

ARTICLE

EXTENSION DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE AUX NON-SIGNATAIRES EN ARBITRAGE IMPLIQUANT LES SOCIÉTÉS EN GROUPEMENT

par Amissi MANIRABONA^{*}

L'arbitrage commercial est habituellement connu comme étant un mécanisme privé de règlement des différends entre les parties qui y ont préalablement consenti dans une convention d'arbitrage. Cependant, dans la pratique, on remarque que les arbitres font souvent exception à la règle de l'effet relatif du contrat au nom de l'efficacité de la procédure arbitrale. Cela est fréquent notamment en matière d'arbitrage impliquant les groupes de sociétés. Cet article vise à montrer que pour pouvoir retenir la participation, au processus arbitral, d'un tiers non-signataire de la convention d'arbitrage, les arbitres ont recours à plusieurs mécanismes. Généralement, les arbitres considèrent comme étant un consentement tacite, à la procédure d'arbitrage, la participation à la constitution du tribunal arbitral. En outre, si, par sa conduite, une société non-signataire crée de la confusion avec une société signataire, les arbitres procéderont souvent à l'extension des effets de la convention d'arbitrage lorsque cette confusion est susceptible de causer un préjudice au tiers de bonne foi ou de violer l'ordre public. Enfin, lorsque les conditions sont réunies, la théorie de l'abus de droit ainsi que celle de l'entité économique constituent des outils efficaces, pour les arbitres, d'amener au processus arbitral, par contrainte ou sur demande, une partie non-signataire de la convention d'arbitrage.

Commercial arbitration is a private mechanism intended to settle disputes between two or more parties who have agreed to it beforehand by means of an arbitration clause. However, in practice, one notes that arbitrators often deviate from the doctrinal rule governing the relative effect of contracts in order to render the arbitration process more effective. This occurs frequently in arbitration proceedings involving companies. The aim of this article is to illustrate how arbitrators may utilize various means in order to involve non-signatory companies in the process. Generally, arbitrators view as a tacit consent to the arbitration proceedings participation in the constitution of an arbitration tribunal. Moreover, if by its conduct, a non-signatory company becomes confused with a signatory to the agreement, arbitrators often extend the effects of the arbitration agreement when this confusion may be harmful to the interests of third parties or when it is contrary to public order. Finally, when certain conditions are met, the abuse of rights doctrine as well as the «group enterprise theory» may be effective means for arbitrators to include in the arbitration proceedings, either by constraint or voluntarily, a party who has not signed the arbitration agreement.

* . LL.M, Doctorant, Faculté de droit de l'Université de Montréal.

SOMMAIRE

INTRODUCTION		543
A.	<i>L'exécution d'actes concluants comme consentement à l'arbitrage : la participation à la constitution du tribunal arbitral</i>	549
B.	<i>La confusion entretenue par la société signataire et celle non-signataire comme expression du consentement à l'arbitrage multipartite</i>	553
1.	La confusion créée par la conduite d'un non-signataire : application de la théorie de l' <i>estoppel</i>	553
2.	La confusion intentionnellement entretenue : les notions de fraude et de l' <i>alter ego</i>	562
C.	<i>L'application de la théorie de l'abus de droit</i>	565
D.	<i>L'application de la théorie de l'entité économique pour étendre les effets de la convention d'arbitrage</i>	569
CONCLUSION		575

INTRODUCTION

Au sortir de la 2^e Guerre mondiale, le besoin de la reconstruction rapide des États a entraîné des grands travaux qui, souvent, dépassaient les possibilités matérielles et financières d'une seule entreprise. Afin de pouvoir faire face à ces vastes chantiers, il s'est avéré plus pratique pour les compagnies de faire des alliances entre elles, ce qui a, petit à petit, conduit à la constitution des groupes de sociétés. Actuellement, avec le phénomène de la mondialisation, on assiste à la prolifération des sociétés en groupe qui opèrent tant au niveau interne qu'au niveau international.

Dans la réalisation de leurs opérations, les groupes de sociétés sont impliqués dans de très nombreux et complexes contrats interdépendants avec d'autres partenaires locaux ou étrangers. La conséquence en est que ce genre d'opérations engendre souvent une multitude de litiges dont la complexité dans leur règlement n'est plus à démontrer¹. La complexité du règlement des différends impliquant les groupes de sociétés les pousse à préférer le processus d'arbitrage plutôt que le système judiciaire étatique. L'arbitrage est d'autant plus indiqué à régler les litiges complexes qu'il peut être facile de rassembler, dans une seule instance, toutes les parties concernées et toutes les questions litigieuses². L'unification du contentieux permet ainsi aux parties, non seulement d'éviter les contradictions des décisions auxquelles peuvent donner lieu les procédures séparées, mais aussi de réaliser l'économie d'argent et de temps³.

-
1. À ce sujet, voir : Anne-Marie Whitesel et Eduardo Silva Romero, «Multiparty and Multicontract Arbitration : Recent ICC Experience» dans *Complex Arbitrations – Special Supplement* [2003] *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 7.
 2. *Ibid.* Selon ces auteurs, le nombre d'affaires multipartites soumises à la Cour internationale d'arbitrage de la CCI a augmenté de 20.4% en 1993 à 31.2% en 2002.
 3. Alan Redfern et Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Student edition, London, Sweet & Maxwell, 2003, p. 174; Antoine KASSIS, «L'arbitrage multipartite et les clauses de consolidation», [1988] *D.P.C.I.* 221.

Cependant, quoique souhaitable, l'unification des procédures arbitrales ne peut être possible que lorsque chaque partie au litige y consent. En effet, les groupes de sociétés, dans leur ensemble, n'ont pas de statut juridique et ne sont donc pas «sujet de droit»⁴. S'il est vrai qu'au sein des groupes de sociétés, il existe une certaine unité économique, il n'en demeure pas moins que chaque membre du groupe possède une personnalité juridique distincte de celle d'un quelconque autre membre. Cela veut dire que les sociétés membres d'un groupe restent juridiquement autonomes et indépendantes les unes par rapport aux autres.⁵ Cette indépendance juridique est de plus en plus remarquable lorsque les sociétés membres du groupe sont de nationalités différentes faisant affaires sous diverses juridictions.

En droit canadien ou québécois, la personnalité juridique, reconnue à toute société depuis l'arrêt de la Chambre des Lords dans l'affaire *Salomon*⁶, confère à son titulaire un certain nombre d'attributs. Entre autres attributs, le *Code civil* du Québec, dans sa consécration de la jurisprudence *Salomon*, édicte que la personne morale possède son propre patrimoine ainsi que ses propres nom et domicile⁷. De même, la personne morale est la seule engagée par ses actes⁸. Elle est aussi la seule à agir pour contester les actes dommageables commis à son encontre et pour en demander la réparation⁹.

Selon le droit canadien donc, en tant que titulaire de la personnalité juridique, chaque membre du groupe de sociétés contracte pour son propre compte, et ses engagements sont inopposables aux autres membres. Dans ces conditions, aucune unification des procédures arbitrales ne paraît possible sans que chaque partie y consente. En matière arbitrale, le caractère

-
4. Thierry Gauthier, *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, Paris, Litec, 2000 à la p. 9.
 5. *Ibid.*
 6. *Salomon c. Salomon & Co Ltd*, [1897] A.C. 22.
 7. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c.64, art. 302, 305, 307 [C.c.Q.].
 8. Art. 309 C.c.Q.
 9. *Burland v. Earle*, [1902] A.C. 83 à la p. 93.

conventionnel est si fondamental que l'arbitre tire toute sa légitimité de la volonté des parties. Il s'ensuit qu'étant un contrat, la convention d'arbitrage n'a d'effets qu'entre les seules parties contractantes¹⁰. En effet, c'est l'autonomie des parties qui constitue la seule base du processus d'arbitrage et le pouvoir d'un tribunal arbitral doit venir d'une référence consensuelle¹¹.

Or, l'environnement contractuel dans lequel opèrent les groupes de sociétés, caractérisé par une diversité aussi bien de contrats que de partenaires juridiquement indépendants les uns des autres, peut constituer un obstacle qui limite la possibilité d'adhésion, par les membres du groupe, à une même convention d'arbitrage. C'est ainsi que la nécessité de résoudre les litiges connexes dans une même procédure arbitrale a occasionné le développement d'un courant jurisprudentiel qui estime que la participation à l'arbitrage ne devrait pas être limitée aux seules parties qui ont préalablement consenti à la convention d'arbitrage.

Selon cette tendance de la jurisprudence arbitrale, dans le cas des sociétés liées, il est inacceptable qu'un membre du groupe se soustraie à l'arbitrage tout simplement en faisant valoir le fait qu'il n'a pas signé la convention d'arbitrage¹². Dans cette optique, certains arbitres estiment en effet que le formalisme ne devrait pas occulter la réalité des choses. Ils sont d'avis que le comportement d'une partie devrait suffire pour que celle-ci soit jointe à l'instance

10. Art. 1440 C.c.Q.

11. Voir sentence dans l'affaire CCI n° 10758, [2000] *J.D.I.* 1171, 1172; Jacqueline Rubellin-Devichi, «De l'effectivité de la clause compromissoire en cas de pluralité de défendeurs ou d'appel en garantie dans la jurisprudence récente» [1981] *Rev. arb.* 29 et 30.

