

AVIS

L'auteur a autorisé l'Université de Montréal à reproduire et diffuser, en totalité ou en partie, par quelque moyen que ce soit et sur quelque support que ce soit, et exclusivement à des fins non lucratives d'enseignement et de recherche, des copies de ce mémoire ou de cette thèse.

L'auteur et les coauteurs le cas échéant, conservent néanmoins la liberté reconnue au titulaire du droit d'auteur de diffuser, éditer et utiliser commercialement ou non ce travail. Les extraits substantiels de celui-ci ne peuvent être imprimés ou autrement reproduits sans autorisation de l'auteur.

L'Université ne sera aucunement responsable d'une utilisation commerciale, industrielle ou autre du mémoire ou de la thèse par un tiers, y compris les professeurs.

NOTICE

The author has given the Université de Montréal permission to partially or completely reproduce and diffuse copies of this report or thesis in any form or by any means whatsoever for strictly non profit educational and purposes.

The author and the co-authors, if applicable, nevertheless keep the acknowledged rights of a copyright holder to commercially diffuse, edit and use this work if they choose. Long excerpts from this work may not be printed or reproduced in another form without permission from the author.

The University is not responsible for commercial, industrial or other use of this report or thesis by a third party, including by professors.

Université de Montréal

**La problématique du consentement à l'arbitrage multipartite au sein des
Groupements de sociétés**

Par :

Amissi Manirabona

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des Études supérieures
En vue de l'obtention du grade de
Maîtrise en droit (LL.M.)
Option : Droit des affaires

Mai, 2006-05-26

Copyright Amissi Manirabona, 2006



Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé :

**La problématique du consentement à l'arbitrage multipartite au sein des
Groupements de sociétés**

Présenté par :

Amissi Manirabona

A été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

.....M. Pierre-Paul CÔTÉ.....
Président-rapporteur

.....M. Nabil ANTAKI.....
Directeur de recherche

.....M. Emmanuel S. DARANKOUM.....
Membre du jury

RÉSUMÉ ET MOTS CLÉS

L'arbitrage étant une institution basée sur la volonté des parties, le consentement à la procédure arbitrale multipartite soulève de nombreuses questions relativement à la manière dont les parties expriment leur intention de faire partie d'une instance unique.

Cette étude vise à déterminer les conditions dans lesquelles l'arbitre peut arriver à unifier la résolution des litiges qui impliquent les groupements de sociétés.

Le plus naturel des moyens pour aboutir à une procédure multipartite est de prévoir cette possibilité à travers la convention d'arbitrage. Cela peut notamment provenir de la signature d'une convention d'arbitrage unique par toutes les parties concernées. Dans certains cas précis, l'arbitrage multipartite peut également résulter de plusieurs conventions d'arbitrage spécialement lorsque les parties participent à la réalisation d'un même ouvrage.

Cependant, il arrive souvent qu'une partie qui n'a pas signé la convention d'arbitrage soit obligée à participer à l'instance. Même sans y être obligée, une partie non-signataire de la convention d'arbitrage peut aussi demander de participer à l'arbitrage pour défendre ses intérêts. Pour pouvoir admettre la participation à la procédure d'un tiers non-signataire de la convention d'arbitrage, les arbitres ont recours à plusieurs notions prévues par les droits internes. C'est ainsi que la levée du voile corporatif, la théorie de la réalité économique et le principe de l'*estoppel* constituent les meilleurs outils pour les arbitres d'amener à la procédure, par force ou sur demande, un non-signataire de la convention d'arbitrage. Enfin, les mécanismes du Code civil servent efficacement à neutraliser les effets du principe de relativité de la convention d'arbitrage. Il s'agit notamment de la bonne foi, du mandat, de la stipulation pour autrui et de la cession.

Mots clés : Arbitrage - Groupes de sociétés - Extension des effets de la convention d'arbitrage - Tierces parties non-signataires.

SUMMARY AND KEY WORDS

Arbitration as an institution based on the intention of the parties, the consent on the multi-party arbitration procedure raises many problems relating to the way in which the parties express their intention to participate in a unique arbitration forum.

This study aims to determinate the manner in which the arbitrator can join disputes resolution involving the groups of companies.

The normal way to get a multi-party procedure is to provide it in an arbitration clause. This can be by signing a single arbitration agreement by all the parties involved. In certain cases, the multi-party arbitration can also be possible with several arbitration agreements especially when the parties took part in carrying out of the same economic operation.

However, in other situations, the multi-party arbitration procedure is unrelated to consent. A non-signatory party can nevertheless be bound by an arbitration agreement signed by an other party. To allow the participation in the arbitration procedure of a third party non-signatory of the arbitration agreement, the arbitrators use several concepts provided chiefly by the national laws. So, the lifting of the corporate veil, the doctrine of economic reality and estoppel, are the best tools for the arbitrators to bring to the arbitration procedure, by force or on request, a non-signatory of the arbitration agreement. Lastly, the mechanisms of the Civil code are used with efficiency by arbitrators to neutralize the effects of the relativity principle of the arbitration agreement. Those mechanisms are in particular the good faith, mandate, stipulation for another and assignment.

Key Words : Arbitration - Groups of Companies - Extension of the arbitration clause
-Third Party non-signatory.

REMERCIEMENTS

Je voudrais remercier mon Directeur de Recherche, le Professeur Nabil ANTAKI, pour ses conseils incessants, sa rigueur et son éternel goût du travail bien fait qui ont fait que j'aboutisse à la présentation de ce mémoire aujourd'hui;

Je remercie également mes parents et amis qui m'ont toujours soutenu dans mes travaux de recherche.

TABLE DES MATIÈRES

PAGE D'IDENTIFICATION DU JURY.....	I
RÉSUMÉ ET MOTS CLÉS.....	II
SUMMARY AND KEY WORDS.....	III
REMERCIEMENTS	IV
TABLE DES MATIÈRES.....	V
LISTE DES SIGLES ET ABRÉVIATIONS	VII
INTRODUCTION	1
1ÈRE PARTIE : LE MULTIPARTISME ARBITRAL AU SEIN DES GROUPEMENTS DE SOCIÉTÉS PAR LE CONSENTEMENT RÉEL DES PARTIES	11
I. LE MULTIPARTISME ARBITRAL AU SEIN DES GROUPEMENTS DE SOCIÉTÉS EN CAS DE CONSENTEMENT EXPRESS DES PARTIES	12
1. LE CONSENTEMENT À L'ARBITRAGE MULTIPARTITE EN CAS DE CONVENTION D'ARBITRAGE UNIQUE ...	15
<i>i. L'arbitrage multipartite résultant d'une seule convention d'arbitrage entre plusieurs parties</i>	<i>16</i>
<i>ii. Le multipartisme arbitral découlant de la soumission de la résolution du litige à une institution d'arbitrage favorable à l'unification des procédures</i>	<i>24</i>
2. L'ARBITRAGE MULTIPARTITE EN CAS DE PLUSIEURS CONVENTIONS D'ARBITRAGE.....	29
<i>i. L'arbitrage multipartite du fait de l'identité des conventions d'arbitrage</i>	<i>29</i>
1°/ La reproduction d'une même convention d'arbitrage dans plusieurs contrats.....	29
2°/ La référence à une convention d'arbitrage contenue dans un même document.....	34
<i>ii. L'arbitrage multipartite malgré les conventions d'arbitrage non identiques</i>	<i>39</i>
II. LE MULTIPARTISME ARBITRAL DÉCOULANT DE LA CONDUITE D'UNE PARTIE	42
1. LE CONSENTEMENT À L'ARBITRAGE MULTIPARTITE PAR LA SOUMISSION VOLONTAIRE À LA CONVENTION D'ARBITRAGE ET PAR L'ACCOMPLISSEMENT DE CERTAINS ACTES.	43
<i>i. La soumission volontaire à la convention d'arbitrage</i>	<i>43</i>
<i>ii. L'accomplissement d'actes concluants comme consentement à l'arbitrage multipartite</i>	<i>46</i>
1°/ L'acception de la constitution d'une filiale locale par l'État hôte de l'investissement	46
2°/ La participation à la constitution du tribunal arbitral.....	50
2. LA CONFUSION ENTRE LA SOCIÉTÉ SIGNATAIRE ET CELLE NON-SIGNATAIRE COMME CONSENTEMENT À L'ARBITRAGE MULTIPARTITE.....	52
<i>i. La confusion créée par la participation à l'exécution du contrat</i>	<i>53</i>
<i>ii. La confusion intentionnellement provoquée</i>	<i>56</i>
2ÈME PARTIE : EXTENSION DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE AU SEIN DES GROUPEMENTS DE SOCIÉTÉS PAR CONSENTEMENT PRÉSUMÉ	59
I. EXTENSION DES EFFETS DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE AUX TIERS PAR APPLICATION DES MÉCANISMES ISSUS DE LA JURISPRUDENCE.....	61
1. EXTENSION DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE AUX NON-SIGNATAIRES EN APPLICATION DE LA NOTION DE LEVÉE DU VOILE CORPORATIF	63
<i>i. L'utilisation de la notion de fraude pour soulever le voile corporatif d'une société</i>	<i>66</i>
<i>ii. L'application du critère de l'abus de droit pour lever le voile corporatif d'une compagnie.....</i>	<i>69</i>
2. L'ARBITRAGE MULTIPARTITE RÉSULTANT DU RECOURS À LA THÉORIE DE RÉALITÉ ÉCONOMIQUE.....	74
3. L'UTILISATION DU PRINCIPE DE L'ESTOPPEL POUR ÉTENDRE LES EFFETS DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE	79
II. LES MÉCANISMES ISSUS DU CODE CIVIL PERMETTANT L'EXTENSION DES EFFETS DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE AUX PARTIES NON-SIGNATAIRES DE CELLE-CI ...	86

1. EXTENSION DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE PAR LE RECOURS AUX NOTIONS DE BONNE FOI ET DE LOYAUTÉ	87
2. LE RECOURS À LA THÉORIE DU MANDAT POUR ÉTENDRE LES EFFETS DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE AUX NON-SIGNATAIRES.....	92
3. EXTENSION DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE AU TIERS PAR LA STIPULATION POUR AUTRUI	98
4. LA TRANSMISSION DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE AU NON-SIGNATAIRE PAR LA CESSION.....	106
CONCLUSION	112
BIBLIOGRAPHIE	117
I. MONOGRAPHIES ET THÈSES	117
II. OUVRAGES COLLECTIFS	120
III. ARTICLES DE REVUE.....	120
IV. SITES INTERNET.....	128

LISTE DES SIGLES ET ABRÉVIATIONS

AAA	American Arbitration Association
A.C.	Law Reports, Appeal Cases
Arb. Int.	Arbitration International
A.J	Alberta Judgements
Amer. J. Int'l L.	American journal of international law
Alta L. Rev.	Alberta Law Review
A.Q.	Arrêts du Québec
A.R.	Alberta Reports
A.S.A.	Association suisse d'arbitrage
ASA Bull.	Swiss Arbitration Association Bulletin
B.C.I.C.A.C.	British Columbia International Commercial Arbitration Centre
C.A.	Recueils de jurisprudence du Québec. Cour d'appel
Can. Bar. Rev.	Canadian Bar Review
C.C.A.C.	Centre canadien d'arbitrage commercial
C.C.Q	Code civil du Québec
C.C.I.	Chambre de commerce international
C.I.R.D.I.	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États
CanLII	Canadian Legal Information Institute
Can. Bus. L. J.	Canadian Business Law Journal
C.I.J. Recueil	Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la Cour internationale de justice
C.N.U.D.C.I.	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
C.p.c.	Code de procédure civile du Québec
C.P. du N.	Cours de perfectionnement du notariat
C.Q.	Recueils de jurisprudence du Québec. Cour du Québec
C.S.	Recueils de jurisprudence du Québec. Cour supérieure
C.S.C.	Canada Supreme Court Cases
D.P.C.I.	Droit et pratique du commerce international
EWHC	England & Wales High Court
FCEC	English Federation of Civil Engineering Contractors
Gaz. Pal.	Gazette du palais
I.C.C.	International Chamber of Commerce
I.B.L.J	International Business Law Journal

Int'l & Comp. L. Q.	The International and comparative law quarterly
J.D.I.	Journal du droit international
J.E.	Jurisprudence Express
J. Int. Arb.	Journal of International Arbitration
J.Q.	Jugements du Québec
L.C.I.A.	London Court of International Arbitration
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Maine L. Rev	Maine Law Review
ON C.A.	Ontario Court of Appeal
O.H.A.D.A.	Organisation pour l'Harmonisation du droit des affaires
P.U.F.	Presses Universitaires de France
P.U.L.	Presses de l'Université Laval
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
R. du B.	Revue du Barreau
R. du B. can.	Revue du Barreau canadien
R.C.S.	Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada
Rev. crit. DIP.	Revue critique de droit international privé
R.D.A.I.	Revue de droit des affaires internationales
R.D.J.	Revue de droit judiciaire
R.D. McGill	Revue de droit de McGill
R.D.U.S.	Revue de droit de l'université de Sherbrooke
R.E.J.B.	Répertoire électronique de jurisprudence du barreau
R.I.D.Comp.	Revue internationale de droit comparé
Rev. int. dr. éco.	Revue internationale de droit économique
R.J.Q.	Recueils de jurisprudence du Québec
R.J.T.	Revue juridique Thémis
R. du N.	Revue du notariat
R.Q.D.I.	Revue québécoise de droit international
Unidroit	Institut international pour l'unification du droit privé
Y.B. Com. Arb.	Yearbook Commercial Arbitration

INTRODUCTION

Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, le besoin de la reconstruction des États a entraîné des travaux importants qui, souvent, dépassaient les possibilités matérielles et financières d'une seule entreprise¹. C'est ainsi que s'est développée la pratique de la constitution des groupements de sociétés afin de pouvoir faire face à ces grands chantiers. Avec la mondialisation de l'économie, la pratique des groupements de sociétés est devenue courante et elle est appelée à se développer. Actuellement, on assiste partout à l'augmentation de la taille des travaux à grande échelle surtout en matière de construction des axes routiers, à la confection des installations ferroviaires ou aéroportuaires, à la réalisation des opérations d'extraction des ressources naturelles, au montage de complexes industriels et de transfert de technologie, etc.

La constitution des groupements de sociétés suppose soit l'association des sociétés préexistantes soit la création de nouvelles entités économiques. Lorsqu'il y a une collaboration entre sociétés préexistantes sans intention de domination du groupement de la part de certaines d'entre elles, on est en présence de joint venture². Mais si une ou plusieurs sociétés créent une nouvelle ou lorsqu'elles acquièrent les parts sociales d'une autre société avec l'intention de contrôler tout le groupe, on est en présence du groupement de sociétés liées. Il en sera ainsi chaque fois qu'une société possède plus de la moitié des droits de vote dans chacune des autres sociétés du groupe. La société qui exerce le contrôle sur les autres est alors appelée société mère tandis que celles qui sont dominées sont des filiales.

¹ Pierre FRANCESCOCHINI et Lucien PÉLISSIER, *Droit et pratique des unions et groupements d'entreprises*, Paris, Moniteur, 1981, p.301

² Luiz Olavo BAPTISTA et Pascal DURAND-BARTHEZ, *Les associations d'entreprises (Joint Ventures) dans le commerce international*, 2^e éd, Paris, L.G.D.J, 1991, p.14. La joint venture suppose la mise en commun, par les sociétés impliquées, de biens, de techniques et de connaissances dans le but de réaliser une opération sans qu'il y ait le contrôle d'une société sur une autre.

Du point de vue organisationnel, si la société-mère a généralement le même objet social que sa filiale, on remarque de plus en plus que certaines sociétés membres d'un même groupement ont des objets différents³. D'ailleurs, en matière de joint venture, c'est en fonction de cette diversité d'objets sociaux que les sociétés s'associent afin d'assurer une efficace complémentarité. Ainsi, est-il fréquent de voir une filiale avec un objet différent de celui de sa mère ou de celui des autres filiales sœurs.

Mais quelles que soient les caractéristiques, les groupements de sociétés, dans leur ensemble, n'ont pas de statut juridique et ne sont donc pas «sujet de droit»⁴. Cela veut dire que les sociétés membres du groupement restent juridiquement autonomes et indépendantes les unes par rapport aux autres.⁵ Cette indépendance juridique est de plus en plus remarquable lorsque les sociétés qui participent au groupement sont de nationalités différentes faisant affaires au delà de leurs frontières nationales respectives.

Dans la réalisation de leurs opérations, les groupements de sociétés sont impliqués dans de très nombreux et complexes contrats interdépendants avec d'autres partenaires locaux ou étrangers. C'est pourquoi ce genre d'opérations engendre souvent une multitude de litiges dont la complexité dans leur règlement n'est plus à démontrer⁶.

Le caractère transnational des différends qui résultent des relations dans lesquelles les groupes de sociétés sont impliqués les pousse à préférer les régler par l'arbitrage plutôt que par le système judiciaire étatique. L'arbitrage est d'autant plus indiqué à régler les litiges issus des contrats complexes qu'il est possible de rassembler, dans

³ Dans ce sens, voir : Yves GUYON, *Droit des affaires- droit commercial général et sociétés*, t.1, 6^e éd., Paris, Economica, 1990, p. 575.

⁴ Thierry GAUTHIER, *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, Paris, Litec, 2000, p. 9.

⁵ Id.

⁶ Sur ce point, 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.

une seule instance, toutes les parties et toutes les questions litigieuses⁷. Cette unification de tout le contentieux permettra aux parties, non seulement d'éviter les contradictions des décisions auxquelles pouvaient donner lieu les procédures séparées, mais aussi de réaliser l'économie d'argent et de temps⁸.

Cependant, quoique souhaitable, l'unification des procédures arbitrales ne peut être possible que lorsque chaque partie au litige aura donné son consentement. En effet, s'il est vrai qu'au sein des groupements de sociétés il existe une certaine unité économique, il n'en demeure pas moins que chaque membre du groupe possède sa propre personnalité juridique distincte de celle des autres membres. En droit canadien et québécois, la personnalité juridique reconnue à toute société depuis l'arrêt de la Chambre des Lords dans l'affaire *Salomon*⁹, 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 domicile¹⁰. De même, la personne morale est la seule engagée par ses actes¹¹ et doit subir seule le dommage lorsqu'une faute est commise à son endroit¹².

Selon les droits canadien et québécois donc, chaque membre du groupe de sociétés contracte pour son propre compte et ses engagements sont inopposables aux autres. Dans ces conditions, aucune unification des procédures arbitrales ne paraît possible sans que l'on tienne compte du caractère conventionnel de l'arbitrage car l'arbitre tire sa légitimité de la volonté des parties. Il s'ensuit qu'étant un contrat, la convention d'arbitrage n'aura alors d'effets qu'entre les seules parties contractantes¹³. Il ne s'agit là que de l'observation du célèbre principe de l'effet relatif

⁷ Id. 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.

⁸ 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.

⁹ *Salomon c. Salomon & Co Ltd*, [1897] A.C. 22.

¹⁰ Art. 302, 305 et 307 C.C.Q.

¹¹ Art. 309 C.C.Q.

¹² *Burland v. Earle*, [1902] A.C. 83, à la p. 93.

¹³ Article 1440 C.c.Q.

des contrats qui, lui-même, sous-tend le principe de l'autonomie de la volonté, pilier fondamental du droit de l'arbitrage commercial.

