

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 EN DUPLIQUE SUR LA COMPETENCE

24 mai 2019

Tribunal composé de :

Prof. Maxi Scherer (Président)

Prof. Olivier Caprasse

Prof. Jan Paulsson

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	1
I. L'EXISTENCE EN L'ESPECE D'INVESTISSEMENTS PROTEGES.....	3
A - Les Demandeurs ont constitué des « <i>investissements</i> » au sens du Traité	3
1. <i>Les Demandeurs n'invoquent pas la protection d'investissements « futurs »</i>	4
2. <i>Le respect en l'espèce des critères fixés par le Traité et la jurisprudence Salini</i>	5
a) <i>L'apport et la contribution des Demandeurs</i>	6
b) <i>La durée de l'investissement des Demandeurs</i>	10
c) <i>Le risque pris par les Demandeurs</i>	11
d) <i>La contribution du projet des Demandeurs au développement de Maurice</i>	12
B - Les dépenses réalisées par les Demandeurs avant la lettre du BPM en date du 14 avril 2016 ne sont pas de simples dépenses de préinvestissement	12
II. LE CONSENTEMENT DE LA REPUBLIQUE DE MAURICE A L'ARBITRAGE	16
A - Le consentement à la compétence du Tribunal en application du Traité n'est pas une condition préalable à l'application de l'article 8(2) du Traité.....	17
1. <i>L'absence de toute jurisprudence constante ou de tout principe visant à ce que le consentement à la compétence du tribunal soit établi avant tout examen de la MFN ...</i>	17
a) <i>L'affaire AIIY v. Czech Republic</i>	18
b) <i>La réponse de S. Schill à Z. Douglas</i>	20
2. <i>Les tribunaux arbitraux font une application des dispositions relatives au règlement des différends investisseur-Etat et des clauses MFN prises ensemble</i>	23
B - L'article 8(2) du Traité s'applique au règlement des différends investisseur-Etat	25
1. <i>L'article 9 du Traité a pour objet le règlement des différends investisseur-Etat</i>	25
2. <i>La référence aux « investissements des ressortissants » à l'article 8(2) n'empêche pas son application au règlement des différends investisseur-Etat</i>	29
a) <i>L'affaire RosInvest v. Russia</i>	30
b) <i>L'affaire Telenor v. Hungary</i>	31
C - Le consentement clair et non équivoque à l'arbitrage de la République de Maurice	34
1. <i>Le consentement à l'arbitrage du fait de l'article 9 du traité conclu avec la Finlande.</i>	34
2. <i>Le consentement à l'arbitrage du fait de l'article 9 du traité conclu avec la France en 2010</i>	36
D - La Défenderesse ne conteste pas la nature plus favorable de l'article 9 du traité conclu avec la Finlande	39
DEMANDES FAITES AU TRIBUNAL	40
ANNEXE 1 : LISTE DES ABREVIATIONS.....	41
ANNEXE 2 : LISTE DES PIECES COMMUNIQUEES	42

INTRODUCTION

1.- Le présent mémoire en duplique sur la compétence est soumis par les Demandeurs conformément à l'ordonnance de procédure No. 2 en date du 14 septembre 2018. Il fait suite au mémoire en réplique de la Défenderesse en date du 29 mars 2019 (ci-après, la « Réplique »). Le présent mémoire en duplique ne fait que répondre à l'argumentation nouvelle de la Défenderesse, telle qu'elle résulte de sa Réplique. Les Demandeurs maintiennent **l'intégralité** de leur argumentation telle que soumise dans leur mémoire sur la compétence en date du 1^{er} février 2019 (ci-après, le « Mémoire des Demandeurs »).

2.- Les Demandeurs attirent d'emblée l'attention du Tribunal sur l'intérêt qu'il existe à considérer l'ordre des questions soulevées par la Défenderesse pour objecter à la compétence du Tribunal. En effet, le raisonnement de la Défenderesse consiste à nier dans un premier temps l'existence d'un consentement à la compétence du Tribunal dans le Traité pour, dans un second temps, contester le fait que les Demandeurs auraient constitué des « *investissements* » à Maurice. Les Demandeurs contestent ce raisonnement. Les Demandeurs estiment pour leur part que l'examen des conditions d'application du Traité doit nécessairement précéder l'examen de l'application de ses dispositions matérielles. En l'occurrence, s'il n'est pas possible de qualifier les Demandeurs de « *ressortissants* » d'un Etat contractant en application du Traité et si les actes des Demandeurs ne peuvent être qualifiés d'« *investissements* » au sens du Traité, celui-ci ne peut trouver à s'appliquer.

3.- Bien entendu, l'ordre des questions proposé par la Défenderesse n'est pas anodin. L'objectif de la Défenderesse est d'induire que l'application du Traité ne dépendrait, avant toute chose, que du consentement exprès à la compétence du Tribunal en application d'une clause d'arbitrage prévue par le Traité. Selon la Défenderesse, à défaut d'un tel consentement, les autres dispositions du Traité, et surtout sa clause MFN, ne pourraient trouver à s'appliquer.

4.- Pourtant, la Défenderesse a nécessairement à l'esprit le raisonnement suivi par le tribunal arbitral constitué dans l'affaire *Rawat*, affaire à laquelle elle était partie et assistée des mêmes conseils. Dans cette affaire, le tribunal s'est interrogé sur l'ordre d'examen des arguments tel que soumis par la Défenderesse, en l'occurrence la qualité de ressortissant du demandeur et le consentement à l'arbitrage via l'article 8(2) du Traité. Il a alors considéré, après avoir interrogé les parties sur ce sujet, que : « *all objections to jurisdiction, be they of a ratione personae, ratione materiae or ratione temporis nature, are (...) sub-types of ratione voluntatis objections* »¹.

¹ RLA-20, § 158

Selon le tribunal :

« 159. *The analysis of consent requires two steps.*

160. *First, the Tribunal must determine if the 1973 France-Mauritius BIT applies, meaning whether the disputed conditions for application are met. If the treaty does not apply, consent to jurisdiction is missing, and Rawat is not entitled to any of the substantive protections provided in the BIT, including access to the MFN clause in Article 8.*

161. *The second step is necessary if the BIT does apply. This step would entail examining, in the absence of an express direct investor-state arbitration provision in the BIT, whether the MFN clause in Article 8 operates to demonstrate Mauritius' consent to such direct arbitration through application of the direct investor-state arbitration clause in the 2007 Finland-Mauritius BIT* »² (Mots soulignés par nous).

5.- Il résulte de la trame d'analyse ainsi posée par le tribunal que la question de savoir si les Demandeurs sont des ressortissants français ayant réalisé des investissements à Maurice est l'étape préalable et nécessaire pour vérifier si le Traité peut s'appliquer – si ces conditions ne sont pas remplies, l'examen de la question du jeu de la clause MFN de l'article 8(2) du Traité n'a pas lieu d'être.

6.- Il en résulte également, si le Traité s'applique, que le consentement à l'arbitrage peut alors potentiellement résulter de l'application de la clause MFN de l'article 8(2) du Traité. Dans son raisonnement, le tribunal ne mentionne aucune nécessité de caractériser sa compétence en application d'une clause d'arbitrage du Traité avant d'examiner le jeu de sa clause MFN. Bien au contraire, il exprime très clairement que le consentement à sa compétence peut potentiellement résulter de la seule clause MFN. Ayant à l'esprit ces éléments, la Défenderesse n'échappe d'ailleurs pas elle-même à cette logique en introduction de son argumentation sur la compétence *ratione materiae* que « *to be able to invoke the provisions of the Treaty, the Claimants must prove that they are « protected investors »* »³.

7.- C'est pourquoi les Demandeurs persisteront dans le présent mémoire en duplique à exposer leurs arguments et à répondre à ceux de la Défenderesse en respectant l'ordre logique, à savoir confirmer en premier lieu que les conditions d'application du Traité sont remplies, que les Demandeurs sont bien des ressortissants français ayant réalisé des investissements protégés à Maurice (I) et confirmer, en second lieu, que la clause MFN du Traité permet de caractériser le consentement de la Défenderesse à la compétence du Tribunal (II).

² RLA-20, §§ 159-161

³ Réplique, § 83

I. L'EXISTENCE EN L'ESPECE D'INVESTISSEMENTS PROTEGES

8.- Comme cela a déjà été précisément décrit dans leur Mémoire, les Demandeurs ont, sur la base de la lettre de non-objection du BPM en date du 14 octobre 2014⁴, constitué 3 sociétés⁵ qui ont eu une activité opérationnelle⁶, mobilisé⁷ et dépensé des fonds⁸, déposé des noms de domaine⁹, investi temps et savoir-faire pour développer à Maurice un projet de laboratoire d'expertise ADN, en pure perte compte tenu du revirement injustifié du BPM en date du 14 avril 2016¹⁰.

9.- Dans sa Réplique, la Défenderesse persiste à nier que les sociétés constituées, les fonds engagés et les diligences réalisées par les Demandeurs sur les instructions du BOI et à la suite de la lettre de non-objection du BPM en date du 14 octobre 2014 puissent constituer un investissement protégé au sens du Traité. En substance, la Défenderesse dénature les dires des Demandeurs pour tenter de faire croire qu'ils revendiqueraient la protection du Traité au nom de leur qualité d'investisseurs « *futurs* »¹¹ (A). La Défenderesse dénature également les faits, en remettant en cause la portée de la lettre du BPM en date du 14 octobre 2014 et en prétendant que le projet n'aurait jamais été autorisé¹² (B).

A - Les Demandeurs ont constitué des « *investissements* » au sens du Traité

10.- Pour contester l'existence d'« *investissements* » constitués par les Demandeurs, la Défenderesse n'hésite pas à travestir leurs propos (1) et à présenter une application complètement décontextualisée des critères de la jurisprudence *Salini* (2).

⁴ C-7

⁵ Ce qui n'est pas contesté par la Défenderesse.

⁶ C-31, Exemples de factures payées par les Demandeurs ou leurs sociétés pour la mise en place du projet, C-9, C-16

⁷ C-13

⁸ C-31

⁹ C-31

¹⁰ C-18

¹¹ Réplique, § 88

¹² Réplique, §§ 101 et s.

1. Les Demandeurs n'invoquent pas la protection d'investissements « futurs »

11.- La Défenderesse prétend que les Demandeurs méconnaîtraient le but et l'objet du Traité dans leur exercice d'interprétation de la notion d'« *investissement* » en considérant que celui-ci protège « *les ressortissants d'un Etat qui entendent investir durablement dans l'économie et le territoire de l'autre Etat contractant* »¹³. La Défenderesse tire argument de cette phrase du Mémoire des Demandeurs pour en déduire que ceux-ci prétendraient que le Traité protège les « *prospective investors* » - telle est l'expression employée par la Défenderesse¹⁴.

12.- En procédant de la sorte, la Défenderesse dénature le raisonnement des Demandeurs. Ceux-ci ont simplement voulu exprimer qu'il ne peut y avoir d'investissement protégé au sens du Traité et des critères de la jurisprudence *Salini* que pour des implantations **durables** dans le territoire de l'Etat hôte. Il ne s'agit absolument pas pour les Demandeurs de démentir le fait qu'ils ont effectivement constitué des investissements protégés à la date de l'acte litigieux, à savoir la lettre du BPM en date du 14 avril 2016, ou de prétendre que la protection du Traité serait ouverte à des investisseurs « *futurs* » ou « *potentiels* ».

13.- Les Demandeurs estiment qu'à la date de la décision litigieuse, à savoir la lettre du BPM en date du 14 avril 2016¹⁵, ils avaient d'ores et déjà réalisé des investissements protégés aux fins du Traité et des critères de la jurisprudence *Salini*. Ces investissements ont été réalisés sur la base de la lettre de non-objection du BPM en date du 14 octobre 2014, avec l'assistance et sur les indications du BOI¹⁶. A la date du 14 avril 2016, 3 sociétés étaient constituées et opérationnelles¹⁷, des fonds étaient mobilisés (300.000,00 Euros) et dépensés¹⁸, divers dossiers d'autorisations complétés¹⁹, des noms de domaine déposés²⁰, et le savoir-faire des Demandeurs en matière de conception d'un laboratoire d'analyses ADN mis en œuvre²¹.

¹³ Réplique, § 87

¹⁴ Réplique, § 88

¹⁵ C-18

¹⁶ C-32, Communication du BOI aux Demandeurs pour la mise en place du projet en date du 22 octobre 2014, C-8, C-9, C-14, C-33, Lettre du BOI à la société DNA Services (Mauritius) Ltd en date du 11 août 2015

¹⁷ C-10, C-11, C-12, C-31, C-33, C-9, C-16

¹⁸ C-31

¹⁹ C-33

²⁰ C-31

²¹ C-17, dans ce courriel, le promoteur sollicite l'expertise des Demandeurs afin de compléter les plans du laboratoire, il précise ainsi « *suite à la réunion tenu (sic) hier avec les consultants, vous trouverez ci joints les plans (...) avec les indications des finitions à confirmer. Pour certaines salles je vous prie de bien vouloir les compléter* ».

2. *Le respect en l'espèce des critères fixés par le Traité et la jurisprudence Salini*

14.- La Défenderesse estime que la relative faiblesse des fonds consommés par les Demandeurs à la date du 14 avril 2016 doit conduire à constater l'absence de toute contribution des Demandeurs constitutive d'un « *investissement* » à Maurice²². Selon elle, les Demandeurs ne pourraient se prévaloir, de ce seul fait, d'un intérêt suffisamment durable à Maurice pour être légitimement protégés par le Traité²³ et n'auraient donc, par voie de conséquence, pris aucun risque²⁴.

