Urteilskopf

120 II 155

31. Extrait de l'arrêt de la Ire Cour civile du 19 avril 1994 dans la cause Emirats Arabes Unis et consorts contre Westland Helicopters Limited et Tribunal arbitral (recours de droit public)
Regeste (de):
Internationale Schiedsgerichtsbarkeit: Zuständigkeit des Schiedsgerichts; Ordre public (Art. 190 Abs. 2 lit. b und e IPRG).

Jede Partei, selbst eine säumige, verwirkt das Anfechtungsrecht hinsichtlich eines Zwischenentscheides über die Zuständigkeit, der zu ihren Ungunsten erging und ihr ordnungsgemäss mitgeteilt wurde, wenn sie ihn nicht innerhalb der vorgeschriebenen Frist anficht (E. 3).

Begriff und Bezugspunkt des negativen Ordre public (E. 6a). Ein Entscheid, welcher den Ordre public verletzt, ist im allgemeinen nicht nichtig, sondern lediglich anfechtbar (E. 6b). Nicht gegen den Ordre public verstösst die Wahl einer rechtlichen Form, welche die Mitgliedstaaten eines internationalen Unternehmens zu Garanten der von diesem eingegangenen Verpflichtungen macht (E. 6c).

Regeste (fr):
Arbitrage international: compétence du tribunal arbitral; ordre public (art. 190 al. 2 let. b et e LDIP).

Toute partie, même défaillante, doit attaquer, dans le délai prévu à cet effet, une sentence incidente en matière de compétence qui lui donne tort et qui lui a été régulièrement communiquée, sous peine de forclusion (consid. 3).

Notion et point de rattachement de l'ordre public négatif (consid. 6a). En principe, la sentence qui viole l'ordre public n'est pas nulle, mais seulement annulable (consid. 6b). N'est pas contraire à l'ordre public le choix d'une forme juridique qui rende les Etats membres d'une entreprise internationale garants de l'exécution des engagements souscrits par celle-ci (consid. 6c).

Regesto (it):
Arbitrato internazionale: competenza del tribunale arbitrale; ordre public (art. 190 cpv. 2 lett. b) e e) LDIP).

Ogni parte, anche se assente, deve impugnare, nel termine previsto a tale scopo, una sentenza incidentale in materia di competenza che le dà torto e che le è stata regolarmente comunicata: se non lo fa, il proprio diritto di contestare tale decisione perime (consid. 3).

Nozione e punto di collegamento dell'ordre public negativo (consid. 6a). Una decisione che viola l'ordre public in genere non è nulla, ma unicamente annullabile (consid. 6b). Non è contraria all'ordre public la scelta di una forma giuridica che rende gli Stati membri di un'impresa internazionale garanti per l'esecuzione degli impegni che quest'ultima ha sottoscritto (consid. 6c).

Sachverhalt ab Seite 156

A.- Le 29 avril 1975, la République Arabe d'Egypte (RAE), le Royaume d'Arabie Saoudite (RAS), l'Etat du Qatar et les Emirats Arabes Unis (EAU) ont conclu un traité en vue de la fondation d'un organisme supranational, doté de la personnalité juridique, appelé "The Arab Organization for Industrialization" (AOI). Cet organisme avait pour but de développer une industrie à caractère militaire dans les pays arabes. Le 27 février 1978, l'AOI et la société britannique Westland Helicopters Limited (WHL) ont signé, entre autres contrats, un "Shareholders Agreement" ayant pour objet leur participation commune à une société par actions, dénommée "The Arab British Helicopter Company" (ABH), dont le but devait consister dans la fabrication d'hélicoptères en Egypte et la vente des appareils. Cette convention comprenait une clause arbitrale. A la même date, WHL et l'ABH ont conclu une série de contrats (contrats de licence, d'assistance technique et de fourniture de matériel) contenant tous une clause similaire.

B.- Le 26 mars 1979, la RAE a signé avec l'Etat d'Israël un accord impliquant la cessation des hostilités entre ces deux pays. Ce faisant, elle est entrée en conflit avec les autres membres de l'AOI, qui décidèrent de mettre fin à l'existence de cet organisme, avec effet au 1er juillet 1979, et de le liquider. Après l'échec de pourparlers, WHL prit note de la rupture et notifia, en juillet 1979, sa décision de réclamer des dommages-intérêts à l'AOI dissoute et aux Etats membres. Le 12 mai 1980, elle déposa auprès de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), à Paris, une requête d'arbitrage

dirigée contre l'AOI en liquidation, les quatre Etats membres de cette organisation et l'ABH. Le 29 octobre 1980, la Cour d'arbitrage de la CCI constitua un tribunal arbitral de trois membres. Le siège de l'arbitrage fut fixé à Genève. La procédure arbitrale fut émaillée d'incidents divers. L'un d'eux avait trait à la compétence du Tribunal arbitral. Statuant le 5 mars 1984, celui-ci se déclara compétent à l'égard de toutes les parties défenderesses. La RAE recourut avec succès contre la sentence incidente rendue à cette date et fut mise hors de cause, motif pris de ce que cette défenderesse - à l'instar des EAU, du RAS et du Qatar, lesquels Etats n'avaient toutefois pas attaqué ladite sentence - n'était pas liée par les clauses compromissoires figurant dans les contrats conclus par l'AOI et l'ABH avec WHL. En revanche, l'AOI et l'ABH recoururent en vain contre cette sentence incidente. Le 21 juin 1991, le Tribunal arbitral rendit une sentence partielle dans le dispositif de laquelle il constata que les différents contrats conclus par WHL avec l'AOI et l'ABH constituaient un tout indissociable (ch. 1), que l'AOI était responsable de leur inexécution et du dommage qui en était résulté pour WHL (ch. 2), et que le RAS, les EAU et le Qatar étaient responsables - solidairement entre eux, mais subsidiairement par rapport à l'AOI - du paiement des dommages-intérêts qui seraient alloués à WHL (ch. 3 et 4), dommages-intérêts dont le montant serait fixé dans la sentence finale (ch. 7). Quant à WHL, le Tribunal arbitral admit qu'elle était fondée à ne plus exécuter les contrats conclus par elle avec l'ABH (ch. 5) et qu'elle n'assumait aucune responsabilité envers cette dernière (ch. 6). Après de nouveaux rebondissements procéduraux, le Tribunal arbitral rendit sa sentence finale le 28 juin 1993. Il condamna l'AOI, à titre principal, ainsi que les EAU, le RAS et le Qatar, à titre subsidiaire et solidairement entre eux, à payer à WHL un montant total de 364'747'000 £, intérêts en sus. Il dénia, en outre, à WHL le droit de compenser ses propres créances avec celles de l'ABH tendant au remboursement du solde des avances qu'elle lui avait versées pour l'exécution des contrats litigieux, sans toutefois ordonner la restitution de ces avances, faute d'une conclusion condamnatoire prise par l'ABH. Les frais de la procédure arbitrale furent mis, pour l'essentiel, à la charge de l'AOI et des trois Etats défendeurs.

