juillet 2015²² afin que les trois sociétés constituées puissent notamment se prévaloir de la qualité d'« investisseur » au sens de la loi applicable²³. Encore faut-il préciser que si les montants alors mobilisés au début du projet peuvent paraître peu importants, les transferts de fonds au bénéfice des sociétés locales n'étaient réalisés par les Demandeurs qu'au fur et à mesure des besoins de son développement. Les Demandeurs souhaitent également souligner que le critère de la contribution ou de l'apport ne s'apprécie pas seulement en termes financiers, mais peut également s'apprécier en termes d'apport en savoir-faire. Et, à cet égard, il ne peut pas être sérieusement contesté que les Demandeurs apportaient par leur projet un savoir-faire spécifique dont Maurice avait, et a toujours, manifestement besoin²⁴. Il doit être enfin indiqué que le programme d'investissement envisagé par les Demandeurs dans leur Business Plan impliquait un effort financier remarquable au regard de leurs ressources, ce projet leur apparaissant néanmoins nécessaire pour le développement de leur activité²⁵. Les Demandeurs n'ont pas besoin d'aller plus avant sur la question de leurs contributions financières, se réservant bien entendu la possibilité d'énumérer avec précision tous les montants exposés dans le cadre du développement de leur projet pour qu'il soit précisément statué sur le *quantum* de leur préjudice.

14.- Concernant le critère relatif au risque, les Demandeurs relèvent que les activités envisagées comportaient différents risques. Le Business Plan du projet décrit une activité commerciale à long terme, basée à Maurice, et dont les résultats pouvaient fluctuer en considération de nombreuses circonstances économiques, réglementaires et politiques²⁶. Les Demandeurs soulignent également qu'ils ont investi dans ce projet sur fonds propres, ce qui en soi constitue une prise de risque très importante. De fait, l'arrêt du projet notifié aux Demandeurs le 14 avril 2016 caractérise à lui seul le risque (politique) pris en réalisant ce projet²⁷.

15.- Quant au critère de la durée, il convient de relever que les Demandeurs se sont implantés à Maurice par la constitution de trois sociétés locales une fois le projet autorisé par le BPM le 14 octobre 2014. Ces trois sociétés ont été dissoutes peu après l'arrêt du projet par cette même

²² C-13

²³ C-20 – Mauritius Investment Promotion Act (2000). Il est pour le moins paradoxal que la Défenderesse conteste aujourd'hui la qualité d'investisseur des Demandeurs dans la mesure où le BOI a accompagné les Demandeurs dans leur projet d'investissement, en veillant plus particulièrement à la conformité de la constitution de leurs investissements avec la loi alors applicable.

²⁴ C-1

²⁵ Le montant d'investissement du projet représentait en 2015 37% du Chiffre d'affaires alors réalisé par le Professeur Christian Doutremepuich.

²⁶ C-6

²⁷ CL-1 – *Fedax v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/7, Décision sur la compétence, 11 juillet 1997, § 40

autorité le 14 avril 2016. Outre cette période active et effective des Demandeurs sur le territoire mauricien, il faut rappeler que le projet était néanmoins destiné à une exploitation sur le long terme, tant du point de vue des missions d'expertise judiciaire que de l'activité consacrée aux tests de paternité pour les populations africaines. Le fait que les autorités mauriciennes aient mis fin au projet ne peut pas être une circonstance permettant d'évincer le projet de la protection du Traité. Le Traité a pour objet de garantir aux investisseurs une protection une fois leur projet admis. Considérer que la période de protection ne serait pas ouverte dès cette admission, en l'espèce matérialisée par la lettre du BPM en date du 14 octobre 2014²⁸, reviendrait à priver le Traité de tout effet utile.

16.- Les Demandeurs se permettent en tous les cas d'attirer l'attention du Tribunal sur le fait qu'aucune des sentences citées par la Défenderesse ne peut servir de référence pertinente pour écarter la qualification d'« *investissement* » en l'espèce. Dans l'affaire *Romak*²⁹, le tribunal arbitral était saisi de la question de savoir si une sentence rendue au bénéfice d'une société suisse à l'encontre d'une société d'Etat ouzbèke pouvait constituer un investissement au sens de l'article 1(2) du traité conclu entre la Suisse et l'Ouzbékistan. Selon les demandeurs dans cette affaire, l'exécution d'une telle sentence devait être considérée comme un « *claim to money* » ou comme a « *right given by decision of the authority* », éléments listés à l'article 1(2) portant définition de l'investissement au sens du traité. Cette prétention a été écartée par le tribunal arbitral par confrontation à la définition inhérente de l'investissement en droit international. Ce tribunal a notamment constaté qu'une simple opération commerciale (vente internationale de céréales) et la sentence arbitrale qui pouvait être consécutive à un différend relatif à l'exécution d'une telle opération ne pouvaient constituer un investissement au sens du traité. Il faut relever que les éléments de la définition de l'investissement en cause (« *claims to money* » et « *right given by decision of the authority* ») visaient des catégories de droit extrêmement larges et, surtout, ne visaient pas expressément les contrats de vente internationale ni les sentences arbitrales qui pouvaient en constituer l'extension. Ainsi, répondre à la question de savoir si les créances liées à de telles situations pouvaient constituer des « *claims to money* » et « *right given by decision of the authority* » en application du traité nécessitait un exercice d'interprétation qui devait nécessairement tenir compte de l'objet et du contexte du traité. Or, dans ce contexte, les demandeurs ne pouvaient pas justifier sérieusement d'investissements réalisés durablement sur le territoire ouzbek. Idem dans l'affaire *Alps Finance and Trade AG v. The Slovak Republic*³⁰ dans laquelle une société suisse prétendait que des créances rachetées à une société slovaque pouvaient constituer un « *investissement* » au sens du traité conclu entre

²⁸ CL-8 – *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, Aff. CPA n°2012-12, décision sur la compétence et la recevabilité du 17 décembre 2015, § 513 qui précise que « *the No-objection letter, which contains no reservations, constitutes prima facie evidence that the investment was (and remains) validly admitted* ».

²⁹ RLA – 32

³⁰ RLA – 33

la Suisse et la République slovaque. Dans cette affaire, le demandeur se plaignait de ne pas avoir pu recouvrer ses créances auprès d'un débiteur slovaque défaillant, notamment du fait de manquements allégués de la justice slovaque. La qualification d'investissement au sens du traité applicable n'a pas été retenue par le tribunal dans la mesure où la société suisse ne pouvait arguer d'aucun investissement concrètement constitué sur le territoire slovaque.

17.- En conclusion, les Demandeurs considèrent que les investissements et les dépenses qu'ils ont réalisés, les moyens humains et financiers qu'ils ont consacrés au projet à compter de son approbation par le BPM le 14 octobre 2014 doivent être considérés comme des investissements protégés au sens du Traité.

B - Les Demandeurs ont effectué des dépenses de développement du projet indemnisables en application du Traité

18.- La Défenderesse tente également de présenter les dépenses réalisées par les Demandeurs comme étant des dépenses de préinvestissement non constitutives d'un investissement protégé au titre du Traité. La Défenderesse affirme notamment que « *the Project was contingent upon the formal approval of the Mauritius authorities, which they never obtained* »³¹; « *The Claimants cannot ignore that they were never authorised to invest in the regulated sector of DNA forensics in Mauritius* »³².

19.- Ces affirmations sont complètement fausses et ignorent l'accord inconditionnel du BPM de la République de Maurice en date du 14 octobre 2014³³. Les dépenses exposées par les Demandeurs dans cette affaire ne sont pas des dépenses de préinvestissement mais bien des dépenses réalisées après l'accord précité pour développer le projet, de telles dépenses ayant pour la plupart été réalisées sur le territoire mauricien avec des prestataires locaux, et étant pleinement indemnisables au sens du Traité.

20.- En effet, il convient de rappeler que l'article 9 du Traité prévoit l'arbitrage pour « *les accords relatifs aux investissements à effectuer sur le territoire d'un des Etats contractants, par les ressortissants (...) de l'autre Etat contractant.* »³⁴ (Mots soulignés par nous). Les Demandeurs déduisent des termes de cette disposition que toutes les dépenses réalisées à compter de l'approbation du projet en date du 14 octobre 2014 et jusqu'à l'arrêt du projet par lettre de la même autorité le 14 avril 2016 sont donc indemnisables ou arbitrables. L'affaire

³¹ MOJ § 93

³² MOJ § 94

³³ C-7

³⁴ C-2

Mihaly citée par la Défenderesse³⁵ n'a aucune pertinence en l'espèce. Dans cette affaire l'investisseur ne pouvait se prévaloir ni d'un accord des autorités sur son projet d'investissement ni de sociétés locales constituées comme c'est le cas pour les Demandeurs.

21.- La Défenderesse tente finalement de faire glisser le débat de compétence vers le débat de fond en prétendant que « *it is also clear from the evidence submitted by the Claimant's that they were fully aware that their prospective investment would have required a change of legislation in Mauritius (i.e. amendment to the DNA Identification Act of 2009) which did not occur* »³⁶.

22.- Or, l'arrêt du projet le 14 avril 2016 n'a pas été justifié par la nécessité d'une telle modification³⁷. Quant à considérer que le projet était lié à une nécessaire modification de cette législation et qu'une telle modification soit impossible, il appartient à la Défenderesse de le démontrer.

23.- En tous les cas, il n'échappera pas au Tribunal arbitral que :

- le *DNA Identification Act* n'a jamais empêché les autorités judiciaires mauriciennes de solliciter les services des Demandeurs³⁸ et de les féliciter pour le travail effectué³⁹ et ;
- le *DNA Identification Act* n'a pas par ailleurs vocation à s'appliquer à l'activité de tests de paternité à destination des pays africains, cette activité représentant l'essentiel de l'activité commerciale du projet.

24.- Quoi qu'il en soit, cette discussion appartient à l'examen au fond de l'affaire qui consistera notamment à déterminer **les véritables raisons** qui ont conduit à l'arrêt brutal du projet.

25.- Alors que la République de Maurice a manifestement besoin d'un laboratoire d'expertise ADN⁴⁰ et que les Demandeurs apportaient le savoir-faire et les capitaux nécessaires à sa réalisation, il est tout simplement incohérent que les autorités mauriciennes aient mis fin au projet.