15.- Les Demandeurs rappellent que les critères dégagés par la jurisprudence *Salini* doivent s'appliquer avec flexibilité et au regard du contexte de chaque affaire. Selon le tribunal dans l'affaire *Salini* « *these various criteria should be assessed globally even if, for the sake of reasoning, the Tribunal considers them individually* »²⁵ (Mot souligné par nous). Selon le tribunal dans l'affaire *Joy Mining* « *what matters is to assess the operation globally or as a whole* »²⁶ (Mot souligné par nous). La doctrine indique également :

*« while the four criteria are today generally recognized as constituting the definition of an investment, it has not been fully clarified whether and to what extent all four criteria have to be met in each case. A certain degree of flexibility may be required, and it has been said that the four elements must be reviewed in their totality and assessed in the light of the circumstances of each case »*²⁷ (Mots soulignés par nous).

16.- Or, la Défenderesse propose une application strictement numéraire, statique et étanche de ces critères, complètement déconnectée du contexte du projet. La Défenderesse fait abusivement abstraction des fonds et moyens mobilisés par les Demandeurs à compter du 14 octobre 2014, alors que ceux-ci l'ont été sur les instructions du BOI²⁸ et que c'est elle-même qui a mis fin au projet par sa lettre du 14 avril 2016. Elle fait également abstraction des caractéristiques du projet telles qu'elles figurent au Business Plan en date du 24 juin 2014²⁹. Il résulte de ce document un plan d'investissement de l'ordre de 1.473.116,00 Euros pour le démarrage du projet dans son volet *forensic* et son volet tests de paternité pour le marché africain, l'emploi local de 14 personnes qualifiées et des projections financières favorables sur les quatre premières années de fonctionnement au-delà des deux années de mise en place.

²² Réplique, §§ 91-97

²³ Réplique, § 100

²⁴ Réplique, §§ 98-99

²⁵ RLA-34, § 52

²⁶ RLA-35, § 54

²⁷ CL-65, *Principles of International Investment Law*, Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, p. 69

²⁸ C-32

²⁹ C-6

a) *L'apport et la contribution des Demandeurs*

17.- La Défenderesse considère que les sociétés constituées par les Demandeurs sont des coquilles vides, faiblement capitalisées, sans activité opérationnelle, et que les fonds versés aux comptes de chacune de ces 3 sociétés par les Demandeurs (300.000,00 Euros au total) ne peuvent constituer un investissement du fait notamment qu'ils n'auraient pas été convertis au capital de ces sociétés³⁰. Cette appréciation, strictement « *numéraire* », n'est étayée par aucun élément de droit.

18.- En premier lieu, il convient de relever que le Traité ne fixe pas de seuils financiers permettant d'exclure de supposés « *petits* » investissements de sa protection. La raison en est simple. Le développement économique n'est pas exclusivement lié à l'injection massive de capitaux mais est également tributaire des moyens et savoir-faire humains mis en œuvre. A ce titre les petites et moyennes entreprises ont leur rôle à jouer, ce que reconnaît parfaitement la Défenderesse³¹.

19.- Les Demandeurs rappellent également à cet égard que l'article 1 du Traité indique que :

« le terme « investissements » comprend (...) notamment mais non exclusivement : (...) – les droits de participation à des sociétés (...); (...) les droits de propriété industrielle, brevets d'invention, marques de fabrique ou de commerce, ainsi que les éléments incorporels du fonds de commerce ; (...) toutes créances afférentes aux (...) droits ci-dessus visés »³².

20.- Pour ce qui est des apports strictement financiers, il n'est donc pas contestable que tout apport fait par un associé sur le compte de la société constitue une créance de cet associé vis-à-vis de cette société, que cet apport soit converti au capital social de la société ou non. En l'espèce, les fonds transférés par les Demandeurs sur les comptes des sociétés constituées à Maurice dans le cadre de l'implantation de leur projet (300.000,00 Euros) constituent donc nécessairement des « *investissements* » aux fins du Traité.

21.- Contrairement à ce que prétend la Défenderesse³³, le fait que partie de ces fonds ait été rapatriée une fois l'acte litigieux du 14 avril 2016 intervenu est parfaitement logique dans les circonstances. Ce rapatriement de fonds n'est pas de nature à remettre en cause la qualification

³⁰ Réplique, § 93

³¹ En admettant le projet des Demandeurs au sein du FAST TRACK COMMITTEE (C-15), la Défenderesse a reconnu l'importance du projet porté par les Demandeurs et le rôle qu'elle entendait leur faire jouer dans l'économie mauricienne.

³² C-2

³³ Réplique, § 95

de ces apports comme « *investissements* » le temps de leur présence à Maurice. Ces fonds ont été mobilisés et immobilisés pour le projet. De fait, ils n'ont pas pu, pendant cette durée, être utilisés à d'autres fins par les Demandeurs.

22.- Le test proposé par la sentence *Salini* ne vise pas non plus de seuils chiffrés. Aucune des sentences citées par la Défenderesse (les sentences *Fedax* et *Casino Austria* notamment) ne mentionne une logique de seuil chiffré. La référence à un article publié en 2007 par l'un des conseils des Demandeurs sur le sujet n'est pas davantage pertinente. Aucune notion de seuil chiffré n'y figure. En réalité, la Défenderesse se méprend sur la notion d'« *apport substantiel* » et de « *contribution* ».

23.- Comme cela a déjà été indiqué, l'investissement ne se définit pas exclusivement en termes d'apport financier, mais peut également inclure des éléments tout aussi tangibles et importants pour l'exploitation d'un projet que des moyens techniques, humains et organisationnels. Comme l'a indiqué par exemple le tribunal dans l'affaire *Deutsche Bank AG v. Sri Lanka* « *a contribution can take any form. It is not limited to financial terms but also includes know-how, equipment, personnel and services »³⁴ (Mots soulignés par nous). Contrairement à ce qu'indique la Défenderesse, les éléments de savoir-faire (qui constituent classiquement des éléments incorporels de fonds de commerce) sont donc tout aussi valorisables que des éléments de propriété industrielle³⁵.*

24.- La Défenderesse tente de réduire le « *savoir-faire* » mis en avant par les Demandeurs à la seule expertise personnelle du Professeur Doutremepuich³⁶. Il est vrai que le savoir-faire du Professeur Doutremepuich était déterminant pour le projet. Pour autant, le savoir-faire nécessaire pour concevoir et exploiter un laboratoire d'expertise ADN, que possède également Monsieur Antoine Doutremepuich, ne peut se résumer à une expertise personnelle. Ainsi que l'attestent le Business Plan du projet³⁷ et la réalité opérationnelle du laboratoire de Bordeaux³⁸, l'activité de prélèvement, d'analyse et d'identification d'un ADN n'est pas une expertise solitaire, « *en chambre* ».

³⁴ CL-66, *Deutsche Bank AG v. Sri Lanka*, Aff. CIRDI n° ARB/09/02, Sentence, 31 octobre 2012, § 297

³⁵ Si la définition du Traité de 1973 ne fait pas expressément référence à la notion de savoir-faire, il convient de relever que la définition du traité de 2010 y fait expressément référence à son article 1. d) : « *les droits de propriété intellectuelle (...) les procédés techniques, le savoir-faire, les noms déposés* » (R-4).

³⁶ Réplique, § 96 *in fine*

³⁷ C-6, notamment pp. 4-9

³⁸ C-34, Présentation de l'activité du laboratoire de Bordeaux

Elle nécessite :

- des équipements coûteux et sophistiqués ;
- des installations agencées et conditionnées de façon spécifique ;
- des équipes diplômées et formées, respectant des protocoles de prélèvement, d'analyse et d'identification précis, normés et certifiés ;
- le respect par ces équipes du secret professionnel et des données personnelles.

25.- Le « *savoir-faire* » des Demandeurs et du laboratoire de Bordeaux est donc tout autant valorisable que protégeable, que ce soit par des engagements de confidentialité ou des engagements de non-concurrence.

26.- En second lieu, on peut reprocher à la Défenderesse de se focaliser sur une approche purement statique, laissant de côté dans son appréciation ce que les Demandeurs projetaient d'investir encore et de réaliser s'ils n'avaient pas été coupés abusivement dans leur élan par la décision du BPM en date du 14 avril 2016.

27.- Il résulte de la jurisprudence relative à la notion d'investissement protégé que l'« *apport* » des investisseurs doit également s'apprécier à l'aune de ce qu'il était prévu d'investir à la date de l'acte litigieux. Comme l'a indiqué le tribunal dans l'affaire *LESI & ASTALDI v. Algérie* :

« le fait que le Contrat ait été suspendu, puis résilié de manière anticipée n'y change rien ; pour juger de l'importance de l'apport, il faut se fonder sur la durée qui avait été conventionnellement prévue, laquelle en détermine la nature »³⁹.

28.- Or, il résulte clairement du Business Plan du projet que celui-ci devait être exploité sans limitation de durée à Maurice. Cela d'autant plus que la capacité des Demandeurs à réaliser le projet ne peut être mise en doute. A toutes fins utiles, l'attention du Tribunal est attirée sur le fait que les Demandeurs exploitent aujourd'hui leur activité en France dans le cadre d'une société dont le capital social s'élève à 4.901.820,00 Euros⁴⁰. Cette structure emploie 20 salariés et réalise un chiffre d'affaires annuel conséquent⁴¹, parfaitement cohérent avec ce qu'il était projeté de réaliser à Maurice avec un effectif inférieur⁴². **D'ailleurs, la Défenderesse n'a jamais mis en doute la capacité des Demandeurs à réaliser leurs engagements.** C'est donc

³⁹ CL-67, *LESI & ASTALDI v. Algérie*, Aff. CIRDI n° ARB/05/3, Décision sur la compétence, 12 juillet 2006, § 73

⁴⁰ C-35, Kbis du Laboratoire d'Hématologie Médico-Légale

⁴¹ C-36, Attestation du chiffre d'affaires du Laboratoire d'Hématologie Médico-Légale en date du 3 mai 2019

⁴² C-6

bien l'ensemble du projet tel que décrit dans le Business Plan⁴³ que le Tribunal doit évaluer et apprécier pour déterminer si les investissements réalisés par les Demandeurs avant le 14 avril 2016 doivent être considérés comme des investissements protégés.

29.- Quant à la prétention de la Défenderesse visant à dénier toute activité opérationnelle aux sociétés constituées par les Demandeurs⁴⁴, cette allégation est parfaitement erronée puisque ces sociétés ont, dans les faits, contracté des engagements en signant des actes juridiques tels qu'une promesse de vente⁴⁵, en immobilisant des fonds sous séquestre dans le cadre de cette promesse de vente⁴⁶, en négociant avec l'Université un Mémoire⁴⁷ et en se voyant facturer des prestations à leur nom⁴⁸. Les propos de la Défenderesse sont d'autant plus surprenants qu'elle adressait elle-même des lettres à ces sociétés⁴⁹. Cela démontre bien que la Défenderesse, qui cherche aujourd'hui à faire croire que ces sociétés ne sont que coquilles vides, avait parfaitement connaissance que ces sociétés étaient opérationnelles et dédiées à la mise en place et à l'exploitation du projet des Demandeurs.

30.- A titre indicatif, il convient encore de rappeler que les Demandeurs ont été considérés comme des « *investisseurs* » au sens du *Mauritius Investment Protection Act (2000)*. Selon la Défenderesse, les Demandeurs auraient « *ignoré* » le second critère d'un « *annual turnover exceeding 4 million rupees* »⁵⁰. Ce faisant, la Défenderesse fait une application erronée de sa propre loi puisque ce texte vise nécessairement le chiffre d'affaires qu'il est projeté de réaliser. A défaut, tout « *investisseur* » en phase de démarrage ne pourrait se prévaloir de cette qualité, ce qui serait un non-sens. Selon le texte du *Mauritius Investment Protection Act*, « « *investors* » means any person carrying on or **who intends to carry on any economic activity and satisfying the criteria referred to in item 1 of Part I of the Schedule** »⁵¹ (Mots soulignés par nous). Or, le chiffre d'affaires qu'il était prévu de réaliser au travers des entités mauriciennes dépassait largement le seuil fixé⁵².

31.- Quoi qu'il en soit, c'est bien le BOI (et donc la Défenderesse) qui, sur la base de la lettre de non-objection du BPM en date du 14 octobre 2014 a lui-même guidé les Demandeurs dans la réalisation des différentes étapes nécessaires à la réalisation du projet⁵³ et a soutenu le projet jusqu'au revirement injustifié en date du 14 avril 2016. Il est surprenant que le fait que les

⁴³ C-6

⁴⁴ Réplique, § 94

⁴⁵ C-16, C-37, Courriel du BOI en date du 10 août 2015 et compte rendu du BOI sur le projet DNA

⁴⁶ C-16

⁴⁷ C-9

⁴⁸ C-31

⁴⁹ C-33

⁵⁰ Réplique, § 94

⁵¹ C-20, p. 3

⁵² C-6

⁵³ C-32

Demandeurs puissent être qualifiés d'« *investisseurs* » au sens de la loi mauricienne et qu'ils aient été considérés comme tels par le BOI jusqu'à la lettre du 14 avril 2016 ne soit pas considéré comme un élément pertinent par la Défenderesse⁵⁴. Bien au contraire, les Demandeurs considèrent pour leur part que le fait qu'ils aient été traités comme des « *investisseurs* » au sens de la loi mauricienne jusqu'au 14 avril 2016 est une très claire indication de leur éligibilité à la protection du Traité.

b) *La durée de l'investissement des Demandeurs*

32.- La Défenderesse expédie le critère de la durée en prétendant que la présence des Demandeurs n'aurait pas dépassé six mois à Maurice (la Défenderesse prend comme période de référence le temps écoulé entre la date de constitution la plus récente de l'une des 3 sociétés des Demandeurs et la date de l'acte litigieux) et en considérant que « *since the Claimants have failed to make a capital contribution, their alleged investment has, by definition, no duration* »⁵⁵. Cette argumentation est symptomatique d'une application des critères de la jurisprudence *Salini* hors contexte et ne peut être retenue par le Tribunal.