C.- Les EAU, le RAS et le Qatar ont formé trois recours de droit public, comportant les mêmes motifs, en vue d'obtenir l'annulation tant de la sentence partielle du 21 juin 1991 que de la sentence finale du 28 juin 1993.

Après les avoir joints, le Tribunal fédéral a rejeté les trois recours, dans la mesure où ils étaient recevables.

Erwägungen

Extrait des considérants:

3. Dans un premier moyen, les recourants soutiennent que le Tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent à leur égard (art. 190 al. 2 let. b LDIP; RS 291). A l'instar de la RAE, ils contestent être liés par les conventions d'arbitrage passées entre WHL et l'AOI ou l'ABH; de plus, ils affirment n'avoir jamais reconnu implicitement la compétence du Tribunal arbitral puisqu'ils n'ont participé d'aucune manière à la procédure conduite sous son autorité. Aussi, la conclusion qu'impose à leur avis la prétendue incompétence ratione personae du Tribunal arbitral est la nullité absolue de l'ensemble de la procédure qu'il a dirigée et de toutes les sentences qu'il a rendues au cours de celle-ci. Cette nullité pourrait être invoquée en tout temps, selon eux, d'autant que le Tribunal arbitral et les juridictions étatiques n'auraient jamais rendu de décision ayant force de chose jugée sur la question de la compétence de jugement en tant qu'elle a trait à leur personne. L'intimée estime, quant à elle, que les sentences partielles ou incidentes rendues par le Tribunal arbitral avant le 1er janvier 1989 - date d'entrée en vigueur de la loi fédérale sur le droit international privé - ne peuvent plus être remises en cause en même temps que la sentence finale, du moment qu'elles ont déjà toutes été revues par la Cour de justice et le Tribunal fédéral dans le cadre de la procédure concordataire, le défaut des recourants dans la procédure arbitrale ne changeant rien à la situation juridique ainsi établie définitivement. Qui plus est, toujours selon l'intimée, les décisions incidentes en matière de compétence doivent être attaquées immédiatement, de sorte que, pour n'avoir pas formé de recours en temps utile contre la sentence incidente rendue le 5 mars 1984 par le Tribunal arbitral, les recourants seraient déchus une fois pour toutes de leur droit de remettre en cause cette sentence. a) La sentence incidente, par laquelle un tribunal arbitral statue sur sa compétence (art. 8 al. 1 CIA, art. 186 al. 3 LDIP), peut faire immédiatement l'objet d'un recours (art. 9 CIA, art. 190 al. 3 LDIP). Selon une jurisprudence fermement établie, la partie qui n'attaque pas une telle sentence dans le délai prévu à cet effet est déchue du droit de soulever ultérieurement l'exception d'incompétence du tribunal arbitral et elle ne peut plus remettre en cause la sentence incidente par le biais d'un recours

dirigé contre la sentence finale (ATF du 26 novembre 1980, in: SJ 1982 p. 613 ss, consid. 6a; consid. 2, non publié, de l' ATF 119 II 380; ATF 118 II 508 consid. 2b/bb). Cette jurisprudence, qui correspond à celle relative à l'art. 87 OJ (ATF 118 II 508 consid. 2b/bb, ATF 117 Ia 396 consid. 2, ATF 116 Ia 181 consid. 3a), se situe dans le droit fil des arrêts qui proscrivent la tactique consistant à tarder, sans raison valable, à invoquer des vices de procédure (ATF 113 Ia 67; voir aussi l' ATF 116 Ia 135 consid. 4, 387 consid. 1 et 485 consid. 2c). Elle est approuvée par la doctrine (JOLIDON, Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage, n. 3 ad art. 9; LALIVE/POUDRET/REYMOND, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, n. 2 ad art. 9 CIA et n. 5b ad art. 190 LDIP; RÜEDE/HADENFELDT, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 2e éd., p. 237 et 240; WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, n. IV/1 ad art. 182-186, apparemment en contradiction avec l'opinion émise par les mêmes auteurs sous le n. IV/3 ad art. 190 al. 2-194 LDIP; HEINI, in: IPRG-Kommentar, n. 65 ad art. 190 LDIP; DUTOIT/KNOEPFLER/LALIVE/MERCIER, Répertoire de droit international privé suisse, vol. 1, p. 289, n. 208). Par conséquent, il n'y a pas lieu d'y re-

