

PCA CASE NO. 2018-37

IN THE MATTER OF AN ARBITRATION MATTER UNDER THE
THE ARBITRATION RULES OF THE UNITED NATIONS
COMMISSION ON
INTERNATIONAL TRADE LAW 1976

between

(1) PROFESSOR CHRISTIAN DOUTREMEPUICH (France)

and

(2) ANTOINE DOUTREMEPUICH (France)

Claimants

and

THE REPUBLIC OF MAURITIUS

Respondent

before

Prof Maxi Scherer (Presiding Arbitrator)
Prof Olivier Caprasse
Prof Jan Paulsson

Heard on

12 June 2019

APPEARANCES

The Arbitral Tribunal

Presiding Arbitrator:

PROFESSOR MAXI SCHERER

Co-Arbitrators:

PROFESSOR OLIVIER CAPRASSE

PROFESSOR JAN PAULSSON

Registry

Permanent Court of Arbitration:

MS. FEDELMA CLAIRE SMITH, Senior Legal Counsel

MS. CLÉMENCE ASSOULON, Assistant Legal Counsel

MS. NINA MAJOUR, Assistant Legal Counsel

Claimant

Representatives:

MR. CHRISTIAN DOUTREMEPUICH

MR. ANTOINE DOUTREMEPUICH

Counsel:

E&Y SOCIÉTÉ D'AVOCATS

ME. BRUNO POULAIN

ME. ROXANE REGAUD

ME. ANNE CAROLINE JUVIN

ME. HENRI VERCASSON

Respondent

Representatives:

MR. RAJESH RAMLOLL, Deputy Solicitor-General

Counsel:

LALIVE

DR. VEIJO HEISKANEN

MS. DOMITILLE BAIZEAU

MS. LAURA HALONEN

MS. ELÉONORE CAROIT

MR. AUGUSTIN BARRIER

1 THE PRESIDENT: Good morning, everyone. A very
2 warm welcome to this Hearing in our matter, PCA Case 2018-37.
3 Before we start, just a few matters of housekeeping, very
4 briefly. The first is language. We have, obviously, issued
5 procedural order number 1 on the language in this arbitration,
6 and as part of that we have also made some directions on the
7 languages to be used during the Hearing. Counsel on both sides
8 can address the Tribunal in either French or English, and the
9 Tribunal can also use either language. We've already practiced
10 that, if I may say so, during the pre-Hearing conference. So I
11 think that worked fine. I just wanted to say, just for the
12 record, the use of either language on behalf of any member of
13 the Tribunal does by no means indicate any preference for one
14 side or another, the fact that we use English or French.

15 The second is, and that is also what we've issued in
16 pursuant to order number 4, this Hearing is recorded, and this
17 is for the purposes of the transparency rules, as you know, and
18 so it is equally live-streamed. If there are any matters that
19 the Parties believe raise confidential issues, or if there are
20 any other reasons why we should stop the recording, please do
21 let me know. I have this wonderful card here, which I will use
22 to show the technicians that we're going to stop the recording.
23 Then we can discuss that matter and resume the recording that
24 has been discussed, and we can go live again, if I may say so.

25 The third point is a matter of timekeeping. So

1 Fedelma Smith has very kindly agreed to keep time. I will
2 obviously also keep an eye on the clock, and we'll make a sign
3 to the Tribunal, but maybe more importantly also to counsel,
4 during their opening statements, when it comes five minutes
5 towards the end. We're not going to be rigorous on time, also
6 because the Tribunal might ask questions during your opening
7 statements. This being said, we will try to use our possibility
8 of asking questions with restraint, given that we have quite a
9 bit of time in the timetable this afternoon to do so. So we
10 will keep our questions this morning to really clarification
11 questions as we go along.

12 And then, there's a fourth point of housekeeping,
13 which relates to the movements of one of the co-arbitrators.

14
15 PROF. PAULSSON: Good morning. I don't wish you to
16 be alarmed; from time to time in the Hearings I will stand up
17 straight and remain standing up straight for a while, and it
18 won't be anything you have said. My body is getting used to a
19 new knee and it needs to be put in a different position, and
20 that's all there is to it, but it may look unusual. I just ask
21 for your forbearance.

22
23 THE PRESIDENT: Are there any other preliminary
24 issues from either side before we start? Statements?

25

1 ME. POULAIN: Bonjour madame la présidente, nous
2 voulions en premier lieu remercier les services de la Cour
3 permanente d'arbitrage pour leur accueil hier et pour nous
4 offrir les conditions parfaite d'une audience dans cette
5 affaire.

6 Le premier point que je voulais indiquer, nous avons
7 hier adresser au secrétariat ainsi qu'au Tribunal une
8 présentation PowerPoint pour soutenir notre plaidoirie.
9 J'espère qu'elle a été bien reçu par également la défenderesse
10 dont que nous la projetons en même temps que nous la commentons.

11
12 THE PRESIDENT: Good morning to all of you, in
13 particular the Claimants themselves, and their representatives,
14 of course. Thank you. Any preliminary issues on the
15 Respondent's side?

16
17 DR. HEISKANEN: Good morning, Madam President,
18 Members of the Tribunal, no housekeeping issues on the part of
19 the Respondent. Let me just introduce our team, as well. My
20 name is Veijo Heiskanen. On my right is Domitille Baizeau of
21 Lalive. Laura Halonen on my left, and then the representative
22 of the Republic of Mauritius, Mr. Rajesh Ramloll, Deputy
23 Solicitor General of the Republic of Mauritius, and then
24 Eleonore Caroit and Augustin Barrier of Lalive.

25

1 THE PRESIDENT: Thank you, Dr. Heiskanen, and a very
2 warm welcome to you all, Mr. Ramloll, on the behalf of the
3 Republic of Mauritius, and the entire team of legal counsel on
4 the behalf of the Respondent. So if there are no further
5 preliminary issues, I think we can immediately start with the
6 timetable, as it is set out in our Procedural Order Number 4,
7 and we are going to start with the Respondent's opening
8 statements.

9
10 DR. HEISKANEN: We will first distribute our
11 PowerPoint presentation before we start. It will also be
12 distributed electronically, momentarily, to both the members of
13 the Tribunal and counsel of the opposing side.

14
15 THE PRESIDENT: Thank you.

16
17 DR. HEISKANEN: Madam President, Members of the
18 Tribunal, this Hearing is about two issues. First, has
19 Mauritius given its consent to arbitrate claims of French
20 nationals, under the France-Mauritius Bilateral Investment
21 Treaty? In other words, does this Tribunal have jurisdiction
22 *ratione voluntatis*?

23 And second, have the Claimants made an investment in
24 Mauritius within the meaning of the Investment Treaty? In other
25 words, does the Tribunal have jurisdiction *ratione materiae*?

1 Both of these issues, obviously, relate to the
2 Tribunal's jurisdiction, but the issue of jurisdiction *ratione*
3 *voluntatis* is the more fundamental one. It is about whether
4 there is a consent to arbitrate in the first place.

5 In the Respondent's submission, it is therefore
6 logical to address the issue of jurisdiction *ratione voluntatis*
7 first. It is about the existence of the alleged consent,
8 whereas the existence of investment is about the scope of the
9 alleged consent. If there is no consent, there is no
10 jurisdiction of any kind in the first place. This is not to
11 suggest that this order is mandatory, or the Tribunal is bound
12 by this order, although it is, in our submission, the right
13 methodology. The Tribunal certainly remains free to choose the
14 legal basis of its decision. You can, if you prefer, decide
15 that the existence of an investment is more appropriately
16 decided first, before the issue of jurisdiction *ratione*
17 *voluntatis*. But we will start first by addressing the issue of
18 the Tribunal's jurisdiction, the existence of consent,
19 jurisdiction *ratione voluntatis*.

20 Now, under international law, consent, the existence
21 of consent, is both a matter of law and a matter of evidence.
22 It is a matter of law because the State's consent is the legal
23 basis of international jurisdiction, and it is a matter of
24 evidence because consent must be proven by the claimant in each
25 individual case.

1 During this argument this morning, we will first
2 address the question of how consent must be proven, and we'll
3 show that international law requires strict proof of consent.
4 Consent must be certain, and it must be unequivocal. We will
5 then turn to the France-Mauritius Bilateral Investment Treaty,
6 and address any issue that is, in fact, undisputed between the
7 Parties in this case, which is that there is no consent to
8 arbitrate in the France-Mauritius Bilateral Investment Treaty.
9 It follows that the Claimants have no standing to invoke the
10 France-Mauritius Treaty, including the MFN clause in Article 8
11 of that Treaty, but even assuming the Claimants could invoke the
12 MFN clause in Article 8, that clause does not allow the
13 Claimants to import the dispute resolution clause from the
14 Finland-Mauritius Bilateral Investment Treaty in its entirety,
15 for a number of reasons, including that it would be contrary to
16 all relevant and potential relevant rules of treaty
17 interpretation that apply in this case. And again, as the
18 Tribunal has already indicated, we would be pleased to address
19 any questions you may have. Please do not hesitate to
20 interrupt. We do not expect to spend the two hours on this
21 issue, so there should be plenty of time for interruption.

22 Now, the standard of proof. One of the great
23 international jurists of the 20th century, Sir Gerald
24 Fitzmaurice, in his famous commentaries on The Law and Procedure
25 of the International Court of Justice, addressed, among many

1 other things, the interpretation of jurisdictional clauses. He
2 rightly pointed out that establishing international jurisdiction
3 requires strict proof of consent. Consent cannot be assumed or
4 presumed or inferred, it must be proven, and the standard of
5 proof is strict. The decision on whether international
6 jurisdiction exists cannot be driven by our individual views as
7 to whether extending the scope of international jurisdiction is
8 a generally a good thing, as a matter of legal policy or
9 otherwise. For an international tribunal such as this one, the
10 question of whether or not international jurisdiction exists is
11 exclusively a matter of law and evidence, and what is required,
12 as you see on the slide, as a matter of international law, is
13 strict proof of consent. It doesn't matter how we or you, the
14 members of the Tribunal, may feel as individual lawyers about
15 the importance of extending or promoting or expanding
16 international jurisdiction, or about greater and better access
17 to international justice, generally or in any particular case.
18 These are important issues, but they are policy issues for
19 States to consider, and not issues that this Tribunal or any
20 other international tribunal can consider when determining
21 whether jurisdiction exists in a particular case.

22 Strict proof of consent is what international courts
23 and tribunals have required in practice to establish
24 international jurisdiction. We have cited a number of cases,
25 including cases of the International Court of Justice and

1 investment treaty tribunals in our written submissions, and we
2 encourage the Tribunal to review that case law with care. We
3 will highlight only a few of the key decisions here.

4 In the *Case concerning Mutual Assistance in Criminal*
5 *Matters, Djibouti v. France*, the International Court of Justice
6 summed up its jurisprudence on the issue of consent in terms
7 that you see on the slide, and I quote:

8 The consent allowing for the court to assume
9 jurisdiction must be certain. That is so, no
10 more and no less, for jurisdiction based on *forum*
11 *prorogatum*. As the Court has recently explained,
12 whatever the basis of consent, the attitude of
13 the respondent State must "be capable of being
14 regarded as 'an unequivocal indication' of the
15 desire of that State to accept the Court's
16 jurisdiction in a 'voluntary and indisputable'
17 manner.

18 According to the Court, therefore the consent of the
19 state must be certain, and it must be unequivocal, and it must
20 be expressed in a voluntary and indisputable manner.

21 Investment treaty tribunals have also applied the
22 same approach, as they must, as tribunals created under a
23 treaty, a source of international law. Contrary to what the
24 complainants appear to suggest in their written submissions,
25 this is not an anachronistic position. The fact that one of the

1 parties in investment treaty arbitration is a private investor
2 does not change the fact that jurisdiction of an investment
3 tribunal, or investment treaty tribunal, is based on a treaty,
4 and is therefore exclusively a matter of international law. In
5 fact, in investment treaty arbitration there are additional
6 considerations to be kept in mind, which reinforce, rather than
7 relax, the requirement of consent and the requirement of strict
8 proof of consent.

9 An arbitration agreement under an investment treaty
10 is not an arms-length transaction, in the sense of being
11 negotiated between the parties in the same place and at the same
12 time. The investor accepts the State's consent to arbitrate
13 only after the fact, after the dispute has already arisen, which
14 is often years, if not decades, after the State has given its
15 consent, if it ever did.

16 In the circumstances, it is particularly important to
17 prove that there is indeed consent, and not merely an attempt to
18 create an appearance of one. Since after the dispute has
19 arisen, the investor obviously has a great interest in
20 establishing international jurisdiction. The parties are not in
21 a symmetric position. When the State gives its consent there is
22 no dispute yet, and the consent that the State gives is
23 addressed to all those who are covered by the treaty, but when
24 the investor provides its own consent, the dispute is already
25 there. But the investors' interest in establishing jurisdiction

1 is not proof and, in fact, there is a great moral hazard here, a
2 risk of a mission creep for investment treaty tribunals.

3 The task of an investment treaty tribunal is not to
4 promote for an investment or the interests of foreign investors.
5 Its task is to interpret and apply investment treaties in
6 accordance with international law, nothing more, nothing less.

7 As the *Brandes v. Venezuela* tribunal noted, when
8 providing its consent to arbitrate disputes with foreign
9 investors under an investment treaty, the State agrees to an
10 alternative form of dispute resolution, waving its right to have
11 the dispute settled and litigated before its own courts. As you
12 see on the slide, I quote:

13 It is also an unquestionable fact that the basis
14 for arbitration is consent. There cannot be an
15 arbitration, national or international, *ad hoc* or
16 institutional, before ICSID or any other entity
17 that administers arbitration proceedings, if the
18 parties do not agree to arbitrate.

19 The statement made in the previous paragraph is
20 definitive. Even in the case of a dispute
21 between private citizens, the rule is that they
22 must settle their dispute in court. The
23 exception is that, only if they agree, they may
24 resolve their dispute through arbitration. If
25 this is true in the ambit of private law, it is

1 even more so when a State is involved, because
2 when the State submits to arbitration
3 proceedings, it is waiving the possibility of
4 resorting to its own courts.

5 Investment treaty arbitration, therefore, is not
6 about access to justice. Investors always have access to
7 justice before the courts of the host State. It's about access
8 to an alternative form of dispute resolution, international
9 arbitration, which is only available if they consent. The
10 *Brandes* tribunal also noted, and stressed, that in investment
11 treaty arbitration, as well, consent must be certain, echoing
12 the jurisprudence of the International Court of Justice.
13 Consent should be expressed in the manner that leaves no doubts.

14 In *Menzies v. Senegal*, another ICSID tribunal, it
15 stated this principle in the following terms; you see the
16 language in front of you on the slide in French. The tribunal
17 noted that the consent of Senegal was not express, clear and
18 unequivocal, but under international law, and investment treaty
19 arbitration in particular, a sovereign State cannot be subjected
20 to international jurisdiction without its clearly expressed and
21 unequivocal consent. Consent of the State to arbitration is the
22 exception, not the rule.

23 Contrary to what the Claimants appear to suggest in
24 their submissions, and I refer to the Rejoinder, page 34,
25 paragraph 120, investment treaty tribunals have also confirmed

1 that consent cannot be presumed or derived by inference.

2 In *Daimler v. Argentina*, the tribunal stated this
3 rule in the following terms, and I quote:

4 This basic rule was often recalled by the
5 International Court of Justice, as in particular
6 in the *Ambatielos* case, as well as in the
7 *Monetary Gold* case. Against this background, it
8 is not possible to presume that consent has been
9 given by a state.

10 Again, non-consent is the default rule; consent is
11 the exception. This decision, or this *jurisprudence constante*,
12 governs the determination of whether a consent to arbitrate
13 exists in any particular case. They set out the legal and the
14 evidentiary standards that this Tribunal must apply when
15 determining whether it has jurisdiction *ratione voluntatis* in
16 this case. The standard is the consent must be certain, not
17 subject to doubt, and it must be proven by evidence.

18 Now, turning to this case. The first issue that
19 this Tribunal must tackle is whether the applicable treaty, the
20 France-Mauritius Bilateral Investment Treaty, contains the
21 States parties' consent to arbitrate claims brought by an
22 investor of the contracting State. In other words, you must
23 determine whether the Treaty contains an investor state dispute
24 resolution clause - a jurisdictional clause - governing claims
25 arising under the Treaty. It should be recalled at the outset

1 that although many investment treaties contain a jurisdictional
2 clause governing investor state claims arising under the treaty
3 and providing for the State's consent to arbitrate, not all of
4 them do. This applies in particular to the so-called first-
5 generation investment treaties that were concluded in the course
6 of the 1960s and 1970s, and, of course, in this case we are
7 dealing precisely one such treaty, a treaty concluded on 22nd
8 March 1973, a first-generation investment treaty.

9 It is, in fact, undisputed in this case that
10 there is no dispute resolution clause or jurisdictional clause
11 providing for investor state arbitration dealing with the claims
12 arising under the Treaty. I refer to the Claimants' Rejoinder,
13 paragraph 86 as well as the Notice of Arbitration, paragraph 48.

14 One of the Claimants' experts, Professor Nouvel
15 also acknowledges that this is the position. I refer to his
16 opinion at paragraph 73.

17 There are 11 provisions of the Treaty. Article 9
18 of the France-Mauritius BIT, merely provides that investment
19 contracts between one of the States parties and investors of the
20 other contracting State should include an arbitration clause.
21 You see the language of Article 9 on this slide, there is, in
22 fact, an English translation of this provision which was
23 published by the UN in the UN Treaty Series, it was referred to
24 by Professor Nouvel in his expert opinion. It has not been
25 provided by the Claimants, it's not on record, but if the

1 Tribunal is interested in seeing the UN translation of the
2 Treaty we are happy to provide that for the benefit of the
3 Tribunal. The translation into English provided by the UN,
4 which is published at Volume 940 of the UNTS, page 312, read as
5 follows, I quote [as read]:

6 Agreements concerning investments in the
7 territory of one contracting state made by
8 nationals, companies or other bodies
9 corporate of the other contracting state
10 shall contain a clause providing that in
11 cases where an amicable settlement cannot be
12 reached within a short time disputes arising
13 in connection with such investment shall be
14 brought before the International Centre for
15 Settlement of the Investment Dispute so that
16 they may be settled by means of arbitration
17 in accordance with the convention on this
18 element of investment disputes between
19 states and nationals of the other states.

20 In other words, Article 9 provides that
21 investment agreements entered into by one of the contracting
22 States with the investors of the other Contracting State shall
23 contain an arbitration clause.

24 This is not in the substance or in form a dispute
25 resolution clause. It does not contain either State party's

1 consent to arbitrate. In particular, it does not contain any
2 consent to arbitrate disputes arising under the treaty. As
3 explained by Aron Broches, one of the founding fathers of the
4 ICSID convention, clauses such as this one, Article 9 of the
5 France-Mauritius Investment Treaty, where the State agrees to
6 include an arbitration clause in future contracts, investment
7 contracts with the investors of the other state party, cannot be
8 interpreted as consenting to arbitration. Investors cannot rely
9 on such clauses to establish jurisdiction.

10 You see on the slide an example of another treaty
11 which provides for a similar, not identical, but a similar
12 provision and Mr. Broches concludes that this kind of provision
13 would not by itself enable the investor to institute proceedings
14 before the Centre, and I quote:

15 A request to that effect would presumably be
16 rejected by the Secretary-General of the Centre
17 since the absence of the host State's consent, a
18 crucial requirement of the Centre's jurisdiction,
19 should be clear on the face of the request.

20 In a situation such as this one, where you have
21 this kind of provision for creating an obligation effectively
22 for the state parties to negotiate an arbitration agreement
23 under investment contract, it will be for the investor and the
24 State to decide whether to enter into any investment agreement
25 in the first place. Most foreign investment, indeed, a great

1 part of foreign investment is made between private parties
2 without any direct involvement of the State and without any
3 investment agreements between the foreign investor and the
4 State, the host State.

5 Investment contracts between States and foreign
6 investors is a very narrow category or form of foreign
7 investment and there would not have been one in this case.
8 There was not any attempt or any envisaged negotiation of when
9 an investment agreement between the Republic of Mauritius and
10 the Claimants. But even in the case where there is one, where
11 there is an investment contract between a State or a State
12 entity and a foreign investor, the State party cannot
13 unilaterally impose an ICSID arbitration clause on a foreign
14 investor even if there is an obligation to include one in the
15 treaty. The investor may well prefer arbitration under another
16 set of arbitration rules such as the UNCITRAL Arbitration Rules.
17 The investor is not bound by the obligation of the State in the
18 BIT.

19 So, it is clear, that there is no consent to
20 arbitrate at risk to foreign French investors in Article 9 of
21 the France-Mauritius Investment Treaty nor anywhere else in the
22 Treaty. No consent to arbitrate claims arising under the treaty
23 and not even consent to arbitrate claims arising under an
24 investment contract, merely an obligation to include an
25 arbitration clause in such contracts if one is ever concluded.

1 The consequence of all of this is a simple one. The
2 Claimants have no standing, no *locus standi* under international
3 law, to invoke the France-Mauritius Investment Treaty at all.
4 They have no legal basis to appear before this Tribunal at all,
5 and this should be the end of the matter in this case. The
6 Tribunal need not go any further. There is no consent to
7 arbitrate investor state disputes at all, not to mention a
8 certain or unequivocal or indisputable consent.

9 The Claimants' case is that even if there is no
10 consent to arbitrate in the France-Mauritius Investment Treaty,
11 they can import Mauritius's consent from Article 9 of the
12 Finland-Mauritius Investment Treaty. The Claimants argue that
13 they can rely on Mauritius's consent to arbitrate in the
14 Finland-Mauritius Investment Treaty, which was given to Finnish
15 investors, through the MFN clause, the most favoured nation
16 clause, in Article 8 of the France-Mauritius Treaty. Now, this
17 is a fundamentally flawed argument, for a number of reasons.

18 The Claimants' argument is fundamentally flawed,
19 first of all, because as we have just seen, they have no
20 standing to invoke the MFN clause in Article 8 of the France-
21 Mauritius Treaty in the first place. Since there's no consent
22 to arbitrate in that Treaty, the Claimants simply have no legal
23 basis to invoke any provision of the France-Mauritius Treaty,
24 including the MFN clause. The Claimants cannot pull themselves
25 up by their own bootstraps, unlike Baron von Munchausen.

1 To be able to invoke the Finland-Mauritius Investment
2 Treaty, the Claimants must first be able to invoke the basic
3 treaty, the France-Mauritius Treaty, which they cannot, since
4 there is no consent to arbitrate in that treaty, in that basic
5 treaty. It follows that the dispute resolution clause in the
6 Finland-Mauritius Treaty is, and remains, *res inter alios acta*,
7 and transaction between third states, which the Claimants, as
8 French nationals, have no right to invoke. The MFN clause in
9 the French-Mauritius Treaty does not change this, since an MFN
10 clause alone cannot create jurisdiction, and this is firmly
11 established. It is firmly established in the case law of
12 international courts and tribunals, including the International
13 Court of Justice.

14 The classic case, the *locus classicus* of course,
15 *Anglo-Iranian Oil Company* case. In that case, the plaintiff,
16 the United Kingdom, relied on two treaties that it had with
17 Iran, which contained an MFN clause. Both treaties were
18 concluded before Iran had expressed its consent to the
19 jurisdiction of the ICJ, under the optional clause in Article
20 36(2) of the ICJ statute. The UK argued that since the two
21 treaties that it had with Iran contained an MFN clause, it could
22 invoke Iran's consent given to third states, even if that
23 consent applied only to treaties concluded after its declaration
24 under the optional clause. The UK argued that the Court's
25 jurisdiction could be founded on the basis of the MFN clauses

1 because Iran had subsequently concluded a treaty with, among
2 other things, with Denmark, in which Iran did give its consent
3 to the jurisdiction of the Court. The Court rejected this
4 approach on the basis that, in the circumstances, the MFN clause
5 did not extend to jurisdictional matters. The court said, and I
6 quote:

7 The Court needs only observe that the most-
8 favoured-nation clause in the Treaties of 1857
9 and 1903 between Iran and the United Kingdom has
10 no relation whatever to jurisdictional matters
11 between the two Governments. If Denmark is
12 entitled under Article 36, paragraph 2, of the
13 Statute, to bring before the Court any dispute as
14 to the application of its Treaty with Iran, it is
15 because that Treaty is subsequent to the
16 ratification of the Iranian Declaration. This
17 cannot give rise to any question relating to
18 most-favoured-nation treatment.

19 The Court added, and I quote the highlighted part:

20 But in order that the United Kingdom may enjoy
21 the benefit of any treaty concluded by Iran with
22 a third party by virtue of a most-favoured-nation
23 clause contained in a treaty concluded by the
24 United Kingdom with Iran, the United Kingdom must
25 be in a position to invoke the latter treaty.

1 The treaty containing the most-favoured-nation
2 clause is the basic treaty upon which the United
3 Kingdom must rely.

4 And as the Court concluded, it could not, since "a
5 third party treaty, independent of and isolated from the basic
6 treaty, cannot produce any legal effect as between the United
7 Kingdom and Iran: it is *res inter alios acta*."

8 The fundamental issue of principle in the *Anglo-*
9 *Iranian* case and in this case is the same. In the *Anglo-Iranian*
10 case, the Iran-UK treaties that contained an MFN clause were not
11 covered by Iran's consent to the Court's jurisdiction, and
12 therefore the UK could not invoke the MFN clauses in those
13 treaties to establish jurisdiction. In other words, an MFN
14 clause alone cannot create jurisdiction. Similarly, here, the
15 France-Mauritius BIT, which contains the MFN clause, is not
16 covered by Mauritius's consent to arbitrate, which is given in
17 the Finland-Mauritius BIT, and therefore the Claimants cannot
18 invoke the MFN clause in the France BIT to establish
19 jurisdiction. The issue principle is exactly the same, although
20 the facts are not exactly the same.

21 In his expert opinion, Professor Nouvel suggests that
22 the *Anglo-Iranian* case is merely a matter of jurisdiction
23 *ratione temporis*. I refer to his expert opinion, paragraphs 22
24 to 24. This is a rather simplistic and superficial reading of
25 the Court's judgment, as we have just seen. The principle that

1 the Court applied was broader. It was not simply a question of
2 jurisdiction in terms of time or Iran's consent. The issue was
3 not the effective date of Iran's consent. The issue was whether
4 the United Kingdom could rely on an MFN clause, solely on an MFN
5 clause, for purposes of invoking Iran's consent, as expressed in
6 a third-party treaty, to create jurisdiction. The Court made
7 clear that this could not be done. That the consent to
8 arbitrate must first be established before the investor can
9 invoke the MFN clause is not only something that has been
10 confirmed by the International Court of Justice, it is also very
11 firmly established in the jurisprudence of investment treaty
12 tribunals.

13 We have a few cases on the slides. The first one is
14 *Ally*, where the tribunal made clear that an MFN clause cannot be
15 relied upon to create consent. *Venezuela U.S. v. Venezuela*, MFN
16 clause cannot serve the purpose of importing consent to
17 arbitration where none exists under the BIT between Barbados and
18 Venezuela. *Daimler Financial Services v. Argentina*, the State
19 must have consented to the particular type of dispute settlement
20 in question before -- and the Claimant underlines -- before the
21 claimant may raise any MFN claims before the designated forum.
22 And finally, *ST-AD and Republic of Bulgaria*, as the question
23 here is one of jurisdiction, the tribunal said it must be stated
24 quite firmly that the tribunal has to determine its jurisdiction
25 under the conditions of the BIT by application of the rule of

1 competence-competence, but this does not authorize the tribunal
2 to use the MFN clause to create jurisdiction that it does not
3 possess to begin with. In other words, consent has to be
4 exchanged first, under the conditions stated in the BIT, before
5 the tribunal can even discuss the scope of the MFN clause. It
6 cannot be clearer.

7 To quote Professor James Crawford, who put the same
8 rule in a bit more poetic terms, when commencing an investment
9 treaty arbitration:

10 The investor is on one side of the bridge; the
11 MFN clause and other substantive provisions of
12 the treaty are on the other side of the bridge.
13 The bridge is made up of the jurisdictional
14 provisions of the treaty, and the investor can
15 only cross the bridge if jurisdiction is first
16 established (which requires, of course, the
17 investor to show that the State has consented to
18 arbitration).

19 The investor cannot use the MFN clause to cross the
20 jurisdictional bridge, and even less, to build it solely on the
21 basis of an MFN clause, which is what the Claimants are
22 effectively trying to do in this case. This is legal reverse
23 engineering.

24
25 THE PRESIDENT: Dr. Heiskanen, can I just ask you

1 what you're quoting from, the specific quote from James

2 Crawford?

3
4 DR. HEISKANEN: Yes. This is actually from an
5 article published by Sam Luttrell. It's legal authority RLA-21.
6 He quotes Professor Crawford without providing the source. We
7 haven't been able to find the original source. It looks like it
8 may well be that this is something that Professor Crawford said
9 in a conference where you tend to be more poetic than in written
10 submissions or articles.

11
12 PROF. PAULSSON: So to the best we know this
13 might be somebody that who knows something that was said.

14
15 DR. HEISKANEN: It may well be but that is what
16 he says but it's another effective way of expressing the rule
17 although the more straightforward way -- the straightforward
18 submission or position has been set out by the International
19 Court of Justice and the Treaty Tribunal as we just explained.

20
21 PROF. PAULSSON: I'm not aware of Professor
22 Crawford having used this expression, in some more principled
23 way.

24
25 DR. HEISKANEN: We haven't been able to find

1 where that quote comes from because Mr. Luttrell doesn't mention
2 the source. We haven't been able to find it and verify it
3 either.

4
5 PROF. PAULSSON: No.