33.- Au-delà du seul temps passé à Maurice par les Demandeurs, lequel peut être plus raisonnablement évalué à environ 18 mois (les Demandeurs ont constitué une société à Maurice dès le 9 janvier 2015, INTERNATIONAL DNA SERVICES LTD), ce qui importe c'est ce qui a été réalisé par les Demandeurs pendant cette période et les circonstances qui ont mis fin à leur projet. La durée en elle-même n'est rien. Or, ainsi que cela a déjà été décrit par les Demandeurs, dès que le projet a été approuvé le 14 octobre 2014 par le BPM, de nombreuses actions ont été accomplies jusqu'au 14 avril 2016 conformément aux directives du BOI⁵⁶. Contrairement à ce que la Défenderesse prétend, des « *investissements* » ont été réalisés. 3 sociétés ont été constituées et ont eu une activité opérationnelle, des fonds ont été mobilisés et dépensés, des noms de domaine ont été déposés, un savoir-faire a été apporté pour concevoir le laboratoire et des prestataires ont été rémunérés pour réaliser toute une série de tâches relatives à la mise en place du projet.

34.- Surtout, c'est bien la Défenderesse qui a mis fin au projet le 14 avril 2016 de façon discrétionnaire et sans aucune justification. L'arrêt du projet n'est pas imputable aux Demandeurs et leur capacité technique et financière à le déployer n'a jamais été mise en doute.

⁵⁴ Réplique, § 94

⁵⁵ Réplique, § 100

⁵⁶ Mémoire des Demandeurs, § 7

Comme l'a parfaitement souligné le tribunal dans l'affaire *Phoenix Action Ltd v. République tchèque* :

« It is true that an investment that has come to a standstill, because of the host State's actions, would still qualify as an investment, otherwise the international protection of foreign investment provided by the BITs would be emptied of its purpose »⁵⁷.

35.- Sans la décision litigieuse du 14 avril 2016, le projet aurait normalement dû prospérer sur plusieurs années à Maurice, ainsi que cela résulte du Business Plan approuvé ou, encore, du projet de partenariat qui devait être conclu avec l'Université⁵⁸. La durée du projet à prendre en compte ne peut donc être celle volontairement écourtée du fait de la Défenderesse mais la durée qu'il aurait dû avoir en l'absence de toute interférence injustifiée des autorités mauriciennes.

c) *Le risque pris par les Demandeurs*

36.- Selon la Défenderesse, *« in the context of the definition of investment, « risk » refers to the risk of losing the capital contribution made, not the risk of not being able to make an investment »*. Elle estime que *« the fact of the matter is that as the Claimants made no capital contribution, they risked nothing »⁵⁹*. L'appréciation de la Défenderesse est bien évidemment erronée du fait que, comme cela a été démontré, les Demandeurs ont réalisé différents apports pour mettre en place leur projet. En tous les cas, considérer que l'absence de risque découle de l'absence alléguée d'un investissement est un argument circulaire qui a déjà été rejeté par les tribunaux arbitraux⁶⁰. Au-delà du risque réalisé par l'intervention de l'acte litigieux, il n'est pas contestable que le projet des Demandeurs comportait bien un risque commercial et économique. La rentabilité du projet comportait notamment, au-delà des risques techniques identifiés et faisant l'objet d'une cartographie des risques spécifiques dans le Business Plan, un aléa lié aux parts de marché des tests de paternité pouvant être captées par le projet⁶¹.

⁵⁷ RLA-29, § 133

⁵⁸ C-9

⁵⁹ Réplique, §§ 98-99

⁶⁰ RLA-29, §§ 126-127

⁶¹ C-6, pp. 12 et 13

d) *La contribution du projet des Demandeurs au développement de Maurice*

37.- La Défenderesse passe encore complètement sous silence le critère de « *contribution au développement* » également mis en avant par la jurisprudence *Salini*⁶². Or, en l'espèce, ce critère apparaît particulièrement pertinent compte tenu de l'absence totale à Maurice de compétences équivalentes à celles des Demandeurs et des difficultés inexplicables que connaît aujourd'hui Maurice pour améliorer ses moyens d'enquête⁶³.

38.- Il est évident que l'installation des Demandeurs à Maurice, si elle avait normalement prospéré et n'avait pas subi le revirement incompréhensible des autorités mauriciennes, aurait contribué à l'efficacité de sa justice. Ainsi que l'a écrit le BOI lui-même :

*« the laboratory will further enhance the reputation of Mauritius as a centre of excellence in biotechnology (...) the implementation of such a laboratory in Mauritius will be in line with the Government vision of encouraging research and innovation centres in the country and this will help to improve the ranking of Mauritius in the competitiveness and Innovation indices »*⁶⁴.

B - Les dépenses réalisées par les Demandeurs avant la lettre du BPM en date du 14 avril 2016 ne sont pas de simples dépenses de préinvestissement

39.- Le Traité ne réserve pas expressément sa protection aux investissements régulièrement admis dans le territoire de l'Etat hôte. La loi mauricienne sur les investissements n'organise pas davantage de procédure formelle d'admission des investissements étrangers. Si l'admission formelle de l'investissement n'est donc pas une condition de sa protection selon les textes applicables, il est établi que les projets d'investissement à Maurice étaient à l'époque des faits identifiés et accompagnés par le BOI, sous l'autorité du BPM.

40.- C'est dans ce contexte que la Défenderesse estime que la lettre du BPM en date du 14 octobre 2014 ne constituerait pas un accord de principe sur le projet et que toutes les dépenses réalisées avant la lettre du 14 avril 2016 ne seraient que des dépenses de préinvestissement, non des investissements protégés⁶⁵. Selon la Défenderesse, la lettre du BPM

⁶² RLA-34, § 52 : « *The doctrine generally considers that investment infers: contributions, a certain duration of performance of the contract and a participation in the risks of the transaction (...) In reading the Convention's preamble, one may add **the contribution to the economic development of the host State of the investment as an additional condition** » (Mots soulignés par nous).*

⁶³ C-1

⁶⁴ C-14

⁶⁵ Réplique, §§ 101-107

en date du 14 octobre 2014 ne faisait qu'exprimer que le BPM n'avait pas d'objection « *a priori* » et que le projet pouvait donc être « *examiné* » par le BOI⁶⁶. Cette présentation des faits est complètement biaisée.

41.- Il convient de citer à nouveau le texte de la lettre du 14 octobre 2014 *in extenso* :

« 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. Doutrèmeuich 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. Doutrèmeuich accordingly »⁶⁷ (Mots soulignés par nous).

42.- **Cette lettre est l'aboutissement d'un processus d'instruction d'un dossier et constitue l'admission de fait du projet.** Il est absolument faux d'indiquer comme le fait la Défenderesse que le Business Plan du projet aurait été établi seulement après la lettre du BPM en date du 14 octobre 2014⁶⁸. Celui-ci a été établi bien avant (il est daté du 24 juin 2014⁶⁹) et a été soumis au BPM préalablement à sa décision de non-objection du 14 octobre 2014.

43.- Pour preuve, le compte rendu du BOI qui indique :

« a technical committee meeting was organised by the BOI on 26 Sep 2013 to discuss the project proposal. Representatives of the PMO, MOFED, FSL, Attorney General's Office were present and several issues were raised namely in terms of environment impact, data protection and specific provisions in the DNA identification Act 2009. Subsequently, the BOI informed the promoter of the issues to which the latter provided its reassurance that all the health, environment and data protection aspects will be included in the project. Thereafter, the promoter submitted a business plan to the BOI in June 2014 which was subsequently transmitted to the PMO and Ministry of Environment for approval. The Ministry of Environment and the PMO have already issued letters of no objection regarding the project »⁷⁰ (Mots soulignés par nous).

44.- En d'autres termes, la lettre de non-objection du BPM en date du 14 octobre 2014 est bien l'aboutissement d'un travail d'élaboration du projet initié en lien avec le BOI et les autorités

⁶⁶ Réplique, § 104

⁶⁷ C-10

⁶⁸ Réplique, § 104

⁶⁹ C-6, il est vrai que la lettre du 14 avril 2016 faisait également référence à un Business Plan, mais il s'agissait alors d'un Business Plan actualisé tenant compte de différents éléments échangés entre les parties dans le cadre de la mise en œuvre du projet.

⁷⁰ C-37

mauriciennes dès 2013 et alors que des premiers contacts sur le projet avaient eu lieu en 2009⁷¹. La lettre du 14 octobre 2014 n'est donc absolument pas le début d'instruction du projet. En attestent également les termes mêmes de cette lettre qui font expressément référence à la consultation préalable des différents « *stakeholders* ». Les termes de la lettre du 14 octobre 2014 sont absolument dépourvus de toute ambiguïté à ce sujet. Le texte de cette lettre ne fait référence qu'à l'absence totale d'objection : « **no objection** ». Aucune notion de « *provisoire* », de « *préliminaire* », de « *a priori* » ne figure dans cette lettre, contrairement à ce que prétend la Défenderesse. Le seul fait que la lettre du BPM du 14 octobre 2014 n'ait pas été adressée directement aux Demandeurs mais au BOI⁷² n'est pas une circonstance pouvant minorer sa portée dans la mesure où la lettre du 14 avril 2016 suit exactement la même forme et où la lettre du 14 octobre 2014 indique de toute façon très clairement que le BOI « *may liaise with Prof. Doutrèmepeuich accordingly* ».

45.- La suite donnée par le BOI qui, dès le 22 octobre 2014, adresse aux Demandeurs les actions à réaliser pour la « ***mise en place*** » du projet atteste également du fait que la lettre en date du 14 octobre 2014 constituait bien l'aboutissement d'un processus⁷³. A cette date, il ne s'agissait plus d'examiner le projet mais bien de le mettre en œuvre.

46.- La lettre du 14 octobre 2014 est donc bien un acte d'**admission** du projet. Ainsi que cela a déjà été mis en exergue par les Demandeurs, une « *no-objection Letter, which contains no reservations, constitutes prima facie evidence that the investment was (and remains) validly admitted* »⁷⁴.

47.- La Défenderesse soulève encore le fait que les Demandeurs devaient de toute façon obtenir de nouvelles autorisations pour réaliser leur projet, autorisations que les Demandeurs n'auraient pas obtenues⁷⁵.

48.- Or, il n'y a rien d'étonnant à ce qu'un projet, une fois admis, nécessite pour sa mise en œuvre la délivrance d'autorisations administratives, en matière d'urbanisme, d'environnement, voire l'adaptation de la réglementation applicable. C'est d'ailleurs l'un des rôles principaux du BOI que d'assister l'investisseur dans ces formalités⁷⁶. Et c'est ce qui a été fait en l'espèce, notamment concernant l'autorisation d'acquiescer⁷⁷. Rien ne dit que, et la Défenderesse ne donne

⁷¹ C-4

⁷² Réplique, § 104

⁷³ C-32

⁷⁴ CL-8, § 513

⁷⁵ Réplique, § 105

⁷⁶ C-20 « *Section 6 h. to provide support services to investors (...) including assistance to procure authorizations and permits required for establishment and operation of enterprises and to lease or purchase real estate, for activities promoted by the Board of Investment* ».

⁷⁷ C-33

aucune indication à ce sujet, de telles autorisations n'auraient pas été obtenues par les Demandeurs si le BPM n'avait pas mis un terme au projet le 14 avril 2016. Aucune des autorisations mentionnées par la Défenderesse n'a été la cause de l'arrêt du projet. La Défenderesse ne soumet absolument aucun début de preuve permettant de justifier que tel aurait été le cas. A cet égard, les Demandeurs ne peuvent que regretter une nouvelle fois que la Défenderesse n'apporte dans sa Réplique aucune réponse sérieuse quant à l'arrêt du projet.

49.- En d'autres termes, c'est bien sur la base de la lettre du BPM en date du 14 octobre 2014 autorisant leur projet et sur les indications du BOI que les Demandeurs ont constitué leurs sociétés, mobilisé des fonds et exposé des coûts pour la mise en place du projet. Prétendre que les Demandeurs auraient réalisé ces investissements et ces dépenses sans l'accord des autorités mauriciennes constitue une déformation grave des faits. Ce sont les autorités mauriciennes qui ont embarqué les Demandeurs dans des diligences longues et coûteuses de mise en place du projet. Le revirement injustifié des autorités mauriciennes n'en est que plus incompréhensible et fautif.

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

50.- Dans leur Mémoire, les Demandeurs ont clairement exposé que le Traité contient une disposition relative au règlement des différends investisseur-Etat (article 9) et que le règlement des différends investisseur-Etat est donc une des « *matières* » régies par le Traité au sens de l'article 8(2) du Traité. Au titre de cette même disposition, les Demandeurs peuvent donc bénéficier également de toutes les dispositions plus favorables relatives au règlement des différends investisseur-Etat qui peuvent résulter d'autres TBIs conclus par la République de Maurice. L'article 9 du traité conclu avec la Finlande étant plus favorable, l'article 8(2) du Traité et l'article 9 du traité conclu avec la Finlande fondent la compétence du Tribunal.

51.- Dans sa Réplique, la Défenderesse persiste à s'opposer à ce raisonnement en soutenant que l'article 8(2) du Traité ne peut être invoqué par les Demandeurs en l'absence d'un consentement direct et exprès à l'arbitrage dans le Traité et, à supposer qu'une telle exigence ne soit pas retenue par le Tribunal et pour la même raison, que l'article 9 du Traité ne peut être de toute façon considéré comme une disposition proposant une « *matière* » comparable à celle de l'article 9 du traité conclu avec la Finlande. Or, la thèse de la Défenderesse visant à subordonner tout examen de l'article 8(2) du Traité à un consentement préalable à l'arbitrage est dépourvue de tout fondement juridique (A). Elle ne peut sérieusement contester que, aussi originale soit la formulation de l'article 9 du Traité, le règlement des différends investisseur-Etat est une « *matière* » régie par le Traité (B). De la même façon, les Demandeurs démontreront à nouveau qu'établir la compétence du Tribunal sur le fondement de l'article 8(2) du Traité et de l'article 9 du traité conclu avec la Finlande ne heurte en rien le principe d'un consentement clair et non équivoque, compte tenu notamment de la pratique générale de la Défenderesse en matière d'arbitrage investisseur-Etat (C), pour souligner enfin que le fait que l'article 9 du traité conclu avec la Finlande soit plus favorable que l'article 9 du Traité n'est pas contesté (D).