³⁵ RLA – 36

³⁶ MOJ § 93

³⁷ C-18

³⁸ C-5 et C-22 – Lettre de l'Office of the Director of Public Prosecutions à M. Doutremepuich en date du 23 juillet 2014

³⁹ C-21 – Lettre (fax) de l'Office of the Commissioner of Police à M. Doutremepuich en date du 25 novembre 2010

⁴⁰ C-1

26.- A ce stade, les Demandeurs entendent souligner une nouvelle fois le silence confondant des autorités mauriciennes sur cette affaire. Celles-ci n'ont jamais fourni d'explications sérieuses pour justifier leur décision. Et ce comportement laisse supposer que cette décision pourrait être liée :

- à des enquêtes ou procédures judiciaires alors en cours à la date de cette décision ;
- à l'interférence d'intérêts concurrents et proches du nouveau gouvernement alors en place (on rappellera ici que le projet a été initialement approuvé sous le gouvernement de Navim Rangoolam du parti travailliste et qu'il a été remis en cause par son successeur Anrood Jugnauth du mouvement socialiste), ou ;
- à des sollicitations auxquelles les Demandeurs n'auraient pas répondu favorablement.

27.- A cet égard, les auditions des personnes en charge du dossier pour les autorités mauriciennes dans le cadre de la procédure au fond seront vraisemblablement déterminantes.

II. LE CONSENTEMENT DE LA REPUBLIQUE DE MAURICE A L'ARBITRAGE

28.- Les Demandeurs invoquent l'application des articles 8(2) et 9 du Traité. Ces articles prévoient :

« Pour les matières régies par la présente Convention autres que celles visées à l'article 7, les investissements des ressortissants, sociétés ou autres personnes morales de l'un des Etats contractants bénéficient également de toutes les dispositions plus favorables que celles du présent Accord qui pourraient résulter d'obligations internationales déjà souscrites ou qui viendraient à être souscrites par cet autre Etat avec le premier Etat contractant ou avec des Etats tiers. » (Article 8(2) du Traité)⁴¹

« Les accords relatifs aux investissements à effectuer sur le territoire d'un des Etats contractants par les ressortissants, sociétés ou autres personnes morales de l'autre Etat contractant, comporteront obligatoirement une clause prévoyant que les différends relatifs à ces investissements devront être soumis (...) au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, en vue de leur règlement par arbitrage (...). » (Article 9 du Traité)⁴²

29.- Sur ces fondements, constatant que le règlement des différends investisseur-Etat est donc une des « *matières* » régies par le Traité, les Demandeurs **bénéficient également** de l'article 9 du traité conclu avec la Finlande pour régler leur différend avec la Défenderesse par un arbitrage *ad hoc* CNUDCI. Cette disposition prévoit :

« 1. Any dispute arising directly from an investment between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party should be settled amicably between the two parties to the dispute.

2. If the dispute has not been settled within three months from the date on which it was raised in writing the dispute may, at the choice of the investor be submitted: (...)

c) to any ad hoc arbitration tribunal which unless otherwise agreed on by the parties to the dispute, is to be established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) (...)

5. Each Contracting Party hereby gives its unconditional consent to the submission of a dispute between it and an investor of the other Contracting Party to arbitration in accordance with this Article. »⁴³

⁴¹ C-2

⁴² C-2

⁴³ C-3

30.- La Défenderesse s'oppose à cette possibilité en prétendant que le règlement des différends entre investisseur et Etat ne serait pas une des « *matières* » régies par le Traité. La Défenderesse considère aussi qu'un consentement à l'arbitrage, ou que la compétence du Tribunal, doit être en premier lieu établi en application du Traité pour que le jeu de la clause MFN de l'article 8(2) du Traité puisse être valablement invoqué par les Demandeurs.

31.- La controverse spécifique de la présente affaire a déjà été soumise à l'appréciation d'un tribunal arbitral constitué dans l'affaire *Rawat v. République de Maurice*⁴⁴. Pour autant, ce tribunal arbitral n'a pas eu à se prononcer précisément sur cette question puisqu'il a écarté sa compétence du fait de la double nationalité des demandeurs. La question qui est donc aujourd'hui soumise à l'appréciation du Tribunal est, à la connaissance des Demandeurs, parfaitement inédite.

32.- Afin d'être plus amplement éclairés, les Demandeurs ont sollicité les contributions de deux experts pour qu'ils analysent les dispositions en cause dans la présente affaire et fournissent leur avis. Madame Claire Crépet Daigremont, qui enseigne à l'Université de Paris 2 Panthéon Assas et qui est l'auteure d'une thèse sur les clauses MFN⁴⁵, et Monsieur le Professeur Yves Nouvel, qui enseigne dans cette même Université⁴⁶, ont produit parallèlement deux analyses qui conduisent toutes les deux à une même conclusion : la possibilité pour les Demandeurs d'invoquer l'article 9 du traité conclu avec la Finlande sur le fondement de l'article 8 du Traité. Il sera donc fait référence à ces analyses dans l'exposé des Demandeurs.

33.- Les Demandeurs entendent convaincre le Tribunal du bien-fondé de leur démarche et du consentement de la Défenderesse à la présente procédure d'arbitrage en lui soumettant une lecture « *ordinaire* », mot-à-mot et commentée de l'article 8(2) du Traité (A.). La possibilité pour les Demandeurs d'invoquer l'article 9 du traité conclu avec la Finlande sera ensuite confrontée au principe *ejusdem generis* (B.). Le consentement à l'arbitrage de la Défenderesse sera également évalué au regard de la nécessité alléguée d'établir une compétence du Tribunal en application du Traité avant de faire jouer la clause MFN (C.). Les Demandeurs concluront leur exposé en relevant le comportement [REDACTED] de la Défenderesse [REDACTED] dans le cadre de sa politique en matière d'arbitrage investisseur-Etat (D.).

⁴⁴ RLA – 20

⁴⁵ CER-1

⁴⁶ CER-2

A - Les Demandeurs bénéficient de l'article 9 du traité conclu avec la Finlande en application de l'article 8 du Traité

34.- La possibilité qu'une clause MFN puisse s'appliquer aux clauses de règlement des différends fait aujourd'hui l'objet d'un consensus. Il résulte en effet du rapport établi en 2015 par le Groupe d'étude de la CDI sur la clause MFN qu'« *il ne fait guère de doute que, en principe, les dispositions NPF sont susceptibles de s'appliquer aux dispositions des traités bilatéraux d'investissement relatives au règlement des différends* »⁴⁷. Compte tenu néanmoins de la grande diversité de rédactions des clauses MFN, il est également établi que la détermination de la portée de chacune de ces clauses MFN reste un exercice d'interprétation éminemment précis et singulier pour chaque clause. Ainsi que le relève le Groupe d'étude : « *cette question est vraiment une question d'interprétation des traités à laquelle il ne peut être répondu qu'au regard de chaque cas particulier.* » ; « *il ne fait aucun doute que les dispositions NPF en matière d'investissement sont largement présentes dans les accords bilatéraux d'investissement, mais avec un libellé propre à chaque accord* » ; « *la question clé de l'*ejusdem generis* (...) doit être déterminée au cas par cas* »⁴⁸.

35.- La Défenderesse perle son mémoire de références à des sentences arbitrales et à de la doctrine apparemment hostiles à l'application des clauses MFN aux clauses de règlement des différends investisseur-Etat. De telles références sont vaines à partir du moment où aucune d'elles ne s'est concrètement saisie des termes précis de l'article 8(2) du Traité. De la même façon, les Demandeurs pourraient eux aussi citer nombre de sentences *a priori* favorables à leur thèse⁴⁹, mais aucune ne pourrait être considérée comme définitivement probante au regard de la spécificité de la rédaction de l'article 8(2) du Traité.

36.- Cela étant dit, les Demandeurs attachent une importance toute particulière aux raisonnements suivis par les arbitres dans l'affaire *Maffezini*⁵⁰ ainsi que dans l'affaire *Garanti Koza LLP*⁵¹. L'affaire *Maffezini* a été la première à accepter l'opération de la clause MFN sur

⁴⁷ CL-2 – Rapport du Groupe d'étude sur la clause MFN, Nations Unies, 2015, § 162

⁴⁸ CL-2 §§ 145, 148

⁴⁹ Parmi les sentences ayant appliqué la clause MFN aux clauses de règlement des différends, on peut notamment citer : *MTD Equity Sdn. Bhd. And MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Sentence du 25 mai 2004 ; *Siemens A.G. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Décision sur la compétence du 3 août 2004 ; *Camuzzi International S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/7, Décision sur la compétence en date du 10 juin 2005 ; *Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/10, Décision sur la compétence en date du 17 juin 2005 ; *RosinvestCo U.K. Ltd. V. The Russian Federation*, SCC Case No. V079/2005, Sentence sur la compétence du 1^{er} octobre 2007 ; *Impregilo S.p.A v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/17, Sentence du 21 juin 2011 ; *Hochtief AG v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/31, Décision sur la compétence en date du 24 octobre 2011

⁵⁰ CL-3 – *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Décision sur la compétence du 25 janvier 2000

⁵¹ CL-4 – *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/11/20, Décision sur la compétence du 3 juillet 2013

les clauses de règlement des différends. Depuis cette affaire, les Etats qui ne souscrivent pas à cette approche ont eu l'occasion de clarifier leurs engagements existants par échange de lettres ou de tenir compte de cette solution dans la rédaction et la négociation de clauses MFN dans leurs nouveaux traités bilatéraux d'investissement (ci-après, « *TBI* »). La sentence rendue dans l'affaire *Garanti Koza LLP* est certainement celle qui est la plus proche de la problématique soumise au Tribunal. Dans cette affaire, la question de savoir si la compétence du tribunal arbitral doit être d'abord établie en application du traité de base avant tout examen du jeu de la clause MFN était précisément posée et le tribunal arbitral y a répondu par la négative.

37.- Concernant la règle d'interprétation applicable, l'article 31(1) de la Convention de Vienne prévoit qu'« *un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.* ». Le Traité ayant la particularité d'être directement invocable par les opérateurs économiques, une attention toute particulière doit être accordée au sens « *ordinaire* » des termes du Traité tant que ce sens ne heurte pas l'objet et le but du Traité. Il importe en effet de rendre les droits qui résultent de tels traités compréhensibles de leurs bénéficiaires, et de se garder de toute théorie conduisant à en rendre l'application mystérieuse, incertaine ou indécise, voire à les priver de tout effet utile.