6
7 DR. HEISKANEN: Yes, that's it. We haven't been
8 able to find the source. But in the end it doesn't really
9 matter. It's just a way of expressing a rule that has been
10 endorsement by Investment Treaty Tribunal as well as the
11 International Court of Justice. In simple terms the MFN clause
12 alone cannot create jurisdiction. Professor Zachary Douglas has
13 summarized the position on the MFN clause in these simple but
14 clear terms that you see on the slide. He says and I quote:

15 The MFN clause does not automatically
16 incorporate the terms of a third treaty into
17 the basic treaty. The claimant must assert a
18 right to more favourable treatment by
19 claiming through the MFN clause in the basic
20 treaty. It can only do so by instituting
21 arbitration proceedings and thus by accepting
22 the terms of the standing offer of
23 arbitration in the basic treaty.

24 The Claimants purport to rely on Professor
25 Schill's reply to Professor Douglas to challenge the position

1 that you see on the slide, including the case law Professor
2 Douglas relies on. However, if you read carefully Professor
3 Schill's article, you will see that he does not argue that
4 jurisdiction can be created on the basis of an MFN clause alone
5 without any consent to arbitrate in the basic treaty. He
6 discusses the issue of whether more favourable jurisdictional or
7 procedural provisions can be imported from a third-party treaty
8 if there is jurisdiction under the basic treaty.

9 He makes it clear that MFN clauses cannot import
10 consent but only more favourable consent or broader consent in
11 another treaty giving the investor the opportunity to accept a
12 more favourable offer to arbitrate. I refer to pages 363, 365,
13 and 370 of his article.

14 Consent in the basic treaty in the form of an
15 actual consent to arbitrate, which does not exist in this case,
16 is required in Professor Schill's view as well. The question is
17 in what circumstances more favourable jurisdictional or dispute
18 resolution provisions can be imported from another treaty.

19
20 THE PRESIDENT: I see that you moved to a
21 different topic so I might just pause here and ask a
22 clarification question. The consequence of your submission that
23 you need to establish jurisdiction first before you can move
24 onto the bridge, to use the analogy, and use the MFN clause in
25 the basic treaty. The consequence of that submission would it

1 be not that you can never apply an MFN clause to a
2 jurisdictional question. Is that a correct understanding?

3
4 DR. HEISKANEN: No, it's not. If there is a
5 consent to arbitrate in the basic treaty, there's standing, and
6 the investor can appear before the tribunal. And then depending
7 on how the dispute resolution clause in the basic treaty is
8 drafted you may or may not be able to invoke and try to import
9 more favourable provisions from another treaty. But you can
10 only do that if there's a consent to arbitrate and jurisdiction
11 on the basic treaty. If there isn't you have no standing to
12 invoke the treaty at all.

13
14 THE PRESIDENT: But what if that consent is
15 conditional. For instance, on a certain waiting period to have
16 expired or if a consent is done before a certain type of
17 arbitration. How do you distinguish then the standing and the
18 consent question and the more broader jurisdictional questions?

19
20 DR. HEISKANEN: Consent is if there is a
21 jurisdictional clause providing consent you can then try to
22 argue, depending on how the clause is drafted, for instance, you
23 don't need to comply with the cooling off period of say nine
24 months because there is a three month or six month cooling off
25 period in another treaty but there is a consent to arbitrate so

1 you can appear. And the question becomes whether you can import
2 more favourable provisions under another treaty. But the core
3 issue is the consent. That is how these issues have been
4 usually debated and we will see in a moment how the tribunals
5 have approached this issue. This was a major issue, for
6 instance, in the *Plama* case. Where the issue was whether the
7 claimants would be able to initiate an ICSID arbitration in
8 circumstances where the BIT, the basic treaty, didn't provide
9 for ICSID arbitration at all. And there are many other cases
10 where the same issue has arisen.

11
12 PROF. PAULSSON: But isn't consent conditional on
13 a future event nevertheless consent? Depends on what happens to
14 the conditional event.

15
16 DR. HEISKANEN: Well if there's a consent in the
17 basic treaty then you can argue whether you can get more
18 favourable provisions from another treaty. But when there's no
19 consent at all in the basic treaty, which is what we have here,
20 you have no basis to try and import any more favourable
21 provisions from any other treaty.

22
23 PROF. PAULSSON: Right. So we're clear.
24 Conditional consent means that as of today, the signing of the
25 treaty, there is no way to effect an arbitration. But if a

1 condition is enlivened, which is in the basic treaty, if that
2 event happens then consent --

3
4 DR. HEISKANEN: I'm not sure whether it would be
5 right to describe a consent given in a dispute resolution clause
6 that contains certain procedural steps as a conditional consent.
7 Basic consent, the question then becomes what do you need to do
8 in order to be able to initiate arbitration based on that
9 consent? You may have to negotiate; you may have to comply with
10 a cooling off period; you may have only limited options for
11 let's say two arbitration rules to choose from rather than
12 three; you have to comply with those provisions but if there's a
13 consent which is the basis of international jurisdiction you can
14 then try to argue that you can get the benefit of more
15 favourable provisions from another treaty. I don't think it's a
16 question of conditional consent. It's a question of having
17 consent and then a question of the procedural steps and the
18 options available for an investor to invoke under that treaty or
19 comply with under that treaty.

20
21 PROF. PAULSSON: There was a time when the
22 Dominican Republic had decided that they liked arbitration in
23 their contracts with foreign investors. But the foreign
24 investors noted that there was a problem in that the Dominican
25 Republic hadn't signed the New York Convention. And so there's

1 a raft of these clauses during a certain period of time saying
2 that for the time being we'll have some sort of an *ad hoc*
3 arbitration. But as of the moment, the New York Convention has
4 been signed, then there is consent to international arbitration
5 under a particular framework. So although that consent couldn't
6 be enlivened at the day of signature of the contract isn't it
7 nevertheless effective consent at the time when the condition
8 has been enlivened?

9
10 DR. HEISKANEN: It is rather a question of the
11 scope of consent. What does the scope -- what does the consent
12 given cover? If there's a jurisdictional clause in the basic
13 treaty providing for international arbitration there can be all
14 kinds of bells and whistles and reservations and conditions
15 attached to that consent. But there must be a core consent
16 which is entirely missing in this case. Then the question
17 becomes what is the scope of that consent? What are the
18 procedural requirements you need to comply with? What other
19 options are available to you? What other options are available
20 to enforce the award? These issues go to the scope of that
21 consent; they don't go to the existence of consent.

22
23 PROF. PAULSSON: Thank you.

24
25 DR. HEISKANEN: And I think that is a very

1 important issue because this is, as the *Rawat* tribunal pointed
2 out, apparently the first time, or this is the second time after
3 the *Rawat* tribunal, where we have a situation where there's no
4 consent and it's undisputed that there's no consent to
5 arbitrate. This is for the first time that an international
6 treaty tribunal will have to decide whether a claimant, an
7 investor, can effectively create jurisdiction and consent on the
8 basis of another treaty when there's not consent in the basic
9 treaty. That is the issue.

10 And that is another issue. None of the case law
11 invoked and referred to by the Claimants deal with this issue as
12 we will see. It's always been an issue of trying to expand the
13 scope of consent to cover more favourable procedural or
14 jurisdictional or other provisions. And that's the critical
15 difference between jurisdictional *ratione voluntatis* and other
16 forms of jurisdiction in terms of time; jurisdiction in terms of
17 person; and jurisdiction in terms of subject matter.

18 Now even assuming -- if I may continue -- even
19 assuming the Claimants had standing to invoke the MFN clause in
20 Article 8 of the France-Mauritius Investment Treaty, which as we
21 have just seen they don't, the claim would fail since Article 8
22 does not extend to investor State arbitration and this is the
23 case for a number of reasons. Now we are arguing on the basis
24 of the assumption that the Claimants could invoke MFN, which we
25 say they cannot, but even if you assumed that they can the claim

1 would fail for lack of jurisdiction.

2 Before we look at these reasons more closely, it
3 should be understood what the Claimants are in fact trying to do
4 here. They are not merely trying to import more favourable
5 dispute resolution provisions from the Finland-Mauritius BIT,
6 which is what MFN clause is supposed to do, the Claimants are in
7 fact seeking to develop an even more aggressive position than
8 the United Kingdom in the *Anglo-Iranian* case, or indeed any
9 investor in any other investment arbitration. The Claimants in
10 fact seek to distinguish between an investor's attempt to extend
11 the scope of an arbitral tribunal's jurisdiction and their own
12 attempt to establish a "établir" the tribunal's jurisdiction
13 based on the MFN clause in the France-Mauritius BIT. I refer to
14 the Claimants' Rejoinder at paragraph 62.

15 The Claimants suggest that although there can be
16 limits to an arbitral tribunal's power to extend its
17 jurisdiction based on an MFN clause, such limits would not apply
18 in this case since the MFN clause in this case would establish
19 jurisdiction. This is indeed an absurd argument if I may say
20 so. Establishing jurisdiction obviously is an even more radical
21 proposition than extending an existing jurisdiction.

22 The fact that arbitral tribunals have clearly and
23 consistently held that jurisdiction cannot be expanded through
24 an MFN clause except -- as we will see -- except if the MFN
25 clearly provides that it covers dispute resolution. It means a

1 *fortiori* that it is not possible to rely on an MFN clause to
2 create jurisdiction and this is the jurisprudence that we have
3 just looked at which made this clear.

4 In practical terms, the Claimants are therefore
5 not merely trying to import Mauritius's consent to arbitrate
6 from another treaty, although they are also trying to do that
7 through the MFN clause, they effectively tried to import the
8 entire dispute resolution clause in the Finland-Mauritius BIT in
9 its entirety, lock, stock and barrel.

10 You see on the slide, Article 9 of the Finland-
11 Mauritius's BIT, which is a very detailed jurisdictional clause.
12 And we have highlighted the parts that the Claimants are
13 invoking in this case for purposes of initiating this
14 arbitration. The Claimants in fact have no choice since there
15 is no dispute resolution clause in the France-Mauritius BIT as
16 we have seen. So they must find a basis somewhere to argue that
17 they have complied with the cooling off period. Or that they
18 have complied with any other procedural requirements, including
19 that they can initiate an UNCITRAL arbitration in this case.
20 And this is what they do in the Notice of Arbitration, and I
21 refer to paragraph 47, they are invoking the three-month cooling
22 off period in the Finland BIT and they are invoking the option
23 of UNCITRAL arbitration in the Finland BIT. Now an MFN clause
24 does not automatically extend to dispute resolution. On the
25 contrary, unless it clearly says so it doesn't and the France-

1 Mauritius Treaty clearly doesn't.

2 Now we continue to argue on the assumption that
3 the Claimants are able to invoke the MFN clause, which is in our
4 submission not the case, but even assuming they could they would
5 face a number of threshold issues that they are not able to
6 overcome. Now the first one is that dispute resolution clauses
7 are separable or severable from the main treaty. Even if they
8 form part of the text of the treaty they constitute a separate
9 and autonomous agreement. This is the case obviously in private
10 international law but it is also the case in public
11 international law. The separability or severability or autonomy
12 of dispute resolution clauses, jurisdictional clauses is the
13 basis -- as this Tribunal very well knows -- it is the basis of
14 an international court's or tribunal's kompetenz-kompetenz. And
15 an international tribunal has the power, the competence-
16 competence to determine its own jurisdiction even if the
17 validity of the basic treaty is challenged.

18 This was made very clear by the International
19 Court of Justice in the *Council* case, which confirmed the
20 position that competence-competence also applies before
21 international courts. And that the fact that the party
22 challenged the validity of the basic treaty, or if it argues
23 that the claims are not covered by the basic treaty, which was
24 the case in the *ICAO Council* case, this does not mean that the
25 court has no jurisdiction because the jurisdictional clause is

1 severable from the main treaty. Otherwise, as the Court said
2 the result that was advocated by India in that case would be
3 constructed of the whole object of objectivity. And this would
4 be unacceptable.

5 Note that this is where we disagree with
6 Professor Schill who suggests in his article at paragraph 40 --
7 I think in Reply -- paragraph 42 that severability is only
8 something that applies in international commercial arbitration
9 and it's not relevant to investment treaty arbitration which is
10 based on treaties. That is not correct. The issue is
11 kompetenz-kompetenz, which requires severability.

12 The separability or severability of arbitration
13 clauses or jurisdictional clauses has also been upheld and
14 endorsed by investment treaty tribunals, including the *Plama*
15 tribunal which said in paragraph 207, I quote [as read]:

16 Dispute resolution provisions in a specific
17 treaty have been negotiated with a view to
18 resolving disputes under the treaty.

19 Contracting states cannot be presumed to have
20 agreed that those provisions can be enlarged
21 by incorporating dispute resolution
22 provisions from other treaties negotiated in
23 an entirely different context.

24 The tribunal then noted, and you see the text on
25 the slide that there were no precedents for replacing the

1 dispute settlement provisions in the basic treaty in total by
2 dispute resolution provisions contained in another treaty by way
3 of an MFN clause. And it stated and I quote:

4 In the Tribunal's view, the lack of precedent
5 is not surprising. When concluding a
6 multilateral or bilateral investment treaty
7 with specific dispute resolution provisions,
8 states cannot be expected to leave those
9 provisions to future (partial) replacement by
10 different dispute resolution provisions
11 through the operation of an MFN provision,
12 unless the States have explicitly agreed
13 thereto.

14 As is the case of BITs based on the UK Model BIT.
15 And then it said this matter can also be viewed as forming part
16 of the nowadays generally accepted principle of the severability
17 autonomy of the arbitration clause, the dispute resolution
18 provisions constitute an agreement on their own usually with
19 interrelated provisions.

20 The *Plama* tribunal noted that the MFN clause does
21 not operate as an automatic incorporation by reference, which as
22 we saw was also Professor Douglas's view, in paragraph 213 of
23 its jurisdictional decision, the tribunal provided a summary of
24 the ICJ's decision in the *US Nationals in Morocco* case which
25 also dealt with the interpretation of an MFN clause and

1 concluded that an MFN provision does not operate as an automatic
2 incorporation by reference. Specifically in that case, in the
3 *Plama* case, the tribunal found that the claimant could not rely
4 on the dispute resolution provisions in other BITs given the
5 language of the MFN clause.

6 Now it follows from this rule of separability or
7 severability that for an MFN clause to apply to dispute
8 resolution it must be clear from the language of the clause that
9 this is what is intended; the MFN clause must make clear that it
10 covers dispute resolution. And again, the conclusion of the
11 *Plama* tribunal on this point:

12 An MFN provision in a basic treaty does not
13 incorporate by reference dispute settlement
14 provisions in whole or in part set forth in
15 another treaty, unless the MFN provision in
16 the basic treaty leaves no doubt that the
17 Contracting Parties intended to incorporate
18 them.

19 In this case, the MFN clause in Article 8 of the
20 France-Mauritius Investment Treaty not only leaves doubt, it is
21 clear on the face of that provision that it does not allow
22 incorporation of dispute resolution provisions from the Finland
23 BIT. And this is the conclusion as we will see in a moment
24 under all relevant and potentially relevant rules of treaty
25 interpretation.

1

2

THE PRESIDENT: Just a matter of clarification.

3

You just said that the MFN clause does not apply to dispute

4

resolution unless it is clear from the language of that clause.

5

Is it your submission that when you say "clear" it must be

6

explicit? Or could it also be clear as a matter of language

7

otherwise of the MFN clause?

8

9

DR. HEISKANEN: It must be clear from the

10

language that it applies to dispute resolution precisely because

11

of the severability doctrine. There are two agreements

12

effectively -- the dispute resolution clause in an investment

13

treaty there are effectively two agreements there. One is the

14

substance the obligations and other obligations in the treaty

15

and then the jurisdictional clause. And unless the MFN clause

16

makes it clear that it applies to dispute resolution it doesn't

17

apply to dispute resolution.

18

19

THE PRESIDENT: I guess my question is what type

20

or what level of clarity do you, in your submission, we should

21

look for? Is it like in the UK Model BIT, an express reference

22

that dispute resolution is included? Or can the clarity of the

23

language also stem from other factors of that clause? Does it

24

have to be explicitly said that dispute resolution is included

25

in order to meet your test?

1
2 DR. HEISKANEN: It has to be explicit precisely
3 because they are two agreements. And I should add to that one
4 should not confuse two things which is something that the
5 Claimants are consistently doing in their submissions. One is
6 the legal rule and the other one is the rules of interpretation.
7 The legal rule is that the reference must be explicit. The MFN
8 clause must make it clear that it covers dispute resolution
9 because these are two different agreements effectively. And
10 then a question of treaty interpretation is what are the rules
11 of treaty interpretation that apply in order to determine
12 whether there's a clear reference. These are two different
13 issues, so one should not confuse the rules of treaty
14 interpretation with the rule requiring a clear reference.

15
16 PROF. PAULSSON: I want to understand if this is
17 a contention being made. The importance of the severability for
18 the purposes of this analysis is as follows: -- I'm now
19 attributing this to you, and you tell me if I've understood
20 correctly -- It is no good to speak of "more favourable" unless
21 you are referring to a "more favourable disputes" clause. You
22 cannot speak about "more favourable" in general terms of a
23 treaty as a whole saying this treaty has a disputes clause and
24 the basic one doesn't and therefore this treaty is more
25 favourable?

1
2 DR. HEISKANEN: Yes. The MFN clause must make
3 it clear after interpretation in accordance with the rules of
4 treaty interpretation that dispute resolution is covered. If
5 it's not clear then it's not covered.

6
7 PROF. PAULSSON: So the aspect which is more
8 favourable must specifically pertain to dispute resolution and
9 not just....

10
11 DR. HEISKANEN: Absolutely.

12
13 PROF. PAULSSON: It's better to have a dispute
14 resolution clause than not to have one?

15
16 DR. HEISKANEN: Absolutely. And this follows
17 simply from the fact that these are two different agreements
18 under the cover of one text.

19
20 PROF. CAPRASSE: Thank you. If I may following
21 up on this. And on the question that has been raised as to the
22 express reference let us assume that in Article 9 there would be
23 some consent. I got your point that there is none, and let us
24 assume that there would be consent to arbitration in Article 9.
25 Is it your interpretation of Article 8 in this case that the way

1 it is phrased would not allow the application of the MFN clause
2 to that hypothetical Article 9 which would contain some consent
3 to arbitration if phrased differently obviously according to
4 your thesis?

5
6 DR. HEISKANEN: Well that is first of all a
7 hypothetical question because there is no dispute resolution
8 clause in Article 9. And it's clear because there isn't one
9 that the MFN clause therefore cannot apply to dispute
10 resolution. Now the issue that you are raising is probably more
11 a question of applying the rule of *ejusdem generis*, rather than
12 a question of severability.

13
14 PROF. CAPRASSE: If I may interrupt you. My
15 question is related broadly, more specifically, on your
16 reference to the need for what you call an express reference to
17 dispute resolution. And my question was, well let us imagine
18 that there would be no discussion about the matter and content
19 of Article 9. What about the scope of the MFN in this Article
20 8? So it relates to the question not of the matter but the
21 express reference. What would be your position? I agree that
22 this is hypothetical just to understand what you mean precisely
23 by express reference?

24
25 DR. HEISKANEN: I think the problem with the

1 question is, if I may, is precisely because you have two aspects
2 of the issue. One is the rule which says that because of
3 severability of jurisdictional clauses the MFN clause must make
4 it clear that it covers dispute resolution. That is the rule.
5 Then the second issue is you have a specific treaty. Then you
6 have to look at the language of the treaty and the language of
7 the MFN clause to determine whether applying rules of treaty
8 interpretation the MFN clause covers dispute resolution.

9 In our submission it's clear from the language of
10 the MFN clause in Article 8 that it doesn't, in the
11 circumstances of this case, doesn't apply to dispute resolution.
12 I don't think the second part of the question which requires
13 Treaty Interpretation rules can be applied to a hypothetical
14 example because then you have to give it specific language in
15 order to be able to apply the treaty rules of treaty
16 interpretation to answer your question. One thing is a rule.
17 The second thing is the application of that rule in accordance
18 with rules of treaty interpretation to a specific case.

19
20 PROF. CAPRASSE: Just to add on this. We can
21 still interpret and think about the scope of the MFN clause in
22 Article 8 on its own? Whatever is in Article 9 and others.

23
24 DR. HEISKANEN: Yes, of course and I'm going to
25 come to this. I'm going to apply the rules of the Vienna

1 Convention, the rule of treaty interpretation as well as *ejusdem*
2 *generis* to the interpretation of Article 8 precisely for the
3 purposes of demonstrating that it doesn't cover dispute
4 resolution in this case. But this is what we are discussing now
5 is question of severability which is a different issue. That
6 deals with the issue of the background rule. The background
7 rule speaks precisely because of severability of dispute
8 resolution clauses MFN clause must make it clear that it covers
9 dispute resolution. It doesn't cover the question whether it
10 makes it clear is a matter of treaty interpretation. And in
11 this case, in our submission, Article 8 doesn't make it clear
12 and it cannot make it clear that it covers dispute resolution
13 because there is no dispute resolution provisions or
14 jurisdictional clause in that basic treaty.

15
16 PROF. CAPRASSE: Thank you.

17
18 DR. HEISKANEN: Now we will move to these other
19 rules of treaty interpretation but the background rule that must
20 be kept in mind when looking at these other rules and when
21 looking at the language of an MFN clause is informed by the
22 severability doctrine.

23 Now *ejusdem generis*. Although the Claimants
24 agree that there is no consent to arbitrate, no jurisdictional
25 clause in Article 9, they suggest that their position is

1 nonetheless supported by the *ejusdem generis* rule. They argue
2 in Rejoinder paragraphs 85 and 87 that since investors-state
3 dispute resolution is a subject matter or a *matière* regulated or
4 governed by Article 9 of the treaty, it therefore falls under
5 the MFN clause in Article 8(2) of the BIT. So this is now a
6 question of whether the *ejusdem generis* rule allows the
7 Claimants to rely on the MFN clause. And again, our principle
8 position is that the Claimants have no standing to invoke the
9 MFN clause at all.

10 Now on the issue of *ejusdem generis* the
11 Claimant's position is also misguided. The fact of the matter
12 is that the *ejusdem generis* rule in fact supports the
13 Respondent's interpretation of Article 8 of the BIT rather than
14 that of the Claimant's. As the International Law Commission
15 stated in its commentary on draft articles on most favoured
16 nation treatment, the *ejusdem generis* rule is by its very nature
17 of particular relevance in the context of MFN clauses, it is
18 reflected in draft Article 9 which makes it clear that under a
19 most favoured nation clause, the beneficiary state acquires only
20 those rights which fall within the limits of the subject matter
21 of the clause.

22 The rationale of this principle or this rule is
23 obvious. It is meant to eliminate the risk that through an
24 imprudent or improper application of an MFN clause parties to
25 international treaties are considered to be bound by provisions

1 to which they never intended to consent in the first place and
2 this important principle was stressed by the International Law
3 Commission. You see the 11th passage on the slide of the
4 commentary. The Commission stated and I quote:

5 The effect of the most-favourite-nation
6 process is, by means of the provisions of one
7 treaty, to attract those of another. Unless
8 this process is strictly confined to cases
9 where there is a substantial identity between
10 the subject-matter of the two sets of clauses
11 concerned, the result in a number of cases
12 may be to impose upon the granting state
13 obligations it never contemplated.

14 And here is the test of substantial identity.
15 There must be a substantial identity between the clause invoked
16 and the allegedly more favourable provisions in another treaty.
17 Substantial identity.

18 In this case, the MFN clause in Article 8 the
19 France-Mauritius BIT applies, as you see on this slide, to
20 matters governed by the present convention. So one needs to
21 compare, in this case Article 9 of the France-Mauritius BIT, and
22 Article 9 of the Finland-Mauritius BIT. It is undisputed again
23 that Article 9 of the France-Mauritius BIT does not provide a
24 consent to arbitrate. It's not a jurisdictional clause.
25 Whereas Article 9 of the Finland-Mauritius BIT clearly is a

1 jurisdictional clause. Unlike Article 9 of the Finland BIT,
2 Article 9 of the France-Mauritius BIT does not deal at all with
3 the resolution of disputes arising under that treaty. It deals
4 with the contracting state's obligation to include an ICSID
5 arbitration clause in any investment contract that one of the
6 contracting states may enter into with the investor of the other
7 state should they choose to enter into such contract. It
8 doesn't deal at all with disputes arising under the treaty.

9 In terms of the *ejusdem generis* therefore
10 jurisdiction of investors state dispute arising under the treaty
11 is not a subject matter; it's not a *matière* governed by the
12 Finland-Mauritius BIT; there is no substantial identity between
13 their 11 provisions.

14 What the Claimants are doing they are playing
15 with words. If you follow the Claimants' logic, a provision in
16 the treaty stating that this treaty does not contain any consent
17 to arbitrate by either contracting state, any disputes or claims
18 arising under the treaty would be a provision dealing with
19 dispute resolution.

20 The focus of the determination that the Tribunal
21 must make is not whether the words "disputes" or "arbitration"
22 are mentioned in Article 9. The test is a substantive one;
23 whether there is a substantial identity between the two relevant
24 clauses. This is a matter of substance. It's not a matter of
25 form or words used, and this is extremely important.

1
2 THE PRESIDENT: Sorry. Again, a clarification
3 question. Substantial identity in your submission, substantial
4 here refers to "substance" and not "substantial" in the sense of
5 "in essence" or "basically"?

6
7 DR. HEISKANEN: Of course, it refers to
8 substance because what we are dealing with is the *matière*, the
9 subject matter of the two provisions. We are not dealing with
10 the form or the words used which is how the Claimants are
11 approaching this case. The question is not whether the word
12 "arbitration" is mentioned in Article 9. The question is
13 whether Article 9 contains the jurisdictional clause providing
14 for consent to arbitrate disputes arising under the treaty,
15 which is what Article 9 of the Finland-Mauritius BIT does.

16
17 THE PRESIDENT: I might be maybe here too subtle
18 but "substantive" and "substantial" to me are two different
19 things. Substantive relates to the substance and substantial,
20 to me, is maybe a different....

21
22 DR. HEISKANEN: Yes, they are indeed two
23 different things but we are not talking about the same thing.
24 *Matière*, subject matter, is a question of determining what the
25 subject matter of the two provisions is. Then you compare these

1 two provisions, and there must be a substantial identity between
2 the two provisions. They don't need to be completely identical,
3 but there must be a substantial identity between the two
4 provisions: Article 9 of the Finland BIT and Article 9 of the
5 France-Mauritius BIT. And in our submission, it is clear that
6 there is no substantial identity between the two provisions
7 because they don't deal at all with the same subject matter.

8
9 THE PRESIDENT: So just so that I got this. The
10 fact that you relate to the substance does not confirm the word
11 "substantial" but rather from the fact that it needs to be the
12 same subject matter in the clause; correct?

13
14 DR. HEISKANEN: There must be a substantial
15 identity between the subject matters of the two provisions.

16
17 THE PRESIDENT: Thank you.

18
19 DR. HEISKANEN: Now to make it clear, investment
20 treaty arbitration indeed is a very different issue; a very
21 different subject matter from contract-based arbitration. Even
22 setting aside there's no consent in Article 9 of the France BIT.
23 Investment treaty arbitration has been considered in fact, as we
24 all know, a very different category of dispute resolution from
25 contract-based and as we all have seen there are frequent

1 references to arbitration without privity in the submissions of
2 both parties when we are talking about investment treaty
3 arbitration.

4 Whereas, of course, contract-based arbitration is
5 based on contractual privity. It's a very different category;
6 very different form of dispute resolution. Investment treaty
7 arbitration is about claims arising under the treaty. Contract
8 arbitration is about claims arising under a contract. And as we
9 have already discussed, investment contracts with states
10 nowadays are fairly uncommon compared to the situation in the
11 1960's.

12 Most foreign investments are made directly
13 between private parties by way of acquisition; setting up
14 companies without any involvement of the state. To suggest that
15 Article 9 of the France-Mauritius BIT, which deals with an
16 obligation to contain an ICSID arbitration clause, in such
17 contracts is to severely distort or expand the scope of that
18 provision without recognition if you suggest that there's a
19 substantial identity between Article 9 of the Finland BIT and
20 Article 9 of the France-Mauritius BIT. This is simply not the
21 case; this is not about the words.

22 Now it is perhaps important to remind ourselves
23 that the two contracting states, France and Mauritius, have
24 recently confirmed that it is their understanding as well that
25 consent to arbitrate investor-state dispute is not a *matière* or

1 subject matter covered by the 1973 Treaty. France and Mauritius
2 started a new BIT back in 2005; it was signed in 2010; it has
3 not yet entered into force. But one of the main reasons for
4 concluding a new investment treaty was to modernize the 1973
5 treaty by way of providing for consent to investor-state
6 arbitration.

7 France in particular indicated that the weakness
8 or one of the weaknesses of the 1973 agreement was that the
9 scope of investor-state dispute resolution is limited, as the
10 agreement requires the existence of an arbitration agreement in
11 the investment contract.

12 According to the French government, a new BIT was
13 required as the French conventional practice, and I quote [as
14 read]:

15 now permits to investors having suffered
16 damage because of the action of the host
17 state of their investment to resort to
18 international arbitration on the basis of the
19 consent expressed by the state in the BIT.

20 The contracting states therefore themselves agree
21 that Article 9 of the 1973 BIT and Article 9 of the Finland BIT
22 do not cover the same subject matter. The MFN clause in Article
23 8 therefore doesn't apply to Article 9. They would have not
24 negotiated for five years to make this improvement. Now that is
25 our submission on the rule of *ejusdem generis*.

1 Now the Claimants' interpretation of the MFN
2 clause in Article 8 is flawed and fails also because Article 8
3 by its wording, by its ordinary meaning, as interpreted in
4 accordance with the general rule of Treaty Interpretation in
5 Article 31 of the VCLT, applies only to investments not
6 investors. It is the investments of foreign investors that are
7 subject to the MFN treatment; foreign investors themselves are
8 not. As you will see from the clear language of Article 8, the
9 MFN treatment only covers investments not investors. The
10 beneficiary of a more favourable dispute resolution provision is
11 the investor not the investments; investors are bringing claims.

