

# BGer 4A 65/2018 vom 11. Dezember 2018

Bundesgericht, 2018-12-11, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_65\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_65_2018)

FR: TF 4A 65/2018 du 11 décembre 2018

IT: TF 4A 65/2018 del 11 dicembre 2018

## Regeste

arbitrage international; compétence; droit d'être entendu | Jurisdiction arbitrale

## Erwägungen

### E. 1

D'après l'art. 54 al. 1 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le Tribunal fédéral rédige son arrêt dans une langue officielle, en règle générale dans la langue de la décision attaquée. Lorsque cette décision a été rendue dans une autre langue (ici l'anglais), le Tribunal fédéral utilise la langue officielle choisie par les parties. Devant le Tribunal arbitral, celles-ci se sont servies de l'anglais, tandis que, dans les mémoires adressés au Tribunal fédéral, elles ont employé qui le français (la recourante), qui l'allemand (l'intimée). Conformément à sa pratique, le Tribunal fédéral rendra, par conséquent, son arrêt dans la langue du recours, c'est-à-dire le français.

### E. 2

Dans le domaine de l'arbitrage international, le recours en matière civile est recevable aux conditions prévues aux art. 190 à 192 LDIP (RS 291) en vertu de l'art. 77 al. 1 let. a LTF .

#### E. 2.1

Le siège de l'arbitrage a été fixé à Genève. La sentence attaquée constitue une décision incidente par laquelle le Tribunal arbitral a statué sur sa propre compétence ( art. 186 al. 3 LDIP ) et sur l'une des conditions matérielles de la demande (i.e. le fondement de la responsabilité de l'État hôte). Conformément à l'art. 190 al. 3 LDIP , elle peut donc faire l'objet d'un recours pour les motifs prévus à l'art. 190 al. 2 let. a et b LDIP ( ATF 143 III 462 consid. 2.2; 130 III 66 consid. 4.3 p. 75). De surcroît, la I re Cour de droit civil a indiqué, dans deux arrêts rendus en 2014, que les griefs visés à l'art. 190 al. 2 let. c à e LDIP peuvent aussi être soulevés contre les décisions incidentes au sens de l'art. 190 al. 3 LDIP , mais uniquement dans la mesure où ils se limitent strictement aux points concernant directement la compétence ou la composition du tribunal arbitral ( ATF 140 III 477 consid. 1, 520 consid. 2.2.3, arrêts auxquels se réfère l'ATF 143 III 462 , précité, consid. 2.2 p. 465). Le recours en matière civile prévu à l'art. 77 al. 1 LTF n'a généralement qu'un caractère cassatoire (cf. l'art. 77 al. 2 LTF qui exclut l'application de l'art. 107 al. 2 LTF dans la mesure où cette dernière disposition permet au Tribunal fédéral de statuer sur le fond de l'affaire). Cependant, exception est faite à ce caractère-là lorsque le litige porte, comme en l'espèce, sur la compétence du Tribunal arbitral. En pareille hypothèse, le Tribunal fédéral, s'il admet le recours, peut constater lui-même la compétence ou l'incompétence du tribunal arbitral ( ATF 136 III 605 consid. 3.3.4 p. 616). La conclusion par laquelle la recourante invite la Cour de céans à constater elle-même l'incompétence du Tribunal arbitral est, dès lors, recevable.

## **E. 2.2**

Pour qu'un grief admissible et dûment invoqué dans le recours en matière civile soit recevable, encore faut-il qu'il soit motivé, ainsi que le prescrit l' art. 77 al. 3 LTF . Cette disposition correspond à ce que prévoit l' art. 106 al. 2 LTF pour le grief tiré de la violation de droits fondamentaux ou de dispositions de droit cantonal et intercantonal. A l'instar de cet article, elle institue le principe d'allégation ( Rügeprinzip ) et exclut, par là même, la recevabilité des critiques appellatoires. De plus, le recourant ne peut se servir de la réplique ni pour invoquer des moyens, de fait ou de droit, qu'il n'avait pas présentés en temps utile, c'est-à-dire avant l'expiration du délai de recours non prolongeable ( art. 100 al. 1 LTF en liaison avec l' art. 47 al. 1 LTF ), ni pour compléter, hors délai, une motivation insuffisante. Il en va de même en ce qui concerne le contenu d'une éventuelle duplique (arrêt 4A\_34/2015 du 6 octobre 2015 consid. 2.2, non publié in ATF 141 III 495 ).

## **E. 2.3**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits constatés dans la sentence attaquée (cf. art. 105 al. 1 LTF ). Il ne peut rectifier ou compléter d'office les constatations des arbitres, même si les faits ont été établis de manière manifestement inexacte ou en violation du droit (cf. l' art. 77 al. 2 LTF qui exclut l'application de l' art. 105 al. 2 LTF ). Aussi bien, sa mission, lorsqu'il est saisi d'un recours en matière civile visant une sentence arbitrale internationale, ne consiste-t-elle pas à statuer avec une pleine cognition, à l'instar d'une juridiction d'appel, mais uniquement à examiner si les griefs recevables formulés à l'encontre de ladite sentence sont fondés ou non. Permettre aux parties d'alléguer d'autres faits que ceux qui ont été constatés par le tribunal arbitral, en dehors des cas exceptionnels réservés par la jurisprudence, ne serait plus compatible avec une telle mission, ces faits fussent-ils établis par les éléments de preuve figurant au dossier de l'arbitrage. Cependant, le Tribunal fédéral conserve la faculté de revoir l'état de fait à la base de la sentence attaquée si l'un des griefs mentionnés à l' art. 190 al. 2 LDIP est soulevé à l'encontre dudit état de fait ou qu'il faille exceptionnellement prendre en considération des faits ou des moyens de preuve nouveaux dans le cadre de la procédure du recours en matière civile ( ATF 138 III 29 consid. 2.2.1 et les arrêts cités).

### **E. 2.4.1**

Saisie du grief d'incompétence ( art. 190 al. 2 let. b LDIP ), la I re Cour de droit civil examine librement les questions de droit, y compris les questions préalables, qui déterminent la compétence ou l'incompétence du tribunal arbitral. Ainsi a-t-elle été amenée à définir les notions de contract claims , de treaty claims et de clause parapluie au regard de certaines dispositions du Traité du 17 décembre 1994 sur la Charte de l'énergie (TCE, RS 0.730.0; ATF 141 III 495 consid. 3.2) ou encore à déterminer le sens que revêtait le terme "investissement" utilisé dans un traité bilatéral d'investissement conclu par les gouvernements de la République française et de la République socialiste du Vietnam, puis à rechercher si l'activité déployée par le soi-disant investisseur entrainé dans la définition de cette notion (arrêt 4A\_616/2015 du 20 septembre 2016 consid. 3 auquel se réfère l'arrêt 4A\_157/2017 du 14 décembre 2017 consid. 3.3.4). Elle en fera de même pour les notions d'investissements/investisseurs directs ou indirects (cf. consid. 3.2.1), de préinvestissements (cf. consid. 3.2.2) et d'intérêts essentiels de sécurité (cf. consid. 3.2.3) sur lesquelles la recourante fait fond. Cette interprétation s'effectuera conformément aux règles de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (RS 0.111; ci-après: CV; ATF 141 III 495 consid. 3.5.1 p. 503). Certes, contrairement à l'Allemagne et à la Suisse, pays

dans lesquels elle est entrée en vigueur, respectivement, le 20 août 1987 et le 6 juin 1990, la CV n'a pas été ratifiée par l'Inde. Il n'en demeure pas moins qu'elle a codifié le droit international coutumier en ce qui concerne l'interprétation des traités ( ATF 138 II 524 consid. 3.1) et qu'il n'y a donc pas d'obstacle dirimant à ce que référence y soit faite en l'espèce. Le Tribunal arbitral a d'ailleurs souligné que cette manière de procéder était incontestée (sentence, n. 109). Qui plus est, la recourante cite elle-même le texte de l' art. 31 par. 1 CV dans l'une de ses écritures versées au dossier de l'arbitrage ( Respondent's Rejoinder on Jurisdiction and Liability du 9 octobre 2015, p. 151, note de pied 482).

#### **E. 2.4.2**

L' art. 31 par. 1 CV prévoit qu'un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. En plus du contexte (cf. art. 31 par. 2 CV ), il sera tenu compte, selon l' art. 31 par. 3 CV , de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions (let. a); de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité (let. b) et de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties (let. c). Les travaux préparatoires et les circonstances dans lesquelles le traité a été conclu constituent des moyens complémentaires d'interprétation lorsque l'interprétation donnée conformément à l' art. 31 CV laisse le sens ambigu ou obscur ou conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable (cf. art. 32 CV ). L' art. 31 par. 1 CV fixe un ordre de prise en compte des éléments de l'interprétation, sans toutefois établir une hiérarchie juridique obligatoire entre eux. Le sens ordinaire du texte du traité constitue le point de départ de l'interprétation. Ce sens ordinaire des termes doit être dégagé de bonne foi, en tenant compte de leur contexte et à la lumière de l'objet et du but du traité. L'objet et le but du traité correspondent à ce que les parties voulaient atteindre par le traité. L'interprétation téléologique garantit, en lien avec l'interprétation selon la bonne foi, l'« effet utile » du traité. Lorsque plusieurs significations sont possibles, il faut choisir celle qui permet l'application effective de la clause dont on recherche le sens, en évitant d'aboutir à une interprétation en contradiction avec la lettre ou l'esprit des engagements pris. Un État contractant doit partant proscrire tout comportement ou toute interprétation qui aboutirait à éluder ses engagements internationaux ou à détourner le traité de son sens et de son but ( ATF 144 II 130 consid. 8.2.1 et les arrêts cités).

#### **E. 2.4.3**

Devra également être pris en compte, ci-après, l'argument de la recourante, ne faisant pas directement appel au procédé de l'interprétation, qui consiste à déduire l'incompétence du Tribunal arbitral de la prétendue illicéité du contrat A. \_\_\_\_\_ (cf. consid. 4).

#### **E. 2.4.4**

Il va de soi que l'examen à venir se fera dans les limites strictes que la jurisprudence susmentionnée a fixées de longue date à la cognition du Tribunal fédéral lorsqu'il statue sur un recours en matière civile dirigé contre une sentence rendue dans le cadre d'un arbitrage international.

### **E. 3**

Avant d'entrer en matière - sous ces réserves - sur le grief relatif à la compétence du Tribunal arbitral, il convient de résumer les motifs par lesquels les arbitres ont écarté les trois objections préliminaires que la recourante avait soulevées devant eux. Par souci de

simplification, la relation des arguments développés dans la sentence intérimaire prendra la forme du discours direct autant que faire se pourra.

### **E. 3.1.1**

L'objection de la recourante relative à la nature indirecte de l'investissement revendiqué par l'intimée suscite les deux questions suivantes: premièrement, les définitions des termes investissement et investisseur, qui figurent dans le TBI, impliquent-elles que ce traité bilatéral impose aux ressortissants de l'État d'origine de détenir directement, i.e. sans sociétés interposées, les actifs concernés? Secondement, le ressortissant de l'État d'origine qui ne détient pas directement les actifs affectés par les mesures incriminées peut-il se plaindre des violations matérielles du TBI consécutives à ces mesures?

#### **E. 3.1.1.1**

L'art. 1 (b) du TBI donne une définition large de l'investissement, laquelle recouvre tout type d'actif investi conformément à la législation nationale de l'État d'accueil; il en fournit d'ailleurs une liste non exhaustive d'exemples comportant notamment les actions d'une société et toute autre forme de participation dans celle-ci. Certes, la recourante souligne avec raison que l'énumération exemplative des actifs susceptibles de constituer un investissement au sens de la norme conventionnelle examinée a trait au type de droits entrant en ligne de compte à ce titre, et non à la condition que chacun d'entre eux doit remplir pour entrer dans cette définition de l'investissement. De fait, ladite condition réside dans la démarche consistant à investir l'actif concerné en conformité avec la législation nationale de la partie contractante qui accueille l'investissement effectué ("... invested in accordance with the national laws of the Contracting Party where the investment is made..."), en l'occurrence l'Inde. Cela étant, si l'art. 1 (b) du TBI exige que l'actif concerné soit "investi", il ne précise pas qu'il doit l'être directement, c'est-à-dire sans le truchement d'une ou de plusieurs sociétés interposées. Faute de toute réserve dans le TBI quant à la nature directe ou indirecte de l'acte requis de l'investisseur, le Tribunal arbitral interprétera les termes investissement et investi selon les critères posés à l'art. 31 par. 1 CV, en tenant compte du sens ordinaire qui doit leur être attribué de bonne foi dans leur contexte et à la lumière de l'objet ainsi que du but du TBI. Les investissements sont souvent effectués de manière indirecte pour diverses raisons légales et réglementaires, en particulier afin de bénéficier d'un régime favorable en matière de double imposition. Aussi le sens ordinaire des termes précités n'est-il pas restreint aux actifs dont un investisseur est propriétaire directement. L'objet et le but du TBI, qui consistent à stimuler l'initiative individuelle des entreprises et à augmenter le nombre d'investissements en vue d'accroître la prospérité des deux États, ne justifient pas non plus une interprétation restrictive de ces termes-là. Les décisions constantes d'un certain nombre de tribunaux d'investissement confirment qu'en l'absence de réserves expresses, le terme investissement embrasse à la fois les investissements directs et indirects. La sentence *Berschader c. Russie*, invoquée par la recourante, n'y change rien car elle vise un autre cas de figure. Il en va de même de la comparaison faite par l'intéressée entre le TBI et les traités d'investissement bilatéraux conclus par l'Allemagne et l'Inde avec d'autres États; dès lors que les méthodes d'interprétation primaires fournissent un résultat concluant, point n'est besoin de faire appel à la méthode d'interprétation complémentaire que constitue la pratique conventionnelle comparative. Cette dernière méthode n'est de toute façon pas déterminante: certains traités bilatéraux, plus détaillés que d'autres, fournissent des précisions sur le caractère direct ou indirect des investissements, sans que cela signifie, pour ceux qui le sont moins et ne

comportent pas semblables précisions, que les deux États signataires ont manifesté tacitement leur volonté commune d'exclure les investissements indirects. La recourante n'a d'ailleurs pas fourni les travaux préparatoires du TBI dont on pourrait inférer, le cas échéant, l'existence d'un tel silence qualifié. Le Tribunal arbitral conclut donc que la définition de l'investissement au sens de l'art. 1 (b) du TBI n'exige pas que les actifs soient détenus directement par le ressortissant de l'État d'origine afin d'être considérés comme des investissements protégés. Une conclusion différente devrait-elle être tirée de la définition du terme investisseur ? L'art. 1 (c) du TBI applique ce terme aux ressortissants ou aux sociétés d'une partie contractante qui ont effectué ou effectuent un investissement sur le territoire de l'autre partie contractante. L'Inde n'a pas fait valoir que le sens ordinaire du mot effectué s'opposerait à un investissement réalisé par sociétés interposées, ce qui serait du reste contraire à la pratique évoquée plus haut. S'agissant de la seconde partie de la définition, il est constant que A.\_\_\_\_\_ est une société ayant été constituée et existant en Inde. Par ailleurs, l'exigence que l'investissement soit effectué sur le territoire de l'État hôte ne limite pas la manière d'y procéder; il suffit donc que les actifs concernés, à savoir le résultat de la démarche d'investissement, se trouvent sur le territoire de l'État hôte. Au demeurant, les tribunaux arbitraux qui se sont penchés sur la question ont systématiquement refusé de déduire de la référence à un tel territoire une exigence de propriété directe des actifs constituant l'investissement. Il est donc suffisant que les actifs investis soient situés en Inde. Autrement dit, que l'intimée ne les détienne pas directement n'empêche pas de la considérer comme un investisseur.