38.- Or, la lecture « *ordinaire* » de l'article 8(2) du Traité permet de mettre en évidence que la clause MFN qu'il contient est rédigée dans **les termes les plus larges possibles.**

1. « *Pour les matières régies par la présente Convention autres que celles visées à l'article 7, (...)* »

39.- La phrase d'introduction de l'article 8(2) du Traité comporte deux problématiques au cœur de son interprétation. La première est celle de déterminer si le règlement des différends investisseur-Etat fait partie des « *matières* » régies par le Traité (a). La seconde est de savoir si, à supposer que le règlement des différends investisseur-Etat fasse partie des « *matières* » régies par le Traité, il est ou non exclu du jeu de la clause (b).

a) *Le règlement des différends investisseur-Etat est une des « matières » régies par le Traité*

40.- Les Demandeurs considèrent qu'il convient en premier lieu de s'entendre sur le sens à donner au terme « *matières* » de l'article 8(2) du Traité. De l'avis des Demandeurs, ayant toujours à l'esprit la préoccupation de donner aux termes employés par le Traité leur sens « *ordinaire* » pourvu que cela ne heurte ni son objet ni son but, le terme « *matières* » pourrait avoir pour synonyme dans le contexte où il est employé les termes « *questions* » ou « *sujets* ». La structure de l'article 8(2) du Traité conduit également nécessairement à assimiler ou associer

le terme « *matières* » au terme « *dispositions* » puisqu'il vise à ouvrir aux Demandeurs le bénéfice de « *toutes les dispositions plus favorables que celles du présent Accord* » (Mot souligné par nous).

41.- L'article 9 du Traité prévoit que :

« Les accords relatifs aux investissements à effectuer sur le territoire d'un des Etats contractants, par les ressortissants, sociétés ou autres personnes morales de l'autre Etat contractant, comporteront obligatoirement une clause prévoyant que les différends relatifs à ces investissements devront être soumis (...) au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, en vue de leur règlement par arbitrage (...). »⁵²

42.- L'article 9 du Traité a pour objet de fixer les conditions dans lesquelles la Défenderesse et des ressortissants français doivent régler leur différend. Il est donc parfaitement justifié de considérer que le règlement des différends investisseur-Etat fait bien partie des « *matières* » régies par le Traité. Le fait que, en l'espèce, aucune clause compromissoire n'ait été formellement conclue entre les parties, c'est-à-dire que les parties n'aient pas mis en œuvre leur obligation et leur droit respectifs au titre de l'article 9 du Traité, ne peut en aucun cas signifier que le règlement des différends investisseur-Etat ne serait pas une des « *matières* » régies par le Traité. Le fait que l'article 9 du Traité renvoie à la conclusion d'une clause compromissoire entre les parties ne peut avoir pour effet de changer l'objet et la « *matière* » de cet article. De même, ce n'est pas parce que l'article 9 du Traité n'est pas rédigé selon les standards actuels des clauses de règlement des différends investisseur-Etat qu'il doit être considéré comme ne traitant pas de ce sujet.

43.- Dans ces circonstances, les Demandeurs ne comprennent pas comment la Défenderesse peut sérieusement soutenir qu'il n'existe pas une « *investor-state dispute resolution clause* » dans le Traité⁵³ ou que l'article 9 du Traité « *does not say anything about investor-State arbitration under the Treaty* »⁵⁴. Si l'article 9 du Traité n'a pas pour objet le règlement des différends entre investisseur et Etat, la Défenderesse peut-elle alors préciser quel en serait l'objet ?

⁵² C-2

⁵³ MOJ § 26

⁵⁴ MOJ § 28

b) *Le règlement des différends investisseur-Etat est une matière non exclue du jeu de la clause MFN du Traité*

44.- Les Demandeurs relèvent que l'article 8(2) du Traité exclut expressément de son champ d'application les matières régies par l'article 7 du Traité. Or, l'article 7 du Traité prévoit que :

« Les personnes physiques et les personnes morales ressortissantes de l'une des Parties ne sont pas assujetties sur le territoire de l'autre Partie à des droits, taxes et contributions, sous quelque dénomination que ce soit, autres ou plus élevés que ceux perçus sur les personnes physiques et les personnes morales ressortissantes de ladite Partie et se trouvant dans la même situation. Cette disposition ne met pas obstacle à l'octroi par chaque Gouvernement à ses propres ressortissants d'avantages spécifiques préférentiels en matière d'investissements, dans la mesure où ces avantages ne sont pas de nature à fausser les conditions de marché. »⁵⁵

45.- La citation complète de cette disposition permet ainsi de vérifier que l'article 7 du Traité ne concerne pas la question du règlement des différends entre investisseur et Etat. L'article 7 expose le principe de traitement national en matière fiscale tout en prévoyant la possibilité de régimes préférentiels. Il résulte de cette exclusion spécifique que la matière du règlement des différends entre investisseur et Etat est donc quant à elle une matière non exclue du jeu de l'article 8(2) du Traité. Si les parties au Traité avaient souhaité exclure la matière du règlement des différends entre investisseur et Etat du jeu de la clause MFN, il est raisonnable de penser qu'elles l'auraient clairement indiqué, de la même façon qu'elles l'ont fait pour l'article 7 du Traité.

46.- Au demeurant, les Demandeurs doivent rappeler ici que leur analyse est pleinement confortée par l'autorité des travaux du Groupe d'étude de la CDI dans son rapport final sur la clause de la nation la plus favorisée. Selon ce rapport :

« le fait [de] ne pas mentionner les dispositions de règlement des différends parmi les questions qui sont exclues de l'application d'une clause NPF signifie que cette clause couvre le règlement des différends. Toutefois, comme l'ont relevé certains auteurs, le principe expressio unius est dans le meilleur des cas une présomption. »⁵⁶

⁵⁵ C-2

⁵⁶ CL-2 p. 46, § 188

47.- En d'autres termes, c'est bien à la Défenderesse qu'il appartient de démontrer que le règlement des différends ne serait pas inclus dans le jeu de la clause de la nation la plus favorisée du Traité.

48.- A cet égard, la Défenderesse soutient qu'inclure le règlement des différends dans le champ d'application de l'article 8(2) du Traité serait « absurde » du fait que de telles clauses n'auraient pas existé à l'époque de la signature du Traité par les Etats contractants. Selon la Défenderesse, « *it is thus simply not credible to argue that they should have expressly excluded it from the scope of the MFN clause at the time* »⁵⁷.

49.- Ce raisonnement n'est soutenu par aucun élément de preuve. Et il est bien entendu erroné dans la mesure où l'article 9 du Traité a bien pour objet de fixer un mode de règlement des différends obligatoire pour tout accord relatif à des investissements à effectuer par des ressortissants français à Maurice, et que les parties au Traité auraient très bien pu souhaiter rendre impératifs les termes de cette disposition en l'excluant du champ de la clause MFN, ce qu'elles n'ont pas fait.

50.- Les Demandeurs feront encore valoir que dans le traité nouvellement conclu entre la France et Maurice en 2010, soit bien après que l'affaire *Maffezini* ait attiré l'attention sur la problématique de l'application de la clause MFN aux modes de règlement des différends, la clause MFN ne prévoit pas l'exclusion des dispositions relatives au règlement des différends entre investisseur et Etat de son champ d'application⁵⁸. Cela constitue une indication forte du fait que l'application de la clause MFN au règlement des différends investisseur-Etat ne constitue aucunement une difficulté pour les parties.

2. « (...) les investissements des ressortissants, sociétés ou autres personnes morales de l'un des Etats contractants »

51.- Selon la Défenderesse, le fait que la clause MFN du Traité fasse référence aux « *investissements des ressortissants* » et non aux « *investisseurs* » pris isolément devrait être interprété comme excluant ces derniers du bénéfice de l'article 8(2) du Traité⁵⁹. En réalité, une telle interprétation est de nature à priver d'effet utile la clause MFN du Traité, ainsi que la sanction de sa violation. C'est pourquoi une telle interprétation est d'ailleurs rejetée par les tribunaux arbitraux lorsque le texte de la clause MFN ne distingue pas clairement entre le régime applicable aux investisseurs et celui applicable aux investissements.

⁵⁷ MOJ § 58

⁵⁸ R – 4

⁵⁹ MOJ § 61

52.- Dans l'affaire *Siemens v. Argentina*, le tribunal arbitral saisi d'une argumentation identique à propos de l'article 3 du traité conclu entre l'Allemagne et l'Argentine a considéré que :

« The Treaty is a treaty to promote and protect investments, investors do not figure in the title. Fair and equitable treatment would be reserved to investments, and denial of justice to an investor would be excluded. While these considerations may follow a strict logical reasoning based on the terms of the Treaty, their result does not seem to accord with its purpose. More consistent with it is to consider that, in Article 3, treatment of the investments includes treatment of the investors (...) The tribunal finds that, for purposes of applying the MFN clause, there is no special significance to the differential use of the terms investor or investments in the Treaty. »⁶⁰

53.- Dans l'affaire *Plama*, le tribunal arbitral a fait sien le raisonnement suivi par le tribunal arbitral dans l'affaire *Siemens* en considérant également que :

« the difference between the terms « treatment...accorded to investments », as appearing in Article 3(1) of the Bulgaria-Cyprus BIT, and « treatment...accorded to investors », as appearing in other BITs, is to be noted. The Tribunal does not attach a particular significance to the use of the different terms, in particular not since Article 3(1) contains the words « investments by investors ». »⁶¹

54.- Ainsi, les Demandeurs estiment qu'à partir du moment où le texte de la clause MFN du Traité fait référence aux « investissements des ressortissants » et qu'aucune exclusion expresse ne figure dans le texte de la clause MFN du Traité, ils se trouvent dans une situation identique à celle relevée par le tribunal arbitral dans l'affaire *Plama* et ne peuvent donc être exclus du jeu de la clause MFN du Traité sans que cela vienne contredire son objet et son but. Il faut encore souligner sur ce point que le Groupe d'étude de la CDI ne mentionne pas dans son rapport qu'une telle rédaction puisse conduire à écarter le jeu de la clause sur le règlement des différends investisseur-Etat.