venir. b) Les recourants objectent que la compétence du Tribunal arbitral à leur égard n'a jamais été constatée positivement par une juridiction étatique pendant toute la durée de la procédure arbitrale. Ils considèrent, par ailleurs, que la sentence incidente touchant la compétence du Tribunal arbitral n'est pas revêtue de l'autorité de la chose jugée envers eux, opinion qu'ils assoient tant sur les principes généraux régissant la procédure que sur le droit procédural et le droit constitutionnel de la Suisse. Les divers arguments présentés par eux dans ce cadre-là appellent les remarques suivantes:
aa) Les recourants déduisent des principes généraux en matière de procédure une compétence différente du tribunal arbitral saisi pour statuer sur sa propre compétence, selon qu'est en cause la validité ou l'interprétation d'une convention d'arbitrage ou qu'il s'agit de décider si une telle convention lie une partie qui ne l'a ni signée ni fait signer en son nom. A leur avis, dans la première hypothèse, une éventuelle erreur des arbitres ne pourrait être rectifiée que sur recours de la partie lésée (art. 36 CIA ou art. 190 LDIP), la sentence viciée n'étant entachée que de nullité relative. En revanche, dans la seconde hypothèse, la partie assignée devant le tribunal arbitral qu'elle estime incompétent relativement à sa personne ne serait pas tenue d'y soulever l'exception d'incompétence et les arbitres

n'auraient pas le droit de trancher d'office la question de leur compétence à l'égard de cette partie. Le feraient-ils néanmoins qu'ils statueraient ultra petita, si bien que la sentence incidente rendue par eux sur ce point serait absolument nulle, ce dont la partie intéressée pourrait se prévaloir à n'importe quel stade de la procédure, quand bien même elle n'aurait pas attaqué immédiatement la sentence incidente par laquelle le Tribunal arbitral s'est déclaré compétent à son endroit. A première vue, certaines dispositions ou décisions ayant trait au domaine de l'arbitrage viennent étayer la thèse des recourants, selon laquelle il n'est pas indifférent, pour régler la question de la compétence des arbitres, de savoir s'il existe ou non, prima facie, une convention d'arbitrage imposant aux parties l'obligation de soumettre à un tribunal arbitral le différend qui les divise. Référence peut être faite, à ce sujet, à l'art. 179 al. 3 LDIP, par exemple, qui autorise le juge appelé à nommer un arbitre à ne pas donner suite à la demande de nomination si un examen sommaire démontre qu'il n'existe entre les parties aucune convention d'arbitrage (cf. l' ATF 118 Ia 20 consid. 5b p. 27). Dans le même ordre d'idées, il sied de mentionner un arrêt du Tribunal fédéral de 1979 où il est écrit que la garantie du juge naturel (art. 58 Cst.) de même que le caractère exceptionnel de l'arbitrage par rapport à la juridiction ordinaire interdisent que l'on puisse contraindre une partie qui n'a pas signé de convention d'arbitrage à plaider devant les arbitres la question de leur compétence, alors qu'il n'y a même pas l'apparence d'une telle compétence (SJ 1980 p. 443 ss, consid. 4). Encore convient-il de préciser que l'arrêt cité ne porte que sur la conduite à adopter par le juge étatique saisi d'une demande de nomination d'un arbitre, lorsqu'il n'existe même pas l'apparence d'une convention d'arbitrage, et non pas, comme en l'espèce, sur celle des effets, à l'égard de la partie défaillante, d'une sentence incidente rendue par un tribunal arbitral au sujet de sa propre compétence. Dans le même contexte, on notera encore que le droit français réserve à la juridiction ordinaire saisie d'un litige la possibilité de faire abstraction d'une exception d'arbitrage qui se fonde sur une convention d'arbitrage manifestement nulle (art. 1458 al. 2 ncpc fr.; sur cette question, cf. ROBERT, L'arbitrage: droit interne, droit international privé, 6e éd., p. 103, n. 125).
Il faut toutefois bien se garder de mélanger les différentes questions qui se posent dans le domaine considéré. En effet, les dispositions et les précédents mentionnés ci-dessus à titre d'exemples visent, soit la

participation du juge étatique à la constitution d'un tribunal arbitral, soit sa compétence pour se prononcer

sur le bien-fondé d'une exception d'arbitrage; ils ne règlent pas le problème de la compétence du tribunal arbitral lui-même pour statuer sur sa propre compétence. Sur ce dernier point, les recourants ne peuvent rien tirer de concluant des principes généraux gouvernant l'arbitrage international, sans compter que - en dehors du champ d'application de l'art. II de la convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (RS 0.277.12) - la réglementation du pouvoir de trancher la question de la compétence matérielle, du fait qu'elle ressortit généralement à l'Etat où le tribunal arbitral a son siège ou à celui dans lequel la sentence doit être exécutée, varie sensiblement suivant l'ordre juridique national déterminant (voir, par ex., HABSCHEID, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2e éd., p. 541, n. 885). Dans le cas particulier, il se justifie donc d'examiner au regard du droit suisse la portée de la sentence incidente que le Tribunal arbitral a rendue le 5 mars 1984. bb) A suivre les recourants, ladite sentence serait absolument nulle en ce qui les concerne, attendu que le Tribunal arbitral aurait violé le concordat intercantonal sur l'arbitrage en y examinant d'office sa compétence. Pour cette raison, le moyen fondé sur l'art. 190 al. 2 let. b LDIP, qu'ils soulèvent dans leur recours de droit public dirigé contre la sentence finale du 28 juin 1993, serait recevable à leur avis. Peut-être est-ce parce que la RAE avait entrepris d'emblée des démarches en vue de faire constater son incompétence, que le Tribunal arbitral décida, le 6 juin 1981, de restreindre, dans un premier temps, la procédure à la question de sa compétence. Toujours est-il qu'après avoir ordonné un double échange d'écritures et un débat oral, il rendit, le 5 mars 1984, une sentence incidente par laquelle il se déclara compétent à l'égard de tous les défendeurs assignés par l'intimée. Les recourants n'avaient participé, ni par écrit ni verbalement, à la procédure arbitrale. Malgré qu'ils en aient, leur abstention ne s'opposait pas à ce que le Tribunal arbitral rendît, au sujet de sa propre compétence, une sentence qui les liât également. Dans un arrêt du 1er juillet 1970, relatif à l'application d'une disposition du code de procédure civile de Bâle-Campagne, le Tribunal fédéral avait jugé qu'un arbitre devait examiner d'office sa compétence, à l'instar du juge étatique (ATF 96 I 334 consid. 2). Il a expressément réaffirmé ce principe, sous l'empire du concordat intercantonal sur l'arbitrage, dans un arrêt non publié du 10 octobre 1979 (pour un extrait