L'autonomie des parties constitue donc la seule base du droit de l'arbitrage et le pouvoir d'un tribunal arbitral doit venir d'une référence consensuelle¹⁴. Or, l'environnement contractuel dans lequel opèrent les groupements 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 les espoirs de voir tous les membres du groupe adhérer à une même convention d'arbitrage. C'est ainsi que la nécessité de voir les litiges connexes résolus dans une même procédure arbitrale a occasionné le développement d'un courant jurisprudentiel qui estime que la participation à l'arbitrage ne doit 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'arbitrage¹⁵. Dans cette optique, certains arbitres sont d'avis que le comportement d'une partie peut suffire pour que celle-ci soit jointe à l'instance arbitrale quand bien même elle n'aurait pas signé la convention arbitrale¹⁶. Pour cette jurisprudence arbitrale, lorsque les sociétés non-signataires de la convention d'arbitrage participent effectivement à l'opération économique envisagée par le contrat, elles doivent être liées par la clause arbitrale à moins que cette possibilité ait été expressément exclue.

¹⁴ Sentence dans l'affaire CCI n° 10758, [2000] *J.D.I.* 1171, 1172. Dans le même sens, voir : 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, 30.

¹⁵ 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.* »

¹⁶ Voir, à ce sujet : André CHAPPELLE, «Le droit des personnes morales (Groupes de sociétés; Intervention d'État)», *L'arbitrage et les tiers*, [1988] *Rev. arb.* 475, 476.

De son côté, la jurisprudence française est 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 d'arbitrage bien qu'elles n'aient pas été signataires du contrat la stipulant»¹⁷.

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 non¹⁸. 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 principe¹⁹.

Comme on le voit, malgré le caractère obligatoire du principe de l'effet relatif des conventions d'arbitrage et le nécessaire consentement à l'arbitrage, la jurisprudence et la doctrine tendent à donner une nouvelle conception de l'institution arbitrale. Désormais, par l'interprétation des agissements d'une partie, il est possible de retenir sa volonté de participer à l'arbitrage.

Cependant, malgré cette récente évolution jurisprudentielle et doctrinale, il ne faut pas perdre de vue que le consensualisme demeure le pivot de l'arbitrage²⁰. Or, le consensus est *a priori* difficile à obtenir au sein des groupements de sociétés. Dès lors, bien que nécessaire, la mise en œuvre de l'unification du contentieux arbitral soulève certaines interrogations. Comment peut-on arriver à organiser une instance arbitrale multipartite unique au sein des sociétés membres du groupement? Peut-on

¹⁷ C.A. Paris, 30 nov. 1988 [1989] *Rev.arb.* 691.

¹⁸ Voir, par exemple : 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.

¹⁹ *Id.*

²⁰ Bruno OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, PUF, 1998, p. 32.

étendre la convention d'arbitrage aux parties qui ne l'ont pas signée sans compromettre la légitimité de l'institution d'arbitrage? L'extension de la convention d'arbitrage aux non-signataires est-elle possible sans que l'arbitrage perde sa vocation d'être une justice privée dont la base est la volonté des parties?

Autant de questions que l'on peut se poser et le souci d'y apporter une lumière justifie le choix de ce sujet.

Ce qui est évident, c'est que l'extension de la convention d'arbitrage aux membres du groupement de sociétés qui n'y ont pas consenti peut paraître contraire aux principes du droit des compagnies, au Canada et au Québec, qui reconnaissent à chaque entité une personnalité juridique distincte. Cette position du droit canadien et québécois sur l'autonomie de la personnalité morale de chaque société du groupement a d'ailleurs été récemment renforcée par une décision de la Cour suprême dans l'affaire *Peoples*²¹. Dans cette affaire, en raison de l'indépendance juridique de chaque société du groupe, la Cour suprême a décidé de ne pas retenir la responsabilité de la société mère dans la faillite de sa filiale alors même qu'il s'était avéré évident que c'était son ingérence dans la gestion des affaires de sa filiale qui avait entraîné la faillite de celle-ci.

Au sens actuel du droit canadien et québécois donc, il est clair que l'arbitre qui se déclarerait compétent à l'égard d'une société non-signataire de la convention d'arbitrage risquerait de se voir reprocher d'avoir excédé sa mission à savoir celle de trancher uniquement les litiges pour lesquels il a été investi²². 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

²¹ *Magasins à Rayons Peoples Inc. (Syndic de) c. Wise*, [2004] 3R.C.S. 461.

²² Voir, sur ce point: Brian CASEY et Janet MILLS, *Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure*, Huntington, Juris Publishing Inc. 2005, p.97.

toutes partenaires à la convention d'arbitrage, peut être interprétée comme une grave méconnaissance du fondement conventionnel de l'arbitrage²³.

Cependant, un excès du positivisme juridique plutôt que le réalisme économique n'est pas de nature à arranger les problèmes auxquels sont 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 spécificité²⁴. 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 comparé²⁵. Il est donc indispensable qu'au niveau du Canada et du Québec, on soit prêt à admettre 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 recourir à cette procédure sont réunies. À l'inverse, il serait malheureux que des membres du groupement se cachent derrière leurs personnalités morales afin de pouvoir se soustraire à l'arbitrage. Il ne serait avantageux pour personne d'assister par exemple à des procédures arbitrales parallèles alors qu'il y avait moyen de les réunir en une seule pour plus d'efficacité et d'économie.

Par ailleurs, l'unification des procédures est également importante afin d'éviter les décisions inconciliables au sein d'un même groupement de sociétés²⁶.

²³ Voir, en ce sens : Frédéric BACHAND, *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 185

²⁴ 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, p. 15, à la page 22; *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.* [2005] C.S.C. 46.

²⁵ F. BACHAND, *op. cit.*, note 23, p. 9.

²⁶ Cela peut arriver lorsque par exemple, l'entrepreneur a été condamné à indemniser le maître d'ouvrage alors que la faute du sous-traitant n'a pas été prouvée.

Or, au point de vu législatif, rien n'a été réalisé pour favoriser la consolidation des procédures arbitrales connexes. Ni l'Assemblée Nationale du Québec, ni le Parlement fédéral n'ont prévu de mécanismes pouvant permettre la jonction, à l'instance arbitrale, des parties non-signataires de la convention d'arbitrage²⁷. Si le Code de procédure civile du Québec prévoit, dans certains cas, la possibilité de réunir les actions intentées devant les tribunaux judiciaires²⁸, rien de pareil n'a été édicté relativement à l'arbitrage interne ou international.

Pour ce qui est des provinces canadiennes de *Common law*, bien que leurs législatures aient adopté des modifications pouvant permettre au juge de lier les procédures arbitrales parallèles²⁹, la jonction à l'arbitrage des parties non-signataires est loin d'être une réalité dans la pratique comme en témoigne l'affaire *Kaverit Steel*³⁰. En l'absence d'un accord entre toutes les parties concernées, il semble impossible pour le juge, de procéder à la jonction d'instances qui n'ont pas pour base une convention d'arbitrage unique³¹.

S'agissant de la jurisprudence québécoise, la Cour d'appel a, à maintes reprises, déclaré que :

«Le principe de l'existence séparée et indépendante de la compagnie est au coeur même de notre système de droit corporatif; la prudence exige que nous limitions le plus possible les exceptions, déjà nombreuses, à ce principe fondamental»³².

²⁷ F. BACHAND, *op. cit.*, note 23, p. 156.

²⁸ Voir les articles 67, 270 et suivants.

²⁹ F. BACHAND, *op. cit.*, note 23, p. 156.

³⁰ *Kaverit Steel and Crane Ltd et al. c. Kone Corporation et al.* (1992) 120 A.R. 346 (C.A. Alta) : La Cour d'appel d'Alberta a rejeté la possibilité pour les filiales, non-signataires de la convention d'arbitrage, de participer à l'instance arbitrale impliquant leur société-mère.

³¹ *Liberty Reinsurance of Canada, A Division of Liberty Mutual insurance Company c. QBE Insurance and Reinsurance, (Europe) Limited, Dublin, Ireland* cité par F. BACHAND, *op. cit.*, note 23, p. 292.

³² *Placements Grandterre inc. c. 147616 Canada inc.*, J.E. 96-232 (C.A.); *Gestion André Lévesque inc. c. Compt'Le inc.*, J.E. 97-631 (C.A.).

Certes, dans l'affaire *Décarel*³³, la même Cour d'appel a admis le renvoi à l'arbitrage des actionnaires non-signataires de la convention d'arbitrage, mais il reste que cette décision a été beaucoup critiquée par la doctrine³⁴. De plus, rien ne laisse croire que ces deux dirigeants non-signataires de la clause d'arbitrage pouvaient être traduits devant le tribunal arbitral s'ils étaient des personnes morales. Dans l'affaire *Kaverit Steel*, qui était pourtant similaire à l'affaire *Décarel*, la Cour d'appel d'Alberta a refusé d'admettre l'extension de la convention d'arbitrage aux sociétés non-signataires alors qu'elles étaient toutes membres des groupes impliqués dans la procédure arbitrale³⁵. Dès lors, on constate que le Canada est, jusque là, dépourvu de cadre juridique clair pouvant rendre possible le rassemblement, dans une seule procédure arbitrale, autant les sociétés signataires que celles non-signataires de la convention d'arbitrage en cas de connexité du contentieux.

L'objectif de la présente étude est de rechercher les conditions dans lesquelles une partie non-signataire de la convention d'arbitrage peut participer à l'instance arbitrale. Il sera question de déterminer les moyens pouvant permettre aux parties de régler leurs différends avec efficacité, par des procédures non éparées, tout en respectant autant les engagements auxquels elles ont souscrit que les principes fondamentaux de l'arbitrage, du droit des compagnies et du droit des obligations. Autrement dit, il s'agira de recenser les mécanismes juridiques, reconnus par le droit canadien et le droit québécois, par lesquels les non-signataires de la convention d'arbitrage peuvent se voir conférer la qualité de parties prenantes à l'instance arbitrale. Tout en invitant à ne pas limiter le regard aux principes du droit de l'arbitrage, notre recherche propose le recours à certaines notions issues de la

³³ *Concordia Project Management Ltd. c. Décarel Inc.* [1996] R.D.J. 484.

³⁴ F. BACHAND, *op. cit.*, note 23, p. 185; Alain PRUJINER, «Compétence judiciaire et compétence arbitrale : analyse de la jurisprudence récente au Québec», (1999) 12(2) *R.Q.D.I.* 79, 84. Cependant, les critiques envers cette décision nous semblent justifiées car l'extension de la convention d'arbitrage aux dirigeants de *Décarel* n'a pas été suffisamment motivée au risque de frôler l'arbitraire. Les juges de la Cour d'appel auraient dû expliquer pourquoi ils devaient procéder à la levée du voile corporatif de *Décarel*.

³⁵ *Kaverit Steel and Crane Ltd. Et al. c. Kone Corporation et al.*, (1992) 120 A.R. 346 (C.A. Alta.), par. 52.

jurisprudence et du droit civil qui permettraient de pouvoir aboutir à des solutions tout à fait satisfaisantes.

L'intérêt de cette étude réside dans le fait qu'elle essaie d'harmoniser les contrariétés qui existent entre le droit canadien et la tendance jurisprudentielle internationale actuelle relativement à la jonction, à la procédure arbitrale, des parties non-signataires de la convention d'arbitrage. Notre conviction est que la prise en compte des intérêts de l'arbitrage international passe par la levée des différences qui existent entre le droit canadien et la récente tendance de la jurisprudence arbitrale. Il est en effet important que la conception radicale de la personnalité morale, au Québec et au Canada, soit conciliée avec la nécessité pour les opérateurs économiques d'avoir une résolution simplifiée et rapide de leurs différends.

Cette recherche se limitera au cas de personnes morales en groupement momentané ou permanent. De même, nous parlerons essentiellement de la multiplicité des parties et non de la multiplicité de contrats sauf à titre incident. Étant donné qu'en matière de groupements de sociétés, le meilleur moyen d'unifier le contentieux arbitral est de le prévoir dès le début des relations contractuelles, il convient d'examiner, en première partie, le multipartisme arbitral résultant du consentement réel des parties. Ainsi, dans le premier chapitre, nous traiterons du multipartisme arbitral issu du consentement express des parties au sein du groupe de sociétés. Dans le deuxième chapitre de cette première partie, nous verrons l'arbitrage multipartite au sein des groupements de sociétés en cas de consentement exprimé au travers d'un comportement quelconque.

La seconde partie visera le cas de l'admission ou de l'attraction des tiers à l'instance arbitrale en l'absence de leur consentement. À travers le premier chapitre de cette partie, nous examinerons les mécanismes issus de la jurisprudence qui permettent aux parties non-signataires de la convention d'arbitrage de participer à la procédure. Enfin, le second chapitre analysera l'extension des effets de la convention d'arbitrage aux tiers par application des mécanismes du droit civil.

1^{ère} Partie : Le multipartisme arbitral au sein des groupements de sociétés par le consentement réel des parties

La complexité de la réalisation des grands travaux d'investissement nécessite le concours de plusieurs intervenants. C'est dans cette perspective qu'on retrouve les sociétés liées ou associées qui, à leur tour, doivent contracter avec les sous-traitants, les garants, les banquiers, assureurs et autres tiers impliqués dans un ensemble contractuel visant l'exécution de leurs projets. Comment alors arriver à régler, dans une seule instance arbitrale, les litiges entre tous ces partenaires?

Comme l'a souligné René DAVID, c'est du consentement des parties que l'arbitrage tire son fondement³⁶. Autrement dit, l'arbitrage ne peut avoir lieu qu'entre les parties qui y ont consenti par une expression libre de leur volonté. Pour être possible donc, l'arbitrage multipartite exige l'assentiment de toutes les parties concernées. Or, si le consentement peut être facilement exprimé dans le cas d'un contrat bilatéral, il n'en est pas de même en cas de rapports impliquant plusieurs parties. Avec la multiplicité des opérations économiques dans lesquelles les groupements de sociétés sont engagés, les litiges qui en résultent deviennent de plus en plus multilatéraux. Dès lors, la difficulté d'arriver à unifier leur règlement devient certaine. Selon certains auteurs, le meilleur moyen de réussir l'arbitrage multipartite consiste dans la rédaction d'une convention d'arbitrage qui le prévoit expressément. Cependant, si l'arbitrage multipartite peut se réaliser, dans certains cas, par la convention d'arbitrage expresse (I), il n'en demeure pas moins qu'elle peut également être possible en cas de consentement implicite des parties (II).

³⁶ René DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982, p. 9. Voir aussi Michael T. CALLAHAN, Barry B. BRAMBLE et Paul M. LURIE, *Arbitration of construction disputes*, New York, Wiley Law Publications, 1990, p. 16.

I. Le multipartisme arbitral au sein des groupements de sociétés en cas de consentement express des parties

La première étape et la plus fondamentale de tout le processus arbitral est la rédaction d'une convention d'arbitrage. Le Code civil du Québec définit la convention d'arbitrage comme étant «*un contrat par lequel les parties s'engagent à soumettre un différend né ou éventuel à la décision d'un ou de plusieurs arbitres, à l'exclusion des tribunaux*»³⁷. Ayant jugé bon de suivre la tendance moderne du droit de l'arbitrage, les rédacteurs du Code civil du Québec n'ont pas voulu distinguer la clause compromissoire du compromis d'arbitrage, la doctrine considérant que leur dissociation ne présente plus d'intérêt majeur³⁸.

En réalité, en décidant, à l'instar de la plupart des lois d'arbitrage modernes, de ne plus distinguer la clause compromissoire du compromis d'arbitrage, le droit québécois de l'arbitrage commercial a voulu rattraper le retard qu'il avait accusé depuis plusieurs années. En effet, pendant longtemps, les tribunaux québécois avaient refusé de reconnaître la validité d'une clause compromissoire estimant que :

«la clause compromissoire constitue une dérogation au recours aux tribunaux de droit commun; aussi quant à sa portée et, partant, quant à la compétence du conseil d'arbitrage, telle clause doit être interprétée étroitement»³⁹.

Aux yeux de la jurisprudence québécoise de l'époque donc, une institution qui dérogeait au droit fondamental de tout citoyen d'avoir recours aux tribunaux judiciaires classiques était contraire à l'ordre public⁴⁰.

³⁷ Article 2638 C.c.Q.

³⁸ Voir notamment : Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p.211.

³⁹ *Couplan Inc. c. C.E.V.M.I – Chimie*, [1979] C.A. 234, 236.

⁴⁰ *National Gypsum Co. C. Northern Sales Ltd.*, [1964] R.C.S. 144.

Mais la situation a, petit à petit, changé et un tournant a été marqué avec l'intervention de l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Zodiak*⁴¹ suivie de l'adoption par le Canada des conventions internationales relatives à l'arbitrage⁴². L'arrêt *Zodiak* a surtout eu le mérite d'avoir mis un terme au doute qui entourait la validité de la clause compromissoire. Ainsi, dans cette affaire, la Cour suprême a décidé, entre autres, que la clause compromissoire «*parfaite*» doit comporter deux éléments à savoir, d'une part, l'obligation d'avoir recours à l'arbitrage et, d'autre part, la reconnaissance par les parties que la sentence à intervenir les liera et sera finale⁴³. Un an plus tard, la Cour d'appel du Québec appliquera, à contrario, le raisonnement de la Cour suprême en décidant que la clause qui ne comporterait pas une mention indiquant que le différend sera définitivement réglé par l'arbitrage serait réputée «*imparfaite*» et que l'arbitrage qui en résulterait serait tout simplement «*préjudiciel*» à une action devant la justice étatique⁴⁴. Avec l'affaire *Sport Maska*⁴⁵, la Cour suprême donna les caractéristiques de l'institution arbitrale qui la distinguent des autres modes de règlement des différends⁴⁶.

Mais si la Cour suprême avait pu couper court aux spéculations des tribunaux judiciaires à l'époque, il demeure que la validité de la convention d'arbitrage restait

⁴¹ *Zodiak International Productions Inc c. Polish People's Republic*, [1983] 1 R.S.C. 529.

⁴² Cecilo O. BRANSON, «The enforcement of International Commercial Arbitration Agreements in Canada», (2000) 16(1) *Arb. Int.* 19, 20; Ljiljana BIUKOVIC, «Impact of the adoption of the Model Law in Canada: Creating a New Environment for International Arbitration», (1998) 30 *Can. Bus. L. J.* 376, 379; Louis MARQUIS, «La notion d'arbitrage commercial international en droit québécois», (1992) 37 *R.D. McGill* 448; William C. GRAHAM, «The internationalization of Commercial Arbitration in Canada: A Preliminary Reaction», (1987) 13 *Can. Bus. L. J.* 2, 3; John E. C. BRIERLEY, «Quebec's (1986) Arbitration Law», (1987) 13 *Can. Bus. L. J.* 58; John E. C. BRIERLEY, «Canadian Acceptance of International Commercial Arbitration», (1988) 40 *Maine L. Rev.* 287 ; John E. C. BRIERLEY, «Une nouvelle loi pour le Québec en matière d'arbitrage», (1987) 47 *R. du B.* 259; André DORAIS, «L'arbitrage commercial – Développements législatifs», (1987) 47 *R. du B.* 273; Henry ALVAREZ, «La nouvelle législation canadienne sur l'arbitrage commercial international», [1986] *Rev. arb.* 529.

⁴³ *Zodiak International Productions Inc c. Polish People's Republic*, précité, note 41, 542; John E. C. BRIERLEY, «De la convention d'arbitrage », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 2 (« Obligations, contrats nommés »), Québec, P.U.L., 1993, p. 1067, à la page 1080; Alain PRUJINER, «La force obligatoire des clauses d'arbitrage (Article 8 de la Loi-type de la CNUDCI)», [1994] *Rev. arb.* 569, 578.

⁴⁴ *Industrial Development and Renovation organization of Iran c. Bertrand*, [1984] R.D.J. 15 (C.A) cité par John E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, note 43, p. 1080.

⁴⁵ *Sport Maska Inc. c. Zitrer*, [1988] 1R.C.S. 564.