52.- Avant de développer ces éléments, les Demandeurs relèvent que la Défenderesse semble considérer qu'elle ne serait pas tenue de répondre aux rapports des Professeurs Nouvel et Crépet Daigremont dans la mesure où ceux-ci ne sont pas repris dans les écritures des Demandeurs. En revanche, elle se permet de souligner de supposées contradictions entre ces rapports et les écritures des Demandeurs⁷⁸. La position de la Défenderesse, qui a sollicité la production de l'ensemble des pièces liées aux rapports d'expertise⁷⁹, n'est bien évidemment pas admissible. Il est clair que les écritures des Demandeurs s'appuient sur l'intégralité des rapports des experts. Il n'existe aucune obligation pour les Demandeurs de reprendre *in extenso* dans

⁷⁸ Réplique, § 3

⁷⁹ Lettre de la Défenderesse aux Demandeurs en date du 5 avril 2019

leurs écritures l'ensemble des arguments développés par eux pour que ceux-ci soient pris en compte par le Tribunal. Et si certaines divergences existent entre les opinions exprimées par les experts et les écritures des Demandeurs (en réalité accessoires ou mineures) elles ne sont que le reflet de l'indépendance avec laquelle ces experts sont intervenus.

A - Le consentement à la compétence du Tribunal en application du Traité n'est pas une condition préalable à l'application de l'article 8(2) du Traité

53.- Dans sa Réplique, la Défenderesse persiste à considérer que le consentement à la compétence du Tribunal est un préalable à l'invocabilité de l'article 8(2) du Traité. Selon la Défenderesse :

*« Only such consent could give the investor the right to invoke (...), and the Tribunal the right to consider, other clauses of the BIT, such as the MFN clause »⁸⁰. « One may enter into the debate of whether dispute resolution is covered by the MFN clause only **after** jurisdiction to interpret that clause has been established »⁸¹ (Mot souligné par nous).*

54.- Pour fonder sa position, la Défenderesse persiste à invoquer, certes avec beaucoup moins de conviction que dans son premier mémoire, une supposée « *jurisprudence constante* » ainsi qu'un supposé « *principe* ». Les nouveaux éléments, jurisprudentiels comme doctrinaux, apportés par la Défenderesse ne soutiennent pas du tout de telles allégations (1). Ce qui apparaît en revanche constant en jurisprudence est que les tribunaux arbitraux font une application des dispositions relatives au règlement des différends investisseur-Etat et des clauses MFN **prises ensemble**, non l'une avant l'autre, en tenant compte de la pratique des Etats concernés en matière d'arbitrage investisseur-Etat (2).

1. L'absence de toute jurisprudence constante ou de tout principe visant à ce que le consentement à la compétence du tribunal soit établi avant tout examen de la MFN

55.- Les Demandeurs et leurs experts ont déjà décortiqué la jurisprudence citée par la Défenderesse pour clairement démontrer l'absence de toute « *jurisprudence constante* » ou « *principe* » de droit international visant à ce qu'un consentement à la compétence du Tribunal soit établi en application du traité de base avant tout examen de la MFN⁸².

⁸⁰ Réplique, § 31

⁸¹ Réplique, § 33

⁸² Mémoire des Demandeurs, §§ 80-98

Le Professeur Nouvel a notamment souligné qu'une telle allégation est simplement contredite :

« par les centaines de décisions de cours nationales à travers le monde ayant reconnu l'application de la clause de la nation la plus favorisée sans qu'aucune d'entre elles (...) n'ait jamais posé comme condition à l'acquisition d'un droit sur ce fondement que le mécanisme de règlement des différends du traité de base ait été mis en œuvre préalablement »⁸³.

56.- L'« autonomie » de la MFN est parfaitement vérifiée par le sommaire de jurisprudence publié en 1973 par la CDI⁸⁴.

57.- La Défenderesse insiste néanmoins en soutenant que la « jurisprudence constante » alléguée résulterait de la décision sur la compétence rendue dans l'affaire *AIYY v. Czech Republic*⁸⁵, tout en minorant autant que possible la portée de l'analyse du Professeur Stephan Schill qui s'oppose à celle de Zachary Douglas⁸⁶.

a) *L'affaire AIYY v. Czech Republic*

58.- Dans l'affaire *AIYY v. Czech Republic*, la question se posait de savoir si la clause MFN d'un traité conclu entre le Royaume-Uni et la République tchèque pouvait permettre aux investisseurs d'élargir le champ de la compétence du tribunal, la clause de règlement des différends de ce traité le limitant à certaines questions (notamment l'expropriation).

59.- Dans ce contexte, et faisant référence au Rapport de la CDI sur la MFN, le tribunal a indiqué que « *an MFN clause can, a priori, apply to dispute settlement* »⁸⁷ tout en relevant deux limites à ce principe :

« *where tribunals have declined to apply the MFN clause to dispute settlement, the ratio decidendi was either that (i) the MFN clause was invoked to override **public policy considerations** such as a substitution of the consent to arbitrate where **none** exists in the basic Treaty, and/or (ii) its scope of application was limited by the wording used in the applicable Treaty* »⁸⁸ (Mots soulignés par nous).

⁸³ CER-2, § 14

⁸⁴ CL-68, Sommaire de jurisprudence publié en 1973 par la CDI

⁸⁵ Réplique, § 35

⁸⁶ Réplique, §§ 40-44

⁸⁷ RLA-38, § 95

⁸⁸ RLA-38, § 97

60.- C'est sur la base de ce raisonnement que le tribunal a considéré que la clause MFN applicable ne pouvait pas permettre d'étendre son propre champ de compétence. En l'espèce, le tribunal a relevé que, dans la pratique des traités anglais, les clauses MFN précisent le plus souvent si elles s'appliquent ou non aux clauses de règlement des différends. Or, dans le traité dont il était fait application, une telle précision faisait défaut. C'est donc la combinaison d'une délimitation expresse du champ de compétence du tribunal dans la clause de règlement des différends (limitée à certaines questions comme l'expropriation) et de l'absence d'une précision de la MFN sur son application aux clauses de règlement des différends qui a convaincu le tribunal de faire prévaloir les termes de la clause de règlement des différends sur le potentiel jeu de la MFN⁸⁹.

61.- Ainsi, la Défenderesse fait une interprétation inexacte de cette décision en considérant qu'il faudrait en déduire que le consentement à la compétence du Tribunal en application du Traité est un préalable absolu à tout examen de la MFN. Bien au contraire, cette décision démontre clairement que les termes précis de la MFN, dont l'application était envisagée, la pratique conventionnelle des Etats contractants ainsi que les termes de la clause de règlement des différends applicable doivent être appréciés **ensemble**, non isolément.

62.- En tous les cas, il n'échappera pas au Tribunal que cette affaire est différente de celle sous examen. Alors que dans l'affaire *AIYY v. Czech Republic*, il s'agissait pour les investisseurs d'**étendre** la compétence du tribunal en invoquant la clause MFN, dans la présente affaire l'article 8(2) du Traité et l'article 9 du traité conclu avec la Finlande sont invoqués pour **établir** la compétence du Tribunal.

63.- De même, alors que le tribunal indique dans cette affaire qu'une clause MFN ne pourrait pas permettre de contourner toute considération d'« *ordre public* », comme par exemple l'absence de tout consentement de l'Etat hôte à l'arbitrage, il convient de rappeler qu'il résulte en premier lieu de l'article 9 du Traité un consentement de la Défenderesse à l'arbitrage pour les investisseurs bénéficiant d'un « *accord* »⁹⁰. Dans ces conditions, la Défenderesse ne peut pas sérieusement prétendre ne pas avoir *du tout* consenti à l'arbitrage vis-à-vis des investisseurs français au titre du Traité. Il convient d'ajouter en second lieu, qu'établir la compétence du Tribunal sur le fondement de l'article 8(2) du Traité ne peut en aucun cas revenir à contourner des considérations d'ordre public pour la simple raison que la Défenderesse a accepté

⁸⁹ RLA-38, § 106. Selon ce tribunal, « *the absence of the « For avoidance of doubt » paragraph in the present Treaty demonstrates the clear intention of the contracting parties to give full application to Article 8(1) ».*

⁹⁰ Mémoire des Demandeurs, §§ 77-79, C-2, article 9 du Traité : « *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 » (Mots soulignés par nous).*

l'arbitrage dans tous les TBIs conclus avec des Etats tiers⁹¹ et qu'elle en a accepté la généralisation dans le cadre du nouveau traité conclu avec la France en 2010⁹².

64.- Ainsi, aucune des décisions soumises par la Défenderesse dans ses écritures ne permet de matérialiser l'existence d'une quelconque « *jurisprudence constante* » ou d'un quelconque « *principe* » visant à exiger l'existence d'un consentement direct et exprès à la compétence du Tribunal dans le Traité avant tout examen de la MFN.

b) *La réponse de S. Schill à Z. Douglas*

65.- Bien qu'antérieure au travail de synthèse proposé par la CDI en 2015, la réponse de Stephan Schill à l'opinion de Zachary Douglas est digne d'intérêt.

66.- Concernant l'opinion exprimée par Zachary Douglas en 2011, les Demandeurs relèvent que celle-ci concerne principalement des situations dans lesquelles un tribunal arbitral qui est compétent en application du traité de base considère la possible « *extension* » du champ de sa compétence du fait d'une clause MFN renvoyant à la notion de « *traitement* ».

67.- Cette situation est très différente de la présente affaire dans laquelle, d'une part, il ne s'agit pas d'« *étendre* » mais d'« *établir* » la compétence du Tribunal en invoquant une clause MFN et la clause de règlement des différends d'un traité tiers et dans laquelle, d'autre part, la clause MFN fait référence à « *toutes les dispositions plus favorables* », non à un « *traitement non moins favorable* ».

68.- La Défenderesse fait une présentation particulièrement tronquée de la réponse de Stephan Schill. Selon la Défenderesse, le Professeur Schill ne traiterai pas dans cet article de l'hypothèse dans laquelle le consentement à l'arbitrage pourrait dériver de la seule application de la MFN⁹³. Les Demandeurs sont d'un avis parfaitement contraire.

⁹¹ C-23

⁹² R-4

⁹³ Réplique, § 40 et s.

69.- Dans sa contribution, le Professeur Schill adresse très expressément cette hypothèse en introduisant notamment son propos de la façon suivante :

« among international investment lawyers, the answer to the question of whether foreign investors can invoke a most-favoured-nation (MFN) clause in a bilateral investment treaty (BIT) to establish or expand a tribunal's jurisdiction has become a matter of stating your faith »⁹⁴ (Mot souligné par nous).

70.- Le Professeur Schill considère ainsi que la question n'est pas celle de savoir si la compétence d'un tribunal peut être étendue, modifiée ou amendée une fois l'arbitrage initié – telle était la question plus limitée abordée par Zachary Douglas. Selon le Professeur Schill, la question est bien celle de savoir si la compétence du tribunal peut elle-même être établie ou fondée sur le consentement plus favorable de l'Etat hôte au bénéfice d'investisseurs tiers en application d'une clause MFN⁹⁵.

71.- A cette question, après avoir égrainé les raisonnements et principes mis en avant par les Projets d'articles de la CDI relatifs à la MFN⁹⁶ et la jurisprudence de la Cour internationale de justice⁹⁷, le Professeur Schill indique très clairement que :

*« the MFN clause thus has the effect of broadening the scope of offerees *ratione personae* of the offer to arbitrate made in the third-country BIT. The arbitral tribunal thus constituted receives its jurisdictional mandate not from the dispute settlement provisions in the basic treaty. Instead, it is constituted based on the consent to arbitrate given by the host State in the third-country treaty which the investor covered under the basic treaty can accept through the operation of the MFN clause »⁹⁸.*

72.- En d'autres termes, cet auteur vient parfaitement au soutien du raisonnement des Demandeurs qui consiste à fonder la compétence du Tribunal non pas sur l'article 9 du Traité mais sur son article 8(2) et sur l'article 9 du traité conclu avec la Finlande.

⁹⁴ CL-74, S. Schill, *Allocating Adjudicatory Authority: Most-Favoured-Nation Clauses as a Basis of Jurisdiction - A Reply to Zachary Douglas*, *Journal of International Dispute Settlement*, 2011, Vol.2, N°2, pp. 353-354

⁹⁵ CL-74, p. 363

⁹⁶ CL-6, notamment l'article 20 relatif à la « *Naissance de droits découlant d'une clause de la nation la plus favorisée* » prévoit que « *Le droit de l'Etat bénéficiaire (...) au traitement de la nation la plus favorisée, pour lui-même ou au profit de 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* ».

⁹⁷ Dans son article, le Professeur Schill se fonde notamment sur le principe d'automaticité découlant de l'article 20 du projet d'articles de la CDI déjà mentionné par les Demandeurs dans le Mémoire des Demandeurs, §§ 55 et s., ainsi que sur la décision de la CIJ *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco*.

⁹⁸ CL-74, p. 365

73.- Au passage, le Professeur Schill fait un commentaire sur l'affaire *Anglo-Iranian Oil Company* qui, selon la Défenderesse, serait la démonstration du principe qu'elle invoque :

« [cette décision] *cannot be read as reflecting the principle that a tribunal is prevented from interpreting the MFN clause and from basing its jurisdiction on it. The decision in Anglo-Iranian Oil Company does not require that an international court or tribunal, in order to interpret an MFN clause and to base its jurisdiction upon it, has jurisdiction over the clause under the jurisdictional provisions of the treaty that contains the MFN clause* »⁹⁹.