12 The important distinction between MFN clauses
13 that apply to investments and MFN clauses that apply to
14 investors was addressed by the *Hochtief* tribunal in its
15 jurisdictional decision. The tribunal noted that there were two
16 types of MFN clauses in the applicable treaty: those that
17 applied to investments and those that applied to investors. And
18 since the claimant involved the MFN clause for the purposes of
19 being able to rely on a more favourable dispute resolution
20 provision, this meant that the relevant MFN clause was the one
21 dealing with the MFN treatment of investors rather than
22 investments. And you see the relevant passage on the slide.

23 The tribunal said Article 3 contains provisions
24 extending MFN treatment both to investments and to investors.
25 The obligation is the same in each case. The entitlement is to

1 treatment that is not less favourable than the state accords to
2 its own nationals or companies or to investments of nationals or
3 companies of any third state. In the present case, it is the
4 entitlement of the investor that is relevant, because it is the
5 treatment of the investor as a disputing party that is in issue.

6 In this case, there is only one MFN clause in the
7 France-Mauritius investment treaty, and it only applies to
8 investments not to investors. In other words, there is no MFN
9 obligation applicable to the investor as a disputing party, and
10 the Claimants have no basis to invoke it for the purpose of more
11 favourable dispute resolution provisions. This kind of MFN
12 clause could only be invoked for purposes of more favourable
13 treatment of investments; under another treaty could only be
14 applied to more favourable treatment of investments under
15 another treaty.

16 Now the Claimants also suggest that they can rely
17 on the *effet utile* or the principle of effective interpretation
18 to support their purported interpretation of Article 8. It is
19 quite unclear how the *effet utile* rule in the Claimants'
20 submission should be applied, but it is clearly that the *effet*
21 *utile* rule properly applied also leads to the conclusion that
22 Article 8 of the France-Mauritius investment treaty does not
23 apply to dispute resolution. Like the International Law
24 Commission and the International Court of Justice, investment
25 treaty tribunals have taken a cautious approach and rightly so

1 to the *effet utile* rule.

2 Just to quote an example, the *Cemex* tribunal put
3 it pertinently. They said:

4 This principle -- the rule of *effet utile* --
5 does not require that the maximum effect be
6 given to a text. It only excludes
7 interpretations which would render a text
8 meaningless, when a meaningful interpretation
9 is possible.

10 There is not even a suggestion in the Claimant's
11 submission how any part of Article 8 of the BIT would be
12 rendered meaningless or as having no effect if it is not applied
13 to dispute resolution. The *effet utile* rule has very narrow
14 confines of application and should be applied cautiously in the
15 context of interpretation of treaties.

16 It certainly cannot be applied to give effect to
17 the provisions of the France-Mauritius investment treaty so as
18 to create jurisdiction out of thin air in the absence of any
19 consent to arbitrate. This would not only be contrary to the
20 letter and spirit of the treaty. It would go beyond the
21 jurisdiction of this Tribunal as an international tribunal. In
22 this case, it's clear that there is a meaningful interpretation
23 of Article 8 already available under the general rule of treaty
24 interpretation and under the *ejusdem generis* rule. There is no
25 basis and no scope for relying on *effet utile* whatever the

1 suggestion is that the Claimants are making which is unclear.

2 Now this concludes our submissions on the
3 question of *ratione voluntatis*. We will now move to the
4 question of whether the Claimants have proven investment;
5 whether there's jurisdiction *ratione materiae*. I'd be happy to
6 address any questions if you still have any left for the time
7 being on the on the question of consent.

8
9 THE PRESIDENT: I think we've asked our
10 clarification questions as we went along and we will have some
11 time this afternoon to add further questions to the matter of
12 the MFN clause. So, please.

13
14 DR. HEISKANEN: Okay. Thank you very much. Now
15 the question of jurisdiction *ratione materiae*. There are two
16 points we make. The first, the Claimants have not shown that
17 they have made an investment in Mauritius; and second, the
18 Claimants' alleged pre-investment expenditures to the extent
19 that there's evidence on those, do not amount to an investment;
20 they are pre-investment expenditures and do not qualify as
21 investments.

22 Now the existence of an investment is a
23 requirement of the tribunal's subject matter jurisdiction. Its
24 jurisdiction *ratione materiae*. The subject matter jurisdiction
25 of investment treaty tribunals is limited to investment

1 disputes; they have no jurisdiction over commercial disputes
2 arising out of sale of goods and services; or disputes relating
3 to access to foreign jurisdictions for purposes of making an
4 investment, unless the treaty specifically provides that it also
5 is designed to open access for foreign investment.

6 Now there's no definition of investment in the
7 France-Mauritius investment treaty. Article 1 of the Treaty
8 simply lists the various types of assets that may be invested,
9 but it doesn't provide a definition of the term. So it must be
10 interpreted in accordance with its ordinary meaning and its
11 inherent meaning.

12 Now what is an investment? The term "investment"
13 does have an inherent meaning as many treaty tribunals have
14 found. It does have an inherent meaning in international
15 investment law. It involves a contribution of capital; a
16 commitment of capital to a business venture in the host state.
17 It implies therefore, once you have a made a capital
18 contribution it implies an assumption of risk; the invested
19 asset may be lost; and a certain duration of time because you
20 commit the capital for purposes of the business venture. You
21 commit the capital as a seed money to see whether you can
22 generate profit out of that investment; you expose the
23 contribution to a risk of losing it if you cannot make profit
24 out of the investment. And this of course involves time. So
25 capital contribution by definition implies duration and risk.

1 It is as simple as that.

2 An investment is not a one-off commercial
3 transaction for sale of goods or services; it involves a
4 commitment of capital, and this is also what the BIT makes it
5 clear. For instance, Article 4 of the BIT refers to capital
6 amnesty, capital invested when discussing or addressing the
7 issue of return of proceeds. So it is not enough to have assets
8 in a foreign jurisdiction you must have invested them.
9 Investment treaties are not about the protection of foreign
10 property; they are only about the protection of a very specific
11 category of foreign property, assets invested for purposes of an
12 investment to generate profit over a longer period of time.

13 There is no dispute about this between the
14 Parties in this case. The Parties agree on this definition,
15 which is known in our industry as the *Salini* test. The issue
16 here is whether investment has been proven, not how investment
17 should be defined. For instance, I refer to the Respondent's
18 memorial, Page 29, Paragraph 68, where -- and there are other
19 passages -- where this is made clear. Contribution or
20 commitment of capital; risk; and duration.

21 Now it is of course for the Claimants -- because
22 they are the Claimants and asserting jurisdiction -- it is for
23 them to prove that they have made a qualifying investment in
24 Mauritius and this is what they have failed to do. The evidence
25 shows that the Claimants planned to set up a private forensic

1 DNA and paternity testing laboratory in Mauritius if and when
2 authorized by the relevant authorities. As we will see, let's
3 keep in mind that this was not an activity that was actually
4 even allowed in Mauritius at the time.

5 It is a regulated activity that was not possible
6 under the applicable law. Investment treaties typically protect
7 investments that have been made; they do not open borders for
8 free movement of capital; and they do not create any right to
9 invest unless they clearly state so. Investment treaties do not
10 open borders; they protect investments once they have been
11 admitted and once they have been made unless the treaty provides
12 clearly otherwise.

13 And this treaty, the France-Mauritius BIT, makes
14 it clear, and the Parties again agree, there is no dispute about
15 it, this I refer to the Rejoinder at Paragraph 12, that the
16 treaty only applies to investments which have already been made;
17 it doesn't apply to perspective or future investments; it
18 doesn't protect the right to invest. And this is also clear in
19 the language of the BIT -- as you see -- it refers to
20 investments that have been made; investments belonging to
21 nationals; investments realized.

22 And the Claimants suggest and argue that the
23 investments that they contemplated in their business plan, their
24 planned hiring of employees, 14 employees all together, their
25 know-how construed an investment. The core of the case appears

1 to be that their business plan is the investment. A business
2 plan that was implemented and that was not even possible to
3 implement because it required regulatory change is not an
4 investment. At best, it's a planned investment.

5 The Claimants also suggest -- and although this
6 is less clear -- that the three companies they established in
7 Mauritius and for which they have produced certificates of
8 incorporation as evidence constitute at least something that the
9 Tribunal should take into account. And as we will see, they
10 don't go so far as to suggest that these companies constitute
11 investments. But although some initial payments appear to have
12 been made on behalf of these three companies, the companies
13 never had any substantive business activity in Mauritius and of
14 course, they could not have because it was not possible legally.
15 These companies were simply vehicles to be used for future
16 investments if and when such investments and business activities
17 became feasible under the applicable law. The Claimants in fact
18 agree that shareholding in a local company in itself is not
19 sufficient to constitute an investment.

20 And indeed, there is no evidence on the record
21 that the three Mauritius entities were ever even capitalized;
22 that the shared capital was ever paid up. There is no evidence
23 of it. And the Claimants appear to acknowledge that they were
24 never capitalized. I refer to the Rejoinder at Paragraph 17 to
25 20. But of course, this is neither here nor there because this

1 would not be an investment for purposes of the treaty.

2 The Claimants allege, however, and mainly on the
3 basis of three bank statements that you see on the slide, that
4 funds were mobilized in 2015 and transferred to Mauritius to pay
5 certain expenses for the project, and that this transfer of
6 funds to the bank accounts of the local companies is sufficient
7 to constitute an investment. But these bank statements, this
8 evidence, simply shows that: the fact of transfer of funds;
9 there's no indication, no evidence that this would have been a
10 capital contribution, paid-up share capital, or a shareholder
11 loan, or a capital loan for the companies. What the bank
12 statements show is not an investment, but transfer of money to
13 cover pre-investment expenditures while the Claimant was waiting
14 for the changes in the law and other conditions that were
15 required.

16 In any event, the amounts that were transferred
17 that you see on the slide, 300,000 Euros is not a substantial
18 contribution, which is what investment treaty tribunals have
19 required for purposes of a qualifying investment. I refer to
20 cases such as *Casinos Austria v. Argentina*, RLA-57, *Fedax v.*
21 *Venezuela*, CL-1, and there are many others. The capital
22 contribution required under international law must be
23 substantial or significant, and we are not beyond that
24 threshold.

25 It is also clear from the evidence that the funds

1 transferred to the local company accounts were recovered, as you
2 see on the slide, by the Claimants themselves, and the companies
3 were dissolved. Out of the 300,000 that were transferred to the
4 bank accounts, over 220,000 were recovered. It is obvious that
5 even assuming this would be a capital contribution, and of
6 course it isn't, it would not meet the requirement of assumption
7 of risk and duration. These funds were always under the control
8 of the Claimants and they had the funds returned. There was no
9 risk because this capital, or these funds rather, were not
10 committed to any business activity, therefore they were
11 committed for purposes of paying up initial expenses.

12 What the evidence does show is that the limited
13 amounts of money the Claimants spent in Mauritius constitute
14 pre-investment expenditures rather than investments. They are
15 expenditures arising out of one-off transactions and capital --
16 not capital contributions whether in the form of share -- paid
17 up capital or capital loans. The law is clear that this kind of
18 pre-investment expenditures do not constitute an investment.

19 The leading case of course is *Mihaly v. Sri*
20 *Lanka*, where the tribunal found that it was unable to accept as
21 a valid denomination of "investment," the unilateral or internal
22 characterization of certain expenditures by the Claimant in
23 preparation for a project of investment. The tribunal concluded
24 that the claims were at best premature, since the Claimant had
25 failed to prove ownership of an investment at the time the

1 proceedings were initiated. There might have been other ways of
2 recovering these assets under contractual arrangements and
3 contract-based arbitration but there was no investment for
4 purposes of the jurisdiction of an investment treaty tribunal.

5 The Claimants attempt to distinguish this case
6 from *Mihaly* and argue that since the prime minister's office in
7 its letter of 14 October 2014 provided an unconditional
8 acceptance of the project, this means that their expenditures
9 qualify as a protected investment. This is again a misguided
10 position. First, as a matter of fact the letter is not an
11 approval of the Claimant's investment. It's not even addressed
12 to the Claimants; it is an internal communication from the prime
13 minister's office to the managing director of the board of
14 investment stating that it has no objection to the project at
15 that stage as a matter of principle.

16 The Claimants required a number of further
17 authorizations to implement the project; authorizations which
18 they never obtained; authorization to buy land for the project
19 which was covered by law restricting the access of non-citizens
20 to land property, real property, in Mauritius. They required an
21 acceptance from the Ministry of Health and importantly, and
22 perhaps most importantly, modification and amendment of the law
23 in DNA identification would have been required. Because under
24 the law the only entity that was authorized in Mauritius to
25 conduct DNA analysis was a state entity for scientific

1 laboratory attached to the prime minister's office.

2 The Claimants themselves acknowledged at the time
3 that these authorizations were required for them to be able to
4 go ahead with the project. And the board of investment in
5 Mauritius had already made it clear at the time that these
6 authorizations were required and this was the way forward and
7 this was made very clear and there was a very clear
8 understanding between the Parties what was required to make this
9 project a reality. Contrary to what the Claimants suggest, the
10 outstanding authorization and changes in the law were not mere
11 formalities; they were substantive requirements for the project
12 to be able to go ahead.

13 But even if you take the view that the letter of
14 the office of the prime minister constituted an approval of the
15 project, which it clearly is not, it would not change the nature
16 of the Claimants' expenditures. Even assuming there was an
17 admission of the preliminary approval of the project, the
18 investments or the expenditures remain pre-investment
19 expenditures; they do not qualify as investments. The Claimants
20 incurred them at their own risk; at the risk that the proposed
21 project would not be approved.

22 The conclusion is clear. The Claimants have
23 failed to prove that they have made any investments within the
24 meaning of the treaty in Mauritius. They appear to have
25 incurred pre-investment expenditures but there was no investment

1 and this Tribunal lacks jurisdiction *ratione materiae*. Thank
2 you very much.

3
4 THE PRESIDENT: Thank you very much. I just have
5 a question. I might have misheard you. The very last point you
6 made. You said, even if there was an approval, if that letter
7 could be interpreted as an approval, the expenditures would not
8 qualify as an investment and they would be made at their own
9 risk?

10
11 DR. HEISKANEN: Of course, the Claimants were
12 making these and incurring these costs at their own risk. They
13 were taking the risk developing the project that was not legally
14 possible in Mauritius because it required a change in the law.
15 They were required a number of authorizations for acquisition of
16 property; approval for waste management; for other issues. They
17 were incurring these expenditures at their own risk. There was
18 no expectation that they would obtain these authorizations or
19 that the law would be changed. The only point about the prime
20 minister's office is his letter, which was again not a letter
21 addressed to the Claimants, was that at that point in time the
22 office of the prime minister had no objection in principle to
23 the project. But of course it had to meet all these
24 requirements. It doesn't change the nature of the expenditures
25 because even assuming there was an approval or an admission of

1 the project, which is not the case, even assuming there was,
2 whatever expenditures were incurred, there was no capital
3 contribution nor investment within the meaning of the treaty.

4
5 THE PRESIDENT: Thank you. I think we are very
6 well in time. Thank you for your submissions. Unless there
7 are any immediate and burning questions from the Tribunal?

8
9 THE PRESIDENT: I would say we have our break that
10 was planned to be for 15 minutes. We're a little early so I
11 think we can be generous on the break and could extend this and
12 reconvene as it was foreseen in the timetable at 11:30. If that
13 is agreeable to the Parties. We have a little bit more time
14 over coffee break and we reconvene at 11:30 for the Claimant's
15 opening statements.

16
17 MR. PAULSSON: You invited us to treat *Mihaly* as
18 settled law, I think, more or less. It is a single case. The
19 tribunal was comprised of three individuals, one of whom had
20 very significant experience in international finance, Mr.
21 Suratgar who wrote a curious concurring opinion which reads to a
22 large extent like a dissent. And I may be asking you some
23 questions about that later so just signalling that you may have
24 a look at that.

25

1 DR. HEISKANEN: Noted. Thank you.

2

3 THE PRESIDENT: Thank you. So we'll reconvene at
4 11:30.

5

6 *A short break.*

7

8 ME. POULAIN: Mme la présidente, messieurs les
9 arbitres, notre présentation aujourd'hui sera centrée
10 principalement sur les faits, sur ce qui s'est passé à Maurice
11 pendant la période où nos clients, sont intervenus pour le
12 compte de autorités mauricienne et pour le compte de la justice
13 mauriciennes et jusqu'au moment où en 2016, avril 2016, les
14 autorités mauriciennes, le bureau du premier ministre a mis un
15 point final à leur projet. C'est d'ailleurs aujourd'hui la
16 première fois que nos clients, Antoine et Christian
17 Doutremepuich, ont l'occasion d'échanger, de rencontrer les
18 autorités mauricienne.

19 Depuis le 14 avril 2016, outre des échanges que
20 je n'ose à peine citer qui consistait à essayer d'obtenir un
21 règlement amiable, aucun échange n'y est intervenu surtout aucun
22 motif n'a été exprimé de la part des autorités mauriciennes pour
23 dire pourquoi ce projet a été arrêtée.

24 Donc, je voudrais commencer par un propos
25 introductif qui présente les protagonistes du dossier. Pour ce

1 qui concerne les demandeurs, les demandeurs ne sont pas
2 multinationales, sont des opérateurs économiques, modestes, de
3 la région bordelaise dont le métier de réalise des expertises
4 ADN. Je ne vais rien vous apprendre, mais je préfère quand même
5 l'indiquer, c'est quoi un expertise ADN. C'est identifier à
6 partir d'un fragment, d'un corps d'os une personne, cela permet
7 d'identifier les victimes d'un crash aérien, cela permet de
8 déterminer si quelqu'un à séjourner dans le coffre d'une
9 voiture, cela permet d'établir la filiation d'autre personne.
10 L'expertise ADN aujourd'hui a ouvert des perspectives immense
11 pour les enquêteurs, on a résolu ce qu'on appelle des « cold
12 case », c'est-à-dire que des affaires anciennes qui étaient non
13 solutionnées par la justice, lorsqu'on avait eu la chance de
14 conserver des scellés exploitables et bien dix ans, quinze ans,
15 vingt ans après, le savoir-faire des demandeurs a permis de
16 résoudre des affaires. C'est-à-dire, de donner une réponse, de
17 donner une réponse de la justice à des affaires criminelles non
18 solutionnées. Cet expertise spécifique, ce savoir-faire,
19 concrètement en quoi il consiste. Des moyens techniques, il faut
20 des machines spécifiques pour faire de l'expertise ADN, pour
21 faire du séquençage. Il faut des installations spécifiques
22 normées, il faut des équipes formées. Traduit en chiffres
23 aujourd'hui l'activité du laboratoire bordelais, c'est une
24 société qui fonctionne avec 20 personnes à temps plein, c'est
25 une société au sens droit société, incorporée avec une capitale

1 sociale de près de cinq million d'euros qui réalise un chiffre
2 d'affaires de l'ordre de trois millions euro et c'est une
3 entreprise fondée par Christian Doutremepuich qui se pose
4 nécessairement la question de l'après, de la pérennité de son
5 activité. Pour prendre aujourd'hui le marché français, il y a
6 trois laboratoires privées en France qui sont capables de faire
7 ce que font nos clients et la tendance aujourd'hui du fait de
8 contraintes financières est que la justice française recourt de
9 moins en moins souvent aux laboratoires privés pour une question
10 de coûts donc ils sont vraiment dans les affaires les plus
11 inextricables, les affaires dans lesquelles il y a absolument
12 besoin nécessite de recourir à l'expertise de la plus fine que
13 nos clients sont appelés.

14 En se posant la question de la pérennité de leur
15 activité, les premières collaborations avec la justice
16 mauricienne ont fait naturellement germé l'idée d'un projet
17 d'implantation à Maurice. Pourquoi Maurice et là j'en viens aux
18 caractéristiques de l'île, je suis évidemment sur une base de
19 perception, je ne m'entends pas définir ce qui est Maurice, je
20 connais très mal la République Mauricienne. Je connais très peu
21 de Mauriciens et je me garderai de tous jugements. Mais
22 lorsqu'on est un investisseur lambda ou un petit investisseur
23 qu'est-ce que l'on regarde lorsqu'on se renseigne, lorsqu'on se
24 fait conseiller, on regarde le climat des affaires le « *doing*
25 *business* ». Celui de Maurice est flatteur, il est bon. Il y a un

1 bon rapport *doing business*. On regarde notamment, lorsqu'on
2 regarde vers le Sud, vers les pays chaud, on regarde le rapport
3 de transparency sur le pays et le rapport qui concerne la
4 Maurice est un bon rapport. C'est un pays on va dire qui
5 présente spécialement une gouvernance qui ne fait pas peur et il
6 est logique pour un investisseur, un petit investisseur,
7 normalement avisé, renseignés d'envisager Maurice comme une
8 place plausible avec des risques modérées pour adresse les
9 marchè africain et c'est comme ça que market Maurice avec
10 succès, un hub interrégionales entre l'Afrique et l'Inde et
11 c'est, je trouve le succès de Maurice, c'est une sortie du seul
12 profil d'un pays offshorisant, d'un pays à fiscalité attractives
13 pour avoir développé un secteur productif et pour cette s'être
14 positionnée quand bien même c'est une ile à une sorte d'hub avec
15 les pays africains et l'inde. Ça c'est pour les points positifs.

16 Les difficultés qu'on a pu rencontrer à Maurice
17 finalement sont d'ordre technique. Vous avez dans le dossier la
18 loi sur l'investissement et il ne vous aura pas échappé qu'elle
19 ne reprend pas on va dire les standards habituels d'une loi
20 d'investissement. Qu'est-ce que l'on trouve habituellement dans
21 un loi d'investissement, c'est des procédures et des conditions
22 liées à l'admission d'un projet, liées à son agrément et liées
23 à l'obtention de certains avantages fiscaux ou douaniers. Ça
24 c'est l'architecture classique des codes d'investissement.
25 Qu'est-ce qu'on a dans la loi mauricienne? On a des dispositions

1 qui définissent quasiment un organique qui organisent finalement
2 qui à établissent le *Board of Investments* en tout cas « BOI ».
3 C'est une loi qui ne fait pas mention du bureau du premier
4 ministre, mais qui à l'usage fait intervenir le bureau du
5 premier ministre pour dire « stop » ou « go » à un projet. Donc,
6 nos clients à l'époque deux personnes physiques, Antoine
7 Douremepuich et Christian Douremepuich, au moment où ils
8 réfléchissent à développer leurs activités, au moment où ils ont
9 commencé à collaborer sur certains affaires à Maurice depuis
10 2009, envisagent l'implantation à Maurice en toute confiance en
11 interactions avec les services du *Board of Investments* et ce que
12 nous ferons nos clients ce n'est que suivre les indications, les
13 « guidelines », fournies par le *Board of Investments* et cela
14 jusqu'à la lettre d'objection datée du 14 avril 2016. Ce qui
15 nous marque le plus dans les échanges qu'on a eu jusqu'à ce jour
16 avec les autorités mauriciennes y compris dans le cas de cet
17 arbitrage, c'est finalement l'absence de toute pièces, de tout
18 dossier relatif au projet des autorités mauriciennes. Les
19 autorités mauriciennes n'ont produit aucun absolument aucun
20 éléments factuels concernant le projet, aucun rapport
21 d'évaluation du projet, aucun compte-rendu du bureau du premier
22 ministre et si je dis ça, c'est que je sais que le bureau du
23 premier ministre tient des comptes-rendus et que les contenus de
24 ces comptes rendu relatif au projet contienne des renseignements
25 certainement pertinent pour nous éclairer sur la question savoir

1 pourquoi Maurice a mis fin au projet. Ce qui est l'évidence de
2 notre point de vue, c'est que des intérêts particuliers ont
3 interféré dans la gestion du projet et dans les autorisations
4 données par le bureau du premier ministre. Aucun motif d'intérêt
5 général n'est venu motiver la décision du 14 avril 2016. Maître
6 Regaud y reviendra en détail. Cette lettre ne comporte aucun
7 motif explicite et c'est la raison pour laquelle nous sommes
8 particulièrement attachés à la transparence à la présente
9 procédure. On n'est pas dans une affaire où nous réclamons un
10 milliard. Nous sommes pas des gros opérateurs économiques, nous
11 sommes pas des pétroliers, nous sommes pas des gaziers, nous
12 sommes pas des miniers, nous savons qui nous sommes, nous sommes
13 des petits investisseurs qui ont pris le risque d'aller à
14 l'étranger et qui n'ont fait que suivre les directives d'une
15 administration locale, mais ce que nous voulons savoir, ce que
16 nous poursuivons au travers de la procédure, plus largement que
17 les questions reliées à l'établissement de la compétence, c'est
18 de savoir pourquoi il y a été mis fin à la projet. Juste pour
19 finir mes propos introductifs et avant de passer la parole à
20 maître Regaud, je vous reviendrai rapidement sur l'ordre des
21 questions. L'ordre des questions à savoir, est-ce qu'il faut
22 d'abord examiner la question savoir s'il y a eu des
23 investissements puis la question de la MFN ou inversement. La
24 République de Maurice considère logique de commencer par
25 l'examen de la MFN, exactement la MFN, mais la question de

1 savoir s'il y a consentement d'arbitrage avant d'envisager la
2 question d'investissement, nous sommes d'un avis contraire,
3 d'une part par réflexe parce que finalement invoquer le traité
4 entre la France et Maurice sans être convaincu du fait que nous
5 soyons des investisseurs et que nous ayons constitué des
6 investissements protégés, n'aurai pas de sens à notre avis.
7 Nous sommes également soutenus dans cette démarche finalement
8 parce qu'il a été décidé déjà dans l'affaire *Rawat* et qui est je
9 pense pertinente dans notre situation. Dans l'affaire *Rawat*, le
10 tribunal a considéré que l'examen de la question de savoir dans
11 l'affaire *Rawat*, c'est la question de la nationalité de
12 l'investisseur devait nécessairement précéder la question de la
13 MFN ou du consentement à l'arbitrage et *Rawat* n'est pas une
14 décision isolée, j'ai relevé également que dans l'affaire *Renta*
15 4 contre Russie, il était indiqué que la seule condition de
16 l'accès de l'investisseur à la clause de la MFN est le statut
17 de l'investisseur protégé, également *Garanti Koza contre*
18 *Turkmenistan* aucune action autre que celle de réaliser un
19 investissement protégé n'est requise pour lui permettre
20 d'invoquer la clause MFN. Donc la logique que l'on demande à
21 votre Tribunal de suivre est celle d'un examen de la question de
22 savoir si nos clients ont réalisé des investissements au titre
23 du traité puis la question de savoir si la clause de la nation
24 la plus favorisée de l'article huit du traité peut fonder votre
25 compétence.

1
2 ME. REGAUD: Madame la présidente, messieurs les
3 co-arbitres, donc je vais intervenir désormais sur la partie sur
4 les investissements réalisés par les demandeurs à Maurice. Je
5 vais donc m'appuyer sur les slides qui vont être projeté. Sur
6 les investissements, la République de Maurice objecte a la
7 compétence de votre Tribunal invoquant, le fait que le projet et
8 les investissements réalisés par les demandeurs n'auraient pas
9 été autorisé formellement par la République de Maurice. Elle
10 ajoute également le fait que les dépenses engagées ne
11 constitueraient que des dépenses en hypothèse de
12 préinvestissement et finalement, en troisième lieu, elle objecte
13 à la compétence du Tribunal et à la notion d'investissement
14 protégés en indiquant compte que nous ne répondrions pas à la
15 définition des investissements au sense du traité. Afin de
16 répondre à ces différentes objections et de rétablir la réalité
17 des faits qui sont déroulées dans ce dossier, nous allons
18 reprendre point par point et étape après étape l'ensemble des
19 relations qui ont lieu entre les parties afin d'établir la
20 chronologie du dossier. Si l'on s'appuie sur cette chronologie,
21 on constate que les relations entre les parties ont commencé dès
22 2009. Donc dès 2009, il y a une collaboration qui se fait entre
23 la République de Maurice et les demandeurs. Cette collaboration
24 se fait à deux titres. Premier titre, c'est la République de
25 Maurice qui va chercher la compétence du laboratoire de Bordau

1 dans des affaires d'expertise criminelle donc la compétence du
2 laboratoire Bordeaux est reconnue par les autorités mauriciennes
3 et donc recherchée, il y a donc des réquisitions qui sont faites
4 afin que le laboratoire puisse intervenir dans des dossiers qui
5 ne peuvent pas être traités par le « forensics science
6 laboratory » qui est le laboratoire public à Maurice. Donc dans
7 cette période de 2009 à 2014, on a 13 réquisitions du Professeur
8 Doutremepuich donc du laboratoire de Bordeaux pour intervenir
9 dans des dossiers d'expertise ADN. Il faut savoir que la
10 République de Maurice est en effet dans l'incapacité dans
11 certains dossiers de pouvoir répondre aux besoins de certaines
12 enquêtes et donc elle se trouve contrainte de faire appel à des
13 laboratoires étrangers pour donner des résultats concrets et
14 probants aux enquêteurs afin de pouvoir achever les dossiers
15 criminels. Outre cette première collaboration, est-ce qui a
16 amené finalement l'idée d'un laboratoire, donc dès 2009, cette
17 collaboration a permis aux demandeurs et la République de
18 Maurice d'envisager directement l'implantation d'un laboratoire
19 par les demandeurs à Maurice. Dès 2009, on a une prise de
20 contact avec le *Board of Investments*, donc le BOI, entre le BOI
21 et les demandeurs. Tout cela est bien évidemment appuyer par des
22 pièces factuelles que nous sommes permis de vous rappeler dans
23 les présents slides. Donc dès 2009 et comme pour tous les
24 investissements qui ont eu lieu à Maurice, le *Board of*
25 *Investments* est saisie du dossier et conformément à la loi

1 mauricienne sur les investissements qui donne ce rôle au BOI, le
2 BOI est là pour accompagner et guider les investisseurs dans
3 l'analyse de leur dossier mais aussi dans la mise en œuvre de
4 leur investissement. Il faut savoir que le BOI est l'interface
5 unique des investisseurs et texte de mauricien sur les
6 investissements est clair et donne un rôle de coordinateur au
7 BOI afin de guider les investisseurs et de les aider à obtenir
8 les éventuelles autorisations nécessaires pour la mise en place
9 de leur projet. Donc dès 2009 on a des échanges avec le BOI et
10 donc on a une instruction dossier du projet laboratoire, donc on
11 visualise sur cette chronologie qu'on a une période de cinq ans
12 entre 2009 et 2014, 2014 étant la lettre de non-objection du
13 bureau du premier ministre. Donc pendant cinq ans on a des
14 échanges, des études, des consultations qui sont mené, on a un
15 « business » plan qui est préparé, qui est soumis à la
16 validation des autorités mauriciennes, tout ça pour aboutir en
17 2014 en accord inconditionnel du bureau du premier ministre sur
18 le projet laboratoire. Après cette première phase d'inscription
19 débute bien évidemment une seconde phase qui est la phase de
20 mise en place du laboratoire et donc le début des
21 investissements réalisés par les demandeurs. Cette phase de mise
22 en place est encore une fois et toujours suivie et guidée par le
23 BOI. Cependant comme maître Poulain l'a rappelé cette phase de
24 mise en place c'est malheureusement terminé plus de 19 mois
25 après par une lettre totalement injustifiée du bureau du premier

1 ministre qui vient finalement objecter au projet et donc revenir
2 sur sa décision sans aucune justification. Donc après avoir
3 donné son accord aux demandeurs, après avoir impliqué les
4 différentes autorités mauriciennes dans le projet et après
5 s'être engagée envers les demandeurs en formalisant une lettre
6 de non objection, la République de Maurice revient sur sa
7 décision 19 mois après.