#### **E. 3.1.1.2**

Différente est la question de savoir si un investisseur protégé, telle X.\_\_\_\_\_, peut agir contre des mesures affectant l'investissement qu'il ne détient qu'indirectement. L'art. 5 (3) du TBI contient une règle spécifique à cet égard. Il prévoit que, lorsqu'une partie contractante exproprie les actifs d'une société sise sur son propre territoire, dans laquelle des investisseurs de l'autre partie contractante détiennent des actions, elle doit veiller à ce que les dispositions des paragraphes 1 et 2 du présent article soient appliquées de la même manière afin de fournir une compensation en rapport avec l'investissement de ces investisseurs de l'autre partie contractante qui sont propriétaires desdites actions. La recourante croit pouvoir déduire de cette règle l'absence de qualité pour agir des actionnaires indirects. Toutefois, ladite règle ne concerne pas la qualité pour agir ni la question de savoir si un actionnaire peut présenter des demandes pour violation des dispositions substantielles du traité relatives à son investissement indirect. En effet, l'art. 5 (3) du TBI ne prévoit pas qui a qualité pour agir par rapport à des violations autres que l'expropriation, mais établit simplement qu'un actionnaire peut se prévaloir de l'interdiction d'expropriation due à la société dont il détient une partie des actions. Or, en l'espèce, l'intimée n'agit pas en lieu et place de cette société-là ni ne prétend se substituer à elle pour faire valoir ses droits découlant des normes primaires du TBI. Elle réclame, bien plutôt, l'indemnisation de la perte dérivée qu'elle a subie personnellement en raison des prétendues violations par l'Inde des obligations du traité protégeant les investissements des investisseurs de l'autre partie contractante. L'Inde ne conteste pas que le droit international des investissements permet aux actionnaires de se faire indemniser de la perte dérivée qu'ils subissent du fait de la violation des normes conventionnelles régissant leurs investissements. L'art. 5 (3) du TBI envisage une situation différente en ce qu'il permet à un actionnaire de bénéficier de la protection que ce traité accorde à la société dont il a acquis une partie des actions. Par conséquent, cette disposition ne peut être interprétée comme

limitant le droit distinct de l'actionnaire de porter en son propre nom une réclamation pour la perte dérivée qu'il a subie.

### **E. 3.1.1.3**

Les réponses ainsi apportées aux deux questions susmentionnées amènent le Tribunal arbitral à écarter l'objection préliminaire de la recourante fondée sur la nature indirecte de l'investissement de l'intimée.

### **E. 3.1.2**

A l'appui de sa deuxième objection préliminaire, la recourante, se fondant sur le texte précité de l'art. 3 (1) du TBI, d'après lequel ne seront protégés que les investissements effectués conformément à la législation et à la politique de l'État hôte, soutient que le traité en cause est le modèle type du traité à clause d'admission, par quoi il faut entendre un traité ne protégeant que les investissements ayant reçu l'aval de l'État d'accueil, à l'exclusion des activités de préinvestissement auxquelles se seraient limitées les démarches effectuées en l'espèce par l'intimée, via A.\_\_\_\_\_. Aussi, faute d'un investissement digne de ce nom, la clause arbitrale insérée dans le TBI serait-elle inapplicable dans le cas présent. Il n'en est rien. La clause litigieuse ne fait pas dépendre la protection que le TBI accorde aux investissements d'une partie contractante du bon vouloir de l'État hôte, qui serait appelé à entériner ou non l'investissement effectué sur son territoire, mais oblige cet État à admettre les investissements qui s'avèrent conformes à sa législation et à sa politique. En l'occurrence, rien n'indique que cette condition ne serait pas réalisée. Il est révélateur, à cet égard, que B.\_\_\_\_\_ n'ait pas invoqué cet argument alors qu'elle plaidait l'invalidité du contrat A.\_\_\_\_\_ dans l'arbitrage CCI. Au demeurant, à supposer, arguando, que l'art. 3 (1) du TBI revête le caractère d'une clause d'admission, force serait alors de constater que les autorités indiennes compétentes ont admis la participation indirecte de X.\_\_\_\_\_ au capital de A.\_\_\_\_\_ et ont ainsi approuvé cet investissement. Pour obtenir sa participation indirecte dans A.\_\_\_\_\_, X.\_\_\_\_\_ a d'ailleurs fourni des ressources financières substantielles, à savoir plus de 97 millions USD, apports en capital qui constituent des investissements protégés en vertu de l'art. 1 (b) (ii) du TBI. La recourante insiste sur le fait que A.\_\_\_\_\_ n'a pas obtenu la licence de la Wireless Planning and Coordination Wing of the DOT (ci-après: la licence WPC), autorisation qui était indispensable pour la réutilisation terrestre du spectre loué et sans laquelle le système A.\_\_\_\_\_ ne pouvait pas être déployé. L'importance d'une telle licence ne saurait être sous-estimée. Cependant, la définition de l'investissement donnée par le TBI ne s'applique pas qu'aux entreprises en fonction qui détiennent toutes les autorisations nécessaires à l'exercice de leurs activités, faute de quoi il faudrait en exclure, par exemple, un contrat de concession valable tant et aussi longtemps que le concessionnaire n'a pas obtenu la dernière autorisation pour commencer son activité. Une interprétation aussi restrictive ne serait pas justifiée à la lumière du texte, de l'objet et du but du TBI. Dès lors, l'absence de la licence WPC, si elle peut avoir diminué la valeur de l'investissement de X.\_\_\_\_\_ et est susceptible d'influer sur l'ampleur de la réparation réclamée par cette dernière, n'affecte pas la compétence du Tribunal arbitral. Il faut encore souligner qu'à l'inverse de la situation qui prévalait dans les affaires arbitrales invoquées par la recourante, lesquelles portaient sur des accords non obligatoires, voire simplement préparatoires, l'accord conclu le 28 janvier 2005 par A.\_\_\_\_\_ et B.\_\_\_\_\_ (le contrat A.\_\_\_\_\_), qui prévoyait la location de spectres satellitaires de valeur, avait force obligatoire puisqu'il était entré en vigueur après que B.\_\_\_\_\_ eut informé A.\_\_\_\_\_ qu'elle avait obtenu l'autorisation complète du

gouvernement indien pour procéder à la mise en oeuvre du bail.

### **E. 3.1.3**

L'art. 12 du TBI réserve à chacune des parties contractantes le droit d'appliquer des interdictions ou des restrictions dans la mesure nécessaire à la protection de ses intérêts essentiels de sécurité. Invoquant cette disposition, la recourante soutient qu'elle a pris la mesure incriminée, à savoir la résiliation du Contrat, pour la sauvegarde de tels intérêts, raison pour laquelle elle dénie à l'intimée le droit de se prévaloir des règles matérielles du TBI. Il y a lieu d'examiner cette troisième et dernière objection préliminaire.

#### **E. 3.1.3.1**

La disposition citée, dont l'objet est plus large que celui du moyen de défense que la coutume internationale a déduit de l'état de nécessité, n'est pas une clause discrétionnaire qui échapperait à tout contrôle. Son application suppose la réalisation des trois conditions suivantes: premièrement, la mise en oeuvre d'une interdiction ou d'une restriction; deuxièmement, l'existence d'intérêts essentiels de sécurité de l'État susceptibles de justifier cette interdiction ou cette restriction; troisièmement, le maintien de la mesure prise dans les limites du nécessaire. Comme rien, dans le texte de la disposition citée, ne requiert une interdiction ou une restriction de nature générale, le Tribunal arbitral n'a aucune difficulté à considérer que la mesure contestée - à savoir, la décision du CSS de ne pas fournir de position orbitale à B. \_\_\_\_\_ dans la bande S pour des activités commerciales, décision à l'origine de l'annulation subséquente du contrat A. \_\_\_\_\_ - remplit la première condition. L'analyse des deux autres conditions est plus complexe. S'agissant de l'existence d'intérêts essentiels de sécurité, le Tribunal arbitral accepte l'idée qu'il faille examiner la manière dont l'État hôte a appliqué cette condition avec un certain degré de déférence. Cependant, la marge d'appréciation consentie à l'État d'accueil ne saurait être illimitée, au risque de devoir entériner une décision qui donnerait un sens par trop extensif à la notion d'intérêts essentiels de sécurité, telle qu'elle ressort de l'interprétation de l'art. 12 du TBI. Il faut donc que les intérêts allégués soient en rapport avec la sécurité de l'État et qu'ils revêtent, de surcroît, un caractère essentiel. En effet, l'art. 12 du TBI, s'il est invoqué à bon escient, exclut l'application des obligations imposées par le traité, y compris celle d'indemniser l'investisseur ayant été exproprié de manière licite; il doit donc protéger quelque chose d'une valeur plus élevée que l'intérêt public auquel l'art. 5 (1) du TBI subordonne la validité de l'expropriation ou de la nationalisation d'un investissement. Les mêmes remarques sont de mise, mutatis mutandis, relativement à la troisième condition, celle de la nécessité de la mesure incriminée. Ici aussi, une latitude de jugement doit être reconnue à l'État hôte, en raison de la proximité de ce dernier avec la situation, de son expertise et de sa compétence; elle ne saurait toutefois être illimitée, sauf à favoriser le recours excessif à l'art. 12 du TBI qui rendrait complètement futiles les protections substantielles garanties par ce traité.

#### **E. 3.1.3.2**

Ayant ainsi fixé les limites de sa cognition, le Tribunal arbitral examine ensuite longuement les données factuelles ressortant de son dossier afin de déterminer si la décision du CSS était nécessaire à la protection des intérêts essentiels de sécurité de l'Inde. Il s'y emploie en tenant compte non seulement du contexte dans lequel cette décision a été prise, mais encore des circonstances ultérieures propres à éclairer le sens de celle-ci. Il explique, en outre, que son analyse sera centrée sur les preuves documentaires, étant donné qu'il n'a pas pu bénéficier du témoignage de hauts responsables indiens directement impliqués dans le

processus ayant débouché sur la décision du CSS. Au terme de son analyse fouillée des pièces littérales en sa possession, le Tribunal arbitral arrive à la conclusion que ladite décision repose sur une multitude de raisons dont quelques-unes seulement sont susceptibles, selon une analyse objective, d'être rattachées aux intérêts essentiels de sécurité visés par l'art. 12 du TBI. Se posait, dès lors, la question de savoir si la décision incriminée était nécessaire à la protection de tels intérêts. Sur ce point, le Tribunal arbitral considère que la recourante n'a pas démontré que tel ait été le cas, compte tenu principalement de la portée de cette décision, du but qui lui a été assigné et des événements ultérieurs. Aussi les règles matérielles du TBI s'appliquent-elles, selon lui, à l'investissement de X. \_\_\_\_\_.

### **E. 3.2**

Les motifs qui étayaient le rejet, par le tribunal arbitral, de ces trois objections préliminaires ayant été résumés ci-dessus, il convient d'examiner maintenant, relativement à chacune d'entre elles, les arguments qu'avance la recourante pour démontrer le prétendu défaut de pertinence de ces motifs et les contre-arguments que leur oppose l'intimée, puis d'en tirer les conséquences qui s'imposent quant au sort du présent recours.

#### **E. 3.2.1.1**

En premier lieu, la recourante fait valoir que le Tribunal arbitral n'était compétent ni *ratione materiae*, le TBI ne protégeant pas les investissements indirects, ni *ratione personae*, les investisseurs indirects n'étant pas visés par ce traité. Sans contester les faits pertinents retenus dans la sentence attaquée, elle soutient que l'unique investissement de X. \_\_\_\_\_ a consisté dans l'acquisition des actions de X. \_\_\_\_\_ Asia, sa filiale de Singapour, qui a souscrit elle-même un certain nombre d'actions de A. \_\_\_\_\_, société privée de droit indien ayant conclu le contrat litigieux avec B. \_\_\_\_\_, société indienne détenue par l'État. A suivre la recourante, pareil investissement n'entrerait pas dans les prévisions du TBI, étant donné sa nature indirecte. Cette opinion, la recourante l'assort, tout d'abord, sur la comparaison faite par elle entre le TBI et un certain nombre de traités bilatéraux conclus par l'Inde et l'Allemagne avec d'autres États, lesquels traités, à la différence du traité en cause, comportent tous l'adjectif indirect à la suite du nom investissement ou l'adverbe indirectement servant à déterminer l'acte d'investir. Pour la recourante, l'absence, dans le TBI, d'une clause prévoyant la protection des investissements et/ou des investisseurs indirects, d'une part, et la référence, faite aux art. 1 (c) et 2 du TBI aux investissements effectués "sur le territoire de l'État hôte" (" in the territory of the other Contracting Party "), d'autre part, révèlent clairement la volonté des parties audit traité d'en limiter l'application aux seuls investissements directs. Il n'importe, poursuit la recourante, que l'art. 1 (b) du TBI donne une définition large de l'investissement, puisqu'aussi bien cette définition, ainsi que l'a reconnu le Tribunal arbitral, concerne les types d'actifs ou de droits susceptibles d'être protégés par le traité, et non la manière dont ils doivent être détenus pour bénéficier d'une telle protection, point sur lequel le TBI serait muet. S'agissant de l'interprétation textuelle du TBI, la recourante invoque, à l'appui de sa thèse, l'autorité du professeur ZACHARY DOUGLAS (*The International Law of Investment Claims*, 2009, p. 310 s.) pour qui le principe d'interprétation rendu par l'adage latin *verba aliquid operari debent* commande que l'on donne effet aux adverbies directement ou indirectement et, partant, que l'on distingue les traités dans lesquels ces termes figurent - circonstance impliquant l'extension de la compétence *ratione personae* du tribunal arbitral aux demandeurs ne détenant leur investissement que par le biais de sociétés intermédiaires - d'avec ceux où ils n'apparaissent pas, absence dont il y a lieu d'inférer que la partie demanderesse doit exercer un contrôle

effectif direct sur l'investissement pour pouvoir réclamer la protection du traité y relatif. Faisant sien cet argument, elle reproche au Tribunal arbitral d'avoir assimilé la nature directe des investissements à une réserve qui aurait dû être formulée expressis verbis dans le TBI pour que l'on pût exclure les investissements indirects du champ d'application de ce traité, alors qu'il aurait dû bien plutôt admettre, selon elle, que l'introduction des termes indirect ou indirectement dans le texte du traité eût été la seule façon d'étendre la couverture de cet instrument juridique aux investissements et investisseurs indirects. Au lieu de quoi, le Tribunal arbitral aurait procédé à une interprétation revenant à insérer sans raison valable l'expression directement ou indirectement dans le texte du traité, ceci afin de combler une lacune qu'il aurait confondue avec un silence qualifié. Il aurait, de surcroît, omis de tirer la conclusion qui s'imposait à la lecture de l'art. 2 du TBI, clause ayant pour effet de limiter le champ d'application *ratione loci* du traité aux investissements effectués sur le territoire de l'État d'accueil, en l'occurrence l'Inde. Au demeurant, toujours selon la recourante, alors que l'utilité de ce moyen d'interprétation serait incontestable et d'ailleurs démontrée par les extraits de sentences et d'avis doctrinaux reproduits dans le mémoire de recours, en particulier la sentence rendue le 21 avril 2006, sous les auspices de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm [ci-après: SCC], dans la cause SCC n° 080/2004, Vladimir and Moïse Berschader v. The Russian Federation (ci-après: l'affaire Berschader), le Tribunal arbitral n'aurait pas pris en compte la pratique conventionnelle comparée des deux États parties au TBI, laquelle ne ferait que confirmer la conclusion ressortant déjà du sens ordinaire des termes utilisés dans ce traité. Quant à l'absence de travaux préparatoires se rapportant au TBI, la recourante estime qu'elle ne modifie pas le sens ordinaire des termes utilisés dans ce traité. Dans le même ordre d'idées, la recourante dénonce le refus du Tribunal arbitral d'accepter sa requête visant à produire les travaux préparatoires du TBI signé le 6 novembre 1995 par l'Inde et les Pays-Bas, traité qui aurait été négocié en même temps que le TBI dans les années 1990. Elle en fait d'ailleurs un grief à part entière au titre de la violation de son droit d'être entendue (art. 190 al. 2 let. d LDIP). A l'en croire, ces travaux préparatoires indiqueraient clairement que la position adoptée par l'Inde depuis la première série de traités d'investissement négociés par elle consisterait à ne pas protéger les investissements indirects, sauf clause expresse contraire.