12. Affaire CCI n° 4131, [1983] *J.D.I.* 899 (Dans cette affaire, le tribunal arbitral a étendu la procédure arbitrale aux parties non-signataires des clauses d'arbitrage en ces termes: «*la clause compromissoire, expressément acceptée par certaines des sociétés du groupe, doit lier les autres sociétés qui, par le rôle qu'elles ont joué dans la conclusion, l'exécution ou la résiliation des contrats contenant lesdites clauses apparaissent selon la commune volonté de toutes les parties à la procédure, comme ayant été de véritables parties à ces contrats, ou comme étant concernées, au premier chef, par ceux-ci et par les litiges qui peuvent en découler*»).

arbitrale quand bien même elle n'aurait pas signé la convention arbitrale¹³.

Confronté à la question de savoir si la jonction à la procédure, d'un non-signataire de la convention d'arbitrage, constituait une entorse à la règle qui exige l'existence d'un écrit constatant le consentement des parties, le Tribunal fédéral suisse a donné une réponse négative dans un arrêt rendu le 16 octobre 2003¹⁴. Dans cet arrêt, les sociétés défenderesses reprochaient au tribunal arbitral le fait qu'il s'était déclaré compétent à l'égard d'une partie qui n'avait pas signé la convention d'arbitrage, en l'occurrence, leur principal actionnaire. Elles exigeaient que le Tribunal fédéral suisse annule cette sentence arbitrale rendue sous l'égide de la CCI pour avoir violé la règle qui subordonne la validité de la convention d'arbitrage à l'existence d'un écrit signé par toutes les parties. Dans ces motivations, le Tribunal fédéral a estimé que l'exigence de forme ne concerne que les parties initiales qui ont signé la convention d'arbitrage et que la question de l'extension des effets de la convention d'arbitrage relève du fond du litige¹⁵.

De son côté, la jurisprudence française est depuis longtemps d'avis que la validité et l'efficacité de la clause compromissoire insérée dans un contrat international exigent :

d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter, dès lors qu'il est établi que leur situation et leurs activités, font présumer qu'elles ont eu connaissance de l'existence et de la portée de la clause

-
13. À ce sujet, voir André Chapelle, «Le droit des personnes morales (Groupes de sociétés; Intervention d'État)», *L'arbitrage et les tiers*, [1988] *Rev. arb.* 475 et 476.
 14. Arrêt 4P.115/2003, Tribunal fédéral suisse, en ligne : <http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-emplat/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm>.
 15. *Ibid.* au para. 5.3.1.

*d'arbitrage bien qu'elles n'aient pas été signataires du contrat la stipulant*¹⁶.

À côté de la jurisprudence, il existe aussi un courant doctrinal qui considère que lorsque certains contrats sont interdépendants ou lorsque certaines obligations des parties sont étroitement imbriquées, il serait inapproprié de ne pas traiter les différends qui en résultent dans une seule instance, que toutes les parties aient consenti à l'arbitrage ou non¹⁷. Selon cette opinion, l'exigence d'une bonne administration de la justice et, quelque fois, l'équité, recommandent qu'on évite la dispersion du règlement des contentieux intimement liés dans leur principe¹⁸.

Néanmoins, malgré cette récente évolution jurisprudentielle et doctrinale, il ne faut pas perdre de vue que le consensualisme demeure le pivot de l'arbitrage¹⁹. Dès lors, la tendance de la jurisprudence internationale de vouloir regrouper, dans une même procédure arbitrale, les parties qui, bien qu'ayant participé à un projet commun, ne sont pas toutes partenaires à la convention d'arbitrage, peut être interprétée comme une grave méconnaissance du caractère volontariste de l'arbitrage²⁰. Aussi, l'extension de la convention d'arbitrage aux membres du groupe de sociétés qui n'y ont pas consenti peut-elle paraître contraire aux principes du droit des compagnies, au Canada et au Québec, qui reconnaissent à chaque entité une personnalité juridique distincte²¹. Au sens actuel du droit canadien et québécois donc, il

16. C.A. Paris, 30 nov. 1988 [1989] *Rev.arb.* 691.

17. Par exemple, voir Mohamed Salah M. Mahmoud, «Groupes de contrats : intérêt de la notion en droit international privé et dans le droit de l'arbitrage international» [1996] 5 *R.D.A.I.* 593.

18. *Ibid.*

19. Bruno Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, Presses universitaires de France, 1998 à la p. 32.

20. En ce sens, voir Frédéric Bachand, *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international*, Cowansville, Yvon Blais, 2005 à la p. 185 [Bachand].

21. *Placements Grandterre inc. c. 147616 Canada inc.*, J.E. 96-232 (C.A.). De plus, notons que le principe de l'existence séparée et indépendante de la compagnie est au cœur même de notre système de droit corporatif; la prudence exige que nous limitons le plus possible les exceptions, déjà

est clair que l'arbitre qui se déclarerait compétent à l'égard d'une personne non-signataire de la convention d'arbitrage risquerait de se voir reprocher d'avoir excédé sa mission qui est celle de trancher uniquement les litiges pour lesquels il a été investi²².

Cependant, un excès de positivisme juridique plutôt qu'un réalisme économique n'est pas de nature à résoudre les problèmes auxquels peuvent être confrontés les acteurs du commerce. De même, comme l'a bien souligné le professeur Lalive, il est important de noter que l'arbitrage commercial international ne peut être envisagé dans une perspective strictement nationale sans que soit niée sa spécificité²³. Ainsi, l'universalité de l'arbitrage commercial international, qui tient au fait qu'il repose sur certains principes fondamentaux faisant consensus au sein des membres de la communauté internationale, recommande une ouverture au droit comparé²⁴. Il est donc indispensable qu'au niveau du Canada et du Québec, on soit prêt à la modération dans la conception du principe de l'indépendance juridique des sociétés en groupement lorsque celles-ci sont impliquées dans des procédures d'arbitrage.

En effet, lorsque les litiges surgissent au sein des groupes de sociétés, il est souhaitable que l'indépendance juridique de chaque société ne constitue pas un obstacle à la jonction des procédures arbitrales si l'arbitre juge que les conditions de

nombreuses, à ce principe fondamental (à ce sujet, voir : *Gestion André Lévesque inc. c. Compt'Le inc.*, J.E. 97-631 (C.A.)).

22. Voir Alain Prujiner, «Compétence judiciaire et compétence arbitrale: analyse de la jurisprudence récente au Québec» (1999) 12(2) *R.Q.D.I.* 79 et 84 (L'auteur critique la décision des juges dans l'arrêt *Décarel* rendu par la Cour d'appel du Québec qui a ordonné le renvoi à l'arbitrage les non-signataires de la convention d'arbitrage du simple fait qu'ils étaient actionnaires d'une compagnie ayant signé cette convention). Voir aussi Brian Casey et Janet Mills, *Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure*, Huntington, Juris Publishing Inc. 2005 à la p.97.
23. Pierre Lalive, «L'importance de l'arbitrage commercial international» dans N. Antaki et A. Prujiner, dir., *Colloque*, Université Laval, 1985, *Arbitrage commercial international*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1986, 15 à la p. 22; *GreCon Dinter inc. c. J.R. Normand inc.* [2005] C.S.C. 46.
24. Bachand, *supra* note 20 à la p. 9.

recourir à la procédure unique sont réunies. D'une part, il serait malheureux si des membres d'un groupe de sociétés se cachaient derrière leur personnalité juridique pour échapper à la procédure d'arbitrage. D'autre part, il ne serait avantageux pour personne d'assister à des procédures parallèles alors que les faits témoignent de la connexité du contentieux. La procédure unifiée peut, par ailleurs, favoriser autant l'efficacité que l'économie de moyens tout en évitant les décisions inconciliables au sein d'un même groupe de sociétés.

L'objectif de cet article est de montrer, qu'au nom de l'efficacité de la justice arbitrale, malgré le principe de l'effet relatif de la convention d'arbitrage, certaines circonstances peuvent amener à ce que les parties non-signataires fassent partie d'une seule procédure arbitrale. On constatera, à cet effet, qu'une partie non-signataire de la convention d'arbitrage peut être contrainte de subir les effets de cette convention d'arbitrage ou en tirer profit. Pour pouvoir retenir la participation, au processus arbitral, d'un tiers non-signataire de la convention d'arbitrage, les arbitres ont recours à plusieurs mécanismes. Ainsi, il est possible de conclure à l'existence du consentement tacite à l'arbitrage lorsque, par ses actes ou sa conduite, un non-signataire s'est volontairement soumis à la convention d'arbitrage notamment en accomplissant certains actes. Il peut aussi en être de même en cas de confusion entre la personne du signataire et celle du non-signataire. Dans la même logique, certains mécanismes d'origine jurisprudentielle, à savoir la théorie de l'abus de droit et celle de la réalité économique peuvent constituer de meilleurs outils pour les arbitres, afin d'amener à la procédure par contrainte ou sur demande, un non-signataire de la convention d'arbitrage.

A. *L'exécution d'actes concluants comme consentement à l'arbitrage : La participation à la constitution du tribunal arbitral*

De façon générale, malgré son importance, l'existence de la convention d'arbitrage entre les parties n'est pas l'unique moyen permettant de participer à la procédure arbitrale. La Cour d'appel

du Québec a déjà reconnu qu'une partie pouvait être forcée à participer à la procédure arbitrale lorsque, par sa propre conduite, elle aura «*acquiescé à la compétence du conseil d'arbitrage*»²⁵.