3. « (...) bénéficient également (...) »

55.- Cette expression marque en premier lieu la volonté des auteurs de donner un effet automatique à la clause MFN de l'article 8 du Traité. Cette volonté est conforme au régime

⁶⁰ CL-5 – *Siemens AG v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Décision sur la compétence du 3 août 2004 § 92

⁶¹ RLA – 26 § 190

général de la clause MFN tel qu'il résulte du Projet d'Articles de la CDI. L'article 20 du Projet d'Articles prévoit que :

« Le droit de l'Etat bénéficiaire, en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée qui n'est pas soumise à une condition de contrepartie, au traitement de la nation la plus favorisée, pour lui-même ou au profit des personnes ou de choses se trouvant dans un rapport déterminé avec lui, prend naissance au moment où le traitement pertinent est conféré par l'Etat concédant à un Etat tiers ou à des personnes ou des choses se trouvant dans le même rapport avec cet Etat tiers. »⁶²

56.- Ce qui revient à dire que, en l'espèce, le droit des Demandeurs d'invoquer la clause de règlement des différends investisseur-Etat du traité conclu avec la Finlande a « *pris naissance au moment* » où ce traité a été conclu. La naissance de ce droit n'est subordonnée à aucune autre condition, notamment celle d'établir la compétence du tribunal arbitral en application du Traité ainsi que le prétend la Défenderesse.

57.- Ainsi que l'a souligné le tribunal arbitral dans l'affaire *Rawat* : « *the French present tense of « bénéficiant » denotes an existing imperative, as opposed to an obligation to do something in the future* »⁶³.

58.- Le tribunal arbitral dans l'affaire *Garanti Koza LLP*, dans une situation similaire et en faisant également référence à l'article 20(1) précité, a estimé que : « *No action on the investor's part other than the making of the investment is required to vest the investor with those rights. And the protection of the MFN clause applies to such an investor from the moment that the host State accords more favorable treatment to an investor from a third state* »⁶⁴.

59.- Cette expression marque en second lieu la volonté d'« *ajouter* » des droits aux droits déjà acquis par les bénéficiaires de la clause MFN en application du Traité. En application de ce texte, un investisseur doit bénéficier « *également* » de toutes les dispositions plus favorables. Il a donc directement accès à toutes les dispositions plus favorables. L'article 8(2) du Traité n'utilise pas le terme « *traitement plus favorable* » qui a pu être interprété comme limitant l'effet de la clause MFN à la seule amélioration des droits déjà acquis en application d'un traité et comme excluant la création de nouveaux droits.

⁶² CL-6 – Projet d'Articles sur les clauses de la nation la plus favorisée, Nations Unies, 1978

⁶³ CL-7 – *Rawat v. République de Maurice*, CPA No. 2016-20, Ordonnance sur les requêtes pour mesures provisoires en date du 11 janvier 2017, p. 16, note 8.

⁶⁴ CL-4 § 61

60.- En somme, les termes « *bénéficient également* » expriment parfaitement le fait qu'à partir du moment où un régime plus favorable est accordé à un investisseur tiers par l'un des Etats contractants au Traité, ce régime est directement invocable par un bénéficiaire du Traité sur le fondement de son article 8(2).

4. « (...) *de toutes les dispositions plus favorables que celles du présent Accord (...)* »

61.- Les Demandeurs entendent souligner ici la rédaction particulièrement large et inclusive de l'article 8(2) du Traité. Il ne peut être sérieusement déduit d'une telle rédaction que la clause MFN ne s'appliquerait pas aux clauses de règlement des différends entre investisseur et Etat. Cette analyse est confortée par les termes du rapport du Groupe d'étude sur la clause MFN. Selon ce rapport :

« lorsque la clause NPF contient des clauses qui font référence à « tout traitement » ou « toutes les questions » régis par le traité, les tribunaux ont eu tendance à accorder une interprétation large à ces clauses et à conclure qu'elles [s'] appliqueraient aux dispositions relatives au règlement des différends. »⁶⁵

62.- Or, l'article 8(2) du Traité fait bien référence au bénéfice « *de toutes les dispositions plus favorables* ». C'est donc bien à un exercice de comparaison « *disposition* » par « *disposition* » des TBIs conclus par la République de Maurice que les investisseurs français sont invités à réaliser en application de l'article 8(2) du Traité et ce afin de bénéficier de la plus favorable.

5. « (...) *qui pourraient résulter d'obligations internationales déjà souscrites ou qui viendraient à être souscrites par cet autre Etat avec le premier Etat contractant ou avec des Etats tiers* »

63.- Conformément à cette dernière partie du texte, les dispositions plus favorables peuvent être recherchées dans les obligations internationales « *souscrites* » antérieurement comme postérieurement au Traité, que ce soit avec des Etats tiers ou entre la France et Maurice. La logique de cette rédaction est donc très concrètement mue par la volonté d'accorder aux investisseurs des parties le « *meilleur* » traitement possible, sans aucune restriction. Yves Nouvel souligne dans son avis juridique la « **dimension évolutive** » que ce texte donne aux droits des Demandeurs⁶⁶.

⁶⁵ CL-2 p. 47 § 197.

⁶⁶ CER-2 § 30.

64.- Ainsi, se heurtant à l'absence totale de justification concernant l'arrêt de leur projet, les Demandeurs ont identifié parmi les autres TBIs conclus par la Défenderesse avec d'autres Etats membres de l'Union européenne l'article 9 du traité conclu avec la Finlande. Cette disposition prévoit que :

« 1. Any dispute arising directly from an investment between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party should be settled amicably between the two parties to the dispute.

2. If the dispute has not been settled within three months from the date on which it was raised in writing, the dispute may, at the choice of the investor, be submitted: (...) (a) (...) (b) (...) (c) to any ad hoc arbitration tribunal which unless otherwise agreed on by the parties to the dispute, is to be established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL).

5. Each Contracting Parties hereby gives its unconditional consent to the submission of a dispute between it and an investor of the other Contracting Party to arbitration in accordance with this Article. »⁶⁷

65.- Du point de vue des Demandeurs, outre le fait que cette clause n'impose pas de clause compromissoire entre les parties pour établir la compétence du Tribunal, cette disposition est plus favorable que l'article 9 du Traité à au moins deux égards :

- en premier lieu, l'article 9 du Traité ne vise aucune obligation de règlement amiable du différend. Il était donc plus favorable pour les Demandeurs d'invoquer l'article 9 du traité conclu avec la Finlande qui prévoit une telle obligation ;
- en second lieu, cette disposition offre à l'investisseur, en cas d'échec du règlement amiable, un choix entre différents règlements et institutions d'arbitrage, ce que l'article 9 du Traité n'offre pas. Or, en initiant l'arbitrage sur le fondement du règlement d'arbitrage de la CNUDCI le plus récent, l'espoir concret des Demandeurs était bien d'obtenir le plus rapidement possible des justifications sur le comportement de la Défenderesse – espoir déçu⁶⁸.

⁶⁷ C-3

⁶⁸ Lettre de Lalive à EY en date du 30 avril 2018 dans laquelle la Défenderesse refuse l'application du Règlement d'arbitrage CNUDCI le plus récent à la présente procédure en indiquant « *Consequently, if Messrs Doutremepuich wish to pursue their claims under the UNCITRAL Rules, they must proceed under 1976 UNCITRAL Rules, which do not require the Respondent to provide any Response to a Notice of Arbitration.* »

66.- L'article 9 du traité conclu avec la Finlande étant donc plus favorable pour les Demandeurs que l'article 9 du Traité – ce que la Défenderesse ne conteste aucunement d'ailleurs –, cette disposition **bénéficie également** aux Demandeurs en application de l'article 8(2) du Traité.

67.- Ainsi, pour résumer le cheminement intellectuel suivi par les Demandeurs :

- le Traité contient une disposition relative au règlement des différends investisseur-Etat (article 9) ;
- le règlement des différends investisseur-Etat est une des « *matières* » régies par le Traité ;
- au titre de l'article 8(2) du Traité, les Demandeurs **bénéficient également** de toutes les dispositions plus favorables qui pourraient résulter d'autres TBIs conclus par la République de Maurice ;
- les Demandeurs **bénéficient donc également** de la clause de règlement des différends plus favorable souscrite dans le traité conclu avec la Finlande.

68.- C'est cette lecture « *ordinaire* » du Traité qui a structuré les termes de la démarche initiée par les Demandeurs le 15 septembre 2017⁶⁹. La Défenderesse qualifie cette lecture de « *candide* »⁷⁰. Pour autant, elle est incapable de dire en quoi cette lecture serait contraire « *à l'objet et au but* » du Traité. L'objectif du Traité n'est-il pas d'apporter la meilleure protection possible à ses bénéficiaires, notamment via l'engagement souscrit au travers de sa clause MFN par les Etats contractants ?

B - L'interprétation des Demandeurs est conforme au principe *ejusdem generis*

69.- Concernant le principe *ejusdem generis* mis également en avant par la Défenderesse⁷¹, il est très clair que la démarche des Demandeurs qui vise à **bénéficier également** de l'application de l'article 9 du traité conclu avec la Finlande n'y contrevient aucunement. Le principe *ejusdem generis* est explicité de la façon suivante dans le Projet d'Articles sur les clauses MFN adopté par la CDI en 1978 :

⁶⁹ C-27 – Réclamation indemnitaire en date du 15 septembre 2017, notamment §§ 24-25

⁷⁰ MOJ § 35

⁷¹ MOJ §§ 63-67

« En vertu d'une clause de la nation la plus favorisée, l'Etat bénéficiaire acquiert, pour lui-même ou au profit de personnes ou de choses se trouvant dans un rapport déterminé avec lui, uniquement les droits qui rentrent dans les limites de la matière objet de la clause » (Article 9.1)⁷²

70.- L'énonciation de la règle confirme parfaitement que la « matière » est un contenant qui peut comporter une pluralité ou une diversité de « droits ». Elle est très bien illustrée par la CDI dans son commentaire. La Commission y indique :

« Suppose that a most-favoured-nation clause in a commercial treaty between State A and State B entitled State A to claim from State B the treatment which State B gives to any other State, that would not entitle State A to claim from State B the extradition of an alleged criminal on the ground that State B has agreed to extradite alleged criminals of the same kind to State C, or voluntarily does so. The reason, which seems to rest on the common intention of the parties, is that the clause can only operate in regard to the subject-matter which the two States had in mind when they inserted the clause in their treaty. »⁷³

71.- La CDI illustre ainsi le principe en opposant les matières commerciales et de coopération judiciaire, matières de natures et d'implications très différentes. Aucune comparaison n'est possible avec la situation soumise au Tribunal dans la présente affaire. En effet, dans la mesure où les Demandeurs ne font que solliciter sur la base de l'article 8(2) du Traité l'application d'une clause de règlement des différends investisseur-Etat plus favorable que celle prévue dans le Traité, et sont donc en présence des dispositions d'une même « matière » et des traités d'objet et de but également identiques (la promotion et la protection des investissements), les Demandeurs ne voient pas en quoi leur démarche peut poser une quelconque difficulté au regard du principe *ejusdem generis*.