du considérant topique, cf. JdT 1981 III 78 ch. 5). Une partie de la doctrine approuve sans réserve cette jurisprudence (DUTOIT/KNOEPFLER/LALIVE/MERCIER, op.cit., p. 288, n. 204 et p. 345, n. 464), tandis que d'autres auteurs la critiquent en faisant valoir qu'à l'inverse de celle des tribunaux ordinaires, la compétence des arbitres ne découle pas de la loi mais de la volonté des parties, de sorte que le tribunal arbitral ne doit la contrôler que si elle est contestée, ce que confirmerait, au demeurant, le texte même de l'art. 8 al. 1 CIA (POUDRET/REYMOND/WURZBURGER, L'application du Concordat intercantonal sur l'arbitrage par le Tribunal cantonal vaudois, in: JdT 1981 II 65 ss, 78; POUDRET, in: LALIVE/POUDRET/REYMOND, op.cit., n. 2 ad art. 8 CIA, avec d'autres références). Cependant, les auteurs qui contestent le principe posé dans les arrêts précités admettent, eux aussi, que le tribunal arbitral doit examiner d'office sa compétence à l'égard des parties défaillantes (LALIVE/POUDRET/REYMOND, op.cit., n. 2 ad art. 8 CIA et n. 12 ad art. 186 LDIP). On ne peut que leur donner raison. Si l'art. 8 al. 2 CIA et l'art. 186 al. 2 LDIP exigent que l'exception d'incompétence soit soulevée préalablement à toute défense sur le fond, c'est parce qu'il est loisible à la partie assignée devant un tribunal arbitral incompétent de couvrir ce vice en entrant en matière sur le fond et de contraindre ainsi ce tribunal à connaître d'un différend arbitrable dans lequel elle est impliquée. Toutefois, l'entrée en matière sur le fond suppose nécessairement un acte concluant de la partie qui pourrait contester la compétence du tribunal arbitral, c'est-à-dire la participation de l'intéressée à la procédure arbitrale. En d'autres termes, les effets que la loi attribue à l'entrée en matière sur le fond ne se produisent que si la procédure se déroule en contradictoire, la partie défaillante ne pouvant pas couvrir le vice d'incompétence puisqu'elle ne procède pas sur le fond. Par conséquent, dans une telle situation, l'économie de la procédure justifie que le tribunal arbitral mis en oeuvre statue d'office - et de préférence par une sentence incidente directement attaquable - sur sa compétence à l'égard de la partie défaillante. Certains auteurs considèrent, il est vrai, que le tribunal arbitral n'est pas compétent pour

statuer sur sa propre compétence si la partie qui le saisit n'est pas en mesure de rendre à tout le moins vraisemblable, prima facie, l'existence d'une convention d'arbitrage (JOLIDON, op.cit., n. 22 et 3 ad art. 8 CIA; A. BUCHER, Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, p. 56, n. 130; WENGER, Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit, in: Das neue Bundesgesetz über das

BGE 120 II 155 S. 163

Internationale Privatrecht in der praktischen Anwendung, p. 115 ss, 130). Pour les recourants, la réserve ainsi formulée devrait être étendue à l'hypothèse où une convention d'arbitrage existe certes, mais où il n'est pas établi que toutes les parties défenderesses l'aient signée. La thèse défendue par ces auteurs ne se concilie guère avec le principe général de procédure, qui régit également la procédure arbitrale, selon lequel même le tribunal incompétent a le pouvoir de statuer sur sa compétence (GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3e éd., p. 610, note de pied 86). Elle est, en outre, de nature à soulever de délicats problèmes d'interprétation, étant donné qu'elle fait appel à la notion pour le moins vague de l'"'apparence" d'une convention d'arbitrage. Qui plus est, en matière d'arbitrage international, elle pourrait donner lieu à de vaines disputes dans la recherche du juge étatique compétent pour décider de l'existence ou de la validité d'une convention d'arbitrage. Aussi de sérieuses raisons militent-elles contre son admission (cf. POUDRET, Une action en constatation de droit au sujet de l'existence ou la validité d'une clause arbitrale est-elle recevable en droit fédéral ou cantonal?, in: Recht und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Hans Ulrich Walder, p. 341 ss). Point n'est toutefois besoin d'adopter une position définitive à son sujet en l'espèce. En effet, dans sa sentence incidente du 5 mars 1984, le Tribunal arbitral ne s'est pas prononcé sur la question de l'existence d'une convention d'arbitrage, mais - s'agissant du problème présentement envisagé - sur le point de savoir quelle était la portée subjective d'une clause compromissoire dont la validité n'était pas litigieuse, c'est-à-dire quelles étaient les parties visées par une telle clause. A cet égard, il n'est pas douteux qu'une convention d'arbitrage peut obliger même des personnes qui ne l'ont pas signée (héritiers, cessionnaires, associés, etc.; cf. SCHWAB/WALTER, Schiedsgerichtsbarkeit, 4e éd., p. 58 ss). La question de l'extension de la convention d'arbitrage à des parties non signataires (ROBERT, op.cit., p. 206/207, n. 236) peut d'ailleurs également se poser en matière de groupes de sociétés ou d'entreprises contrôlées par l'Etat (SCHLOSSER, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2e éd., p. 324 ss, n. 426; CHAPELLE, L'arbitrage et les tiers: II. - le droit des personnes morales, in: Revue de l'arbitrage 1988, p. 475 ss, cet auteur faisant référence à la présente affaire). Or, c'est assurément au tribunal arbitral qui doit examiner si le litige dont il est saisi est de son ressort ou de celui de la juridiction ordinaire qu'il incombe de décider si telle ou telle personne assignée devant lui est liée ou non par la convention d'arbitrage. Sous l'angle de