### **E. 3.2.1.2**

3.2.1.2.1. L'art. 9 du TBI soumet à un arbitrage régi par le règlement ad hoc de la CNUDCI tout différend entre un investisseur d'une partie contractante et l'autre partie contractante en relation avec un investissement effectué sur le territoire de l'autre partie contractante. Dénommé "arbitrage investisseur-État", ce type d'arbitrage a connu un spectaculaire développement depuis le début des années 1990 grâce à la multiplication des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements contenant des clauses d'arbitrage. Toutefois, depuis quelques années, un mouvement de contestation de cette forme de règlement des différends a pris de l'ampleur, qui a conduit un grand nombre d'États à encadrer beaucoup plus strictement dans leurs traités les plus récents les conditions dans lesquelles un investisseur étranger pourra recourir à l'arbitrage international pour régler ses différends avec l'État hôte (sur cette question, cf. JULIEN CAZALA, La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-État exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents, in *Journal du Droit International [JDI]* 2017 p. 81 ss.). C'est le cas de l'Inde qui a adopté, en 2015, un nouveau modèle de traité bilatéral de promotion et de protection de l'investissement posant des exigences plus drastiques dans la mise en oeuvre du mécanisme d'arbitrage investisseur-État (CAZALA, op. cit., p. 94 ss; sur

ce nouveau modèle de traité, cf., parmi d'autres: RANJAN/ANAND, *The 2016 Model Indian Bilateral Investment Treaty: A Critical Deconstruction*, in *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 38, 2017, p. 1 ss, 19 à 22 et 45 à 51). Cependant, il ne faut pas perdre de vue que le TBI dont il est ici question a été adopté en 1995, à une époque où l'objectif assigné à l'arbitrage investisseur-État consistait au premier chef, entre autres objectifs, à favoriser l'investissement, en garantissant une protection aux investisseurs, et à dépolitiser le règlement des différends en matière d'investissements (CAZALA, op. cit., p. 84 n. 5). L'application in casu de la règle conventionnelle précitée suppose que l'on soit en présence d'un investisseur allemand en conflit avec l'État indien au sujet d'un investissement réalisé sur le territoire de cet État. Le Tribunal arbitral a admis que ces conditions étaient réalisées en l'espèce. Il s'agit d'examiner si les considérations qu'il a émises à cet égard (cf. consid. 3.1.1 ci-dessus) résistent ou non aux arguments que leur oppose la recourante (cf. consid. 3.2.1.1). 3.2.1.2.2. En tant que personne morale soumise au droit allemand, l'intimée peut être qualifiée d'investisseur au sens de l'art. 1 (c) du TBI. Encore faut-il, selon cette disposition, qu'elle ait réalisé un investissement sur le territoire de l'Inde pour mériter pleinement ce qualificatif, condition dont la réalisation sera examinée plus loin (cf. consid. 3.2.1.2.5). Il est également acquis que le différend ayant donné lieu au prononcé de la sentence entreprise divise cette société allemande, demanderesse, d'avec l'Inde, défenderesse, État qui est l'une des deux parties contractantes régies par le TBI, l'autre partie étant l'Allemagne. 3.2.1.2.3. Pour être admis à saisir la juridiction arbitrale prévue par le TBI, l'investisseur - c'est une lapalissade - doit avoir effectué un investissement. Il n'existe, à ce jour, aucune définition abstraite, définitive et unanimement acceptée de la notion d'investissement dans les traités internationaux à caractère bilatéral ou multilatéral relatifs à la protection et à la promotion des investissements. L'investissement n'a pas nécessairement la même signification sous l'angle du droit et sous celui de l'économie. Qui plus est, sa définition juridique varie d'un tribunal arbitral à l'autre, sans parler des multiples opinions doctrinales professées à son sujet (arrêt 4A\_616/2015, précité, consid. 3.4.1 et les références). Il convient donc de privilégier une approche pragmatique de la question et, à partir du texte du TBI examiné, interpréter cette notion de bonne foi suivant le sens ordinaire des termes pertinents considérés dans leur contexte ainsi qu'à la lumière de l'objet et du but du traité (cf. consid. 2.4.2 ci-dessus). D'après l'art. 1 (b) du TBI, le terme investissement désigne les actifs de tout type investis conformément à la législation nationale de la partie contractante où l'investissement est réalisé, ce qui inclut une série de biens de diverses natures dont cette disposition propose une liste exemplative. L'acquisition, par un investisseur allemand, d'actions d'une société indienne tombe sans conteste sous le coup de cette disposition. A supposer que l'intimée eût souscrit elle-même les actions de A. \_\_\_\_\_ qui ont été achetées par sa filiale de Singapour (X. \_\_\_\_\_ Asia), une telle démarche eût assurément constitué un investissement aux termes de l'art. 1 (b) du TBI. Du reste, la recourante admet implicitement que tel est le cas en soutenant que la présente affaire ne pose pas de questions complexes d'interprétation au sujet de l'étendue des actifs couverts par le terme investissement, contrairement à l'affaire traitée dans l'arrêt 4A\_616/2015, précité, mais fait entrer en jeu la distinction entre investissement direct et investissement indirect (recours, p. 28, note de pied 82). 3.2.1.2.4. Le noeud du problème consiste donc à déterminer si le TBI couvre non seulement l'investissement immédiat réalisé par un investisseur allemand sur le territoire de l'État hôte (la prise de participation dans l'entreprise A. \_\_\_\_\_ à laquelle l'intimée aurait pu procéder elle-même), ce qui n'est pas litigieux, mais encore l'investissement médiat fait par un investisseur allemand

(l'intimée) qui détient les actions d'une société ayant son siège dans un État tiers (X. \_\_\_\_\_ Asia, à Singapour) et qui demande à cette filiale d'acquérir un certain nombre d'actions de la société sise sur le territoire de l'État hôte (A. \_\_\_\_\_) en lui fournissant les fonds nécessaires à cette fin, ce qui est contesté. Il est constant que le TBI ne contient pas de disposition formelle qui exclurait expressément la prise en compte des investissements indirects ou, à l'inverse, qui l'autoriserait en toutes lettres. Chacune des parties tire argument de ce silence: la recourante y voit la preuve de ce que les investissements indirects n'entrent pas dans les prévisions du traité, tandis que l'intimée en déduit, au contraire, qu'ils sont couverts par cet instrument juridique. Sur un plan général, l'idée qu'un tiers (voire plusieurs) puisse venir s'intercaler entre l'investisseur et l'investissement, autrement dit, comme en l'espèce, entre la personne morale ayant son siège dans l'un des deux États signataires d'un traité bilatéral de protection et de promotion des investissements, d'une part, et la personne morale, sise dans l'État d'accueil, dont les actions constituent l'objet de l'investissement, d'autre part, ne comporte rien d'extraordinaire. Aussi bien, l'admissibilité de cette forme d'investissement, dénommée investissement indirect, sous toutes les modalités et tous les effets de pareil investissement, semble être acquise, avec diverses réserves et nuances ici ou là (cf., parmi d'autres: MCLACHLAN/SHORE/WEINIGER [ci-après: MCLACHLAN, op. cit.], *International Investment Arbitration, Substantive Principles*, 2e éd. 2017, n. 6.175; HANNO WEHLAND, *Investment Treaty Arbitration*, in *International Commercial Arbitration*, Stephan Balthasar [éd.], 2016, n. 28 ss; BISCHOFF/HAPP, *The Notion of Investment*, in *International Investment Law*, Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch [éd.], 2015, p. 495 ss, n. 84; MARTÍN MOLINUEVO, *International Disputes in Investment in Services*, 2012, p. 48; SCHREUER/MALINTOPPI/REINISCH/SINCLAIR [ci-après: SCHREUER, op. cit.], *The ICSID Convention, A Commentary*, 2e éd. 2009, n° 150 ad art. 25; BEATRICE GRUBENMANN, *Der Begriff der Investition in Schiedsgerichtsverfahren in der ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit*, 2009, p. 227 ss; MARIEL DIMSEY, *The Resolution of International Investment Disputes: Challenges and Solutions*, 2008, p. 69 s). De même, que la personne morale servant d'intermédiaire entre l'investisseur et l'investissement ait son siège dans un État non partie au traité bilatéral n'est, en principe, pas considéré comme un obstacle dirimant à l'application du traité à l'investissement indirect effectué par le truchement de la société tierce (WEHLAND, op. cit., n. 29; GRUBENMANN, op. cit., p. 242 s.). En ce qui concerne le point litigieux, la plupart des tribunaux arbitraux qui se sont penchés sur la question ont admis qu'un traité bilatéral d'investissement ne visant pas expressément les investissements indirects n'en couvre pas moins ceux-ci (décision sur la compétence du 3 août 2004 dans la cause ICSID n° ARB/02/8, *Siemens AG v. The Argentine Republic*, n. 137; décision sur la compétence du 6 juillet 2007 dans la cause ICSID n° ARB/05/18, *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, n. 123/124; décision sur la compétence du 10 juin 2010 dans la cause ICSID n° ARB/07/27, *Mobil Corporation and others v. Bolivarian Republic of Venezuela*, n. 165; sentence sur la juridiction et le fond du 3 septembre 2013 dans la cause ICSID n° ARB/07/30, *ConocoPhillips Petrozuata B.V. and others v. Bolivarian Republic of Venezuela*, n. 282-286; sentence du 31 janvier 2014 dans la cause PCA n° 2011-17, *Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia*, n. 352-357; décision sur la compétence du 8 mars 2017 dans la cause ICSID n° ARB/13/6, *Vladislav Kim and others v. Republic of Uzbekistan*, n. 317). La recourante leur oppose la sentence rendue le 21 avril 2006 en l'affaire *Berschader*, précitée. Elle explique que, dans celle-ci, le traité bilatéral d'investissement contenait une clause qui protégeait les investissements indirects effectués par l'intermédiaire d'un État tiers et ajoute

que le tribunal arbitral a jugé peu probable que les parties contractantes aient eu l'intention de protéger les investissements indirects autres que ceux visés par cette clause, remarque dont elle déduit la confirmation qu'en l'absence d'une clause ad hoc, le traité ne protège pas les investissements indirects (recours, n. 103). Cependant, comme le tribunal arbitral l'a bien vu, si les investissements indirects effectués par le truchement d'une société sise dans l'État d'origine échappaient au traité bilatéral conclu par la Belgique et la Russie, c'était précisément du fait qu'une clause spécifique du traité limitait clairement le type d'investissements indirects à prendre en considération, ne retenant, à ce titre, que ceux qui seraient opérés via une société sise dans un État tiers (sentence, n. 145). L'objection de la recourante tombe ainsi à faux. L'argumentation développée par la recourante sur le vu de l'opinion émise par ZACHARY DOUGLAS (cf. consid. 3.2.1.1, 3e par., ci-dessus) ne saurait être partagée. L'adage latin *verba aliquid operari debent*, qui l'étaye, outre qu'il est apparemment étranger à la jurisprudence du Tribunal fédéral, sous cette forme du moins, ressortit à la logique formelle et peut servir à justifier l'une et l'autre thèse en présence. Aussi bien, le mot *investment*, utilisé sans autre adjonction à l'art. 1 (b) du TBI, peut être regardé également, ainsi que l'ont fait les tribunaux arbitraux susmentionnés, comme un terme générique qui énonce un concept sans en exclure les éléments constitutifs, à savoir l'investissement direct et l'investissement indirect. Considéré sous cet angle, le terme *investment*, pris isolément, revêt à coup sûr une signification et ne porte donc pas atteinte au susdit principe qui veut que les mots sortissent un effet. Tel ne serait pas le cas en revanche, toutes choses étant égales par ailleurs, d'une interprétation qui exclurait les investissements indirects quand bien même la clause topique en ferait expressément état aux côtés des investissements directs, car cela reviendrait à priver d'effet le qualificatif indirects apposé après le nom investissements. Sous n. 24 à 28 de sa réplique, la recourante cite d'autres auteurs (SURYA SUBEDI, JESWALD SALACUSE, PAUL PETERS, PANAYOTIS M. PROTOPSALTIS et MARC BUNGENBERG) censés être du même avis que ZACHARY DOUGLAS. Elle prétend le faire pour contrer l'intimée qui aurait affirmé que ce professeur serait le seul spécialiste du droit international à avoir professé l'opinion sus-indiquée (recours, n. 24). En réalité, l'intimée n'a jamais soutenu cela mais s'est contentée de relever, sous n. 74 de sa réponse, que la recourante n'avait cité qu'un seul auteur à l'appui de sa thèse ("*Zur Unterstützung ihrer Position,...., beruft sich die Beschwerdeführerin auf einen einzigen Autor*"), ce qui est exact mais qui n'est pas la même chose. Dès lors, sous couvert de répondre à l'intimée, la recourante ne fait que compléter, ici aussi, son acte de recours, ce qui n'est pas admissible (cf. consid. 2.2 ci-dessus). Au demeurant, elle prête aux auteurs qu'elle mentionne dans sa réplique des avis beaucoup plus péremptoirs que ce qui ressort de la lecture des passages cités de leurs écrits. En outre, les tribunaux arbitraux ont systématiquement refusé de déduire de la référence, faite dans une clause d'un traité bilatéral d'investissement, au territoire de l'État hôte l'exigence que l'investisseur qui saisit le tribunal arbitral prévu par le traité soit le propriétaire direct des actifs constituant l'investissement. Il suffit que les actifs investis soient situés sur le territoire de l'État d'accueil (cf., parmi d'autres: décision sur la compétence du 30 décembre 2010 dans la cause ICSID n° ARB/08/15, CEMEX Caracas Investments B.V. and other v. Bolivarian Republic of Venezuela, n. 157; affaire Guaracachi America, Inc., précitée, n. 356-358). 3.2.1.2.5. Considérée à la lumière des principes établis par la doctrine et appliqués par les tribunaux arbitraux, l'interprétation que le Tribunal arbitral a faite de la notion d'investissement au sens de l'art. 1 (b) du TBI, telle qu'elle a été résumée plus haut (consid. 3.1.1.1), résiste aux critiques dont elle est l'objet de la part de la recourante. Le

texte de cette disposition et le préambule du traité, qui constituent tous deux des éléments du contexte (cf. art. 31 par. 2 CV ), ne comportent rien de restrictif mais illustrent, bien plutôt, la volonté commune des parties contractantes de favoriser et de stimuler, dans toute la mesure du possible, les investissements réciproques. La liste exemplative des investissements à prendre en compte est des plus larges et rien, dans le texte du TBI, ne vient donner l'impression que les parties contractantes aient cherché à y restreindre d'une quelconque manière la portée de la notion d'investissement, sauf à partir du présupposé inexact, suggéré par la recourante, voulant que cette notion n'embrasse point les investissements indirects en l'absence d'une clause qui y intégrerait expressément ceux-ci. A cet égard, la Cour de céans partage l'avis du Tribunal arbitral selon lequel le résultat concluant obtenu par cette méthode d'interprétation primaire rend superflu le recours aux méthodes d'interprétation secondaires et, singulièrement, à la pratique conventionnelle comparative, laquelle apparaît du reste assez aléatoire, tributaire qu'elle est des circonstances souvent spécifiques ayant présidé à la conclusion d'autres traités bilatéraux par les parties contractantes avec des États tiers. Aussi la référence faite sous n. 92 du mémoire de recours, sans plus amples explications, à des clauses extraites de traités bilatéraux signés par l'Inde et l'Allemagne avec d'autres États n'est-elle pas propre à infirmer la conclusion précitée, nonobstant le fait que certains tribunaux et auteurs de doctrine cités par la recourante (recours, n. 100) seraient favorables à l'application de la méthode comparative. Pour le surplus, les développements figurant sous n. 32 à 34 de la réplique, de même que les pièces qui les accompagnent, sont nouveaux et, partant, irrecevables à ce stade de la procédure (cf. consid. 2.2 ci-dessus). A tout prendre et pour le cas, non avenu, dans lequel le recours à des moyens complémentaires d'interprétation se serait avéré indispensable, la recourante eût sans doute gagné à tenter de découvrir dans les travaux préparatoires du TBI (cf. art. 32 CV ) de quoi étayer sa thèse plutôt que de faire fond sur d'autres traités d'investissement. Dans ce contexte, la recourante dénonce une violation de son droit d'être entendue au motif qu'elle n'a pas obtenu la permission de déposer les travaux préparatoires du traité bilatéral d'investissement conclu le 6 novembre 1995 par le Royaume des Pays-Bas et la République de l'Inde. Elle en fait d'ailleurs un grief à part entière (recours, n. 109-127). S'agissant du droit de faire administrer des preuves, qui est l'un des éléments constitutifs de la garantie du droit d'être entendu prévue par les art. 182 al. 3 et 190 al. 2 let. d LDIP, il sied de rappeler qu'il doit être exercé en temps utile et selon les règles de forme applicables. Au demeurant, même si tel a été le cas, le tribunal arbitral peut refuser d'administrer une preuve, sans violer ladite garantie, si le moyen de preuve est inapte à fonder une conviction, si le fait à prouver est déjà établi, s'il est sans pertinence ou encore si le tribunal, en procédant à une appréciation anticipée des preuves, parvient à la conclusion que sa conviction est déjà faite et que le résultat de la mesure probatoire sollicitée ne peut plus la modifier. Le Tribunal fédéral ne peut revoir une appréciation anticipée des preuves, sauf sous l'angle extrêmement restreint de l'ordre public ( ATF 142 III 360 consid. 4.1.1 p. 361). En l'espèce, le Tribunal arbitral, par lettre du 20 mars 2017 de sa présidente, a indiqué à la recourante qu'elle n'avait pas établi l'existence de circonstances exceptionnelles justifiant de l'autoriser à déposer hors délai la pièce en question, sans compter que cette dernière se rapportait à un traité différent du TBI; selon lui, l'intéressée, en tant que partie contractante audit traité, aurait dû connaître l'existence des travaux préparatoires dès le début de la procédure d'arbitrage et déposer ceux-ci avec ses mémoires conformément aux règles de procédure et au calendrier procédural applicables. Nonobstant la longueur de ses explications et l'irrecevabilité de la tentative de les compléter sous n. 37 à