74.- Quant à l'argument de l'autonomie de la clause d'arbitrage mis en avant par la Défenderesse dans sa Réplique¹⁰⁰, celui-ci reçoit une réponse plutôt critique du Professeur Schill¹⁰¹. Il est admis en matière d'arbitrage commercial, ou fondé sur un contrat, que la clause d'arbitrage bénéficie d'une autonomie par rapport à l'instrument juridique qui la contient. Cette autonomie permet de justifier le principe de « *compétence-compétence* » ou de préserver la compétence arbitrale de tout vice pouvant affecter la validité du contrat. La transplantation de cette théorie à l'arbitrage investisseur-Etat est en fait inadaptée dans la mesure où l'arbitrage investisseur-Etat est généralement fondé sur une offre d'arbitrage faite dans un traité, non sur une clause compromissoire insérée dans un contrat. A lire Zachary Douglas, on comprend l'argument de l'autonomie de la clause d'arbitrage comme un argument permettant à un tribunal arbitral investisseur-Etat de considérer que l'une des parties ne peut pas, unilatéralement et sur le fondement d'une clause MFN, imposer à un tribunal l'extension de sa compétence. Mais, à supposer cette idée recevable, elle n'est tout simplement pas applicable en l'espèce puisque n'est pas en cause dans la présente affaire l'« *extension* » de la compétence du Tribunal mais bien l'« *établissement* » de sa compétence sur le fondement de l'article 8(2) du Traité et de l'article 9 du traité conclu avec la Finlande. En d'autres termes, ce qui est en cause dans la présente affaire n'est pas l'autonomie de l'article 9 du Traité ou de la clause d'arbitrage que la Défenderesse se devait de conclure avec les Demandeurs du fait de leur accord du 14 octobre 2014, mais l'autonomie de l'accord d'arbitrage résultant de l'article 8(2) du Traité et de l'article 9 du traité conclu avec la Finlande.

⁹⁹ CL-74, p. 365, note de bas de page 43. Analyse confortée par le tribunal arbitral dans l'affaire *Renta4 v. Russia* (CL-15).

¹⁰⁰ Réplique, §§ 64 et s.

¹⁰¹ CL-74, p. 366 : « *Likewise, the severability doctrine, which Douglas invokes to illustrate the fundamental difference between substantive obligations and arbitration agreement, is inconclusive in the present context. This doctrine has been developed to safeguard the jurisdictional mandate of a contract-based arbitral tribunal against attacks challenging the validity of the contract that contains the arbitration clause. It simply has no bearing for determining what is ejusdem generis in respect of the subject-matter scope of an MFN clause. Instead, that more favourable treatment relating to dispute settlement can, in principle, be included within the subject-matter scope of an MFN clause, is also confirmed if we consider that most MFN clauses explicitly include exceptions for benefits stemming from customs unions or double taxation treaties. Among the benefits granted by such instruments undoubtedly also are benefits relating to dispute settlement* ».

75.- On relèvera d'ailleurs que si le Rapport de la CDI indique clairement que « *les dispositions NPF sont en principe susceptibles de s'appliquer aux dispositions des traités bilatéraux d'investissement relatives aux règlements des différends* »¹⁰², ce rapport ne fait aucune mention du fait que cette application serait tributaire des principes allégués par la Défenderesse, qu'il s'agisse d'un principe de consentement préalablement établi ou du principe d'autonomie.

76.- Les Demandeurs relèvent également que la thèse de la Défenderesse n'a manifestement pas eu d'écho favorable auprès du tribunal constitué dans l'affaire *Rawat* qui reste la seule affaire où une question similaire à celle qui est soumise à l'appréciation du Tribunal a été, à défaut d'être traitée, clairement abordée. En effet, dans cette affaire, le tribunal a considéré que sa compétence pouvait résulter de l'article 8(2) du Traité alors même que sa compétence ne pouvait être établie en application de l'article 9 du Traité¹⁰³.

2. Les tribunaux arbitraux font une application des dispositions relatives au règlement des différends investisseur-Etat et des clauses MFN prises ensemble

77.- Ainsi que cela a déjà été indiqué dans l'affaire *Ally v. Czech Republic*, ce qui apparaît fondamental dans le raisonnement à suivre pour déterminer si une clause MFN peut permettre d'établir ou d'étendre la compétence d'un tribunal arbitral est de déterminer si établir ou étendre cette compétence revient finalement à contredire ou contourner la volonté commune des parties ou toute considération d'ordre public.

78.- Les Etats peuvent souhaiter subordonner l'accès à l'arbitrage international à l'épuisement des voies de recours internes. Ils peuvent encore limiter l'arbitrage international à certaines catégories de différends (contentieux de l'expropriation) à l'exclusion d'autres (par exemple les différends fiscaux). Ils peuvent aussi parfois conditionner la recevabilité d'un arbitrage à l'absence de recours internes parallèles par des clauses dites de choix irrévocable (« *fork in the road* »).

79.- La question est alors de savoir si la clause MFN, à supposer que sa rédaction le permette, autorise un investisseur à contourner ces différentes limitations. Ce qui est globalement constant dans la jurisprudence commentée dans les écritures des parties, c'est l'attention que les tribunaux arbitraux portent à l'accord des parties ainsi qu'aux éventuelles considérations dites d'« *ordre public* » et qui se rapportent plus exactement aux politiques des Etats vis-à-vis de l'arbitrage investisseur-Etat. Ainsi, que les réponses des tribunaux arbitraux varient d'une espèce à l'autre, au gré de la rédaction des clauses sous examen et des politiques affirmées des

¹⁰² CL-2, p. 32

¹⁰³ Cf. *Supra*, Introduction §§ 5-6

Etats en matière de règlement des différends investisseur-Etat est parfaitement logique. Un tel exercice implique l'appréciation des clauses de règlement des différends et des clauses MFN prises ensemble, non l'une avant l'autre. Il s'agit finalement d'un exercice classique d'interprétation qui, conformément à l'article 31(1) de la Convention de Vienne, doit prendre en compte l'objet et le but du traité, le contexte d'application ainsi que la pratique ultérieure des parties au traité¹⁰⁴.

80.- De ce point de vue, l'absence de tout commentaire de la Défenderesse sur les traités conclus entre Maurice et les pays tiers d'une part¹⁰⁵ et sur le nouveau traité conclu avec la France en 2010 d'autre part¹⁰⁶ est absolument éloquent. En effet, comment la Défenderesse peut-elle sérieusement prétendre aujourd'hui qu'établir la compétence du Tribunal sur le fondement de l'article 8(2) du Traité et de l'article 9 du traité conclu avec la Finlande pourrait enfreindre d'une quelconque manière son ordre public ou sa politique en matière d'arbitrage investisseur-Etat alors qu'elle a **expressément consenti, sans limitation, à l'arbitrage investisseur-Etat au bénéfice des investisseurs français dans le cadre d'un nouveau traité ?** Comme cela a déjà été mentionné dans le Mémoire des Demandeurs, il résulte du traité conclu en 2010 avec la France, ratifié par la Défenderesse, une volonté claire d'aligner le traitement des investisseurs français, qui sont les premiers investisseurs étrangers à Maurice¹⁰⁷, sur le traitement des autres investisseurs étrangers en matière de recours à l'arbitrage international, en substituant à l'obligation de recourir à l'arbitrage pour les seuls accords relatifs aux investissements, une offre plus générale d'arbitrage « *without privity* »¹⁰⁸.

81.- Dans ce contexte, admettre la compétence du Tribunal sur le fondement de l'article 8(2) du Traité et de l'article 9 du traité conclu avec la Finlande ne contrevient ni à l'accord des parties, ni à aucune préoccupation d'ordre public (la Défenderesse n'en soulève d'ailleurs absolument aucune dans ses écritures). Autrement dit sous le prisme des règles d'interprétation des traités, admettre la compétence du Tribunal en l'espèce est parfaitement conforme à l'objet

¹⁰⁴ CL-71, *Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités*, Nations Unies, 2018

¹⁰⁵ C-23

¹⁰⁶ R-4

¹⁰⁷ C-38, p.4, *Les investissements français à Maurice*, août 2017, Document du Service économique de l'Ambassade de France à Maurice : « *En dehors de 2010 (Royaume-Uni) et de 2012 (Afrique du Sud), la France est positionnée comme le premier investisseur à Maurice depuis 2009* ».

¹⁰⁸ R-4, exposé des motifs, p. 3 qui indique que dans le Traité « *le champ du règlement des différends investisseur-Etat est limité puisque l'accord présuppose l'existence d'une clause compromissoire dans le contrat d'investissement. Or, conformément à l'évolution du droit international des investissements, la pratique conventionnelle française a évolué afin de permettre aux investisseurs connaissant un préjudice du fait des agissements de l'Etat d'accueil de leur investissement de recourir à l'arbitrage international sur la base du consentement exprimé par l'Etat dans l'API. C'est donc essentiellement pour mettre cet accord en conformité avec l'évolution de la pratique conventionnelle qu'une renégociation a été engagée avec le gouvernement de Maurice en 2005* ».

et au but du Traité qui, bien que datant de 1973 et appliqué aujourd'hui, doit l'être également à la lumière de la pratique convenue entre les parties en matière d'arbitrage investisseur-Etat.

82.- Outre la rédaction particulièrement large de l'article 8(2), c'est parce qu'aucune des limites régulièrement posées au jeu de la clause MFN par la jurisprudence n'est présente en l'espèce que le Tribunal doit donc donner son plein effet aux termes de l'article 8(2) du Traité et doit, en conséquence, garantir **l'absence de toute discrimination** entre les investisseurs tiers, finlandais en l'occurrence, et les ressortissants français en permettant à ces derniers de fonder sa compétence sur l'article 9 du traité conclu avec la Finlande.

B - L'article 8(2) du Traité s'applique au règlement des différends investisseur-Etat

83.- La Défenderesse ne reprend pas l'exégèse de l'article 8(2) du Traité telle que proposée par le Mémoire des Demandeurs¹⁰⁹. Elle ne conteste pas réellement la rédaction singulière et particulièrement large de l'article 8(2) du Traité en application duquel les investissements des ressortissants français « *bénéficient également de toutes les dispositions plus favorables* » des traités tiers.

84.- Pour autant, la Défenderesse maintient que l'article 8(2) du Traité ne peut s'appliquer au règlement des différends investisseur-Etat au motif qu'il n'y aurait pas de « *clause d'arbitrage investisseur-Etat* » dans le Traité (1) et que, de toute façon, le fait que l'article 8(2) se réfère aux « *investissements des ressortissants* » devrait conduire à exclure l'application de cette disposition au règlement des différends investisseur-Etat (2).

1. L'article 9 du Traité a pour objet le règlement des différends investisseur-Etat

85.- La Défenderesse admet que le règlement des différends investisseur-Etat est la matière de l'article 9 du Traité. En revanche, elle estime qu'à partir du moment où l'article 9 du Traité ne prévoit pas de consentement direct et exprès à la compétence du Tribunal, l'article 8(2) ne peut s'y appliquer¹¹⁰. Ce point de vue est parfaitement excessif.

86.- Selon la Défenderesse, « *there is no investor-State arbitration clause in the France-Mauritius BIT* »¹¹¹. Si la Défenderesse entend par ces termes considérer qu'il n'y a pas de clause compromissoire dans le Traité, les Demandeurs ne peuvent que partager ce constat.

¹⁰⁹ Mémoire des Demandeurs, §§ 34-68

¹¹⁰ Réplique, § 74

¹¹¹ Réplique 2.2, § 20

Néanmoins, il convient immédiatement de préciser qu'aucun TBI ne contient de clause compromissoire. Les TBIs ne contiennent en général qu'une offre d'arbitrage de la part de l'Etat hôte. En revanche, si la Défenderesse entend par ces termes nier l'existence de tout consentement à l'arbitrage à l'article 9 du Traité, les Demandeurs ne partagent pas du tout cette analyse.

87.- Ainsi que cela a déjà été démontré dans le Mémoire des Demandeurs, l'article 9 du Traité a bien pour objet de fixer les conditions dans lesquelles la Défenderesse et les ressortissants français bénéficiant d'un accord d'investissement doivent régler leurs éventuels différends : par l'arbitrage CIRDI en cas d'échec de règlement amiable. Il résulte de l'article 9 du Traité, dans le cas d'un accord sur les investissements, une obligation d'arbitrage pour l'Etat et un droit à l'arbitrage pour l'investisseur¹¹². L'article 9 du Traité a donc bien pour objet le règlement des différends investisseur-Etat, il n'en a pas d'autre. Le fait que la Défenderesse verbalise l'objet de l'article 9 d'une façon différente, en indiquant que cette disposition « *merely sets out a commitment by the Contracting States to include an ICSID dispute resolution clause in any potential investment contracts* »¹¹³ n'y change rien. Une disposition qui prévoit un tel engagement de l'Etat est bien une disposition ayant pour objet le règlement des différends investisseur-Etat.

88.- Ce qui distingue fondamentalement les approches des Demandeurs et de la Défenderesse demeure encore une fois le fait que, du point de vue de la Défenderesse, le consentement direct et exprès à la compétence du Tribunal en application du Traité devrait être un préalable nécessaire à l'examen de toute autre disposition du Traité. Ce raisonnement est appliqué par la Défenderesse à la clause MFN de l'article 8(2) du Traité. Il est également abusivement appliqué à l'article 9 du Traité qui, à défaut d'un tel consentement¹¹⁴ et selon la Défenderesse, ne pourrait donc constituer une « *matière* » comparable à celle de l'article 9 du traité conclu avec la Finlande.