8 Avant d'étudier dans le détail cette phase de
9 mise en place du laboratoire et les différents investissements
10 qui ont été réalisés par les demandeurs, rentrons un peu dans le
11 détail de cette phase d'instruction du dossier, qui est une
12 phase qui a duré donc cinq ans et qui marque une série d'actions
13 des demandeurs, mais aussi et surtout de la République de
14 Maurice et des différentes autorités mauriciennes. Il est
15 intéressant de constater, à la lecture des écritures de la
16 République de Maurice, que cette phase est totalement passée
17 sous silence. Le dossier commencerait à partir de la lettre de
18 non-objection de 2014. Pourtant, il est primordial de rappeler
19 le déroulé de l'ensemble du dossier et de rappeler que, dès
20 2009, il y a eu une réelle instruction et analyse du projet de
21 laboratoire à Maurice. Donc, 2009, on l'a dit, on a les
22 premiers échanges avec le « Board of Investment », mais on a
23 aussi rapidement un comité de travail qui se met en place,
24 puisque 2013 marque un comité de travail qui implique à la fois
25 le FSL « le Forensic Science Laboratory », mais aussi le

1 ministère de la Justice et le ministère du Développement
2 économique. Cette réunion et ce comité permet aux demandeurs de
3 préparer ce qui va aboutir à un business plan. C'est suite à ce
4 comité que le business plan va être préparé par les demandeurs
5 afin de le soumettre à la validation des autorités mauriciennes.
6 Ce business plan, qui est bien évidemment joint en pièce, montre
7 la nature du projet et son caractère substantiel pour les
8 demandeurs. Alors, oui, il est vrai, et cela a déjà été
9 rappelé, c'est peut-être un investissement -- un petit
10 investissement, si on peut le qualifier ainsi -- mais pour les
11 demandeurs, il faut quand même rappeler qu'il finance sur fonds
12 propres un projet qui, lorsque l'on regarde en détail le
13 business plan, nécessite, sur la première année de
14 fonctionnement du laboratoire, un engagement de 1,5 million sur
15 fonds propres pour des demandeurs personnes physiques. Il faut
16 rappeler que les demandeurs, dans le business plan, et c'est
17 clairement décrit, envisagent d'acquérir un terrain, ils ont
18 d'ailleurs signé une promesse de vente, on y reviendra. Ils
19 envisagent donc de construire un laboratoire. Il y a un projet
20 à long terme qui est donc engagé par les demandeurs. Ce
21 business plan est extrêmement complet, puisqu'il reprend, bien
22 évidemment, les marchés visés par le projet, à savoir, le marché
23 de l'analyse ADN à Maurice mais aussi le marché des expertises
24 des tests de paternité du marché africain, le laboratoire de
25 Maurice ayant vocation, effectivement, à adresser le marché

1 africain des tests de paternité. Donc, il n'y a pas que
2 l'expertise ADN à Maurice, il y a également tout un pan du
3 dossier qui est l'investissement sur le marché des tests de
4 paternité à l'étranger. Le BOI reçoit ce business plan de la
5 part des demandeurs, et donc, le BOI le transmet au bureau du
6 Premier ministre pour son approbation. Suite à cette
7 transmission du business plan, on a une approbation du ministère
8 de l'Environnement, donc on a un premier accord, de juin 2014,
9 avec un avis de non-objection du ministère de l'Environnement.
10 Puis deuxième accord reçu par les demandeurs, on a la fameuse
11 lettre de non-objection du bureau du Premier ministre du
12 14 octobre 2014. On voit, et si on lit de manière attentive la
13 lettre du bureau du Premier ministre, qu'on fait face à un
14 accord inconditionnel, sans réserve, du bureau du Premier
15 ministre. Il évoque bien le fait qu'il y a eu des consultations
16 qui ont été menées avec les différentes parties impliquées et
17 que le projet, tel qu'il a été soumis par les demandeurs, et
18 donc, conformément au business plan qui a été présenté, fait
19 l'objet d'un accord des autorités mauriciennes. Il est donc
20 particulièrement difficile aujourd'hui d'entendre, pour les
21 demandeurs, la République de Maurice, avec un certain mépris
22 pour l'ensemble des diligences qui ont été engagées, le fait
23 qu'il n'y aurait pas eu d'investissement mais aussi le fait de
24 passer sous silence toute cette phase préalable de consultation
25 et d'instruction de leur dossier. Une phase qui a quand même

1 duré, on le rappelle, cinq ans. Il faut rappeler que les
2 autorités mauriciennes ont donc suivi le projet, ils l'ont
3 accompagné et l'on finalement validé. Ils se sont donc engagés
4 envers les demandeurs à ce que la mise en place du projet puisse
5 débiter.

6 Sur l'accord inconditionnel et sur la lettre de
7 non-objection du Premier ministre, si on reprend l'argument
8 invoqué par la République de Maurice, cette lettre ne serait pas
9 une lettre d'approbation, ne constituerait pas un accord, et
10 finalement, les demandeurs n'auraient engagé que des dépenses de
11 préinvestissement puisque, si l'on lit les termes du mémoire des
12 défendeurs, le projet n'aurait pas été autorisé par les
13 autorités mauriciennes et, je cite « comme il aurait dû
14 l'être ». Or, il convient de rappeler deux choses, c'est,
15 première chose, que la définition des investissements, au sens
16 du traité, ne vise en aucun cas des investissements qui auraient
17 été admis d'une quelconque façon par les autorités mauriciennes.
18 Il n'y a pas de procédure d'investissement qui est visée, mais,
19 en second lieu, il faut rappeler de toute façon qu'il n'y a pas
20 de procédure formelle d'admission des investissements à Maurice.
21 La République de Maurice d'ailleurs est dans l'incapacité de
22 nous démontrer, et d'apporter la preuve que les demandeurs
23 n'auraient pas respecté une procédure obligatoire pour obtenir
24 l'approbation du bureau du Premier ministre sur leurs
25 investissements. Donc, si la République de Maurice objecte à la

1 compétence de votre Tribunal, elle échoue finalement à apporter
2 un fondement et des justifications à ces objections. Pourtant,
3 la charge de la preuve pèse sur la République de Maurice. Il
4 faut rappeler qu'elle ne fournit aucune pièce factuelle à son
5 dossier, aucun élément n'est produit alors que, comme cela a été
6 rappelé, il y a bien évidemment un dossier qui a été instruit,
7 on a une phase, à partir de 2009 jusqu'à 2016, de sept ans, et
8 nous avons, à date, aucun élément qui est produit, par la
9 République de Maurice pour justifier son revirement de
10 situation. Et pourquoi elle est incapable de justifier, à date,
11 de son revirement de situation? C'est bien évidemment parce que
12 son accord inconditionnel au projet ne peut pas être remis en
13 cause. Si l'on reprend les termes mêmes de la lettre de non-
14 objection de 2014, il n'y a pas de réserve, il n'y a pas d'a
15 *priori*, il n'y a pas, à date, les investissements sont
16 autorisés. Il y a écrit clairement qu'une consultation a eu
17 lieu entre les différents acteurs du projet, que le business
18 plan, le projet a été étudié par les autorités, et que le bureau
19 du Premier ministre n'a pas d'objection, et donc, donne pour
20 instruction au BOI de poursuivre sa mission ! Et donc, nous
21 avons un engagement du bureau du Premier ministre qui est donné
22 aux demandeurs. Si l'on reprend d'ailleurs les termes mêmes
23 d'un compte rendu qui est fait par le « Board of Investment »,
24 il est bien repris cette chronologie. Nous sommes bien sur une
25 approbation, suite au business plan, et sur le fait que le

1 bureau du Premier ministre n'a émis aucune objection concernant
2 le projet.

3
4 THE PRESIDENT: Je ne voudrais pas vous
5 interrompre, je veux juste m'assurer que j'ai bien entendu.
6 Vous avez parlé à l'instant de la charge de la preuve qui serait
7 celle de la République de Maurice, peut-être pourriez-vous
8 expliquer le fondement de votre... de cette analyse ?

9
10 ME. REGAUD: Bien sûr. Dans la mesure où la
11 République de Maurice estime que nous devrions... nous n'aurions
12 pas suivi une procédure pour l'admission de notre
13 investissement, il est bien évidemment que c'est à la République
14 de Maurice de nous prouver en quoi une procédure existerait et à
15 quel niveau notre dossier n'aurait pas respecté cette soi-disant
16 procédure. On ne peut pas nous-mêmes apporter la preuve, cette
17 preuve contraire, finalement.

18
19 THE PRESIDENT: On est bien d'accord que la
20 charge générale de la preuve qu'il y a bien eu un investissement
21 est sur les demandeurs ...

22
23 ME. REGAUD: Bien évidemment! La charge de la
24 preuve de l'investissement n'est pas en question. C'est la
25 charge de la preuve d'une procédure qu'il nous aurait été imposé

1 de respecter mais qui à date n'est pas démontrée.

2 Donc, en l'espèce, on a donc, si on revient aux
3 termes de la lettre même de non-objection, on a une lettre
4 claire, et non-équivoque, du bureau du Premier ministre. Le
5 fait qu'elle ait été adressée au BOI ou au demandeur qui est un
6 point qui est soulevé dans les écritures de la République de
7 Maurice n'a pour nous absolument aucun impact. Le « Board of
8 Investment » est notre unique interface et donc, bien
9 évidemment, c'est le BOI qui transmet le projet et le business
10 plan au bureau du Premier ministre, le bureau du Premier
11 ministre, bien évidemment, répond au BOI sur ce point. Il est
12 très intéressant de rappeler qu'une lettre de non-objection a
13 d'ores et déjà été analysée par la jurisprudence arbitrale. Si
14 l'on regarde la sentence *Philip Morris Asia Limited*
15 *v. Australia*, il est assez intéressant de constater, et de faire
16 le parallèle entre cette sentence et le cas qui nous est soumis
17 aujourd'hui. Pour rappel, dans cette affaire, il a été
18 clairement décidé qu'une lettre de non-objection est une preuve
19 d'admission de l'investissement et, en second lieu, et on en
20 revient à la charge de la preuve, dans cette affaire, le
21 Tribunal a estimé que, dans la mesure où la lettre de non-
22 objection constituait une preuve d'admission de
23 l'investissement, c'était donc au défendeur de démontrer que
24 l'investissement n'aurait pas été admis. Il faut rappeler que
25 dans cette affaire *Philip Morris Asia Limited v. Australia*, la

1 définition même de l'investissement prévoyait que
2 l'investissement devait être admis par l'Etat hôte, conformément
3 à sa loi et à sa politique d'investissement. Il faut savoir que
4 dans cette affaire, le gouvernement australien reprochait aux
5 investisseurs le fait que certains éléments de leur dossier
6 étaient manquants. Une déclaration sur leurs intentions futures
7 ou encore une description de l'impact de l'investissement sur
8 les intérêts nationaux n'aurait pas été communiquée par les
9 investisseurs, ce qui constituerait un manquement aux règles
10 d'admission nationales sur l'investissement. Or, il est repris
11 clairement par le Tribunal le fait que le gouvernement
12 australien échoue à démontrer en quoi ces manquements
13 revêtaient... étaient prouvés... enfin, à démontrer qu'ils étaient
14 obligatoires, selon la loi australienne pour formaliser un
15 investissement admis. Autre point intéressant dans cette
16 affaire, c'est que le Tribunal arbitral s'est permis de noter le
17 fait que, après avoir émis sa lettre de non-objection, à aucun
18 moment, le gouvernement australien s'est permis de contester,
19 remettre en cause sa décision. Le Tribunal retient le fait que,
20 si à un moment, il souhaitait remettre en cause cette décision-
21 là, ils avaient eu l'opportunité d'engager une action
22 administrative, judiciaire, voire même d'émettre des doutes sur
23 cette lettre de non-objection.

24 Si l'on en revient à notre affaire, il est
25 intéressant de voir que, suite à la lettre de non-objection, on

1 a une phase de dix-neuf mois qui s'est écoulée, et on va revenir
2 en détail sur les investissements qui ont été réalisés pendant
3 cette phase, mais pendant ces dix-neuf mois, on a eu des actions
4 qui ont été engagées, on a eu des sociétés qui ont été créées,
5 on a une promesse de vente qui a été signée, on a des sommes qui
6 ont été versées sur les comptes des sociétés, on a des dépenses
7 qui ont été engagées. Toutes ces informations ont été
8 communiquées, bien évidemment, au BOI et au bureau du Premier
9 ministre. Ils étaient au courant des diligences qui étaient
10 engagées par les demandeurs. A aucun moment ils ont émis des
11 doutes, ils ont posé des questions ou ils sont revenus sur la
12 décision de non-objection.

13 Autre point et parallèle qu'il est intéressant de
14 faire avec cette affaire, c'est que, dans notre dossier, à aucun
15 moment la République de Maurice n'est en mesure d'apporter un
16 quelconque élément factuel. Donc, à nouveau, alors même qu'il
17 est clair, selon la sentence *Philip Morris Asia Limited*
18 *v. Australia*, que c'est bien au défendeur de prouver qu'il y
19 aurait une procédure d'admission à respecter, nous n'avons à
20 aucun moment une justification qui est apportée par Maurice qui
21 permettrait de démontrer que nous n'avons pas respecté un
22 critère du dossier, que notre projet ne répondait pas à
23 certaines conditions. On n'a aucune justification, aucun début
24 de justification, mais aussi aucune preuve formelle, que ce soit
25 factuel ou législative.

1
2 THE PRESIDENT: I think we are moving to a
3 different point, is that right? I have a very, very factual
4 tiny question about if you can go one slide back, the *compte*
5 *rendu du Bureau d'investissement*, I think this is Exhibit C-37,
6 and this is an attachment to an email that was sent by M. Hanzy
7 Mundil, I think from *the Bureau d'investissement* to the
8 Claimant's forwarding another email that the same person,
9 M. Hanzy Mundil, sent to an email address that is
10 *kkautick@govmu.org*. I believe, but I would like to confirm this
11 with you, that this is a person sitting at the Prime Minister's
12 offices. Is that correct?

13
14 ME. REGAUD: C'est ce que nous pensons, mais,
15 bien évidemment, nous souhaiterions que cette question soit
16 répondue par les autorités mauriciennes.

17
18 ME. POULAIN: Ce que je peux vous confirmer,
19 c'est que la personne qui est en copie, à savoir, Mme. Valere,
20 est la secrétaire générale du bureau du Premier ministre. Donc,
21 je ne peux pas vous confirmer que M. Kautick est au bureau du
22 Premier ministre, mais Mme. Valere, qui est en copie, est au
23 bureau du Premier ministre.

24
25 THE PRESIDENT: I think it is actually

1 Ms. Kautick because the email says so, but I am just trying, and
2 maybe this is also a factual question that we can elucidate this
3 afternoon. The reason I ask this is, of course, the *rapport*
4 (the *compte rendu*) that is attached to that email, the question
5 is who is it addressed to and I think it is an important
6 question because, as you rightly put here on the slide, it says
7 that it has been transmitted to the Prime Minister's office and
8 the Ministry of Environment for approval, and that they have
9 already issued letters of non-objection, these are in the past.
10 So, the question is: what is the relationship between approval
11 on the one hand that is referred to in this paragraph and
12 letters of non-objection in the past? Why is there a reference
13 to an approval needed and, on the other hand, letters of
14 objection in the past? And this is why my factual question: who
15 this is actually addressed to? So maybe this is something that
16 the parties can elucidate this afternoon, once you've had a
17 chance to look at this.

18
19 ME. REGAUD : Outre le fait que la République de
20 Maurice conteste la valeur de la lettre de non-objection, elle
21 estime à tout le moins dans ses écritures qu'il n'y aurait pas
22 eu d'accord donné par le gouvernement mauricien au projet et aux
23 investissements réalisés, elle met également en avant un
24 argument qui est que, en toute hypothèse, des autorisations
25 complémentaires auraient dû être obtenues par les demandeurs

1 pour la mise en place de leur projet. Elle vise essentiellement
2 une modification du DNA Act « de la législation mauricienne sur
3 les expertises ADN ». Or, il faut encore une fois le noter, à
4 aucun moment, on nous apporte la preuve que cette autorisation,
5 ce changement de législation aurait été obligatoire. On nous
6 affirme que seul le FSL « Forensic Science Laboratory » serait
7 autorisé à réaliser des expertises ADN. A aucun moment, on nous
8 prouve que c'est cas selon la législation mauricienne. Et qui
9 plus est, même si ces autorisations complémentaires étaient
10 nécessaires, il faut également rappeler que, dans tout
11 investissement, on obtient rarement toutes les autorisations,
12 dès le départ, de l'investissement. Il y a, bien évidemment, au
13 fur et à mesure de l'avancée de l'investissement, des
14 autorisations qui sont obtenues, que ce soit au niveau
15 urbanisme, législatif ou administratif. Donc, cet argument
16 selon lequel, en toute hypothèse, le projet n'aurait jamais pu
17 aboutir, ne tient pas. L'argument selon lequel nous serions
18 uniquement en présence de dépenses de préinvestissement n'est
19 donc pas un argument que l'on peut recevoir. Les autorités
20 mauriciennes ont accompagné ce projet pendant une période de
21 sept ans, ils l'ont approuvé, et la mise en œuvre du projet,
22 cette phase qui a suivi, de mise en œuvre de dix-neuf mois est
23 bien la preuve que les autorités mauriciennes étaient informées
24 de l'existence du projet. Les investissements qui ont suivi,
25 ils ont été téléguidés, ils ont été ordonnés, à tout le moins

1 autorisés par le bureau du Premier ministre puis ils ont été
2 guidés par le BOI, qui a donné des instructions directement aux
3 demandeurs. Nous ne sommes donc pas en présence de
4 préinvestissement mais réellement en présence d'investissements.

5 Nous allons rentrer maintenant dans la phase de
6 mise en place du laboratoire, cette phase qui a donc duré dix-
7 neuf mois, et avant de répondre à la question de savoir si ces
8 investissements répondent à la notion de l'investissement au
9 sens du traité et à la jurisprudence *Salini*, je vais les
10 reprendre brièvement pour vous donner une idée des faits qui ont
11 eu lieu mais on a, dès le départ, et suite à la lettre de non-
12 objection, des instructions formelles, qui sont données par le
13 BOI aux demandeurs (comment créer une société, comment acquérir
14 un terrain), le « Board of Investment » prend donc, tient compte
15 de la lettre de non-objection et accompagne désormais les
16 demandeurs sur la phase de mise en place du laboratoire, sur la
17 phase de mise en œuvre des investissements. Suite à ces
18 instructions, plusieurs sont bien évidemment engagées par les
19 demandeurs (ils visitent des terrains, ils déposent des logos,
20 des noms de domaine). On arrive rapidement à la création d'une
21 première société en janvier 2015, des fonds sont transférés à
22 cette entité, on a 300 000 euros qui sont transférés à Maurice,
23 une promesse de vente du terrain est signée, des fonds sont
24 séquestrés par rapport à cette promesse de vente. Une demande
25 d'autorisation du terrain est faite, puisque c'est la procédure,

1 pour acquérir un terrain à Maurice il faut demander
2 l'autorisation, donc il y a une lettre, une demande formelle qui
3 est faite pour acquérir le terrain. Les plans du laboratoire
4 sont conçus, un bureau d'architecte est mandaté. On a une
5 société, la société ABAX, qui est aussi mandatée pour suivre la
6 vie juridique, fiscale des sociétés à Maurice. Et on arrive à
7 une période où, fin 2015, on actualise notre business plan. On
8 tient compte de l'avancée des investissements qui sont faits,
9 puisque le business plan actualisé fait état de la structuration
10 juridique des sociétés qui ont été créées, à savoir une holding,
11 une société offshore, une société onshore, donc le business plan
12 reprend et tient compte des investissements qui ont été
13 réalisés. Il tient compte aussi des exigences posées par le
14 gouvernement, en l'occurrence, on a une exigence qui est
15 relative à la gestion des déchets du laboratoire.

16 Ces éléments factuels rappelés, la question
17 désormais est de savoir si les investissements réalisés
18 répondent à la notion d'investissement au sens du traité.

19 Si l'on reprend l'article 1 du traité, on a
20 effectivement une définition qui vise une liste de biens. Il
21 faut lire attentivement la définition qui vise quand même toutes
22 les catégories de biens mais non exclusivement. Donc, notamment
23 les droits de participation dans les sociétés, des éléments
24 incorporels de fonds de commerce et autres créances afférentes
25 aux droits visés ci-dessus. En l'espèce, il n'est pas contesté

1 que des sociétés auraient été créées, que des fonds ont été
2 transférés à ces sociétés. Il est évident que des fonds ont été
3 mobilisés par les demandeurs, puisqu'on a 300 000 euros qui ont
4 été versés, outre ces...

5
6 PROF. CAPRASSE: Avec l'autorisation de notre
7 présidente, puis-je vous interrompre, maître, une seconde?

8
9 ME. REGAUD: Bien sûr.

10
11 PROF. CAPRASSE: Puisque vous parlez de fonds
12 versés, vous parlez des sociétés, peut-être est-ce à un autre
13 moment que vous pourrez répondre, mais, si vous pouvez le faire
14 maintenant: quel est le statut de ces 300 000 euros que vous
15 évoqués? C'est de l'argent qui est mis sur un compte de la
16 société? C'est de l'argent qui est nécessaire pour acquérir des
17 actions? C'est de l'argent qui est constitutif du capital de la
18 société? Faire une société à l'île Maurice nécessite-t-il un
19 capital minimum? Vous voyez, la question que je pose est celle,
20 sur cet aspect particulier que vous évoquez des 300 000 euros,
21 de leur statut, en fait.

22
23 ME. REGAUD: Bien sûr. Les fonds ont bien
24 évidemment été versés sur les comptes des sociétés, tout
25 d'abord sur le compte de la holding puis après reversés à une

1 autre entité créée par les demandeurs, et donc étaient
2 nécessaires pour assurer le fonctionnement des sociétés et puis
3 les différents investissements, c'est-à-dire que la promesse,
4 par exemple, de vente nécessitait une mise sous séquestre de
5 10 % du prix de vente du terrain et donc, il fallait bien que
6 les sociétés puissent s'acquitter des dépenses relatives, par
7 exemple, à cette demande de séquestre, ou encore à d'autres
8 factures au quotidien, que ce soit sur, par exemple, le suivi
9 juridique des sociétés par la société ABAX. Cette somme n'a pas
10 été mise au capital des sociétés. C'était nécessaire au
11 fonctionnement des sociétés, c'est pour cela qu'elles ont été
12 transférées sur les comptes à Maurice. Est-ce que j'ai répondu
13 à votre question?

14
15 PROF. PAULSSON: C'est quoi, exactement? Avance?
16 Avance d'actionnaires?

17
18 ME. POULAIN: Oui, je l'assimile à un compte
19 courant d'associés. C'est une créance contre la société.

20
21 PROF. PAULSSON: Qui est exigible?

22
23 MR. POULAIN: A tout moment. A condition de la
24 demander. Et d'avoir l'accord des actionnaires.

25

1 PROF. PAULSSON: J'imagine que le capital minimum
2 d'une société mauricienne n'est pas très important.

3
4 ME. POULAIN: Sur la capitalisation des sociétés
5 constituées, effectivement, elle est faible, en tout cas, c'est
6 la minimum qui était requise par la loi mauricienne, sachant que
7 nos clients n'ont fait finalement que suivre les instructions du
8 BOI et de leur conseil local, la société ABAX qui leur ont dit :
9 « On constitue des sociétés et, compte tenu des besoins de
10 l'activité actuelle des sociétés, il n'y a pas besoin de les
11 capitaliser outre mesure, à date. » Donc, si vous voulez, il
12 n'y avait pas de problématique de capitalisation des sociétés au
13 moment où elles ont été créées.

14
15 THE PRESIDENT: Si vous pouvez peut-être, si vous
16 le chiffre, nous donner le capital social des trois sociétés?
17 Est-ce que ça correspond au minimum, en droit des sociétés
18 mauricien?

19
20 ME. POULAIN: Je répondrais oui, cela correspond
21 au minimum, je n'ai pas le chiffre exact en tête car il est
22 libellé en roupies... Oui, en roupies mauriciens dans le...

23
24 THE PRESIDENT: Donnez-le-nous en roupies.

25

1 ME. POULAIN: Je ne sais pas... La monnaie
2 mauricienne, c'est le roupie. Il est dans les documents
3 corporate. Il faut que je les regarde, je les ai à disposition,
4 et je pourrai vous le dire.

5
6 THE PRESIDENT: Vous avez à peu près une idée de
7 la fourchette dans laquelle? Est-ce qu'on parle de-

8
9 ME. POULAIN: C'est au minimum de l'ordre de... Je
10 vais vous dire une bêtise, donc, on regarde.

11
12 THE PRESIDENT: We might want to come back to
13 this because this is going to be detailed discussions, so maybe
14 we can...

15
16 ME. POULAIN: Okay.

17
18 PROF. CAPRASSE: Donc, pas sur le montant du
19 capital lui-même, vous avez juste évoqué la question de la
20 nécessité, dans votre thèse, des 300 000 euros pour le
21 fonctionnement des sociétés et le développement, dans votre
22 thèse, du projet, des dépenses; vous avez évoqué, dans le cadre
23 de la promesse de vente, la mise sous séquestre d'un certain
24 pourcentage. Dans le même ordre d'idées -- c'est pour
25 maintenant ou pour plus tard -- concrètement, quel montant a dû

1 être dépensé, aurait dû -- pour parler au conditionnel -- être
2 dépensé dans cette part des 300 000 euros mis à disposition des
3 sociétés?

4

5 ME. REGAUD: « Aurait dû être dépensé », on est
6 beaucoup, on est à un montant-

7

8 PROF.CAPRASSE: Alors, ce qui a été dépensé.

9

10 ME. REGAUD: Ce qui a été dépensé ou ce qui
11 aurait dû être dépensé?

12

13 PROF. CAPRASSE: Oui, pardon, pour être plus
14 clair, ce qui a été dépensé?

15

16 ME. REGAUD: Je peux vous répondre sur la
17 promesse de vente notamment, c'était un montant, de mémoire, on
18 était à 10 % du prix d'acquisition de terrain, on aurait été à
19 environ 40 000 euros qui ont été placés sous séquestre. Alors,
20 après, on peut revenir en détail, et je peux vous prendre pièce
21 par pièce, pour reprendre les factures. On n'a pas joint
22 d'ailleurs toutes les factures à notre dossier, bien évidemment
23 puisque c'est un débat que l'on pourra reprendre au fond, mais
24 il faudrait que je reprenne chaque facture pour vous donner tous
25 les montants qui ont été dépensés par les sociétés.

1
2 THE PRESIDENT: Est-ce que vous avez à peu près
3 une idée de l'ordre des grandeurs de ce qui a été dépensé? Je
4 pose la question avec aussi, on a vu ce matin une pièce qui en
5 fait, je pense, joint au rapport d'expert qui était avec la
6 notice d'arbitrage -- il me semble que c'est l'annexe 5 -- et
7 qui en fait est la clôture des comptes. Et la clôture des
8 comptes montre un certain montant de 220 ou 230 000, donc ça
9 suggérerait. Mais c'est peut-être ça qu'il faut, on a besoin de
10 plus d'éléments d'information -- qu'il y a un delta, une
11 différence de 70 000 à peu près qui ont été dépensés. Est-ce
12 que c'est juste qu'on se retrouve à peu près dans ces eaux-là en
13 termes de chiffres, de ce qui a été réellement dépensé pendant
14 cette période à l'île Maurice?

15
16 PROF. CAPRASSE: Pour votre bénéfice, c'est le
17 slide 46 de la présentation des défendeurs qui fait référence à
18 la pièce C-17 où on voit un montant de 223 473,84 euros.