BGE 120 II 155 S. 164

la compétence, l'existence, la validité et la portée de la convention d'arbitrage constituent donc des problèmes indissociables. On ne saurait, partant, assimiler à une décision inexistante la sentence qu'un tribunal arbitral régulièrement constitué et oeuvrant sous l'égide d'une institution reconnue - en l'occurrence, la CCI - a rendue au sujet de sa propre compétence, dans le respect des règles de procédure généralement admises. Pour le surplus, ce n'est pas le lieu de décider si la conclusion inverse s'imposerait relativement à une sentence émanant d'un pseudo-tribunal arbitral ayant manifestement usurpé sa compétence (cf. HEINI, op.cit., n. 50/51 ad art. 190 LDIP). En droit suisse, la question de la compétence - la "compétence de la compétence" (Kompetenz-Kompetenz) - est tranchée en dernier ressort par le juge étatique (art. 36 let. b CIA; art. 190 al. 2 let. b LDIP). Cependant, il appartient dans la règle au tribunal arbitral de la traiter en priorité (art. 8 CIA; art.

186 LDIP). Il n'en va autrement - sous réserve de l'admissibilité, sujette à caution, d'une action en constatation de l'existence, de la validité ou des effets d'une convention d'arbitrage (POUDRET, FS Walder, loc.cit.) - que lorsque la juridiction ordinaire est saisie en premier d'une action au fond et qu'une exception d'arbitrage est soulevée devant elle. Si elle décline sa compétence, sa décision ne lie pas le tribunal arbitral saisi en second lieu; en revanche, si elle l'admet, elle le lie en raison de l'autorité de la chose jugée attachée à sa décision (LALIVE/POUDRET/REYMOND, op.cit., n. 1 ad art. 8 CIA). Encore faut-il, pour que le juge étatique puisse connaître en dernier lieu du problème de la compétence du tribunal arbitral, qu'il soit valablement invité à le faire, par le biais d'un recours, au sens des art. 36 CIA et 190 LDIP, interjeté en temps utile. Si tel n'est pas le cas, la sentence rendue au préalable par le tribunal arbitral acquiert force de chose jugée. S'il s'agit d'une sentence incidente, celle-ci ne peut plus être remise en cause après l'expiration du délai prévu à cette fin, même dans le cadre d'un recours dirigé contre la sentence finale, comme on l'a déjà indiqué plus haut. Quoi qu'en disent les recourants, le défaut de la partie assignée contre son gré n'y change rien. De fait, la péremption de l'exception d'incompétence est une chose, la péremption du droit de soulever cette exception en est une autre. Celui qui entre en matière sans réserve sur le fond dans une procédure arbitrale reconnaît, par cet acte concluant, la compétence du tribunal arbitral et perd, en conséquence, définitivement le droit d'exciper de l'incompétence dudit tribunal. Inversement, celui qui fait défaut n'encourt pas semblable déchéance, en

règle générale, car son abstention ne saurait être assimilée à une reconnaissance tacite de la compétence du tribunal arbitral (LALIVE/POUDRET/REYMOND, op.cit., n. 3 ad art. 8 CIA et n. 12 ad art. 186 LDIP); il lui est donc permis de se raviser et d'intervenir dans la procédure pendante pour contester la compétence du tribunal arbitral à son égard, tout ceci sous réserve du respect du principe de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC). Cela étant, il n'en reste pas moins que toute partie, même défaillante, doit attaquer, dans le délai prévu à cet effet, une sentence incidente en matière de compétence qui lui donne tort. Si elle ne le fait pas, elle devra s'y soumettre jusqu'à la fin de la procédure arbitrale, y compris la procédure de recours, et seule demeurera en suspens la question de savoir si elle pourra encore soulever l'exception d'incompétence dans le cadre de la procédure d'exécution subséquente. En résumé, son inaction ne la prive pas de l'exception d'incompétence, mais bien du droit de faire valoir cette exception dans la procédure arbitrale lato sensu par opposition à la procédure de reconnaissance et d'exécution de la sentence. Conformément à ces principes, les recourants s'en prennent en pure perte à la sentence incidente du 5 mars 1984 dans le présent recours, puisqu'ils ne l'ont pas attaquée en temps utile au moment où elle leur a été communiquée. Quant au grief fait au tribunal arbitral d'avoir statué ultra petita dans cette sentence incidente, il tombe manifestement à faux. En saisissant ce tribunal d'une demande visant notamment les recourants, l'intimée l'a requis par là même de se déclarer compétent envers ceux-ci. C'est ce qu'il a fait. Les parties défaillantes, qui ne lui ont soumis aucune conclusion par la force des choses, ne sauraient donc lui reprocher d'avoir statuer au-delà de la demande en admettant sa compétence à leur égard. cc) Toujours à propos de leur exception d'incompétence, les recourants invoquent enfin la violation des art. 58 et 59 Cst. Seul le débiteur domicilié en Suisse peut se prévaloir de l'art. 59 Cst. Cette condition n'est évidemment pas réalisée en ce qui concerne les trois Etats souverains qui ont interjeté le présent recours. Quant à l'art. 58 Cst., qui protège également les étrangers (KÖLZ, Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, vol. III, n. 6 ad art. 58), il garantit à l'intéressé le droit à un tribunal compétent et régulièrement constitué, que ce soit un tribunal étatique ou un tribunal arbitral privé ou institué par la loi (KÖLZ, op.cit., n. 7 ad art. 58). Selon une opinion aujourd'hui dominante, cette disposition revêt

un caractère absolu et imprescriptible; elle permet donc aussi de contester des actes d'exécution (KÖLZ, op.cit., n. 33 ad art. 58). Cela ne signifie cependant pas que l'intéressé puisse attendre aussi longtemps qu'il le souhaite pour faire valoir la violation de l'art. 58 Cst. Au contraire, celui qui laisse procéder une juridiction, alors qu'il connaît le vice censé affecter sa constitution ou sa composition, est déchu de la protection que lui confère la garantie du juge constitutionnel (ATF 114 Ia 348; KÖLZ, op.cit., n. 35 ad art. 58). D'où il suit que les recourants ne sauraient déduire de l'art. 58 Cst. le droit d'attaquer la sentence finale pour cause d'incompétence du tribunal arbitral qui l'a rendue. Point n'est dès lors besoin d'examiner si l'art. 113 al. 3 Cst., qui interdirait au Tribunal fédéral de contrôler la constitutionnalité des dispositions de la loi fédérale sur le droit international privé invoquées par les recourants, n'eût pas déjà fait obstacle, à lui seul, à la prise en considération des art. 58 et 59 Cst. dans le cas particulier (ATF 115 II 294 consid. 1).