⁴⁶ Voir, à ce sujet : Patrice GARANT, «Commentaire de l'arrêt *Sport Maska c. Zitrer*», (1989) 68 *R. du B. can.* 166.

soumise à des conditions restrictives⁴⁷. En effet, au regard du droit de l'arbitrage, une convention d'arbitrage n'a pas besoin d'être parfaite pour produire ses effets. D'un côté, il faut dire qu'il est actuellement admis que la seule présence d'une convention d'arbitrage dans un contrat suffit à ce que l'arbitre se saisisse du litige⁴⁸. À ce sujet, le tribunal arbitral a l'autorité de se prononcer sur sa propre compétence⁴⁹. D'un autre côté, sauf si la convention d'arbitrage est nulle, par l'effet négatif de celle-ci, les tribunaux étatiques renvoient les parties à l'arbitrage, lorsqu'ils sont saisis, par une partie au litige au sujet duquel il est prévu le recours à l'arbitrage⁵⁰, à moins que l'une des parties conteste la compétence du tribunal arbitral auquel cas les juges étatiques auront alors l'occasion d'examiner sa requête.

En outre, il est unanimement admis en arbitrage commercial qu'en plus d'être obligatoire et finale, la sentence arbitrale est également sans appel⁵¹. Point n'est donc besoin de le préciser dans la convention d'arbitrage. Dès lors, la pratique qui consiste à exiger que la convention d'arbitrage comporte une indication supplémentaire dans ce sens, [la sentence arbitrale à intervenir liera les parties et sera finale], paraît superflue⁵². Au contraire, nous pensons que c'est lorsque les parties auront convenu de recourir à un arbitrage préjudiciel qu'elles pourront expressément mentionner dans leur convention d'arbitrage que la sentence à intervenir ne sera pas finale.

⁴⁷ Sabine THUILLEAUX, *L'arbitrage commercial au Québec : droit interne, droit international privé*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 31. L'exigence d'une clause parfaite par les tribunaux était, selon les auteurs, motivée par la volonté d'en finir avec la notion de clauses préjudicielles qui devaient prévoir un recours ultérieur aux tribunaux étatiques à défaut d'être considérées comme contraires à l'ordre public.

⁴⁸ *Zodiac International Productions Inc. c. The Polish People's Republic*, précité, note 41, 529.

⁴⁹ Article 943 du C.p.c.

⁵⁰ Article 940.1 C.p.c.; *Sia v. Albury Grain Sales Inc.*, REJB 2005-93270 (C.S.); Sabine THUILLEAUX et Dean M. PROCTOR, «L'application des conventions d'arbitrage au Canada : une difficile coexistence entre les compétences judiciaire et arbitrale», (1992) 37 *R.D. McGill* 470, 480; Raymond TREMBLAY, «Commentaires des articles du Code civil et du Code de procédure civile en matière d'arbitrage», (1988) 90 *R. du N.* 394 et 536, 404.

⁵¹ Article 36 du règlement d'arbitrage international du Centre Canadien d'Arbitrage Commercial; Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, note 38, p.792.

⁵² Voir aussi, en ce sens : Frédéric BACHAND, «Pour l'abandon par les tribunaux québécois de la notion de clause compromissoire parfaite et des formalités s'y rapportant», (2004) 64 *R. du B.* 121; Philippe FERLAND, *L'arbitrage conventionnel*, Montréal, Thélène, 1983, p. 26.

Comme on l'a vu plus haut, la complexité et l'imbrication des relations contractuelles au sein des groupements de sociétés commande l'unification du contentieux qui en résulte. L'unification du contentieux arbitral peut être rendue possible par une convention d'arbitrage unique (1). Néanmoins, elle peut aussi se réaliser en présence de plusieurs conventions d'arbitrage (2)

1. Le consentement à l'arbitrage multipartite en cas de convention d'arbitrage unique

Au sein des groupements de sociétés, parvenir à une convention d'arbitrage pouvant donner lieu à une seule instance arbitrale multipartite peut être un casse tête pour les partenaires. Cela peut s'expliquer par plusieurs raisons. D'une part, avant la naissance des litiges, les parties impliquées n'entrent pas en relations contractuelles au même moment. Dans les relations de joint venture par exemple, les sociétés en associations peuvent signer des contrats entre elles sans que soient nécessaire la présence des partenaires locaux. Dans ces conditions, il peut ainsi être difficile de contraindre un sous-traitant à adhérer à une clause qu'elle n'a pas négociée. D'autre part, une fois le litige né, une partie peut ne pas avoir intérêt à se presser à adhérer à la convention d'arbitrage surtout lorsqu'elle se voit déjà perdante.

Si les membres d'un groupement de sociétés parviennent tous à tomber d'accord sur un règlement unifié de l'ensemble du contentieux, ils pourront le prévoir de façon expresse dans la convention d'arbitrage. Cependant, même en l'absence d'une prévision expresse, il peut y avoir unification des procédures arbitrales lorsque la convention d'arbitrage renvoie à un Règlement d'arbitrage qui est favorable à l'unification des litiges semblables. Il convient de se pencher sur la situation où plusieurs parties sont partenaires à une seule convention d'arbitrage (a), avant de voir le cas d'une convention d'arbitrage référant à une institution d'arbitrage (b)

i. L'arbitrage multipartite résultant d'une seule convention d'arbitrage entre plusieurs parties

La convention d'arbitrage multipartite implique soit plusieurs contrats et plusieurs parties totalement ou partiellement liées entre elles, soit plusieurs parties autour d'un seul contrat. Elle peut être fermée ou ouverte. Une convention d'arbitrage est fermée lorsque toutes les parties y ont adhéré en même temps. Elle est ouverte lorsqu'elle prévoit l'adhésion ultérieure d'autres parties⁵³.

On retrouve la convention d'arbitrage entre plusieurs parties dans l'affaire *Dutco*⁵⁴. Il s'agissait, dans cette affaire, d'un litige qui opposait trois sociétés d'un même consortium. Ce consortium était constitué à la suite de la conclusion d'un contrat, le 21 février 1981, par la société allemande *BKMI Industriean* en vue de la livraison «clé en mains» d'une cimenterie pour le compte de la société *Raysut Cement Corporation* d'Oman.

Les autres sociétés membres du consortium, (à savoir *Dutco Construction Co Ltd* basée à Dubaï aux Émirats Arabes Unis et *Siemens AG* de la République fédérale d'Allemagne) avaient alors désigné la société *BKMI* comme étant «*chef de file*» devenant ainsi la seule responsable devant le maître de l'ouvrage selon leur formule dite de «*consortium muet*».

La convention d'arbitrage avait été prévue aux articles 21 alinéa 1 et 21 alinéa 2. L'article 21 alinéa 1 disposait que :

⁵³ Comme exemple d'une convention d'arbitrage qui prévoit l'adhésion ultérieure d'autres parties on citera le modèle de sous-contrat de la English Federation of Civil Engineering Contractors, FCEC. Dans ce modèle de sous-contrat, il est stipulé que : «*Tout litige en relation avec le(s) sous-contrat(s) et opposant le(s) sous-traitant(s) à l'entrepreneur sera tranché par la voie d'un arbitrage CCI. Toutefois, l'entrepreneur peut, s'il estime que le litige qui l'oppose au maître de l'ouvrage touche ou concerne les travaux sous-traités, attirer le(S) sous-traitant(s) dans la procédure arbitrale [...]*».

⁵⁴ *Dutco Construction Co (Pvt) c. BKMI Industriean Lagen GmbH et al.*, extraits de la sentence rapportés par la Cour de cassation saisie d'une demande en annulation, [1992] *J.D.I.* 707.

«Tous différends découlant de cet accord, qui ne pourront être réglés à l'amiable entre les membres, seront tranchés définitivement conformément au Règlement de conciliation et d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale par trois arbitres nommés conformément à ce règlement. Le tribunal arbitral siègera à Paris»⁵⁵.

Quant à l'article 21 alinéa 2, il prévoyait que :

«Aucun litige, question ou différend existant avant ou pendant toute procédure arbitrale ne donnera le droit à aucun des membres de cet accord de refuser d'exécuter ses obligations respectives selon cet accord»⁵⁶.

Quelques temps après, la société *Dutco* avait reproché à ses partenaires plusieurs défaillances dans l'exécution de leurs obligations contractuelles. Elle avait alors déposé, le 17 décembre 1986, une demande d'arbitrage à la Chambre de Commerce Internationale (CCI) en accord avec les stipulations du contrat de consortium. Dans sa demande, la société *Dutco* réclamait le paiement de certaines sommes tant à la société BKMI qu'à la société *Siemens*, toutes de nationalité allemande.

En réplique, les sociétés BKMI et *Siemens* contestaient la compétence de la CCI estimant que la procédure a été viciée. Selon ces deux sociétés, la société *Dutco* aurait dû engager deux procédures arbitrales distinctes. Malgré ces contestations, le tribunal arbitral fut constitué. Les deux coarbitres furent nommés, l'un par la demanderesse et l'autre par les défenderesses tandis que le troisième et président du tribunal était désigné par la Cour d'arbitrage de la CCI.

Par une sentence interlocutoire rendue le 19 mai 1988, le tribunal arbitral décida notamment :

1. que la procédure arbitrale avait été régulièrement instituée et devrait se poursuivre sous la forme d'une procédure multipartite contre les deux sociétés défenderesses;

⁵⁵ [1992] *J.D.I.* 707, 728.

⁵⁶ *Id.*, p. 729.

2. que le tribunal arbitral avait été régulièrement constitué;
3. que les défenderesses devraient en conséquence déposer leurs mémoires sur le fond.

Pour arriver à cette solution, les arbitres devaient rechercher la volonté commune des parties de soumettre leurs litiges à un arbitrage multipartite. À ce sujet, le tribunal arbitral constata que l'accord de consortium lui-même faisait déduire, sinon une solidarité entre les parties, du moins des liens étroits et multiples, créateurs d'un véritable «*esprit de consortium*» comportant un accord implicite sur la possibilité d'une procédure arbitrale multipartite entre les partenaires, prolongeant leur étroite collaboration dans l'exécution de l'accord; de sorte que la société *Dutco*, demanderesse à l'arbitrage, avait des raisons légitimes de croire que l'arbitrage multipartite n'était pas exclu⁵⁷.

Le mérite de l'affaire *Dutco* est d'avoir constitué un point de repère dans la résolution des litiges entre plusieurs parties dans une seule instance. À la lecture de la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral y a décelé la volonté des parties de soumettre leurs litiges à un traitement unitaire. Cette volonté était confortée par le fait que les parties étaient toutes impliquées dans un contrat visant la réalisation d'une même opération économique.

Même si, selon le professeur JARROSSON, cette convention d'arbitrage était quelque peu ambiguë⁵⁸, il reste qu'à travers elle, on pouvait déduire une certaine volonté des parties d'unifier la résolution de leur litige. Et c'est exactement ce que les arbitres avaient fait. En effet, l'expression imprécise de l'intention des parties ne doit pas constituer un prétexte, pour l'une d'entre elles, de se soustraire à ses engagements. C'est pourquoi les arguments avancés par les défenderesses après la naissance du litige ne devraient pas influencer sur la décision du juge car, pour la

⁵⁷ Extraits de la sentence arbitrale rapportée par la Cour d'appel de Paris, [1989] *Rev. arb.* 723, 724.

⁵⁸ Charles JARROSSON, note sous Cour d'appel de Paris (1^{re} Ch. Suppl.), 5 mai 1989 et Cass. civ. (1^{re} chambre), 7 janvier 1992, [1992] *J.D.I.* 726, 728.

défense, tous les moyens sont bons pour faire échec à la demande ou, au moins, en diminuer les effets.

La Cour d'appel de Paris l'a, en tout cas, compris dans ce sens. Saisie d'un recours en annulation de la sentence dans cette affaire *Dutco*, elle décida clairement que :

«la convention intégrée dans l'accord liant les trois sociétés dans un consortium, exprime sans ambiguïté la volonté commune des parties à un même contrat, de soumettre à un tribunal arbitral de trois arbitres «tous différends» résultant de leur accord, d'où il se déduit nécessairement, du fait de la nature multipartite du contrat lui-même avec éventualité prévisible de différends opposant les trois partenaires- que les parties ont admis la possibilité de voir un tribunal arbitral unique composé de trois arbitres statuer sur un litige opposant les trois parties [...]»⁵⁹.

Même si la Cour de cassation avait, par la suite, cassé et annulé cette décision en 1992⁶⁰, il est important de remarquer que l'argumentation de la Cour d'appel sur la nécessité de l'arbitrage multipartite dans cette affaire ne fût pas remise en cause. Le plus haut tribunal français s'était, en effet, attaquée essentiellement à la manière dont le tribunal arbitral avait été constitué.

Par ailleurs, le tribunal arbitral qui a rendu la sentence dans cette affaire *Dutco* semblait avoir été éclairé par une autre sentence arbitrale rendue quelques années auparavant dans une affaire multipartite impliquant un État. Il s'agissait de l'affaire dite du *plateau des Pyramides*⁶¹ qui avait opposé les Sociétés du groupe S.P.P. (*Middle East Ltd*) d'une part, et, d'autre part, l'État égyptien et un organisme public l'*Egyptian General Company for Tourism and Hotels* (E.G.O.T.H). Le litige concernait la construction et l'exploitation d'un important complexe touristique qui

⁵⁹ [1989] *Rev. arb.* 723, 726.

⁶⁰ [1992] *J.D.I.* 707, 712.

⁶¹ Sentence CCI rendue en 1983 dans l'affaire *S.P.P. (Middle East) et al. c. La République arabe d'Égypte et al.*, [1986] *Rev. arb.* 105; Philippe LÉBOULANGER, «État, politique et arbitrage- L'affaire du plateau des pyramides», dans [1986] *Rev. arb.* 3.

devait être érigé sur la côte méditerranéenne et sur le plateau des Pyramides de *Guizeh* en Egypte.

Le projet de création du complexe touristique fut élaboré et un accord-cadre fut conclu le 23 septembre 1974 entre le Ministère égyptien du Tourisme et l'E.G.O.T.H. d'un côté et, de l'autre côté, le groupe de sociétés S.P.P. Dans cet accord, les parties s'engagèrent à créer une jointe venture, l'*Egyptian Tourism Development Company* (E.T.D.C.) qui devait réaliser et gérer le projet. Cette première entente ne contenait pas de convention d'arbitrage.

L'accord-cadre fut suivi d'un contrat d'application signé le 12 décembre 1974 entre E.G.O.T.H. et le groupe S.P.P. Ensuite, sur la dernière page de ce contrat, le ministre du tourisme avait apposé sa signature après la mention «approuvé, accepté et ratifié». Or, contrairement au contrat-cadre, le contrat d'application contenait une convention d'arbitrage qui faisait référence au Règlement de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI.

C'est au moment où le projet, initialement prévu pour durer quatre vingt dix neuf ans, fut mis en échec par un décret présidentiel juste après le début des travaux de construction, le 19 juin 1978, que les sociétés S.P.P. mirent en mouvement la procédure arbitrale en se basant sur la convention d'arbitrage contenue dans le contrat du 12 décembre 1974. Elles dirigèrent ainsi leur demande à la fois contre E.G.O.T.H et contre l'État égyptien. Mais l'État égyptien souleva l'exception d'incompétence des arbitres arguant de l'absence de convention d'arbitrage entre lui et le groupe de sociétés S.P.P.

La question posée aux arbitres dans cette affaire était celle de savoir si, oui ou non, l'État égyptien devait participer à l'arbitrage. Les demanderesses soutenaient que l'État égyptien était devenu une partie au contrat signé en décembre 1974 par l'apposition de la signature du ministre du tourisme ou bien par le biais de l'E.G.O.T.H. Selon les demanderesses, soit il existait une identité essentielle entre

E.G.O.T.H. et le gouvernement égyptien, de sorte que ce qui engageait le premier devait également engager le second, soit E.G.O.T.H. était mandaté par l'État égyptien pour qu'il agisse, non seulement en son nom, mais aussi au nom du gouvernement⁶².

De son côté, l'État égyptien estimait que le ministre ayant signé en sa qualité de dirigeant du conseil d'administration de la compagnie E.G.O.T.H., sa signature n'avait fait qu'authentifier les engagements souscrits par E.G.O.T.H. sans créer aucune obligation à la charge du gouvernement⁶³.

L'exception d'incompétence soulevée par le gouvernement égyptien fut rejetée par le tribunal arbitral qui décida que :

«[...] non seulement la signature du ministre constituait une confirmation, par le gouvernement, des obligations contractuelles souscrites par E.G.O.T.H. en conformité avec la loi égyptienne, mais aussi que cette signature garantissait à l'investisseur la permanence de l'accord du gouvernement et du soutien apporté par celui-ci au projet. Du fait de l'apposition par le ministre de sa signature en regard, non seulement du terme «approuvé» mais également du terme «accepté» (ce qui indique clairement un engagement en son nom propre), le gouvernement devenait l'une des parties au contrat de décembre [...]»⁶⁴.

L'annulation de cette sentence arbitrale par la Cour d'appel de Paris⁶⁵, au motif que l'État égyptien n'était pas lié par la convention d'arbitrage, ne laisse aucun doute sur le fait que le juge d'appel a erré dans sa décision. À moins qu'il ait été beaucoup plus guidé par les critères politiques que juridiques. Pour nous, force est de constater que les arbitres avaient réussi à faire une bonne interprétation de la volonté réelle de l'État égyptien. En effet, en participant aux négociations et à la conclusion des contrats, l'État égyptien, par l'intermédiaire de son ministre du Tourisme, n'y était pas moins partie prenante. De même, l'organisme public E.G.O.T.H. paraissait, aux yeux de l'investisseur étranger, comme un instrument par lequel le gouvernement

⁶² [1986] *Rev. arb.* 105, 106.

⁶³ *Id.*, p. 107.

⁶⁴ *Id.*, p. 111.

⁶⁵ Arrêt du 12 juillet 1984 dans [1986] *Rev. arb.* 75. Annulation confirmée par la Cour de cassation le 6 janvier 1986.

voulait réaliser ses projets. La preuve des liens intimes entre l'État égyptien et E.G.O.T.H fut, par ailleurs, cette déclaration signée en même temps que le contrat entre E.G.O.T.H et le groupe S.P.P. qui prévoyait entre autres que « [...] les obligations qui incombent à E.G.O.T.H doivent faire l'objet d'une approbation de la part des autorités gouvernementales compétentes [...]»⁶⁶. À partir de cet instant, l'État égyptien ne devait pas être admis à se soustraire à l'arbitrage alors même que son ministre avait signé la convention d'arbitrage et que malgré tout, il restait le garant, aux yeux d'E.G.O.T.H, de la bonne exécution du projet.

Cela étant dit, si, dans ces deux affaires, les tribunaux arbitraux sont parvenues à conclure à la nécessité d'instances arbitrales multipartites, cela ne doit pas constituer une occasion pour les parties de ne pas mettre des indications nécessaires dans leur convention d'arbitrage. En effet, tous les tribunaux arbitraux ne peuvent pas avoir toujours ce bon sens de détecter la réelle volonté des parties au moment de la conclusion du contrat. Il appartient donc aux parties de faciliter l'interprétation des arbitres en rédigeant des conventions qui reflètent le mieux leurs véritables intentions. Ainsi, il est important pour les parties, lors de la rédaction de la convention d'arbitrage multilatérale, de préciser qu'elles sont toutes d'accord pour régler leurs différends dans une seule instance arbitrale. Il est arrivé que l'omission de cette précision soit interprétée comme constituant un refus de faire régler le litige par un tribunal arbitral unique.

Ainsi, dans une affaire jugée sous les auspices de la CCI, trois parties étaient liées par un contrat de *consortium* dans lequel il y avait une convention d'arbitrage en ces termes :

«Any dispute relating to this agreement that is not settled amicably between the parties may be finally settled in accordance with the rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce by three arbitrators appointed in accordance with the said rules»⁶⁷.