19
20 ME. POULAIN: Oui, absolument. Pour ce qui a été
21 dépensé, je m'en remets pour l'instant au rapport d'expertise
22 qui a été fait par M. Colléter, effectivement qu'on avait joint
23 notre réclamation indemnitaire, et qui établissait les montants
24 dépensés, les dépenses réalisées de l'ordre de 400 à
25 450 000 euros, de mémoire. Donc, voilà, j'ai ce chiffre en tête

1 comme montant global de réclamation pour ce qui a été dépensé.
2 Je ne parle pas de la *lost profit*, qui a été ajoutée à la
3 réclamation. Mais le poste de réclamation qui correspondait aux
4 coûts exposés par les demandeurs dans le cadre du développement
5 du projet, j'ai un ordre de grandeur de 450.

6

7 PROF. CAPRASSE: C'est quelle pièce, ça?

8

9 ME. POULAIN: C'est l'expertise financière qui
10 est jointe à la réclamation indemnitaire.

11

12 THE PRESIDENT: Je veux juste m'assurer que ça
13 répond à la question que j'ai posée. Et ma question était :
14 est-ce que ça correspond au montant qui a été dépensé à l'île
15 Maurice pendant cette période?

16

17 ME. POULAIN: On n'a pas fait de *breakdown* entre
18 les dépenses faites à Maurice ou les dépenses faites
19 éventuellement en France pour le développement du projet. Je ne
20 crois pas que l'on ait de *breakdown* précis. Ce que je peux vous
21 confirmer, c'est qu'il y a des dépenses qui ont été faites à
22 Maurice, et si vous voulez qu'on vous les liste, on va les
23 lister.

24

25 THE PRESIDENT: Et pour cette période, qui est la

1 suite, la période qui suit la lettre..

2

3 ME. POULAIN : de non-objection..

4

5 THE PRESIDENT: Du 14 octobre 2014.

6

7 PROF. CAPRASSE: La question sur les 400 000 est,
8 est-ce qu'ils sont tous afférents à l'après-autorisation , selon
9 vos termes, ou y a-t-il une partie antérieure? Enfin, vous avez
10 compris...

11

12 ME. POULAIN: Oui, absolument.

13

14 PROF. PAULSSON: J'en conclus que, apparemment,
15 il y avait un mouvement, peut-être, entre la France et l'île
16 Maurice pour quelque chose de l'ordre de 650 000 et 200 000 sont
17 revenus en France. Cela correspond à la réalité que vous avez
18 comprise?

19

20 ME. POULAIN: Oui.

21

22 THE PRESIDENT: J'aimerais à un moment donné voir
23 les pièces factuelles qui démontrent ceci, parce que pour
24 l'instant on est dans des assumptions. Donc, ce serait
25 nécessaire pour nous de voir, pièces en main, quels sont ces

1 montants et quelles sont les preuves qui sont liées à ces
2 montants-là.

3

4 ME. POULAIN: On peut déjà vous renvoyer la
5 pièce C-31. C-31, ce sont des factures, payées par les
6 demandeurs, pour des prestataires mauriciens, il me semble, et
7 réalisées pour le compte du projet. Il s'agit des dépenses
8 faites par les sociétés. Ce sont les sociétés elles-mêmes qui
9 ont payé ces montants.

10

11 THE PRESIDENT: Quand vous dites cela, je prends
12 juste la première, tant qu'on y est, la première page, qui est
13 une note de provision (assistance juridique et fiscale) et c'est
14 une facture au professeur Doutremepuich, avenue de la République
15 à Bordeaux.

16

17 ME. POULAIN: Oui.

18

19 THE PRESIDENT: Donc, est-ce que ce sont les
20 montants qui ont été payés par l'argent envoyé au Maurice?
21 Probablement pas.

22

23 ME. POULAIN: Non, pas ce montant-là, à
24 l'évidence. Mais, si vous voulez, on a, dans cette pièce, on
25 n'a pas fait une pièce par facture, on vous a mis, on va dire,

1 les factures que nous avons de disponibles, comme exemples de
2 dépenses réalisées pour le développement du projet. Vous avez,
3 si vous tournez la page, vous avez une dépense qui est
4 effectuée, effectivement, avec un prestataire mauricien. Je ne
5 dis pas que toutes les factures qui sont insérées dans cette
6 pièce 31 correspondent à votre question, mais certaines
7 correspondent. Donc, si vous souhaitez qu'on établisse un
8 breakdown précis de ce qui a été dépensé en France ou dépensé à
9 Maurice sur le développement du projet, nous pouvons l'établir.

10
11 THE PRESIDENT: Et la période aussi.

12
13 ME. POULAIN: Et la période, très bien.

14
15 ME. REGAUD: J'allais en venir à un point qui
16 fait consensus avec les défendeurs, qui est, effectivement,
17 d'interpréter la notion d'investissement au sens du traité,
18 conformément aux critères de la jurisprudence *Salini*. On a un
19 consensus sur le fait que, effectivement, il y a différents
20 critères qui ont été posés par la jurisprudence *Salini*. Bien
21 évidemment, qu'on ne les interprète pas de la même façon, étant
22 rappelé qu'il convient, et on va passer critère après critère en
23 suivant, mais au préalable, il convient de rappeler que
24 l'interprétation doit se faire de manière globale, les critères
25 ne peuvent pas être traités l'un après l'autre de manière

1 totalement étanche, et surtout, il faut bien évidemment les
2 interpréter conformément au contexte du dossier.

3 Si l'on prend le critère de la contribution,
4 alors, effectivement, la République de Maurice met en avant la
5 faible capitalisation des sociétés, elle estime que nos sociétés
6 n'auraient pas fonctionné et n'auraient pas eu d'activité. Il
7 convient toutefois de rappeler que, à la fois dans la définition
8 de l'investissement, au sens du traité, mais à la fois dans la
9 loi mauricienne, il n'y a pas de seuil qui fixe un montant de
10 capitalisation minimum. Le fait que les fonds transférés
11 n'aient pas été convertis au capital des sociétés n'est pas un
12 prérequis, étant précisé que, lorsqu'une société effectivement
13 commence son activité, elle a besoin de pouvoir mobiliser des
14 fonds pour son fonctionnement. Si l'on excluait de la
15 protection des traités toutes les sociétés faiblement
16 capitalisées, bien évidemment, on réduirait la protection des
17 traités de manière considérable. On n'a donc pas de seuil
18 financier, on n'a pas de seuil de capitalisation, et ce qui
19 compte aujourd'hui, c'est de démontrer qu'il y a eu un
20 investissement et une contribution, qu'elle soit substantielle
21 ou non, au titre des demandeurs, elle est bien évidemment
22 substantielle, cette contribution. Il faut rappeler que cela a
23 été fait sur fonds propres des demandeurs. Ces fonds ont été
24 immobilisés pendant une période de dix-neuf mois, ils ont été
25 versés effectivement aux sociétés, en partie dépensés. Ils ont

1 été immobilisés, ils n'ont pas pu être utilisés à d'autres fins,
2 bien évidemment. Qu'ils aient été rapatriés en partie, comme on
3 a pu l'évoquer, n'enlève pas et ne permet pas de réduire à néant
4 le fait que ces fonds ont été mobilisés et versés à un moment
5 donné et pendant une longue durée afin d'assurer la mise en
6 place du laboratoire.

7
8 THE PRESIDENT: Et juste pour clarifier, quand
9 vous dites « ces fonds », vous vous référez aux 300 000 euros
10 qui ont été transférés au compte de la holding?

11
12 ME. REGAUD: Bien évidemment. Oui, je ne
13 reprends pas en détail toutes les dépenses ou les
14 investissements qui auraient été faits, les pertes par rapport à
15 l'expertise qui avait été jointe à la réclamation indemnitaire.
16 Je parle des fonds. Et comme on a eu l'occasion de le rappeler,
17 les fonds ont quand même servi à payer le séquestre, par
18 exemple, sur la promesse d'acquisition du terrain, mais
19 également diverses factures. Il faut savoir que le BOI était
20 bien évidemment informé de cette situation et du fait que nous
21 mobilisions des fonds et que nous avons créé la société, donc la
22 contribution aujourd'hui, on a du mal à comprendre comment cette
23 contribution peut aujourd'hui être remise en cause alors même
24 que le BOI traitait les demandeurs comme des investisseurs,
25 étant rappelé que, au sens du « Mauritius Promotion Act », de la

1 loi mauricienne sur l'investissement, le seuil qui est visé pour
2 le financement d'un projet, il y a un seuil de 100 000 euros.
3 Donc, on est largement au-dessus des sommes qui ont été
4 apportées et, contrairement à ce qui a été mis en avant par la
5 République de Maurice dans leurs écritures, il y a un chiffre
6 d'affaires projeté qui est mentionné dans la loi mauricienne qui
7 fait état d'un chiffre d'affaires de 4 millions de roupies, soit
8 100 000 euros, ce qui était largement le chiffre d'affaires.. Le
9 chiffre d'affaires projeté était bien évidemment largement
10 supérieur à ces 100 000 euros.

11 Il faut surtout ne pas omettre le fait que,
12 effectivement, la contribution doit surtout s'analyser de
13 manière globale par rapport à ce qu'il était projeté de faire.
14 Le fait que les autorités mauriciennes aient mis un terme au
15 projet par la lettre de 2016 ne peut occulter le fait que le
16 projet de laboratoire était un projet de grande envergure. Sur
17 la première année de fonctionnement du laboratoire on était à un
18 budget de 1,5 million. On était sur un projet de construction
19 d'un laboratoire, on n'était pas sur un projet de préparation
20 d'un laboratoire qui aurait été mis après en gestion par la
21 République de Maurice, non, on était sur la création d'un
22 laboratoire indépendant qui avait vocation à fonctionner de
23 manière autonome. Et la preuve en est, c'est que, la preuve que
24 la République de Maurice elle-même traitait les investisseurs et
25 les demandeurs comme des investisseurs, et des investisseurs

1 particuliers, c'est qu'elle avait elle-même inscrit le projet
2 sur la liste des projets du « *fast track committee* ». Et il
3 faut savoir que si l'on se réfère à la loi mauricienne sur les
4 investissements, les projets inscrits sur la liste des « *fast*
5 *track committee* », qui ont bien évidemment une question de
6 priorité, sont des projets qui sont des *large investment*
7 *projects*. C'est la section 18 de l' « Investment Promotion
8 Act », qui vise bien le fait que le BOI peut fixer des priorités
9 pour certains projets qui sont des *large investment projects*.
10 Donc, la République de Maurice elle-même traite l'investissement
11 qu'il était projeté de faire comme un projet qui a une
12 contribution substantielle. Mais outre cet apport financier, il
13 faut quand même rappeler qu'il y a effectivement tout un savoir-
14 faire qui a été mis à disposition des demandeurs. Il n'y a pas
15 que l'expertise du professeur Doutremepuich. Quand on crée un
16 laboratoire, quand on le construit, il y a, bien évidemment,
17 derrière, plus de vingt ans d'expérience du laboratoire de
18 Bordeaux, qui est à même aujourd'hui de savoir comment
19 construire un laboratoire équivalent, comment le gérer au
20 quotidien. Il y a bien évidemment, c'est une activité qui est
21 bien évidemment extrêmement réglementée, et donc, tout ce
22 savoir-faire a été mis à disposition du laboratoire de Bordeaux
23 pour créer le laboratoire à Maurice. Donc, il n'y a pas qu'une
24 contribution en termes financiers, il y a une vraie contribution
25 en termes de savoir-faire, et pas que d'expertise. Pas que

1 d'expertise ADN, mais vraiment de savoir-faire sur la création
2 de ce laboratoire.

3

4 THE PRESIDENT: Petite question de ma part,
5 factuelle. Vous parlez du « *fast track committee* ». « *Fast*
6 *track* », ça réfère à quelque chose et va vers quelque chose.
7 *The fast track*, ça va vers quoi? Quel est le but du *fast track*?
8 Par rapport à quoi ça bouge plus vite que d'habitude?

9

10 ME. REGAUD: Dans la loi, ils ne décrivent pas en
11 quoi ça bouge plus vite. Ce qu'on comprend de la loi sur la
12 promotion de l'investissement, c'est que l'objectif est de
13 traiter ces projets en priorité et de leur accorder une
14 importance puisqu'ils ont un intérêt économique prioritaire pour
15 le gouvernement de la République de Maurice. En pratique, ce
16 que ça implique, est-ce qu'on va avoir (1) une décision plus
17 rapide sur l'admission de l'investissement ou (2) un
18 accompagnement renforcé sur la réalisation des investissements ?
19 Je vous avoue que je ne peux pas répondre puisque je n'ai pas,
20 dans le texte, d'éléments complémentaires.

21

22 THE PRESIDENT: Donc, si je vous comprends bien,
23 ça se trouve en amont d'une éventuelle approbation ?

24

25 ME. REGAUD: Non, je ce que je dis, c'est qu'il y

1 a une procédure qui est visée dans le « Promotion Act », qui dit
2 que le BOI peut décider de placer certains projets
3 d'investissement sur cette liste-là. Après, ce que ça apporte
4 en termes d'approbation ou après d'accompagnement sur la
5 réalisation des investissements, personnellement, je n'ai pas
6 les informations puisque la loi ne le définit pas.

7
8 ME. POULAIN: Une observation factuelle sur le
9 « *fast track committee* », effectivement, on ne connaît pas
10 précisément les règles de fonctionnement, les règles de
11 sélection, etc. Ce que l'on peut dire, c'est qu'il y a une
12 volonté manifestée par l'Etat hôte et son administration en
13 charge des investissements, c'est-à-dire le BOI, de mettre en
14 avant certains projets, et pour ce qui est des projets, des
15 autres projets qui étaient dans le « *fast track committee* », à
16 la même époque, il faut relever que -- je tiens l'information
17 d'Antoine Doutremepuich -- tous les projets ont été concrétisés.
18 Celui de nos clients a été le seul finalement à se heurter à un
19 revirement des autorités mauriciennes. Le « *fast track*
20 *committee* », c'est mettre en lumière un projet, et c'est
21 certainement accorder une priorité dans le traitement de
22 l'obtention des autorisations administratives, urbanistiques et
23 environnementales requises pour notamment la construction,
24 lorsqu'il y a une construction qui est en jeu.

25

1 PROF. CAPRASSE: J'avais une dernière précision
2 d'ordre factuel, purement factuel, par rapport à ce que vous
3 avez dit, maître. Vous avez évoqué le savoir-faire, vous avez
4 dit qu'un savoir-faire a été mis en place à propos de... aurait
5 été transféré relativement à la mise en place du laboratoire, ma
6 question est, pour bien comprendre ce que vous voulez dire, est-
7 ce que vous soutenez, c'est que, un savoir-faire a été mis à
8 disposition, fût-ce pour partie ou « devait » être mis à
9 disposition dans le future? Y a-t-il eu un début de
10 commencement de transfert de savoir-faire, pas de début du tout?
11 Était-ce futur? La question de la temporalité ici, d'un point
12 de vue factuel simplement, de manière tout à fait ouverte, je
13 voudrais bien comprendre.

14

15 ME. REGAUD: Il a été dit bien évidemment mis en
16 place et mis à disposition puisque, lorsqu'on voit que les
17 plans, par exemple, du laboratoire ont été préparés, le budget
18 du matériel, par exemple, a été préparé, c'est le savoir-faire
19 des demandeurs qui permet de concevoir le laboratoire selon
20 certains plans et certains besoin. Sans leur expérience et sans
21 leur savoir-faire, bien évidemment que monter un laboratoire
22 requiert une réelle expertise. C'est à ce titre-là que pour
23 nous, le savoir-faire a été mis véritablement à disposition et a
24 été apporté.

25

1 PROF. CAPRASSE: Mais ce que vous évoquez là a
2 été transféré à des gens, pour parler de manière générale, de
3 l'île Maurice?

4
5 ME. REGAUD: Non, il n'a pas été transféré à des
6 gens de l'île Maurice...

7
8 PROF. CAPRASSE: Ou communiqué?

9
10 ME. REGAUD: Il a été mis en œuvre, oui,
11 puisqu'il y a des plans d'architecte qui ont été réalisés et
12 que, donc, forcément, cela a été donné aux architectes mandatés
13 par les demandeurs pour réaliser le projet.

14
15 PROF. CAPRASSE: Les demandeurs du projet ou les
16 demandeurs, vous?

17
18 ME. REGAUD: Nous, bien sûr. Cela a été mis à
19 disposition des architectes. Les architectes n'ont pas créé un
20 laboratoire de toutes pièces, ils ont dû être accompagnés par
21 les demandeurs qui, grâce à leur expérience, savent tout à fait
22 comment, par exemple, il faut créer et mettre à disposition les
23 différents matériels dans un laboratoire pour optimiser et
24 assurer son fonctionnement et la qualité des expertises ADN.

25

1 THE PRESIDENT: Est-ce que les plans d'architecte
2 ont été transférés au BOI ou à d'autres personnes des autorités
3 mauriciennes?

4
5 ME. POULAIN: Nous n'avons pas de réponse, donc,
6 nous allons étudier la question avec nos clients, et on vous
7 répondra ultérieurement.

8
9 THE PRESIDENT: Merci beaucoup, maîtres.

10
11 ME. REGAUD: Sur la contribution, on a évoqué
12 effectivement l'apport financier, on a évoqué pour nous l'apport
13 en savoir-faire également, ce qui répond au critère de la
14 contribution.

15 Si l'on regarde le critère de la durée, je pense
16 qu'on a eu l'occasion de le rappeler de manière régulière lors
17 de certaines interventions, il y a bien évidemment une durée de
18 dix-neuf mois minimum qui a été mise en œuvre à Maurice. Le
19 fait que le gouvernement de Maurice mette fin au projet par une
20 lettre de non-objection ne peut anéantir cette durée-là, mais
21 surtout, il faut rappeler que la durée doit être prise en compte
22 dans la globalité, bien évidemment, du projet et de ce qui était
23 projeté de faire, à savoir monter un laboratoire, créer ce
24 laboratoire et donc, s'implanter à long terme à Maurice. Ce
25 n'était pas un projet d'un an ou deux pour venir aider les

1 autorités mauriciennes qui ne disposaient pas des moyens humains
2 et matériels pour réaliser les expertises, c'était vraiment
3 implanter un laboratoire privé à Maurice sur le long terme. Si
4 cette durée est conséquente, il y a bien évidemment un risque
5 aussi qui a été pris par les demandeurs. Le fait, selon la
6 République de Maurice, qu'il n'y aurait pas de contribution
7 évacuerait tout risque. Or, on ne peut pas retenir une telle
8 appréciation. Bien évidemment qu'en s'engageant dans un tel
9 projet, les demandeurs ont forcément pris un risque. Ils ont
10 mis à disposition des fonds, encore une fois, des fonds propres.
11 Ils se sont engagés sur un projet avec une période d'instruction
12 puis de mise en place sur sept ans, ils ont mobilisé leurs
13 équipes, et donc, en s'engageant sur un projet d'une telle
14 envergure, avec un projet de construction, en plus. On était
15 quand même, il faut le rappeler, sur l'acquisition d'un terrain
16 de 4 500 m², avec un laboratoire de 1 500 m². Donc, on était sur
17 un projet de grande envergure, qui devait être mis en place. Il
18 y a forcément un risque qui a été bien évidemment pris par les
19 demandeurs, et le business plan, d'ailleurs, qui a permis
20 l'approbation du projet, fait état des différents risques et il
21 y a bien évidemment une analyse des risques qui a été faite dans
22 ce business plan.

23 Autre point qu'il faut relever, et qui n'est pas
24 repris par la République de Maurice, c'est que le projet répond
25 aussi au critère de la contribution au développement, puisqu'il

1 y avait un réel besoin des autorités mauriciennes à voir ce
2 projet se concrétiser. Le « Forensic Science Laboratory » ne
3 dispose pas, et ne dispose toujours pas, des compétences
4 humaines, matérielles pour assurer les expertises ADN à Maurice,
5 et d'ailleurs, jusqu'à cette lettre de 2016, on voit bien que le
6 comportement qu'ont eues les autorités mauriciennes dans le
7 suivi du projet montre l'intérêt de l'ensemble des autorités
8 mauriciennes, que ce soit au niveau du laboratoire public mais
9 aussi du ministère de la Justice et également du gouvernement
10 mauricien dans son ensemble pour la concrétisation du projet et
11 pour que la population locale puisse effectivement disposer
12 d'expertises ADN de qualité.

13 L'ensemble des critères de la jurisprudence
14 *Salini* sont remplis en l'espèce, et permettent de caractériser
15 un investissement au sens du traité.

16 Pour finir, je rappellerai qui, selon nous, est
17 assez important, c'est que, la République de Maurice
18 effectivement nous objecte certains arguments et objecte à la
19 compétence de votre Tribunal, elle n'apporte, à date, encore une
20 fois, aucun élément factuel au dossier. Alors, bien évidemment,
21 que les demandeurs souhaitent faire la lumière sur les raisons
22 qui ont conduit à l'arrêt et à la lettre de non-objection de
23 2016 et à l'arrêt de leurs investissements, mais on constate
24 quand même toujours à date que la République de Maurice est dans
25 l'incapacité de justifier de son comportement aujourd'hui. Dans

1 le cadre des échanges que nous avons eus, nous n'avons pas eu
2 plus d'éclaircissements.

3 Je vous remercie de votre attention.

4

5 THE PRESIDENT: Merci beaucoup, maître. Encore
6 une fois, on est bien dans les temps, je vous remercie.

7

8 ME. REGAUD: Je laisse la parole à mon confrère
9 maître Poulain, pardon!

10

11 ME. POULAIN: Vous ne voulez rien entendre sur la
12 MFN à cette heure-ci?

13

14 THE PRESIDENT: Comme la présentation s'arrêtait,
15 avec plaisir !

16

17 ME. POULAIN: Juste deux précisions sur la notion
18 d'investissement...

19

20 THE PRESIDENT: Peut-être avant qu'on passe à la
21 MFN, je pense qu'il y a une question. J'avais une autre
22 question aussi, je ne veux pas couper votre temps.

23

24 PROF. PAULSSON: J'ai une question, la réponse à
25 laquelle, j'imagine, doit être une simple date. Au

1 commencement, il n'y avait pas d'investissement, au sens de
2 l'article 1 de la Convention, évidemment. Puis un jour, tout
3 bascule, on est dans une phase post-investissement. Quelle est
4 cette date?

5
6 ME. POULAIN: J'ai deux dates à vous proposer.
7 La première, c'est l'admission de fait par les autorités, c'est-
8 à-dire, la lettre d'octobre 2014. À partir du moment où il y a
9 la lettre de non-objection, à partir du moment où le BOI relaie
10 cette lettre en disant « go! Vous allez réaliser les diligences
11 pour mettre en œuvre le projet », pour moi, l'investissement
12 commence à se réaliser. Plus formellement, la première date,
13 c'est peut-être la création de la première société, qui pour
14 moi, intervient en janvier ou février 2015. La première société
15 est constituée, littéralement constitue l'investissement au sens
16 du traité. Les deux demandeurs sont actionnaires d'une société
17 capitalisée, conformément à la loi locale, à Maurice. La
18 question de savoir si l'investissement réalisé est un
19 investissement qui doit être protégé, au sens des critères
20 *Salini*, après, l'analyse est à réaliser. Mais pour moi, la date
21 concrète de réalisation de l'investissement, au sens du traité,
22 c'est la création des sociétés. A partir du moment où les
23 demandeurs ont créé les sociétés, ils étaient pour moi des
24 investisseurs protégés.

25

1 PROF. PAULSSON: Pour ce qui est de la lettre de
2 non-objection, n'est-il pas un tant soit peu curieux d'imaginer
3 que la dernière pièce dans l'édifice, dans les 600, soit le fait
4 de l'État et pas de l'investisseur?

5
6 ME. POULAIN: Je ne suis pas sûr de comprendre
7 votre question.

8
9 PROF. PAULSSON: La lettre vient du gouvernement.

10
11 ME. POULAIN: La lettre est antérieure à la
12 création de la société.

13
14 PROF. PAULSSON: Non, vous avez donné deux
15 réponses. Je me focalise sur la première. La première était, à
16 quel moment est-ce qu'on bascule dans le stade post-
17 investissement? Vous proposez la lettre de non-objection, ne
18 vous paraît-il pas un peu curieux que la dernière pierre
19 angulaire, enfin, le dernier apport à cet édifice
20 d'investissement soit le fait du gouvernement?

21
22 ME. POULAIN: Mais vous avez parfaitement raison.
23 Vous me posez la question de post-investissement, je vous
24 réponde par une réponse qui est de post-admission, ce qui sont
25 deux choses différentes. Je l'entends parfaitement. Ce que je

1 veux simplement dire par ma réponse, c'est que, les attentes,
2 légitimes des investisseurs, des demandeurs, commencent
3 légitimement au moment où le projet est approuvé, c'est-à-dire
4 que le moment à partir duquel ils se mobilisent, ils
5 s'organisent pour mettre en place le projet, c'est le moment où
6 ils prennent connaissance de la non-objection du bureau du
7 Premier ministre tel que relayé par le « Board of Investment »
8 qui leur dit : « Maintenant, là, la *to-do* à accomplir, c'est
9 ça : constituer vos sociétés, envoyer de l'argent sur les
10 comptes, etc. » Encore une fois, nos demandeurs n'ont fait
11 qu'accomplir le menu proposé par le « Board of Investment ».

12
13 PROF. PAULSSON: L'article 1 du traité définit
14 les investissements, il ne parle pas de l'émergence d'une
15 attente légitime...

16
17 ME. POULAIN: Non, absolument pas.

18
19 PROF. PAULSSON: Merci.

20
21 THE PRESIDENT: Je peux peut-être juste prendre
22 un peu de recul ici, et vous dire que -- je parle pour moi mais
23 je pense que je parle aussi pour l'ensemble du Tribunal,
24 puisqu'on a déjà pu en parler un tout petit peu -- nous
25 comprenons parfaitement qu'il y a eu un projet d'investissement

1 d'envergure, d'avoir un laboratoire et que tout cela est une vue
2 d'ensemble. Notre tâche est celle de savoir s'il y a eu un
3 investissement au sens du traité. Et je pense que nos questions
4 se rapportent à cela : quelle est la contribution qui remplit la
5 définition de l'investissement au sens du traité? Non pas à tel
6 potentiel projet qu'il y aurait pu y avoir. Et c'est le risque,
7 et c'était ma question peut-être sur laquelle je voulais
8 revenir, et je ne veux pas trop prendre de temps puisque je sais
9 que vous avez d'autres choses à dire, ma question du risque,
10 c'est, vous évoquez le risque, par rapport à la construction du
11 laboratoire, par rapport à employer du personnel, et tout cela
12 évidemment, dans le business plan, et on en a bien pris note.
13 La question est de savoir quel est le risque lié à la
14 contribution que vous avez définie, et je pense, si je vous ai
15 bien compris, que vous avez défini la contribution comme celle
16 d'avoir transmis 300 000 euros sur les comptes de la société
17 holding et d'un certain savoir-faire en mise en élaboration des
18 plans d'architecte du laboratoire, etc. Faut-il encore savoir
19 si ces plans ont été transmis. Si je vous ai bien compris,
20 c'est cela, la contribution que vous définissez, et la tâche du
21 Tribunal sera de savoir si elle correspond aux critères de la
22 définition de l'investissement. Les risques, elles, et là je
23 m'adresse au test *Salini*, fait référence, quels sont les risques
24 afférents qui se lient à ces contributions spécifiques?

25

1 ME. POULAIN: En synthèse, madame la présidente,
2 si on reste sur la définition de l'article 1, les droits de
3 participation, on les a caractérisés par la constitution des
4 sociétés. Les éléments incorporels de fonds de commerce, on y
5 met, nous, le savoir-faire, et on a essayé de vous exprimer, de
6 vous a expliqué en quoi consistait le savoir-faire du
7 laboratoire de Bordeaux, c'est-à-dire que ce n'est pas
8 uniquement l'expertise personnelle du professeur Doutremepuich,
9 mais c'est la mise en musique de technologies, de savoir-faire,
10 de normes, de standards, etc.

11 « Toute créance afférente aux droits ci-dessus
12 visés. » Et c'est là où je voulais répondre de manière complète
13 à Jan Paulsson, lorsqu'il m'a interrogé : mais pour vous,
14 l'argent qui a été transféré, est-ce que c'est du compte courant
15 d'associés ? Je lui ai répondu oui, c'est de la créance contre
16 la société des demandeurs. Et on est dans cette définition-là :
17 « Toute créance afférente aux droits ci-dessus visés. »

18 Pour revenir aux critères *Salini* et au critère du
19 risque, quel était l'objet, le but poursuivi par ce test ? Le
20 test était d'exclure du champ de la protection des
21 investissements des opérations qui n'avaient pas vocation à se
22 déployer durablement dans l'économie de l'État hôte. C'était
23 des opérations qui étaient des opérations « *one shot* ». C'était
24 des opérations d'export, de vente, des opérations, si vous
25 voulez, dont la contrepartie n'était qu'un paiement. Le risque,

1 le critère du risque est défini pour dire, est-ce que
2 l'investisseur, lorsqu'il crée sa société, son activité, est-ce
3 qu'il prend un risque commercial ? Oui, dans le business plan
4 et dans le projet des demandeurs, ils avaient estimé qu'ils
5 pourraient capter une petite part du marché africain du test de
6 paternité, mais c'est un business plan, c'est un risque
7 commercial pris. C'est en ce sens que, je le pense, le critère
8 du risque défini par *Salini* doit s'appliquer, et à la question,
9 « est-ce que nos investisseurs avaient pris un risque
10 commercial? », la réponse est oui. Opposons deux opérations
11 auxquelles se sont livrés nos clients. Il y avait d'abord des
12 prestations pour la justice, faites depuis le laboratoire de
13 Bordeaux. Ces prestations étaient rémunérées. Ce n'est pas un
14 investissement. C'est un contrat, on exécute une prestation, on
15 est payé. À partir du moment où on investit, on crée des
16 sociétés, on développe un projet, on conçoit les plans d'un
17 laboratoire, on dépense pour former, on passe un accord avec
18 l'université, etc., pour mettre en œuvre la compétence sur
19 place, et pourquoi on la met en œuvre sur place ? Pour qu'elle
20 coûte beaucoup moins cher aux autorités mauriciennes, oui, il y
21 un investissement parce qu'il y a un X sur le résultat
22 commercial de l'activité. Voilà.