Dans la pratique, lorsqu'une partie a été désignée dans la demande d'arbitrage sans qu'elle soit liée par la convention d'arbitrage, elle a la possibilité de contester la compétence de l'arbitre à son égard avant même que l'instance ait lieu. Tant que cette partie ne se sent pas concernée par la convention d'arbitrage, il est normal par exemple qu'elle refuse de participer à la constitution du tribunal arbitral. Dans d'autres cas, une partie peut même désigner son arbitre tout en se réservant le droit de poursuivre la contestation, devant le tribunal étatique, de la compétence du tribunal arbitral soit après le prononcé de la sentence sur la compétence s'il y a lieu, soit après le prononcé de la sentence sur le fond. Cependant, lorsqu'une partie non-signataire de la convention d'arbitrage participe à la constitution du tribunal arbitral sans manifester aucune intention d'en contester la compétence dans les délais requis, on considère généralement qu'il y a eu acceptation tacite de la procédure arbitrale.

La participation à la désignation d'un arbitre par deux parties non-signataires a été interprétée comme étant un consentement à l'arbitrage multipartite dans l'affaire CCI n°5721²⁶. Dans cette affaire, la société demanderesse avait conclu deux contrats de sous-traitance avec la société X., entrepreneur principal, en vue de réaliser des travaux de construction en Égypte. La société entrepreneur avait été représentée, lors de la signature de ces contrats, par M. Z, le Président de la société Y., mère de X. Aux termes de ces contrats, X. devait réaliser des travaux de génie civil et fournir à la demanderesse des

25. *Compagnie nationale algérienne de navigation c. Pegasus Lines Ltd. S.A.*, REJB 1994-57981 (C.A.) (En réalité, il faut reconnaître qu'en l'espèce, il y avait déjà existence d'une convention d'arbitrage portant sur les premiers contrats conclus par les mêmes parties. Il ne s'agissait donc pas de véritable tierce partie à la convention d'arbitrage).

26. Affaire CCI n° 5721, [1990] *J.D.I.* 1020.

installations lui permettant d'exécuter ses obligations. Les deux contrats contenaient une clause compromissoire CCI.

Ayant estimé que la société X. n'arrivait pas à honorer ses engagements, le maître d'ouvrage l'avait alors expulsée. La demanderesse hérita ainsi directement du marché. Par la suite, la société X. chercha à mettre en œuvre des garanties à première demande ainsi que celles à la bonne fin des travaux que la demanderesse lui avait consenties. La demanderesse s'adressa à la CCI afin de déclarer la résiliation des contrats et, partant, la caducité des lettres de garantie. La demande d'arbitrage fut dirigée à la fois contre M. Z, la société X. et sa société mère Y. La CCI accepta de mettre en mouvement la procédure arbitrale telle qu'introduite par la société demanderesse bien que deux des codéfendeurs furent non-signataires de la clause arbitrale. En effet, non seulement aucune exception d'incompétence n'avait été soulevée, mais aussi l'ensemble des codéfendeurs avait désigné conjointement un arbitre.

Si, dans cette affaire, la désignation volontaire d'un arbitre par les parties en instance a été perçue comme une soumission volontaire à la compétence du tribunal arbitral, il faut néanmoins noter qu'elle peut, à elle seule, s'avérer insuffisante. En effet, il est connu que le fait, pour une partie, d'avoir désigné un arbitre ou d'avoir participé à sa désignation ne la prive pas du droit de soulever ultérieurement l'exception d'incompétence du tribunal arbitral à son égard²⁷. En l'absence d'autres indices, le fondement de la compétence des arbitres sur ce seul critère est donc susceptible d'être contesté. Cela a d'ailleurs été implicitement reconnu par le tribunal arbitral dans cette affaire CCI n° 5721 puisque quand la contestation de la compétence des arbitres a été soulevée après la constitution du tribunal arbitral, celui-ci a dû

27. Article 16 (2) *Loi Type de la CNUDCI* sur l'arbitrage commercial international, (Document A/40/17, annexe I), Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, 1985.

rechercher d'autres critères afin de bien motiver sa décision sur la compétence²⁸.

En définitive, tout laisse alors à penser que sauf dans les cas où il y a des risques de déni de justice²⁹, il peut paraître insuffisant pour un tribunal arbitral de conclure à la soumission volontaire du non-signataire à la convention d'arbitrage en cas d'une simple désignation de l'arbitre. L'insuffisance du consentement serait même grande lorsque le non soulèvement de l'exception d'incompétence du tribunal arbitral dans les délais requis n'est pas dû à la volonté de la partie qui a désigné l'arbitre sans être liée par la convention d'arbitrage³⁰.

Cependant, lorsque, dans le cadre de l'arbitrage CCI, la société non-signataire a, en plus de la nomination de l'arbitre, signé l'acte de mission, la soumission volontaire à la compétence de l'arbitre est incontestable. Dans *Kis France c. A.B.S.*, il a été jugé que la signature de l'acte de mission par un non-signataire de la convention d'arbitrage constituait une acceptation tacite de la procédure arbitrale³¹. La conclusion de l'acte de mission dans cette affaire a alors été perçue comme correspondant à la signature d'une nouvelle convention d'arbitrage entre toutes les parties à la procédure.

Par ailleurs, en cas de confusion entretenue entre la société signataire et celle non-signataire de la convention d'arbitrage, l'extension des effets de la convention d'arbitrage ne suscitera aucune hésitation de la part des arbitres.

28. Le tribunal arbitral a notamment évoqué le fait qu'au moment de la conclusion des contrats, la société X. n'avait pas la personnalité morale. Il décida alors que c'est pour le compte de la société Y qu'agissaient M. Z. et la société X.

29. Voir Affaires CCI n° 7604 et n° 7610, [1998] *J.D.I.* 1027.

30. Pour un exemple voir *supra* note 27.

31. *Kis France c. A.B.S.*, [1987] *Rev. arb.* 498.

B. La confusion entretenue par la société signataire et celle non-signataire comme expression du consentement à l'arbitrage multipartite

La notion de confusion en matière de groupes de sociétés est perçue de deux manières par les auteurs. En premier lieu, la confusion peut être retenue en cas de participation de plusieurs sociétés à l'exécution du contrat signé par une société du groupe dans le cadre de la réalisation d'un même objet économique³². Dans cette optique, l'extension de la convention d'arbitrage en vertu de la confusion est motivée par le fait que la partie adverse a du mal à déterminer avec précision la ou les sociétés avec laquelle il avait fait affaires. En deuxième lieu, la confusion peut être délibérément entretenue par le cocontractant en vue d'échapper à ses responsabilités³³. Il convient de passer d'abord en revue la confusion déduite de la conduite d'un non-signataire du contrat contenant la convention arbitrale (1) avant d'aborder le problème de la confusion frauduleusement provoquée (2).

1. La confusion créée par la conduite d'un non-signataire : application de la théorie de l'estoppel

La théorie de l'*estoppel* enracinée depuis longtemps dans les droits des provinces canadiennes de *common law*³⁴, a également été évoquée par certains tribunaux du Québec et cela, contre la volonté de la Cour suprême. Ainsi, dans *Grace and Company c. Perras*, le juge Mignault de la Cour suprême avait invité les tribunaux québécois à ne pas employer le mot *estoppel* en droit civil, car cela aurait signifié la reconnaissance d'une

32. Voir Bernard Hanotiau, «Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts – Parties – Issues» (2001) 18(3) *J. Int. Arb.* 251 et 276.

33. Dominique Vidal, «The Extension of Arbitration Agreements Within Groups of Companies: The Alter Ego Doctrine In Arbitral and Court decisions» (2005) 16(2) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 63 et 67.

34. Gerald Henry Louis Fridman, *The Law of contract in Canada*, Carswell, 1999 à la p. 131.

doctrine qui «ne fait pas partie du droit applicable dans la province de Québec»³⁵.

Actuellement, cependant, force est de constater que l'emploi de l'*estoppel* est de plus en plus fréquent au Québec surtout en matière d'arbitrage de griefs³⁶. L'interdiction venant du plus haut tribunal canadien n'a donc pas suffi pour faire abandonner aux juges québécois l'usage de la notion d'*estoppel*. Cependant, les juges du Québec ont souvent tendance à confondre l'*estoppel* aux fins de non-recevoir prévues par le *Code civil*³⁷. Or, si certaines fins de non-recevoir produisent les mêmes effets que l'*estoppel*, il n'en demeure pas moins, et comme l'affirmait Heeney, que l'*estoppel* reste beaucoup plus technique et moins large que les fins de non-recevoir³⁸. Au surplus, l'*estoppel* devrait être envisagé comme étant un sous-ensemble dans le grand ensemble des fins de non-recevoir.

Certes, on peut estimer que le principe de l'*estoppel* procède de l'exigence générale de la bonne foi³⁹, mais il ne doit pas être confondu avec celle-ci. D'une part, l'*estoppel* n'intervient qu'au début de la procédure pour décider de la recevabilité ou de l'irrecevabilité de certaines prétentions ou preuves d'une partie alors que la bonne foi nécessite souvent l'examen du fond du litige⁴⁰. D'autre part, à la différence de la bonne foi, le principe de l'*estoppel* n'est envisagé que lorsque la partie qui l'invoque ait agi à

35. *Grace and Company c. Perras*, [1921] 61 R.C.S. 172.