⁶⁶ Ph. LÉBOULANGER, *loc. cit.*, note 61, 7.

⁶⁷ Extraits repris par Serge GRAVEL, «Multiparty arbitration and multiple arbitrations», (1996) 7(2) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 45, 46.

Un litige étant né entre les parties au *consortium*, la partie demanderesse avait mis en mouvement la procédure arbitrale contre les deux autres partenaires auprès de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI. Le tribunal constitué conformément à la convention d'arbitrage jugea, dans une sentence préliminaire, qu'il ne pouvait pas y avoir un arbitrage multipartite. Pour les arbitres, la convention d'arbitrage n'était pas suffisamment claire pour emporter un arbitrage multipartite⁶⁸. Concrètement, le tribunal arbitral avait estimé que la clause d'arbitrage ne faisait pas voir clairement que les parties avaient convenu de soumettre leurs différends à un seul tribunal arbitral. Ainsi, la demanderesse fut priée de recommencer les procédures arbitrales séparées contre les défendeurs.

Certes, dans bien de cas, il peut être difficile, pour les arbitres, de déterminer la véritable intention des parties à participer à un arbitrage multipartite lorsque la convention d'arbitrage ne le précise pas clairement⁶⁹. Cependant, la caractéristique du contrat de *consortium* basée sur l'*animus cooperandi* et le *jus fraternitatis*⁷⁰ nous pousse à dire que le tribunal arbitral, dans cette affaire, aurait dû décider d'une procédure unique. Évidemment, nous convenons avec M. SCHWARTZ lorsqu'il écrit qu'il ne suffit pas que toutes les parties acceptent de recourir à l'arbitrage pour qu'un arbitrage multipartite puisse avoir lieu⁷¹. Mais il reste que l'absence d'une prévision expresse prévoyant l'arbitrage multipartite ne doit pas nécessairement conduire au règlement séparé des litiges surtout lorsque ces derniers sont nés d'un contrat visant la réalisation d'une même opération économique impliquant toutes les parties

⁶⁸ Id.

⁶⁹ Fritz NICKLISCH, «Multi-Party Arbitration and Dispute Resolution in Major Industrial Projects», (1994) 11(4) *J. Int. Arb.* 57, 58.

⁷⁰ Ces deux notions réfèrent à la volonté de coopérer et de bien coopérer tel que l'écrit Charles-Henry CHENUT, *Le contrat de consortium*, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 32 et 33.

⁷¹ Éric SCHWARTZ, «Multi-party Arbitration and the ICC – In Wake of Ducto», (1993) 10(3) *J. Int. Arb.* 5, 19; Pierre BIENVENU, «L'arbitrage comme mode de règlement des différends» dans Olivier F. KOTT et Claudine ROY, dir., *La construction au Québec : perspectives juridiques*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1998, p. 801; Olivier CAPRASSE, «The setting up of the arbitral tribunal in multi-party tribunal», [2006] *I.B.L.J.* 197, 200.

signataires. Une volonté tacite devrait être recherchée⁷² afin d'éviter les conséquences susceptibles d'être engendrées par les procédures arbitrales séparées entre les parties appartenant à un même groupe de sociétés. À défaut d'une convention d'arbitrage multipartite, l'organisation d'une seule instance arbitrale peut être le résultat de la référence, par les parties, à une institution pratiquant l'unification des procédures arbitrales.

ii. Le multipartisme arbitral découlant de la soumission de la résolution du litige à une institution d'arbitrage favorable à l'unification des procédures

Si l'arbitrage *ad hoc* présente certains avantages⁷³, il n'est toutefois pas exempt d'inconvénients. L'un de ces inconvénients peut être le retard dans les procédures dû au fait qu'il n'existe pas, dans l'immédiat, d'autorité disponible pour prendre certaines décisions nécessaires au bon déroulement du processus d'arbitrage⁷⁴. Pour éviter ces difficultés, il est souvent conseillé aux parties de choisir une institution permanente sous l'égide de laquelle l'arbitrage aura lieu⁷⁵. Ainsi, à travers la

⁷² Emmanuel GAILLARD, «The consolidation of Arbitral Proceedings and Court Proceeding», in *Complex Arbitrations-Special Supplement*, (2003) *ICC International Court of Arbitration Bull.* 35, 44; Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, note 38, n° 518-523; Bernard HANOTIAU, «Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts – Parties – Issues», (2001) *18(3) J. Int. Arb.* 251, 299, Philippe LÉBOULANGER, «Multi-Contract Arbitration», (1996) *13(4) J. Int. Arb.* 43, 46.

⁷³ Sur ces avantages, voir : Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, note 38, p. 36; Nabil ANTAKI, «L'arbitrage commercial : Concept et définition», [1987] *C.P. du N.* 485, 498; Pierre BIENVENU, «Guide de rédaction des clauses d'arbitrage et de droit applicable dans les contrats commerciaux internationaux», (1996) *56 R. du B.* 39.

⁷⁴ Lorsque par exemple les parties ne se sont pas entendues sur la nomination des arbitres, elles devront attendre que le juge du lieu de l'arbitrage les assiste, ce qui peut être long contrairement au cas où l'institution arbitrale s'en occuperait.

⁷⁵ Voir, sur ce point : William W. PARK, et Jan PAULSSON, «Arbitrage commercial et contrats internationaux», (1985) *45 R. du B.* 215, 218. Il existe une multitude d'institutions d'arbitrage permanentes de part le monde et leur nombre est sans cesse croissant. Mais les plus connues sont entre autres la Cour Internationale d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), la London Court of International Arbitration (LCIA) et l'American Arbitration Association (AAA). Au Canada il existe deux centres d'arbitrage commercial à savoir le Centre canadien d'arbitrage commercial (CCAC), ancien centre d'arbitrage commercial national et international du Québec, et le British Columbia International Commercial Arbitration Centre (BCICAC). En Afrique, il existe une Cour commune de justice et d'arbitrage qui règle les différends dans le cadre de l'Organisation pour l'Harmonisation du droit des affaires (OHADA). À ces principaux centres, il faut ajouter le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (CIRDI) institué par la convention de Washington du 18 mars 1965.

convention d'arbitrage, les parties chargent une institution de gérer l'arbitrage du début à la fin suivant son Règlement⁷⁶.

En décidant que la résolution de leurs différends soit administrée par une institution d'arbitrage, les parties ne sont plus libres de choisir d'autres règles applicables à la procédure. Cela veut dire que le Règlement d'arbitrage de l'institution choisie fait partie intégrante du contrat entre les parties. Ce Règlement doit alors régir seul toute la procédure, sous réserve bien entendu, des règles d'ordre public⁷⁷. Ainsi donc, une fois que les parties ont décidé de confier la résolution de leurs différends à une institution qui prévoit l'intervention des tiers dans la procédure, aucune d'entre elles ne peut plus s'y opposer. Évidemment, il doit être compris que lorsque tout le monde est consentant, les parties peuvent adapter le Règlement choisi à leur besoin.

L'exemple du Règlement d'arbitrage qui admet expressément l'arbitrage multipartite est le Règlement d'arbitrage de la London Court of International Arbitration (LCIA). L'article 22(1) (h)⁷⁸ de ce Règlement prévoit qu'à la demande d'une seule partie, le tribunal arbitral peut autoriser la participation des tiers dans la procédure. Le problème est que ce Règlement de la LCIA exige que les tierces parties aient consenti, par écrit, à l'arbitrage. Or, si elles n'y voient aucun intérêt, elles ne le feront pas alors que les autres partenaires pourraient avoir besoin de leur présence

⁷⁶ Il peut s'agir, entre autres, de la réception de la demande d'arbitrage et de la notification de cette demande à l'autre partie, de la désignation des arbitres, de la détermination du lieu de l'arbitrage, de l'assistance administrative aux arbitres, de la vérification du respect des règles de procédure, Pour le rôle de l'institution pendant l'arbitrage, voir Gary B. BORN, *International Commercial Arbitration, commentary and Materials*, New York, Transnational Publishers and Kluwer Law International, 2001, p. 11; David R. HAIGH et al., «International Commercial Arbitration and the Canadian Experience», (1995) 34 *Alta L. Rev.* 137, 146; Pierre BELLET, «Le symposium international de Varsovie sur l'arbitrage international dans les litiges commerciaux multilatéraux», [1981] *Rev. arb.* 50, 51.

⁷⁷ *Compagnie Nationale Air France c. Mbaye* [2003] R.J.Q. 1040 (C.A.) : Dans cette affaire, la Cour d'appel a jugé qu'en choisissant d'assujettir la procédure arbitrale à un règlement d'arbitrage, les parties rendent inapplicables toutes les dispositions supplétives du titre 1 du Livre VII du C.p.c.; l'art. 2.3 du règlement d'arbitrage international du Centre canadien d'arbitrage commercial, (CCAC); Jean-François POUDRET et Sébastien BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Zürich, Schulthess, 2002, p. 71.

⁷⁸ L'article 22(1) (h) du Règlement d'arbitrage de la LCIA accorde à l'arbitre le pouvoir de : «*to allow, only upon the application of a party, one or more third persons to be joined in the arbitration as a party provided any such third person and the applicant party have consented thereto in writing, and thereafter to make a single final award, or separate awards, in respect of all parties so implicated in the arbitration*».

dans la procédure arbitrale. Par ailleurs, le même Règlement ne précise pas si ce consentement écrit des tierces parties doit obligatoirement être approuvé par les autres partenaires, ce qui réduirait davantage les chances d'être associée à l'instance.

Pour sa part, le Règlement de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI ne prévoit pas l'arbitrage multipartite de façon explicite. Il se limite à prévoir la possibilité de joindre certaines demandes ayant trait au même litige et qui impliquent uniquement les mêmes parties à la procédure déjà pendante et ce, à condition qu'une des parties en fasse la demande et que l'acte de mission ne soit pas encore signé ou approuvé par la Cour, auquel cas, la permission du tribunal arbitral serait requise au vu de l'état d'avancement de la procédure et de l'objet de ces demandes⁷⁹.

Mais cela n'a pas empêché la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI de permettre les arbitrages multipartites. Dans l'affaire *Dutco* précitée⁸⁰, le tribunal arbitral CCI avait notamment décidé que le fait que la convention d'arbitrage renvoyait à la CCI, qui n'excluait pas l'arbitrage multipartite, constituait une première manifestation de la volonté des parties de recourir à ce genre d'instance⁸¹.

Il en a également été ainsi dans l'affaire *Peterson Farms Inc. v. C&M Farming Ltd*⁸². En l'espèce, la compagnie de droit de l'État d'Arkansas *Peterson Farms Inc.*, spécialisée dans la production de volaille et des œufs, avait conclu un contrat avec le groupe de sociétés C&M de droit indien. En vertu de ce contrat, le groupe C&M acheta auprès de son fournisseur *Peterson* une certaine quantité d'oiseaux. Même si le

⁷⁹ Article 4(6) et 19 du règlement d'arbitrage de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI; Eric SCHÄFER, Herman VERBIST et Christophe IMHOOS, *L'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) en pratique*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 42; Mathieu de BOISSÉSON, «Joinder of the Parties to Arbitral Proceedings: Two Contrasting Decisions», dans *Complex Arbitrations – Special Supplement 2003, ICC International Court of Arbitration Bulletin* 19, 25.

⁸⁰ Voir *supra*, note 57.

⁸¹ [1989] *Rev. arb.* 723.

⁸² Résumé de la sentence arbitrale CCI rendue à Londres dans l'affaire *Peterson Farms Inc. v. C&M Farming Ltd* dans John P. GAFFNEY, «The Group of Companies And The Law Applicable To The Arbitration Agreement», (2004) 19(6) *MEALEY's International Arbitration Report* 4, en ligne: http://www.oflynnexhams.ie/news_publications/Peterson%20Farms.pdf; *Peterson farms Inc. v. C&M Farming Ltd*, [2004] EWHC 121 cité par Sarita Patil WOOLHOUSE, «Group of Companies Doctrine and the English Arbitration Law», (2004) 20(4) *Arb. Int.* 435.

contrat de vente concernait tout le groupe C&M composé de plusieurs entités juridiquement indépendantes, il avait néanmoins été signé par l'une des sociétés du groupe C&M, le 7 septembre 1996. L'article 17 du contrat de vente contenait une convention d'arbitrage ainsi libellée :

«All disputes [...] which may arise between the parties out of or in relation to or in connection with this agreement or for the breach thereof, should be finally settled by the International Chamber of Commerce, UK».

Quant à l'article 9 du même contrat, il prévoyait que :

« This Agreement shall be interpreted and construed in accordance with the laws of Arkansas, USA».

Quelques semaines plus tard, il s'était avéré que toute la volaille vendue par *Peterson* était infectée par un virus aviaire qui avait alors décimé la grande partie de la production du groupe C&M spécialement celle des entités non-signataires de la convention d'arbitrage. Le groupe C&M avait ainsi saisi la CCI, conformément à la convention d'arbitrage, réclamant de *Peterson* 16 millions \$US en dommages pour les multiples préjudices causés à tous les membres du groupe.

Dans ses répliques, la compagnie *Peterson* considérait que la grande majorité des dommages réclamés concernait les sociétés non-signataires. Elle demandait alors au tribunal de se déclarer incompétent vis-à-vis des demandes des parties qui n'avaient pas signé la convention d'arbitrage.

Mais le tribunal arbitral rejeta les arguments de *Peterson*. Pour motiver leur décision, les arbitres avaient d'abord relevé qu'en vertu du principe d'autonomie, le droit applicable au contrat pouvait être différent du droit applicable à la clause d'arbitrage. Dès lors, les arbitres estimèrent qu'à partir du moment où les parties n'avaient pas fait le choix du droit applicable à la convention d'arbitrage, il leur

appartenait d'appliquer les règles qu'ils jugent être conformes à l'intention commune des parties. Les arbitres ont alors souscrit aux arguments du groupe C&M selon lesquels l'absence de choix de la loi régissant la convention d'arbitrage leur permettait d'appliquer à celle-ci des règles et des pratiques de la CCI et notamment la doctrine du groupe de sociétés. Ils accordèrent ainsi à peu près 7 millions de dollars US au groupe C&M pour les réclamations faites par tous ses membres.

Ainsi donc, les parties souhaitant la participation des tiers dans la procédure, en dehors de le prévoir dans la convention d'arbitrage, peuvent malgré tout y arriver en choisissant de soumettre la résolution de leurs litiges à une institution arbitrale favorable à la procédure multipartite⁸³. Or regrettera, cependant, le fait que cette sentence n'ait pas pu survivre face à l'hostilité des tribunaux anglais envers la théorie de groupes de sociétés. Mais il est évident que si elle avait été rendue ailleurs, elle aurait connu un sort différent.

Au final, on remarque que la rédaction d'une convention d'arbitrage multipartite ou la soumission de la résolution du litige à une institution d'arbitrage peut paraître facile. Mais au fond, c'est le contenu des clauses qui est difficile à prévoir de façon exhaustive. Pour contourner cette difficulté, les parties peuvent décider de recourir à une multiplicité de conventions d'arbitrage dans l'espoir qu'elles donnent lieu à une instance multipartite.

⁸³ Voir, en ce sens : Éric LOQUIN, note sous Versailles, 7 mars 1990, *OIAETI et al. c. COGEMA et al.* [1991] *Rev. arb.* 342.

2. L'arbitrage multipartite en cas de plusieurs conventions d'arbitrage

Au sein des groupements de sociétés, il est fréquent qu'un membre entre en relations contractuelles, soit avec d'autres membres du groupe, soit avec les tiers. Selon la pratique courante, les relations contractuelles impliquant les membres du groupe de sociétés sont généralement assorties de conventions d'arbitrage. Ces conventions d'arbitrage peuvent être identiques (i) ou différentes (ii)

i. L'arbitrage multipartite du fait de l'identité des conventions d'arbitrage

Selon M. TRAIN, l'identité des conventions d'arbitrage dans les contrats conclus dans le cadre du groupement de sociétés peut résulter de deux situations : soit les parties ont reproduit la même clause dans chaque contrat, soit elles ont fait référence à une convention d'arbitrage contenue dans un seul document⁸⁴. Nous verrons d'abord le cas de la reproduction par les parties de la même convention d'arbitrage dans les différents contrats (i) avant d'envisager le cas de la référence à une convention d'arbitrage contenue dans un document (ii)

1°/ La reproduction d'une même convention d'arbitrage dans plusieurs contrats

La question qui se pose ici est celle de savoir si les membres d'un groupement de sociétés qui ont inséré les conventions d'arbitrage identiques dans les contrats conclus avec leurs partenaires ont réellement voulu unifier la résolution de leurs différends. Autrement dit, lorsque, par exemple, les parties à la joint venture, en concluant les contrats avec le maître d'ouvrage d'un côté et les sous-traitants de l'autre, stipulent

⁸⁴ François-Xavier TRAIN, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, Paris, L.G.D.J., 2003, p.309.

des conventions d'arbitrage identiques dans tous les contrats, cela signifie-t-il que toutes les parties participeront à une seule procédure arbitrale? Certes, en acceptant l'insertion de la convention d'arbitrage dans chaque contrat, tous les partenaires ont consenti à régler leurs différends par l'arbitrage. Mais l'identité des conventions d'arbitrage peut-elle suffire à fonder la compétence d'un tribunal arbitral unique? À cette interrogation, la réponse négative paraît être la mieux indiquée.

Mais pour bien cerner le problème, il faut distinguer le cas des contrats qui participent à la réalisation d'un seul objet de celui des contrats qui n'ont pas de liens économiques. Dans le premier cas (qui comprend les groupements de sociétés), M. TRAIN se demande si la présence de conventions d'arbitrage distinctes, bien qu'identiques, ne démontre pas la volonté des parties d'appréhender le groupe de contrats comme constitué de plusieurs composantes dont chacune répond à ses modalités procédurales propres⁸⁵. L'auteur estime que si les parties impliquées dans la réalisation d'une même opération économique veulent unifier le règlement de leur futur contentieux, elles rédigeront une convention d'arbitrage multipartite unique. Il conclut que si elles ne le font pas, l'indépendance des conventions arbitrales devra conduire, malgré leur identité, à l'individualisation des litiges et, par conséquent, à l'organisation d'autant de procédures séparées qu'il y a de clauses⁸⁶. Cependant, lorsqu'on est en présence de contrats complémentaires comme en matière de contrats-cadre et de contrats d'application, M. TRAIN fait état de l'unanimité des arbitres sur la question : l'identité des conventions d'arbitrage contenues dans les contrats d'exécution et celle incluse dans le contrat-cadre témoigne de la rencontre des consentements sur les stipulations qu'elle renferme et donc, de la volonté d'unifier le contentieux⁸⁷.

Dans le deuxième cas à savoir le cas des contrats non liés, la procédure multipartite qui résulte de l'identité des clauses d'arbitrage est, selon le même auteur,

⁸⁵ Id., p.310

⁸⁶ Id. L'auteur cite une sentence rendue, dans un environnement de *common law*, sur la base d'un tel raisonnement.

⁸⁷ Id.

fortuite car non justifiée ni par les rapports entretenus par les contrats entre eux, ni par une prévision expresse⁸⁸. Dans une telle situation, les procédures arbitrales ne sauraient être réunies. Ce qui est possible, c'est de voir un même tribunal arbitral les conduire simultanément tout en préservant leur indépendance⁸⁹.

Si, dans le cas des contrats-cadres, la réflexion de M. TRAIN est partagée par d'autres auteurs⁹⁰, elle n'est cependant pas dénuée de critiques. En effet, il serait risqué de penser que la seule ressemblance des conventions d'arbitrage peut automatiquement conduire à la procédure multipartite sans considération de la volonté des parties.