23
24 THE PRESIDENT: Je vous remercie, maître, et on
25 va vous laisser maintenant la parole pour la MFN parce que je

1 suis sûre que l'on va revenir sur ces questions cet après-midi,
2 donc je ne veux pas encore plus prendre votre temps, merci.

3

4 ME. POULAIN: Sur la MFN, compte tenu du temps
5 qu'il me reste, je ne reprendrai pas l'intégralité de notre
6 argumentation telle qu'elle résulte de nos soumissions écrites.
7 J'en ferai... Je vais essayer d'en restituer une synthèse facile à
8 digérer, compte tenu de l'heure.

9 Première chose qui nous oppose avec l'approche
10 mauricienne du sujet, c'est la trame d'analyse. Ce qui nous
11 marque, ce que l'on remarque dans l'approche mauricienne, c'est
12 que, sont mises de côté des références essentielles à l'analyse
13 du sujet. La première de ces références, pour nous, c'est le
14 rapport du groupe d'études de la CDI sur clause MFN. Je crois
15 qu'en 2015, la CDI publie un rapport qui attire l'attention de
16 la communauté des juristes internationaux sur le sujet, pas
17 évident, de l'articulation de la MFN avec la clause de règlement
18 des différends. Depuis la jurisprudence *Maffezini*, il y a eu de
19 la jurisprudence qui a appliqué la MFN aux clauses de règlement
20 des différends, d'autres qui ne l'ont pas appliquée, et le
21 travail de la CDI a consisté à faire une sorte de synthèse de
22 l'état du droit, de l'état de la jurisprudence, en réunissant --
23 d'ailleurs le groupe de travail qui a élaboré ce rapport
24 comportait des tendances très opposées. Donc le rapport de la
25 CDI lui-même exprime aussi un compromis. Mais il est pour nous

1 un très bon repère. En 2015, on a un avis relativement autorisé
2 sur comment fonctionnent et comment interagissent les clauses
3 MFN et les clauses de règlement des différends. Et donc, on est
4 un peu surpris que Maurice ait opté pour ne porter aucune
5 attention à ce rapport.

6 Deuxième élément remarquable dans l'argumentation
7 mauricienne, c'est que le texte même de l'article 8(2) n'est pas
8 étudié précisément. Moi, j'ai été assez marqué par des ouvrages
9 comme celui du professeur Scherer, que vous connaissez tous, et
10 qui, très humblement, lorsqu'il fait le commentaire de la
11 Convention de Washington, prend les mots les uns après les
12 autres, les phrases les unes après les autres, et en propose un
13 commentaire. C'est l'option que nous avons prise, c'est-à-dire
14 qu'on vous a soumis une glose de l'article 8(2) en essayant de
15 reprendre tous les éléments pertinents et tous les sujets qui
16 pouvaient être soulevés à partir de la rédaction de cet article.
17 Ce que dit le rapport de la CDI, c'est que, sur le principe --
18 je vais le citer: « Il ne fait guère de doute que, en principe,
19 les dispositions de la nation la plus favorisée sont
20 susceptibles de s'appliquer aux dispositions des TBI relatives
21 au règlement des différends. Donc, en principe, c'est possible,
22 et je pense que lorsque la CDI dit que, en pratique, c'est
23 possible, on peut s'y référer. La CDI n'indique nulle part, en
24 revanche, que la clause MFN ne pourrait jouer qu'en présence
25 d'un consentement direct à l'arbitrage. Dans le traité de base,

1 je l'ai relu plusieurs fois, je n'ai pas trouvé cet élément, qui
2 est pourtant fondamental, dans la démonstration de Maurice. Ce
3 que dit le rapport de la CDI, également, du groupe d'étude,
4 c'est que, c'est quand même du cas par cas, c'est-à-dire que les
5 expressions utilisées par les clauses MFN, les époques
6 différentes auxquelles les clauses MFN ont été utilisées
7 justifient un exercice d'interprétation au cas par cas. Quelles
8 sont les directives d'interprétation? Je crois que c'est
9 difficile de contester que l'article 31 de la Convention de
10 Vienne puisse s'appliquer à notre exercice. Que prévoit
11 l'article 31 de la Convention de Vienne? Une référence au sens
12 ordinaire des termes, une référence au contexte, à l'objet et au
13 but du traité. C'est une disposition de très bon sens. Et si
14 on a une hésitation, on peut se référer aux moyens
15 complémentaires d'interprétation. Vous avez l'article 32 de la
16 Convention de Vienne. Et dans le cadre de l'article 32 de la
17 Convention de Vienne, il y a une référence appuyée à la pratique
18 ultérieure des parties.

19 Ce qui me conduit à ma troisième remarque
20 principale, finalement, quand je lis l'argumentation de Maurice,
21 c'est l'absence totale de commentaire ou de mise en lien entre
22 ce qui a été conclu en 1973 entre la France et Maurice, et ce
23 qui a été conclu en 2010 entre les mêmes pays. Ce qui
24 singularise le dossier, du point de vue de la MFN -- et je n'ai
25 pas trouvé de précédent, je n'ai pas réussi à identifier de

1 situation similaire -- c'est qu'on a un nouveau traité, en 2010,
2 qui nous éclaire pleinement sur la volonté des parties. Il nous
3 éclaire pleinement sur la volonté des parties et ce qu'elles
4 considèrent comme étant important. Comment peut-on entendre
5 aujourd'hui Maurice nous affirmer qu'il n'a jamais donné de
6 consentement à l'arbitrage pour les investisseurs français,
7 alors que depuis 2010, il a consenti, dans l'article 9 du traité
8 de 2010, à l'arbitrage investisseur/État? Pourquoi il n'y a pas
9 un effort de mise en perspective, de mise en suite, en connexion
10 de deux traités qui ont le même objet, entre les mêmes parties,
11 et qui illustrent quoi? Une évolution, tout simplement, une
12 évolution? En 1973, et je pense que je n'étais pas encore né,
13 mais peut-être certains dans la salle l'étaient, je ne le sais
14 pas, mais en 1973, l'arbitrage *without privity*, ce n'était pas
15 monnaie courante. Et donc, en 1973, lorsque la France et
16 Maurice écrivent un engagement à consentir, oui, ce n'est pas
17 l'arbitrage *without privity* tel que nous le connaissons
18 aujourd'hui, mais, ce qu'ils écrivent, c'est que l'État s'engage
19 à consentir. Ce n'est pas un simple renvoi à l'autonomie des
20 parties dans l'article 9 du traité. On ne dit pas « les parties
21 compromettront, ne compromettrons pas », ce n'est pas un renvoi
22 à la clause compromissoire. C'est pour cela que j'ai beaucoup
23 de mal avec la qualification d'arbitrage contractuel ou de
24 simple renvoi à une clause compromissoire dans l'article 9.
25 Non, l'article 9 n'est pas simple renvoi à une clause

1 compromissoire : il définit les conditions dans lesquelles
2 l'État hôte a obligation de consentir à l'arbitrage CIRDI.

3 Juste un mot sur la façon dont j'ai travaillé
4 avec les experts qui ont fourni des opinions, Yves Nouvel et
5 Claire Crépet-Daigremont, ils ont eu une totale liberté et une
6 totale indépendance pour s'exprimer sur le sujet. Il est
7 évident que je n'aurais pas produit des expertises qui ne
8 concluaient pas, d'une manière favorable pour nous, c'est
9 l'évidence même. Mais néanmoins, dans leur exercice, et je
10 pense que ça se voit, Yves Nouvel s'exprimait avec une totale
11 liberté. Je n'ai pas corrigé le document d'Yves Nouvel. Et,
12 par le travail qu'il a fait en parallèle, il m'a fait progresser
13 sur la vision de ce qu'était l'article 9. Par exemple, au
14 début, évidemment, je suis dans mon exercice d'avocat, je
15 maximise ma position, et je dis, il y a peut-être un droit à
16 l'arbitrage qui découle de l'article 9. Caricatural. C'est
17 vrai que l'approche d'Yves Nouvel, qui considérait que, dans le
18 contexte, en 1973, on a l'intuition du *without privity*, mais on
19 commence simplement par un libellé qui n'est plus du *with*
20 *privity* mais qui est du *with reduced privity* ou du *with*
21 *diminished privity*. C'est fin, comme analyse, et je la retiens,
22 et c'est ce qui me permet de dire aujourd'hui, avec une grande
23 conviction juridique, que l'article 9 du traité n'est pas une
24 simple clause compromissoire ou un renvoi à une clause
25 compromissoire. Ce n'est pas de l'arbitrage contractuel. C'est

1 un engagement international à consentir, ce qui est une
2 différence.

3 J'ai un peu digressé sur le sujet, j'essaie de
4 recadrer parce que je suis en format de synthèse.

5 On va reprendre la première phrase de
6 l'article 8(2), qui va guider notre: « Pour les matières régies
7 par la présente convention autre que celle visée de
8 l'article 7 » .

9 Dans cette première phrase, deux sujets. Le
10 premier, c'est qu'on est renseigné sur le fait qu'il y a une
11 matière exclue de la MFN, c'est celle visée à l'article 7, voire
12 même, on peut conserver le pluriel « les matières visées à
13 l'article 7 », ce sont les matières fiscales, c'est une
14 exclusion assez classique. Ce que l'on peut noter, c'est
15 l'utilisation du pluriel pour les matières, pour les matières
16 régies par la présente convention. Et se pose évidemment la
17 question de savoir : est-ce que le règlement des différends
18 investisseur/État est une des matières du traité conclu entre la
19 Franc et la Finlande en 1973? L'objection de Maurice est de
20 considérer que, à défaut de consentement direct à l'arbitrage,
21 dans l'article 9 du traité conclu entre la France et Maurice, il
22 n'y a pas de clause de règlement des différends
23 investisseur/État. Il n'y a pas de disposition relative au
24 règlement des différends investisseur/État. Ma simple question,
25 c'est : si on devait donner un titre à l'article 9, quel serait

1 le titre qu'on lui donnerait? On l'appellerait comment? Je
2 pense qu'il est raisonnable de penser que les rédacteurs qui se
3 seraient imposé de donner des titres à l'article 9 l'auraient
4 intitulé « Règlement des différends investisseur/État ». Oui,
5 il y a une condition qui est posée : il faut qu'il y ait un
6 accord avec l'investisseur, en l'espèce, il y a eu un accord
7 avec l'investisseur. Oui, on va dire que l'intuitu personae est
8 plus réduit que par rapport à une offre d'arbitrage général. Et
9 néanmoins, il est question du règlement des différends entre un
10 investisseur et un État dans cette disposition de l'article 9.
11 Et la France, lorsqu'elle renégocie le traité dès 2005, dit « la
12 clause de règlement des différends investisseur/État de 1973, on
13 doit la faire évoluer parce qu'il s'est passé quelque chose
14 depuis 1973, l'affirmation de l'arbitrage *without privity*, et
15 donc, on doit consolider, on doit actualiser le traité ou notre
16 accord avec Maurice sur ce sujet-là ». Mais je dirais que c'est
17 juste une mise en ligne avec la pratique, ce n'est pas quelque
18 chose de nouveau, il n'y a pas un changement de paradigme.
19 1973, on est déjà en route vers l'arbitrage *without privity*. On
20 n'est plus dans la clause compromissoire. On ne peut pas dire
21 qu'on est dans la clause compromissoire, il y a un engagement
22 international à conclure l'arbitrage.

23 Donc, sur la question « est-ce que le règlement
24 des différends investisseur/État est une des matières du traité
25 de 1973? », notre réponse est oui! Dans l'affaire *Rawat*, le

1 Tribunal a exprimé la problématique en termes de granularité.
2 Il n'a pas répondu à la question, il a esquissé le sujet, et en
3 l'esquissant, il a dit « finalement, est-ce qu'un règlement des
4 différends investisseur/État, qu'il a qualifié de contractuel,
5 c'est la même matière qu'un règlement des différends
6 investisseur/État tel qu'on le connaît dans l'arbitrage *without*
7 *privity*. Il n'a pas répondu à la question. Ce qui le dérange,
8 si on fait la différence, si on a introduit une différenciation
9 de matière, ce qui me semble déjà, d'un point de vue purement
10 français, abusif puisqu'une matière, c'est une question, ça a un
11 contenu relativement large. Mais si on s'amuse à disséquer,
12 en opposant d'un côté la clause de règlement des différends
13 investisseur/État contractuelle de la clause de règlement des
14 différends, finalement, cela revient à une chose, cela revient à
15 valider la thèse de Maurice, qui est de dire: « Tant qu'il n'y a
16 pas de consentement, la MFN ne fonctionne pas.» On tombe dans
17 quelque chose de complètement circulaire. Ce n'est pas
18 acceptable, d'autant plus que, encore une fois, je le redis,
19 l'article 9 n'est pas un simple renvoi à l'autonomie des
20 parties, on n'est pas sur quelque chose de purement contractuel,
21 on est sur une obligation, qui dérive du traité, de consentir.
22 C'est bien une obligation, c'est obligatoirement, le terme
23 « obligatoirement » ne laisse aucun doute sur l'obligation.

24 Poursuivons sur la lecture...

1 THE PRESIDENT: Maître, je pense que j'ai peut-
2 être mal entendu, est-ce que vous avez dit que, selon vos
3 conclusions, ce que vous venez de nous dire, qu'il y a eu un
4 accord relatif aux investissements au sens de l'article 9 dans
5 cette espèce?

6
7 ME. POULAIN: Oui.

8
9 THE PRESIDENT: Et, si je vous comprends bien, ce
10 sont la fameuse lettre de...

11
12 ME. POULAIN: La lettre du 14 octobre 2014.

13
14 THE PRESIDENT: Mais on est d'accord que, dans
15 cet accord relatif aux investissements, au sens de l'article 9,
16 il n'y a eu de clause d'arbitrage?

17
18 ME. POULAIN: On est absolument d'accord, et s'il
19 y avait eu une clause d'arbitrage, on l'aurait actionnée.
20 Encore une fois, je ne cherche absolument pas à baser un
21 consentement sur l'article 9 du traité, notre raisonnement est
22 que, le consentement, c'est le consentement qui a été donné aux
23 investisseurs finlandais, que nous captions par la MFN.

24
25 THE PRESIDENT: Mais donc, si je poursuis votre

1 raisonnement, s'il y a eu un accord relatif aux investissements
2 au sens de l'article 9, on aurait dû, par l'obligation de
3 l'article 9, y inclure une clause compromissoire.

4
5 ME. POULAIN: Oui, et on pourra invoquer cette
6 violation du traité par Maurice ultérieurement, au fond.

7
8 THE PRESIDENT: Et c'est qui, « on »?

9
10 ME. POULAIN: Nous.

11
12 THE PRESIDENT: Parce que ce droit d'inclure,
13 selon vous, est celui des investisseurs?

14
15 ME. POULAIN: Non, c'est une obligation de
16 l'État. C'est une obligation de l'État. Mais on pourra
17 relever, je pense, que l'État a manqué à son obligation. Enfin,
18 en pratique, je ne pense pas que les autorités mauriciennes
19 gèrent l'admission des investissements et les accords qu'ils
20 concluent avec les investisseurs au regard, en pratique, de
21 l'article 9 du traité conclu en 1973. J'en serais très étonné.
22 Si les autorités mauriciennes sont capables de produire des
23 exemplaires de conventions qui auraient mis en œuvre cet
24 article, j'en serais ravi, mais je ne pense que ce soit
25 intervenu de la sorte.

1
2 THE PRESIDENT: Merci.

3
4 ME. POULAIN: Poursuivons la lecture de
5 l'article 8(2), « Les investissements des ressortissants ».
6 Maurice estime qu'à partir du moment où on fait référence aux
7 investissements des ressortissants, et non pas aux
8 « investisseurs », cela exclurait du champ d'influence,
9 d'application de la MFN les droits procéduraux et l'accès à
10 l'arbitrage. Sur ce point, je vous ferais d'abord remarquer que
11 l'article 9 lui-même du traité renvoie à la notion
12 d'investissement, et pas à la notion d'investisseur. Si on
13 affiche l'article 9 du traité, vous voyez qu'il est bien fait
14 référence aux différends relatifs aux investissements, donc, il
15 y a quand même une certaine cohérence à ce que les deux
16 dispositions, dans la rédaction du traité de 1973, se fassent
17 écho. Et, en tous les cas, l'objection proposée par Maurice a
18 été systématiquement écartée par les tribunaux arbitraux. Je
19 fais référence aux affaires *Siemens v. Argentine*, *Daimler*
20 *v. Argentine*, *Plama v. Bulgarie*, *RosInvest v. Russia* et *Telenor*
21 *v. Hongrie*. Dans aucune de ces affaires il était question d'une
22 clause MFN similaire à celle que nous avons en l'espèce. Dans
23 les affaires *Siemens* et *Daimler*, l'objection a été tout
24 simplement rejetée, en considérant que la référence à
25 l'investisseur ou à l'investissement dans la MFN n'a pas de

1 portée. Dans l'affaire *Plama*, elle a également été écartée,
2 notamment du fait que, dans la MFN il y avait une référence aux
3 « investissements de l'investisseur ». Si on avait la formule
4 « investissements de l'investisseur » pour *Plama*, cela
5 disqualifiait l'objection. Et finalement nous, dans
6 l'article 8(2), on a une référence aux investissements des
7 ressortissants, ce qui est finalement exactement la même
8 formulation que celle dans l'affaire *Plama*. Dans l'affaire
9 *RosInvest*, on avait une double MFN (une qui s'applique aux
10 investissements et une autre qui s'applique aux investisseurs),
11 donc on était également là dans une situation différente et, je
12 trouve assez raisonnablement, le tribunal arbitral a préféré
13 appliquer la partie de la MFN qui s'appliquait à l'investisseur
14 pour adresser la question de son application aux clauses de
15 règlement des différends. C'est assez légitime. Dans l'affaire
16 *Telenor*, ce qu'il faut relever, encore une fois, c'est que la
17 rédaction de la MFN n'était pas la même que la nôtre, enfin, que
18 l'article 8(2) du traité. Le rapport de la CDI lui-même fait
19 une opposition entre les dispositions qui renvoient au
20 traitement non moins favorable et les dispositions MFN qui
21 renvoient à toutes les questions. L'une est peut-être
22 interprétée de façon restrictive; l'autre peut être interprétée
23 de façon beaucoup plus large. Donc, dans l'affaire *Telenor*,
24 c'est parce qu'il y avait un libellé restrictif de la MFN que le
25 tribunal arbitral a conclu à sa non-application aux clauses de

1 règlement des différends.

2 On en vient peut être à la phrase ou à la partie
3 de phrase la plus puissante de l'article 8(2) du traité, qui
4 n'est jamais commenté par la République de Maurice, jamais :
5 « Bénéficient également de toutes les dispositions plus
6 favorables. » Ce qu'il est intéressant dans cette partie de
7 phrase, c'est le présent utilisé pour conjuguer le verbe
8 « bénéficiaire ». « Bénéficient », c'est l'immédiateté, c'est la
9 traduction du principe d'automaticité de la MFN. « Bénéficient
10 également », le terme « également » est un concept d'ajout,
11 c'est-à-dire qu'on va bénéficier « également », « en plus ».
12 « De toutes les dispositions » : la formulation est d'une
13 largeur incroyable! « plus favorables du présent accord » :
14 aucun commentaire de Maurice sur ce libellé précis.

15 J'ajouterai qu'il peut être fait un lien entre le
16 terme « les matières » et « les dispositions ». Et lorsqu'on
17 lit l'article 8(2), il y a, pour moi, une correspondance assez
18 évidente entre « les matières » et les « dispositions ».
19 Qu'est-ce qui ferait, à la lecture de cette disposition, qu'il
20 faudrait retrancher de la notion « de toutes les dispositions »
21 les clauses de règlement des différends? Si on veut accorder à
22 ces termes un sens ordinaire, comme l'impose l'article 31 de la
23 Convention de Vienne? Qu'est-ce qui ferait que l'on retranche
24 les clauses relatives au règlement des différends
25 investisseur/État de toutes les dispositions plus favorables que

1 celles du présent accord? Je n'en vois pas.

2 Alors, je ne vais pas revenir de manière complète
3 sur l'ensemble des sentences, décisions mentionnées par Maurice
4 pour justifier que la MFN devrait être accessible que si nous
5 étions en mesure de caractériser un consentement à l'arbitrage
6 en application du traité de base. *Iranian Oil* a été rappelée,
7 on a étudié cette décision et pour nous, la clause de la nation
8 la plus favorisée qui a été invoquée n'est tout simplement pas
9 accessible parce que les traités eux-mêmes qui la comportent ne
10 sont pas accessibles. C'est ça que dit *Iranian Oil*, pas autre
11 chose. *Iranian Oil*, aucune étude des termes de la MFN n'est
12 faite dans cette décision. C'est que la MFN elle-même n'est pas
13 accessible.

14 Je ne reviens pas non plus sur la contribution de
15 Stephan Schill, qui pour nous est complètement explicite, sur la
16 possibilité d'établir la compétence sur le fondement de la MFN.
17 Je cite juste brièvement Stephan Schill, qui répond à Zachary
18 Douglas [as read]:

19 « La clause MFN a l'effet d'élargir le champ des
20 bénéficiaires de l'offre d'arbitrage qui est
21 faite dans le traité conclu avec un État tiers.
22 Le tribunal arbitral alors constitué ne reçoit
23 donc pas son mandat juridictionnel du traité de
24 base. Il est constitué sur le fondement du
25 consentement à l'arbitrage donné par l'État dans

1 le traité conclu avec l'État tiers, que
2 l'investisseur protégé, en application du traité
3 de base, peut accepter. »

4 Donc, les plages dont on parle, où il faut
5 établir un pont entre les plages, on ne se base pas sur la plage
6 de l'article 9 du traité de base, mais on se positionne sur la
7 plage, la plage aménagée pour les investisseurs finlandais de
8 l'article 9 du traité conclu avec la Finlande, et le pont, on le
9 construit entre la MFN et le consentement dont bénéficient les
10 investisseurs finlandais. On n'a jamais souhaité établir un
11 pont entre l'article 9 du traité de base et la clause MFN. Et
12 si on se permet d'envisager ce pont, c'est parce que les termes
13 de la MFN, pour nous, l'autorisent pleinement, à la fois sur le
14 fondement du rapport de la CDI de 2015 mais également sur le
15 fondement de la doctrine, celle de Stephan Schill, notamment,
16 mais également sur l'appréciation d'Yves Nouvel, l'appréciation
17 de Claire Crépet-Daigremont, qui a quand même passé sept à huit
18 ans sur le sujet et qui, finalement, lorsqu'elle libelle
19 l'opinion, qu'elle nous communique, est elle-même dans un mode
20 d'évidence. Elle justifie finalement assez peu son
21 raisonnement. Elle dit, la MFN, oui, elle peut, tel que
22 libellé, elle peut capter le consentement à l'arbitrage offert
23 aux investisseurs finlandais.

24 J'entends parfaitement l'hésitation que peut
25 avoir un tribunal arbitral à donner son plein effet à la clause

1 de la nation la plus favorisée, non pas pour des questions
2 finalement juridiques, mais il peut y avoir un inconfort, et je
3 pense que c'est l'état d'esprit qui animait les tribunaux dans
4 les affaires argentines, dans les affaires dans lesquelles le
5 tribunal devait peser entre une clause MFN, dont la qualité de
6 la rédaction pouvait varier, dont la puissance pouvait varier,
7 et avec la difficulté qu'il peut y avoir à contourner une
8 limitation évidente, une restriction évidente de l'accès à
9 l'arbitrage. Il y a des pays qui ont des politiques anti-
10 arbitrages ou qui acceptent l'arbitrage mais en dernière limite;
11 vous ne pouvez accéder à l'arbitrage que si vous avez épuisé des
12 voies de recours; vous pouvez accéder à l'arbitrage que si vous
13 avez fait dix-huit mois devant les juridictions locales; vous ne
14 pouvez accéder à l'arbitrage que si vous n'avez pas introduit un
15 recours parallèle devant une juridiction locale, etc. Et ça
16 s'entend. Il y a une question d'appréhension de ce que peut
17 faire un tribunal arbitral du champ d'intervention d'un tribunal
18 arbitral international dans un différend, pour régler un
19 différend entre un investisseur et un État. Mais là, où sommes-
20 nous? On n'est pas au Venezuela; on n'est pas en Argentine; on
21 n'est pas en Russie! On est à Maurice. Vous savez quel est
22 l'événement cette semaine à Maurice? C'est la *Mauritius*
23 *Arbitration Week* cette semaine, on a tous reçus l'invitation.
24 Donc, il n'y a pas de position légitime ou d'intérêt public ou
25 d'intérêt général ou d'approche générale de la République

1 mauricienne à protéger. Elle a consenti à l'arbitrage avec les
2 investisseurs français. Elle a consenti avec les mots ou les
3 concepts disponibles à l'époque, en 1973. Elle a consenti plus
4 fermement et de manière plus nette dans le traité de 2010, qui
5 n'est certes pas entré en vigueur, mais, comme je vais en dire
6 deux mots, peut être pris en compte. Et elle l'a fait aussi
7 avec tous les États avec lesquels elle a conclu des TBI. Quel
8 est l'intérêt légitime de Maurice aujourd'hui à refuser
9 l'arbitrage?

10 Dans notre dernière soumission écrite, on a
11 invoqué l'article 18 de la Convention de Vienne. L'article 18
12 de la Convention de Vienne consiste à empêcher un État à adopter
13 un comportement contraire au but et à l'objet d'un traité auquel
14 il a souscrit, qu'il a conclu, quand bien même ce traité ne
15 serait toujours pas entré en vigueur. Je vais relire la
16 disposition précise [as read]:

17 Un État doit s'abstenir d'actes qui priveraient
18 un traité de son objet et de son but. Lorsqu'il
19 a exprimé son consentement à être lié par le
20 traité, dans la période qui précède l'entrée en
21 vigueur du traité et à condition que celle-ci ne
22 soit pas indûment retardée.

23 On peut appliquer cette disposition au traité
24 conclu en 2010 entre la France et Maurice, non pas pour fonder
25 votre compétence mais simplement pour vous aider à interpréter

1 la clause MFN et pour vous permettre de considérer que
2 l'intention des parties aujourd'hui, en cas de différend
3 investisseur/État, elle est bien de soumettre le règlement des
4 différends à l'arbitrage investisseur/État. L'article 18 de la
5 Convention de Vienne a été explicité dans l'affaire *Opel*
6 *Austria*, que nous vous citons dans nos écritures, et qui
7 rappelle deux choses fondamentales: (1) les investisseurs
8 peuvent se prévaloir de l'article 18 et (2) que l'article 18,
9 finalement, renvoie à la nécessité de protéger la confiance
10 légitime de l'investisseur. Et lorsque les demandeurs ont
11 envisagé de s'implanter à Maurice, il est bien évident que le
12 fait que la France et Maurice aient actualisé, et formalisé
13 cette actualisation en 2010, en matière de protection et de
14 promotion des investissements, était un indicateur que la
15 protection était complète. Comment aujourd'hui Maurice peut-
16 elle retenir son consentement à l'arbitrage investisseur/État à
17 l'encontre des investisseurs français alors que ce sont les
18 premiers investisseurs sur l'île? Encore une fois, la partie de
19 la jurisprudence arbitrale qui a une difficulté à contourner des
20 restrictions à la compétence de tribunaux arbitraux du fait
21 qu'il y ait un réel sujet pour l'État hôte, en termes de
22 politique de règlement des différends avec les investisseurs
23 étrangers, elle s'entend, elle s'entend parfaitement. Il faut
24 composer avec cette contrainte. Mais aujourd'hui, vous êtes en
25 présence d'un État hôte qui promeut l'arbitrage, d'un État hôte

1 qui a consenti à l'arbitrage sans beaucoup de limitations, dans
2 la plupart de ses TBI et, de façon très singulière pour ce qui
3 est de notre cas, qui a consenti à l'arbitrage dans le nouveau
4 traité qu'il a conclu avec la France.

5 Voilà, madame la présidente, les principales
6 raisons pour lesquelles nous vous demandons d'établir la
7 compétence du Tribunal arbitral sur l'article 8(2) du traité de
8 1973 et sur l'article 9 du traité conclu avec la Finlande, et de
9 rejeter les objections de Maurice selon lesquelles il n'aurait
10 pas consenti à l'arbitrage vis-à-vis des investisseurs français.
11 Il y a consenti en consentant à l'arbitrage pour les
12 investisseurs finlandais, c'est la mécanique pleine, c'est
13 l'effet utile de la MFN, et il y a consenti de manière générale
14 dans le nouveau traité qu'il a conclu. J'attirais votre
15 attention sur la dernière partie de l'article 8(2) du traité,
16 qui dit cette chose très intéressante: « Il renvoie aux
17 dispositions plus favorables qui pourraient résulter
18 d'obligations internationales déjà souscrites ou qui viendraient
19 à être souscrites par cet autre État avec le premier État
20 contractant ou avec des États tiers.» Cette phrase est la
21 connexion entre le traité de 1973 et le traité de 2010. Et il
22 n'est pas fait référence à un critère d'entrée en vigueur mais à
23 un critère de souscription. 1973 et 2010 doivent se lire
24 ensemble. De la même façon que lorsqu'on analyse le jeu de la
25 MFN sur une clause de règlement des différends, ces clauses

1 doivent être analysées ensembles. Ce que propose de faire
2 Maurice, c'est d'analyser la clause MFN qu'une fois qu'un
3 consentement aurait été caractérisé. Ce n'est pas possible, ce
4 n'est pas ce qui ressort de la jurisprudence.