46 de sa réplique (cf. consid. 2.2 ci-dessus), la recourante n'est pas parvenue à démontrer en quoi son droit d'être entendue aurait été méconnu in casu . En particulier, elle n'est pas crédible, c'est le moins que l'on puisse dire, lorsqu'elle soutient qu'elle n'aurait pas pu découvrir ces travaux préparatoires plus tôt. Formulée par une partie signataire du traité auquel ceux-ci se rapportent, pareille excuse n'est pas audible. De toute façon, l'élément de preuve dont l'intéressée avait requis l'administration était destiné à la mise en oeuvre de la méthode comparative. Il devait ainsi servir à l'application de ce moyen complémentaire d'interprétation, lequel n'était pas indispensable en l'occurrence, comme on vient de l'exposer. Pour avoir tardé à invoquer une preuve ne revêtant de surcroît aucun caractère décisif dans la cause en litige, la recourante se plaint sans raison valable d'une violation de son droit d'être entendue. Cela étant, le Tribunal arbitral n'a pas violé les règles applicables en refusant d'exclure les investissements indirects du champ d'application du TBI. Il a donc admis à juste titre que l'intimée pouvait être considérée comme un investisseur quand bien même les actions de A. \_\_\_\_\_ formant l'objet de l'investissement litigieux n'étaient pas détenues directement par elle. Pour le reste, force est de constater que la recourante ne critique pas les explications du Tribunal arbitral touchant la qualité pour agir d'un investisseur protégé contre des mesures de l'État hôte affectant l'investissement qu'il ne détient qu'indirectement, explications qui figurent sous n. 154 à 157 de la sentence attaquée et qui ont été résumées plus haut (cf. consid. 3.1.1.2).

#### **E. 3.2.2.1**

La recourante s'en prend ensuite à l'argumentation qui a conduit le Tribunal arbitral à écarter son objection relative à la question du préinvestissement (cf. consid. 3.1.2 ci-dessus). Sa critique de ce chef, qu'il convient de résumer ici, repose sur la distinction qu'il s'agirait de faire, selon elle, entre deux catégories de traités d'investissement: d'une part, les traités de type droit d'établissement , qui accordent leur protection aux personnes visées en ce qui concerne l'établissement d'une entreprise sur le territoire de l'État hôte; d'autre part, les traités de type clause d'admission , qui n'accordent leur protection qu'après que l'établissement d'une entreprise est devenu effectif - permettant ainsi audit État de soumettre cet établissement à toutes les conditions qu'il juge utiles - et qui, partant, n'incluent pas les activités de préinvestissement dans leur champ d'application. La recourante cite ensuite un certain nombre d'extraits d'ouvrages de doctrine ainsi qu'un passage tiré d'une publication de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) aux fins de démontrer que les caractères distinctifs d'un traité de type clause d'admission seraient largement reconnus (recours, n. 130). A partir de là, l'intéressée cherche à établir que le Tribunal arbitral aurait dénié à tort pareille qualification au traité bilatéral d'investissement en cause. A l'en croire, le TBI, sur le vu de son art. 3 (1), à l'instar du reste des autres traités d'investissement indiens, constituerait un instrument juridique réservant à l'État d'accueil la faculté de fixer lui-même les conditions d'admission de l'investissement qu'une personne morale relevant de l'autre partie contractante envisage d'effectuer, état de choses qui ressortirait de diverses sentences rendues par des tribunaux arbitraux et qui serait confirmé par plusieurs auteurs. Cette prémisse posée, la recourante, passant à la subsumption, explique pourquoi, à son avis, les activités qui ont été effectuées par A. \_\_\_\_\_ et ses actionnaires dans la perspective de la mise en oeuvre du projet proposé relèveraient du préinvestissement et ne seraient, dès lors, pas couvertes par le TBI. A titre liminaire, elle reproche au Tribunal arbitral de s'être focalisé, pour faire ressortir la nature de ce traité, sur l'investissement opéré par X. \_\_\_\_\_ Asia dans A. \_\_\_\_\_, à savoir l'acquisition par la filiale de l'intimée d'un certain nombre d'actions de la société indienne,

plutôt que sur le projet - i.e. la création d'une plateforme hybride (satellitaire-terrestre) de communication destinée à la fourniture de services multimédias en Inde - que l'intimée entendait mener à bien, via son investissement indirect dans A.\_\_\_\_\_, et qui constituait le fondement de la demande d'indemnisation formée par la société allemande au titre de la violation du TBI. Pour elle, le fait qu'aucune des actions de A.\_\_\_\_\_ n'a été confisquée par l'Inde, non plus que les fonds investis par X.\_\_\_\_\_ Asia dans cette société, impliquerait que l'on fasse abstraction de la participation acquise par l'intimée dans A.\_\_\_\_\_ et du financement de cette société pour se concentrer sur le projet en question. Or, toujours selon la recourante, si l'on examine, comme il se doit, les démarches effectuées par la société indienne dans le cadre de ce projet, force est alors de constater qu'elles n'ont pas dépassé le stade préparatoire. La raison en serait que le projet A.\_\_\_\_\_ ne pouvait pas être exécuté sans l'obtention de la licence WPC, laquelle était indispensable à la réutilisation terrestre du spectre loué et représentait donc une condition sine qua non de l'exécution dudit projet, autorisation cruciale qui n'avait pas encore été accordée et dont l'octroi demeurait incertain. Aussi, dans la présente espèce, comme dans celles qui avaient fait l'objet des sentences citées dans le mémoire de recours, n'y avait-il aucune garantie que le but ultime poursuivi par l'intimée pourrait être atteint. On aurait donc affaire, à suivre la recourante, à des démarches préparatoires, ne consistant qu'en un simple préinvestissement, qui seraient exorbitantes du TBI et ne pourraient en aucun cas fonder la compétence ratione materiae du Tribunal arbitral.

#### **E. 3.2.2.2**

Les arguments ainsi résumés, censés démontrer l'incompétence ratione materiae du Tribunal arbitral, ne sauraient prospérer pour diverses raisons. 3.2.2.2.1. D'abord, la distinction, faite dans le mémoire de recours, entre les traités d'investissement de type droit d'établissement et les traités de type clause d'admission consiste en une catégorisation que la recourante opère de son propre chef et que ne viennent étayer ni les brefs passages, choisis et quelquefois tronqués, extraits de la doctrine en la matière ni la phrase tirée d'une publication onusienne. La plupart des auteurs cités, à l'instar de la CNUCED, se contentent, en effet, d'expliquer la signification que revêt une clause d'admission, mais ne se focalisent pas sur la distinction, prétendument fondamentale, proposée par la recourante entre les deux types de traités susnommés. Sans doute est-il possible de concevoir, a contrario, par l'idée que se font les auteurs cités de la notion de clause d'admission, qu'un certain nombre de traités d'investissement sont d'une autre nature et accordent à l'investisseur un droit opposable à l'État hôte, contrairement à ceux qui confèrent à cet État un droit de regard, voire de veto, sur les investissements projetés. Toujours est-il que la distinction à faire entre les deux types de traités n'est pas aussi claire que ce qu'affirme la recourante. Aussi est-il peu probable qu'elle puisse être opérée sur le seul vu d'un certain nombre d'avis doctrinaux. Il est plus vraisemblable qu'elle dépende, au premier chef, d'une analyse des termes et expressions utilisés dans la clause ad hoc du traité entrant en ligne de compte. L'art. 3 (1) du TBI, tel qu'il a été traduit en français par la recourante, prévoit que "[c]haque des [p]arties [c]ontractantes devra encourager et créer des conditions favorables aux investisseurs de l'autre partie contractante et admettre également les investissements sur son territoire conformément à son droit et à ses politiques (sic, pour policy)". Tel le Tribunal arbitral, la Cour de céans peine à voir, dans le texte de cette clause, l'expression, même implicite, d'une faculté accordée à l'État hôte, sinon de refuser ad libitum la protection du TBI à un investisseur de l'État d'origine, du moins de soumettre son accord quant à l'investissement projeté à telle ou telle condition fixée unilatéralement par lui et d'exclure toute protection en

ce qui concerne les activités n'ayant pas dépassé le stade du préinvestissement. Tout au plus peut-on déduire de la dernière partie de cette phrase une exigence de légalité, au sens large, de l'investissement proposé, laquelle n'a rien d'extraordinaire puisqu'au moins il ne viendrait à personne l'idée d'imposer à l'État d'accueil l'obligation d'admettre un investissement qui violerait sa législation, sauf à dénier toute portée à l'expression "conformément à son droit et à ses politiques". Il s'agit là, toutefois, d'un problème étranger à celui de la clause d'admission. En effet, l'exigence de légalité ainsi formulée, plus connue sous le nom de clause de conformité, fait référence à la légalité de l'investissement (non pas à la définition de celui-ci), autrement dit au point de savoir si un investissement donné, quand bien même il ne tomberait pas sous le coup d'une éventuelle clause d'admission, est conforme ou non à la législation de l'État hôte; la finalité de pareille exigence est d'exclure les investissements illégaux du champ d'application du TBI (cf.

DIEL-GLIGOR/HENNECKE, *Investment in Accordance with the Law*, in *International Investment Law*, Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch [éd.], 2015, p. 566 ss, n. 1). Qui plus est, la clause litigieuse ne dit rien sur les conséquences d'une absence d'admission de l'investissement projeté. La recourante objecte que les sources très nombreuses et unanimes sur ce point citées dans son mémoire (n. 134-138), en particulier celles faisant référence à des clauses quasiment identiques à l'art. 3 (1) du TBI, montreraient que le traité en cause est un traité de type clause d'admission, ce qui signifierait qu'il ne protège pas les activités de préinvestissement. Elle invoque, à l'appui de cette thèse, l'opinion professée par divers auteurs (DOLZER/SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, 2e éd. 2012, p. 89; NEWCOMBE/PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, 2009, p. 127 s.; MCLACHLAN/SHORE/WEINIGER, *International Investment Arbitration, Substantive Principles*, éd. de 2007, p. 29/30; DEVASHISH KRISHAN, *India and International Investment Laws*, in *India and International Law*, Bimal N. Patel [éd.], 2008, p. 301) ainsi que les considérations émises par deux tribunaux arbitraux (sentence finale du 9 septembre 2003 dans la cause SCC n° 049/2002, *William Nagel v. The Czech Republic, Ministry of Transportation and Telecommunications*, passim; sentence finale du 30 novembre 2003 dans la cause *White Industries Australia Limited v. The Republic of India*, n. 9.2.12), en soulignant que la deuxième sentence citée serait la seule à avoir été rendue sur la base d'un traité auquel l'Inde est partie et que le dernier auteur référencé a, quant à lui, publié l'unique commentaire portant spécifiquement sur les traités d'investissement conclus par l'Inde. En fait de sources nombreuses et prétendument unanimes, la recourante propose ici, à nouveau, de brefs extraits de doctrine, dont l'un au moins est tronqué, où sont énoncés des principes généraux qui ne s'appliquent pas nécessairement à la présente cause, ce qui vaut d'ailleurs aussi en ce qui concerne l'auteur indien susnommé. La même réflexion peut être faite vis-à-vis des deux sentences précitées. Plus généralement, force est de constater que l'adage "comparaison n'est pas raison" trouve ici un terrain des plus favorables à son épanouissement, tant il est vrai que le droit de l'arbitrage en matière de traités d'investissement se caractérise par la pluralité des avis exprimés et la diversité des sentences rendues au sujet de la plupart des problèmes juridiques qu'il soulève, l'une des explications à ce manque d'homogénéité étant sans doute à rechercher dans le fait que la juridiction étatique de recours n'exerce qu'un contrôle restreint des sentences rendues par les tribunaux arbitraux dans ce type de conflits et que lui échappent, en particulier, celles qui l'ont été sous les auspices du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI/ICSID), lesquelles ne peuvent faire l'objet que d'un recours interne qui sera traité définitivement par un Comité ad

hoc de trois membres (cf. art. 52 et 53 de la Convention CIRDI entrée en vigueur le 14 octobre 1966), ce qui n'est pas propice à l'élaboration d'une jurisprudence ferme et incontestée. 3.2.2.2.2. Les réflexions qui précèdent suffisent à écarter les critiques formulées par la recourante en rapport avec l'existence, en l'espèce, d'une prétendue clause d'admission. Le Tribunal arbitral a néanmoins examiné, à titre subsidiaire, la situation qui eût prévalu dans l'hypothèse, exclue à bon droit par lui, où l'art. 3 (1) du TBI eût revêtu le caractère d'une clause d'admission et eût autorisé la recourante à ne pas admettre les investissements proposés par l'intimée. Pareil examen l'a conduit à poser que l'Inde, en approuvant la participation indirecte de X. \_\_\_\_\_ au capital de A. \_\_\_\_\_, avait admis l'investissement de l'intimée. Fondé sur une constatation de fait qui lie le Tribunal fédéral, cet argument subsidiaire vient renforcer l'argument principal susmentionné. Cependant, la recourante fait grief au Tribunal arbitral d'avoir raisonné à partir d'un investissement qui ne serait pas pertinent. Sans doute ne conteste-t-elle pas que l'acquisition d'une partie des actions de A. \_\_\_\_\_ par X. \_\_\_\_\_ Asia a bel et bien constitué un investissement. Elle soutient, toutefois, que cet investissement ne serait pas le bon, pour n'avoir été affecté d'aucune façon par les mesures prises par l'État hôte, dès lors que la société singapourienne était toujours titulaire des actions acquises dans la société indienne, sur ordre de sa société mère allemande, et que les fonds investis par elle dans A. \_\_\_\_\_ n'avaient pas été saisis par le gouvernement indien. Pour elle, l'investissement digne de ce nom résidait donc dans le "Projet Proposé", à savoir la mise en oeuvre, sur le territoire indien, du système de télécommunications prévu, et il nécessitait l'obtention d'une licence WPC que l'État hôte n'avait pas l'obligation de délivrer à l'investisseur étranger. Les activités déployées jusque-là en étaient donc restées au stade du préinvestissement, comme cela avait été le cas dans d'autres différends soumis à des tribunaux arbitraux (sentence du 15 mars 2002 dans la cause ICSID n° ARB/00/2, Mihaly international Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, n. 41, 60 et 61; sentence du 24 janvier 2003 dans la cause ICSID n° ARB/00/1, Zhinvali Development Limited v. Republic of Georgia, n. 388 et 417; sentence du 9 septembre 2003 en l'affaire Nagel, précitée, n. 291, 320, 326 et 328; sentence du 29 mars 2005 dans la cause SCC n° 126/2003, Petrobart Limited v. Kyrgyz Republic, p. 69). De ce fait, elles ne tombaient pas sous le coup du TBI et échappaient, par conséquent, à la compétence matérielle du Tribunal arbitral. Semblable critique n'apparaît pas fondée à maints égards. D'abord, la recourante fait fi de la définition même de l'investissement donnée par le traité en cause et, singulièrement, de ce que l'art. 1 (b) (ii) du TBI inclut expressément les actions d'une société (" shares in... a company... ") dans les actifs qu'il énumère de manière non exhaustive. Or, si l'on met entre parenthèses la question, déjà résolue, du caractère direct ou indirect de l'investissement susceptible d'être pris en considération au regard de ce traité, il est indéniable que la détention des actions d'une société indienne, telle A. \_\_\_\_\_, doit être assimilée à un investissement effectué sur le territoire de l'autre partie contractante au sens de l'art. 9 (1) du TBI. Sous cet angle et contrairement à ce que soutient la recourante, le point de savoir si un investissement entrant dans les prévisions du traité a été entravé ou non par des mesures d'expropriation ou autres prises par l'État hôte ne constitue pas un critère permettant d'apprécier la compétence matérielle du tribunal arbitral saisi, mais un élément déterminant pour l'application des dispositions substantielles du traité d'investissement examiné. Ensuite, même si l'on tient compte de l'activité sous-jacente à l'investissement, autrement dit du travail effectué par la société indienne (A. \_\_\_\_\_) dont l'intimée avait acquis indirectement une partie des actions, les circonstances qui caractérisent la présente cause ne sont pas comparables à