Par ailleurs, même en cas de contrats non-complémentaires, la volonté d'unifier le contentieux peut exister. En effet, d'un côté, la conclusion d'une convention d'arbitrage exige la présence de toutes les parties. Or, il n'est pas fréquent, dans le cadre des groupements de sociétés que les parties entrent en relations contractuelles au même moment. D'un autre côté, la rédaction d'une convention d'arbitrage multipartite unique peut paraître laborieuse pour certains partenaires. Pour échapper à cette difficulté, ces partenaires peuvent alors reproduire textuellement la même convention d'arbitrage dans tous les contrats dans l'espoir de voir leurs litiges réglés au sein d'une même procédure. Dans ces conditions, adopter la solution de M. TRAIN, qui préconise l'organisation d'autant de tribunaux arbitraux qu'il y a de clauses, risquerait de s'avérer contraire au désir des parties. Mais le problème se trouve être celui de l'intérêt qu'auraient les parties aux contrats non-complémentaires à participer à une instance arbitrale unique. Quelques fois, cependant, les liens étroits qui existent entre les membres d'un groupe de sociétés peuvent, à eux seuls, justifier cet intérêt.

⁸⁸ Id., p. 314.

⁸⁹ Voir, en ce sens : Martin BARTELS, «Multiparty Arbitration Clauses», (1985) 2(2) *J. Int. Arb.* 61.

⁹⁰ Voir notamment : Jacques EL HAKIM, «Litiges commerciaux multilatéraux dans le cadre de projets au Moyen-Orient», [1981] *Rev. arb.* 86, 91; Ph. LÉBOULANGER, *loc. cit.*, note 72, 79; Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, note 38, p. 318; Gerald AKSEN, «Les arbitrages multiparties aux États-Unis», [1981] *Rev. arb.* 98, 115.

Dans tous les cas, la nécessité pour les arbitres de rechercher la volonté qui a prévalu au moment de la conclusion des contrats demeure d'une importance capitale. Cette idée est, du reste, soutenue par les auteurs FOUCHARD, GAILLARD et GOLDMAN⁹¹.

On retrouve l'exemple de conventions d'arbitrage identiques qui ont abouti à une procédure arbitrale unique dans la sentence n° 5989⁹² rendue à Genève par un tribunal arbitral siégeant sous l'égide de la CCI. Dans cette affaire, un contrat cadre avait été conclu en mars 1978 entre la société A. et la société B., organisme public de l'État X., en vue d'améliorer le réseau de stockage et de distribution des hydrocarbures dans cet État X. Le contrat-cadre était entré en vigueur le 1^{er} novembre de la même année. L'article 4(3) du contrat-cadre prévoyait qu'à la fin du contrat, la société B. aurait le droit de racheter le matériel importé dans le pays par la société A. Le contrat-cadre contenait ensuite, en son article 21, une convention d'arbitrage qui prévoyait que tous litiges qui ne seraient pas réglés amicalement seraient soumis à la CCI pour arbitrage. En outre, les parties avaient choisi Genève comme lieu de l'arbitrage ainsi que le droit de l'État X. pour s'appliquer au fond du litige.

Le jour même de la signature du contrat-cadre, les deux sociétés ont conclu un contrat d'application n°1. En Juin 1981, la société d'État notifia, par télex, à la société A. qu'elle mettait fin au contrat d'application n°1 tout en lui exprimant son intention de discuter des modalités de rachat du matériel importé par la société A. Quelques six mois après, dans le cadre de la réorganisation des services de l'État X., la société C., succéda à la société B. en matière de gestion des hydrocarbures.

En Juillet 1981, un contrat de rachat du matériel importé par la société A. fut signé entre celle-ci et la société C., successeur de la société B. Ce contrat contenait une convention d'arbitrage qui renvoyait également à la CCI pour le règlement de

⁹¹ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, note 38, p. 318.

⁹² Sentence arbitrale rendue en 1989 dans l'affaire CCI n° 5989, [1990] *Y.B. Com. Arb.* 74.

tous litiges. Le droit de l'État X. et la ville de Genève étaient aussi choisis pour respectivement s'appliquer au contrat et servir de lieu de l'arbitrage.

Des difficultés d'exécution des contrats apparurent et, en l'absence d'un règlement amiable, la société A. forma une demande d'arbitrage auprès de la CCI contre, à la fois, la société B. et la société C. La question à laquelle le tribunal arbitral devait répondre était celle de savoir si une requête d'arbitrage unique basée sur deux conventions d'arbitrage indépendantes était recevable.

Malgré la contestation de la régularité de la requête par la défenderesse C. qui, selon elle, ne devrait pas être basée sur deux clauses indépendantes, le tribunal arbitral décida que :

« [it] is beyond doubt that the parties intended to have their disputes settled by arbitration, that both the arbitration clauses and the parties are identical and that the claims are connected in such a manner that in the context of an international arbitration we must find that their joint examination [...] is admissible in the light of the intention of the parties, as expressed in the arbitration clauses»⁹³.

Si la procédure multipartite était bien indiquée pour régler efficacement cette affaire, il reste qu'il n'y avait vraiment pas de volonté manifeste des parties d'unifier la résolution de leurs différends. Par contre, au lieu d'insister sur la volonté des parties, le tribunal arbitral aurait pu appliquer la doctrine de groupe de sociétés ou le mécanisme de la cession (ayant laissé subsister certaines obligations à la charge du cédant)⁹⁴ pour décider de la nécessité de l'arbitrage multipartite.

L'identité des conventions d'arbitrage peut également provenir de la référence à une clause arbitrale contenue dans un seul document.

⁹³ Id., p. 75.

⁹⁴ Voir *infra*, note 340.

2°/ La référence à une convention d'arbitrage contenue dans un même document

Pour des raisons de rapidité et d'économie, les parties peuvent faire référence à une clause externe lors de la conclusion de leurs contrats. Cela veut dire que cette clause ne va pas directement apparaître au contrat signé mais qu'elle se trouve dans un autre document auquel le contrat renvoie. La convention d'arbitrage par référence présente un autre intérêt lié au fait qu'elle peut alléger le poids des documents contractuels.

La question de la validité de la convention d'arbitrage par référence a longuement été évoquée en arbitrage commercial⁹⁵. Il ne pouvait en être autrement car tout le processus arbitral prend ses racines dans la clause d'arbitrage. Au départ, d'aucuns avaient estimé qu'une telle clause encourait la nullité. Leurs arguments étaient basés sur le fait que la convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (art. II (2)) de même que la Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (l'art. 7(2)) exigent la rédaction d'un écrit pour constater la convention d'arbitrage.

Pour le Code civil du Québec, c'est le consentement qui est important et non la forme de la convention. C'est ainsi qu'il reconnaît, quoique implicitement, la validité de la clause d'arbitrage par référence en énonçant que : *«la clause externe à laquelle renvoie le contrat lie les parties»*⁹⁶.

⁹⁵ Voir, par exemple : Kamel KHIARI, «La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en arbitrage civil et commercial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p.13; Bruno OPPETIT, «La clause arbitrale par référence», [1990] *Rev. arb.* 551, 554; Catherine KESSEDJIAN, «La forme de la clause compromissoire par référence et la convention de New York», note sous Cass. Civ. 1^{re}, 11 octobre 1989, [1990] *Rev. arb.* 134; Catherine KESSEDJIAN «La clause compromissoire par référence : épilogue de l'affaire Bomar», note sous Cass. Civ. 1^{re}, 9 novembre 1993, [1994] *Rev. arb.* 108; Xavier BOUCOBZA, «La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international», [1998] *Rev. arb.* 495; Domenico Di PIETRO, «Incorporation of arbitration clauses by reference», (2004) 21(5) *J. Int. Arb.* 439.

⁹⁶ Article 1435 (1) C.c.Q. L'exception n'est admise qu'en cas de contrats de consommation où une clause par référence peut être déclarée nulle si, au moment de la formation du contrat, elle n'a pas été expressément portée à la connaissance du consommateur ou de la partie qui y adhère (article 1435 (2))

Le droit québécois se montre donc plus flexible et libéral relativement à la forme de la convention d'arbitrage⁹⁷, celle-ci, selon M. BRIERLEY, pouvant même être, à l'origine, orale sauf si l'une des parties en conteste l'existence⁹⁸.

Lorsque la référence à la convention d'arbitrage incorporée dans un document a été faite par plus de deux parties, on se trouve en face des conventions d'arbitrage identiques. En effet, chaque contrat qui réfère à cette clause voit celle-ci s'intégrer dans son corps. La question qui se pose est alors celle de savoir si, oui ou non, les litiges qui pourraient survenir dans ces conditions seront réglés dans une instance arbitrale unique.

À ce sujet, à l'instar d'une convention d'arbitrage reproduite dans plusieurs contrats, il faut distinguer deux situations : celle des contrats sans relations économiques d'une part et, d'autre part, celle des contrats liés. Dans les contrats non-liés, M. TRAIN estime que l'incorporation par référence de la convention d'arbitrage se limite à un mode particulier de son acceptation⁹⁹. Par conséquent, l'identité de ces conventions d'arbitrage peut autoriser une procédure arbitrale unique sans toutefois créer les rapports de dépendance entre les contrats¹⁰⁰.

En revanche, en cas de contrats qui présentent une certaine interdépendance, l'incorporation par référence manifeste, de façon claire et non équivoque, que les parties ont eu l'intention de se placer sous l'autorité d'une même convention d'arbitrage¹⁰¹. Dans ces conditions, M. TRAIN considère, à juste raison, que l'identité

C.c.Q.); *Dell Computer Corporation. c. Union des consommateurs*, [2005] J.Q. (Quicklaw) n° 7011 (C.A.).

⁹⁷ Voir, dans le même sens : K. KHIARI, *loc. cit.*, note 95, 19.

⁹⁸ J.E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, note 44, p.1076; John E.C. BRIERLEY, «La convention d'arbitrage en droit québécois interne», [1987] C.P. du N. 507, 546.

⁹⁹ F.-X. TRAIN, *op. cit.*, note 84, p. 325.

¹⁰⁰ Id.

¹⁰¹ Voir, sur la question : Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, note 38, p. 318; Théodore KLEIN, «Disagreement on the Scope of an arbitration clause», [1996] 7(2) *ICC International Court of Arbitration Bull.* 24, 26; Ph. LÉBOULANGER, *loc. cit.*, note 72, 82; F.-X. TRAIN, *op. cit.*, note 84, p. 325.

des conventions arbitrales démontre la volonté des parties d'exclure l'individualisation du règlement de leurs litiges¹⁰².

Cette position a été confirmée par le tribunal arbitral dans une sentence rendue à Paris dans l'affaire CCI n° 5117¹⁰³. Il s'agissait, dans cette affaire, d'un différend qui opposait deux sociétés, une de droit français et une autre de droit mexicain à deux autres sociétés de nationalité française et mexicaine. Le litige était relatif à l'exécution de deux contrats portant sur l'étude, la préfabrication et le montage au Mexique de tuyauteries. Ces deux contrats contenaient une convention d'arbitrage identique prévoyant l'arbitrage de la CCI à Paris.

Au moment de l'exécution de ces contrats, les parties ont conclu d'autres contrats de commandes relatives à des travaux de préfabrication, de montage et de mise en place de réservoirs. Deux de ces contrats de commandes ne contenaient pas, cependant, de conventions d'arbitrage mais renvoyaient aux conditions générales des contrats-cadres initialement conclus.

Les arbitres saisis conformément à la convention d'arbitrage contenue dans les contrats principaux étaient confrontés à la question de savoir s'ils étaient compétents à statuer sur ces deux contrats de commande. Les sociétés défenderesses exigeaient que les arbitres se déclarent incompétents à connaître du litige issu de ces deux contrats faute de convention d'arbitrage respectant les règles de forme stipulées par le droit applicable. De leur côté, les demanderesses soutenaient que les règles de forme ne s'appliquaient qu'à la clause compromissoire figurant dans les contrats-cadre et non pas aux contrats qui en procèdent «dans le temps et dans l'espace»¹⁰⁴. Le tribunal arbitral donna raison aux sociétés demanderesses après avoir conclu qu'au moment de la passation des contrats, les parties avaient eu l'intention de faire régler tout le contentieux en une instance unique.

¹⁰² F.-X. TRAIN, *op. cit.*, note 84, p. 325.

¹⁰³ Affaire CCI n° 5117, [1986] *J.D.I.* 1113.

¹⁰⁴ *Id.*, 1114.

C'est également dans ce sens que la Cour d'appel de Paris s'est prononcée dans un arrêt rendu le 20 Janvier 1988 dans l'affaire *Société V.S.K. Electronics c. Société Sainrapt et Brice International (S.B.I.)*¹⁰⁵. Dans cette affaire, le contrat de sous-traitance passé entre la société V.S.K. et S.B.I. faisait référence à une convention d'arbitrage que comportait le contrat principal conclu entre S.M.S. et S.B.I.

La société sous-traitante, la S.V.K., voulait se soustraire à la procédure d'arbitrage au motif que la clause d'arbitrage contenue dans un contrat distinct ne pouvait pas la lier. Mais la Cour d'appel de Paris estima que la clause se référant, pour le règlement des différends, à la convention d'arbitrage insérée dans un contrat principal était opposable au sous-traitant.

Moins de deux ans plus tard, la même Cour d'appel abordera la question dans le même sens. C'était dans l'arrêt *Société Kis France*¹⁰⁶. Dans cet arrêt, la Cour était appelée à se prononcer sur la régularité de la décision du tribunal arbitral qui avait décidé du règlement unifié d'un litige issu du contrat-cadre et des contrats d'application. Dans cette affaire, un contrat-cadre avait d'abord été signé entre la *Société Kis France* et la *Société Générale*. Ces deux sociétés déclaraient agir tant pour leur compte que pour le compte de leurs filiales situées aux États-Unis. Par la suite, trois autres conventions furent signées entre, d'une part, les sociétés-mère et d'autre part, leurs filiales respectives en vue de la mise en application du contrat-cadre. Les documents contractuels signés pour la mise en application du contrat-cadre faisaient référence à la clause arbitrale CCI insérée dans ce dernier.

Des difficultés s'étant élevées suite au non-paiement des loyers par l'une des filiales du groupe *Kis*, le groupe *Société Générale* dénonça les conventions et saisit la Cour d'arbitrage de la CCI en vue du règlement du litige. Il demanda au tribunal arbitral de condamner solidairement la société *Kis France* et sa filiale au paiement des loyers dus par leur filiale. À leur tour, les sociétés du groupe *Kis* contestèrent la

¹⁰⁵ *Société V.S.K. Electronics c. Société Sainrapt et al.*, [1990] *Rev. arb.* 651.

¹⁰⁶ *Société Kis France et al. c. Société Générale et al.*, [1992] *Rev. arb.* 90.

qualité de la Société Générale pour agir en réclamation du paiement des dettes contractées par sa filiale aux États-Unis auprès de la filiale de la Société Générale.

Le tribunal arbitral rejeta les prétentions du groupe *Kis* et condamna solidairement *Kis France* et *Kis Photo Industrie* au paiement de toutes les sommes dues aux demandereses. La saisine de la Cour d'appel de Paris visait à faire annuler la sentence arbitrale au motif, entre autres, que le tribunal arbitral aurait statué sans convention d'arbitrage. Mais les recours en annulation de cette sentence furent rejetés dans les termes suivants :

« [ont] à juste titre retenu leur compétence, les arbitres qui, interprétant les rapports contractuels créés entre deux groupes de sociétés, ont considéré que le litige à eux soumis était relatif à l'exécution tant du contrat-cadre que de la convention locale»¹⁰⁷.

En somme, si l'on peut partager les affirmations de M. TRAIN, il faut par ailleurs reconnaître qu'il peut arriver qu'il y ait absence totale de consentement dans certains cas. Ainsi, dans le cadre des sociétés liées, il n'est pas exclu que dans les rapports entre certains membres du groupe et les tiers, on réfère, pour des raisons d'économie de temps et d'argent, à une clause arbitrale insérée dans le contrat préalablement signé. Or si, lors du renvoi à cette clause, un partenaire du groupement n'avait pas eu connaissance de l'existence d'autres sociétés qui y avaient fait référence, est-il conforme à l'esprit de l'arbitrage de le forcer à participer à une instance arbitrale unique? En l'absence d'une loi permettant la consolidation forcée, il nous semble opportun, encore une fois, d'essayer de rechercher la réelle intention dont les parties étaient animées lors de la formation du contrat. En dehors du cas de conventions d'arbitrage identiques, il n'est pas impossible d'assister au multipartisme arbitral lorsque les clauses d'arbitrage sont différentes.

¹⁰⁷ Id.

ii. L'arbitrage multipartite malgré les conventions d'arbitrage non identiques

Lorsque les contrats conclus par les membres des groupements de sociétés contiennent des conventions d'arbitrage non-identiques, les arbitres relèvent souvent les différences de nature variée. Ces différences peuvent porter par exemple sur les institutions d'arbitrage, le nombre d'arbitres ou les lieux d'arbitrage¹⁰⁸. La question à laquelle on doit répondre est alors celle de savoir si, malgré les différences, les conventions d'arbitrage non-identiques peuvent, néanmoins, donner lieu à une instance arbitrale multipartite.

Sur cette question, les auteurs soutiennent que l'insertion, par les parties, des clauses arbitrales différentes signifie qu'elles ont voulu avoir la résolution de leurs litiges par des voies différentes¹⁰⁹. Cependant, dans le cas des contrats qui concourent à la réalisation du même projet, on peut se demander si, malgré les différences, certaines clauses ne sont tout de même pas complémentaires. Le tribunal arbitral CCI siégeant à Paris dans l'affaire *Sofidif* avait mené un tel raisonnement avant que sa décision ne soit censurée par la Cour d'appel¹¹⁰.

Dans cette affaire, trois sociétés françaises, *Eurodif*, *Sofidif* et *Cogema*, cette dernière agissant pour elle et pour la *SERU* et la *CEA*, avaient engagé une procédure arbitrale contre deux sociétés iraniennes, la *OEAI* et la *OIAETI*. Le litige concernait trois contrats signés relativement aux projets de l'Iran sur l'enrichissement de l'uranium. Ces contrats n'avaient pas tous été signés par les mêmes parties et comportaient des conventions d'arbitrage différentes. L'une de ces conventions d'arbitrage prévoyait l'arbitrage CCI sans aucune autre précision. L'autre convention, par contre, prévoyait l'arbitrage CCI avec comme siège Paris et le droit français

¹⁰⁸ Voir, en ce sens: Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, note 38, p. 318; Ph. LEBOULANGER, *loc. cit.*, note 72, 80.

¹⁰⁹ Voir, par exemple: Ph. LEBOULANGER, *loc. cit.*, note 72, 81.

¹¹⁰ *OIAETI c. SOFIDIF et al.* Paris, 19 décembre 1986, [1987] *Rev. arb.* 359. Cet arrêt a été cassé et annulé le 8 mars 1988 par la Cour de cassation française qui renvoya les parties à la Cour d'appel de Versailles. Celle-ci confirma, à son tour, l'annulation de la sentence arbitrale le 7 mars 1990.

comme droit applicable. La troisième convention avait également choisi la CCI comme institution d'arbitrage, Genève comme lieu d'arbitrage alors que le droit français devait s'appliquer au fond du litige.

Lors de la procédure arbitrale, les parties françaises avaient formé une demande d'arbitrage unique et multipartite avec Paris comme siège de l'arbitrage. Par contre, les sociétés iraniennes avaient soulevé l'exception d'incompétence du tribunal arbitral unique. Elles exigèrent alors la mise en place des procédures arbitrales distinctes conformément aux stipulations du contrat. Malgré ces contestations, le tribunal arbitral s'était déclaré compétent par une sentence rendue le 25 Avril 1985 estimant que ces conventions d'arbitrage «formaient un tout» et qu'elles étaient complémentaires compte tenu du fait qu'elles concernaient un ensemble contractuel visant la réalisation d'une même opération économique.