5 Je vous remercie, madame la présidente.

6
7 THE PRESIDENT: Merci beaucoup, maître. Et cette
8 fois-ci, effectivement, encore bien dans les temps. Je pense
9 que nous avons désormais une pause d'une heure et demie. Donc,
10 nous allons nous retrouver à 3 heures et ceci pour des questions
11 du Tribunal. On a déjà posé des questions au fur et à mesure,
12 mais on en aura d'autres par rapport à des choses qui se sont
13 dites ce matin.

14 We will reconvene at 3 o'clock for questions of
15 the Tribunal. Thank you very much.

16
17 *A short break.*

18
19 THE PRESIDENT: I think it is 3 o'clock sharp, so
20 thanks for being back on time. And we are now going to proceed
21 according to the schedule to some questions of the Tribunal.

22 First of all, we would like to thank both sides
23 for their opening statements this morning. We found them very
24 effective and very helpful for us. So we do have a few
25 questions. All three of us, we'll ask them in turns. We are

1 obviously aware that the order of the issues is something that
2 both parties have made submissions on.

3 We are going to ask the questions in a certain
4 order, but that would in no way prejudice our decision as to how
5 we will address those issues in the award as it's just a matter
6 of starting with one. We just had to pick one so we're going to
7 start with a few questions on the investment and maybe following
8 up on some of the factual points we discussed already this
9 morning with both sides. But before we actually go to the
10 investments, I just wanted to put one question to you to get the
11 factual record straight, and that is that the investor, the
12 quality of investor is not disputed between the Parties.

13 The reason I asked is in an earlier footnote in
14 the first submission of the Respondent, there is an indication
15 that the nationality of the Claimants has not been proven, and I
16 just want to have this for the record, that the quality of the
17 investors of the Claimants, and particularly, their French
18 nationality, is not disputed; am I right?

19
20 DR. HEISKANEN: It is not contested.

21
22 THE PRESIDENT: Thank you. So with that, turning
23 to the question of the investment, and we've already asked a
24 couple of questions this morning about the sort of factual
25 elements that we have in order to decide whether or not there is

1 an investment. And I think as I mentioned this morning, of
2 course, we look at this holistically and we look at the entire
3 circumstances.

4 Our task as a Tribunal is to define whether the
5 requirements of an investment in the meaning of the bilateral
6 investment treaty between France and Mauritius have been met.
7 So we obviously look at this as a whole, but it is important for
8 us to understand when the project, the idea to put together a
9 laboratory and have these things built in Mauritius became an
10 investment. I think these are, just as a matter of background,
11 this is why we ask some of those questions.

12 The first question I would like to actually ask
13 both Parties, whether the Parties at some point had entered, had
14 planned to enter into a formalized formal investment contract,
15 whether that was planned at all. I am mindful of the fact, of
16 course, and I asked you the question, Me. Poulain this morning,
17 that it is your view that there has been an investment contract
18 (*un accord d'investissement*) under Article 9 that has been
19 formed by the exchange of letters.

20 But my question is a different one, a factual
21 question, whether the Parties have contemplated at some point to
22 enter into a more formalized investment contract that they would
23 have signed as a matter of, you know, proper formalized
24 contract. And I'm asking this question to both parties, maybe
25 starting with the Respondent.

1
2 DR. HEISKANEN: There is certainly no evidence on
3 record that the Parties ever contemplated entering into an
4 investment contract. This is not an issue or a case of an
5 investor using the public resources of the State, for instance,
6 in the form of a concession agreement for purposes of making
7 profit. There was simply no contemplation of any kind of
8 investment contract.

9 This is a question of a potential investment, a
10 planned investment that would have required regulatory
11 approvals, changes in the law, but this has nothing to do with
12 investment contracts with the State.

13
14 THE PRESIDENT: Thank you.

15
16 ME. POULAIN: Madame la présidente, pour notre part,
17 nous n'avons pas eu connaissance d'échanges, de projets, de
18 contrats relatifs à ce projet d'investissement spécifique, au
19 sens où vous l'entendez (un contrat d'investissement). Quand je
20 parlais d'accord ce matin, je faisais uniquement référence à
21 l'approbation, et donc à la rencontre de l'approbation et des
22 démarches des demandeurs qui forment pour moi un *agreement* (un
23 accord), mais effectivement, il n'y a jamais eu de contrat
24 d'investissement discuté entre les parties. Il y a eu un MoU
25 discuté entre l'université et les parties, à la demande du Board

1 of Investments, mais pas de contrat d'investissement à
2 proprement parler.

3
4 DR. HEISKANEN: Madam President, just to comment
5 on the MOU, this was never signed. It would have been a
6 cooperation agreement. It would not have been an investment
7 contract.

8
9 THE PRESIDENT: That's all very well noted.
10 Thank you both. Now, turning to the three companies,
11 International DNA Services Holding, DNA Services Mauritius
12 Limited and International DNA Services. What we know about
13 those companies is the dates on which they have been
14 incorporated. And we have the relevant exhibits as a matter of
15 -- that they have been incorporated. What we do not know, and I
16 think what we asked this morning are what are the shareholders
17 of those companies and what is the share capital of those
18 companies, and has the share capital been paid. So this is
19 obviously for the Claimants to answer. Thank you.

20
21 ME. POULAIN: Madame la présidente, suite aux
22 questions de ce matin, nous avons à notre dossier, outre le
23 certificat d'incorporation, les statuts de la société
24 *International DNA Services Holding Limited*. Ce sont des statuts

1 qui sont en date du 22 décembre 2014, sur lesquels est apposé un
2 timbre de greffe en date du 9 janvier 2015, et il est indiqué...

3
4 THE PRESIDENT: So what is the exhibit number?

5
6 ME. POULAIN: Exhibit number? Ce n'est pas une
7 pièce qui est au dossier. C'est dans notre dossier, mais ce
8 n'est pas une pièce qui a été transmise à la procédure. Nous
9 pouvons la transmettre, évidemment, si vous le souhaitez. Et il
10 est indiqué à l'article 7 des statuts de cette société que le
11 capital social de la société à l'adoption des présents statuts
12 est de 100 000 roupies, ce qui, si on le convertit, fait un
13 capital social de 2 500 euros environ. Ça, c'est pour la
14 holding. Nous avons, pour la société DNA Services, outre le
15 certificat d'incorporation -- est-ce que nous avons les
16 statuts ? Nous n'avons pas les statuts, nous avons simplement
17 un document qui indique qu'il y a 1 part dans cette société dont
18 la valeur est de 100 roupies mis au capital. Je présume que
19 c'est le minimum requis pour ce type de société.

20
21 THE PRESIDENT: 100 euros?

22
23 ME. POULAIN: Roupies. Et je n'ai pas...
24 100 roupies. Il y a cent point zéro, zéro, et la *currency*,

1 c'est le roupie. Je peux vous montrer le document si vous
2 voulez mais...

3

4 THE PRESIDENT: So, your submission is that
5 this is a hundred (1-0-0)?

6

7 ME. POULAIN: A hundred (1-0-0).

8

9 THE PRESIDENT: Thank you.

10

11 PROF. CAPRASSE: With a unique shareholder?
12 Avec un actionnaire unique?

13

14 ME. POULAIN: Bien sûr, puisque c'est la holding
15 qui était à 100 % sur cette société filiale. En fait, vous avez
16 la holding et les deux sociétés filiales (une pour l'offshore et
17 une pour l'onshore). Voilà ce que l'on peut vous répondre en ce
18 moment parce que ce sont les documents qu'on a sous la main. On
19 pourra vous faire une réponse plus complète ultérieurement, si
20 vous nous y autorisez.

21

22 THE PRESIDENT: Maybe just, who would be the
23 shareholders of the holding company?

24

1 ME. POULAIN: Alors, les actionnaires de la
2 holding sont M. Christian Doutremepuich (pour 84 %... 86 %) et
3 M. Antoine Doutremepuich (pour 14 %).

4
5 THE PRESIDENT: And I don't know if you've
6 answered the question whether the share capital of 2,500 euros
7 roughly, equivalent in local currency, has been paid by the two
8 shareholders in that holding company.

9
10 ME. POULAIN: Nous avons recherché les traces de
11 ce paiement dans notre dossier. Nous ne l'avons pas mais nous
12 avons la possibilité de la retrouver. C'est un paiement qui
13 aurait été versé par chèque.

14
15 THE PRESIDENT: I'm not sure it's that important,
16 but just to get it right.

17
18 ME. POULAIN: Mais je rajouterai que le fait que
19 le montant au capital a été versé et certifié par le certificat
20 d'incorporation. On ne peut pas émettre de certificat
21 d'incorporation si le capital n'a pas été versé. Classiquement.

22
23 THE PRESIDENT: I guess the question is who paid.
24 But we don't need to go into those details.

25

1 DR. HEISKANEN: Madam President, if I may comment
2 on this, and address the same question.

3
4 THE PRESIDENT: I think I was asking some related
5 question, but I think it's a good moment for you to comment,
6 please.

7 DR. HEISKANEN: Simply none of this obviously is
8 on record. There is no evidence on record of who the
9 shareholders are. There are certificates of incorporation, but
10 no evidence of shareholders, and there is no evidence on record
11 of the payment of the share -- paid up capital.

12
13 THE PRESIDENT: We are aware of that, that these
14 are not exhibits. If we believe these are important questions,
15 we will get back to the parties. I think this is a stage for
16 us, a matter of understanding the context. If we believe these
17 are fundamental questions on which we would somehow base our
18 decision in any way, then obviously, they have to be on record
19 and obviously then, we would ask the parties to comment on this.
20 But I think at this stage, we're just trying to understand what
21 has happened and what is the sort of factual context in which we
22 are operating.

23
24 DR. HEISKANEN: Just for the record, the
25 Respondent reserves its right to object to any new evidence at

1 this stage of the proceedings. The purpose of this Hearing was
2 to test the evidence supporting the Claimants' claim of
3 jurisdiction. If this evidence is relevant, it should have been
4 produced.

5
6 THE PRESIDENT: That is well noted.

7
8 ME. POULAIN: Oui, madame la présidente, le fait
9 que les demandeurs soient actionnaires de la société holding et
10 que ces sociétés aient été constituées n'a jamais été contesté
11 par le défendeur. Donc, si maintenant il remet en cause cette
12 admission, cela pose une difficulté.

13
14 THE PRESIDENT: *[Indiscernible.]*

15
16 DR. HEISKANEN: We have contested throughout the
17 proceedings that there is no evidence of shareholding or paid up
18 capital.

19 THE PRESIDENT: Thank you. We also asked this
20 morning some questions about the payment that was made at
21 several moments in time to those three companies, to the bank
22 accounts of those companies, at least. And I believe the
23 relevant exhibit here, at least one of them, is C-13, which is
24 the bank statement.

25

1 My understanding is that that bank statement is a
2 bank statement of the holding company, and that it is three
3 pages of different moments in time; the first is the bank
4 statement of May 2015, the second is June 2015, and the third
5 page is July 2015. And what we do see is three transfers of
6 money of 100,000 euros each that are credited to this account.
7 So this is a transfer to the holding company of 300,000 euros
8 made in three different transfers.

9 I also see that the transfer has been made by
10 Christian Doutremepuich, all three of those payments. At least
11 that's how I read the bank statement. Is that correct that the
12 300,000 have come under this bank statement from Professor
13 Christian Doutremepuich?

14
15 ME. POULAIN: Madame la présidente, oui, je pense
16 que c'est absolument correct. Ce qu'il conviendrait de
17 préciser... parce que M. Christian Doutremepuich, avant que la
18 société... sa société, qui aujourd'hui exploite le laboratoire
19 bordelais, soit constituée, c'est-à-dire l'entité corporate,
20 exerçait avant en BNC. Donc, je ne sais pas si les fonds qui
21 sont arrivés de M. Christian Doutremepuich sont de M. Christian
22 Doutremepuich, ès qualités, profession libérale, ou personnels.
23 Donc, c'est un point quand même à regarder, qui peut avoir une
24 certaine importance, et on confirmera le sujet, on le
25 clarifiera.

1
2 THE PRESIDENT: I think you've answered my
3 question.

4
5 ME. POULAIN: Okay.

6
7 THE PRESIDENT: I think my question actually
8 related to the fact that they would not come from the second
9 Claimant in this arbitration, Antoine Doutremepuich.

10
11 ME. POULAIN: Absolument, vous avez raison. Oui.

12
13
14 THE PRESIDENT: And I think we've, this morning,
15 put this bank statement in relation to another bank statement
16 that is roughly from a year later, May 2016, which is an
17 attachment to the expert report, and which shows the closing
18 balance of the bank account of the holding company.

19 And I think here, it is that delta between the
20 300,000 that have been paid in and what has been paid -- I was
21 about to say "paid back", which is obviously not the right term,
22 but which has been transferred back to France that would have
23 been used possibly to pay certain expenses during the time
24 between May 2015 and May 2016. Is that right?

25

1 ME. POULAIN: Absolument.

2

3 THE PRESIDENT: And so the amount that this
4 Tribunal should take into account when we think about expenses
5 that have been made is that delta.

6

7 ME. POULAIN: Je ne peux pas vous le confirmer
8 parce qu'il y a peut-être des dépenses qui ont été payées
9 directement par Christian Doutremepuich à des prestataires
10 mauriciens pendant cette période et qui n'ont pas été payés
11 directement par les sociétés constituées à Maurice.

12

13 THE PRESIDENT: But for the purposes of your
14 submission, what constitutes an investment, this is what you
15 have submitted and this what you are basing your argument upon.

16

17 ME. POULAIN: Madame la présidente, on n'a pas
18 libellé notre mémoire pour argumenter une réclamation
19 indemnitaire, puisqu'on n'est pas au moment du quantum. On est
20 au moment de la qualification de l'investissement. Et je pense
21 que c'est quand même une distinction qu'il faut garder en tête
22 au moment où nous réfléchissons sur ces questions qui sont..
23 Certes, je comprends votre souci d'évaluer la contribution
24 financière, cela fait partie, absolument, de l'identification de
25 l'existence ou non d'un investissement. Mais nous n'avons pas,

1 si vous voulez, présenté nos éléments ou discuté les critères en
2 pointant systématiquement, d'une manière exhaustive, toutes les
3 dépenses qui ont été réalisées sur le projet, que ce soit sur la
4 période antérieure (de 2009 à 2014) ou que ce soit sur la
5 période où la première société a été constituée, c'est-à-dire en
6 janvier 2015. Donc, je ne peux pas vous répondre formellement
7 et de manière exhaustive maintenant.

8
9 THE PRESIDENT: So your submission was that the
10 contribution that is necessary for the purpose of an investment
11 was in part, I know how, and in part, by a financial
12 contribution. And that contribution were the 300,000 that we've
13 looked at. Is that correct?

14
15 ME. POULAIN: Oui, dans le sens où ces
16 300 000 euros, il faut bien comprendre qu'ils ont été pendant
17 cette période, même si on en a récupéré la majeure partie, on ne
18 le conteste pas, ils ont été immobilisés pour le projet. C'est
19 une notion très importante. Il faut apprécier les critères de
20 qualification de l'investissement à l'aune et à proportion du
21 profil de l'investisseur, sauf si, *ab initio*, on dit que
22 l'arbitrage international est réservé aux gros investissements,
23 sur la base d'une appréciation de seuil dont je ne sais pas d'où
24 elle découlerait dans les textes, mais si l'on veut admettre que
25 des petits investisseurs, qui ont le profil des demandeurs,

1 puissent être qualifiés d'investisseurs protégés, il convient
2 d'adapter les critères à leurs capacités. Ce sont des gens qui
3 investissent en propre. Au moment où ils ont réalisé ces
4 apports ou ces contributions, ils l'ont fait parce que c'était à
5 ce moment-là l'argent qu'il était nécessaire d'avoir disponible
6 à Maurice et rien d'autre. Ils n'avaient pas de raison
7 d'immobiliser davantage. Ils ne dépensaient que ce qu'ils
8 devaient dépenser de manière nécessaire pour faire avancer le
9 projet, rien d'autre.

10
11 THE PRESIDENT: Because the remainder was, of
12 course, something that would come in the future, building the
13 whole ---

14
15 ME. POULAIN: Exactement.

16
17 THE PRESIDENT: Leaving aside any questions of
18 know how, which I will come to in a moment, relating to this
19 financial contribution of 300,000, what were in the minds of the
20 Claimants, in your submission, the risks related to transferring
21 that money to a bank account under the name of the holding
22 company, that holding company in itself held by both Claimants
23 as shareholders.

24

1 ME. POULAIN: Je ne peux pas parler à la place
2 de mes clients mais le seul risque que j'envisage, si je
3 transfère des fonds pour exposer des dépenses dans le cadre du
4 développement d'un projet, le risque que j'anticipe, c'est
5 éventuellement d'avoir un problème de réalisation des
6 prestations que je paye, mais c'est un risque inhérent aux
7 relations commerciales que je vais avoir avec des prestataires
8 de service dans ce pays-là.

9
10 THE PRESIDENT: But that is the risk that is
11 related to the payment of the sums once they have actually been
12 spent.

13
14 ME. POULAIN: C'était des..

15
16 THE PRESIDENT: What I'm asking you is about the
17 risk that relates to the transfer of that money from an account
18 in France to an account in Mauritius that is held by a company,
19 the holding company, and that holding company in and of itself
20 -- owned by the two Claimants as shareholders.

21
22 ME. POULAIN: Je ne sais pas si vous faites
23 référence à ce type de risque mais je ne pense pas que les
24 demandeurs aient anticipé un risque de difficulté de

1 rapatriement des fonds dans le cas où ils ne seraient pas
2 dépensés.

3
4 THE PRESIDENT: They did not anticipate it. Did
5 I hear you right?

6
7 ME. POULAIN: Il faut que je les interroge là-
8 dessus, mais je... Il faut que je les interroge. Je ne sais pas.
9 Mais, de fait, il n'y a pas eu de difficulté pour rapatrier ces
10 fonds.

11
12 THE PRESIDENT: And I think you've reminded us
13 this morning that doing business in Mauritius is *a priori* a very
14 friendly environment, so you wouldn't have thought that there is
15 that type of risk of not being able to repatriate those monies.

16
17 ME. POULAIN: Non, aucun.

18
19 THE PRESIDENT: So the risks that we've heard
20 about this morning and the risks that, of course, you very
21 clearly spelled out are the risks related to the project that is
22 hiring the people, building, buying the plot of land, building
23 the infrastructure and then running the business of the DNA
24 laboratory; is that right?

25

1 ME. POULAIN: Yes.

2

3 THE PRESIDENT: I might want to pause here for a
4 moment if there are any immediate remarks from the Respondent
5 side.

6

7 ME. POULAIN: Si je peux me permettre, madame la
8 présidente, pour être complet sur le risque, j'entends votre
9 interrogation sur finalement, quel est le risque, pour une
10 entreprise, de développer un projet qui n'est pas encore rentré
11 en exploitation commerciale, pour lequel les principaux
12 investissements -- la construction n'a pas commencé à être
13 réalisée. Le risque, c'est exactement ce qu'il s'est passé en
14 réalité. Pendant que nos clients consommaient du temps, de
15 l'énergie et du savoir-faire et quand même quelques deniers à
16 Maurice, ils ne faisaient pas de projets ailleurs parce que leur
17 taille ne le leur permettait pas. Ce n'est pas une entreprise
18 qui peut multiplier les projets. Pour eux, ils avaient une
19 perspective de croissance dans ce pays, et y rester dix-neuf
20 mois pour poursuivre le développement d'un projet est un effort
21 colossal pour eux ! Encore une fois, ce sont des activités
22 financées en propre pour des questions d'indépendance, c'est-à-
23 dire qu'il n'est pas question d'avoir un prêteur influent ; il
24 n'est pas question d'avoir un partenaire local influent au
25 capital d'une société qui réalise des expertises ADN.

1 L'intégrité du travail de l'expertise ADN, l'indépendance de
2 l'expertise du travail ADN impliquent une indépendance
3 financière. Et donc, le risque qui s'est réalisé, c'est que,
4 pendant dix-neuf mois, mes clients ont « pédalé » pour réaliser
5 un projet, pour exécuter ce qui leur a été demandé de réaliser
6 par le BOI, et que pendant ce temps-là, le marché du test de
7 paternité en Afrique a explosé, que des concurrents se sont
8 installés dans d'autres pays, ont prospéré. Pas mes clients.
9 Pour la circonstance, je rappellerai que, Antoine Doutremepuich,
10 qui, certes, n'a pas fait d'avance en compte courant dans les
11 sociétés, a abandonné un job au Maroc. Antoine Doutremepuich
12 est ingénieur, il travaillait pour Freyssinet sur des grands
13 projets au Maroc. Il a quitté son poste pour piloter le projet
14 de construction du laboratoire à Maurice. Je pense que
15 lorsqu'on a son âge, que l'on quitte un bon poste dans une
16 multinationale pour piloter un projet d'une petite entreprise,
17 on prend quelques risques, et dix-neuf mois, c'est une belle
18 perte de temps.

19
20 THE PRESIDENT: While we're at this, I think
21 there were some references about a permanent residence, a permit
22 that one or both of the Claimants -- I believe only one, would
23 have applied for. Was that the case, was there any permanent
24 residency that has been applied for, obtained?

25

1 ME. POULAIN: Je n'ai pas de réponse précise à
2 votre question. Le projet impliquait la présence de personnes
3 du laboratoire de Bordeaux, si ce n'est des demandeurs, de façon
4 importante à Maurice pour opérer le laboratoire. Je ne sais pas
5 ce qu'il en était de leur établissement permanent, voire même
6 partiel, à Maurice, mais c'est une question que je peux leur
7 poser.

8
9 THE PRESIDENT: I promised -- if there are any
10 comments on the Respondents, I'd -- you might not have any, but
11 if you do have, I would obviously want to give you an
12 opportunity.

13
14 DR. HEISKANEN: Very briefly only. Obviously,
15 the BIT only protects investments made in Mauritius, not monies
16 spent in France. The only evidence on record of any funds
17 having been transferred to Mauritius are these 300,000. They're
18 the bank accounts of the three companies. As we have seen,
19 230,000, 220,000 of these were recovered and returned to France,
20 obviously for the reasons that we have already explained.

21 This kind of transfer of funds to the bank
22 accounts of these companies for use of various types of expenses
23 does not constitute in investment. It's not a capital
24 contribution. There was no risks, certainly. These funds were
25 always under the control of the Claimants. If they choose to

1 spend some of these monies in Mauritius for various expenses,
2 there is no risk. That is a free decision. It's not the
3 materialization of any kind of risk, it's the freely taken
4 decision of the Claimants to spend these monies. There is no
5 risk whatsoever. That's all we have to say at this point about
6 this evidence.

7
8 THE PRESIDENT: I said I would ask a question of
9 know-how, and then I might turn the floor to my co-arbitrators
10 if they do have any further question on the question of
11 investment, but we obviously have conferred during the lunch
12 break before we did ask those questions.

13 On the matter of know how, so your submission is
14 that the investment was not only a matter of financial
15 contributions, but also a matter of contribution of know-how in
16 the form of Professor Doutremepuich know how on those very
17 important matters, but equally, the second Claimant, Antoine
18 Doutremepuich, helping with the setting up of the whole project.

19 We've heard you on this. The question we had is,
20 how that know how has materialized in the project and whether
21 there has been any transfer of that know how to anyone in
22 Mauritius. And I think the one question we asked this morning
23 was about the plans, architectural plans that have been drawn,
24 whether this is something that was shared in any way with
25 anyone.

1
2 ME. POULAIN: Madame la présidente, nous avons
3 pu nous entretenir de ce sujet plus précis avec nos clients. Il
4 ressort de notre discussion et de nos recherches dans les boîtes
5 email deux choses:

6 Les plans du laboratoire -- ce sont les plans de
7 masse, ce ne sont pas les plans détaillés -- les plans de masse
8 du laboratoire ont été transmis au BOI dans le cadre de
9 l'instruction relative à l'autorisation d'acquérir, c'est-à-dire
10 que le dossier qui a été monté auprès du BOI pour obtenir
11 l'autorisation d'acquérir comportait les plans de masse, ou les
12 plans généraux, du laboratoire tels que conçus par nos clients
13 et discutés avec l'architecte mauricien.

14
15 THE PRESIDENT: Sorry, I'm not sure I understand
16 the term. This might be a technical term, plan de masse?

17
18 ME. POULAIN: Le plan de masse, c'est l'emprise
19 du bâtiment sur le terrain. Ce n'est pas un plan détaillé dans
20 le sens où vous allez avoir, on va dire, l'agencement intérieur
21 forcément du bâtiment...

22
23 THE PRESIDENT: This is how the building looks
24 like from the outside?

25

1 ME. POULAIN: Voilà. Et son emprise sur le
2 terrain.

3
4 THE PRESIDENT: Is there any know how related how
5 a building looks like from the outside?

6
7 ME. POULAIN: Vous allez comprendre quand je vais
8 finir ma réponse.

9 Sur l'agencement, puisque c'est quelque chose qui manquait,
10 justement, au plan de masse, une présentation comportant des
11 plans détaillés d'agencement du laboratoire et indiquant la
12 fonction de chacune des salles, parce qu'en réalité, il faut
13 comprendre qu'un laboratoire d'expertise ADN, c'est un
14 cheminement, c'est un process. Je ne peux pas en dire forcément
15 plus, mais il y a un agencement spécifique du laboratoire qui
16 permet de maximiser les chances de résultat des analyses. Et
17 ces éléments-là, qui font vraiment partie du savoir-faire,
18 c'est-à-dire, des éléments qui sont tout à fait protégeables par
19 la confidentialité, ces éléments-là ont été transmis au BOI. Le
20 BOI a en sa possession ces éléments. Donc, le BOI, au travers
21 de la procédure d'autorisation d'acquérir et au travers de sa
22 connaissance fine du projet -- je rappelle que le point de
23 contact au BOI, M. Hanzly Mundil, était un biologiste, donc,
24 quelqu'un de très familier, ou en tout cas en capacité de capter
25 ou de comprendre les éléments stratégiques de la conception du

1 laboratoire. Cette personne a été en possession -- est en
2 possession, je ne sais pas s'il est toujours en poste au BOI ou
3 pas --, mais ce point de contact au BOI a reçu -- et nous avons
4 l'email de transmission de ce document -- ces éléments-là.

5 Donc, à la fois architecture, plan de masse et
6 agencement précis du laboratoire sont dans les mains des
7 autorités mauriciennes.

8
9 THE PRESIDENT: And when you say "agencement,"
10 that would be which part of the building is related to which
11 activity? Was that at the time of the business plan, or was it
12 after, roughly?

13
14 ME. POULAIN: La date de la transmission? Ce
15 plan a été transmis le 20 avril 2015.

16
17 THE PRESIDENT: Okay. I mean, obviously, I'm
18 mindful of the fact that none of this is on record. But I'm
19 also mindful of the fact that you're answering a question. So
20 I'm very grateful to that. Again, same caveat that I said
21 earlier on, if we believe that this is an important part that we
22 would base our decision on, we would obviously ask that these
23 elements are transmitted to the Tribunal, that they become part
24 of the file and that all the parties have an opportunity to
25 comment on them if necessary. That is, I think, due for further

1 deliberations amongst the Tribunal if necessary.

2
3 ME. POULAIN: Voilà pour les éléments, on va
4 dire, tangibles de savoir-faire de nos clients qui ont été
5 remis, en confiance, dans les mains du BOI.

6
7 DR. HEISKANEN: There is very basic confusion
8 about what know how and using know how as an investment means.
9 Know how is an asset of a company or an individual. If it's
10 invested, it means that ownership of that know how is
11 transferred to a locally incorporated company or the local
12 business venture, either in the form of intellectual property,
13 patent or otherwise, or in the form of goodwill.

14 Know how is not something that exists in the head
15 of an individual, it's an asset, and it has to be transferred.
16 There is no evidence of transfer of ownership of know how either
17 in the form of intellectual property or goodwill to the three
18 local companies that were incorporated. There has been no
19 investment of know how in Mauritius based on the evidence we
20 have in this case.

21
22 THE PRESIDENT: That concludes the initial set of
23 questions we had about the investment, and I thank both sides
24 for their answers. But maybe this has triggered some additional
25 questions on behalf of my colleagues.

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25

PROF. PAULSSON: They've been covered.

PROF. CAPRASSE: Mine too. Just for the sake of clarity, at some point this morning, there was a reference to an amount of 400,000 euros. And I have nothing about that now. Just to be clear on that, if you had the possibility to give us some clarification on that.

ME. POULAIN: A ce stade, c'est le montant qui ressort de l'analyse financière qui a été faite par le premier expert judiciaire pour évaluer le préjudice. C'est juste un montant de préjudice hors « *lost profit* ». Mais je ne suis pas en mesure de vous le détailler.

PROF. CAPRASSE: Okay. Thank you. So my understanding of your answer is that you are not referring to that as part of the investment.

ME. POULAIN: Oui.

PROF. CAPRASSE: Thank you.

THE PRESIDENT: I have one final question, and this is to the Respondent. On the test that we as a Tribunal

1 should apply for the purpose of establishing whether or not
2 there is an investment, we have heard both sides referring to
3 the *Salini* test and the three criteria, at least under this
4 test, as contribution, duration, and risk.

5 At least *Salini* initially, and also subsequently
6 in other decisions to the extent they are relevant for us, which
7 I'm not commenting on at this stage, there was a fourth
8 criterion that, on the Claimant's side, has been referred to,
9 and that is the contribution of the development of the economy
10 or the development itself of the host state.

11 I am just asking what the Respondent's position
12 is not on the criteria itself, but whether or not this is part
13 of the test that this Tribunal should apply.