celles auxquelles avaient eu affaire les tribunaux arbitraux dans les précédents invoqués par la recourante. Elles le sont encore moins, entre parenthèses, avec l'exemple, cité sous n. 49 de la réplique, d'une personne morale sise dans l'État d'origine qui, après avoir conclu un simple contrat de vente de marchandises avec l'État hôte - acte juridique dont il est admis qu'il ne constitue par un investissement -, créerait dans cet État une personne morale, dont elle détiendrait les actions - démarche équivalant à un investissement -, puis lui ferait reprendre le contrat de vente, ceci à la seule fin de pouvoir se prévaloir du traité de protection des investissements liant les deux États dans le cadre d'une procédure arbitrale ouverte par elle contre l'État défendeur relativement audit contrat. Cette parenthèse fermée, il sied de revenir aux sentences invoquées par la recourante. Dans l'affaire Mihaly, la demanderesse entendait obtenir le remboursement des dépenses qu'elle avait consenties en vue de la construction d'une centrale électrique au Sri Lanka. Le tribunal arbitral a exclu l'existence d'un investissement, au sens de l'art. 25 de la Convention CIRDI, dès lors que l'État défendeur avait clairement signalé, dans les documents invoqués par la demanderesse, qu'il n'était pas disposé à admettre, tant et aussi longtemps que l'exécution d'un contrat n'avait pas débuté, que les parties avaient noué des relations contractuelles et qu'un investissement avait été effectué (sentence précitée, n. 51; voir aussi: MCLACHLAN, op. cit., n. 6.80; SCHREUER, op. cit., n° 176 ad art. 25; GRUBENMANN, op. cit., p. 255 SS). Le tribunal arbitral saisi de l'affaire Zhinvali a décliné sa compétence au motif que la loi géorgienne relative aux investissements de 1996 n'assimilait pas les coûts de développement réclamés à un investissement (cf. MCLACHLAN, op. cit., n. 6.82; SCHREUER, op. cit., n° 178 ad art. 25; GRUBENMANN, op. cit., p. 260 S.). De même, dans l'affaire Petrobart, le tribunal arbitral, tout en admettant qu'un engagement ferme souscrit par les cocontractants pour la livraison de 200'000 tonnes de gaz concentré constituait un investissement, a considéré que tel n'était pas le cas du fondement de la seconde partie de la demande, celle-ci ne reposant que sur les discussions qu'avaient eues les parties au sujet de relations commerciales futures (sentence précitée, p. 69; voir aussi: MCLACHLAN, op. cit., n. 6.83). Dans l'affaire Nagel, que la recourante tente vainement d'assimiler à la présente cause (recours, n. 145 s.), le tribunal arbitral, comme l'intimée le démontre de manière convaincante (réponse, n. 123), a rejeté l'action en remboursement des dépenses de préinvestissement introduite par le demandeur en exposant que, si les parties avaient certes conclu un accord de coopération, celui-ci était uniquement de nature préparatoire, destiné qu'il était à fixer les conditions d'exécution d'un consortium à venir, et qu'au surplus, les droits en dérivant n'avaient aucune valeur financière (sentence précitée, n. 328). En revanche, la décision sur compétence, rendue le 4 juin 2004 dans la cause ICSID n° ARB/02/5, PSEG Global Inc. and others v. Republic of Turkey, n. 79-105, se rapproche davantage du cas concret. Dans cette affaire, le gouvernement turc, qui avait annulé un contrat de concession avant le début des travaux, soutenait que les parties ne s'étaient point accordées sur des éléments essentiels du contrat, raison pour laquelle celui-ci ne constituait pas un investissement. Le tribunal arbitral s'est néanmoins déclaré compétent parce que le contrat de concession lui est apparu valable et contraignant, en dépit des points restant à régler, faute de quoi les parties ne l'auraient pas signé. Dans sa sentence finale du 19 janvier 2007, il a également émis, en ces termes, un avis qui revêt un intérêt non négligeable pour la cause en litige: "[a]n investment can take many forms before actually reaching the construction stage, including most notably the cost of negotiations and other preparatory work leading to the materialization of the Project, even in connection with pre-investment expenditures, particularly when, like in this case, there is a valid and binding Contract duly

executed between the parties " (n. 304; voir aussi: MCLACHLAN, op. cit., n. 6.81; SCHREUER, op. cit., n° 179 s. ad art. 25; GRUBENMANN, op. cit., p. 261 S.). Sur le vu de ces précédents, la tentative de la recourante de cantonner le rôle joué par l'intimée dans cette affaire à celui d'un investisseur n'ayant procédé qu'à des actes préparatoires n'allant pas au-delà du préinvestissement, dans l'espoir que le projet envisagé se réalisât, est vouée à l'échec. Loin de pouvoir être comparée à une caisse de pensions qui aurait eu pour unique objectif de diversifier ses placements en acquérant des actions d'une société indienne au prix du marché par le truchement d'une filiale, l'intimée ne s'est pas contentée de procéder à un investissement de portefeuille ( Portfolio Investment ; sur cette notion, cf., parmi d'autres: MCLACHLAN, op. cit., n. 6.155 ss), mais s'est, au contraire, investie à fond dans une entreprise relevant de sa sphère de compétence et dont le succès n'était pas d'emblée assuré. Il faut, en effet, garder à l'esprit que, lorsque la société allemande est entrée en lice, en acquérant indirectement les actions de A.\_\_\_\_\_ en 2008, cette dernière et une autre société indienne détenue, elle, par l'État (B.\_\_\_\_\_) avaient déjà conclu, en date du 28 janvier 2005, le contrat A.\_\_\_\_\_, lequel était entré en vigueur au début février 2006 après que B.\_\_\_\_\_ avait reçu l'approbation nécessaire du gouvernement indien pour la construction et le lancement du premier satellite de même que pour la location de la capacité du transpondeur en bande S (cf. let. A.a, dernier par., ci-dessus). En l'espèce, les dépenses consenties par l'intimée pour la réalisation de ce projet l'ont donc été alors que la société indienne dont les actions formaient l'objet de l'investissement litigieux était déjà au bénéfice d'un contrat en force - comme dans la cause PSEG susmentionnée -, qui allait le demeurer jusqu'à sa résiliation par B.\_\_\_\_\_, le 25 février 2011, soit six ans après sa conclusion. Que l'intimée ait fourni un sacrifice substantiel pour obtenir sa participation dans A.\_\_\_\_\_ n'est pas non plus contestable, puisqu'il lui en a coûté 97 millions USD. Du reste, la contribution de la société allemande à la réalisation du projet prévu par le Contrat ne s'est pas arrêtée là, mais a encore revêtu d'autres formes telles que la mise à disposition de A.\_\_\_\_\_ par ladite société de son savoir-faire et de son expertise ainsi que d'une vingtaine d'ingénieurs et autres spécialistes de l'aménagement du réseau terrestre de télécommunications, pour ne citer que quelques exemples (cf. sentence CCI, n. 81). Il va sans dire que cette contribution, sous toutes ses formes, avait une valeur financière indéniable et qu'elle dépassait largement le stade d'un simple préinvestissement effectué dans l'optique de la conclusion future d'un contrat. En cela, la présente cause se distingue à coup sûr de celles qui ont donné lieu aux sentences Mihaly , Zhinvali , Petrobart et Nagel , précitées. La recourante fait grand cas de la licence WPC. Selon elle, lorsque l'on se trouve dans la situation où un projet d'investissement ne peut pas être mis en oeuvre sans l'obtention d'une licence cruciale dont l'octroi demeure incertain, telle la susdite licence, que l'investisseur reconnaît cette incertitude et qu'il saisit parfaitement les conséquences d'un refus de la licence, alors les activités déployées et les frais engagés par lui en vue de l'exécution du projet et dans l'espoir d'une délivrance de la licence requise constituent un préinvestissement qui n'est pas couvert par le traité (recours, n. 154). Et l'intéressée d'ajouter, sous n. 53 de sa réplique, que les éléments du dossier démontrent que la licence en question aurait été la première de son genre à être accordée par l'Inde; qu'une telle licence n'eût pu être octroyée sans un processus préalable complet de consultation publique; que la pratique de l'Inde en matière d'utilisation terrestre d'un spectre est d'imposer le paiement de frais correspondant aux valeurs obtenues dans le cadre d'enchères indiennes de spectre; partant, que, même dans l'éventualité improbable où cette licence d'exploitation aurait été accordée, le paiement de tels frais aurait rendu le projet proposé non viable

économiquement. Ces dernières allégations, qui apparaissent pour la première fois dans la réplique, de même que les pièces censées les étayer, ne sauraient être retenues (cf. consid. 2.2 ci-dessus), non plus que les renvois opérés par la recourante à un mémoire versé au dossier de l'arbitrage (arrêt 4A\_491/2017 du 24 mai 2018 consid. 3.1). Quoiqu'il en soit, l'argumentation développée par la recourante au sujet de la licence WPC ne saurait prospérer, du moins sous l'angle de la compétence, comme le Tribunal arbitral l'a souligné à juste titre (sentence, n. 180), sans compter que la bonne foi de son auteur est sujette à caution. De fait, alors que c'est une société détenue par elle qui a résilié le contrat A.\_\_\_\_\_, empêchant ainsi l'intimée d'obtenir un jour une licence WPC, c'est encore elle qui entend tirer parti de cet acte unilatéral pour écarter l'éventualité de l'octroi d'une telle licence à l'intimée. Cette question de bonne foi mise à part, il ressort clairement des explications qui précèdent que l'intimée a bel et bien procédé à différents actes d'investissement qui ont une valeur patrimoniale intrinsèque indépendamment de la question de l'octroi de la licence WPC. A cet égard, la thèse de la recourante, selon laquelle toutes les activités déployées par un investisseur des années durant ne dépasseraient pas le stade du préinvestissement si l'État hôte refusait in fine d'octroyer une licence indispensable à l'exploitation projetée, n'est pas défendable. Avec le Tribunal arbitral, il convient d'admettre bien plutôt que cette dernière circonstance n'affecte pas la compétence, mais peut avoir un impact sur le quantum de la réparation exigée (ibid.). Dès lors, si le TBI avait classé parmi les traités de type clause d'admission, contrairement à ce qui a été le cas, l'objection de la recourante relative à la question du préinvestissement n'en aurait pas moins été écartée, elle aussi.

#### **E. 3.2.3.1**

La branche suivante du grief d'incompétence a trait aux "intérêts essentiels de sécurité", réservés par l'art. 12 du TBI, dont le Tribunal arbitral a exclu l'invocation en l'espèce pour les motifs résumés plus haut (cf. consid. 3.1.3). Dans le chapitre consacré à cette question (recours, n. 160-190), la recourante s'emploie à démontrer, premièrement, que l'art. 12 du TBI poserait une condition relative à la compétence du tribunal arbitral; deuxièmement, que le Tribunal arbitral aurait appliqué de manière incorrecte cette disposition conventionnelle; troisièmement, que les mesures prises par elle auraient visé à protéger ses "intérêts essentiels de sécurité"; quatrièmement enfin, que le Tribunal arbitral aurait erré en considérant que la mesure controversée n'était pas "nécessaire" au sens de la même disposition. L'intimée s'en prend principalement au premier de ces quatre arguments dans sa réponse (n. 127-172). Il convient d'examiner plus avant les objections qu'elle lui oppose. En effet, si celles-ci devaient s'avérer fondées, la Cour pourrait faire l'économie de l'analyse des trois autres arguments.

#### **E. 3.2.3.2**

Il sied d'exposer, dans un premier temps, les motifs que la recourante et l'intimée avancent, qui pour contester la compétence du Tribunal arbitral, qui pour la justifier. Après quoi, il y aura lieu d'indiquer laquelle de ces deux thèses antagonistes doit être retenue ainsi que les raisons de ce choix. 3.2.3.2.1. Dans son mémoire, la recourante soutient que l'art. 12 du TBI "pose une condition à la compétence du Tribunal [a]rbitral". Selon elle, lorsqu'un tribunal retient que l'État hôte est fondé à invoquer la clause relative aux intérêts essentiels de sécurité, cela signifie que lui-même n'est pas compétent *ratione materiae*. Du reste, ce point ne serait pas vraiment contesté par le Tribunal arbitral, lequel aurait reconnu la chose, dans sa sentence intérimaire. De même, dans sa sentence sur la compétence et le fond du 25

juillet 2016 en la cause PCA n° 2013-09, Cc/Devas (Mauritius) Ltd and others v. The Republic of India [ci-après: l'affaire mauricienne ], un autre tribunal arbitral, appliquant le traité de protection et de promotion des investissements liant la République de Maurice et la République de l'Inde, aurait admis que la clause analogue à l'art. 12 du TBI figurant dans le traité indo-mauricien soulevait une question de compétence. Et la recourante de citer encore deux précédents qui iraient dans le même sens (décision du Comité ad hoc du 25 septembre 2007 sur la demande d'annulation de la République d'Argentine dans la cause ICSID n° ARB/01/8, CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic [ci-après: l'affaire CMS ], n. 129; sentence du 5 septembre 2008 dans la cause ICSID n° ARB/03/9, Continental Casualty Company v. The Argentine Republic [ci-après: l'affaire Continental ], note de pied 236).

3.2.3.2.2. A l'encontre de cette argumentation, l'intimée affirme que l'art. 12 du TBI ne concerne en rien la compétence du tribunal arbitral, mais offre à la partie qui s'en prévaut un moyen de défense au fond. Pour elle, les art. 1, 2 et 9 du TBI fixent exhaustivement les conditions de la compétence du tribunal arbitral, l'art. 12 du TBI, dont la fonction est d'exclure la responsabilité de l'État dans certaines circonstances, n'y renvoyant du reste pas. Le tribunal arbitral doit donc être compétent au regard des trois premières dispositions citées pour être en mesure d'appliquer et d'interpréter la quatrième. Et l'intimée de citer divers précédents, tirés de la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice (CIJ) et des tribunaux de la CNUDCI, qui confirmeraient sa manière de voir. Examinant ensuite plus avant le comportement adopté par la recourante tout au long de la procédure arbitrale, l'intimée assure, en citant des passages extraits de diverses écritures de son adverse partie, que celle-ci n'y a pas soutenu une seule fois que l'art. 12 du TBI concernerait la compétence du Tribunal arbitral. Elle s'inscrit, par ailleurs, en faux contre les conclusions tirées par la recourante des deux passages de la sentence cités dans son mémoire de recours ainsi que de la sentence rendue dans l'affaire mauricienne .