36. *St-Félix de Valois (Municipalité de) c. Provençal*, REJB 2006-101434 (C.S.); *Hôpital général juif Sir Mortimer B. Davis c. Guay, ès qualités*, EYB 2006-99844 (C.S.); *Syndicat des employés en radio-télédiffusion de Télé-Québec (SERT) (CSQ) c. Foisy*, REJB 2005-98841(C.S.).

37. *National Bank v. Soucisse*, [1981] 2 S.C.R. 360.

38. A.D.P. Heeney, «Estoppel in the law of Québec» (1930) 8 *Can. Bar. Rev.* 401 à la p. 405.

39. Philippe Pinsolle, «Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international» [1998] *J.D.I.* 905 et 926 [Pinsolle, «Distinction»].

40. Voir Philippe Pinsolle, «L'estoppel reconnu en France de manière autonome», note sous Cass. Civ. 1re, 6 juillet 2005, [2005] *Rev. arb.* 993, 1002 [Pinsolle, «L'estoppel»]; Guy Robin, «Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux» [2005] *R.D.A.I.* 705 [G. Robin].

son détriment et/ou que la partie contre laquelle il est invoqué y ait retiré un profit⁴¹.

Plusieurs auteurs soutiennent que l'*estoppel* est un principe qui vient, en partie, du droit britannique qui ne reconnaît pas, en matière contractuelle, l'existence du principe de bonne foi⁴². Cette affirmation n'est cependant pas à généraliser par rapport aux autres pays de *common law*. Par exemple, en ce qui concerne le Canada, les tribunaux de l'Ontario et ceux d'autres provinces canadiennes de *common law* reconnaissent tous l'obligation générale de bonne foi, '*good faith*', dans la conclusion et l'exécution du contrat⁴³. Aux États-Unis d'Amérique, le principe de bonne foi est également reconnu⁴⁴.

En droit britannique, l'*estoppel by representation* vise à protéger la confiance d'une partie confrontée aux contradictions de son cocontractant⁴⁵. L'*estoppel by representation* a donc pour objectif d'empêcher une personne d'établir à l'encontre d'une autre personne, un état de choses différent de celui qu'elle a antérieurement représenté comme existant⁴⁶.

41. *Amco Asia c. République d'Indonésie*, dans Emmanuel Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2004, à la p. 17 [Gaillard, *Amco*].

42. Sur ce point, voir *supra* note 39 à la p. 905; G. Robin, *supra* note 40 à la p. 705; Philippe Kahn, «Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international» [1989] *J.D.I.* 305; Emmanuel Gaillard, «L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international» [1985] *Rev. arb.* 241.

43. *Automobiles Jalbert Inc. c. BMW Canada Inc.*, EYB 2004-81758 au para. 297 (C.S.); *Shelanu Inc. v. Print Three Franchising Corp.*, CanLII 2003-52151, (ON. C.A.) au para. 76.

44. *Tymeshare v. Covell*, 727 F.2d 1145, 1152 (D.C. Cir. 1984). Voir aussi Robert C. Bird et Darren Charters, «Good Faith and Wrongful Termination in Canada and the United States: A Comparative and Relational Inquiry» (2004) 41 *Amer. J. Int'l L.* 205.

45. Pinsolle, «L'estoppel», *supra* note 40 à la p. 905.

46. Marie-Noëlle Jobard-Bachelier, *L'apparence en droit international privé : essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, Paris, LGDJ, 1983 p. 367; Francis ROSE, *Lex Mercatoria : essays on international commercial law in honour of Francis Reynolds*, LLP Professional Publishing, London 2000, à la p. 263.

En français, l'*estoppel* a été baptisé comme étant «l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui»⁴⁷. Concrètement, l'*estoppel* sert à interdire à une personne qui, par ses déclarations, son attitude ou ses actes, a conduit une autre personne à modifier sa position à son détriment ou au bénéfice de la première personne, d'établir en justice un fait contraire à cette représentation initiale⁴⁸.

En droit international, le principe de l'*estoppel* a, pour les toutes premières fois, été évoqué devant la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Temple de Préah Vihéar*⁴⁹. En arbitrage commercial, selon le professeur Gaillard, on retrouve la référence à l'*estoppel*, pour la première fois, dans l'affaire *Amco*⁵⁰. Dans cette affaire, *P.T. Amco*, filiale indonésienne de la Compagnie américaine *Amco Asia Corporation*, avait conclu des contrats avec une autre société de droit indonésien, la société *P.T. Wisma*. Ces contrats avaient d'abord donné lieu à un procès devant les tribunaux indonésiens entre *P.T. Amco* et *P.T. Wisma*. Par la suite, les investissements de *P.T. AMCO* ayant été réquisitionnés par l'armée indonésienne, la société *Amco Asia Corporation* et sa filiale de droit indonésien, *P.T. Amco*, avaient conjointement présenté une requête d'arbitrage au CIRDI contre l'Indonésie pour violation des obligations contractuelles.

Devant le tribunal CIRDI, la société *P.T. Wisma* voulait participer à l'arbitrage, ce qui fut contesté par *P.T. Amco* qui soutenait que *P.T. Wisma* et l'État indonésien constituaient une seule personne morale. Mais l'Indonésie avait répliqué en soutenant, entre autres, qu'à partir du moment où la société *P.T. Amco* n'avait pas déclaré, devant les tribunaux nationaux, que l'État indonésien et la société *Wisma* représentaient la même

47. Gaillard, *Amco*, *supra* note 41 à la p. 241.

48. Kahn, *supra* note 42 à la p. 323.

49. *Temple de Préah Vihéar, Cambodge c. Thaïlande*, [1962] CIJ Recueil à la p. 6 (La Cour avait alors estimé qu' «un État ne doit pas être autorisé à profiter de ses propres contradictions»).

50. Gaillard, *Amco*, *supra* note 41.

personne, elle ne pouvait être admise à prétendre le contraire sans violer le principe de l'*estoppel*.

Dans sa décision, le tribunal arbitral CIRDI avait d'abord examiné les éléments qui composent la doctrine de l'*estoppel*. Il avait ainsi rappelé que l'*estoppel* est caractérisé par un élément de préjudice subi par une partie ou l'avantage retiré par l'autre. Le tribunal avait alors conclu que les éléments constitutifs de cette doctrine ne se retrouvaient pas dans l'affaire qui lui était soumise.

Au niveau de la CCI, le principe de l'*estoppel* a par exemple permis au tribunal arbitral de se déclarer compétent à l'égard des parties qui contestaient la validité de la convention d'arbitrage. Dans l'affaire n° 5103⁵¹, trois compagnies d'un groupe européen avaient saisi la CCI en vue du règlement des différends qui les opposaient à quatre autres sociétés tunisiennes. Devant le tribunal arbitral, ces sociétés tunisiennes, bien qu'elles aient signé les contrats contenant les conventions d'arbitrage, évoquaient la nullité et la caducité de celles-ci sous prétexte que le droit tunisien interdit aux entreprises publiques d'être soumises à l'arbitrage. Elles exigèrent alors au tribunal arbitral de se déclarer incompétent à leur égard.

Rejetant les arguments des défenderesses, le tribunal arbitral avait décidé que :

[il] serait contraire à la bonne foi qu'une entreprise publique, qui a dissimulé dans un premier temps l'existence de telles règles de droit interne, les invoque ultérieurement, si tel est son intérêt dans un litige déterminé, pour dénier la validité d'un engagement qu'elle a souscrit pourtant en parfaite connaissance de cause⁵².

Ici, il est à remarquer que la doctrine de l'*estoppel* est invoquée pour empêcher qu'une partie à la convention d'arbitrage s'y soustraie. L'*estoppel* a alors servi, dans cette affaire, comme un

51. Affaire CCI n° 5103, Sentence rendue à Paris en 1988, [1988] *J.D.I.* 1207.

52. *Ibid.* à la p. 1209.

mécanisme défensif. C'est dans ce sens, selon M. Pinsolle, que cette notion fut conçue, dès le départ, par le droit britannique⁵³. Or, en plus de l'*estoppel* défensif, l'arbitre a également besoin de l'*estoppel* offensif pour pouvoir forcer un non-signataire de la convention d'arbitrage à participer à l'instance arbitrale. D'après M. Pinsolle, l'*estoppel* offensif, bien qu'ignoré en droit anglais, a sa place en droit australien et en droit américain⁵⁴. Étant donné que les réalités américaines ne sont pas aussi différentes des réalités canadiennes, l'*estoppel* offensif est, sans doute, applicable en droit canadien.

En arbitrage, l'*estoppel* comme mécanisme offensif a ainsi servi à étendre les effets de la convention d'arbitrage aux parties qui ne l'avaient préalablement signée. Par exemple, dans la sentence CCI rendue en 1996 dans les affaires n° 7604 et n° 7610⁵⁵, une société non-signataire de la convention d'arbitrage avait déjà refusé de participer à la procédure judiciaire en déclarant qu'à partir du moment où le processus arbitral était déjà en cours, les tribunaux étatiques étaient incompétents à trancher tout litige entre elle et la société demanderesse. La Cour d'arbitrage CCI ayant décidé de lui étendre les effets de la convention d'arbitrage, un tribunal arbitral constitué pour trancher le litige se basa sur les déclarations faites devant les tribunaux judiciaires et conclut que la société non-signataire s'était volontairement soumise à la convention d'arbitrage.