72.- Ainsi que le tribunal arbitral dans l'affaire *Garanti Koza LLP* l'a parfaitement résumé :

« the MFN clause itself would be deprived of effet utile if it could never be used to override another provision of the treaty. Certainly, the principle of *ejusdem generis* restricts the application of an MFN clause to the displacement of clauses dealing with the same subject-matter in other treaties of the same nature. But that principle is not offended by the use of an MFN clause to displace a provision from the dispute resolution article of another bilateral investment treaty signed by the same State. »⁷⁴

⁷² CL-6

⁷³ RLA – 27

⁷⁴ CL-4 § 54

73.- Les Demandeurs acceptent la proposition de la Défenderesse suivant laquelle l'Etat qui a consenti la clause MFN ne doit pas pour autant se retrouver face à une obligation qu'il n'aurait jamais envisagée⁷⁵. Or, il est très clair que tel ne peut être le cas en l'espèce. En effet, il suffit de rappeler en synthèse que la Défenderesse :

- a consenti en 1973 à l'arbitrage CIRDI dans les conditions de l'article 9 du Traité ;
- a consenti dans le même Traité à une clause MFN dans les termes les plus larges ;
- a consenti à l'arbitrage CIRDI et à l'arbitrage CNUDCI – ce dernier n'étant disponible qu'à compter de 1976 – dans de nombreux TBIs conclus avec des Etats tiers⁷⁶;
- a souscrit plus largement à l'arbitrage CIRDI dans le nouveau traité conclu avec la France en 2010, sans exclure le mode de règlement des différends du champ de la clause MFN de ce nouveau traité⁷⁷ ;
- a approuvé formellement le projet des Demandeurs en 2014⁷⁸ ;
- [REDACTED]
[REDACTED]⁷⁹ ;
- se présente comme une « *place* » de l'arbitrage et a notamment conclu un accord de siège avec la Cour permanente d'arbitrage⁸⁰.

74.- Dans ces circonstances, la Défenderesse ne peut pas sérieusement prétendre qu'elle n'a « *jamais envisagé* » de se retrouver attraité par des ressortissants français à une procédure d'arbitrage, que cette procédure soit régie par le Règlement d'arbitrage CNUDCI, par la Convention de « Maurice » sur la transparence et administrée par la Cour permanente d'arbitrage.

75.- De la même façon, la Défenderesse ne peut pas sérieusement prétendre qu'elle n'avait pas conscience de la portée de la clause MFN du Traité lors de la conclusion de nouveaux TBIs

⁷⁵ MOJ § 64

⁷⁶ C-23 – Clauses de règlement des différends conclus par la République de Maurice dans des TBIs

⁷⁷ R – 4

⁷⁸ C-7

⁷⁹ [REDACTED]

⁸⁰ C-24 – Extrait du site Internet de la Cour permanente d'arbitrage

avec des Etats tiers. Comme cela est opportunément souligné par le Professeur Yves Nouvel, l'Etat est réputé savoir à quoi il s'oblige⁸¹.

C - Etablir la compétence du Tribunal en application du Traité n'est pas un préalable nécessaire au jeu de l'article 8 du Traité

76.- Les Demandeurs tiennent à souligner ici qu'il n'a pas été aisé de répondre aux arguments de la Défenderesse dans la mesure où elle entretient dans ses écrits une confusion permanente entre les notions de « *disposition relative au règlement des différends investisseur-Etat* », de « *consentement à l'arbitrage* » et de « *clause compromissoire* ». En mélangeant constamment ces concepts, la Défenderesse tente d'assimiler l'absence de « *clause compromissoire* » en l'espèce à l'absence d'un engagement ou d'un consentement général à l'arbitrage de la Défenderesse en application de l'article 9 du Traité. Or, même si les Demandeurs ne considèrent pas la caractérisation d'un consentement à l'arbitrage en application du Traité comme nécessaire au jeu de l'article 8(2) du Traité, il est clair qu'en l'espèce les Demandeurs jouissent d'un droit à l'arbitrage en application de l'article 9 du Traité (1.). Quant à l'exigence d'établir la compétence du Tribunal en application du Traité avant tout examen de la clause MFN, cette prétention de la Défenderesse est totalement dépourvue de fondement (2.).

1. L'existence d'un droit à l'arbitrage pour les Demandeurs en application de l'article 9 du Traité

77.- Il résulte très clairement de l'article 9 du Traité l'engagement de la Défenderesse de recourir à l'arbitrage investisseur-Etat pour tout « *accord* » relatif aux investissements à effectuer sur son territoire par des ressortissants français. Parallèlement, il résulte de cette disposition pour tout ressortissant français bénéficiant d'un « *accord* » relatif aux investissements à effectuer sur le territoire de la Défenderesse un « *droit* » à l'arbitrage. En effet, les Demandeurs relèvent que le terme « *obligatoirement* » n'offre aucune marge de manœuvre aux Etats parties. Il exprime très clairement le caractère contraignant pour les Etats de l'obligation souscrite à l'article 9 du Traité. Geneviève Bastid-Burdeau indique à l'égard d'une clause rédigée dans des termes identiques qu'« *il s'agit là d'une véritable obligation de résultat, ce qui n'est pas fréquent selon le droit international public (...)* »⁸².

⁸¹ Yves Nouvel souligne dans son analyse que la jouissance du *jus tractatum* par les Etats leur impose aussi le devoir dans son exercice d'évaluer la portée des obligations contractées, CER-2 § 6.

⁸² CER-2 – Geneviève Bastid Burdeau est citée par Yves Nouvel § 62. Il relève également la remarque du Professeur Loquin en présence d'une rédaction similaire à celle de l'article 9 « *on peut même s'interroger sur la possibilité de saisir directement le CIRDI en l'absence de clause expresse, au motif qu'elle est sous-entendue,*

78.- Or, en l'espèce, les Demandeurs peuvent justifier d'un tel accord. En effet la lettre de non-objection du BPM en date du 14 octobre 2014 est constitutive d'une admission du projet des Demandeurs⁸³ et, partant, d'un accord⁸⁴. Ainsi, le droit à l'arbitrage des Demandeurs ne peut leur être dénié. Cela ne revient pas à dire qu'il existe en l'espèce un accord d'arbitrage ou une clause compromissoire et qu'un tel accord puisse être mis en œuvre. Cela signifie simplement que le recours à l'arbitrage pour régler le différend entre les parties est une obligation internationale que les parties n'ont pas mise en œuvre. Bien entendu, cette absence de mise en œuvre ne saurait valoir renonciation de la part des Demandeurs. Cette absence de mise en œuvre, en violation d'une obligation de résultat, ne peut non plus permettre à la Défenderesse de neutraliser le jeu de la clause MFN.

79.- Dans l'affaire *Garanti Koza LLP*, le tribunal arbitral a de la même façon clairement distingué le consentement général à l'arbitrage qui résultait de la clause de règlement des différends litigieuse, laquelle prévoyait que tout différend devrait être soumis à l'arbitrage international, de l'accord d'arbitrage spécifique à conclure par écrit entre l'investisseur et l'Etat hôte. Or, selon ce tribunal arbitral, le consentement ou l'engagement général à l'arbitrage remplit parfaitement la condition *ratione voluntatis* décrite par le Professeur Brigitte Stern dans son opinion dissidente dans l'affaire *Impregilo*⁸⁵. Nul besoin de caractériser un accord d'arbitrage en tant que tel.

2. Etablir la compétence du Tribunal en application du Traité avant de pouvoir invoquer la MFN est une condition non prévue à l'article 8(2) du Traité

80.- L'existence en l'espèce d'un consentement ou d'un engagement général à l'arbitrage pour les accords relatifs aux investissements à effectuer à Maurice ne suffit de toute façon pas à la Défenderesse pour caractériser sa volonté de régler le présent différend par l'arbitrage. Selon elle, « *to be able to rely on an MFN clause in the basic treaty, a party must first establish the tribunal's jurisdiction under that treaty* »⁸⁶. Les Demandeurs comprennent que du point de vue de la Défenderesse cette compétence ne pourrait être établie en application de l'article 9 du Traité que s'il existait une « *clause compromissoire* » liant les parties et non uniquement un consentement général à l'arbitrage dans les conditions spécifiques visées à cet article.

pour l'Etat comme pour l'investisseur », CL-9 – E. Loquin, Note sous Cour d'appel de Paris, 1^{er} juin 1999, JDI, 2000 p. 381.

⁸³ C-7

⁸⁴ CL-8 – *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, Aff. CPA No. 2012-12, Décision sur la compétence et la recevabilité du 17 décembre 2015, § 513 qui précise que « *the No-objection letter, which contains no reservations, constitutes prima facie evidence that the investment was (and remains) validly admitted* ».

⁸⁵ CL-4 §§ 28-29

⁸⁶ MOJ § 36

81.- Les Demandeurs contestent fermement cette approche dans la mesure où elle n'est tout simplement pas prévue par le Traité et où elle n'est soutenue par aucune référence juridique pertinente citée par la Défenderesse. En réalité, la Défenderesse tente d'ajouter une condition au jeu de la clause MFN du Traité en prétendant que cette clause ne peut jouer que si le Tribunal établit en premier lieu sa compétence sur le fondement du Traité et avant tout examen de la clause MFN. Or, un tel préalable ne peut absolument pas être déduit du texte du Traité. Non seulement l'article 8(2) du Traité n'apporte aucune indication de cette nature, mais la condition imaginée par la Défenderesse n'est en pratique pas raisonnable. Elle revient à considérer qu'en l'absence de clause compromissoire entre les parties ou d'une compétence établie du Tribunal sur la base du Traité, les dispositions substantielles du Traité, dont fait partie la clause MFN de l'article 8(2) du Traité, ne seraient donc pas invocables par les bénéficiaires de ce Traité. Cette logique n'est tout simplement pas acceptable puisque, comme le relève le Professeur Yves Nouvel, elle reviendrait finalement à imposer en matière juridictionnelle de recourir à la clause la moins favorable pour obtenir le bénéfice de la disposition la plus favorable⁸⁷.