3.2.3.2.3. Dans sa réplique, la recourante maintient que tant le Tribunal arbitral que celui qui a connu de l'affaire mauricienne ont considéré la question des intérêts essentiels de sécurité comme ressortissant à la compétence. Elle reprend ensuite un argument de son recours, fondé sur un passage de la première édition de l'ouvrage de BERGER/KELLERHALS intitulé "Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz" (2006, n. 1535), où les auteurs précisent que sont également attaquables, en vertu de l' art. 190 al. 3 LDIP , les sentences incidentes et préjudicielles ne portant pas expressément sur la compétence, mais dont on peut inférer que le tribunal arbitral a implicitement admis celle-ci en les rendant. La recourante rappelle ensuite la différence existant entre les arbitrages commerciaux, dans lesquels le tribunal arbitral tire sa compétence de la clause compromissoire stipulée dans le contrat conclu par les parties, et les arbitrages en matière d'investissements, où la compétence du tribunal résulte d'un traité sans qu'il n'y ait jamais de clause d'arbitrage distincte et explicite liant l'investisseur étranger et l'État hôte. Dans ce dernier type d'arbitrage international, le tribunal arbitral ne serait donc compétent, premièrement, que si le traité d'investissement est applicable sur le vu des faits de la cause en litige et, secondement, que si l'investisseur accepte l'offre d'arbitrage de l'État hôte incluse dans le traité bilatéral (au sujet de ce mécanisme, cf. ATF 141 III 495 consid. 3.4.2 et les références). Selon la recourante, l'intimée, bien que sa réponse ne soit pas très claire sur ce point, semble admettre que la clause des intérêts essentiels de sécurité peut être rattachée à la première des deux conditions susmentionnées, c'est-à-dire à l'applicabilité même du traité d'investissement. La recourante poursuit en précisant que l'exception tirée de cette clause-là constitue un fait de double pertinence dès lors qu'elle met en jeu à la fois la question de la compétence du

tribunal arbitral et celle du bien-fondé matériel de l'action, ce qui serait également admis par l'intimée. Aussi, pour elle, comme la jurisprudence exclut l'application de la théorie des faits doublement pertinents ( doppelrelevante Tatsachen ) dans le domaine de l'arbitrage ( ATF 141 III 495 consid. 3.5.5.2), le Tribunal arbitral était-il tenu d'examiner sans réserve la question des intérêts essentiels de sécurité au même titre que les autres exceptions préliminaires relatives à sa compétence ainsi qu'il l'a fait, tout comme le Tribunal arbitral qui a connu de l'affaire mauricienne et qui a exclu en partie sa compétence de chef. La recourante conteste, au demeurant, les conclusions que l'intimée a tirées des sentences extraites de la jurisprudence arbitrale. Enfin, elle maintient que la clause des intérêts essentiels de sécurité "exclut en réalité l'examen au fond" et que, partant, l'exception y relative, au même titre que les autres exceptions du même genre, peut être attaquée directement devant le Tribunal fédéral, en vertu de l' art. 190 al. 3 LDIP , même si elle ne se rapporte pas expressément à la compétence du tribunal arbitral. 3.2.3.2.4. L'intimée conteste fermement, dans sa duplique, avoir traité la clause des intérêts essentiels de sécurité comme une exception d'incompétence, contrairement à ce que soutient la recourante. Elle maintient l'avoir envisagée, à l'instar du Tribunal arbitral, comme une défense possible sur le fond. Selon l'intimée, la clause en question a trait à la responsabilité de l'État hôte et le Tribunal arbitral ne peut l'appliquer que s'il est compétent. Il serait donc faux de prétendre qu'elle revêt une double nature, sans compter que la recourante invoque pour la première fois pareille théorie dans sa réplique, ce qui n'est pas admissible. Si ladite clause a été qualifiée par elle de Grenzbestimmung dans la réponse au recours, c'est bien plutôt parce qu'elle restreint le champ d'application matériel du TBI lorsqu'elle est invoquée avec succès, raison pour laquelle le Tribunal arbitral l'a examinée dans le cadre des objections préliminaires. L'intimée explique, enfin, pourquoi, à son avis, la jurisprudence touchant les décisions incidentes, invoquée par la recourante, ne serait pas applicable en l'espèce.

### **E. 3.2.3.3**

Pour les motifs indiqués ci-après, la Cour de céans retient sans hésitation les arguments avancés par l'intimée quant à la nature de l'objection tirée des intérêts essentiels de sécurité et écarte, partant, l'argumentation inverse, développée par la recourante. 3.2.3.3.1. Force est de constater, tout d'abord, avec l'intimée, que la recourante n'a pas soutenu une seule fois, devant le Tribunal arbitral, que l'art. 12 du TBI concernerait la compétence de celui-ci. En effet, sous n. 147 de sa réponse au recours, l'intimée, sans être contredite par son adversaire, cite cinq exemples tirés, pour quatre d'entre eux, de passages extraits des mémoires versés par la recourante au dossier de l'arbitrage et, pour le cinquième, de la plaidoirie liminaire de cette dernière, ceci en vue de démontrer que l'intéressée a soutenu, du début à la fin de l'instance arbitrale conduite jusqu'ici, que l'objection déduite de la clause du TBI touchant la question des intérêts essentiels de sécurité de l'État hôte constituait une défense au fond qui, si elle était admise, s'opposerait à l'application des dispositions matérielles du traité en question. Quiconque participe à la procédure doit se conformer aux règles de la bonne foi (cf. art. 52 du Code de procédure civile du 19 décembre 2008 [CPC]; RS 272). Le principe de la bonne foi, ainsi énoncé pour la procédure civile ordinaire, est de portée générale, si bien qu'il régit aussi la procédure arbitrale, et ce dans le domaine de l'arbitrage interne comme en matière d'arbitrage international. En vertu de ce principe, il n'est pas admissible de garder en réserve des griefs concernant des vices de procédure qui auraient pu être rectifiés immédiatement pour ne les soulever qu'en cas d'issue défavorable de la procédure arbitrale (arrêt 4A\_247/2017 du 18 avril 2018 consid. 5.1.2 et le précédent cité). S'agissant de la compétence, la LDIP contient, de surcroît, une disposition spécifique - l'art. 186 al. 2 -,

fondée sur le même principe, d'après laquelle "[l]'exception d'incompétence doit être soulevée préalablement à toute défense sur le fond". Sous cet angle aussi, il paraît difficile d'admettre qu'une partie ayant plusieurs exceptions d'incompétence dans sa manche, comme c'est ici le cas de la recourante, puisse ne pas les invoquer toutes dans l'instance arbitrale et en garder une au chaud pour ne la ressortir qu'à l'occasion d'un recours formé contre la sentence ayant rejeté les exceptions invoquées. Au demeurant, en 2002 déjà, le Tribunal fédéral avait souligné que, lorsque l'exception d'incompétence est motivée, elle doit l'être de manière complète, le défendeur ne pouvant pas garder des arguments en réserve, à charge pour les arbitres de rechercher d'office si des circonstances n'ayant aucun rapport avec celles qui ont été invoquées à l'appui de l'exception d'incompétence ne les obligeraient pas à décliner leur compétence ( ATF 128 III 50 consid. 2c/bb/ccc p. 61; dans le même sens, cf., parmi d'autres: SCHOTT/COURVOISIER, in Commentaire bâlois, Internationales Privatrecht, 3e éd. 2015, n° 96 ad art. 186 LDIP, p. 1929). Il découle de ces considérations que la recourante est forclosée à soulever, devant le Tribunal fédéral, le moyen pris de l'incompétence du Tribunal arbitral en liaison avec l'art. 12 du TBI. Les explications qui suivent n'ont, dès lors, qu'un caractère surabondant.

3.2.3.3.2. Il sied de formuler ensuite trois remarques d'ordre procédural. La première a trait à la théorie des faits doublement pertinents (sur cette notion, cf. ATF 143 III 462 consid. 2.2, dernier par., et l'arrêt cité). Cette théorie n'est apparue pour la première fois, sous la plume de la recourante, que dans la réplique. Il y a donc lieu d'en faire purement et simplement abstraction (cf. consid. 2.2 ci-dessus). En tout état de cause, la recourante, si elle expose de façon correcte en quoi consiste ladite théorie et pourquoi celle-ci est inapplicable en matière d'arbitrage, s'égare, en revanche, lorsqu'elle tente de démontrer le caractère doublement pertinent, in casu, des faits allégués par elle dans ce contexte. Aussi bien, elle part, à tort comme on le démontrera plus loin (cf. consid. 3.2.3.3.3 et 3.2.3.3.4), du présupposé voulant que la clause des intérêts essentiels de sécurité, figurant à l'art. 12 du TBI, ressortit non seulement à la défense au fond dont dispose l'État hôte recherché par un investisseur de l'autre État, mais encore à la compétence *ratione materiae* du tribunal arbitral saisi d'une objection tirée de cette clause. La seconde remarque concerne le principe jurisprudentiel et doctrinal, invoqué par la recourante, selon lequel il faut assimiler au prononcé, rendu en cours de procédure, par lequel le tribunal se déclare expressément compétent, la sentence incidente ou préjudicielle dans laquelle le tribunal arbitral, sans se prononcer directement sur sa compétence, admet néanmoins celle-ci de manière implicite et reconnaissable par le fait même de régler une ou plusieurs questions préalables de procédure ou de fond ( ATF 143 III 462 consid. 3.1; BERGER/KELLERHALS, op. cit. in consid. 3.2.3.2.3 ci-dessus). On ne discerne pas où la recourante veut en venir. L'hypothèse évoquée par elle pourrait être d'actualité si le Tribunal arbitral, sans s'être prononcé préalablement sur sa compétence, avait statué sur l'objection relative aux intérêts essentiels de sécurité en rendant une décision incidente à ce sujet. Il est clair que, dans cette hypothèse, le Tribunal arbitral aurait admis implicitement sa compétence pour se prononcer sur ce point, si bien que sa décision eût pu être entreprise par la partie lui déniait toute compétence à cet égard. Toutefois, la présente espèce n'a rien à voir avec ce cas de figure. En effet, on se trouve dans la situation d'un tribunal arbitral qui, après s'être prononcé sur une série d'exceptions dont l'admission l'eût amené à se déclarer incompétent pour trancher le différend qui lui avait été soumis, les a toutes écartées, puis, s'étant déclaré compétent, a examiné les mérites d'une objection relevant du fond que la recourante avait soulevée devant lui sur la base de l'art. 12 du TBI. Sous n. 166 de son mémoire, la recourante cite, en français, les deux passages suivants de la sentence, qui

seront reproduits dans la langue originale utilisée par le Tribunal arbitral: " ..., if [the essential security interests clause] applies, the substantive obligations under the Treaty do not apply " (n. 227, p. 72; il s'agit en fait de la citation par le Tribunal arbitral d'un passage figurant sous n. 129 de la sentence précitée rendue dans l'affaire CMS ); " ... the far-reaching consequences that a successful invocation of Article 12 entails, that of entirely dis-applying the Treaty... " (n. 281, p. 95). De cette double citation, la recourante croit pouvoir tirer la reconnaissance, par le Tribunal arbitral, de ce que l'art. 12 du TBI "prévoit une condition à la compétence" (ibid.). Une troisième remarque sera donc formulée ici pour contester pareille déduction. Il ressort, en effet, du terme anglais substantive apparaissant dans la première citation et de la prise en compte du contexte dans lequel la seconde citation, d'ailleurs tronquée, a été faite que, dans l'une et l'autre, le Tribunal arbitral avait à l'esprit les obligations matérielles dérivant du traité, à l'exclusion de sa propre compétence.

3.2.3.3.3. L'art. 12 du TBI, tel qu'il a été reproduit plus haut (cf. let. B.a in fine), énonce ce qui suit (traduction française proposée par la recourante; recours, n. 163) : "Aucune stipulation du présent Accord n'empêche l'une ou l'autre des Parties contractantes d'appliquer des interdictions ou des restrictions dans la mesure où cela est nécessaire pour la protection de ses intérêts essentiels de sécurité,... " La clause citée, dite des intérêts essentiels de sécurité, s'apparente à l'état de nécessité - quand bien même les deux notions ne se recouvrent pas (cf. sentence, n. 228) - qui trouve son origine dans le droit coutumier international de la responsabilité étatique, lequel a été codifié dans le Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite que la Commission du droit international (CDI) des Nations Unies a adopté en 2001 et publié avec des commentaires sur les projets d'articles (cf., parmi d'autres: CHRISTINA BINDER, *Circumstances Precluding Wrongfulness*, in *International Investment Law*, Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch [éd.], 2015, p. 442 ss, n. 1; SABAHI/DUGGAL/BIRCH, *Limits on Compensation for Internationally Wrongfull Acts*, in dernier op. cit., p. 1115 ss., n. 10). L'état de nécessité, qui figure à l'art. 25 du projet de la CDI, dans le chapitre V intitulé: "Circonstances excluant l'illicéité", constitue, avec la force majeure et la légitime défense notamment, l'une des six circonstances excluant l'illicéité d'un comportement qui, par ailleurs, ne serait pas conforme aux obligations internationales de l'État considéré. En cela, il offre à cet État, pour reprendre une image utilisée par la CDI, un bouclier contre une accusation de violation d'une obligation internationale avérée. Cependant, il joue "plus comme un bouclier que comme une épée", en ce sens qu'il n'a pas pour effet d'annuler ou d'éteindre l'obligation, mais seulement d'en excuser l'inexécution temporaire (Commentaire du projet, n.1 et 2 ad chap. V; voir aussi: SABAHI/DUGGAL/BIRCH, ibid.). Selon la CDI, les circonstances excluant l'illicéité "n'ont rien à voir avec les questions de la compétence d'une cour ou d'un tribunal à l'égard d'un différend ni de la recevabilité d'une demande." (Commentaire du projet, n. 7). Cette dernière remarque est conforme aux décisions qui ont été rendues en la matière par les instances judiciaires internationales, telle la CIJ (arrêt du 27 juin 1986 dans l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Nicaragua c. États-Unis d'Amérique , n. 222; arrêt du 12 décembre 1996 dans l'affaire des plates-formes pétrolières , République Islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique , n. 20; arrêt du 25 septembre 1997 dans l'affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros, Hongrie/Slovaquie , n. 51), ou par des tribunaux arbitraux (sentence du 1er novembre 2006 dans la cause ICSID n° ARB/99/7, Patrick Mitchell v. The Democratic Republic of Congo , n. 55; décision du Comité ad hoc du 25 septembre 2007 sur la demande d'annulation de la République d'Argentine dans

l'affaire CMS , n. 129 et 146; sentence du 5 septembre 2008 dans l'affaire Continental , n. 164). A cette jurisprudence solidement établie, à laquelle elle cherche en vain à attribuer une autre signification que celle qui ressort de son texte même, la recourante voudrait opposer le passage suivant, tiré du dispositif de la sentence sur la compétence et le fond rendue le 25 juillet 2016 dans l'affaire mauricienne (n. 501) : " ..., the Tribunal decides and awards as follows:... c) By majority, that the Tribunal lacks jurisdiction over the Claimants' claims insofar as the Respondent's decision to annul the A. \_\_\_\_\_ Agreement was in part directed to the protection of the Respondent's essential security interests" (passage souligné par le Tribunal fédéral). Pareille tentative est d'emblée vouée à l'échec. Certes, l'expression mise en évidence, qui a été utilisée pour qualifier la décision majoritaire prise par le tribunal arbitral dans cette affaire, n'est pas des plus heureuses. Il ressort toutefois clairement du texte des considérants de ladite sentence que le Tribunal arbitral ne s'est pas focalisé sur la question de sa compétence *ratione materiae* , mais qu'il a examiné bien plutôt dans quelle mesure l'État défendeur pouvait se prévaloir de la clause des intérêts essentiels de sécurité, eu égard aux circonstances de la cause en litige, puis qu'il a fixé cette proportion à 60%, raison pour laquelle il a restreint à 40% la prétention des demandereses en paiement d'une indemnité pour cause d'expropriation de leur investissement. 3.2.3.3.4. En revanche, une autre question, que la recourante ne paraît pas avoir soulevée et qui pourrait être rattachée, elle, à la compétence *lato sensu* du tribunal arbitral appelé à la résoudre, est celle du caractère automatique ou non des dispositions des traités d'investissements relatives aux intérêts essentiels de sécurité. Concrètement, si un grief de ce chef avait été invoqué et dûment motivé par l'intéressée (cf. art. 77 al. 3 LTF ), il eût fallu s'interroger sur le point de savoir à qui il appartient de juger si les intérêts essentiels de l'État sont en jeu. Au chapitre 5 d'un article publié par elle en 2007 sous le titre: "Perspectives d'investissement international - Liberté d'investissement dans un monde en changement ", l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE) s'est penchée sur cette question. La conclusion à laquelle elle a abouti est que, si un certain nombre d'accords bilatéraux ou multilatéraux relatifs à l'investissement attribuent expressément ce rôle à l'État lui-même, il n'en va peut-être pas de même de certains traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements qui n'indiquent pas expressément que l'exception revêt un caractère automatique ( *self-judging* ). Selon elle, l'analyse des sentences rendues sur ce point enseigne que les tribunaux qui ont examiné la question dans le cadre de différends entre investisseurs et États ont refusé de reconnaître que les clauses sur les intérêts essentiels de sécurité puissent avoir un caractère automatique inhérent lorsqu'il n'est pas précisé qu'elles ont un tel caractère (p. 124 s. et les sentences citées). L'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT de 1947) fournit un exemple d'une exception *self-judging* en tant qu'il prévoit, à son art. XXI let. a), qu'"[a]ucune disposition du présent Accord ne sera interprétée comme imposant à une partie contractante l'obligation de fournir des renseignements dont la divulgation serait, à son avis, contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité". Le nouveau modèle de traité bilatéral de promotion et de protection de l'investissement, adopté en 2015 par l'Inde, en offre un autre exemple, nettement plus explicite. S'agissant des Security Exceptions , réglées à l'art. 33, le chiffre 4 de cette disposition renvoie à une annexe 1, laquelle énonce notamment ce qui suit: "Where the Party asserts as a defence that conduct alleged to be a breach of its obligations under this Treaty is for the protection of its essential security interests protected by Article 33, any decision of such Party taken on such security considerations and its decision to invoke Article 33 at any time, whether before or after the commencement of

arbitral proceedings shall be non-justiciable. It shall not be open to any arbitral tribunal constituted under Chapter IV or Chapter V of this Treaty to review any such decision, even where the arbitral proceedings concern an assessment of any claim for damages and/or compensation, or an adjudication of any other issues referred to the Tribunal. " Il va sans dire que l'art. 12 du TBI, quand bien même il émane en partie du même État, est aux antipodes de la disposition citée. De fait, rien dans son texte ne permettrait de soutenir, comme dans les deux exemples précités, que l'Inde ait entendu soustraire totalement à la connaissance du Tribunal arbitral le point de savoir si elle pouvait valablement invoquer en l'espèce la clause des intérêts essentiels de sécurité pour s'opposer à l'admission de la demande de l'intimée.