La décision de ce tribunal arbitral me paraît convenable à cette affaire et c'est à juste titre qu'elle n'avait pas donné lieu à une quelconque contestation. En effet, ayant préalablement soutenu, devant les tribunaux étatiques, que tout le différend devait être réglé par l'arbitrage, la société non-signataire ne pouvait pas être admise à contester la compétence du tribunal arbitral sans contrevenir aux principes fondamentaux du droit commercial.

53. Pinsolle, «Distinction», *supra* note 39 à la p. 914.

54. *Ibid.* à la p. 915.

55. Affaires n° 7604 et n° 7610, [1998] *J.D.I.* 1027.

Dans l'affaire CCI n° 5730⁵⁶, les arbitres ont eu également recours à la théorie de l'*estoppel* pour empêcher un actionnaire d'un groupe de sociétés d'échapper à la procédure arbitrale. En effet, outre qu'il avait personnellement participé à la signature du contrat litigieux, il avait aussi soutenu, devant le tribunal étatique préalablement saisi pour trancher les litiges, qu'il était «*personnellement engagé dans les affaires traitées par les sociétés qu'il contrôlait*».

La demanderesse, ayant décidé, par la suite, de porter l'affaire en arbitrage, dirigea son action aussi bien contre les sociétés du groupe que contre l'actionnaire. L'actionnaire souleva l'exception d'incompétence du tribunal arbitral au motif qu'il n'avait jamais signé le contrat contenant la convention d'arbitrage. Le tribunal arbitral refusa de tenir compte de ses arguments en ces termes :

[...] M. Z. lui-même et ses proches collaborateurs ont reconnu, à l'occasion d'un procès se déroulant devant la High Court of Justice, que les affaires traitées sous cette raison individuelle engageaient la responsabilité personnelle du premier, ce que confirment d'ailleurs les consultations de droit saoudien produites par la demanderesse. Il est ainsi avéré qu'en traitant avec l'entreprise X. et en établissant ses factures à ce nom, correspondant à la raison commerciale individuelle de M.Z., c'est bien avec celui-ci que la demanderesse traitait⁵⁷.

Dans le même sens, dans l'arrêt 4P.115/2003⁵⁸ rendu par le Tribunal fédéral suisse, il s'agissait d'une compagnie Z. de droit libanais qui avait signé un contrat d'entreprise avec deux autres compagnies de droit libanais X. et Y. respectivement maître de l'ouvrage et mandataire du maître de l'ouvrage. Le contrat contenait une convention d'arbitrage référant à la Cour internationale d'arbitrage de la CCI à Genève. Suite aux difficultés dues au non-paiement des créances, la société Z. avait adressé

56. Affaire CCI n° 5730, [1990] *J.D.I.* 1029.

57. *Ibid.* à la p. 1031.

58. *Supra* note 14.

une requête d'arbitrage à la CCI. Dans cette requête, la société Z. visait, non seulement les sociétés X. et Y., mais aussi M. A. La société Z. estimait que, quoique non-signataire du contrat, M. A ne pouvait pas éviter la procédure arbitrale, car il était intervenu, de façon constante, dans l'exécution du contrat d'entreprise. Par une sentence arbitrale rendue à Genève à la majorité de ses membres, le 22 avril 2003, le tribunal arbitral avait considéré que «*c'est à bon droit que M. A. avait été attiré à la procédure d'arbitrage*».

Les sociétés Y. et X. ainsi que M. A avaient alors formé un recours auprès du Tribunal fédéral suisse aux fins d'obtenir l'annulation de cette sentence arbitrale. Entre autres griefs, ils reprochaient aux arbitres majoritaires d'avoir rendu une sentence à l'encontre d'une personne, M. A, qui n'était pas liée par la clause arbitrale insérée dans le contrat d'entreprise.

Dans son jugement du 16 octobre 2003, le Tribunal fédéral suisse rejeta les arguments de X., Y. et M. A. Il décida que M.A :

s'est manifestement et volontairement immiscé [...] dans l'exécution du contrat d'entreprise litigieux, dont il n'a pu, de ce fait, ignorer les termes et conditions, en particulier la clause compromissoire qui y figure. Aussi bien, il est clairement établi que les sociétés Y et X n'ont été, à l'évidence, que les instruments de l'activité personnelle de A, ce dernier ayant ainsi manifesté son intention d'être personnellement partie à la convention d'arbitrage [...].

Tel qu'on vient de le voir, le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, l'*estoppel*, est très efficace pour empêcher qu'une partie ne profite de ses contradictions. Selon la pratique arbitrale, il n'est pas nécessaire que la partie adverse ait déjà agi à son détriment. Il suffit seulement que le préjudice soit imminent au cas où une partie serait admise à se prévaloir de ses contradictions.

Par rapport à la notion de bonne foi, l'*estoppel* se veut être un instrument beaucoup plus efficace pour joindre à la procédure

arbitrale les parties non-signataires de la convention d'arbitrage. En effet, alors que la bonne foi nécessite un examen laborieux du comportement d'un cocontractant durant tout le cycle de vie du contrat et même avant sa conclusion, le simple agissement contradictoire d'une partie peut, à lui seul, suffire pour mettre en marche le principe de l'*estoppel*⁵⁹. C'est donc dire que la théorie de l'*estoppel* peut être mise en œuvre même si la partie contre laquelle elle est dirigée n'est pas de mauvaise foi.

Certes, la théorie de l'*estoppel* est généralement admise en droit mais son application en vertu du critère de confusion par l'implication dans l'exécution du contrat mérite d'être nuancée. En effet, la seule participation dans l'exécution du contrat paraît insuffisante à justifier l'extension de la convention d'arbitrage aux non-signataires⁶⁰. Pour que les arbitres procèdent valablement à l'assujettissement du non-signataire de la convention d'arbitrage à la procédure arbitrale en application de ce critère, l'existence de certains autres facteurs semble être requise. D'une part, il serait conforme au principe de bonne foi si l'extension des effets de la clause arbitrale a lieu au seul cas où la partie adverse qui le demande a raisonnablement ignoré la qualité de tiers de la partie non-signataire. La partie adverse devrait donc démontrer qu'elle a raisonnablement cru avoir affaire à un véritable cocontractant. C'est en cela que ce principe viendrait protéger la confiance d'une partie qui ignore la véritable qualité de tiers de l'autre partie. D'autre part, lorsque c'est le non-signataire qui demande de s'associer à la procédure arbitrale, avant de lui étendre les effets

59. Pinsolle, «L'estoppel», *supra* note 40 à la p. 927 (L'auteur estime, à juste titre, que pour prévenir les conséquences préjudiciables du comportement incohérent d'une partie, il ne faudrait pas exiger que la partie qui se prévaut de l'estoppel ait agi à son détriment).

60. Voir, par exemple les extraits de la sentence rendue à Zurich en avril 2001 dans l'affaire CCI n° 10818, (2005) 16(2) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 94 (Dans cette affaire, le tribunal arbitral a fait entendre que «*the mere fact that [Second Respondent] was active in the performance of the Agreement is not sufficient to suggest that [Second Respondent] waived any rights of appealing to state courts. Therefore, there was no conduct by [Second Respondent] upon which [Claimant] could rely when initiating the arbitration proceedings*»).

de la convention d'arbitrage en considération de son implication dans l'exécution du contrat, il devrait être aussi prouvé que la partie non-signataire avait donné à croire, pour une personne raisonnable, qu'elle était associée aux engagements de la partie signataire de ce contrat contenant la convention d'arbitrage.

En cela, cette notion serait distincte de celle de la confusion intentionnellement entretenue qui connote la fraude.

2. La confusion intentionnellement entretenue : Les notions de fraude et de l'*alter ego*

Selon le dictionnaire Le Petit Robert, la fraude est «*une action faite de mauvaise foi dans le but de tromper*»⁶¹. Concrètement, la fraude est un acte accompli dans l'intention de porter atteinte aux intérêts d'autrui ou de se soustraire à l'application d'une règle de droit.⁶²

Dans le monde des affaires, la fraude peut être caractérisée par un acte accompli par un débiteur insolvable en vue de tromper ses créanciers.⁶³ La fraude qui entraîne la levée du voile corporatif peut revêtir un caractère civil ou pénal⁶⁴.

S'agissant de la notion d'*alter ego*, elle connote une situation de confusion entretenue par deux ou plusieurs compagnies ou par une compagnie et son actionnaire. On dit alors que l'une des compagnies est l'*alter ego* de l'autre ou de son

61. *Le Petit Robert*, 2004, s.v. «fraude».

62. Stéphane Rousseau, «Immunités des actionnaires et levée du voile corporatif : perspectives de l'analyse économique du droit» (1999) 78 *R. du B. Can.* 1 et 19; Paul Martel, «Le 'voile corporatif' et l'article 317 du *Code civil* du Québec» (1995) 55 *R. du B.* 447 et 456.