82.- Selon Claire Crépet Daigremont, aucune règle de mise en œuvre des clauses MFN reconnue en droit international n'imposerait qu'une offre d'arbitrage ait été consentie directement par l'Etat concédant dans le traité de base⁸⁸. Selon cet expert, ce type de limite au jeu de la clause MFN exprime des préoccupations relatives au respect du principe du consentement à l'arbitrage qui ne pourrait dans ce cas être qualifié de « *clair et non équivoque* ». Or, le principe du consentement à l'arbitrage n'est pas remis en cause lorsqu'il est fondé sur le jeu de la clause MFN. Lorsque la République de Maurice a donné un consentement « *clair et non équivoque* » à l'arbitrage dans le traité conclu avec la Finlande, elle s'était en même temps déjà engagée au travers de l'article 8(2) du Traité à faire bénéficier les investisseurs français de toutes les dispositions plus favorables. Elle ne pouvait donc ignorer qu'en donnant son consentement « *clair et non équivoque* » dans le cadre de sa négociation avec les autorités finlandaises, ce consentement « *clair et non équivoque* » valait également pour les ressortissants français. C'est le principe même de la clause MFN⁸⁹.

83.- Dans la situation très similaire de l'affaire *Garanti Kozza LLP*, le tribunal arbitral a considéré que : « *Nothing in the text of the treaty requires an investor to commence an arbitration before claiming its rights under the MFN clause, or subordinates the MFN clause to investor-State arbitration provision. To the contrary, the BIT provides that the MFN clause shall apply to the investor-State arbitration article.* »⁹⁰

⁸⁷ CER-2 § 11

⁸⁸ CER-1 § 32

⁸⁹ Yves Nouvel souligne que ce point de vue est également partagé par Mme Moschtaghi de l'Université de Hambourg, CER-2 § 91

⁹⁰ CL-4 § 62

84.- L'argument de la Défenderesse n'est donc qu'un artifice par lequel elle pense pouvoir éluder la question d'interprétation pure qui est celle de savoir si le règlement des différends investisseur-Etat est, ou n'est pas, une des « *matières* » du Traité. La Défenderesse ne pouvant sérieusement nier que le règlement des différends investisseur-Etat est bien une de ces « *matières* », elle se permet d'ajouter des conditions non prévues par la clause MFN pour tenter d'en réduire la portée.

85.- Après leur examen minutieux, les Demandeurs estiment qu'aucune des affaires citées à l'appui de la prétention de la Défenderesse ne permet d'identifier une obligation générale ou un principe général selon lequel la compétence du Tribunal devrait en premier lieu être établie en application du Traité avant qu'il soit statué sur les effets éventuels de la clause MFN de ce Traité. D'ailleurs le Groupe d'étude de la CDI lui-même n'identifie pas une telle condition.

- *L'arrêt rendu en 1952 par la Cour internationale de justice dans l'affaire Anglo-Iranian Oil*⁹¹

86.- La Défenderesse prétend que son raisonnement serait en premier lieu soutenu par la Cour internationale de justice dans son arrêt de 1952 dans l'affaire de l'Anglo-Iranian Oil. Il s'agissait dans cette affaire de définir la compétence de la Cour internationale de justice pour régler un différend entre le Royaume-Uni et l'Iran, différend né de la nationalisation en 1951 par l'Iran d'une société pétrolière anglaise implantée dans ce pays depuis 1933 en vertu d'une convention. Le Royaume-Uni, ayant juste accepté la compétence de la Cour en 1951, a agi au titre de la protection diplomatique en invoquant la violation par l'Iran de traités bilatéraux conclus en 1857 et 1903. Ce faisant, le Royaume-Uni se heurtait néanmoins aux termes de la déclaration de l'Iran relative à la compétence de la Cour et ratifiée le 19 septembre 1932. Selon cette déclaration, les différends dont pouvait connaître la Cour étaient limités à ceux (i) nés postérieurement à la ratification de la déclaration de l'Iran et (ii) qui étaient en lien avec l'application de conventions ou traités conclus seulement après cette déclaration. Afin de contourner cette difficulté, le Royaume-Uni a, à titre subsidiaire, invoqué le bénéfice de traités conclus postérieurement à cette déclaration par l'Iran avec des Etats tiers en invoquant les clauses MFN des traités de 1857 et de 1903. C'est dans ce contexte précis que la Cour a alors en effet indiqué que :

« in order that the United Kingdom may enjoy the benefit of any treaty concluded by Iran with a third party by virtue of a most-favoured-nation clause contained in treaty concluded by the United Kingdom with Iran, the United Kingdom must be in a position to invoke the latter treaty. »

⁹¹ RLA – 7

87.- Dans le contexte de cette affaire, cette phrase indique simplement qu'à partir du moment où la Cour ne pouvait être saisie de traités ou conventions antérieures à la déclaration de l'Iran, elle ne pouvait connaître d'aucune disposition de ces traités, y compris la clause de la nation la plus favorisée qu'ils contenaient. D'ailleurs, la Cour ne fera aucun examen des termes de cette clause. En aucun cas, il ne peut être déduit de cette solution que la Cour imposerait que la compétence d'un tribunal arbitral soit d'abord établie en vertu du traité de base pour que les bénéficiaires de ce traité puissent valablement invoquer la clause MFN de ce traité. Et lorsque la Cour précise encore qu'une « *third-party treaty, independent of and isolated from the basic treaty, cannot produce any legal effect as between the United Kingdom and Iran : it is res inter alios acta* », c'est tout simplement pour indiquer qu'en l'absence d'une clause MFN invocable devant elle, elle ne peut appliquer des conventions ou traités conclus par l'Iran avec des Etats tiers. Cela n'est pas contestable. Mais cela n'a absolument rien à voir avec la situation sous examen dans laquelle le droit des Demandeurs de se prévaloir de l'article 8 du Traité ne peut être remis en cause.

- *La sentence rendue dans l'Affaire Venezuela US, S.R.L v. Venezuela*⁹²

88.- Dans cette sentence, le tribunal arbitral indique que : « *the Tribunal agrees with the Respondent that the MFN clause cannot serve the purpose of importing consent to arbitration when none exists* ». Outre que cette phrase isolée dans une sentence qui a justement abouti à accepter le jeu de la clause MFN invoquée par les demandeurs est loin de pouvoir asseoir à elle seule un principe de droit international, on doit faire la remarque qu'elle ne vise justement que le « *consentement à l'arbitrage* » et non la compétence établie du tribunal arbitral en application du traité de base qui sont, comme cela a déjà été souligné, deux choses très différentes. Or, comme cela a été déjà maintes fois indiqué dans ce mémoire, l'article 9 du Traité comporte bien un consentement à l'arbitrage investisseur-Etat.

- *La sentence rendue en 2013 dans l'Affaire ST-AD GmbH v. Bulgaria*⁹³

89.- Selon la Défenderesse, il résulterait de cette sentence qu'un « *arbitral tribunal must first ascertain its own jurisdiction under the basic treaty in accordance with the principle of compétence-compétence, before it can even discuss the scope of an MFN clause* »⁹⁴. La Défenderesse renvoie dans sa note de bas de page au paragraphe 398 de cette sentence. Il convient alors de préciser que ce raisonnement est tout d'abord tenu dans un contexte où le tribunal était effectivement saisi sur le fondement de la clause de règlement des différends du traité de base, la clause MFN invoquée ne servant qu'à augmenter la compétence matérielle du

⁹² RLA – 22

⁹³ RLA – 23

⁹⁴ MOJ § 46

tribunal. Dans ces conditions, rien d'étonnant à ce que le tribunal dans cette affaire ait donc tenu en premier lieu à vérifier sa compétence en référence au traité de base. Mais il ne s'agit en aucun cas d'un principe général affirmé pour venir s'opposer à l'établissement de la compétence du tribunal arbitral sur le fondement d'un traité tiers. Il faut ensuite relever que le raisonnement tenu par le tribunal est en réalité noyé dans l'analyse du texte de la clause MFN en cause et qu'il participe à l'interprétation de cette clause. C'est ainsi que ce tribunal a considéré que « *this analysis reinforces the Tribunal' view that the MFN clause (...) of the BIT does not apply to the dispute settlement mechanism* »⁹⁵. Il conviendra enfin de relever que le Tribunal dans cette affaire était présidé par le Professeur Brigitte Stern dont la doctrine constante s'oppose au jeu de la clause MFN sur les clauses de règlement des différends.