#### **E. 3.2.3.4**

Comme la problématique des intérêts essentiels de sécurité ne ressortissait pas à la compétence du Tribunal arbitral en l'espèce, le moyen pris de la violation de l' art. 190 al. 2 let. b LDIP , si la recourante n'avait pas été forclosée à le soulever (cf. consid. 3.2.3.3.1), devrait être déclaré irrecevable pour ce motif également. Au demeurant, l'intéressée n'en invoque pas d'autres relativement à l'art. 12 du TBI.

#### **E. 4**

En dernier lieu, la recourante tente de faire admettre que la décision par laquelle le Tribunal arbitral a rejeté l'argumentation qu'elle lui avait présentée quant à la prétendue illicéité du contrat A.\_\_\_\_\_, tout en écartant les preuves qu'elle voulait lui fournir à ce propos, constituerait un motif supplémentaire d'admission non seulement du grief d'incompétence ( art. 190 al. 2 let. b LDIP ), mais encore du moyen pris de la violation de son droit d'être entendu ( art. 190 al. 2 let. d LDIP). En premier lieu, il s'agira de replacer ce double grief dans son contexte factuel (consid. 4.1). Seront ensuite indiqués, sous une forme résumée, les arguments avancés de part et d'autre sur la question litigieuse (consid. 4.2). Quelques considérations d'ordre théorique devront encore être émises sur le point de savoir à quoi rattacher juridiquement la circonstance pertinente - i.e. la prétendue illicéité du contrat A.\_\_\_\_\_ - et, singulièrement, sur la possibilité de mettre celle-ci en rapport avec la compétence du Tribunal arbitral (consid. 4.3). Il faudra, enfin, examiner l'incidence, in casu , d'une éventuelle illicéité du contrat A.\_\_\_\_\_ (consid. 4.4) et dire si le droit d'être entendu de la recourante a été violé ou non en l'espèce dans ce cadre-là (consid. 4.5).

#### **E. 4.1**

Dans un courrier daté du 24 octobre 2016, la recourante avait attiré l'attention du Tribunal arbitral sur un certain nombre de faits nouveaux intervenus dans l'affaire A.\_\_\_\_\_, en particulier des poursuites pénales diligentées par l' India's Central Bureau of Investigation (CBI) contre de hauts responsables du gouvernement, contre A.\_\_\_\_\_ et contre certains dirigeants et administrateurs de cette société. Selon la recourante, si les chefs d'accusation retenus par le CBI devaient s'avérer fondés, il faudrait y voir des motifs supplémentaires de rejet (" additional grounds for dismissal "), car, dans cette hypothèse, l'investissement allégué n'aurait pas été réalisé conformément au droit indien. Aussi se justifiait-il, à son avis, de suspendre la procédure d'arbitrage jusqu'à droit connu sur le sort de ces accusations. A ce courrier étaient jointes diverses pièces, dont une fiche d'accusation du CBI publiée en août 2016 (" the CBI Charge Sheet "). Répondant le 14 novembre 2016, par un long courrier, l'intimée a avancé divers motifs qui commandaient, à ses yeux, de ne pas faire droit à la requête de son adverse partie. Le Tribunal arbitral a rejeté la requête de suspension

par lettre du 20 février 2017. Pour le surplus, il l'a écartée dans la sentence intérimaire du 13 décembre 2017 (n. 115-119). Laissant ouverte la question de savoir si la recourante entendait soulever une nouvelle exception d'incompétence ou d'irrecevabilité fondée sur l'illégalité prétendue du contrat A. \_\_\_\_\_, il a jugé que, si tel était le cas, pareille exception avait été formulée hors délai et en méconnaissance du calendrier procédural établi dans le présent arbitrage, étant donné que la recourante ne l'avait soulevée que bien après le dépôt des observations écrites des parties et la tenue de l'audience sur la compétence et le principe de la responsabilité. De même, les preuves proposées ne pouvaient pas être admises, dès lors qu'elles n'avaient pas été produites en temps opportun et l'avaient été en violation des règles de procédure applicables, lesquelles exigeaient une autorisation préalable. Dans une argumentation subsidiaire, le Tribunal arbitral a jugé que, même formulée dans les délais impartis et le respect des règles de procédure pertinentes, l'objection d'illégalité eût dû être rejetée sur le fond pour trois motifs: d'abord, parce qu'elle n'était pas suffisamment étayée; ensuite, parce que la fiche d'accusation du CBI avait été publiée dans le cadre d'une enquête initiée par cet organisme en mars 2015 et qu'elle contenait de simples allégations n'ayant pas encore fait l'objet d'un jugement; enfin, parce qu'aucune de ces allégations ne se rapportait aux actions ou à la conduite de l'intimée, la recourante n'ayant pas démontré comment, à la suite de la fiche d'accusation du CBI, l'investissement de X. \_\_\_\_\_, consistant en l'acquisition indirecte des actions de A. \_\_\_\_\_, aurait été contraire au droit indien.

#### **E. 4.2.1**

À l'encontre de cette argumentation, la recourante soutient, tout d'abord, avoir agi "à temps et de manière parfaitement appropriée en soulevant son objection après l'émission de l'acte d'accusation" (recours, n. 193). Quant à la motivation prétendument lacunaire de cette objection, l'intéressée assure avoir clairement mis en évidence le principe voulant qu'il ne puisse pas y avoir d'investissement susceptible d'être protégé si l'investissement invoqué est illicite d'après le droit de l'État hôte. Cela seul importerait, selon elle, à l'exclusion du nombre de phrases qu'elle a consacrées à cette question. Tout en concédant que les accusations litigieuses n'avaient pas encore été portées à la connaissance du tribunal pénal indien compétent au moment où elle avait soulevé son objection d'illicéité, la recourante dénie une quelconque pertinence à cette circonstance au motif que l'absence temporaire de confirmation de la véracité de ses dires par une autorité pénale indienne ne signifiait pas qu'il n'y avait pas d'investissement illicite. Dès lors, à la suivre, le Tribunal arbitral avait violé son droit d'être entendue en refusant de suspendre la procédure arbitrale - ce qui revenait à préjuger de l'issue de la procédure pénale - et, plus tard, en écartant, dans sa sentence intérimaire, les moyens de preuve qu'elle lui avait soumis en vue d'établir le caractère illicite de l'investissement en cause. Au demeurant, toujours selon la recourante, le procès pénal aurait commencé depuis lors, une première audience s'étant déroulée le 23 décembre 2017 après que l'autorisation de poursuite relative aux quatre derniers fonctionnaires impliqués dans cette affaire avait été délivrée en août 2017. Enfin, la recourante, contrairement au Tribunal arbitral, n'attache pas d'importance au fait que les accusations ne visent pas les actes exécutés par des organes ou employés de X. \_\_\_\_\_ elle-même, mais ceux de A. \_\_\_\_\_. En effet, il serait évident que si le contrat A. \_\_\_\_\_ était illicite, la société allemande n'aurait pas pu se prévaloir d'un investissement licite, quand bien même elle n'eût pas été impliquée dans les actes répréhensibles visés par la fiche d'accusation. Dès lors, pour la recourante, le rejet, par le Tribunal arbitral, de l'exception d'incompétence fondée sur l'illicéité du contrat A. \_\_\_\_\_

et son refus injustifié d'admettre les éléments de preuve afférents à cette exception tombent sous le coup, respectivement, des let. b et d de l' art. 190 al. 2 LDIP .

#### **E. 4.2.2**

L'intimée s'inscrit en faux contre la thèse soutenue par son adversaire. Selon elle, à supposer que l'on ait affaire ici à une exception touchant la compétence du Tribunal arbitral ou la recevabilité de la demande, ce qui serait loin d'être clair, cette exception aurait été soulevée tardivement. De fait, elle a été formulée dans une lettre envoyée au Tribunal arbitral le 24 octobre 2016, soit plus de six mois après l'audience qui s'était déroulée du 6 au 11 avril 2016, alors que l'art. 21 (3) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (version 1976) dispose que "[l]'exception d'incompétence doit être soulevée au plus tard lors du dépôt de la réponse ou, en cas de demande reconventionnelle, de la réplique". Or, à suivre l'intimée, la recourante eût été en mesure de le faire bien plutôt pour les raisons suivantes: elle connaissait depuis plusieurs années les reproches formulés dans l'acte d'accusation; ces reproches avaient d'ailleurs fait l'objet de plusieurs rapports à l'intérieur du gouvernement indien, lesquels remontaient jusqu'à l'année 2009; en outre, M. U. \_\_\_\_\_, un témoin de la recourante, aurait indiqué, lors de son audition, qu'il avait reçu, cette année-là, une dénonciation anonyme en lien avec la conclusion du contrat A. \_\_\_\_\_, dénonciation qui avait donné lieu à l'ouverture de différentes enquêtes et à la rédaction d'une série de rapports et mémorandums au sein de l'administration indienne; ces écrits auraient, du reste, été produits comme moyens de preuve dans la procédure arbitrale et les accusations qu'ils contiennent discutées dans les mémoires des parties et les déclarations de témoins produits durant la période d'octobre 2014 à octobre 2015; malgré cela, la recourante avait précisé, dans un mémoire du 9 octobre 2015 intitulé " Respondent's Rejoinder on Jurisdiction and Liability ", que la légalité de l'acquisition (indirecte) des actions A. \_\_\_\_\_ par l'intimée n'était pas en cause; qui plus est, il n'avait pas été question des accusations litigieuses lors de l'audience d'avril 2016, non plus que dans le mémoire subséquent de la recourante ( Post-Hearing Brief du 10 juin 2016). Abstraction faite de cette forclusion *ratione temporis* , l'intimée s'emploie à démontrer, dans une argumentation subsidiaire, que le Tribunal arbitral aurait rejeté à bon droit l'objection d'illicéité, si elle lui avait été présentée en temps utile. Elle soutient, à ce propos, que ladite objection n'a pas été suffisamment motivée (" nicht hinreichend substantiiert "; réponse, n. 189, 1<sup>ère</sup> pastille); ensuite et surtout, que la fiche d'accusation du CBI ne contient que de simples allégations et reproches n'ayant pas encore été soumis à un tribunal pénal indien et encore moins été confirmés par un tel tribunal; enfin, que les griefs formulés dans l'acte d'accusation ne concernent nullement des actes ou comportements de l'intimée elle-même. Cette dernière consacre ensuite de longs développements à la portée, fort limitée à ses yeux, de la CBI Charge Sheet ainsi qu'aux actes subséquents posés par les autorités chargées de l'enquête pénale (réponse, n. 191-191.7). Pour l'intimée, au demeurant, même si un tribunal indien devait décider - ce qui n'a pas encore été le cas jusqu'ici - que le contrat A. \_\_\_\_\_ viole le droit indien, cela ne signifierait pas encore que le Tribunal arbitral aurait admis sa compétence à tort, s'agissant d'un problème - la conformité de l'investissement avec le droit indien, telle que l'exige l'art. 3 (1) du TBI - qu'il appartient au seul Tribunal arbitral de résoudre, sans que ce dernier soit lié par des décisions de tribunaux locaux constatant que le droit indien a été violé. L'intimée conteste, par ailleurs, la pertinence de la jurisprudence sur laquelle la recourante fait fond et qui, selon elle, porterait sur des circonstances de fait étrangères à la présente cause, cette jurisprudence visant des cas dans lesquels l'investisseur était accusé d'avoir commis lui-même des actes pénalement répréhensibles, alors qu'en l'espèce la situation est tout autre

puisqu'il est question d'un investisseur ayant acquis des actions d'une société de l'État hôte des années après que des infractions pénales avaient prétendument été commises en rapport avec un actif déterminé de ladite société (le contrat A. \_\_\_\_\_). De surcroît, pour l'intimée comme pour le Tribunal arbitral, il est révélateur que B. \_\_\_\_\_ n'ait jamais invoqué l'illicéité du contrat A. \_\_\_\_\_ dans l'arbitrage CCI qui a opposé les deux sociétés indiennes et qui a été clos par la sentence finale du 14 septembre 2015. Plus subsidiairement encore, l'intimée dénie à la recourante la possibilité de se prévaloir de l'objection d'illicéité pour avoir par trop tardé à la soulever. Enfin, l'intimée explique, en reprenant pour l'essentiel certains des arguments qui ont été résumés ci-dessus, pourquoi, selon elle, le Tribunal arbitral n'a pas violé le droit d'être entendu de la recourante en écartant les preuves que celle-ci lui avait soumises.

#### **E. 4.3.1**

Un grand nombre de traités bilatéraux d'investissement modernes contiennent une clause prévoyant que l'investissement étranger doit être effectué conformément aux lois et règlements de l'État hôte (" in accordance with the laws and regulations of the host State "). Semblable clause, dénommée " compliance clause " par la doctrine de langue anglaise (en français: " clause de conformité"), figure généralement, mais pas nécessairement, dans la disposition du traité qui définit l'investissement (DIEL-GLIGOR/HENNECKE, op. cit., n. 1-3). De ce fait, plusieurs États hôtes ont tenté de plaider que la clause de conformité aurait pour fonction de limiter la notion d'investissement en soumettant celle-ci au droit interne de l'État d'accueil. Cependant, les tribunaux arbitraux ne les ont pas suivis, admettant, au contraire, qu'une telle clause fait référence à la légalité de l'investissement et non pas à la définition de celui-ci (cf., parmi d'autres: décision sur la compétence du 23 juillet 2001 dans la cause ICSID n° ARB/00/4, Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Kingdom of Morocco , n. 46). En d'autres termes, si l'examen de la légalité ou de l'illégalité d'un investissement particulier peut être effectué au regard de la législation de l'État hôte, la définition même de l'investissement est censée trouver ses racines dans le droit public international, sauf à tolérer que l'État défendeur puisse restreindre à sa guise l'objet de la protection accordée par le traité d'investissement (DIEL-GLIGOR/HENNECKE, op. cit., n. 1-3; voir aussi: SCHREUER, op. cit., n. 200 ad art. 25; GRUBENMANN, op. cit., p. 207 ss; apparemment d'un autre avis: MCLACHLAN, op. cit., n. 6.110).