63. Martel, *ibid.* à la p. 456.

64. Stéphane Rousseau et Nadia Smaïli, «La 'levée du voile corporatif' en vertu du *Code civil* du Québec: des perspectives théoriques et empiriques à la lumière de dix années de jurisprudence» (2006) 47 (4) *C. de D.* 815 à la p. 832.

actionnaire. Dans *Buanderie centrale*⁶⁵, la Cour suprême du Canada a décidé qu'«une corporation est l'*alter ego* d'une autre lorsqu'on retrouve entre celles-ci une relation si intime que ce qui, en apparence, relève des affaires de l'une appartient, en réalité aux activités de l'autre»⁶⁶. Le fait, pour une société, d'être considérée comme étant l'*alter ego* d'une autre société ou d'un actionnaire, laisse présumer que rien ne se fait sans la décision de ce dernier⁶⁷ et que dans tous les cas, personne ne peut prétendre être un tiers de bonne foi face aux actes posés par son *alter ego*⁶⁸. Tout comme la théorie de *l'estoppel*, l'utilisation de la notion d'*alter ego* pour passer outre la responsabilité limitée d'une compagnie est donc destinée à protéger la bonne foi d'un cocontractant qui croie, à tort, avoir affaire avec un véritable cocontractant.

Le critère de fraude est de loin le plus utilisé dans la jurisprudence québécoise pour empêcher les actionnaires de se servir de la responsabilité limitée pour masquer les manœuvres frauduleuses réalisées lors de la négociation ou de l'exécution d'un contrat⁶⁹. Son application n'a cependant pas été toujours aisée puisque, comme le soutient M. Vidal, ses contours demeurent imprécis⁷⁰.

En matière arbitrale, le critère de fraude a servi à traduire, devant le tribunal arbitral, les parties non-signataires de la convention d'arbitrage au sein des groupes de sociétés. Par exemple, dans l'affaire CCI n° 5730⁷¹, alors qu'un actionnaire contestait la compétence du tribunal arbitral à son égard en

65. *Buanderie Centrale de Montréal c. Montréal*, [1994] 3 R.C.S. 29, 48.

66. *Ibid.*

67. *373409 Alberta Ltd. (Séquestre de) c. Banque de Montréal*, [2002] 4 R.C.S. 312.

68. Voir *Québec (Sous-ministre du revenu) c. 29478963 Québec Inc.*, J.E. 95-961 (C.Q.).

69. Raymonde Crête et Stéphane Rousseau, *Droit des sociétés par actions*, 2^e édition, Montréal, Thémis, 2008 à la p. 118.

70. En ce sens, voir Jacques Vidal cité par Rousseau, *supra* note 62 à la p. 19.

71. Affaire CCI n° 5730, *supra* note 56.

soutenant qu'il n'était pas lié par la convention d'arbitrage signée par les compagnies qu'il contrôlait, les arbitres ont rejeté cet argument après avoir constaté l'intention frauduleuse de cet actionnaire au détriment des cocontractants de son groupe de sociétés. Le tribunal arbitral a relevé qu'en traitant avec l'entreprise qui établissait les factures comportant le logo de la raison commerciale individuelle de l'actionnaire, que c'est bien avec celui-ci personnellement que l'entreprise demanderesse entendait traiter⁷². De plus, selon les arbitres, puisque les contrats avaient été signés en présence de cet actionnaire, il était clair que c'était lui le véritable contractant et que les sociétés de son groupe se confondaient à sa personne, ce qui devait justifier la levée du voile corporatif.

Dans l'affaire CCI n°11160 rendue en mars 2002, le litige était né d'un contrat signé entre la branche vénézuélienne de la société *Latin American Engineering Company (LAEC)* et la filiale vénézuélienne de la *European Engineering Company (EEC)*. Le contrat visait l'exécution, au *Venezuela*, d'un projet par un consortium de sociétés parmi lesquelles se trouvait la *EEC*.

Après plusieurs tentatives d'arriver à un règlement amiable du différend, la société *LAEC* initia une procédure arbitrale contre non seulement la société signataire du contrat, mais aussi sa société-mère, à savoir, la *EEC*.

Les défenderesses contestèrent la compétence du tribunal arbitral à l'égard de la *EEC* au motif que celle-ci n'avait pas signé le contrat contenant la clause d'arbitrage.

Le tribunal arbitral décida que bien que généralement la convention d'arbitrage produit ses effets à l'égard des parties qui l'ont signée, il arrive par exception que des tiers non-signataires y soient contraints. Pour le tribunal arbitral,

72. *Ibid.* à la p. 1031.

Some of these exceptions concern cases in which a separate legal personality is created with an intention to violate the law, public order or good faith, or to frustrate the rights of third parties. The need to avoid some form of legal fraud usually underlies these exceptions⁷³.

En l'espèce, le tribunal arbitral a relevé que bien qu'il n'y ait pas eu de fraude, la société filiale et sa mère entretenaient «*an intimate and inextricable relationship*». En effet, la société *EEC* avait initié les procédures en vue d'obtenir le marché, participé à la négociation du contrat et payé tous les frais y étant reliés. Ensuite, ayant constaté que les cadres responsables du projet étaient les mêmes tant pour *EEC* que pour sa filiale, le tribunal arbitral avait alors conclu que la société *EEC* était le véritable contractant. Selon les arbitres, la société-mère était «*the mind and soul and partly the body of the project contract*» et décida de la joindre à la procédure arbitrale.

L'extension des effets de la convention d'arbitrage peut aussi être possible en application de la théorie de l'abus de droit.

C. L'application de la théorie de l'abus de droit

L'abus de droit suppose, avant tout, l'existence d'un droit dont on peut abuser l'exercice dans l'intention de nuire à autrui⁷⁴. Il ne s'agit là que d'une conséquence logique car on ne peut pas abuser d'un droit qu'on ne possède pas⁷⁵. L'exercice du droit peut être réalisé soit dans le cadre contractuel, soit dans le cadre extracontractuel⁷⁶. Le *Code civil* du Québec considère que l'abus

73. Sentence CCI dans l'affaire n°11160, (2005) 16(2) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 99.

74. Rousseau, *supra* note 62 à la p. 22.

75. Paul Martel, «Le voile corporatif et l'attitude des tribunaux face à l'article 317 du Code civil du Québec» (1998) 58 *R. du B.* 95 et 109.

76. Sur ce point, voir Suzanne Côté et Julie Girard, «La percée du voile corporatif: qu'en est-il 10 ans plus tard?» dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents sur les abus de droit* (2005), Cowansville, Yvon Blais, 2005 à la p. 82.

de droit consiste à exercer ses droits de manière à causer délibérément ou malicieusement un préjudice à une autre personne ou d'une manière excessive et déraisonnable contraire à la bonne foi⁷⁷. Concrètement l'abus de droit signifie que l'exercice d'un droit n'a pas respecté le domaine de l'exercice des droits d'autrui rompant ainsi le jeu de l'équilibre entre les droits des uns et des autres.⁷⁸

Appliquée au droit des compagnies, la notion d'abus de droit peut consister en une utilisation privée des biens qui appartiennent à la personne morale par ses actionnaires. Il peut ainsi s'agir du retrait, par l'actionnaire, des sommes excessives dans les caisses d'une compagnie au point de la rendre insolvable au détriment de ses créanciers. Pour aboutir à la levée du voile corporatif, l'acte qui constitue la source de l'abus de droit doit être suivi par un préjudice au détriment des tiers notamment, lorsque le geste posé par les actionnaires est suivi de la faillite de la compagnie⁷⁹.

Il n'est pas aisé d'affirmer d'emblée que l'abus de droit requiert une intention malveillante subjective de la part de l'actionnaire⁸⁰. Si c'était le cas, l'abus de droit risquerait d'être confondu à la fraude et n'aurait apparemment plus de raison d'être. Bien évidemment, l'abus de droit suppose une faute car le contraire constituerait une entorse à la règle du jugement d'affaires. La faute requise semble néanmoins recommander une

77. Art. 7 C.c.Q.; *Kébec St-Jean Électrique Inc. c. Nantel* (17 octobre 2005), Québec 755-22-005670-040, REJB 2005-97355 (C.Q.), au para. 15.

78. Voir *Commentaires du ministre de la justice*, Montréal, Dafo, art. 7.

79. *GWF USA Corp. c. Vêtements Club Champion par Geky inc.* (4 décembre 1997), Québec 500-02-045662-967, REJB 1997-04028 (C.Q.) (Dans ce jugement, la Cour du Québec avait estimé qu'étant l'unique administrateur et l'unique actionnaire, le défendeur connaissait bien l'état d'insolvabilité de sa compagnie, et que dès lors il aurait dû faire connaître cette situation financière à la demanderesse lors de la conclusion du contrat); Bree TAYLOR, «Implications for The Corporate Veil Principle: *Gross v Rackind.*» [2005] 26 (1) *Bus. L. Rev.* 2 et 3.