6. Les recourants font encore valoir une violation de l'ordre public, au sens de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP. a) Alors que l'art. 36 let. f CIA permet d'attaquer la sentence arbitrale qui repose sur des constatations manifestement contraires aux faits résultant du dossier ou qui constitue une violation évidente du droit ou de l'équité, l'art. 190 al. 2 let. e LDIP restreint sensiblement - de par la volonté du législateur - la portée du grief correspondant en matière d'arbitrage international. Une sentence rendue dans ce domaine ne sera donc pas annulée pour le seul motif qu'elle prend appui sur des constatations de fait arbitraires ou qu'elle aboutit à une solution juridiquement insoutenable. Elle ne pourra être attaquée avec succès que si elle est incompatible avec l'ordre public. Selon la jurisprudence, une sentence est contraire à l'ordre public lorsqu'elle viole des principes juridiques fondamentaux au point de ne plus être conciliable avec l'ordre juridique et le système de valeurs déterminants. Au nombre de ces principes figurent, notamment, la fidélité contractuelle ("pacta sunt servanda"), le respect des règles de la bonne foi, l'interdiction de l'abus de droit, la prohibition des mesures discriminatoires ou spoliatrices, ainsi que la protection des personnes civilement incapables (ATF 117 II 604 consid. 3, ATF 116 II 634 consid. 4). Il faut souligner, à cet égard, que l'ordre public, au sens de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP, ne constitue qu'une simple clause de réserve ou d'incompatibilité, ce qui signifie qu'il a uniquement une fonction protectrice (ordre public négatif) et qu'il ne sortit aucun effet

normatif (ordre public positif ou formateur) sur les rapports juridiques litigieux (HEINI, op.cit., n. 39 ad art. 190 LDIP avec une référence, au n. 45 sous le même art., à l'opinion divergente de BUCHER). Au demeurant, la sentence attaquée ne sera annulée que si le résultat auquel elle aboutit est incompatible avec l'ordre public. Il ne suffit donc pas que ses motifs le soient (ATF 116 II 634 consid. 4); encore faut-il pouvoir tirer la même conclusion relativement à son dispositif (HEINI, op.cit., n. 37 ad art. 190 LDIP). Le Tribunal fédéral n'a pas tranché jusqu'ici la question de savoir à quel ordre juridique ou à quel système de valeurs - suisse, étranger, supranational ou universel - la notion d'ordre public de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP fait appel (ATF 117 II 604 consid. 3, ATF 116 II 634 consid. 4 p. 637), bien qu'il se soit référé, de manière quelque peu contradictoire, dans le premier arrêt cité, à l'ordre juridique et au système de valeurs suisses. Les avis divergent à ce sujet au sein de la doctrine. Pour l'essentiel, la controverse met aux prises les partisans du rattachement exclusif de l'ordre public à l'ordre juridique suisse (LALIVE/POUDRET/REYMOND, op.cit., n. 5e ad Art. 190 LDIP et les références) et ceux qui optent pour un ordre public à vocation universelle ou qui soit, à tout le moins, affranchi du système de valeurs propre à la Suisse (HEINI, op.cit., n. 41 ad art. 190 LDIP et les références; BUCHER, op.cit., p. 130 ss, n. 352 ss). Par son origine, l'ordre public de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP est suisse, mais il est international par sa fonction. Cette constatation ne fournit cependant aucun élément décisif pour la détermination du contenu de la notion en cause et elle ne permet pas d'affilier l'ordre public, au sens de la disposition précitée, à un ordre juridique plutôt qu'à un autre. La teneur de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP tendrait à faire pencher la balance en faveur d'une notion élargie de l'ordre public, étant donné que ne figure pas dans cette disposition l'adjectif "suisse" que l'on trouve aux art. 17 et 27 al. 1 de la même loi (VISCHER, in:

IPRG-Kommentar, n. 31 ad art. 17 LDIP; HEINI, op.cit., n. 43 ad art. 190 LDIP). La logique paraît du reste militer contre une interprétation restrictive de cette notion. En effet, l'application des dispositions topiques de la loi fédérale sur le droit international privé à un arbitrage n'est pas subordonnée à l'existence d'une attache subjective ou objective de la cause avec la Suisse (Binnenbeziehung), pas plus d'ailleurs qu'à l'applicabilité du droit matériel de ce pays; en revanche, le tribunal arbitral est tenu, dans tous les cas, de respecter l'ordre public du pays dont il doit appliquer le droit (HEINI, op.cit., n. 47 ad art. 190 LDIP). Si l'on veut donc assurer une interprétation uniforme de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP et