Cette sentence arbitrale fut annulée par la Cour d'appel de Paris qui jugea que :

« [la] globalité de la demande souffre de l'absence de contrat cadre ou de convention multipartite; qu'en l'état des éléments contractuels qui lui étaient soumis, le tribunal arbitral se devait de juger de sa compétence contrat par contrat; [...], les règles du droit de l'arbitrage, fondé sur le caractère consensuel de la clause compromissoire, ne permettent pas d'étendre à des tiers, étrangers au contrat, les effets de la convention litigieuse [...]»¹¹¹.

Malgré l'annulation de cette sentence par le tribunal étatique, il ne faut cependant pas penser que la consolidation des procédures arbitrales résultant des conventions d'arbitrages différentes est impossible en cas de convention d'arbitrage non-identiques. Tel peut être le cas lorsque les divergences entre ces conventions ne touchent pas le tribunal arbitral lui-même ou les pouvoirs mis à sa disposition¹¹². Dans cette situation, on dit que les conventions d'arbitrage sont compatibles. Ainsi, chaque fois que les différences ne sont pas relatives au choix des institutions

¹¹¹ Extraits de l'arrêt de la Cour d'appel, [1987] *Rev. arb.* 275, 284.

¹¹² F.-X. TRAIN, *op. cit.*, note 84, p. 331, François-Xavier TRAIN, «Le concours de clauses d'arbitrage dans un ensemble contractuel», note sous Paris, 1^{re} Ch. Civile, 11 avril 2002 et 22 mai 2003, [2003] *Rev. arb.* 1252, 1268.

d'arbitrage, au siège du tribunal arbitral, au nombre d'arbitres ou aux modalités de leur désignation de même qu'aux pouvoirs qui leurs sont conférés, l'arbitrage multipartite pourra être possible¹¹³. Il peut s'agir par exemple des cas où les différences portent sur le droit applicable au fond des litiges¹¹⁴, sur les procédés préalables au déclenchement du processus arbitral¹¹⁵ ou sur la langue de la procédure¹¹⁶. De même, ne constitue pas une cause d'incompatibilité des conventions d'arbitrage le fait que l'une des clauses arbitrales vise tout le contentieux en relation avec le premier contrat alors que l'autre clause est limitée à l'interprétation et à l'exécution du second contrat¹¹⁷.

Finalement, on se rend compte que dans cette affaire *Sofidif*, si, dans l'une des conventions d'arbitrage, les parties n'avaient pas choisi Genève comme lieu d'arbitrage, les autres divergences n'auraient pas suffi à entraîner l'annulation de la sentence arbitrale. L'arbitrage multipartite peut aussi provenir de la conduite des parties.

¹¹³ Voir, à ce sujet : F.-X. TRAIN, *op. cit.*, note 84, p. 331.

¹¹⁴ Sentence CCI dans l'affaire n° 5989 précitée, note 92. Dans cette affaire le tribunal arbitral avait estimé que la différence relevée quant au droit applicable au fond ne saurait avoir une incidence sur la procédure multipartite parce que cette différence ne touchait pas à la recevabilité ou à la compétence. Dans d'autres cas, notamment les arbitrages sous l'égide de la CCI, lorsque les parties ne s'entendent pas sur la loi applicable, l'arbitre a, par la même occasion, la possibilité de recourir à l'application de la *lex mercatoria* ou des principes généraux du droit international.

¹¹⁵ Sentence dans l'affaire CCI n° 5971 citée par F.-X. TRAIN, *op. cit.*, note 84, p. 328. Ici aussi on estime que la phase pré-arbitrale touche à la recevabilité de la demande et non à la compétence de l'arbitre.

¹¹⁶ Paris, 1^{re} Ch. Civile, 11 avril 2002 [2003] *Rev. arb.* 1252, note François-Xavier TRAIN

¹¹⁷ Sentence CCI n° 7710 citée par F.-X. TRAIN, *op. cit.*, note 84, p. 329. Dans ce cas, la compétence de l'arbitre n'a été exclue qu'au sujet de la validité du second contrat.

II. Le multipartisme arbitral découlant de la conduite d'une partie

Selon la tendance majoritaire de la jurisprudence arbitrale, un comportement donné peut suppléer à l'observation d'une prescription de forme¹¹⁸. La cour d'appel du Québec n'exclut pas aussi la possibilité de voir une partie forcée à participer à la procédure arbitrale lorsque, par sa propre conduite, elle aura « *acquiescé à la compétence du conseil d'arbitrage* »¹¹⁹. La volonté d'une personne d'être liée par un acte juridique peut ainsi être déduite de son comportement sans aucune autre formalité particulière. Les arbitres ont, en vertu de ce principe, jugé que les effets d'une convention d'arbitrage signée par l'une des sociétés du groupe pouvaient s'étendre aux autres sociétés membres.

Cela fut le cas dans l'affaire CCI n° 4131 rendue en 1982 dans laquelle le tribunal arbitral a affirmé que :

« 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 »¹²⁰.

Par la suite, cette argumentation fut reprise par les tribunaux à différentes occasions et notamment par la Cour d'appel de Pau dans l'arrêt *Société Sponsor*¹²¹.

¹¹⁸ Arrêt 4P.124/2001 du Tribunal fédéral suisse, disponible en ligne : <http://www.bger.ch/fr/index/juridiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm>

¹¹⁹ *Compagnie nationale algérienne de navigation c. Pegasus Lines Ltd. S.A.*, REJB 1994-57981 (C.A.). Mais 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.

¹²⁰ Sentence CCI n° 4131, [1983] *J.D.I.* 899.

¹²¹ *Société sponsor A.B. c. Lestrade*, Pau 26 novembre 1986, [1988] *Rev. arb.* 153. Dans le même sens voir la sentence rendue dans les affaires CCI n° 7604 et 7610, [1998] *J.D.I.* 1027.

En dépit de cette jurisprudence quelque peu libérale, force est de constater que certains arbitres hésitent encore à étendre les effets de la convention d'arbitrage à un non-signataire, fut-il membre d'un groupement de sociétés, lorsque sa volonté d'adhérer à la clause arbitrale n'est pas exprimée de façon univoque¹²². Cependant, dans d'autres situations, l'extension de la convention d'arbitrage ne pose aucun problème. C'est notamment le cas lorsque le non-signataire s'est volontairement soumis à la convention d'arbitrage ou lorsqu'il a déjà accompli certains actes d'une part (1), et, d'autre part, le cas où il y a confusion entre la personne du signataire et celle du non-signataire (2).

1. Le consentement à l'arbitrage multipartite par la soumission volontaire à la convention d'arbitrage et par l'accomplissement de certains actes

Il convient d'analyser la soumission volontaire à la convention d'arbitrage (i) avant de voir l'accomplissement des actes concluants (ii)

i. La soumission volontaire à la convention d'arbitrage

Le critère de la soumission volontaire à la convention d'arbitrage peut être retenu contre un tiers qui se prévaut d'une clause compromissoire qu'il n'a pas signée afin de contester la compétence du tribunal étatique¹²³. Dans la sentence CCI rendue en 1996 dans les affaires n° 7604 et n° 7610¹²⁴, un litige était né à la suite d'une résiliation d'un contrat par une société algérienne A. Le contrat avait été conclu en 1990 entre la société A. et la société B. de droit marocain.

¹²² À ce sujet, voir les extraits de la sentence intérimaire CCI rendue à Paris en août 1999 dans l'affaire n° 9873, (2005) 16(2) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 85.

¹²³ E. GAILLARD, *loc. cit.*, note 72, 43.

¹²⁴ Affaires CCI n° 7604 et n° 7610 précitées, note 121.

L'objet du contrat était relatif à la fourniture, par la société A., de logiciels bancaires ainsi que l'assistance technique nécessaire à leur installation. Alors que la société A. réclamait le paiement des factures jusque là restées impayées, la société B. quant à elle exigeait le remboursement de toutes les sommes déjà réglées. C'est ainsi que la société A. entama la procédure arbitrale contre la société B. alors que celle-ci avait, à son tour, saisi le tribunal arbitral contre, à la fois, la société A. et sa maison mère C. La société C. n'avait pas signé la convention d'arbitrage mais avait émis une lettre de garantie de bonne exécution du contrat.

La Cour d'arbitrage CCI ayant décidé d'étendre, à la société C., les effets de la convention d'arbitrage, un tribunal arbitral avait été constitué. Une fois constitué, le tribunal arbitral devait d'abord se prononcer sur sa compétence à statuer sur la demande de la société B, contre la société C.

L'interprétation du comportement de la société C., dès le stade de négociation jusqu'à l'extinction du contrat, avait d'abord fait croire au tribunal arbitral qu'il y avait absence d'éléments déterminants pouvant occasionner la participation de cette société dans la procédure arbitrale. Cependant, l'analyse de sa conduite devant les tribunaux algériens, au moment où la société B. demandait la réalisation de la garantie, avait alors permis au tribunal arbitral de se rendre compte que la société C. avait soutenu qu'à partir du moment où le processus arbitral était déjà en cours, les tribunaux algériens devenaient incompétents à trancher tout litige entre elle et la société B. Se basant sur ces arguments devant les tribunaux judiciaires algériens, le tribunal arbitral conclut que la société C. s'était volontairement soumise à la convention d'arbitrage.

La décision de ce tribunal arbitral nous 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 soutenu, devant les tribunaux étatiques, que tout le différend devait être réglé par l'arbitrage, la société C. ne pouvait pas être admise à contester la compétence du

tribunal arbitral sans contrevenir au principe de la *lex mercatoria* qui empêche une partie de se contredire au détriment d'une autre partie.

La soumission volontaire à la convention d'arbitrage peut aussi résulter de l'absence de soulèvement de l'exception d'incompétence du tribunal arbitral par une partie non-signataire de la convention d'arbitrage. Dans l'affaire CCI n° 5730¹²⁵, M. Z. exerçait le commerce par le biais d'un groupe composé des sociétés X. et XSA. La demanderesse avait conclu deux contrats avec le groupe de M. Z. Le premier contrat avait été signé par M. Z. et son employé, M. E. et ne comportait pas de convention d'arbitrage.

Le deuxième contrat indiquait qu'il était pour le compte de la société X. représentée par M. Z. Il fut cependant signé par M. E., l'employé de M. Z. Ce contrat contenait pour sa part la convention d'arbitrage CCI.

Des difficultés d'exécution du deuxième contrat ayant surgi, la demanderesse saisit la Cour internationale d'arbitrage de la CCI conformément à la convention d'arbitrage insérée dans le deuxième contrat. La demande fût dirigée contre M. Z. et les sociétés XSA et X. en tant que codéfendeurs alors qu'ils n'avaient pas apposé leur signature au contrat contenant la convention d'arbitrage. Mais contrairement à M. Z., la société XSA ne contesta pas la compétence du tribunal arbitral. La société XSA avait estimé qu'elle et la société X. étaient une et une seule personne et qu'il n'y avait pas d'inconvénients à ce qu'elles participent à la même procédure. Dès lors, les arbitres conclurent qu'il s'agissait, de la part de la société XSA, d'une soumission volontaire à la procédure d'arbitrage multipartite.

Mais si la soumission volontaire à la convention d'arbitrage avait permis au tribunal arbitral de se déclarer compétent à l'égard de la société XSA, il demeure qu'en décidant ainsi, les arbitres ont statué sans la convention d'arbitrage. Il se pose alors la question de savoir si une partie qui n'a pas voulu soulever l'incompétence de

¹²⁵ Sentence CCI n° 5730, [1990] *J.D.I.* 1029.

l'arbitre au moment opportun peut, ultérieurement, être admise à demander l'annulation de la sentence arbitrale. La réponse est ici négative car le contraire serait une manière de favoriser une partie de profiter de ses contradictions. D'ailleurs, il existe une règle de la *lex mercatoria* qui veut qu'une personne qui a volontairement refusé de faire valoir, avec diligence, ses droits soit considérée comme y ayant renoncé¹²⁶. L'acceptation tacite de la procédure arbitrale multipartite est de plus en plus évidente lorsque la soumission volontaire à la convention d'arbitrage est caractérisée par l'accomplissement de certains actes.

ii. L'accomplissement d'actes concluants comme consentement à l'arbitrage multipartite

L'accomplissement d'actes concluants peut résulter, par exemple, de l'acceptation, par un État hôte, de la constitution d'une filiale locale pour réaliser l'investissement dans le cadre de l'arbitrage sous l'égide du Centre International pour le Règlement des différends relatifs aux Investissements entre États et ressortissants d'autres États [CIRDI]¹²⁷ (1°) ou de la désignation d'un arbitre dans le cadre de l'arbitrage CCI (2°)

1°/ L'acceptation de la constitution d'une filiale locale par l'État hôte de l'investissement

La Convention de Washington pose le principe selon lequel le CIRDI ne peut être saisi que lorsque le litige oppose un État contractant et le ressortissant d'un autre État contractant (article 25(1)). Selon la lettre de la Convention, le ressortissant d'un autre État contractant peut être autant une personne physique qu'une personne

¹²⁶ Extraits de la sentence rendue en 1996 dans l'affaire CCI n°8365, [1997] *J.D.I.* 1078.

¹²⁷ Le Centre International pour le Règlement des différends relatifs aux Investissements entre États et ressortissants d'autres États (CIRDI) a été institué par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États. Cette dernière a été adoptée à Washington le 18 mars 1965 sur proposition de la Banque Mondiale.

morale¹²⁸. Avec le développement sans cesse croissant de l'intensification des relations économiques à l'échelle planétaire, la grande majorité d'investisseurs étrangers préfèrent, de plus en plus, créer les filiales de droit local à travers lesquelles ils réalisent leurs projets. Lorsque l'État hôte accepte que l'investissement se fasse par le biais d'une filiale de droit locale, il accepte, par là même, la possibilité de la participation à l'arbitrage de cette filiale à côté de ses actionnaires en cas d'éventuels litiges¹²⁹.

Dans l'affaire *Amco Asia c. République d'Indonésie*¹³⁰, la Compagnie *Amco Asia Corporation*, de nationalité américaine, avait réalisé des investissements en Indonésie par l'entremise d'une filiale de droit local, *P.T. Amco Indonesia*. Dans les accords signés entre l'Indonésie et *P.T. Amco Indonesia*, il y avait une clause d'arbitrage CIRDI. Un différend s'étant produit relativement à l'investissement, la société *Amco Asia Corporation* et sa filiale de droit indonésien, *P.T. Amco Indonesia*, ont conjointement présenté la requête d'arbitrage au CIRDI pour violation, par l'Indonésie, de ses obligations contractuelles.

Dans sa réplique, l'Indonésie demandait, entre autres, au tribunal arbitral CIRDI de se déclarer incompétent pour trancher le différend car elle estimait n'avoir jamais consenti à la compétence du Centre relativement à un quelconque différend avec *Amco Asia*. L'Indonésie considérait par ailleurs que si litige il y avait, cela devrait être entre elle et *P.T. Amco Indonesia* et que même dans ce cas, le CIRDI restait incompétent, ladite société de nationalité indonésienne n'ayant pas bénéficié d'un consentement de la part du pays hôte pour qu'elle soit traitée comme ayant la nationalité des Etats-Unis comme l'exige la Convention de Washington.

Rejetant les arguments de l'Indonésie, le tribunal arbitral, après avoir examiné les termes de la demande d'établissement signée par *Amco Asia*, décida que :

¹²⁸ Article 25(2) (a) et (b).

¹²⁹ Philippe OUKRAT, «La pratique du CIRDI», [1987] *D.P.C.I.* 273, 285.

¹³⁰ Emmanuel GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2004, p. 17

« [il] apparaît ainsi à l'évidence que lorsqu'il a accepté la demande [d'investissement], le gouvernement indonésien savait parfaitement que *P.T. Amco* serait sous contrôle étranger. Connaissant ce fait expressément exposé, le Gouvernement a donné son accord à la demande et à la clause d'arbitrage qu'elle contenait [...]»¹³¹.

Cette décision du tribunal arbitral devait donc donner lieu à l'arbitrage multipartite entre, d'une part, l'État indonésien et, d'autre part, la société *Amco Asia* et sa filiale *P.T. Amco*.

Il en a également été ainsi dans *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Compagnie Générale des Eaux c. la République argentine*¹³². Dans cette affaire, une société de nationalité française spécialisée dans la réalisation des systèmes d'eau et d'égouts, la *Compagnie Générale des Eaux (CGE)*, détenait 68.33% des parts sociales dans sa filiale de droit argentin, la *Compañía de Aguas del Aconquija S.A (CAA)*. Par le biais de celle-ci, la CGE a réalisé des investissements sur le territoire de la République argentine. La CAA a ainsi signé, le 18 mai 1995, un contrat de concession avec la province de *Tucumàn* portant sur le système d'eau et d'égouts de cette province. À côté des accords signés entre le Gouvernement argentin et l'investisseur français, il existait un traité bilatéral franco-argentin signé en juillet 1991 et relatif à la protection des investissements¹³³. Ce traité prévoyait, entre autres, le critère de contrôle dans la détermination de la nationalité des sociétés¹³⁴.

Après la survenance d'un désaccord entre la CGE et les autorités de la province de *Tucumàn*, la CGE avait mis fin au contrat le 27 août 1997. Le 27 septembre 1997, *Tucumàn* avait rejeté les prétentions de la CGE et avait, à son tour, mis fin au contrat pour inexécution des obligations par la CGE. C'est ainsi que la CGE et la CAA formèrent, contre l'Argentine, une requête auprès du CIRDI pour arbitrage.

¹³¹ Id.

¹³² *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Compagnie Générale des Eaux c. la République d'Argentine* (ARB/97/3), [2001] Y.B. Com. Arb. 61.

¹³³ Id., 62.

¹³⁴ Sébastien MANCIAUX, *Investissements étrangers et arbitrage entre états et ressortissants d'autres états : trente années d'activité du CIRDI*, Paris, Litec, 2004, p. 154.

L'Argentine ayant dénié à la CAA la qualité de partie à l'arbitrage du fait qu'elle était de nationalité argentine, le tribunal arbitral décida qu'en considération du critère de contrôle et pour les besoins d'une bonne résolution des problèmes soulevés, elle devait être considérée comme ayant la nationalité française et participer ainsi à l'instance arbitrale en tant que demanderesse à côté de sa mère, la *Compagnie Générale des Eaux*¹³⁵.

La réception de la requête conjointe des parties demanderesses par le CIRDI suivie de la décision du tribunal arbitral avait, également ici, ouvert la voie à un arbitrage multipartite. Bien évidemment, la filiale de droit local n'ayant pas préalablement consenti à l'arbitrage, son consentement n'est supposé intervenir qu'au moment de la soumission du litige au CIRDI¹³⁶. Le problème est alors celui de savoir si le Secrétaire du CIRDI avait su tirer les conséquences de cette situation de multipartisme notamment en respectant l'égalité de traitement des parties lors de la constitution du tribunal arbitral. Comme nulle part, dans la sentence, on fait état du manquement à ce principe, il y a lieu de considérer qu'il a été respecté. Dans tous les cas, il appartient à la partie lésée de revendiquer ses droits. La Convention de Washington a quant à elle prévu que le vice dans la constitution du tribunal arbitral est l'un des motifs pouvant entraîner l'annulation d'une sentence¹³⁷.

Mais compte tenu des liens étroits, qui, parfois, frôlent la confusion, entre la filiale et sa mère dans ce cadre des investissements internationaux, cette question peut n'être que théorique. Elle n'est cependant pas dénuée de tout intérêt. En effet, forte d'une personnalité juridique indépendante, une filiale peut, à juste titre, estimer que sa mère n'est pas en mesure de défendre, avec efficacité, ses intérêts¹³⁸. En outre, une

¹³⁵ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. et Compagnie Générale des Eaux c. la République d'Argentine* précitée, note 132, 63.