80. Les professeurs Rousseau et Crête sont d'accord avec l'appréciation subjective de l'intention de nuire. Voir *supra* note 69 à la p.123.

appréciation objective. Cela pour dire que le manque de diligence à l'égard des intérêts des tiers devrait entraîner la percée du voile corporatif en application de ce critère d'abus de droit. C'est dans ce sens que le recours à la notion d'abus de droit respecterait les critères dégagés par la Cour suprême dans *Houle c. Banque Nationale*⁸¹. Dans cette affaire, la Banque Nationale avait procédé à la liquidation précipitée des actifs de la Compagnie *Houle* trois heures après la mise en demeure de celle-ci. La Cour suprême en avait alors profité pour souligner les caractéristiques de la notion d'abus de droit qui repose essentiellement sur le manque de diligence dans l'exercice d'un droit :

*[...] en liquidant les actifs trois heures seulement après avoir demandé le paiement du prêt, la banque a privé la compagnie de toute possibilité d'exécuter ses obligations. La banque a agi de façon soudaine, impulsive et dommageable compte tenu en particulier du fait qu'elle n'avait jamais donné d'avertissement quant aux inquiétudes qu'elle pouvait entretenir à propos de son prêt, et compte tenu du faible risque, du moins dans l'immédiat, de perte de la créance ou des garanties*⁸².

En arbitrage, la notion d'abus de droit a permis aux arbitres de justifier la levée du voile corporatif et partant, de décider de l'extension des effets de la convention d'arbitrage aux parties non-signataires de celle-ci. Par exemple, dans la sentence arbitrale rendue le 9 septembre 1983⁸³ par un tribunal *ad hoc*, une compagnie allemande, spécialisée dans la réalisation et la livraison des équipements manufacturiers, avait conclu des contrats de sous-traitance avec un certain nombre d'autres compagnies afin de faire face à ses obligations. Cette compagnie devrait réaliser et livrer une usine de production du gaz de charbon pour le compte d'une compagnie polonaise. Le ministre polonais de l'énergie et mines ainsi que les représentants de la

81. *Houle c. Banque Nationale*, [1990] 3 RCS.122.

82. *Ibid.* à la p.125.

83. Sentence *ad hoc*, [1987] Y.B. Com. arb. 63.

Commission polonaise pour la planification avaient participé à la négociation du contrat, le 26 janvier 1980.

L'entrée en vigueur de ce contrat était conditionnée en particulier par l'obtention de l'autorisation auprès de toutes les autorités compétentes de la Pologne ainsi que l'émission du permis d'importation en faveur de la compagnie allemande, l'entrepreneur principal. Après la réalisation de tous les préalables, le contrat entra en vigueur le 24 mars 1980 et l'entrepreneur devait, entre autres, faire le plan de l'usine, fournir les documents techniques, livrer les équipements, superviser techniquement le processus de construction et entraîner le personnel. Quant au maître de l'ouvrage (la compagnie polonaise), outre le paiement du prix, il s'était engagé à prendre livraison de tous les équipements importés par l'entrepreneur, de les déplacer, de les conserver, de réaliser les installations du site de construction et de procurer les permis de résidence au personnel étranger.

Le 21 décembre 1981, le conseil des ministres de la Pologne empêcha l'accomplissement du contrat en général et, en particulier, suspendit le processus d'octroi du permis d'importation à la compagnie allemande tout en déconseillant la réception des équipements par la compagnie polonaise.

Devant le tribunal arbitral saisi par la société allemande, la compagnie polonaise a fait valoir que le non accomplissement de ses obligations était dû à un événement de force majeure prévu par l'article 19 du contrat. Les arbitres rejetèrent cet argument du défendeur. Ils décidèrent plutôt que l'État polonais et sa compagnie étaient solidairement responsables de la rupture du contrat au motif que l'utilisation inappropriée de la personnalité morale distincte de la compagnie par celui qui la contrôle doit entraîner la levée du voile corporatif de celle-ci⁸⁴. Selon le tribunal arbitral, face à l'inadmissible abus de la personnalité distincte des

84. *Ibid.* à la p.72.

entités et l'atteinte grave au principe de bonne foi, le voile corporatif doit être soulevé.

Peu après, un tribunal arbitral CCI avait également rendu une sentence intérimaire le 5 mars 1984 dans laquelle le voile corporatif d'une société fut levé en vue d'étendre les effets de la convention d'arbitrage aux actionnaires de cette dernière⁸⁵. Il s'agissait en l'espèce de quatre États qui avaient participé à la création d'une organisation dotée d'une personnalité juridique distincte. Suite à un malentendu entre ces États, l'organisation en question s'est retrouvée sans ressources financières suffisantes pour faire face à ses obligations vis-à-vis de ses créanciers. Le tribunal arbitral, après avoir constaté que les tierces parties pouvaient avoir légitimement compté sur l'engagement des États créateurs de l'organisme, a conclu que selon les principes généraux du droit et la bonne foi, la responsabilité de ces États devait être retenue. Pour les arbitres dans cette affaire,

*Equity, in common with the principles of international law, allows the corporate veil to be lifted, in order to protect third parties against an abuse which would be to their detriment*⁸⁶.

Si la notion d'abus de droit paraît efficace pour favoriser la jonction à l'instance arbitrale d'un non-signataire de la convention d'arbitrage, cette jonction peut aussi résulter de l'application de la théorie de l'entité économique, encore appelée, théorie de groupe de sociétés.

D. L'application de la théorie de l'entité économique pour étendre les effets de la convention d'arbitrage

La théorie de l'entité économique, «enterprise theory», vise, dans certaines circonstances, à traiter deux ou plusieurs compagnies d'un même groupe comme étant une seule. La théorie de l'entité économique n'est pas bien connue dans la doctrine

85. Affaire CCI n°3879, [1986] *Y.B. Com. arb.* 127.

86. *Ibid.* à la p.132.

canadienne. Selon les propres mots de Maurice Martel et Paul Martel, cette théorie n'aurait pas trouvé preneur en droit canadien⁸⁷.

Cependant, les affirmations de ces auteurs sont à nuancer car, à certaines occasions, les tribunaux canadiens ont fait référence à des considérations qui font penser à la théorie de l'entité économique. À titre d'exemple, dans *Charlebois c. Boutique Kit*⁸⁸, les membres d'un réseau de distribution reprochaient la mauvaise gestion aux franchiseurs qui, selon eux, avait entraîné la perte de rentabilité du système, voire même sa disparition. Plusieurs franchisés avaient alors formé une coalition pour assigner, conjointement, les franchiseurs devant le tribunal. Dans leur défense, les franchiseurs avaient fait valoir l'argument selon lequel ils n'étaient liés à chacun des franchisés que par un contrat individuel. Dès lors, ces franchiseurs considéraient que les membres du réseau ne pouvaient pas être admis à formuler une demande unique. La Cour d'appel rejeta cet argument des franchiseurs en estimant que les franchiseurs :

[ayant] choisi de constituer un réseau, y ayant référé spécifiquement dans chacun des contrats de franchise octroyés et ayant créé à l'égard de chaque franchisé des normes communes et des obligations réciproques de l'un envers l'autre, ces intimés ne peuvent maintenant se retrancher derrière l'individualité de chaque contrat pour éviter de répondre aux griefs que l'un ou l'autre franchisé veut faire valoir relativement à leur conduite dans la mesure où elle porte atteinte à l'ensemble du réseau et, partant, à leurs intérêts individuels⁸⁹.

87. Maurice Martel & Paul Martel, *La compagnie au Québec, Les aspects juridiques*, Édition spéciale, Montréal, Wilson & Lafleur Martel Ltée, 2008 aux pp. 1-51.

88. *Charlebois c. Boutique Kit International Ltée*, [1987] 5 R.D.J. 607 (C.A.).

89. *Ibid.* à la p.610

De même, dans *Xerox Canada Ltd. v. MPI Technologies Inc.*⁹⁰, la Cour supérieure de l'Ontario, a rejeté la demande d'annulation d'une sentence arbitrale rendue par un tribunal qui avait accepté la présence, à la procédure, d'une société non-signataire de la convention d'arbitrage à côté de sa filiale. La partie demanderesse estimait que le tribunal arbitral était allé au-delà de son pouvoir en admettant la participation d'un non-signataire de la convention d'arbitrage. La Cour jugea cependant que le tribunal arbitral n'avait commis aucune erreur en décidant que la défenderesse avait signé le contrat avec le groupe de compagnies en tant qu'entité économique unique⁹¹.

À n'en point douter, ces décisions constituent un début de consécration de la théorie de l'entité économique au sein des groupes de sociétés en droit Canadien. Les tribunaux canadiens ont ainsi montré que les groupes de sociétés opèrent dans un environnement d'une certaine spécificité dont on doit tenir compte⁹². Dès lors, le Canada ne peut pas être considéré comme un terrain sur lequel la doctrine de l'entité économique est inapplicable que ce soit devant le juge étatique ou devant l'arbitre.

Au niveau international, la théorie de l'entité économique paraît avoir déjà fait un pas non négligeable en arbitrage commercial. C'est la sentence arbitrale CCI, dans l'affaire *Dow Chemical*⁹³, qui a eu le mérite d'utiliser, pour la première fois, la théorie de groupe de sociétés, pour décider de l'extension d'une clause arbitrale à des parties qui ne l'avaient pas signée. Par la suite, d'autres sentences furent rendues dans la même logique essentiellement sous les auspices de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI. Dans certains pays comme la France et

90. *Xerox Canada Ltd. v. MPI Technologies Inc.*, [2006] O.J. No. 4895 (C.S.Ont.).

91. *Ibid.* au para. 47.