- *La sentence rendue en 2011 dans l'affaire Hochtief v. Argentina*

90.- Dans cette affaire, la Défenderesse prétend que le tribunal arbitral aurait considéré que « *the MFN clause cannot create a right to go to arbitration where none otherwise exists under the BIT.* »⁹⁶. Cette citation est tronquée. La citation complète est la suivante :

*« in the present case, it might be argued that the MFN clause requires that investors under the Argentina-Germany BIT be given MFN treatment during the conduct of an arbitration but that the MFN clause cannot create a right to go to arbitration where none otherwise exists under the BIT. The argument can be put more generally: the MFN clause stipulates how investors must be treated when they are exercising the rights given to them under the BIT but does not purport to give them any further rights in addition to those given to them under the BIT. »*⁹⁷

91.- Dans cette affaire, la clause MFN était libellée d'une façon bien différente de celle de l'article 8 du Traité, à savoir :

« Neither Contracting Party shall subject nationals or companies of the other Contracting Party, as regards their activity in connection with investments in its territory, to treatment less favourable than it accords to its own nationals or companies of the third States. »

92.- Il ne pourra donc pas échapper au Tribunal que la notion de « *traitement* » à laquelle il est fait référence dans la clause précitée n'est pas utilisée par l'article 8(2) du Traité qui fait référence pour sa part à « *toutes les dispositions plus favorables* » pour toutes les « *matières* »

⁹⁵ RLA – 23 § 399

⁹⁶ MOJ § 46

⁹⁷ RLA – 24 § 79

du Traité. Or, l'emploi du terme « *traitement* » dans la clause MFN en cause a été un point fondamental pour que le tribunal arbitral considère que :

« *the MFN clause stipulates a standard of treatment and defines it according to the treatment of third parties. The reference is to a standard of treatment accorded to third parties, not to the extent of the legal rights of third parties.* »⁹⁸

93.- En d'autres termes, le tribunal arbitral considère qu'en faisant référence au « *traitement* » de l'investisseur, la clause MFN ne peut pas le faire bénéficier de « *droits* » supplémentaires mais seulement améliorer le traitement des droits dont il est déjà titulaire. C'est la raison pour laquelle la référence à cette sentence n'est pas pertinente. La Défenderesse la présente comme fondant sa thèse selon laquelle le jeu de la MFN doit être écarté tant que la compétence du tribunal n'est pas établie sur le fondement du traité alors que, dans cette affaire, le tribunal arbitral n'a fait qu'apprécier la portée d'une clause MFN libellée d'une façon très différente de l'article 8 du Traité. Encore faut-il de toute façon ajouter que, en l'espèce, les Demandeurs bénéficient d'un « *droit* » à l'arbitrage en application de l'article 9 du Traité dans la mesure où un accord a existé pour leurs investissements à effectuer sur le territoire de Maurice⁹⁹. Ainsi, l'interprétation retenue par ce tribunal arbitral, en présence d'une clause MFN rédigée de façon très différente, ne fait de toute façon pas obstacle au jeu de l'article 8 du Traité dans l'affaire soumise au Tribunal.

- *La sentence rendue en 2012 dans l'affaire Daimler v. Argentina*¹⁰⁰

94.- Dans cette affaire était en jeu l'accès de l'investisseur à l'arbitrage CIRDI sans avoir respecté la saisine préalable des tribunaux étatiques et un délai de 18 mois tels que prévus dans la clause de règlement des différends du traité applicable. Dans ce contexte, l'investisseur entendait se prévaloir de la clause MFN du traité pour contourner l'obligation de saisine préalable des tribunaux étatiques et d'écoulement du délai de 18 mois. La question était donc celle de savoir si la clause MFN applicable, qui était la même que celle citée plus haut dans l'affaire *Hochtief v. Argentina*, pouvait permettre un tel contournement. Or, contrairement à ce qu'indique la Défenderesse, le tribunal arbitral n'a pas considéré que la clause MFN ne pouvait être invoquée qu'en présence d'une compétence du tribunal établie en application du traité de base. Le tribunal arbitral a plutôt considéré qu'il lui appartenait d'examiner si les termes de la clause MFN applicable pouvaient permettre de contourner les conditions restrictives posées à la compétence du tribunal arbitral. Et ce n'est qu'après un examen très minutieux des termes de

⁹⁸ RLA – 24 § 81

⁹⁹ C-7

¹⁰⁰ RLA – 1

la clause MFN que le tribunal arbitral a considéré que tel ne pouvait être le cas¹⁰¹. Ce sont donc bien les termes de la clause MFN applicable qui étaient en cause et, comme cela a été dit dans l'affaire précédente, ceux-ci n'ont rien à voir avec les termes de l'article 8 du Traité soumis à l'appréciation du Tribunal. Encore faut-il rappeler que, dans le contexte argentin, l'accès à l'arbitrage investisseur-Etat est traditionnellement influencé par la doctrine dite « *Calvo* » qui accorde une importance particulière à la compétence des tribunaux étatiques pour connaître des réclamations des étrangers. C'est également à l'aune de ce contexte très particulier que les affaires précitées doivent être lues. Bien évidemment, ces références ne sont en rien transposables à la situation sous examen dans la mesure où la Défenderesse n'est pour sa part aucunement en mesure de démontrer qu'elle entend subordonner l'arbitrage investisseur-Etat auquel elle a consenti à des conditions similaires ou restrictives.

- *La sentence rendue en 2016 dans l'affaire Menzies v. Sénégal*¹⁰²

95.- Dans cette affaire, il est parfaitement clair que les investisseurs luxembourgeois qui avaient initié l'arbitrage se trouvaient en difficulté au regard du principe *ejusdem generis*. Il convient de rappeler que ces investisseurs ont attiré le Sénégal à l'arbitrage sur le fondement de la clause MFN d'un accord commercial multilatéral n'ayant pas pour objet la protection des investissements et étant complètement muet sur l'arbitrage. Ils prétendaient néanmoins qu'ils étaient, sur cette seule base, éligibles à la protection et aux clauses de règlement des différends des TBIs conclus entre le Sénégal et les Pays-Bas. En l'espèce, le tribunal arbitral a estimé « *douteux* » l'exercice proposé par les investisseurs.

96.- Or, dans la présente affaire, il n'est pas du tout demandé au Tribunal d'établir sa compétence sur la base d'un traité ayant un but et un objet différents du traité de base. Il ne lui est pas demandé non plus d'établir sa compétence en l'absence de toute clause de règlement des différends dans le Traité. Bien au contraire, les Demandeurs se fondent sur la clause MFN d'un TBI (article 8(2) du Traité) pour invoquer la clause plus favorable d'un autre TBI (article 9 du traité conclu avec la Finlande). Ce seul constat doit suffire à écarter la sentence rendue dans l'affaire *Menzies* comme pertinente pour déterminer la portée de l'article 8 du Traité.

97.- Ainsi, après avoir examiné l'ensemble des affaires citées par la Défenderesse, il est donc parfaitement incompréhensible que, sur la base des affaires précitées, la Défenderesse ose prétendre que « *the need to establish jurisdiction under the basic treaty before applying an MFN clause is therefore jurisprudence constante.* »¹⁰³. Car, en réalité, chaque solution est systématiquement dépendante des termes précis de la clause MFN en cause. Or, il a été

¹⁰¹ RLA – 1 §§ 204 et 281

¹⁰² RLA – 2

¹⁰³ MOJ § 50

clairement démontré par les Demandeurs que l'article 8 du Traité est rédigé de la façon la plus large possible, afin que « *toutes les dispositions plus favorables* » souscrites par la Défenderesse leur bénéficient également.

98.- En conclusion de ces développements, les Demandeurs considèrent que le consentement au présent arbitrage de la Défenderesse résulte en premier lieu du consentement inconditionnel, clair et non équivoque de la Défenderesse à l'arbitrage accordé aux investisseurs finlandais en 2007 en présence d'un engagement préalable d'accorder le bénéfice de toutes les dispositions les plus favorables aux investisseurs français en application de l'article 8 du Traité.

99.- En tous les cas, le Tribunal ne manquera pas de relever le droit à l'arbitrage des Demandeurs qui résulte de l'article 9 du Traité¹⁰⁴.

100.- Le Tribunal relèvera également qu'il résulte du traité conclu en 2010 avec la France et ratifié par la Défenderesse, une volonté claire d'aligner le traitement des investisseurs français sur le traitement des autres investisseurs étrangers en substituant à l'obligation de recourir à l'arbitrage pour les seuls accords relatifs aux investissements des ressortissants français une offre plus générale d'arbitrage « *without privity* ». Or, l'article 8 du Traité permet l'application de toutes dispositions plus favorables résultant « *d'obligations internationales (...) qui viendraient à être souscrites par cet autre Etat avec le premier Etat contractant ou avec des Etats tiers.* » (Mots soulignés par nous). A cet égard, les Demandeurs estiment que la clause de règlement des différends du traité conclu en 2010 avec la France leur est accessible quand bien même ce traité n'est toujours pas entré en vigueur. En effet, il n'est pas contestable qu'à ce jour la Défenderesse a « *souscrit* » une offre générale d'arbitrage CIRDI au bénéfice des investisseurs français. Le fait que la France n'ait pas encore ratifié le traité conclu en 2010 n'est pas de nature à empêcher le fait que la Défenderesse a bien quant à elle « *souscrit* » à une offre générale d'arbitrage au bénéfice des investisseurs français dont peuvent en conséquence se prévaloir les Demandeurs au titre de l'article 8 du Traité. Si cette circonstance n'est pas de nature à éclairer la question de savoir s'il existe un consentement à l'arbitrage en application du Traité, hors le jeu de sa clause MFN, elle répond néanmoins très clairement à la question de savoir si la Défenderesse a ou non une volonté actuelle de régler ses différends avec les investisseurs français via l'arbitrage ou pas, sans autres conditions que leur origine et la réalité de leurs investissements. Or, il ne peut être répondu que par l'affirmative à cette question.

101.- Compte tenu de l'ensemble des engagements ainsi pris par la République de Maurice au titre des articles 8(2) et 9 du Traité, de l'article 9 du traité conclu avec la Finlande ou encore du nouveau traité conclu avec la France, les Demandeurs ne voient pas comment le consentement

¹⁰⁴ *Supra* §§ 77-79

à l'arbitrage de la Défenderesse ne pourrait pas apparaître comme étant en l'espèce parfaitement établi. Encore faut-il indiquer ici que, comme l'a d'ailleurs elle-même relevé la Défenderesse¹⁰⁵, le consentement à l'arbitrage de l'Etat défendeur peut être déduit de ses engagements formels comme de son comportement.

D - Le comportement de la Défenderesse démontre également son consentement à l'arbitrage

102.- La Défenderesse a consenti à l'arbitrage pour le différend avec les Demandeurs tant par les obligations qu'elle a formellement souscrites que par son comportement. Il se peut d'ailleurs que la Défenderesse ait soulevé l'objection à la compétence du Tribunal un peu par réflexe. En effet, il lui était commode de soulever des moyens strictement identiques à ceux déjà soulevés dans l'affaire *Rawat*. Il est à cet égard étonnant que la Défenderesse ait sollicité un délai de procédure aussi long pour soumettre au Tribunal ce qui s'apparente vraisemblablement, et pour ce qui concerne le sujet de la clause MFN, à un copier-coller de ses écritures dans l'affaire *Rawat*. Ce faisant la Défenderesse aura néanmoins manqué de relever ce qui distingue la présente affaire de l'affaire *Rawat*, à savoir l'existence d'un accord des autorités mauriciennes sur le projet de laboratoire d'expertise ADN¹⁰⁶ [REDACTED]¹⁰⁷. De même, le fait que l'accord de coopération proposé par l'Université renvoie à l'arbitrage pour régler les différends n'est pas une circonstance complètement anodine¹⁰⁸.