14
15 DR. HEISKANEN: We leave it for the Tribunal to
16 decide whether it should have been for its decision but the
17 Claimant considers that that is part of the test. It is
18 something that the *Salini* Tribunal derived from the preamble of
19 the ICSID Convention, which identifies this as one of the
20 purposes of the convention, the economic development of the host
21 state. In our submission, it is not a part of the definition of
22 investment. It is something that the Tribunal may consider in
23 determining whether investment has been made, but it is a more
24 question of whether the purpose of the ICSID Convention is to
25 promote foreign investment as a whole and foreign investment as

1 a whole taken together may contribute to the economic
2 development of the host state, but it may be a bit unreasonable
3 to expect that any particular individual investment would
4 significantly contribute to the economic development of the host
5 state.

6 That being said, it is the Claimant's case that
7 that is part of the definition, and the Tribunal will have to
8 consider how it approaches that argument.

9
10 THE PRESIDENT: Just any immediate comments on
11 that, if you want to. You don't have to.

12
13 ME. POULAIN: Non, pas vraiment. Encore
14 une fois, je pense que la définition de l'investissement inclut
15 le critère de contribution. Je pense que la contribution
16 économique n'est pas uniquement tribulaire d'une approche
17 numéraire. Je pense que le savoir-faire, quand bien même il ne
18 serait pas capitalisé ou « goodwillisé », fait partie de la
19 dimension de l'apport que peut avoir un investisseur étranger,
20 notamment dans le cadre de l'expertise telle que celle de nos
21 clients peut apporter à un pays comme Maurice. Bien évidemment,
22 ce n'était pas le chantier économique du siècle, encore fois,
23 puisqu'il s'agissait, pour Maurice, d'apporter à sa justice une
24 capacité d'améliorer sa capacité à dénouer des affaires
25 épineuses. Après, c'est une question, on va dire, d'approche.

1 Est-ce que l'on doit considérer que ce type d'apport ne
2 contribue pas au développement d'un pays? Est-ce que la justice
3 fait partie du développement d'un pays? Ce sont des questions
4 auxquelles je vous laisse répondre.

5
6 DR. HEISKANEN: Madam President, can I just
7 comment briefly on this because there were two issues raised.
8 First of all, there is a DNA laboratory in Mauritius, so this is
9 not a question of having something, set up something in
10 Mauritius that doesn't exist. It would have been a question
11 whether there would be a private laboratory to create
12 competition with the public one.

13 Whether that is a question of significant
14 contribution to the economic development of Mauritius is, as we
15 discussed, an argument that the Claimants are making.

16 On the other hand, there is a requirement that
17 the capital contribution or commitment of capital to be made by
18 a foreign investor must be significant, and the amounts that we
19 had just discussed do not meet the threshold.

20
21 THE PRESIDENT: I think we can -- oh, you had
22 another question, sorry.

23
24 PROF. CAPRASSE: On the notion of investment,
25 before moving a thing -- that was your goal, Madam Chair,

1 through the MFN. Okay. So I've two very brief question. Under
2 a notion of investment for Respondent to give you the
3 opportunity to explain what your position is on some of the
4 arguments that have been made by Claimant, you've heard that
5 they said and they wrote that when looking at what the
6 investment is, we should take into account the fact that, in
7 their position, the investment would have been stopped because
8 of a wrongdoing by the state. That's my first question. What
9 is your reaction to -- okay, when you look at the investment, we
10 have to look maybe in the future, if it is argued that the
11 continuation of the investment has not occurred because of the
12 state. That is my first question to you, giving you the
13 possibility to overly answer to that if you wish so.

14 And the second one is, they have insisted during
15 their oral submissions on the fact that they would have been
16 treated as investor, *inter alia*, if I understood correctly, by
17 the BOI, what is your view on that, on the relevance of that, on
18 the accuracy of that. These are my two questions.

19
20 DR. HEISKANEN: On the first point, of course, if
21 there is a breach of an investment treaty and damage or loss of
22 the investment made, there must have been an investment for a
23 breach to be capable of occurring. Breach doesn't create an
24 investment. There must be an investment already in place made
25 before an investment really can be breached.

1 Of course, that may mean that the further
2 investments that the foreign investor may have invested could
3 not be made, but that goes to the question of valuation of
4 damage and quantum of damage. It doesn't go to the question of
5 investment. There must be an investment for a breach of an
6 investment really to be capable of occurring.

7 And there were some arguments made this morning,
8 for instance, that an approval of an investment means or shows
9 or establishes that there was an investment. Of course, that is
10 not the case. An approval of an investment may occur in two
11 different circumstances. It may occur in circumstances where
12 they -- restructuring of the investment, pre-existing
13 investment, which was the case in the case between PMI, Philip
14 Morris, and Australia. There were extensive investments in
15 Australia by the claimants in that case.

16 There was a restructuring of those investments in
17 Hong Kong, which required the new entity to obtain approval for
18 those pre-existing investments, or rather their transfer to the
19 new entity. That approval is an approval of a pre-existing
20 investment.

21 Now, approval of an investment may also occur in
22 circumstances where it consists an admission in the sense that
23 there is no investment yet, but an approval is given to a
24 foreign investor to make an investment, which is the situation
25 that the Claimant alleges we had here, the cases that the

1 October 2014, I believe, non-objection amounts to an approval of
2 the investment.

3 That approval -- and we contest that it was an
4 approval -- it was simply a no objection, no absence or
5 objection in principle for making that investment, of course,
6 cannot convert any of the expenses that may have been made by
7 the Claimants in advance of that decision into investments. It
8 simply means that now, as of that date, accepting the Claimant's
9 case on that argument, they would be entitled to make an
10 investment, which they still have to make. There is no
11 investment until there is contribution of capital, commitment of
12 capital and so on, which never occurred in this case. It's
13 uncontested that these three companies never engaged in
14 substantial business of substantial business activity, and no
15 investment was ever made.

16 The fact that the board of investment dealt with
17 the Claimant, the Claimants and -- liaised with them as they are
18 required to do under Mauritius law as a one stop shop. They
19 were treating the Claimants as potential investors who were
20 interested in making an investment.

21 It doesn't make them investors who have made an
22 investment. This is simply the evidence and what the evidence
23 shows. These were potential investors. They had a business
24 plan. They were interested in making an investment, but they
25 never made that investment.

1
2 ME. POULAIN: Je ne suis pas d'accord avec ce
3 que vient de dire Veijo Heiskanen. Lorsque la plus haute
4 autorité d'un pays dit « je n'ai pas d'objection à ce projet ;
5 vous pouvez communiquer, conformément à ma non-objection, avec
6 l'investisseur » et que le BOI nous écrit pour dire
7 « maintenant, constituez une société », me dire que la société
8 que je constitue ne fait pas partie d'un process de réalisation
9 d'un investissement, je ne peux pas l'admettre. Encore une
10 fois, on n'est plus à la phase papier. On constitue des
11 sociétés, ce sont des sociétés qui, bien que n'ayant pas encore
12 d'activité, on va dire, commerciale, opérationnelle, puisque,
13 évidemment, le laboratoire n'était pas construit, ce sont des
14 sociétés qui avaient des mandataires, qui votaient des
15 résolutions, qui votaient des décisions. Ce sont des sociétés
16 qui ont fait leur liasse fiscale. Ce sont des sociétés qui ont
17 bouclé des exercices comptables. Oui, elles sont faiblement
18 capitalisées. On n'a jamais prétendu le contraire. Mais où,
19 dans le traité, où dans la loi mauricienne est-il indiqué que
20 les sociétés doivent être capitalisées à telle hauteur? Qui a
21 fixé ce seuil? Qui distingue entre les gros et les petits?

22 Avant que j'oublie, vous nous avez pertinemment
23 interrogés sur le *fast track committee* ce matin. Le *fast track*
24 *committee* a été mis en place en 2015 par le nouveau
25 gouvernement, parce qu'il y a eu un changement de gouvernement à

1 Noël 2014 ou en janvier 2015, qui annonce que « pour booster les
2 projets, on va mettre un *fast track committee* ». C'est-à-dire
3 que le texte de la loi sur les investissements a changé en 2015
4 pour instaurer le *fast track committee*. Et quelle est la
5 mission du *fast track committee* ? Il est de mettre en œuvre.
6 Il n'est pas d'approuver. Il est de mettre en œuvre les
7 projets. Donc, il y a une certaine logique. Notre projet a été
8 approuvé par les plus hautes autorités mauriciennes en octobre
9 2014. Il y a eu un changement de gouvernement, d'ailleurs c'est
10 peut-être ce changement de gouvernement qui est à l'origine du
11 revirement qui est arrivé plus tard, mais c'est ce nouveau
12 gouvernement qui a choisi de mettre en place une procédure de
13 *fast track committee* pour mettre en lumière une shortlist de
14 projets pour les booster parce qu'il considérait que cette
15 shortlist de projets avait une valeur, certainement pas
16 capitalistique pour le nôtre, mais c'est bien que le
17 gouvernement mauricien estimait que notre projet avait une
18 valeur, si on a intégré la liste des *fast track committees*, pour
19 le moins. Mais c'est ce qui explique cette séquence
20 modification du texte et donc, mise en place du *fast track*
21 *committee*, ce qui donne, à mon avis, une réponse à votre
22 question de ce matin.

23

24 THE PRESIDENT: Thank you. And just for the
25 record as I've actually checked it myself and looked it up, and

1 it is Section 18(D), contains the definition. And this is in
2 the Mauritius Investment Act. That's just for the record.

3
4 ME. REGUAD: Madame, est-ce que je peux juste
5 mentionner un dernier point pour répondre brièvement à votre
6 question sur la contribution qui a été posée aux défendeurs et
7 sur laquelle on n'a pas pu réagir directement?

8 Les défendeurs invoquent très brièvement le fait
9 que de toute façon, les compétences étaient disponibles à
10 Maurice avec le FSL et que donc, le laboratoire public était
11 présent et que nous serions venus nous implanter à Maurice avec
12 un laboratoire privé qui serait venu faire concurrence au FSL.
13 Il faut rétablir les faits : ce n'est pas du tout le cas ! On
14 n'a pas monté le projet pour concurrencer le laboratoire public.
15 Le FSL a d'ailleurs toujours été impliqué dans le projet. Le
16 FSL ne dispose pas de ce type de compétences, il a d'autres
17 compétences, mais il ne dispose pas des compétences d'analyse
18 ADN dont dispose le laboratoire à Bordeaux, et dont le
19 laboratoire à Maurice devait disposer. Il n'y avait pas de
20 question de concurrence. Il y avait bien une question
21 d'apporter une nouvelle compétence, une nouvelle expertise et de
22 monter un laboratoire d'excellence à Maurice, ce qui est
23 complètement différent. Je vous remercie.

24
25 THE PRESIDENT: Thank you very much to both sides

1 for answering our very many questions. We've indulged in quite
2 a few questions regarding the investment, and I'm mindful of the
3 fact that we only have five minutes left until the end of this
4 session as we have planned it in our agenda. This seems rather
5 a short time to discuss the remaining questions of MFN clauses,
6 and therefore, I ask the parties where they would be happy,
7 agreeable to the fact that we would extend, say, for 15 minutes,
8 the Hearing time today until 4:15.

9
10 DR. HEISKANEN: The Respondent certainly has no
11 objection. The questions of the Tribunal is why we are here.

12
13 ME. POULAIN: Ça nous convient parfaitement
14 également.

15
16 THE PRESIDENT: I thank both sides for their
17 understanding, and so we will extend the Hearing time until
18 4:15. I hope that is also convenient from the technical side.
19 Thank you.

20 So moving now to the questions relating to the
21 Most Favoured Nation clause and the question of consent more
22 broadly, I would maybe ask if the Claimants, you had the slide
23 with Article 8 as a PowerPoint. Maybe at some point, you could
24 try to get this back on because I think it would help us to
25 focus our attention on some of the language there in due course,

1 if that is possible at all. If not, we all have it in front of
2 us, but then we could share that slide.

3 And we will ask a couple of questions regarding
4 the specific wording, and maybe starting with the beginning,
5 which is that Article 8(2) refers to the fact and I probably
6 should quote this from the French, "*pour les matières régies par*
7 *la présente convention, les investissements des ressortissants*"
8 and so forth and so on.

9 So we obviously heard quite a bit this morning
10 about the meaning of "*matières*". I think we have two questions
11 in relating to this particular subset or subpart of Article
12 8(2), and that is, what is the implication of the word "*régie*",
13 as opposed to, for instance, "dealing with". Is there a meaning
14 that this Tribunal should attach to the fact that Article 8(2)
15 refers to the fact that the "*matières régies par la présente*
16 *convention*"? And the second question is there might be some
17 more questions, but we'll start with these two, is we've also
18 heard some submissions this morning about the general *ejusdem*
19 *generis* principle. Is this reference "*pour les matières régies*
20 *par la présente convention*", a mere reference to the *ejusdem*
21 *generis* principle, and therefore should the test for the *ejusdem*
22 *generis* principle apply equally to the interpretation of
23 Article 8(2), or is this a separate and different test, and if
24 so, why and how?

25 I think it probably makes sense if we start with

1 the Respondent on those two questions, the implication of the
2 word "*régie*", and whether or not this part of the sentence is a
3 mere reference and therefore implies the same test than the
4 *ejusdem generis* rule.

5
6 DR. HEISKANEN: "*Régies*" is translated in the UN
7 version as "governed". It refers to the *matières* or the subject
8 matters governed or regulated by this treaty. I'm not sure
9 whether there's any issue in terms of how that is defined. It
10 is a question of defining the scope, the scope of the MFN
11 clause.

12 The MFN clause only governs subject matters that
13 are regulated in this treaty. That's all it says. And if
14 there's a subject matter that is not regulated or governed by
15 this treaty, it's not covered by the MFN clause. It simply
16 determines the limits, which is the term also used by the ILC in
17 its Draft Articles. It determines the limits of the MFN clause.
18 That is the simple reading of it in its ordinary meaning.

19 And then the Tribunal would have to determine
20 what are the subject matters governed by this treaty in order to
21 determine whether the Claimants are entitled to invoke subject
22 matters governed in another treaty; in this case, the Finland-
23 Mauritius BIT, and the test, as we indicated, that the Tribunal
24 should apply, and which was identified by the International Law
25 Commission on whether there's a substance of identity between

1 the subject matters of the provision of the treaty that is being
2 invoked for purposes of MFN treatment and the corresponding
3 provision in the third-party treaty.

4 So the *régies* or governed term here simply
5 defines the limits or the scope of the MFN obligation in this
6 treaty.

7
8 THE PRESIDENT: Did you want to answer the second
9 question, or did you already answer the second question?

10
11 DR. HEISKANEN: Can you remind me of the second
12 question again because it was linked?

13
14 THE PRESIDENT: I think you did actually answer
15 it. Whether the test to define "*pour les matières régies par la*
16 *présente convention*", and therefore the limits of the MFN clause
17 is the same under the general *ejusdem generis* principle and the
18 specific wording in that clause. Is there a different test for
19 the general principle and under the specific clause, or is this
20 sentence at the beginning just a reference to the general
21 principle, *ejusdem generis*?

22
23 DR. HEISKANEN: Well, the *ejusdem generis* rule is
24 simply a rule of treaty interpretation that applies in
25 particular to MFN clauses. So this is an MFN clause that we

1 have in front of us in Article 8. And what the *ejusdem generis*
2 rule tells us is to look at the subject matter of the provision
3 and how that subject matter is defined, how it is delimited in
4 the MFN clause. And it tells us that you have to compare the
5 subject matter as defined and as delimited in the MFN clause
6 with the corresponding provision in another treaty. That is the
7 purpose of the *ejusdem generis* rule. It's a substantive
8 comparison between the subject matters of these two clauses. It
9 is not a question of looking at whether certain words are used,
10 as we already discussed in the morning, it is really a
11 substantive determination in terms of whether there's a
12 substance or identity between these two clauses.

13 And as we have submitted, it should be obvious in
14 this case that the subject matter of Article 9 of the France-
15 Mauritius BIT and Article 9 of the Finland-Mauritius BIT does
16 not meet the test of substance or identity. That is quite
17 obvious when you look at the two provisions next to each other.

18
19 THE PRESIDENT: Thank you. Same questions to the
20 Claimants.

21
22 ME. POULAIN: Madame la présidente, au risque de
23 vous décevoir, je ne suis pas sûr d'avoir saisi toute la portée
24 de votre question. Est-ce que je peux vous demander de la
25 reformuler en français?

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25

THE PRESIDENT: Both of them?

ME. POULAIN: *Oui*, both of them.

THE PRESIDENT: I'll try. La première était tout simplement d'élucider l'importance du mot « régies » dans l'article 8(2) du traité puisque, je cite l'article 8(2), qui dit : « Pour les matières régies par la présente convention autres que celles visées à l'article 7, on peut bénéficier... » Et là, je ne cite plus, I'm paraphrasing, "*on peut bénéficier de conditions plus favorables*".

Est-ce que ce Tribunal doit attacher de l'attention et de l'importance au mot « régies » et « régies » est peut-être différent de « faisant référence à » ou « étant mentionné » et si oui, quelle est l'importance de ce mot « régies » selon vous ? C'est la première question.

La deuxième question est beaucoup plus générale, c'est que vous avez tous les deux, les parties ont toutes les deux fait référence à un principe général de droit international, qui est *ejusdem generis*. Et donc, il faut regarder quelle est la limite de la clause de MFN et selon les différents commentaires, etc., on regarde donc si le *subject matter* -- je vous le dis en anglais ici -- est le même, si c'est du même genre, peut-être, en français. Et si la référence au

1 début de l'article 8(2) n'est en quelque sorte qu'une référence
2 à ce principe général ?

3 Si nous, en interprétant l'article 8(2), les
4 premiers mots « dans les matières régies par la présente
5 convention » ne sont en réalité qu'une référence à ce principe
6 général et donc, en appliquant le test du *ejusdem generis* en
7 même temps, on applique ce qui est prévu par l'article 8(2) du
8 traité?

9 Est-ce que c'est plus clair ?

10

11 ME. POULAIN: Oui, c'est forcément plus clair. Je
12 ne me suis pas interrogé personnellement sur le terme
13 « régies ». Je comprends votre question, parce que « régir »
14 peut vouloir dire -- je l'entends comme ça -- organiser,
15 « organiser le régime de »... Et donc, cela peut impliquer
16 quelque chose de peut-être plus précis. Comme ça, j'essaie de
17 comprendre votre orientation, votre réflexion. Maintenant,
18 « autres que celles visées à l'article 7 » ? Je reste sur une
19 lecture de la première phrase, finalement, quasiment article par
20 article, vous n'avez pu que constater une certaine homogénéité
21 dans la forme des TBI. L'article 9 qui répond à l'article 9, ça
22 peut être un hasard, mais ce n'est pas un hasard.
23 L'articulation des dispositions, le traitement juste et
24 équitable, l'expropriation, les clauses de règlement des
25 différends... Il y a une architecture des TBI. Ce qui rend

1 facile d'ailleurs l'application, *a priori*, du principe *ejusdem*
2 *generis* -- on passe de la 9 à la 9, de la 9 à la 9, de la 10 à
3 la 10, etc. Pour moi, régir, cela veut dire... n'apporte pas, le
4 terme même n'apporte pas, on va dire, une exigence de précision
5 sur le sujet ou une exigence évidente de disséquer, au sein de
6 la matière, ou dans les matières... Pour moi, l'expression
7 « matières » est un contenu qui reste large, quasiment
8 thématique, une question. Je ne lis pas d'indication dans le
9 terme « régies », une exigence de précision. Si on devait voir,
10 par exemple, dans l'emploi du terme « régies » le fait que
11 l'article 9 serait d'un genre ou d'une matière différente --
12 l'article 9 du traité -- que l'article 9 du traité avec la
13 Finlande... j'aurais quand même beaucoup de mal à accepter ce
14 raisonnement, si c'est celui que vous voulez induire.

15 *Ejusdem generis*, sur la mise en fonction de ce
16 principe, j'avoue que je n'ai pas eu de difficulté, à partir du
17 moment où l'on admet évidemment que le règlement des différends
18 investisseurs/États est une matière du traité, le mettre en
19 œuvre avec le traité de la Finlande relève de la quasi-évidence.
20 Oui, des difficultés pour passer d'un traité de promotion et de
21 protection des investissements à un traité d'amitié, peut-être,
22 pour passer d'un traité de coopération judiciaire, pourquoi pas?
23 Pour passer à un traité de double-imposition, ce qui serait très
24 intéressant à faire. Mais passer de TBI à TBI, d'article 9 à
25 article 9, d'articles relatifs au règlement des différends

1 investisseurs/États à un autre article relatif au règlement des
2 différends investisseurs/États ? Je pense que l'on pousserait
3 la précision dans un esprit qui irait au-delà des sens
4 ordinaires des termes qui sont soumis à votre interprétation...
5 Sous réserve que j'aie compris votre question...

6
7 THE PRESIDENT: Absolutely. And thanks to both
8 of you for your answers. I'm mindful of time. And I would like
9 to give an opportunity to both co-arbitrators to ask additional
10 questions if there are any. But I might have one more. What I
11 would suggest is that I actually -- and this is obviously like
12 all the others, questions that we've already pre-discussed.

13 One more question that I might want to put to
14 you, but you don't have to answer it now. Maybe this is
15 something that you want to address tomorrow in your closing
16 statements. And this is once we have defined the subject
17 matters of Article 9 of the respective treaties, how we then
18 compare those subject matters.

19 And I'm referring you in particular to a thought
20 that was included in Yves Nouvel's opinion. This is paragraph
21 82, I believe, that the determination of the subject matters,
22 and therefore the comparison between the subject matters must be
23 determined objectively and not subjectively, meaning that what
24 we compare are not the subjective rights of the investors under
25 one treaty or the other, but provisions of the treaty

1 objectively; here's a provision in one treaty and here's a
2 provision in the other treaty.

3 I think that's a fair summary of -- I'm sure he
4 expressed it much better than I do now, but this is a point on
5 which the parties might want to touch upon tomorrow during the
6 closing statements. I don't expect you to answer this right
7 now, because as I said, I would like to make sure that we do
8 have time for further questions from the co-arbitrators, which
9 I'm sure there will be.

10
11 MR. PAULSSON: Une seule, c'est une question,
12 premièrement, pour les demandeurs.

13 En mathématiques, il serait inconcevable de considérer que
14 la valeur d'une chose est à la fois supérieure et inférieure à
15 la valeur d'une autre chose, d'une autre même chose. Ici nous
16 sommes en train de comparer les dispositions dans les traités
17 bilatéraux. Il faut savoir qu'ils sont plus ou moins
18 favorables. Il me paraîtrait paradoxal, pour le moins, de
19 considérer qu'une disposition peut à la fois être inférieure et
20 supérieure à une autre disposition dans un autre traité.

21 Dans l'enfance de la discussion sur les clauses plus
22 favorables on parlait souvent des choses très simples (tarifs
23 douaniers, 5 % et 10 %, on sait lequel est plus ou moins
24 favorable selon l'optique de la partie qui voudrait en invoquer
25 le bénéfice).

1 Qu'est-ce qui nous permet d'affirmer que dans tous les cas,
2 le traité finlandais est supérieur au traité mauricien? Je
3 comprends très bien : dans la position où le demandeur se trouve
4 aujourd'hui, la situation est claire, mais imaginons un autre
5 jour. Un investisseur finlandais voit ce qu'il peut faire. Il
6 a un contentieux contre Maurice. Il réfléchit et quelqu'un lui
7 « file » le traité de 1973. Il dit: « Écoutez, mon
8 investissement est assez complexe. Quand je vois ce que me
9 donne le traité qui fait cinq pages, je préfère un accord sur
10 les investissements! Je veux cinquante pages! Je veux dix
11 annexes! Je me sentirais beaucoup plus en sécurité. Et là,
12 j'aurais également une clause CIRDI. Qu'est-ce qui me permet de
13 dire que cette clause-là n'est pas plus favorable et où sommes-
14 nous si on peut traiter ces dispositions d'une manière...
15 continuellement fluide et indéterminable, sauf dans l'optique
16 subjective d'une partie?

17 Peut-être y réfléchir pour demain...

18
19 ME. POULAIN: Pour ne pas vous imposer un silence. Je
20 comprends votre raisonnement, bien qu'en pratique, si un
21 investisseur a le pouvoir de négociation, de solliciter auprès
22 de Maurice la rédaction d'un contrat de cinquante pages, je
23 pense qu'il aura le pouvoir de lui imposer une clause
24 d'arbitrage. Encore une fois, l'article 9 du traité entre la
25 France et Maurice, ce n'est pas une obligation de conclure une

1 convention d'investissement. S'il y a accord, à ce moment-là,
2 il y a l'engagement de consentir à l'arbitrage. Ce circuit-là...
3 Un investisseur finlandais qui irait chercher l'application ou
4 invoquerait les dispositions du traité français de 1973 pour
5 aller chercher une clause compromissoire dans un contrat
6 d'investissement, je l'entends mais elle me... Dans une première
7 approche, elle me surprend et ne me paraît pas évidente.

8 Deuxième point, si l'on essaie de se positionner
9 sur ce qui est favorable ou pas favorable, j'ai été frappé -- je
10 ne l'ai pas relevé tout à l'heure lors de mon opening statement
11 -- qu'à la toute fin de son raisonnement sur la MFN, Maurice me
12 dit « vous ne touchez pas à la clause de règlement des
13 différends mais par contre, soyez bien certains que vous
14 pourriez invoquer la clause sur l'expropriation qui est
15 effectivement bien plus favorable dans le traité finlandais. »
16 Donc, déjà, cet argument m'indique que Maurice n'est pas choqué
17 à l'idée du jeu de la MFN. S'il l'admet pour la disposition
18 relative à l'expropriation et qu'il a parfaitement intégré la
19 possibilité de la mécanique, et que finalement, l'opposition à
20 ce que cette mécanique joue pour fonder la compétence du
21 Tribunal arbitral, excusez-moi, elle est de circonstance. Elle
22 est de circonstance, c'est un argument d'opportunité. Vous avez
23 bien compris que Maurice promeut l'arbitrage et si aujourd'hui
24 il invoque l'absence d'un consentement, ce n'est pas l'absence
25 d'un consentement qu'il invoque, c'est le fait qu'il ne veut pas

1 l'arbitrage. Ce sont deux choses assez différentes
2 psychologiquement. Le consentement à l'arbitrage, il a donné et
3 redonné. Il a donné aux Finlandais. Je vous rappelle qu'on est
4 quand même dans des... On est frères au sein de l'Union
5 européenne, du point de vue du droit de l'investissement, depuis
6 Achmea, c'est difficile de différencier les régimes applicables
7 aux investisseurs européens. Qu'est-ce qui doit dissocier le
8 régime applicable à un investisseur finlandais d'un investisseur
9 français? L'essence de la MFN, c'est d'effacer les
10 discriminations. C'est un argument que je n'ai pas forcément
11 creusé et développé mais il y a aussi cette idée que le
12 Finlandais, ce n'est pas un Nordique, et que le Français,
13 quelqu'un au Sud. Non, non! On est dans la même logique
14 économique, dans les mêmes logiques de partenariat. Le même
15 régime doit nous être appliqué.

16

17 DR. HEISKANEN: If I may just comment briefly on
18 Professor Paulsson's question, it's a useful reminder of what
19 MFN clause is initially supposed to serve. They are supposed to
20 eliminate discrimination between the beneficiaries, whether
21 states or private parties. MFN treatment is the cornerstone of
22 the GAT agreement, for instance, and its purpose is to ensure
23 that any privileges or other benefits granted by one member
24 state to another member state are granted to all third states,
25 for instance, in terms of reduction of tariffs or other barriers

1 to trade.

2 It's about opening borders for trade. It is
3 about the substantive treatment of investors, the same treatment
4 in terms of fact, no discrimination between investors of the
5 contracting parties and investors of third states. The goal is
6 to eliminate discrimination as a matter of fact.

7 It has also been used for purposes of ensuring
8 the same level of legal treatment in terms of the standards of
9 investment protection to be applied. That is the core and that
10 is the main purpose of MFN clauses in investment treaties.

11 The extension of MFN treatment to dispute
12 resolution is a very different thing. This is why it is legally
13 also a very different thing because of what we have discussed
14 earlier today, severability and so on.

15 Let's keep in mind that the treatment in relation
16 to dispute resolution, allegedly more favourable dispute
17 resolution only arises after dispute has arisen. It's not a
18 question, there's no issue at all whether the investors have
19 been treated equally at the time when they were in charge or
20 performing their investments.

21 We are already talking about treatment in a very
22 different sense; treatment in the dispute resolution process,
23 not treatment at the time of the investment. So let's not
24 forget about the main purpose of MFN treatment, which is to
25 ensure and to eliminate discrimination between beneficiaries of

1 the BIT and beneficiaries of another BIT. The purpose is to
2 create an even playing field for foreign investors in terms of
3 treatment, substantive treatment as a matter of fact and as a
4 matter of law, and extending that treatment to investment
5 arbitration proceedings is a very different thing. It's
6 important not to lose sight of that.

7
8 THE PRESIDENT: Thank you. That remains for us,
9 the Tribunal, to thank both sides for allowing us to ask
10 extensive questions. I think it has been very helpful for us to
11 hear you. I think that's what we're here for, to have the
12 opportunity to elucidate questions that we wanted to ask you.
13 We still have, obviously, tomorrow. We are looking forward to
14 listening to the closing statements, which will start at 9
15 o'clock.

16 We indeed have a little bit more time, if
17 necessary, at the end of the Hearing to address any further
18 questions, but we wanted to make sure that we give you as much
19 questions as we have today. And again, a very warm thank you
20 for answering all of our questions. So with that, we will close
21 today's Hearing and we will reconvene tomorrow at 9 o'clock.
22 Thank you.

23
24 ME. POULAIN: Thank you.
25

1
2
3
4
5

DR. HEISKANEN: Thank you.

MATTER ADJOURNED