¹³⁶ *American Manufacturing & Trading Inc. (AMT) c. République du Zaïre*, sentence CIRDI rendue le 21 février 1997, [1998] *J.D.I.* 243, Brigitte STERN, «Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international», [2000] *Rev. arb.* 403, 427.

¹³⁷ Article 52(1) (a) de la Convention.

¹³⁸ S. MANCIAUX, *op. cit.*, note 134, p. 252. L'auteur relève que dans l'affaire *Holiday Inns*, malgré la participation des sociétés mères à l'instance, leurs filiales marocaines avaient insisté pour qu'elles soient, elles aussi, associées à l'arbitrage.

filiale peut ne pas être la propriété d'une seule société-mère. Dans ce cas, il est probable qu'une filiale et sa mère, sans être forcément opposées, puissent avoir, cependant, des points de vue divergents sur certains points de vue qui, exprimés différemment, peuvent guider le tribunal arbitral dans sa recherche d'une décision appropriée pour toutes les parties.

La soumission volontaire à un arbitrage multipartite peut aussi se concevoir lorsque les parties participent à la constitution du tribunal arbitral.

2°/ La participation à la constitution du tribunal arbitral

En principe, 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 qu'une partie ne se sent pas concernée par la convention d'arbitrage, il est normal qu'elle refuse de participer à la constitution du tribunal arbitral. Dans certains cas, une partie peut même désigner son arbitre tout en se réservant le droit de contester la compétence du tribunal arbitral devant celui-ci ou alors, après le prononcé de la sentence, devant le tribunal étatique. Cependant, lorsqu'une partie non-signataire de la convention d'arbitrage participe à la constitution du tribunal arbitral sans en contester la compétence à son égard, les arbitres considèrent généralement qu'il y a eu acceptation tacite de la procédure arbitrale.

La participation à la désignation d'un arbitre par trois codéfendeurs a été interprétée comme étant un consentement à l'arbitrage multipartite dans l'affaire CCI n°5721¹³⁹. 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.

¹³⁹ Affaire CCI n° 5721, [1990] *J.D.I.* 1020.

Aux termes de ces contrats, X. devait réaliser des travaux de génie civil et fournir à la demanderesse des installations lui permettant d'exécuter ses obligations. Les deux contrats contenaient une clause compromissoire CCI.

Ayant estimé que la société X. ne parvenait 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 mère Y.

La CCI accepta de mettre en mouvement la procédure 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.

Il faut néanmoins noter que dans cette affaire, lorsque la contestation de la compétence de la CCI fut soulevée après la constitution du tribunal arbitral, celui-ci a dû rechercher d'autres critères afin de bien motiver la décision sur sa compétence¹⁴⁰. Visiblement, cela laisse alors à penser que sauf dans le cas où il risquerait d'y avoir un déni de justice¹⁴¹, il peut paraître insuffisant pour un tribunal arbitral de se contenter d'une soumission volontaire du non-signataire à la convention d'arbitrage.

C'est peut être pour cette raison que dans l'affaire CCI n° 7626, le tribunal arbitral avait décliné sa compétence à l'égard d'un non-signataire de la convention

¹⁴⁰ 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.

¹⁴¹ Voir *supra*, note 124.

d'arbitrage alors même qu'il avait déjà fait savoir, dans la procédure, qu'il acceptait la compétence du tribunal arbitral CCI¹⁴².

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 arbitrale¹⁴³. La conclusion de l'acte de mission dans cette affaire paraît avoir alors été perçue comme constituant en même temps la signature d'une nouvelle convention d'arbitrage entre toutes les parties à la procédure. En outre, lorsque la partie non-signataire qui se soumet volontairement à l'arbitrage est l'*alter ego* de la société signataire de la convention d'arbitrage, l'extension des effets de celle-ci ne suscitera aucune contestation.

2. La confusion entre la société signataire et celle non-signataire comme consentement à l'arbitrage multipartite

La notion de confusion en matière de groupements de sociétés a été perçue de deux manières par les arbitres. En premier lieu, la confusion a été retenue en cas de participation de plusieurs sociétés à l'exécution du contrat signé par les ou la société du groupement dans le cadre de la réalisation d'un même objet économique¹⁴⁴. Cette confusion s'expliquait par le fait que le cocontractant avait du mal à déterminer avec précision les ou la société avec laquelle il avait fait affaire. En deuxième lieu, la

¹⁴² Affaire CCI n° 7626, [1997] *Y.B. Com. Arb.* 132.

¹⁴³ *Kis France c. A.B.S.*, [1987] *Rev. arb.* 498.

¹⁴⁴ B. HANOTIAU, *loc. cit.*, note 72, 276.

confusion peut être délibérément entretenue par le cocontractant en vue d'échapper à ses responsabilités¹⁴⁵.

Il convient de passer d'abord en revue la confusion créée par l'implication dans l'exécution du contrat (i) avant d'aborder le problème de la confusion intentionnellement provoquée (ii)

i. La confusion créée par la participation à l'exécution du contrat

Dans l'affaire CCI n° 5103¹⁴⁶, trois sociétés européennes avaient solidairement été condamnées en application de la notion de confusion. Ces sociétés qui appartenaient au même groupe avaient saisi la CCI, conformément aux stipulations contractuelles, en vu du règlement des différends qui les opposaient à quatre autres sociétés de droit tunisien. Les contrats portaient sur la transformation et la commercialisation des produits phosphatés en Tunisie par ces sociétés européennes.

Des difficultés liées aux relations commerciales et financières s'étant présentées, les sociétés européennes, demanderesse à l'instance arbitrale, voulurent que les défenderesses soient condamnées au paiement du montant des indemnités et dommages-intérêts en guise de réparation du préjudice subi après la rupture des contrats. Mais les quatre sociétés tunisiennes avaient elles aussi fait une demande reconventionnelle estimant, au contraire, que les sociétés demanderesse leur devaient de l'argent. Ces sociétés exigeaient en retour que les sociétés européennes soient solidairement condamnées.

Ayant fait l'examen de toutes les preuves, le tribunal arbitral conclut qu'après la compensation de toutes les dettes, les sociétés européennes demeuraient redevables. Elles furent ainsi condamnées solidairement au paiement de la somme due aux

¹⁴⁵ 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, 67.

¹⁴⁶ Sentence rendue à Paris en 1988, [1988] *J.D.I.* 1207.

sociétés tunisiennes. Le tribunal arbitral avait estimé que les trois sociétés demanderesse, lors de la conclusion, l'exécution, l'inexécution et la renégociation des relations contractuelles entretenues avec les défenderesses apparaissaient :

«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, dans une confusion aussi réelle qu'apparente, à une relation contractuelle internationale complexe dans laquelle l'intérêt du groupe l'emportait sur celui de chacune d'elles »¹⁴⁷.

Dans le même sens, il faut signaler l'arrêt 4P.115/2003 rendu par le Tribunal Fédéral suisse¹⁴⁸. Il s'agissait, dans cette affaire, 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 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 solidairement condamné les sociétés X. et Y. à payer à la demanderesse un total de quelques 1'746'000 US\$ à différents titres avec intérêts. Le tribunal arbitral avait ensuite considéré que « *c'est à bon droit que M. A. avait été attiré à la procédure d'arbitrage* ». Il le déclara ainsi conjointement responsable des condamnations prononcées à l'encontre des deux sociétés défenderesses.

¹⁴⁷ [1988] *J.D.I.* 1207, 1212.

¹⁴⁸ Arrêt 4P.115/2003, disponible en ligne : <http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm>

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. Entres 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 Z., Y. et M. A. Il décida que M.A :

«s'est manifestement et volontairement immiscé, non seulement dans la direction des sociétés défenderesses en ce qui concerne la gestion du projet immobilier, mais encore 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 [...]».

Bien que la confusion par l'implication dans l'exécution du contrat entraîne l'assujettissement du non-signataire de la convention d'arbitrage à la procédure arbitrale, on remarque cependant que son objectif premier n'est pas de sanctionner un comportement mal intentionné. En obligeant la partie non-signataire de la convention d'arbitrage à participer à l'instance, le tribunal a certainement voulu protéger la bonne foi d'un cocontractant. On est alors ici en présence de la sanction de la notion de croyance légitime. En d'autres termes, la notion de confusion créée par l'implication dans l'exécution du contrat paraît être le résultat de l'application de la théorie de l'apparence¹⁴⁹. La confusion par l'implication dans l'exécution du contrat se distingue par là de la confusion intentionnellement entretenue.

¹⁴⁹ Voir, à ce sujet : 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, 70.

ii. La confusion intentionnellement provoquée

Au sein des groupements de sociétés, lorsque la confusion est intentionnellement entretenue par deux compagnies, on dit que l'une d'elles est l'*alter ego* de l'autre. La notion d'*alter ego* est bien assise en droit québécois et canadien¹⁵⁰. Dans *Buanderie centrale*¹⁵¹, la Cour suprême du Canada avait par exemple expliqué 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»¹⁵².

Le fait, pour une société, d'être considérée comme étant l'*alter ego* d'une autre société laisse donc présumer que chacune d'entre elles connaît les engagements de l'autre et vice versa¹⁵³.

En application de la théorie de l'*alter ego*, le tribunal arbitral avait, dans l'affaire CCI n°11160 rendue en mars 2002¹⁵⁴, étendu les effets d'une convention d'arbitrage aux parties non-signataires. Il s'agissait d'un litige dans lequel une société filiale et sa mère avaient initié une procédure arbitrale contre, à la fois, une autre filiale et sa société-mère alors que le contrat n'avait été signé que par les seules filiales. D'une part, les sociétés défenderesses avaient contesté la qualité pour agir de la société-mère de la filiale demanderesse. Elles fondaient leur argument sur le fait que cette société n'avait pas signé le contrat qui contenait la clause compromissoire. D'autre part, les mêmes défenderesses contestaient la compétence du tribunal arbitral à l'égard de la

¹⁵⁰ *Buanderie Centrale de Montréal c. Montréal*, [1994] 3 R.C.S. 29; Maurice MARTEL et Paul MARTEL, *La compagnie au Québec, Les aspects juridiques*, Montréal, Wilson & Lafleur Martel Ltée, 2004, p. 1-75; *Crustacés de Gaspé Ltée c. Société de Gestion George Clapperton Inc.*, 20 février 2006 EYB 2006-101592 (C.A.).

¹⁵¹ *Buanderie Centrale de Montréal c. Montréal*, [1994] 3 R.C.S. 29, 48.

¹⁵² Id.

¹⁵³ *Montréal Brique et Pierre Inc. c. Entreprises Techo Inc.*, J.E. 97-425 (C.Q.) cité par M. MARTEL et P. MARTEL, *op. cit.*, note 150, p. 1-77.

¹⁵⁴ Sentence CCI dans l'affaire n°11160, (2005) 16(2) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 99.

société mère car elle n'avait pas non plus signé le contrat contenant la convention d'arbitrage.

Sur la question de défaut pour agir visant une des sociétés-mère, le tribunal arbitral avait constaté que selon la loi applicable, la branche d'une société étrangère n'a pas d'indépendance juridique et que, par conséquent, une telle branche ainsi que sa mère pouvaient poursuivre et être poursuivies indistinctement.

Mais à propos de l'exception d'incompétence à l'égard de la société-mère défenderesse, les arbitres ont, en effet, relevé que la société-mère en question avait personnellement initié les procédures en vue d'obtenir le marché, participé à la négociation du contrat et payé tous les frais y relatifs. Ensuite, ils constatèrent que les cadres responsables du projet étaient les mêmes tant pour la société mère que pour sa filiale. Le tribunal arbitral conclut alors que la société mère était « *the mind and soul and partly the body of the project contract* » et décida de la joindre à la procédure.

C'est dans cette même logique qu'il faut placer l'affaire *Westland*¹⁵⁵. Dans cette affaire, quatre États du Moyen-Orient, à savoir Émirats arabes unis, Arabie Saoudite, Qatar et République arabe d'Égypte, avaient créé conjointement, en 1975, une organisation dotée de la personnalité morale qui était destinée à développer une industrie militaire, l'*Arab Organization for Industrialization* (A.O.I.). Par la suite, l'A.O.I. avec la société anglaise *Westland Helicopters* avaient monté une entreprise commune appelée *Arab British Helicopters Company* (A.B.H.), le 27 février 1978 en vue de l'exécution du projet.

Suite à la reconnaissance de l'État d'Israël par l'Égypte, les trois autres États mirent fin à l'investissement initialement prévu et liquidèrent, du même coup, l'A.O.I.

Conformément à la convention d'arbitrage qui avait été insérée dans l'accord du 27 février 1978 conclu entre A.O.I. et *Westland*, celle-ci assigna les quatre États devant

¹⁵⁵ Affaire CCI n°3879, [1986] *Y.B. Com. Arb.* 127.

le tribunal arbitral. Ces États contestèrent cependant leur qualité d'être partie au litige. Mais le tribunal arbitral donna raison à la société demanderesse estimant que l'organisme A.O.I. s'identifiait à ces quatre États et qu'il était ainsi leur *alter ego*. Dans ces conditions, la clause compromissoire devait s'étendre à ces États.

La lecture de ces deux sentences fait, une nouvelle fois, ressortir cette volonté des arbitres de protéger une personne qui a crû légitimement qu'elle avait affaire à un vrai cocontractant. Mais il faut remarquer ici que la notion d'*alter ego* exige qu'il y ait une confusion voulue et entretenue entre les sociétés sœurs ou entre une société et son ou ses actionnaires. Ainsi, à la différence de la notion de confusion par l'intervention dans l'exécution du contrat, la confusion issue de la théorie de l'*alter ego* est plus proche de la fraude. Or, si la fraude à la loi justifie efficacement la levée de l'obstacle de la personnalité morale distincte, il n'en est pas de même, selon nous, du cas de l'implication dans l'exécution du contrat. Il nous semble que chaque cas est un cas d'espèce. La seule participation dans l'exécution du contrat paraît insuffisante à justifier l'extension de la convention d'arbitrage aux non-signataires. Avant d'étendre les effets de la convention d'arbitrage en application de ce critère donc, les arbitres devraient tenir compte de beaucoup d'autres facteurs objectifs¹⁵⁶ qui font présumer qu'une partie a eu la volonté de s'associer aux engagements d'une autre partie tel que nous le verrons dans la deuxième partie.

¹⁵⁶ Voir, par exemple : 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* ».

2^{ème} Partie : Extension de la clause compromissoire au sein des groupements de sociétés par consentement présumé.

L'arbitrage commercial trouve ses racines dans un contrat. Tout contrat étant gouverné par le principe de l'autonomie de la volonté, aucune partie ne peut y être contrainte sans son consentement. Ainsi, les parties qui veulent d'une instance arbitrale multipartite le font généralement à travers une convention d'arbitrage. Cette exigence est du reste prévue par le Code civil du Québec qui édicte que la convention d'arbitrage doit être constatée par écrit¹⁵⁷. Il en découle que c'est l'écrit qui prouve la qualité de partie à la procédure arbitrale. Mais est-ce à dire que l'exigence de l'écrit pour la validité de la convention d'arbitrage doit faire obstacle à la jonction, à l'instance arbitrale, des parties qui ne l'ont pas signée?

A priori, le caractère formaliste de l'arbitrage nous pousse à répondre par l'affirmative¹⁵⁸. Cependant, le Tribunal Fédéral suisse a donné une solution différente dans un arrêt rendu le 16 octobre 2003¹⁵⁹. 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 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 les parties. Dans ces motivations, le Tribunal Fédéral avait estimé que l'exigence de forme ne concerne que les parties initiales qui ont signé la convention d'arbitrage. Sur la question de déterminer si un ou des non-signataires peuvent entrer dans le champ d'application *ratione personae* de la convention d'arbitrage, le Tribunal Fédéral suisse a jugé qu'il s'agissait d'une question qui relève du fond du litige¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Article 2640 C.c.Q.

¹⁵⁸ Dans ce sens, voir aussi : Martin PLATTE, «When Should an Arbitrator Join Cases?», (2002) 18(1) *Arb. Int.* 67.

¹⁵⁹ Arrêt 4P.115/2003 précité, note 148.

¹⁶⁰ *Id.*, para 5.3.1.

Si cette décision ne peut satisfaire tout le monde surtout les tenants d'un formalisme accru¹⁶¹, il reste qu'elle est soutenable dans la mesure où elle apporte une explication convaincante sur la possibilité pour les parties qui n'ont pas signé la convention d'arbitrage de se joindre à l'instance arbitrale ou d'y être contraintes¹⁶².

Quoi qu'il en soit, l'extension des effets de la convention d'arbitrage aux tierces parties non-signataires est devenue tellement courante en arbitrage commercial impliquant les groupements de sociétés au point d'être désormais reconnue comme faisant partie de la *lex mercatoria*¹⁶³.

Mais s'il doit être admis qu'on reconnaît, au Canada et au Québec, l'important rôle que jouent les principes généraux du droit notamment dans l'interprétation des règles par les juges¹⁶⁴, il demeure que les sentences arbitrales rendues en application de la *lex mercatoria* risquent de recevoir un accueil froid quant à leur reconnaissance et à leur exécution¹⁶⁵. Cependant, cette probabilité est à relativiser étant donné que les principes généraux du droit et les usages du commerce international sont, dans leur grande majorité, reconnus par les systèmes juridiques canadien et québécois dans le but, selon le professeur CRÉPEAU, de satisfaire aux exigences des relations

¹⁶¹ Au premier rang de ces formalistes suisses on peut citer Jean-François POUDRET et Sébastien BESSON. Voir : J.-F. POUDRET et S. BESSON, *op. cit.*, note 77, p. 233; Jean-François POUDRET, «L'extension de la clause d'arbitrage: approches française et suisse», [1995] *J.D.I.* 893.

¹⁶² À condition bien sûr que cela n'entraîne pas comme conséquence la soumission de la validité de cette convention d'arbitrage à la seule loi qui régit le fond du litige.

¹⁶³ Sentence rendue dans les affaires 7604 et 7610 précitée, note 121; arrêt 4P.115/2003, précité, note 148, para 5.3.2; André CHAPPELLE, Note sous *Société Sponsorm A. B. c. Lestrade*, 26 nov. 1986, Cour d'appel de Pau, [1988] *Rev. arb.* 153; Mathieu de BOISSÉSON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Paris, GLN Joly, 1990, p. 603; Éric LOQUIN, «La réalité des usages du commerce international», [1989] *Rev. int. dr. éco.* 184.

¹⁶⁴ Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999, p. 464; F. BACHAND, *op. cit.*, note 23, p. 84.

¹⁶⁵ Joachim G. FRICK, *Arbitration and Complex International Contracts*, The Hague, Kluwer Law International & Schulthess, 2001, p. 98. L'auteur fait savoir que seuls les tribunaux australiens, français et italiens ont déjà reconnu le caractère normatif de la *lex mercatoria*. Mais à cette liste, on peut désormais ajouter les tribunaux suisses qui viennent de démontrer leur ouverture à l'application de la *lex mercatoria* en arbitrage à travers le récent arrêt 4P.115/2003 rendu par le Tribunal Fédéral précité, note 148.

d'affaires à l'échelle internationale ou au niveau national¹⁶⁶. Dans ce cas, l'application de la *lex mercatoria* en vue d'étendre les effets de la convention d'arbitrage aux tierces parties ne constitue qu'un appui qui conforte les normes internes¹⁶⁷ et la sentence qui en résulte ne peut plus être contestable. Par ailleurs, selon MM. FERLAND et EMERY, les arbitres ne sont pas plus liés par le droit interne qu'ils le sont en droit international¹⁶⁸. Afin de bien cerner la notion d'extension de la convention d'arbitrage par présomption de consentement, il convient, dans un premier temps, de passer à l'étude de l'extension de la convention d'arbitrage aux tierces parties en application des mécanismes issus de la jurisprudence (I) avant d'examiner, dans un deuxième temps, l'extension de la convention d'arbitrage par application des mécanismes prévus par le code civil (II)

I. Extension des effets de la convention d'arbitrage aux tiers par application des mécanismes issus de la jurisprudence

La portée de la convention d'arbitrage au sein des groupements de sociétés a longuement fait l'objet d'âpres discussions en doctrine¹⁶⁹. Plusieurs auteurs, spécialement français, estiment qu'une convention d'arbitrage peut valablement être opposable à une tierce partie dès lors que celle-ci a participé à l'élaboration et à l'exécution du contrat¹⁷⁰. De leur côté, certains auteurs suisses considèrent qu'étendre

¹⁶⁶ Paul-André CRÉPEAU, *Les principes d'Unidroit et le Code civil du Québec : Valeurs partagées?*, Scarborough, Carswell, 1998, p. 4.