#### **E. 4.3.2**

La clause de conformité soulève un autre problème, plus délicat, que l'on peut présenter sous la forme interrogative suivante: le point de savoir si un investissement donné est conforme à la législation de l'État hôte relève-t-il de la compétence du tribunal arbitral ou du mérite de la demande? La réponse à cette question n'est pas de nature purement académique, car elle influe sur les droits de l'investisseur et le sort du différend arbitral de deux manières: d'abord, au niveau du tribunal arbitral, seules deux solutions apparaissent possibles si l'on tient le point litigieux pour une question de compétence, à savoir l'admission ou le rejet entier de la compétence du tribunal arbitral, la seconde solution ayant pour effet de dénier à l'investisseur toute protection au titre du traité bilatéral d'investissement devant un for international neutre; en revanche, si l'on y voit une question de fond, le tribunal arbitral, n'étant alors plus placé devant cette alternative, pourra apprécier de manière différenciée les circonstances du cas concret et, singulièrement, les conséquences de l'inobservation, par l'investisseur, de la réglementation de l'État hôte (DIEL-GLIGOR/HENNECKE, op. cit., n. 12-13). Ensuite, au niveau du Tribunal fédéral, la

Le Cour de droit civil, saisie d'un recours en matière civile au sens de l'art. 77 al. 1 let. a LTF, ne pourra revoir que sous l'angle restreint de l'incompatibilité de la sentence avec l'ordre public (art. 190 al. 2 let. e LDIP) la décision prise par le tribunal arbitral, au cas où la clause de conformité relèverait du mérite de l'action, tandis qu'il la reverra librement en droit si elle ressortit à sa compétence de jugement. Certains tribunaux arbitraux ont fait le lien entre la clause de conformité et la compétence du tribunal arbitral au motif que ladite clause constituerait une limite fixée par l'État hôte au consentement donné par lui à ce que le différend issu de l'application du traité bilatéral d'investissement soit soumis au tribunal arbitral prévu par ce traité (compétence *ratione voluntatis*; DIEL-GLIGOR/HENNECKE, op. cit., n. 11; en ce sens, cf. sentence du 2 août 2006 dans la cause ICSID n° ARB/03/26, *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of Salvador*, n. 257; sentence du 19 mai 2010 dans la cause ICSID n° ARB (AF)/07/3, *Alasdair Ross Anderson and others v. Republic of Costa Rica*, n. 58/59; sentence du 14 juillet 2010 dans la cause ICSID n° ARB/07/20, *Mr. Saba Fakes v. Republic of Turkey*, n. 115; sentence du 4 octobre 2013 dans la cause ICSID n° ARB/10/3, *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, n. 372/373; sentence du 10 décembre 2014 dans la cause ICSID n° ARB/11/12, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of Philippines*, n. 468). D'autres tribunaux arbitraux ont rattaché la clause de conformité au mérite de l'action (sentence du 21 avril 2006 dans l'affaire *Berschader*, n. 111; sentence du 27 août 2008 dans la cause ICSID n° ARB/03/24, *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, n. 143-146; sentence du 7 février 2011 dans la cause ICSID n° ARB/08/18, *Malicorp Limited v. The Arab Republic of Egypt*, n. 119). Les clauses de conformité expresses sont la plupart du temps considérées comme une restriction apportée à la compétence du tribunal arbitral, tandis qu'une condition posée implicitement à cet égard est plutôt reliée au mérite de l'action (DIEL-GLIGOR/HENNECKE, op. cit., n. 14), voire à la recevabilité de la demande (AUGUST REINISCH, *Jurisdiction and Admissibility in International Investment Law, in General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Gattini/Tanzi/Fontanelli [éd.], 2018, p. 130 ss, 146). Il n'en demeure pas moins difficile de faire le départ entre les investissements dont le vice qui les affecte (*Mangelhaftigkeit*) doit entraîner l'incompétence du tribunal arbitral et ceux, entachés d'un défaut de moindre gravité (*Fehlerhaftigkeit*), qui ne sauraient sortir un tel effet (GRUBENMANN, op. cit., p. 216). En définitive, pour savoir si un État hôte a voulu restreindre son consentement à l'arbitrage aux investissements respectant sa législation, en insérant une clause de conformité dans le traité bilatéral d'investissement pertinent, il conviendra de rechercher quelles ont été ses intentions à ce propos en tenant compte de l'ensemble des circonstances du cas concret, en particulier du texte de ladite clause, de la place de celle-ci dans le traité, voire, le cas échéant, des conditions dans lesquelles elle a été adoptée, telles qu'elles pourraient ressortir des travaux préparatoires (DIEL-GLIGOR/HENNECKE, op. cit., n. 15).

### **E. 4.3.3**

Les méthodes à appliquer et les critères à utiliser pour vérifier si un investissement donné est ou non conforme à la législation de l'État hôte n'ont pas encore été fixés une fois pour toutes, si tant est que cela soit possible, mais font toujours l'objet de discussions dans les sentences arbitrales et les exposés doctrinaux (DIEL-GLIGOR/HENNECKE, op. cit., n. 16 ss avec de nombreuses références). De même, une attention spéciale a été portée au cas particulier de non-conformité de l'investissement au droit de l'État d'accueil que constituent la corruption en général et le versement de pots-de-vin en particulier (cf., parmi d'autres:

LORZ/BUSCH, *Investment in Accordance with the Law - Specifically Corruption*, in *International Investment Law*, Bungenberg/Griebel/Hobe/Reinisch [éd.], 2015, p. 577 ss). Dans ce domaine, en effet, il existe deux différences majeures par rapport aux situations ordinaires de non-conformité de l'investissement avec la législation de l'État hôte: la première tient au fait que la corruption fait l'objet d'une condamnation universelle de la part de la communauté internationale, là où le traité bilatéral d'investissement considéré n'envisage la violation que de la législation nationale de l'État hôte; la seconde réside dans la constatation que la corruption n'est pas le seul fait de l'investisseur, à l'inverse de la violation unilatérale du droit de l'État d'accueil, mais suppose également un comportement contraire au droit imputable à une ou plusieurs personnes, souvent haut placées, agissant pour le compte de cet État (LORZ/BUSCH, op. cit., n. 1). Cette double différence ne va pas sans poser des problèmes spécifiques (cf. LORZ/BUSCH, op. cit., n. 4 ss). Cela étant, point n'est besoin d'approfondir ici les questions qui viennent d'être évoquées, puisqu'aussi bien le sort du grief examiné ne dépend pas de la solution qui pourrait leur être apportée.

#### **E. 4.4.1**

L'art. 1 (b) du TBI inclut la clause de conformité (" ... in accordance with the national laws of the Contracting Party where the investment is made... ") dans la définition de l'investissement. L'art. 3 (1) du TBI reprend ladite clause en des termes légèrement différents, qui invite chaque partie contractante à encourager les investisseurs de l'autre partie contractante et à admettre les investissements effectués sur son territoire " in accordance with its law and policy ". De cette double formulation expresse, dans le TBI, de l'exigence de conformité de l'investissement avec le droit de l'État hôte, on peut déduire, sur le vu de la doctrine et de la jurisprudence susmentionnées et en l'absence d'indices contraires, qu'il s'agit là d'une condition relative à la compétence du Tribunal arbitral, en ce sens que chacune des parties contractantes n'a consenti par avance à renoncer à son juge (étatique) naturel et à être recherchée devant une juridiction de type privé que pour autant que le procès à venir portât sur un investissement ayant été effectué en conformité avec sa législation, autrement dit un investissement qui ne fût point illégal. D'ailleurs, c'est aussi sur le terrain de la compétence que les parties et le Tribunal arbitral se sont placés relativement à la clause de conformité. La recourante, il est vrai, n'a pas exposé clairement sa position à ce sujet. Cependant, l'intimée et le Tribunal arbitral n'ont, à tout le moins, pas exclu qu'elle ait entendu soulever une exception d'incompétence ou, plus précisément, qu'elle ait souhaité ajouter un motif supplémentaire à ceux qu'elle avait déjà invoqués à ce titre. Il suit de là que le Tribunal fédéral peut, en principe, revoir librement la pertinence des motifs retenus sur ce point par les arbitres.

#### **E. 4.4.2**

Il a été exposé, plus haut, que, lorsque l'exception d'incompétence est motivée, elle doit l'être de manière complète sous peine de forclusion (cf. consid. 3.2.3.3.1, 2e par.). La recourante est ainsi forclosée à exciper de l'incompétence du Tribunal arbitral en liaison avec la clause de conformité, à moins qu'elle n'ait raisonnablement pu soulever pareille exception avant le moment où elle l'a fait, comme elle l'affirme devant le Tribunal fédéral. La Cour de céans n'est nullement convaincue par cette affirmation. Il faut bien voir que, selon les constatations du Tribunal arbitral, le 8 novembre 2009 déjà, U.\_\_\_\_\_, l'un des secrétaires du DOS, aurait reçu une plainte anonyme d'après laquelle le spectre de la bande S avait été loué à A.\_\_\_\_\_ sur la base de faits de corruption, plainte qui avait été suivie de discussions parmi les représentants des autorités spatiales indiennes, puis de la

constitution du comité dit V. \_\_\_\_\_, du nom de son unique membre, le directeur de l'Indian Institute of Space and Technology, qui avait publié son rapport le 6 juin 2010. Les médias indiens s'étaient d'ailleurs intéressés au contrat A. \_\_\_\_\_, affirmant que la location était trop avantageuse pour cette société, et ils avaient appelé le gouvernement à annuler ledit contrat. S'en était suivie la rédaction d'une série de rapports et mémorandums au sein de l'administration indienne. Certains hauts responsables de cette administration avaient du reste été arrêtés au début du mois de février 2011 avant que A. \_\_\_\_\_ ne vît son contrat avec B. \_\_\_\_\_ être résilié, le 25 du même mois, pour un prétendu cas de force majeure. Dès lors, on peine à comprendre pourquoi la recourante n'a pas fait état de ces circonstances - lesquelles étaient révélatrices, à tout le moins, de soupçons de commission d'infractions pénales - dans ses écritures versées au dossier de l'arbitrage, puis à l'occasion de l'audience d'avril 2016 ou encore dans son mémoire après enquêtes du 10 juin 2016, préférant attendre le 24 octobre 2016 pour en informer le Tribunal arbitral. Cela est d'autant moins compréhensible que le CBI avait notifié sa Charge Sheet à qui de droit le 11 août 2016 déjà. La réserve sus-indiquée n'étant plus de mise au terme de cet examen, il en résulte que l'exception d'incompétence fondée sur les art. 1 (b) et 3 (1) du TBI est forclosée.

#### **E. 4.4.3**

Ne le serait-elle pas qu'il faudrait alors entériner l'argumentation subsidiaire développée par le Tribunal arbitral sur le fond. D'abord, la lecture du courrier que la recourante a adressé le 24 octobre 2016 au Tribunal arbitral confirme que le contenu de cet écrit était par trop étié pour que son destinataire pût en tirer des conclusions un tant soit peu claires quant à la volonté exprimée en des termes généraux et peu précis par l'auteur de la missive. Ensuite, la fiche d'accusation, consécutive à l'ouverture d'une enquête par le CBI en mars 2015, ne contenait que de simples allégations et reproches n'ayant pas encore fait l'objet d'un jugement. Certes, comme la recourante le relève à juste titre, cela n'excluait pas que les accusations proférées dans ce document pussent s'avérer fondées in fine. Toutefois, face à des accusations encore vagues, il convenait de tenir compte également des intérêts de l'investisseur à ce que la liquidation du différend l'opposant à l'État hôte intervînt dans des délais acceptables et ne fût pas différée de plusieurs années par le biais d'une suspension de la procédure arbitrale jusqu'à droit connu au pénal. On peut d'ailleurs se demander, à la lecture de l'extrait de doctrine reproduit ci-après, si l'existence d'une enquête pénale pendante était de nature à influencer sur la compétence de jugement du Tribunal arbitral touchant les art. 1 (b) et 3 (1) du TBI: " Nevertheless and despite this focus on the host State's domestic law, the arbitral tribunal, as an international forum, is not bound by any prior assessments made by national courts under such relevant national law; rather it is required to make its own legal determination " (DIEL-GLIGOR/HENNECKE, op. cit., n. 18). La question peut rester ouverte, quoi qu'il en soit, comme celle du droit de l'État hôte d'invoquer le comportement délictueux de certains de ses fonctionnaires pour tenter d'échapper à sa responsabilité découlant du TBI (sur ce point, cf. LORZ/BUSCH, op. cit., n. 24-28; voir aussi la sentence du 4 octobre 2006 dans la cause ICSID n° ARB/00/7, *World Duty Free Company Limited v. Republic of Kenya*, n. 180/18, favorable à l'État hôte, dans laquelle l'investisseur s'est vu contraint de supporter seul les conséquences d'une corruption ayant pour origine un pot-de-vin sollicité par le président de l'État défendeur, motif pris de ce que la loi ne protège pas les parties litigantes mais le public, i.e. les citoyens et contribuables de l'État d'accueil). C'est le lieu de rappeler, au surplus, que les griefs articulés en rapport avec des promesses de pots-de-vin ne sont admis par le Tribunal fédéral que si la corruption est établie, mais que le tribunal arbitral a refusé d'en tenir compte dans sa

sentence (arrêt 4A\_50/2017 du 11 juillet 2017 consid. 4.3.2 à propos du grief d'incompatibilité avec l'ordre public matériel). Quoi qu'il en soit, si d'aventure une décision pénale définitive, susceptible d'influer sur la sentence finale non encore rendue à ce jour, venait à être prise postérieurement au prononcé de ladite sentence, la recourante pourra tenter d'obtenir, le cas échéant et toutes conditions requises étant remplies par ailleurs, la révision de cette sentence (cf. arrêt 4A\_596/2008 du 6 octobre 2009 consid. 4). Enfin, il ne va pas de soi, a priori, qu'en acquérant indirectement une partie des actions d'une société indienne, sans que son adverse partie ne trouve quoi que ce soit à y redire, l'intimée, en sa qualité d'investisseur, doive se laisser imputer le fait que, par de prétendues malversations de ses organes, cette société sise sur le territoire de l'État hôte a obtenu d'une société contrôlée par ce même État des avantages qualifiés d'illicites par ce dernier. C'est là, toutefois, un autre débat qu'il n'y a pas lieu d'ouvrir ici.

#### **E. 4.5**

Dans un ultime moyen, la recourante, dénonçant une violation de son droit d'être entendue au sens de l'art. 190 al. 2 let. d LDIP, reproche au Tribunal arbitral de ne pas avoir admis les moyens de preuve qu'elle avait produits pour étayer son exception d'incompétence fondée sur l'illicéité alléguée du contrat A.\_\_\_\_\_. Le grief en question n'a plus d'objet si l'on admet, comme c'est ici le cas, que l'exception d'incompétence est paralysée par la forclusion. Il va de soi que la recourante ne peut faire valoir aucun intérêt digne de protection à l'administration de preuves destinées à établir une circonstance de fait qui n'a plus d'importance du moment que la partie qui l'allègue ne pourrait plus rien en tirer en sa faveur, fût-elle avérée. En tout état de cause, c'est le lieu de rappeler que le droit de faire administrer des preuves, qui est l'un des éléments constitutifs de la garantie invoquée, doit être exercé en temps utile et selon les règles de forme applicables (cf. consid. 3.2.1.2.5, par. 3 et l'arrêt cité). Or, le Tribunal arbitral a retenu, de manière convaincante, que les éléments de preuve litigieux n'ont pas été présentés en temps opportun et qu'ils ne lui ont pas été soumis dans le respect des règles de procédure applicables. Cet ultime moyen, à le supposer recevable, serait lui aussi voué à l'échec.

#### **E. 5**

En conclusion, le présent recours ne peut qu'être rejeté, dans la mesure où il est recevable, pour les motifs sus-indiqués. Dès lors, les requêtes de la recourante tendant à l'octroi de l'effet suspensif au recours et à la suspension de la procédure arbitrale jusqu'à droit connu sur ce dernier, qui sont toujours formellement pendantes, deviennent par là même sans objet.

#### **E. 6**

La recourante, qui succombe, devra payer les frais de la procédure fédérale ( art. 66 al. 1 LTF ) et verser des dépens à l'intimée ( art. 68 al. 1 et 2 LTF ). L'indemnité allouée de ce chef à cette partie sera prélevée sur les sûretés fournies par la recourante.