une application cohérente du motif de recours qu'il prévoit, il semble nécessaire de dissocier l'ordre public, au sens de cette disposition, et celui qui entre en ligne de compte dans l'application du droit par le tribunal arbitral (VISCHER, op.cit., n. 31 ad art. 17 LDIP). Aussi, lorsque le tribunal arbitral doit appliquer un autre droit matériel que le droit suisse et qu'il n'est donc pas tenu de respecter l'ordre public suisse, rien ne justifie apparemment de corriger sa sentence, dans la procédure du recours de droit public, par une référence à l'ordre public de la Suisse. Par conséquent, l'application uniforme de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP paraît devoir commander une interprétation extensive de la notion d'ordre public, soit le choix d'un ordre public transnational ou universel incluant "les principes fondamentaux du droit qui s'imposent sans égard aux liens du litige avec un pays déterminé" (A. BUCHER, Le nouvel arbitrage international en Suisse, p. 121, n. 358; voir aussi: HEINI, op.cit., n. 41 ad art. art. 190 LDIP, avec une référence à GUTZWILLER pour qui est incompatible avec l'ordre public la sentence qui "den in den Kulturstaaten und daher überstaatlich geltenden rechtlichen oder sittlichen Grundauffassungen widerspricht"). Il est vrai, cependant, que, dans la plupart des cas - en particulier dans le domaine commercial ou contractuel -, le choix de l'ordre public suisse en matière internationale plutôt que d'un ordre public transnational ne devrait pas conduire à un résultat différent (HEINI, op.cit., n. 44 ad art. 190 LDIP). C'est la raison pour laquelle il convient de privilégier une approche pragmatique de la question controversée, au lieu de chercher à la trancher définitivement dans un sens ou dans l'autre, d'autant plus qu'elle porte sur une notion juridique indéterminée - l'ordre public - qu'il est difficile de cerner et de définir une fois pour toutes. b) La sentence qui viole l'ordre public n'est, en principe, pas entachée de nullité absolue, mais seulement attaquable, à moins qu'elle ne porte atteinte à des intérêts publics prépondérants (HEINI, op.cit., n. 53/54 ad art. 190 LDIP). Cette dernière condition n'est pas remplie en ce qui concerne les vices de procédure que les recourants imputent au Tribunal arbitral. Que ces derniers invoquent également une violation de l'ordre public formel à l'égard de tels vices ne change donc rien au fait qu'ils auraient dû articuler les griefs fondés sur l'art. 190 al. 2 let. a et b LDIP dans le cadre d'un recours formé contre la sentence incidente du 5 mars 1984. Peut ainsi demeurer indécise la question de l'applicabilité du motif de recours prévu par l'art. 190 al. 2 let. e LDIP à des vices affectant la procédure arbitrale et, en cas de réponse affirmative, celle

des rapports qu'il pourrait y avoir entre ce motif de recours et ceux qui ont trait à la procédure arbitrale (cf. HEINI, op.cit., n. 38 ad art. 190 LDIP et les références). c) Les recourants voient une violation de l'ordre public suisse et de l'ordre public international dans la condamnation subsidiaire des Etats membres de l'AOI. Ils invoquent, à cet égard, l'autonomie de l'AOI, en tant que personne morale indépendante, et, partant, la relativité des engagements contractuels souscrits par cette organisation (pacta tertiis nec prosunt nec nocent), qui constitue le pendant négatif du principe de la fidélité contractuelle (pacta sunt servanda). aa) A l'appui de ses prétentions en dommages-intérêts dirigées contre les Etats membres de l'AOI, WHL soutenait que ceux-ci

ne formaient qu'une seule et même partie avec l'organisation interétatique à laquelle ils étaient affiliés. Elle fondait cette thèse sur plusieurs arguments: le premier voulait que ces Etats eussent toujours manifesté leur volonté de s'engager directement envers les cocontractants de l'AOI; le deuxième était tiré du passage d'un protocole d'accord où il est indiqué que "[the]states comprise the AOI"; dans un troisième argument, WHL affirmait qu'elle n'aurait jamais conclu le "Shareholders Agreement" sans l'engagement des Etats défendeurs de garantir l'exécution des obligations de l'AOI; la prétendue absence de toute indépendance décisionnelle de l'AOI par rapport à ses Etats membres formait l'objet d'un quatrième argument. Dans sa sentence partielle du 21 juin 1991, le Tribunal arbitral a écarté ces quatre arguments ainsi que deux arguments subsidiaires fondés sur l'acte illicite et la reprise de dette. Il en a retenu, en revanche, un autre, lui aussi développé à titre éventuel par WHL, en déduisant la responsabilité subsidiaire des Etats membres des règles du droit international public. Les considérations qu'il a émises à propos de ce dernier argument peuvent être résumées comme il suit: les fondateurs de l'AOI n'ont pas choisi pour cette organisation une forme juridique excluant la responsabilité de ses membres et ils ont adopté des dispositions statutaires leur imposant un engagement financier important, justifiant ainsi la confiance des tiers appelés à traiter avec cette organisation quant à la capacité de celle-ci de faire face à ses engagements grâce au soutien continu des Etats membres. Cette même confiance avait d'ailleurs amené WHL à renoncer aux garanties usuelles dans ce genre d'opérations. L'attente légitime ainsi créée dans l'esprit de la demanderesse mérite la protection du droit. Dès lors, si l'AOI n'était pas en mesure de faire face à ses obligations financières à l'égard de WHL, il appartiendrait aux Etats membres d'y pourvoir.