89.- Cette exigence d'un consentement direct et exprès à l'arbitrage pour permettre de considérer que le règlement des différends investisseur-Etat est une « *matière* » régie par le Traité au sens de son article 8(2) est présente à tous les stades du raisonnement de la Défenderesse et notamment pour ce qui concerne le principe *ejusdem generis*. La Défenderesse explique que « *the relevant issue is not whether Article 9 deals with dispute resolution, but whether it contains **consent** to arbitrate disputes arising under the Treaty* »¹¹⁵ (Mot souligné par nous) ou « *to say that the subject-matter of Article 9 is dispute resolution is one thing; to*

¹¹² Mémoire des Demandeurs, §§ 77-79

¹¹³ Réplique, § 21

¹¹⁴ Réplique, § 54

¹¹⁵ Réplique, § 74

claim that it is a dispute resolution clause, is another »¹¹⁶ ou « *there can be no « more favourable » provisions in any (...) other treaty in the absence of any provision in the basic treaty dealing with investor-State arbitration - and more particularly providing **consent** to such investor-State arbitration* »¹¹⁷ (Mot souligné par nous). C'est bien ramener l'examen de toute question d'interprétation et d'application du Traité à l'exigence préalable d'un consentement direct et exprès à la compétence du Tribunal.

90.- Or, la question est bien celle de savoir si l'article 9 du Traité est relatif au **règlement des différends investisseur-Etat** afin de déterminer si la question du règlement des différends investisseur-Etat est une « *matière* » régie par le Traité au sens de son article 8(2), non celle de savoir si l'article 9 comporte un consentement direct et exprès à l'arbitrage. A défaut, cela reviendrait à exiger qu'il existe un consentement direct et exprès à la compétence du Tribunal en application du Traité de base comme préalable au jeu de la clause MFN du Traité, ce qui, comme cela a déjà été expliqué plus haut, ne repose sur aucun fondement textuel, jurisprudentiel ou doctrinal¹¹⁸.

91.- Dans l'affaire *Rawat*, le tribunal a résumé la problématique en considérant qu'une fois l'intérêt à agir du demandeur établi, la seconde étape de son raisonnement consisterait à examiner :

*« in the absence of an express direct investor-state arbitration provision in the BIT, whether the MFN clause in Article 8 operates to demonstrate Mauritius' consent to such direct arbitration through application of the direct investor-state arbitration clause in the 2007 Finland-Mauritius BIT »*¹¹⁹.

92.- Ce tribunal a donc parfaitement identifié la différence de nature des dispositions relatives au règlement des différends investisseur-Etat dans le traité conclu entre la France et Maurice d'une part et conclu entre la Finlande et Maurice d'autre part, la dernière étant bien évidemment plus favorable que la première. Ce tribunal ne fait aucunement référence à la nécessité d'établir un consentement à sa compétence avant l'examen de cette question cruciale pour exercer la clause MFN. Bien au contraire, il indique clairement que c'est la clause MFN elle-même (« *whether the MFN clause in Article 8 operates* ») qui permettra de déterminer si le consentement donné en application du traité conclu avec la Finlande est accessible au ressortissant français.

¹¹⁶ Réplique, § 75

¹¹⁷ Réplique, § 76

¹¹⁸ Cf. *Supra*, §§ 53-82

¹¹⁹ RLA-20, § 161

93.- Bien entendu, dans l'hypothèse où le Traité serait dépourvu de toute disposition relative au règlement des différends investisseur-Etat – ce qui n'est pas le cas en l'espèce –, cette question ne pourrait naturellement être considérée comme constituant une « *matière* » du Traité et le jeu de la clause MFN en serait nécessairement neutralisé.

94.- Ainsi que la Défenderesse l'a elle-même indiqué en citant le Professeur Schill dans sa contribution de 2009 :

*« if the basic treaty does not provide for **investor-State dispute settlement at all**, the situation will be different. In such cases, the interpretation of an MFN clause in the treaty will more likely than not bar the incorporation of the consent to dispute settlement from third-party BITs, since it will be difficult to establish that the MFN clause covered issues of **dispute settlement** as part of the clause's subject matter »*¹²⁰ (Mots soulignés par nous).

95.- Dans l'affaire *Rawat*, le tribunal arbitral a donc clairement considéré que l'examen de la clause MFN n'impliquait aucunement la caractérisation préalable de sa compétence en application de l'article 9 du Traité en expliquant également que :

*« the questions to be resolved would have included defining for MFN purposes the « matière » in Article 9 of the France-Mauritius BIT **and** the « matière » in Article 9 of the Finland-Mauritius BIT, and deciding whether these were of the same kind. This would have been the heart of the ejusdem generis test to be applied and would have involved an assessment of the level of granularity at which the « matières » needed to be considered »*¹²¹ (Mot souligné par nous).

96.- Ce tribunal indique encore en note de bas de page à ce développement que différents niveaux de « *granularité* » peuvent être envisagés et que la référence au « *règlement des différends* » est moins précise que la référence au « *règlement des différends investisseur-Etat* » qui est elle-même moins précise que la référence au « *règlement des différends investisseur-Etat contractuel* »¹²². Le tribunal a laissé la question ouverte de savoir où le curseur devait être mis.

97.- Néanmoins, comme les Demandeurs l'ont déjà indiqué, placer le curseur sur le niveau le plus étroit, à savoir le « *règlement des différends investisseur-Etat contractuel* », ne serait pas justifié en l'espèce, tant au regard de la rédaction large de l'article 8(2) du Traité¹²³, du droit des Demandeurs à l'arbitrage en application de l'article 9 du Traité¹²⁴ et de la volonté des parties

¹²⁰ RLA-28, p. 557

¹²¹ RLA-20, § 187

¹²² RLA-20, note de bas de page 156

¹²³ Mémoire des Demandeurs, §§ 61-62

¹²⁴ Mémoire des Demandeurs, §§ 77-79

contractantes, telle qu'elle peut être notamment interprétée à la lumière du nouveau traité conclu entre elles en 2010 et qui prévoit un consentement général de l'Etat hôte à l'arbitrage¹²⁵.

98.- A cet égard, les Demandeurs rappellent que le Rapport de la CDI sur la clause MFN indique que « *les dispositions NPF sont en principe susceptibles de s'appliquer aux dispositions des traités bilatéraux d'investissement relatives aux règlements des différends* »¹²⁶ (Mots soulignés par nous). Le Rapport ne précise jamais si ces dispositions doivent contenir ou non un consentement direct et exprès à l'arbitrage.

2. *La référence aux « investissements des ressortissants » à l'article 8(2) n'empêche pas son application au règlement des différends investisseur-Etat*

99.- La Défenderesse ne revient pas dans sa Réplique sur l'ensemble des termes de l'article 8(2) qui démontrent toute la capacité de cette disposition à faire **bénéficiaire également** « *les investissements des ressortissants* » français **de toutes les dispositions plus favorables**¹²⁷. En revanche, elle insiste sur le fait que la référence à l'article 8(2) aux « *investissements* », en oubliant sciemment de préciser que le texte fait référence plus précisément aux « *investissements des ressortissants* », aurait pour effet d'empêcher l'application de l'article 8(2) aux dispositions de règlement des différends investisseur-Etat. Selon la Défenderesse « *only investments are entitled to MFN treatment, and investor-state dispute resolution is a right of the investor* »¹²⁸. Ce faisant, la Défenderesse propose de distinguer les droits de l'« *investisseur* » des droits de l'« *investissement* ».

100.- Du point de vue de l'accès à l'arbitrage, cette dichotomie est absurde dans la mesure où, très concrètement, on n'a jamais vu un « *investissement* » initier une procédure d'arbitrage investisseur-Etat sans l'« *investisseur* » auquel il appartient, ni un investisseur prospérer dans une telle procédure sans pouvoir justifier d'un « *investissement* ». Du point de vue de l'accès à l'arbitrage, les deux notions sont inextricablement liées.

101.- Les Demandeurs ont déjà rappelé quel était l'état du droit sur ce sujet dans leur Mémoire, en rappelant notamment ce qui résultait précisément des affaires *Siemens* et *Plama*¹²⁹. Dans sa Réplique, la Défenderesse ajoute une référence à l'affaire *RosInvest v. Russia* ainsi qu'à l'affaire *Telenor v. Hungary*.

¹²⁵ R-4

¹²⁶ CL-2, p. 32

¹²⁷ C-2

¹²⁸ Réplique, § 60

¹²⁹ Mémoire des Demandeurs, §§ 51-54

a) *L'affaire RosInvest v. Russia*

102.- Dans l'affaire *RosInvest v. Russia*, le tribunal devait examiner la question de savoir si la clause MFN du traité conclu entre le Royaume-Uni et la Russie pouvait permettre d'invoquer la clause de règlement des différends du traité conclu entre le Danemark et la Russie, rédigée en termes bien plus larges, et permettant ainsi au demandeur de soumettre des faits d'expropriation au tribunal¹³⁰.

103.- La clause MFN en cause était rédigée de la façon suivante :

« (1) Neither Contracting Party shall in its territory subject investments or returns of investors of the other Contracting Party to treatment less favourable than that which it accords to investments or returns of investors of any third State.

(2) Neither Contracting Party shall in its territory subject investors of the other Contracting Party, as regards their management, maintenance, use, enjoyment or disposal of their investments, to treatment less favourable than that which it accords to investors of any third State »¹³¹.

104.- Dans ce contexte, le tribunal a considéré que si l'application de la clause de règlement des différends du traité conclu entre le Danemark et la Russie ne pouvait pas être recherchée sur le fondement du premier paragraphe, elle pouvait néanmoins l'être sur le fondement du second¹³².

105.- Il convient alors de citer le raisonnement du tribunal dans son entièreté et non, comme le fait la Défenderesse, de façon complètement tronquée. Le tribunal a en effet relevé que :

« it is difficult to doubt that, first, an expropriation is indeed a treatment of the investment by the Host State. However, secondly, while the protection by an arbitration clause covering expropriation is a highly relevant aspect of that « treatment », if compared with the alternative that the expropriation of an investment can only be challenged before the national courts of the Host State, it does not directly affect the « investment », but rather the procedural rights of the « investor » for whom paragraph (2) of Article 3 provides a separate rule »¹³³.

¹³⁰ RLA-46, § 124

¹³¹ RLA-46, § 126

¹³² RLA-46, §§ 128-130

¹³³ RLA-46, § 128

106.- Ainsi, loin de refuser le jeu de la MFN à l'investisseur comme le sous-entend la Défenderesse, le tribunal a simplement considéré que l'un des paragraphes de la clause MFN sous examen était plus approprié que l'autre pour justifier l'application d'une clause de règlement des différends plus large que celle disponible en application du traité de base.

107.- De plus, cette affaire se distingue clairement de celle des Demandeurs dans la mesure où la clause MFN en cause ne fait pas référence à la notion d'« *investissements des ressortissants* » comme le fait l'article 8(2) du Traité, lequel est également rédigé d'une façon complètement différente de la clause MFN du traité conclu entre le Royaume-Uni et la Russie. Dans ces conditions, on ne voit pas comment la Défenderesse peut trouver dans la décision rendue dans cette affaire un quelconque soutien à sa thèse.

108.- Cela d'autant plus que le tribunal, dans cette affaire, a souligné l'importance des clauses de règlement des différends pour la protection des investisseurs et que, à ce titre, la distinction entre dispositions matérielles et procédurales dans la mise en œuvre des clauses MFN semble devoir être rejetée. Selon ce tribunal :

*« an arbitration clause, at least in the context of expropriation, is of the same protective value as any substantive protection afforded by applicable provisions »*¹³⁴.

b) *L'affaire Telenor v. Hungary*

109.- Selon la Défenderesse, le tribunal a, dans cette affaire, rejeté la demande visant à étendre les droits procéduraux de l'investisseur du fait que la clause MFN ne se référait qu'aux « *investissements* »¹³⁵. Ce résumé trahit l'étendue du raisonnement suivi par le tribunal. Dans l'affaire *Telenor v. Hungary*, l'investisseur cherchait à contourner une clause de règlement des différends investisseur-Etat limitée aux seules situations d'expropriation. Pour ce faire, il invoquait une clause MFN libellée ainsi :

*« Investments made by Investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, as also the returns therefrom, shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to investments made by Investors of any third State »*¹³⁶.

¹³⁴ RLA-46, § 132

¹³⁵ Réplique, § 62

¹³⁶ RLA-47, § 25

110.- Ce tribunal a rejeté la demande de l'investisseur compte tenu notamment de la rédaction de la clause MFN et compte tenu également de la pratique de l'Etat hôte en matière de règlement des différends investisseur-Etat, critère que la Défenderesse s'obstine à occulter.

111.- Pour ce qui est du raisonnement qui se rapporte à la rédaction de la clause, le tribunal accorde en réalité davantage d'attention au terme « *traitement* » qu'au terme « *investissement* » ou « *investisseur* » en considérant que :

*« In the absence of language or context to suggest the contrary, the ordinary meaning of « investments shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to investments made by investors of any third State » is that the investor's substantive rights in respect of the investments are to be treated no less favourably than under a BIT between the host State and a third State, and there is no warrant for construing the above phrase as importing procedural rights as well »*¹³⁷ (Mots soulignés par nous).

112.- Il résulte de cette analyse que la question de l'inclusion des droits procéduraux dans le jeu de la MFN ne dépend pas de la référence à la notion d'investissement ou à la notion d'investisseur dans le texte de la clause MFN, mais davantage de la portée et du contenu de la notion de « *traitement non moins favorable* » en cohérence avec les conclusions du Rapport de la CDI sur le sujet, lequel indique que :

*« lorsque la clause NPF prévoit simplement « un traitement non moins favorable » sans aucune précision qui pourrait être considérée comme élargissant la portée du traitement à accorder, les tribunaux ont systématiquement refusé d'interpréter une telle disposition comme incluant le règlement des différends »*¹³⁸.

113.- Or, en l'espèce, telle n'est pas du tout la rédaction de l'article 8(2) du Traité. Pour rappel, l'article 8(2) du Traité prévoit que :

*« 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 »*¹³⁹ (Mots soulignés par nous).

¹³⁷ RLA-47, § 92

¹³⁸ CL-2, § 196

¹³⁹ C-2

114.- Le Rapport de la CDI fait la distinction entre les dispositions faisant référence à un « *traitement non moins favorable* » et les dispositions faisant référence à « *toutes les questions* » en considérant pour ces dernières que « *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* »¹⁴⁰. A ce premier égard, la décision rendue dans l'affaire *Telenor v. Hungary* n'est donc pas transposable à la situation des Demandeurs.