103.- Dans ces circonstances spécifiques, les Demandeurs estiment que la Défenderesse fait donc preuve de mauvaise foi en soulevant l'exception d'incompétence du Tribunal. [REDACTED]
[REDACTED] (1.).
Cette exception d'incompétence est en second lieu dépourvue de tout intérêt légitime au regard de la politique conduite par la Défenderesse en matière d'arbitrage investisseur-Etat (2.).

¹⁰⁵ MOJ §§ 19-22 dans lesquels la Défenderesse cite que « *the element of consent must be either explicit or clearly to be deducted from the relevant conduct of a State.* » Exhibit RLA-3 p. 204 § 62. De même, citant l'affaire *Daimler*, la Défenderesse relève elle-même que le consentement peut être établi « *either through an express declaration of consent (...) or on the basis of acts conclusively establishing such consent.* »

¹⁰⁶ C-7

¹⁰⁷ [REDACTED]

¹⁰⁸ C-9 – la clause d'arbitrage du projet de Memorandum avec l'Université illustre parfaitement que l'arbitrage est un mode de règlement des différends établi à Maurice, y compris pour régler les différends des entités publiques.

1. [REDACTED]

104.- [REDACTED]

105.- [REDACTED]

106.- I [REDACTED]

¹⁰⁹ Les Demandeurs ont officiellement sollicité des clarifications sur le rejet de leur projet le 20 mars 2017 auprès du BPM (C-25), puis auprès du Ministère des finances sur l’instruction du BPM le 19 mai 2017 (C-26), lettres demeurées sans réponse.

¹¹⁰ C-27 – Réclamation indemnitaire en date du 15 septembre 2017

¹¹¹ C-27 §§ 24-25

¹¹² C-28 – Lettre d’EY au Ministère des finances en date du 25 octobre 2017

¹¹³ [REDACTED]
¹¹⁴ [REDACTED]

[REDACTED]

107.- [REDACTED]

[REDACTED]

108.- [REDACTED]

[REDACTED]

2. *La politique conduite par la Défenderesse en matière d'arbitrage investisseur-Etat*

109.- Dans l'affaire *Maffezini*, le tribunal arbitral avait fait usage de bon sens pour voir dans quelle mesure des limites ou des tempéraments pourraient être apportés à un jeu trop mécanique d'une clause MFN. C'est ainsi que ce tribunal arbitral a pu considérer que « *this operation of the most favoured nation clause does, however, have some limits arising from public policy considerations.* »¹¹⁶ Or, en l'espèce, aucune considération de cette nature ne peut être retenue, raison pour laquelle l'objection de la Défenderesse à la compétence de ce Tribunal paraît en réalité dépourvue de toute légitimité.

110.- En premier lieu, dans le cadre de leur examen de l'article 8(2) du Traité et de la consultation des autres traités conclus par la Défenderesse, les Demandeurs ont pu constater que la Défenderesse poursuit et affiche une politique très favorable à l'arbitrage investisseur-

¹¹⁵ CL-10 Alfaro, affaire du Temple de Préah Vihéar, CIJ, Rec., 1962, p. 40

¹¹⁶ CL-3 § 56

Etat, tant vis-à-vis des investisseurs européens que des investisseurs d'autres pays¹¹⁷. Il résulte notamment de l'examen des traités conclus par la Défenderesse avec les autres pays de l'UE que le recours à l'arbitrage investisseur-Etat pour régler les différends, libellé en la forme d'une offre générale d'arbitrage des Etats contractants, peut être considéré comme constant. L'arbitrage investisseur-Etat est notamment disponible pour les investisseurs anglais, tchèques, roumains, suédois, portugais, belges, luxembourgeois et finlandais – on peut d'ailleurs s'interroger aujourd'hui sur la possibilité d'exercer une quelconque discrimination entre ces nationalités compte tenu des compétences de l'Union européenne en matière de droit international des investissements.

111.- Contrairement à certains Etats d'Amérique latine, la Défenderesse n'a jamais revendiqué la primauté de ses propres tribunaux pour régler les différends avec les investisseurs étrangers. Et si on retrouve dans ces clauses un délai d'environ six mois à consacrer au règlement amiable avant d'accéder à l'arbitrage, la plupart des clauses offre un choix de procédure.

112.- En second lieu, et comme cela a déjà été mentionné, il résulte du traité conclu en 2010 avec la France et ratifié par la Défenderesse¹¹⁸, une volonté claire d'aligner le traitement des investisseurs français sur le traitement des autres investisseurs étrangers en substituant à l'obligation de recourir à l'arbitrage pour les seuls accords relatifs aux investissements des ressortissants français une offre plus générale d'arbitrage « *without privity* ». Le fait que la Défenderesse ait souscrit une telle obligation est très clairement un comportement attestant de son consentement à l'arbitrage aux fins du Traité. Cette circonstance n'est bien évidemment pas de nature à remettre en cause le choix des Demandeurs pour l'application de l'article 9 du traité conclu avec la Finlande pour les raisons qui ont déjà été exprimées. Elle démontre simplement l'anachronisme de l'objection de la Défenderesse et, au besoin, le fait que les investisseurs français bénéficient aujourd'hui effectivement d'un droit à l'arbitrage contre la Défenderesse.

113.- En troisième lieu, il convient de rappeler le fait que la Défenderesse se positionne aujourd'hui comme une « place » de l'arbitrage international. Et parmi ses réalisations récentes et majeures, la Défenderesse doit notamment être félicitée pour :

- l'adoption de la Convention CNUDCI sur la transparence en matière d'arbitrage investisseur-Etat, dite « *Convention de Maurice sur la transparence* », laquelle est d'ailleurs applicable à la présente procédure;
- la signature d'un accord de siège avec la Cour permanente d'arbitrage¹¹⁹.

¹¹⁷ C-23

¹¹⁸ R-4

¹¹⁹ C-24

114.- Ainsi, tant par ses engagements formels que par son comportement, la Défenderesse a donné son consentement à l'arbitrage du différend soumis au Tribunal. Dans le contexte rappelé ici, la Défenderesse ne peut pas légitimement prétendre que la présente procédure, en partie administrée par la Cour permanente d'arbitrage et soumise à la Convention de Maurice sur la transparence contreviendrait d'une quelconque manière à des considérations d'ordre public ou à sa politique en matière d'arbitrage investisseur-Etat.

DEMANDES FAITES AU TRIBUNAL

115.- Compte tenu des circonstances et arguments exposés dans le présent mémoire, les Demandeurs sollicitent respectueusement du Tribunal :

Qu'il constate que les Demandeurs ont réalisé des investissements sur le territoire mauricien au sens du Traité ;

Qu'il constate que la clause MFN de l'article 8 du Traité permet aux Demandeurs d'invoquer le bénéfice de l'article 9 du traité conclu avec la Finlande ;

Qu'il rejette en conséquence l'exception d'incompétence soulevée par la Défenderesse ;

Qu'il condamne en conséquence la Défenderesse, sur le fondement de l'article 38 du Règlement d'arbitrage CNUDCI, à payer aux Demandeurs l'ensemble des frais qu'ils ont exposés dans la présente procédure.

Pour les Demandeurs,

Bruno POULAIN
Le 1^{er} février 2019



Roxane REGAUD
Le 1^{er} février 2019



ANNEXE 1 : LISTE DES ABREVIATIONS

BPM	Bureau du Premier Ministre
BOI	Board of Investment
CDI	Commission de droit international
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends investisseur-Etat
Clause MFN/NPF	Clause de la nation la plus favorisée
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le Droit du commerce international
MOJ	Respondent's Memorial on Jurisdiction
TBI	Traité bilatéral de promotion et de protection de l'investissement
Traité	TBI conclu entre la France et Maurice en 1973
Traité conclu avec la Finlande	TBI conclu entre Maurice et la Finlande en 2007

ANNEXE 2 : LISTE DES PIÈCES COMMUNIQUÉES

Rapports d'experts

CER-1	Avis juridique de Madame Claire Crépet Daigremont
CER-2	Avis juridique de Monsieur Yves Nouvel

Pièces

C-1	Mauritius : Experts sceptical about forensic lab, 2017
C-2	Le Traité
C-3	Le traité conclu avec la Finlande
C-4	Courriel du BOI à M. Doutremepuich en date du 28 janvier 2009
C-5	Liste des interventions de Christian Doutremepuich à Maurice
C-6	Business Plan
C-7	Lettre du BPM au BOI en date du 14 octobre 2014
C-8	Lettre du BOI à l'Université en date du 17 décembre 2014
C-9	Projet de Mémorandum avec l'Université, février 2015

C-25	Lettre d'EY au BPM en date du 20 mars 2017
C-26	Lettre d'EY au Ministère des finances en date du 19 mai 2017
C-27	Réclamation indemnitaire en date du 15 septembre 2017
C-28	Lettre d'EY au Ministère des finances en date du 25 octobre 2017
■	■
■	■

Références juridiques

CL-1	<i>Fedax v. Venezuela</i> , ICSID Case No. ARB/96/7, Décision sur la compétence, 11 juillet 1997
CL-2	Rapport du Groupe d'étude sur la clause MFN, Nations Unies, 2015
CL-3	<i>Emilio Agustin Maffezini v. The Kingdom of Spain</i> , ICSID Case No. ARB/97/7, Décision sur la compétence du 25 janvier 2000
CL-4	<i>Garanti Koza LLP v. Turkmenistan</i> , ICSID Case No. ARB/11/20, Décision sur la compétence du 3 juillet 2013
CL-5	<i>Siemens AG v. The Argentine Republic</i> , ICSID Case No. ARB/02/8, Décision sur la compétence du 3 août 2004
CL-6	Projet d'Articles sur les clauses de la nation la plus favorisée, Nations Unies, 1978

CL-7	<i>Rawat v. République de Maurice</i> , CPA No. 2016-20, Ordonnance sur les requêtes pour mesures provisoires en date du 11 janvier 2017
CL-8	<i>Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia</i> , Aff. CPA No. 2012-12, Décision sur la compétence et la recevabilité du 17 décembre 2015
CL-9	E. Loquin, Note sous Cour d'appel de Paris, 1er juin 1999, JDI, 2000 p. 381
CL-10	Alfaro, affaire du Temple de Préah Vihéar, CIJ, Rec., 1962, p. 40