92. Voir Générosa B. Miranda, «Le contenu obligationnel du contrat de franchise internationale en droit québécois» [1998] 32 *R.J.T.* 817 à la p. 911.

93. *Supra* note 12.

récemment la Suisse⁹⁴, il est unanimement admis qu'en vertu de l'unité économique des groupes de sociétés, une convention d'arbitrage peut être opposable à un membre du groupe de sociétés sans qu'il l'ait signée.

Ainsi, il a par exemple été jugé que lorsque les accords visant la réalisation d'une opération économique unique sont conclus par un membre animateur d'un groupe de sociétés, tous les membres du groupe peuvent être liés par la convention d'arbitrage figurant dans ces accords⁹⁵. Il s'agissait en l'espèce d'une société d'un État donné qui avait signé des accords industriels avec un groupement de sociétés représenté par son président. L'exécution de ces accords a indistinctement été faite par tous les membres du groupement. Alors qu'on lui demandait de se déclarer incompétent à l'égard de certaines parties qui n'avaient pas signé les accords contenant la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral constitué pour trancher le différend qui en a résulté estima que la clause compromissoire que contenaient les accords était opposable à tous les membres du groupe car, l'interprétation de bonne foi de la volonté des parties ainsi que l'esprit de l'opération démontraient que le litige concernait directement tout le groupe⁹⁶.

94. Voir, par exemple *supra* note 14 (Dans cet arrêt, le tribunal fédéral a jugé que le fondement juridique de l'extension de la clause compromissoire à un tiers non-signataire réside dans les usages du commerce international, en vertu desquels la participation du non-signataire à la conclusion ou à l'exécution du contrat constitue l'élément déterminant. La possibilité d'une telle extension est d'ailleurs admise par le droit suisse sur le fondement du concept «volonté réelle des parties» ou, à défaut, sur celui du principe de la bonne foi).

95. Affaire CCI n°1434 rendue en 1975, [1976] 103 *J.D.I.* 978.

96. *Ibid.* à la p. 979. (Il serait contraire à tout principe d'interprétation, raisonnable, à la volonté commune des parties et à l'esprit de toute l'opération que d'attacher une importance prépondérante à la lettre de telle ou telle de ces rédactions, et aux variations ou mêmes incohérences des formules utilisées dans les divers contrats. Manifestement, la partie (de l'État B) a voulu traiter et a en fait traité avec le groupe ou l'organisation A représenté par son Président M.A. (...) Dans ces conditions, il y a lieu de s'en tenir à l'idée conforme à l'esprit des contrats comme à la réalité économique, que ni le groupe A, ni son président ni telle ou telle des sociétés membres de ce groupe, ne peuvent s'abriter

Un raisonnement semblable fut suivi par les arbitres dans la sentence CCI n° 2375⁹⁷ rendue en 1975. Il s'agissait d'une société qui avait introduit une demande d'arbitrage non seulement contre une filiale A. mais également contre sa société mère B. Or, la demanderesse n'était pas partie prenante à la convention d'arbitrage de même que l'une des défenderesses. La convention d'arbitrage avait plutôt été signée par la société C., mère de la demanderesse et par la société B., mère de la société A. Les deux défenderesses contestaient ainsi la compétence du tribunal arbitral en évoquant d'une part, le fait que la convention d'arbitrage ne pouvait pas être opposée à la société A. qui ne l'avait pas signée et, d'autre part, le fait que la demanderesse n'avait pas la qualité pour engager la procédure arbitrale contre la société B. Mais le tribunal arbitral estima que le concept de groupe se définit, au delà de l'indépendance formelle née de la création de personnes morales distinctes, par l'unité d'orientation économique dépendant d'un pouvoir commun. Il conclut alors que le contrat qui contenait la convention d'arbitrage formait un ensemble où les sociétés des deux groupes se trouvaient indissolublement liées et engagées⁹⁸.

Enfin, dans l'affaire CCI n° 5103⁹⁹, trois sociétés européennes ont solidairement été condamnées pour avoir participé à l'exécution des contrats signés par l'une d'entre elles. Au nom de la sécurité des relations économiques, le tribunal arbitral a mis en exergue l'importance de tenir compte du principe de l'entité économique dans certaines circonstances. En l'espèce, les arbitres ont estimé que dans toutes les étapes du contrat (conclusion, exécution, inexécution et renégociation), les trois sociétés demanderesses apparaissaient :

derrière la rédaction de telle clause particulière, interprétée littéralement et isolée du contexte de l'ensemble des accords, pour demander à être mise hors de cause dans un litige qui concerne directement le groupe ou l'organisation A).

97. Affaire CCI n° 2375, Rec. Vol. I, à la p. 257.

98. *Ibid.* à la p. 259.

99. *Supra* note 51.

selon la commune volonté de toutes les parties à la procédure comme ayant été de véritables parties à l'ensemble de ces contrats. [...] Les conditions de la reconnaissance de l'unité du groupe sont remplies, les sociétés composant celui-ci ayant toutes participé [...] à une relation contractuelle internationale complexe dans laquelle l'intérêt du groupe l'emportait sur celui de chacune d'elles¹⁰⁰.

Bien que la théorie de l'entité économique simplifie la procédure arbitrale, il me semble que, pour être totalement admise à entraîner l'extension de la convention d'arbitrage aux non-signataires, elle ait besoin d'être appuyée par un certain nombre d'arguments. Malgré le fait que le groupe de sociétés présente une certaine unité, la seule implication dans l'exécution du contrat est en effet insuffisante pour qu'un membre non-signataire soit attiré à l'instance arbitrale sauf en cas de fraude.

D'une part, lorsque la participation à l'instance arbitrale d'un non-signataire est demandée par la partie adverse, cette dernière devrait prouver que lors de la négociation ou de la signature du contrat, elle n'avait pas été capable de savoir que la partie non-signataire ne voulait être liée par aucune clause ou bien qu'elle n'avait pas été au courant de la personnalité juridique distincte des sociétés membres du groupe. La norme d'appréciation de cette connaissance devrait être la norme objective. C'est-à-dire que la partie qui demande la participation du non-signataire devrait prouver que la personne raisonnable placée dans le même contexte n'aurait pas été en mesure de déceler cet état de choses.

Il en découle que pour éviter d'éventuelles déconvenues, il appartient à la société non-signataire qui participe à la réalisation d'une opération unique impliquant son groupe de faire savoir clairement aux tiers qu'elle n'est pas liée par une éventuelle convention d'arbitrage contenue dans le contrat. La logique est que c'est cette partie non-signataire qui est en mesure d'éviter le

100. *Ibid.* à la p. 1212.

malentendu au moindre coût. Elle est le «*cheapest cost avoider*» pour emprunter l'expression de l'analyse économique du droit. En effet, il serait plus onéreux, pour une partie, de lui exiger, en plus des obligations contractuelles, de fouiller dans l'organisation interne d'un groupe de sociétés auquel elle n'appartient pas.

D'autre part, si la participation dans la procédure arbitrale est demandée par un non-signataire lui-même, il devrait démontrer que les actes reprochés à la partie adverse lui ont causé un préjudice personnel du fait de son appartenance au groupe de sociétés dont l'existence devrait également, pour respecter la logique de l'arrêt *Charlebois*¹⁰¹, être connue de la partie adverse. À ce sujet, il est possible que la compagnie mère non-signataire soit presque toujours en mesure de se faire admettre à participer à la procédure arbitrale impliquant ses filiales.

CONCLUSION

L'arbitrage reste, par principe, un mécanisme de règlement des différends basé sur le consentement. De façon générale, la volonté de participer à l'instance arbitrale continuera de provenir de tous les partenaires contractuels. Ce n'est que lorsque cette volonté de faire partie d'une procédure arbitrale commune n'est pas explicitement exprimée, qu'il appartient aux arbitres de la rechercher. Néanmoins, comme l'avait relevé le professeur Philippe Fouchard, le recours à la recherche de la volonté des parties peut, quelques fois, conduire à l'arbitraire¹⁰². C'est cette crainte exprimée par le professeur Fouchard qui justifie la nécessité, pour les arbitres, de recourir à des mécanismes qui font l'unanimité au sein de la communauté juridique pour étendre les effets de la convention d'arbitrage aux parties qui ne l'ont pas signée.

Ainsi, comme on l'a vu, il est admis que lorsque les parties non-signataires accomplissent certains actes généralement

101. *Supra* note 88.

102. *Supra* note 13 à la p. 500.

réservés aux parties au contrat, les arbitres peuvent y voir un indice permettant de leur étendre les effets de la clause d'arbitrage. Il peut s'agir de la soumission volontaire à la convention d'arbitrage par la participation à la constitution du tribunal arbitral sans en contester valablement la compétence. Ensuite, en cas de confusion entre les parties signataires et celles non-signataires de la convention d'arbitrage, l'extension de la convention d'arbitrage est justifiée lorsque la partie qui cherche cette extension risque de subir un préjudice si on ne le fait pas ou en cas de fraude de la part de la partie qui cherche à éviter cette extension. Dans le même ordre d'idées, l'application de la théorie de l'abus de droit apparait être un excellent moyen de traduire, devant l'arbitre, les parties non-signataires de la convention d'arbitrage. En dernier lieu, la théorie de l'entité économique, si elle est accompagnée de certains comportements, peut valablement justifier l'application des effets de la convention d'arbitrage aux parties non-signataires.