115.- Pour ce qui est de la branche de raisonnement du tribunal qui se rapporte à la pratique de l'Etat hôte en matière de règlement des différends, celle-ci indique que :

« (...) of particular relevance is the practice of the States parties to the BIT in the formulation of their dispute resolution clauses in BITs with other States (...) Where, as in the present case, both parties to a BIT which restricts the reference to arbitration to specified categories have entered into other BITs which refer all disputes to arbitration or where they have concluded other BITs some of which refer all disputes to arbitration while others limit such a reference to specified categories of dispute, then it can fairly be assumed that in the BIT in question the two parties share a common intention to limit the jurisdiction of the arbitral tribunal to the categories so specified. In these circumstances, to invoke the MFN clause to embrace method of dispute resolution is to subvert the intention of the parties to the basic treaty, who have made it clear that this is not what they wish »¹⁴¹ (Mots soulignés par nous).

116.- Il s'agit bien entendu d'un aspect fondamental du sujet. Les tribunaux doivent rechercher si l'application de la clause MFN est compatible avec la politique de l'Etat hôte en matière de règlement des différends investisseur-Etat. Or, une fois encore, la Défenderesse ne peut pas prétendre de bonne foi que si le Tribunal fondait sa compétence sur l'article 8(2) du Traité et l'article 9 du traité conclu avec la Finlande cela offenserait de quelconques convictions en matière de règlement des différends investisseur-Etat, notamment du fait du traité conclu en 2010 avec la France et, de façon générale, de l'ensemble des TBIs conclus postérieurement au Traité¹⁴².

117.- Quoi qu'il en soit, il est évident que l'allégation de la Défenderesse selon laquelle dans cette affaire « *an MFN clause promising better treatment to « investments »* » aurait conduit le tribunal « *to reject the claim to extend it to procedural rights of investors* »¹⁴³ constitue un raccourci assez grossier.

¹⁴⁰ CL-2, § 197

¹⁴¹ RLA-47, § 95

¹⁴² Mémoire des Demandeurs, §§ 109-114

¹⁴³ Réplique § 62 *in fine*

C - Le consentement clair et non équivoque à l'arbitrage de la République de Maurice

118.- La Défenderesse propose une approche partielle et décontextualisée – encore une fois – du concept de consentement clair et non équivoque à l'arbitrage. A la suivre, point de compétence du Tribunal en dehors de tout consentement direct et exprès dans le Traité de base. A défaut, selon la Défenderesse, le principe d'un consentement clair et non équivoque s'en trouverait violé.

119.- Or, selon la jurisprudence que cite la Défenderesse elle-même, « *l'élément de consentement doit être explicite ou pouvoir être clairement déduit de la conduite pertinente de l'Etat* »¹⁴⁴. De même, citant l'affaire *Daimler*, la Défenderesse admet 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* »¹⁴⁵. L'affaire *Daimler* fait elle-même référence au jugement de la Cour permanente de justice dans l'affaire des droits des minorités de Haute Silésie dans lequel il est indiqué que « *[t]here seems to be no doubt that the consent of a State to the submission of a dispute to the Court may not only result from an express declaration, but may also be inferred from acts conclusively establishing it* »¹⁴⁶.

120.- Ainsi, le seul fait que la compétence du Tribunal ne dérive pas d'une disposition expresse du Traité ne saurait donc être bloquant pour établir le consentement à l'arbitrage de la Défenderesse. La compétence du Tribunal peut également résulter de la conduite de la Défenderesse. Or, en l'espèce, son consentement résulte tant de son consentement à l'arbitrage en application de l'article 9 du traité conclu avec la Finlande (1), que de sa ratification du nouveau traité conclu avec la France en 2010 (2).

1. Le consentement à l'arbitrage du fait de l'article 9 du traité conclu avec la Finlande

121.- En consentant à l'arbitrage investisseur-Etat dans le traité conclu avec la Finlande en 2007, comme en consentant d'ailleurs à l'arbitrage investisseur-Etat dans tous les traités postérieurs au Traité, la Défenderesse ne pouvait ignorer qu'elle consentait à l'arbitrage au bénéfice des investisseurs français en application de l'article 8(2) du Traité.

122.- Les clauses MFN ne sont pas des « *ovnis* » du droit international. Loin de là. Les clauses MFN sont des dispositions relativement classiques dans les traités internationaux, elles font

¹⁴⁴ RLA-3, p. 204, § 62

¹⁴⁵ MOJ, § 22

¹⁴⁶ RLA-1, § 175, note de bas de page 321

l'objet d'études de la part de la CDI depuis de nombreuses années. Leurs termes sont négociés par les Etats avec la pleine conscience de leur portée.

123.- La Défenderesse ne pouvait donc ignorer qu'en consentant à toute disposition plus favorable que celles du Traité dans un traité tiers, celle-ci pouvait bénéficier aux ressortissants français. La preuve que la Défenderesse connaît et accepte parfaitement les effets de ce type d'engagements est le fait que la Défenderesse affirme elle-même, au risque de se contredire, que les Demandeurs pourraient tout à fait se prévaloir de l'article 5(2) du traité conclu avec la Finlande qui prévoit des dispositions plus favorables en matière d'indemnisation du fait d'une expropriation que celles du Traité¹⁴⁷.

124.- En prétendant que les Demandeurs pourraient invoquer cette disposition plus favorable mais qu'ils ne pourraient pas invoquer la disposition plus favorable en matière de règlement des différends investisseur-Etat alors même que l'article 8(2) du Traité fait référence à « *toutes* » les dispositions plus favorables, la Défenderesse introduit une distinction de régime entre ces dispositions qu'elle ne justifie pas.

125.- La Défenderesse connaissant la portée d'une clause MFN, elle savait nécessairement ce à quoi elle s'engageait en consentant à l'arbitrage dans les termes de l'article 9 du traité conclu avec la Finlande. Comme l'a parfaitement indiqué le Professeur Nouvel, « *l'Etat [...] est réputé savoir à quoi il s'oblige* »¹⁴⁸. Contrairement à ce que prétend la Défenderesse, la capacité de l'Etat à pleinement mesurer la portée de ses engagements est présumée. Dans l'affaire *Amco*, le tribunal a par exemple considéré que : « *this is again a general principle of law - any convention, including conventions to arbitrate, should be construed in good faith, that is to say by taking into account the consequences of their commitments the parties may be considered as having reasonably and legitimately envisaged* »¹⁴⁹ (Mots soulignés par nous). Admettre le contraire supposerait que la Défenderesse puisse se prévaloir d'une forme d'erreur de droit et que la République de Maurice puisse échapper aux conséquences juridiques de l'article 8(2) du Traité librement souscrit par elle en soutenant simplement qu'elle a mal évalué les conséquences de celui-ci. Cependant, lors de la codification sur le droit des traités, l'erreur de droit a été expressément rejetée. Selon la CDI « *introduire dans l'article une disposition qui semblerait admettre qu'une erreur de droit constituerait par elle-même une cause viciant le consentement compromettrait gravement la stabilité des traités* »¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Réplique, § 81

¹⁴⁸ CER-2, § 6

¹⁴⁹ CL-69, *Amco Asia Corporation et al. v. Republic of Indonesia*, Aff. CIRDI, n° ARB/81/1, Décision sur la compétence, 25 septembre 1983, § 14

¹⁵⁰ CL-70, *Ann. C.D.I.*, 1966, II, A/CN.4/269, p. 266, § 6

2. *Le consentement à l'arbitrage du fait de l'article 9 du traité conclu avec la France en 2010*

126.- Comme cela a déjà été dit, la Défenderesse ne peut pas soutenir aujourd'hui de bonne foi ne pas avoir consenti à l'arbitrage au bénéfice des ressortissants français alors qu'elle y a expressément consenti dans le nouveau traité conclu avec la France en 2010 et qu'elle a ratifié ce traité. Il ne s'agit pas ici de fonder la compétence du Tribunal sur l'article 9 du traité conclu en 2010 mais de considérer que ce nouveau traité, qui vise finalement à actualiser le Traité de 1973, constitue une référence majeure permettant d'interpréter les dispositions du Traité conformément à son but et à son objet, compte tenu du contexte de son application et des accords ultérieurs entre les mêmes parties.

127.- En effet, il n'est pas contestable que le Traité doive être interprété à la lumière de la conduite ultérieure des parties¹⁵¹, ni que l'article 8(2) du Traité organise expressément la nature évolutive des droits et obligations des parties en application du Traité. Il convient de rappeler ici que l'article 8(2) 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* »¹⁵² (Mots soulignés par nous). C'est l'effet évolutif de l'article 8(2) qui est ainsi mis en action entre les mêmes parties. Il s'ensuit que la clause de règlement des différends du traité conclu en 2010 avec la France, et l'offre générale d'arbitrage qu'elle contient, est accessible aux Demandeurs quand bien même ce traité n'est toujours pas entré en vigueur. Il n'est en effet pas contestable qu'à ce jour la Défenderesse a « *souscrit* »¹⁵³ une offre générale d'arbitrage CIRDI au bénéfice des investisseurs français¹⁵⁴. Force est de constater que, dans sa Réplique, la Défenderesse ne conteste pas cet état de fait. Dans un tel contexte, peut-elle encore valablement contester tout consentement à l'arbitrage vis-à-vis des investisseurs français ?

128.- De même, la Défenderesse ne peut ignorer son obligation de ne pas agir en violation de l'objet et du but de ce nouveau traité, et ce conformément à l'article 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

¹⁵¹ CL-71

¹⁵² C-2

¹⁵³ Souscrire signifie en termes juridiques « signer sous » ou « adhérer ».

¹⁵⁴ 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.

Selon cette disposition :

« ARTICLE 18 – OBLIGATION DE NE PAS PRIVER UN TRAITE DE SON OBJET ET DE SON BUT AVANT SON ENTREE EN VIGUEUR

Un Etat doit s'abstenir d'actes qui priveraient un traité de son objet et de son but :

(...) b) Lorsqu'il a exprimé son consentement à être lié par le traité, dans la période qui précède l'entrée en vigueur du traité et à condition que celle-ci ne soit pas indûment retardée »¹⁵⁵.

129.- Explicitée par l'arrêt *Opel Austria GmbH*, il résulte de cette disposition que la signature du traité fait naître dans le chef de ses bénéficiaires une anticipation légitime de respect du traité par l'Etat signataire avant que le traité ne lie formellement cet Etat :

« le principe de bonne foi est le corollaire, dans le droit international public, du principe de protection de la confiance légitime (...) les opérateurs économiques peuvent se prévaloir du principe de protection de la confiance légitime pour s'opposer (...) dans la période qui précède l'entrée en vigueur de cet accord international (...) à tout acte contraire aux dispositions de celui-ci qui, après son entrée en vigueur, produisent un effet direct dans leur chef »¹⁵⁶ (Mots soulignés par nous).

130.- Il est clair que l'objet et le but du traité conclu avec la France en 2010 est de promouvoir et protéger les investisseurs, notamment en leur permettant de recourir à l'arbitrage. En déniant dans la présente procédure tout consentement à l'arbitrage, la Défenderesse agit très concrètement en violation de l'objet et du but du Traité tel qu'actualisé par le traité conclu avec la France en 2010. Compte tenu de ce nouveau traité, les Demandeurs peuvent légitimement se prévaloir du fait que la République de Maurice a consenti à l'arbitrage au bénéfice des investisseurs français¹⁵⁷ et que la contestation de ce point par la Défenderesse dans le cadre de la présente procédure, quand bien même le nouveau traité ne serait pas encore entré en vigueur, apparaît comme une violation directe de l'article 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et du principe de confiance légitime dont peuvent se prévaloir directement les Demandeurs.

¹⁵⁵ CL-72, Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, article 18

¹⁵⁶ CL-73, CJCE, Aff. T-115/94, *Opel Austria GmbH*, 22 janvier 1997, Rec. 1997, II-70, §§ 93-94

¹⁵⁷ R-4

131.- Par son comportement, la Défenderesse viole ainsi le standard de traitement juste et équitable dont le respect est pourtant garanti aux Demandeurs par l'article 2 du Traité¹⁵⁸. La confiance légitime des Demandeurs est d'autant plus trahie par la Défenderesse qu'un possible recours à l'arbitrage a été mentionné par les Demandeurs dès le 15 septembre 2017¹⁵⁹ et qu'il n'a été objecté à cette possibilité par la Défenderesse qu'une fois les conseils de la Défenderesse constitués, soit le 30 avril 2018¹⁶⁰. Avant cette date, la Défenderesse n'a jamais remis en cause la possibilité pour les Demandeurs de soumettre le différend à l'arbitrage ni jamais assorti ses décisions de quelconques indications relatives aux voies de recours disponibles¹⁶¹, ce qui constitue la violation d'un standard minimum du traitement des administrés¹⁶².

132.- A supposer que la Défenderesse soit sincèrement persuadée de son bon droit, ne lui appartenait-il pas de se rapprocher des autorités françaises afin que la portée de l'article 8(2) du Traité soit clarifiée entre les parties contractantes ? Cette démarche aurait pu être entreprise dès l'affaire *Rawat* laquelle a été initiée il y a maintenant quatre ans, en juin 2015. Or, la Défenderesse ne justifie pas d'une telle démarche pour la bonne et simple raison que celle-ci, qui consisterait finalement à priver les ressortissants français d'un accès à l'arbitrage alors que le nouveau traité conclu en 2010 le prévoit expressément¹⁶³, serait nécessairement vouée à l'échec auprès des autorités françaises. Compte tenu de la relation historique de ces deux pays ainsi que du rang des investisseurs français parmi les investisseurs étrangers à Maurice¹⁶⁴, comment la Défenderesse pourrait-elle sérieusement justifier qu'elle entend **défavoriser** ces ressortissants par rapport aux autres investisseurs étrangers ?