bb) Les recourants ne peuvent rien tirer en leur faveur des arrêts du 23 octobre 1987 et du 19 juillet 1988 par lesquels la Cour de justice du canton de Genève et le Tribunal fédéral ont nié que les Etats membres de l'AOI aient été liés par la convention d'arbitrage passée entre cette organisation et WHL. En effet, d'une part, l'incompétence formelle du Tribunal arbitral pour se prononcer sur une prétention élevée devant lui n'exclut pas l'existence de cette prétention; d'autre part, si le Tribunal fédéral examine librement la question de la compétence, il ne revoit, en revanche, la sentence au fond que sous l'angle de sa compatibilité avec l'ordre public. cc) La reconnaissance d'une responsabilité subsidiaire des recourants envers l'intimée ne contredit aucun principe juridique ou moral fondamental du système de valeurs suisse ou transnational. Le droit des personnes morales, en particulier dans le domaine industriel ou commercial, peut être réglé de différentes manières, et il a effectivement été codifié ainsi, sans qu'il y ait quoi que ce soit à y redire du point de vue de l'ordre public négatif. Considérée sous cet angle, même une réglementation emportant renonciation à l'autonomie totale de la personne morale et mise en jeu de la responsabilité des membres de celle-ci ne justifierait pas l'intervention du juge étatique. Du reste, même en l'absence d'une telle réglementation, il arrive que l'on fasse abstraction de l'indépendance de la personne morale à l'égard de ses membres, notamment lorsque l'on a affaire à des entreprises contrôlées par une seule personne ou par un Etat ou encore à un groupe de sociétés, en appliquant le principe dit de la "transparence" ("Durchgriff"). Aucun principe juridique fondamental n'est donc heurté par la conception voulant qu'une interdépendance économique puisse créer des liens juridiques ou que l'unité économique force à relativiser l'indépendance juridique. Il suit de là que l'on peut également tenir pour conforme à l'ordre public négatif la théorie de "l'émanation d'Etat", qui permet de rendre l'Etat responsable des engagements contractés par des entreprises juridiquement indépendantes de lui mais qui sont entièrement sous sa coupe (cf. CHAPELLE, loc.cit., avec de nombreuses références). Cette conclusion s'impose avec davantage de force encore dans l'hypothèse où le sujet économique juridiquement autonome institué par l'Etat n'est pas soumis à une réglementation nationale familière au contractant ou à tout le moins accessible à celui-ci, mais est créé sous la forme d'une entreprise à caractère international qui n'est pas rattachée à un quelconque ordre juridique national.

Si le fait même d'adopter une forme juridique qui rende les Etats membres d'une entreprise à vocation internationale garants de l'exécution des engagements souscrits par celle-ci n'est déjà pas incompatible en soi avec l'ordre public négatif, à plus forte raison en va-t-il ainsi lorsque - comme c'est le cas en l'espèce - la responsabilité subsidiaire des Etats affiliés à l'entreprise supranationale est déduite, de surcroît, de la confiance que ces Etats ont éveillée, par leur comportement, chez le partenaire contractuel de cette entreprise, quant à leur volonté de se substituer à elle au cas où elle ne pourrait pas faire face à ses obligations envers lui. Il n'est, en effet, pas contraire à des principes fondamentaux de l'ordre juridique international d'admettre que des liens contractuels puissent se créer, sans que cela corresponde à la volonté interne d'une partie, lorsque celle-ci adopte une attitude qui autorise l'autre partie à conclure de bonne foi à l'existence d'une telle volonté (cf. ATF 69 II 319, 322). Or, c'est précisément sur une considération de ce genre que le Tribunal arbitral a fondé, pour l'essentiel, sa sentence. Savoir s'il l'a fait à juste titre, c'est-à-dire en conformité avec le droit matériel applicable, importe peu du point de vue de l'ordre public négatif, au sens où on l'entend ici, dans la mesure où le contenu du droit applicable ne constitue pas un critère en la matière, étant donné la fonction purement protectrice de la réserve de l'ordre public. Les principes de la fidélité contractuelle et de la relativité des obligations issues d'un contrat, que les recourants invoquent dans ce contexte, n'imposent pas une autre conclusion. Aussi bien, le Tribunal arbitral n'a pas empêché l'exécution d'obligations contractuelles dûment établies, ni prêté la main à l'exécution d'obligations contractuelles qu'il aurait su ne pas lier la partie recherchée de ce chef. Le moyen tendant à faire admettre que le Tribunal arbitral aurait violé l'ordre public en couvrant de son autorité la mise en cause des recourants est, en conséquence, infondé.
d) Les recourants voient encore une violation de l'ordre public dans le fait que le Tribunal arbitral aurait rendu des sentences contradictoires. Ils relèvent, à ce propos, que, pour admettre leur compétence, les arbitres ont considéré que les Etats membres de l'AOI étaient directement liés par les contrats que cette organisation avait passés avec des tiers, dont WHL, motif pris de ce que cette organisation et les Etats qui en faisaient partie ne formaient qu'une seule et même entité, tandis que, pour condamner subsidiairement ces mêmes Etats à indemniser l'intimée, ils ont expressément écarté la thèse de l'identité entre les défendeurs et l'AOI et en ont retenu une autre.

En argumentant ainsi, les recourants confondent deux problèmes - l'effet obligatoire d'une clause compromissoire pour la personne qui ne l'a pas signée, d'une part, l'existence, à la charge de cette personne, d'une obligation contractuelle découlant du droit matériel applicable, d'autre part - qui n'obéissent pas aux mêmes règles et à l'égard desquels le pouvoir d'examen de l'autorité de recours n'est, de plus, pas le même. Le problème de la compétence du Tribunal arbitral, qui aurait dû être examiné avec un plein pouvoir de cognition par la juridiction étatique saisie d'un recours à ce sujet, ne peut plus être soulevé par les recourants dans le cadre de la présente procédure de recours pour les motifs sus-indiqués, quand bien même il n'aurait pas été traité d'une manière juridiquement correcte par les arbitres. Pour le surplus, il n'était pas interdit à ces derniers d'invoquer également, à l'appui de leur décision sur le fond, des arguments qui n'eussent pas suffi, à eux seuls, à justifier leur compétence. Au demeurant, qu'un tribunal arbitral ne soit pas compétent pour se prononcer sur l'existence de la prétention qui lui est soumise n'implique nullement l'inexistence de ladite prétention, et cette constatation, de portée générale, s'impose avec davantage de force encore sous l'angle restrictif, seul déterminant en l'occurrence, de l'ordre public négatif. C'est dire que l'on ne saurait parler de sentences contradictoires du seul fait que des manifestations de volonté ont été interprétées différemment, selon qu'elles se rapportaient à la compétence de la juridiction saisie ou à l'existence de la prétention litigieuse. L'objection des recourants ne résiste donc pas à l'examen.