133.- Ainsi, loin de violer le principe de consentement clair et non équivoque, la démarche des Demandeurs ne fait en réalité que se heurter à une contestation parfaitement anachronique et illégitime de la Défenderesse.

¹⁵⁸ C-2, article 2 du Traité : « *Les investissements appartenant aux ressortissant, sociétés (...) de l'un des Etats contractants et situés sur le territoire de l'autre Etat, bénéficient de la part de ce dernier Etat, d'un traitement juste et équitable en ce qui concerne tant l'exercice des activités professionnelles et économiques liées à ces investissements, que de l'administration, la jouissance et l'utilisation de ces mêmes investissements (...)* ».

¹⁵⁹ C-27 §§ 24-25

¹⁶⁰ Lettre de Lalive à EY en date du 30 avril 2018

¹⁶¹ C-18

¹⁶² A cet égard, en indiquant assez ironiquement que les Demandeurs, s'ils étaient privés d'arbitrage, disposeraient aujourd'hui de la protection diplomatique française et ou des juridictions mauriciennes pour exercer des voies de recours contre la décision litigieuse, elle se garde bien de préciser les modalités d'exercice de ces voies de recours et, notamment, d'indiquer si ces recours sont toujours ouverts aux Demandeurs à ce jour.

¹⁶³ R-4

¹⁶⁴ C-38

D - La Défenderesse ne conteste pas la nature plus favorable de l'article 9 du traité conclu avec la Finlande

134.- L'article 9 du traité conclu avec la Finlande 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 »¹⁶⁵.

135.- 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 en pratique déçu, la Défenderesse n'ayant toujours pas dévoilé à la date du présent mémoire en duplique les réels motifs de l'arrêt du projet.

136.- L'article 9 du traité conclu avec la Finlande est donc plus favorable pour les Demandeurs que l'article 9 du Traité. **Cela n'a jamais été contesté par la Défenderesse.** Au regard des éléments exposés dans le présent mémoire, cette disposition doit donc **bénéficier également** aux Demandeurs en application de l'article 8(2) du Traité.

¹⁶⁵ C-3

DEMANDES FAITES AU TRIBUNAL

137.- Compte tenu des arguments exposés dans le Mémoire des Demandeurs et dans les présentes écritures, 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(2) 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, y compris :

- les frais et honoraires payés au Tribunal et au secrétariat de la Cour permanente d'arbitrage ;
- les frais et honoraires payés au cabinet Ernst & Young pour leur assistance et représentation dans la présente procédure ;
- les frais et honoraires payés aux deux experts cités par les Demandeurs ;
- tous autres frais exposés dans le cadre de la présente procédure par les Demandeurs, y compris le temps et les coûts consacrés à la gestion de la présente procédure.

Pour les Demandeurs,

Bruno POULAIN
Le 24 mai 2019



Roxane REGAUD
Le 24 mai 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 PIECES COMMUNIQUEES

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 Memorandum 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
■	■
■	■
C-31	Exemples de factures payées par les Demandeurs ou leurs sociétés pour la mise en place du projet
C-32	Communication du BOI aux Demandeurs pour la mise en place du projet en date du 22 octobre 2014
C-33	Lettre du BOI à la société DNA Services (Mauritius) Ltd en date du 11 août 2015
C-34	Présentation de l'activité du laboratoire de Bordeaux
C-35	Kbis du Laboratoire d'Hématologie Médico-Légale
C-36	Attestation du chiffre d'affaires du Laboratoire d'Hématologie Médico-Légale en date du 3 mai 2019
C-37	Courriel du BOI au Laboratoire d'Hématologie Médico-Légale en date du 10 août 2015 et compte rendu du BOI sur le projet DNA
C-38	<i>Les investissements français à Maurice</i> , août 2017, Document du Service économique de l'Ambassade de France à Maurice

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
CL-11	I.D.I., Session de Bruxelles, « Les effets de la clause de la nation la plus favorisée en matière de commerce et de navigation », 1936, § 2(1)
CL-12	G. Morelli, « Cours général de droit international public », <i>R.C.A.D.I.</i> , 1956-I, vol. 89, p. 463

CL-13	F. Poirat, <i>Le traité, acte juridique international. Recherches sur le traité international comme mode de production et comme produit</i> , Leyde, Boston, Nijhoff, 2004, p. 208
CL-14	G. Scelle, « Règles générales du droit de la paix », <i>R.C.A.D.I.</i> , 1933-IV, vol. 46, pp. 461-462
CL-15	<i>Renta 4 S.V.S.A. et al c. Fédération de Russie</i> , Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Décision sur les exceptions préliminaires du 20 mars 2009, § 92, p. 40
CL-16	E. Nys, <i>Le droit international. Les principes, les théories, les faits</i> , t. II, Bruxelles, Weissenbruch, 1912, p. 528
CL-17	R. Piédelièvre, <i>Précis de droit international public ou droit des gens. Des Etats et de leurs relations en temps de paix</i> , Paris, F. Pichon, 1894, p. 478
CL-18	D. Anzilotti, <i>Cours de droit international</i> , Trad. G. Gidel, Sirey, 1929, Réédition Panthéon-Assas, 1999, p. 439
CL-19	<i>Ann. C.D.I.</i> , 1960, vol. II, p. 18, § 5
CL-20	C.P.J.I., <i>Affaire des Zones franches de Gex</i> , Ordonnance du 19 août 1929, <i>R.C.P.I.J.</i> , série A, n° 22, p. 13
CL-21	<i>Ann. C.D.I.</i> , 1968, vol. II, p. 172, § 22
CL-22	Traité France-Bulgarie conclu le 5 avril 1989
CL-23	Tribunal du travail francophone de Bruxelles, 2°, 14 novembre 2016, <i>K.A. c. Organisation internationale de la francophonie</i> , n° 15/8395/A
CL-24	P. Reuter, <i>Introduction au droit des traités</i> , PUF, 1995, 3 ^e éd., p. 98, § 163

CL-25	I.D.I., Quatrième commission, Rapport définitif sur « La clause de la nation la plus favorisée dans les conventions internationales », <i>Ann. I.D.I.</i> , t. 53, 1969-I, p. 198, § 4
CL-26	<i>Ann. C.D.I.</i> , 1978, Vol. II, 2 ^o partie, p. 24, § 17
CL-27	Accord entre Maurice et l’Egypte
CL-28	Accord entre Maurice et les Emirats Arabes Unis conclu le 20 septembre 2015
CL-29	<i>Gas Natural SDG, S.A. c. République argentine</i> , Décision sur la compétence du 17 juin 2005, Aff. CIRDI n ^o ARB 03/10, § 30
CL-30	<i>Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et Vivendi Universal S.A. c. République argentine</i> , Aff. CIRDI n ^o ARB/03/19, Décision sur la compétence du 3 août 2006, § 65
CL-31	Cour de cassation, Ch. Civ., 14 mai 1895 <i>Banque d’Alsace-Lorraine c. Nunez, Chabert, etc.</i> , in <i>Le Droit financier : jurisprudence des valeurs mobilières et des sociétés</i> , Paris, 5 août 1895, p. 280
CL-32	C.I.J., <i>Affaire du Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran</i> , (Etats-Unis c. Iran), Arrêt du 24 mai 1980, <i>Rec.</i> , p. 28, § 54
CL-33	<i>Amco Asia et al. c. République d’Indonésie</i> , Sentence du 20 novembre 1984, 24 <i>ILM</i> (1985), p. 1030, § 189
CL-34	<i>Affaire de la Barcelona Traction</i> , (Belgique c. Espagne), Arrêt du 5 février 1970, <i>Rec.</i> 1970, p. 32, § 33
CL-35	G. Bastid-Burdeau, « Nouvelles perspectives pour l’arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États », <i>Rev. arb.</i> 1995, n ^o 1, pp. 11-13
CL-36	O. Diallo, <i>Le consentement des parties à l’arbitrage international</i> , PUF, 2010, n. 678, p. 183

CL-37	A. Broches, « Bilateral investment protection treaties and arbitration of investment disputes », in <i>The Art of Arbitration, Liber Amicorum Pieter Sanders</i> , Kluwer Law and Taxation, 1982, p. 66
CL-38	A. Newcombe, L. Paradell, <i>Law and Practice of Investment Treaties. Standard of Treatment</i> , Kluwer Law International, 2009, p. 46, n. 270
CL-39	P. Juillard, « Les conventions bilatérales d'investissement conclues par la France », <i>J.D.I.</i> , 1979, p. 289, § 12
CL-40	J.-P. Laviee, <i>Protection et promotion des investissements. Etude de droit international économique</i> , PUF, I.H.E.I., 1985, p. 278
CL-41	<i>Churchill Mining Plc c. République d'Indonésie</i> , Aff. CIRDI n° ARB/12/14 et 12/40, Décision sur la compétence du 24 février 2014, § 230, p. 72
CL-42	<i>Planet Mining Pty Ltd c. République d'Indonésie</i> , Aff. CIRDI n° ARB/12/14 et 12/40, Décision sur la compétence du 24 février 2014, § 167, p. 53, et § 198, p. 65
CL-43	<i>Millicom International Operations B.V. et Sentel GSM S.A. c. République du Sénégal</i> , Aff. CIRDI n° ARB/08/20, Décision sur la compétence du 16 juillet 2010, § 63
CL-44	A. Broches, « Bilateral investment protection treaties and arbitration of investment disputes », <i>op. cit.</i> , p. 67, note 19
CL-45	T. St John, <i>The Rise of Investor-State Arbitration: Politics, Law, and Unintended Consequences</i> , Oxford University Press, 2018, p. 203
CL-46	CIRDI, Huitième rapport annuel 1973/1974, p. 3-4

CL-47	Sénat, 1 ^{ère} session ordinaire de 1973-1974, Rapport sur le projet de loi <i>autorisant l'approbation de la Convention entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de l'Île Maurice sur la protection des investissements</i> , par M. Pierre-Christian Taittinger, p. 8
CL-48	<i>Compañiá de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal c. République argentine</i> , Aff. CIRDI n° ARB/97/3, Décision du Comité ad hoc du 3 juillet 2002, § 55
CL-49	<i>Rompetrol Group N.V. c. Roumanie</i> , Aff. CIRDI n° ARB/06/3, Sentence du 6 mai 2013, § 190
CL-50	<i>Impregilo S.p.A. c. République argentine</i> , Aff. CIRDI n° ARB/07/17, Sentence du 21 juin 2011, Opinion concordante et dissidente du professeur Stern, p. 9
CL-51	<i>Société Générale in respect of DR Energy Holding Ltd et Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A. c. République dominicaine</i> , Affaire CNUDCI n° UN7927, Sentence sur les exceptions préliminaires sur la compétence du 19 septembre 2008, § 110
CL-52	M. Shinkman, <i>World investment prospects to 2011 – Foreign direct investment and the challenge of political risk</i> , <i>The Economist intelligence unit</i> , 2007, p. 94
CL-53	CNUCED, <i>Traitement de la nation la plus favorisée</i> , Nations Unies, 2010, p. 13
CL-54	S. W. Schill, <i>The Multilateralization of International Investment Law</i> , Cambridge University Press, 2009, p. 181
CL-55	C. Crepet Daigremont, <i>La clause de la nation la plus favorisée</i> , Pedone, 2015, p. 405
CL-56	U. Moschtoghi, <i>The most-favoured-nation clause in international investment law</i> , Thèse, Université de Hambourg, 2018, p. 260

CL-57	<i>Affaire du Vapeur Wimbledon</i> , (France et al. c. Allemagne), Arrêt du 17 août 1923, <i>Rec. C.P.J.I.</i> , Série A n° 1, p. 25
CL-58	<i>Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. c. Argentine</i> , aff. CIRDI n° ARB/03/17, Décision sur la demande d'annulation, 14 décembre 2018, §173-174
CL-59	<i>Convention entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République tunisienne sur la protection des investissements</i>
CL-60	<i>Convention entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République du Zaïre sur la protection des investissements</i> , RGTF, 2ème série, vol. II, n° 819
CL-61	<i>Agreement between Mauritius and the Federal Republic of Germany concerning the encouragement and reciprocal protection of investments</i> , signé à Port Louis le 25 mai 1971, entré en vigueur le 27 août 1973
CL-62	E. USTOR, <i>Quatrième rapport sur la clause de la nation la plus favorisée</i> , Ann. CDI, 1973, vol. II, p. 101. 22 Ibid., p. 105
CL-63	<i>Affaire Ambatielos</i> , commission d'arbitrage, Sentence, 6 mars 1956, RSA, vol. XII, p. 107
CL-64	<i>Affaire relative aux droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc (France c. Etats-Unis d'Amérique)</i> , arrêt du 27 août 1952, Rec., spéc. pp. 191-192
CL-65	<i>Principles of International Investment Law</i> , Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, p. 69
CL-66	<i>Deutsche Bank AG v. Sri Lanka</i> , Aff. CIRDI n° ARB/09/02, Sentence, 31 octobre 2012

CL-67	<i>LESI & ASTALDI v. Algérie</i> , Aff. CIRDI n° ARB/05/3, Décision sur la compétence, 12 juillet 2006
CL-68	Sommaire de jurisprudence publié en 1973 par la CDI
CL-69	<i>Amco Asia Corporation et al. v. Republic of Indonesia</i> , Aff. CIRDI n°ARB/81/1, Décision sur la compétence, 25 septembre 1983
CL-70	<i>Ann. C.D.I.</i> , 1966, II, A/CN.4/269, p. 266
CL-71	<i>Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités</i> , Nations Unies, 2018
CL-72	Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969
CL-73	CJCE, Aff. T-115/94, <i>Opel Austria GmbH</i> , 22 janvier 1997, Rec. 1997, II-70
CL-74	S. Schill, <i>Allocating Adjudicatory Authority: Most-Favoured-Nation Clauses as a Basis of Jurisdiction – A Reply to Zachary Douglas</i> , <i>Journal of International Dispute Settlement</i> , 2011, Vol.2, N°2