¹⁶⁷ Voir, en ce sens : Emmanuel JOLIVET, «La jurisprudence arbitrale de la CCI et la *lex mercatoria*», [2001] 119 *Gaz. Pal.* 36, 37.

¹⁶⁸ Denis FERLAND et Benoît EMERY, dir., *Précis de procédure civile*, 3^e éd., vol.2, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 691.

¹⁶⁹ A. CHAPELLE, *loc. cit.*, note 16, 475; Jean-Louis DELVOLLE, «Les solutions contractuelles : la clause d'arbitrage multipartite», *L'arbitrage et les tiers*, [1988] *Rev. arb.* 501; J.-F. POUDRET, *loc. cit.*, note 161; Yves DERAÏNS et Sylvie SCHAF, «Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés», [1985] *R.D.A.I.* 231; Bruno OPPETIT, «La réforme est-elle nécessaire?», *L'arbitrage et les tiers*, [1988] *Rev. arb.* 551; Sigvard SARVIN, «La validité de la clause arbitrale vis-à-vis de tiers non-signataires de la clause – Examen de la doctrine des groupes de sociétés dans l'arbitrage CCI», [1995] *R.D.A.I.* 720, 730; Charles JARROSSON, «Conventions d'arbitrage et groupes de sociétés», (1994) 8 *ASA Bulletin* 209; B. HANOTIAU, *loc. cit.*, note 72, 251.

¹⁷⁰ Voir, par exemple : Yves DERAÏNS et Sylvie SCHAF, «Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés», [1985] *R.D.A.I.* 231; M. de BOISSÉSON, *op. cit.*, note 162, p. 603.

la convention d'arbitrage aux parties non-signataires, c'est méconnaître à la fois l'indépendance juridique de chaque société et le caractère volontaire de l'arbitrage¹⁷¹. Mais cet état de la doctrine suisse semble actuellement dépassée par la jurisprudence de ce pays, du moins, au vu des décisions récentes du Tribunal Fédéral sur la question¹⁷².

Au sein de la législation du Canada en général et celle du Québec en particulier, rien ne permet jusqu'ici aux arbitres, en matière de groupements de sociétés, d'étendre une convention d'arbitrage aux tiers non-signataires, tant la jurisprudence¹⁷³ et la doctrine¹⁷⁴ tiennent au principe de l'indépendance de la personnalité juridique de chaque compagnie. Cependant, comme nous l'avons déjà dit plus haut, vu l'état actuel des choses, les droits internes sont obligés de tenir compte des réalités internationales reconnues en matière d'arbitrage¹⁷⁵. L'extension de la convention d'arbitrage au sein des groupements de sociétés devra être acceptée notamment lorsqu'elle est basée sur des mécanismes juridiques admis par la jurisprudence aussi bien interne qu'internationale. Nous allons ainsi examiner l'extension des effets de la convention d'arbitrage aux tiers par application de la théorie de levée du voile corporatif (1), de celle de la réalité économique du groupe (2) de même que du principe de l'*estoppel* (3)

¹⁷¹ J.-F. POUDRET, *loc. cit.*, note 161, 914-915. Dans ce sens voir aussi J.-F. POUDRET et S. BESSON, *op. cit.*, note 77, p. 228.

¹⁷² Arrêt 4P.115/2003, précité, note 148. Dans cet arrêt, le Tribunal Fédéral a reconnu la validité de l'extension de la convention d'arbitrage à un tiers approuvant du même coup les arguments du tribunal arbitral selon lesquels «[le] fondement juridique de l'extension de la clause compromissoire à un tiers non-signataire réside dans les usages du commerce international, lesquels font de la participation du non-signataire à la conclusion ou à l'exécution du contrat le critère déterminant pour décider de l'extension de la clause compromissoire à cette partie».

¹⁷³ *Kaverit Steel et al. c. Kone Corp.* [1992] A.J. (Quicklaw) n° 40 (C.A.) Sur l'indépendance de la personnalité juridique des sociétés du groupe voir: *Magasins à Rayons Peoples Inc. (Syndic de) c. Wise*, [2004] 3R.C.S. 461.

¹⁷⁴ F. BACHAND, *op. cit.*, note 23, p. 185.

¹⁷⁵ Voir, sur le sujet: Tomas E. CARBONNEAU, «The Remaking of Arbitration : Design and Destiny» dans Tomas E. CARBONNEAU, (dir.), *Lex Mercatoria and Arbitration- A Discussion of the new Law Merchant*, Dobbs Ferry, New York, 1990, p. 11

1. Extension de la convention d'arbitrage aux non-signataires en application de la notion de levée du voile corporatif

L'indépendance juridique reconnue à chaque société n'est jamais absolue. Le droit prévoit que certains actes peuvent empêcher une compagnie de se prévaloir de sa personnalité morale distincte¹⁷⁶. Les exceptions à la personnalité juridique distincte d'une société sont admises autant en droit québécois¹⁷⁷ que dans la plupart d'autres systèmes juridiques¹⁷⁸. Lorsqu'on passe outre la personnalité juridique d'une compagnie, on dit qu'il y a eu levée du voile corporatif.

Mais si la notion de levée du voile corporatif a été appliquée en arbitrage commercial¹⁷⁹, il demeure que les critères pour la décider étaient longtemps demeurés imprécis, du moins en arbitrage international, jusqu'à la date de la sentence CCI dans l'affaire n°5721¹⁸⁰. En effet, cette sentence a eu le mérite, par rapport à ce qui se passait avant, d'essayer d'énumérer une série de critères qui peuvent justifier l'extension de la convention d'arbitrage aux non-signataires en application de la doctrine de levée du voile corporatif.

Dans cette affaire, sans toutefois parvenir à soulever le voile corporatif en l'espèce, les arbitres ont tout de même pu énumérer les critères concrets permettant l'extension de la convention d'arbitrage en dépit de l'existence de la personnalité morale distincte des sociétés. Le tribunal arbitral avait d'abord rappelé que l'appartenance de deux sociétés à un groupe et la domination d'un actionnaire ne sont jamais, à elles seules, des raisons suffisantes justifiant de plein droit la levée du voile corporatif. Ensuite, les arbitres ont cependant ajouté que :

¹⁷⁶ Il s'agit notamment des circonstances où ces dirigeants auraient profité de la responsabilité limitée de chaque société au détriment des intérêts des tiers de bonne foi.

¹⁷⁷ Article 317 du C.c.Q.

¹⁷⁸ Juan M. DOBSON, « Lifting The veil in Four Countries: The Law of Argentina, England, France and The United States », (1986) *35 Int'l & Comp. L. Q.* 839.

¹⁷⁹ Sentence *ad hoc*, [1987] *Y.B. Com. Arb.* 72; Sentence CCI n°3879 précitée, note 155.

¹⁸⁰ Affaire CCI n° 5721 précitée, note 139.

«Lorsqu'une société ou une personne individuelle apparaît comme étant le pivot des rapports contractuels intervenus dans une affaire particulière, il convient d'examiner avec soin si l'indépendance juridique des parties ne doit pas, exceptionnellement, être écartée au profit d'un jugement global».

Néanmoins, c'est l'affaire CCI n° 8385¹⁸¹ qui accorda une place importante au principe de levée du voile corporatif en vue d'étendre la portée de la convention d'arbitrage aux tiers. Outre l'élargissement du contenu de cette notion par le tribunal arbitral dans cette affaire, celui-ci l'a ensuite érigée en une règle de la *lex mercatoria*.

Le litige opposait une société américaine X. à une société belge Y. La société américaine X. devait fournir son savoir faire technique ainsi que les services en vue de la construction d'une usine en Bulgarie. Suite aux difficultés financières que la société Y. avait éprouvées et qui avaient conduit au non-paiement d'une partie des redevances dues à la société X., celle-ci avait alors saisi la cour internationale d'arbitrage CCI non seulement contre la société Y. mais aussi contre sa mère, la société Z.

Le problème qui se présentait était relatif à la détermination d'une base juridique sur laquelle la société Z. pouvait être partie à l'instance arbitrale. Malgré les contestations de la société Z. qui prétendait avoir été indûment désignée comme codéfenderesse, le tribunal arbitral retint sa compétence à son égard en application de la doctrine de la levée du voile corporatif, doctrine issue, selon le tribunal, de la *lex mercatoria*. Dans ses arguments, l'arbitre unique avait notamment estimé que dans certaines mesures :

«la fiction juridique de la personnalité morale doit céder le pas devant les réalités du comportement des hommes et cesser de protéger ceux qui se cachent derrière le voile social de façon à promouvoir leurs propres intérêts aux frais de ceux qui ont traité avec la société».

Par la suite, l'arbitre a, tout en reconnaissant que la levée du voile corporatif dépend beaucoup des circonstances de chaque espèce, ajouté que certains éléments

¹⁸¹ Affaire CCI n° 8385, [1997] *J.D.I.* 1061.

sont cependant indispensables. Il en est ainsi « *d'une mesure significative de contrôle direct des activités de la filiale par la maison mère ou l'actionnaire* » suivie de « *l'insolvabilité de celle-là* » de même que de la « *cessation d'activités significatives par la filiale et ses dirigeants* ». En outre, l'arbitre dans cette affaire avait considéré que certains facteurs sont impératifs et doivent inéluctablement entraîner la levée du voile corporatif. Il s'agit notamment du cas où « *le contrôle et la direction effective de la filiale par la maison mère a contribué à rendre illusoire un recours contre ladite filiale* » ainsi que la situation d'« *une conduite illégitime de la filiale à l'instigation de la maison mère envers la personne cherchant la levée du voile corporatif* »¹⁸².

De son côté, le législateur québécois a, depuis 1994, codifié cette pratique qui était jusque là jurisprudentielle. L'article 317 du Code civil du Québec dispose en effet que :

« la personnalité juridique d'une personne morale ne peut être invoquée à l'encontre d'une personne de bonne foi pour masquer la fraude, l'abus de droit ou une contravention à une règle intéressant l'ordre public ».

Pour bien appréhender les situations de multipartisme arbitral résultant de l'application de la notion de levée du voile corporatif, il convient d'examiner les situations où les arbitres ont eu recours à la notion de fraude (1°) d'une part et, d'autre part, les cas où ils ont utilisé la théorie de l'abus de droit (2°). Nous n'aborderons pas le critère de la contravention à l'ordre public car il n'est pas couramment évoqué dans la jurisprudence arbitrale.

¹⁸² Id., 1067.

i. L'utilisation de la notion de fraude pour soulever le voile corporatif d'une société

Le critère de fraude est de loin le plus utilisé dans la jurisprudence québécoise pour retirer à une société le bénéfice lié à la personnalité juridique distincte¹⁸³. Mais son application n'a pas toujours été aisée puisque, comme le soutient M. VIDAL, ses contours demeurent imprécis¹⁸⁴.

En général, la fraude peut être définie comme 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.¹⁸⁵ Dans le monde des affaires, elle peut être caractérisée par « un acte accompli par un débiteur insolvable en vue de frauder ses créanciers ».¹⁸⁶

En droit des compagnies, les tribunaux ont eu souvent tendance à confondre la fraude à la faute des administrateurs de la personne morale. L'exemple de cette confusion peut être donné à travers l'affaire *Constructions Serafini Inc*¹⁸⁷. Alors que le juge de la Cour supérieure avait condamné solidairement la compagnie *Serafini* et son actionnaire administrateur au paiement des dommages intérêts, la Cour d'appel a été obligée de renverser cette décision au motif que :

« *Serafini* agissait ici dans le cadre de son mandat, soit la réalisation du contrat accordé à *Construction Serafini*. Le fait d'avoir commis une faute à l'occasion de l'exécution de ce contrat n'entraîne pas nécessairement une faute extracontractuelle pour l'administrateur unique de la corporation. Cette dernière

¹⁸³ Raymonde CRÊTE et Stéphane ROUSSEAU, *Droit des sociétés par actions, principes fondamentaux*, Montréal, THÉMIS, 2200, p.122.

¹⁸⁴ Voir, en ce sens : Jacques VIDAL cité par Stéphane ROUSSEAU, «Immunités des actionnaires et levée du voile corporatif : perspectives de l'analyse économique du droit», (1999) 78 *R. du B. Can.* 1, 19.

¹⁸⁵ S. ROUSSEAU, *loc. cit.*, note 184, 19; Hubert REID cité par Paul MARTEL, «Le 'voile corporatif' et l'article 317 du Code civil du Québec», (1995) 55 *R. du B.* 447, 456.

¹⁸⁶ *Id.*

¹⁸⁷ *Les Constructions Serafini Inc. et al. c. Gold Coin Development Corporation Limited*, REJB 2000-20973 (C.A.).

ne peut agir que par cet intermédiaire physique. Adopter la position inverse engendrerait une responsabilité automatique pour l'administrateur unique et abolirait le principe de la personnalité juridique distincte de la compagnie [...]»¹⁸⁸.

Comme on le voit donc, la levée du voile corporatif doit viser prioritairement les actionnaires et non les administrateurs puisque ce sont ces actionnaires qui peuvent chercher à se cacher derrière la personnalité juridique distincte de la personne morale dans le dessein de couvrir leurs fautes. En outre, au sens du droit québécois, seuls les critères énoncés par l'article 317 du Code civil peuvent entraîner la levée du voile corporatif.

Ainsi, dans l'affaire *Buccaneer Industries Ltd*¹⁸⁹, un actionnaire dont la compagnie était insolvable avait confondu les comptes bancaires de celle-ci avec ses propres comptes en vue de masquer l'insolvabilité de son entreprise. La compagnie ayant par la suite été incapable de payer ses créanciers, son actionnaire unique invoqua alors la responsabilité limitée afin d'échapper aux poursuites. Le tribunal, après avoir décidé que la condition de fraude exigée par l'article 317 était remplie, procéda à la levée du voile corporatif de la compagnie en décidant que l'actionnaire «a opéré la compagnie dans l'irrégularité et même l'illégalité»¹⁹⁰.

Le critère de fraude a été appliqué en arbitrage pour traduire, devant les arbitres, les parties non-signataires de la convention d'arbitrage au sein des groupements de sociétés. Dans l'affaire CCI n° 5730 précitée¹⁹¹, alors que M. Z contestait la compétence du tribunal arbitral à son égard en soutenant qu'il n'était pas lié par la convention d'arbitrage, les arbitres ont rejeté cet argument après avoir constaté l'intention frauduleuse de cet actionnaire au détriment des cocontractants du groupe de sociétés qu'il dirigeait.

¹⁸⁸ Id., para 22 et 23.

¹⁸⁹ *Buccaneer Industries Ltd c. Bresee* REJB 2003-36955 (C.Q).

¹⁹⁰ Id., para 30. À propos de la levée du voile corporatif, voir aussi *Hock Seng Lee Heavy Industries SDN.BHD. c. Équipements Stosik inc* REJB 2005-100237 (C.S.).

¹⁹¹ Affaire CCI n° 5730, précitée, note 125.

Selon les arbitres, M. Z. était le véritable contractant et les sociétés de son groupe se confondaient à sa personne, ce qui devait justifier la levée du voile corporatif. Le tribunal arbitral a d'abord relevé qu'«*en traitant avec l'entreprise X et en établissant ses factures en ce nom, correspondant à la raison commerciale individuelle de M. Z, c'est bien avec celui-ci personnellement que la demanderesse traitait [...]*» avant de conclure qu'«*à supposer qu'en se substituant ainsi in extremis à M. E [son employé] lors de la signature de ce contrat, M. Z ait entendu par là se soustraire personnellement à tout engagement pour pouvoir plaider ensuite les arguments qu'il avance aujourd'hui, il faudrait considérer qu'un tel procédé astucieux et même dolosif ne mérite pas d'être protégé par la loi*».

Dans l'affaire CCI n°11160 rendue en mars 2002¹⁹², le litige était né d'un contrat signé entre la branche vénézuélienne de la société *Latin American Engineering Company* et la filiale vénézuélienne de la *European Engineering Company*. Le contrat visait l'exécution, au *Venezuela*, d'un projet par un consortium de sociétés parmi lesquelles se trouvait la *European Engineering Company*.

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

Les défenderesses contestèrent la compétence du tribunal arbitral à l'égard de la *European Engineering Company*, celle-ci n'ayant pas signé le contrat.

Mais le tribunal arbitral décida que bien que généralement la convention d'arbitrage produit ses effets seulement 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, l'admission des exceptions à la règle de l'effet relatif de la convention d'arbitrage est souvent guidée par le souci d'éviter «*la fraude à la loi*». En l'espèce, le tribunal

¹⁹² Affaire CCI n°11160, précitée, note 154.

arbitral a relevé que *European Engineering Company* avait initié les procédures en vue d'obtenir le marché, participé à la négociation du contrat et payé tous les frais y relatifs. Ensuite, ayant constaté que les cadres responsables du projet étaient les mêmes tant pour *European Engineering Company* que pour sa filiale, le tribunal arbitral avait alors conclu que *European Engineering Company* était le vrai contractant et que sa filiale n'était qu'un instrument. Dès lors, les effets de la convention d'arbitrage devaient être étendus à son égard.

Le mécanisme de levée du voile corporatif a aussi été enclenché en application de la théorie de l'abus de droit.

ii. L'application du critère de l'abus de droit pour lever le voile corporatif d'une compagnie

L'abus de droit suppose, avant tout, l'existence d'un droit dont on va ensuite abuser l'exercice dans l'intention de nuire à autrui¹⁹³. Il ne s'agit là que d'une conséquence logique car on ne peut pas abuser d'un droit qu'on ne possède pas¹⁹⁴. L'exercice du droit peut être réalisé soit dans le cadre contractuel, soit dans le cadre extracontractuel¹⁹⁵. L'abus de droit consiste donc dans l'exercice de 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 foi¹⁹⁶. 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.¹⁹⁷

¹⁹³ S. ROUSSEAU, *loc. cit.*, note 184, 22.

¹⁹⁴ 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, 109.

¹⁹⁵ Voir, sur ce point : Suzanne CÔTÉ et Julie GIRARD, «La percée du voile corporatif: qu'en est-il 10 ans plus tard?» dans Service de la formation permanente, 2005, Barreau du Québec, vol. 231, *Développements récents sur les abus de droit*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 77 à la page 82.

¹⁹⁶ Article 7 C.c.Q. Dans le même sens, voir : *Kébec St-Jean Électrique Inc. c. Nantel*, REJB 2005-97355, par 15 (C.Q.).

¹⁹⁷ Commentaires du ministre de la justice cité par S. ROUSSEAU, *loc. cit.*, note 184, 25.

Appliquée au droit des compagnies, l'abus de droit peut consister en une utilisation privée des biens qui appartiennent à la personne morale par ses actionnaires. Cependant, pour aboutir à la levée du voile corporatif, l'abus de droit doit être suivi par un préjudice au détriment d'un tiers notamment lorsque le geste posé par les actionnaires est suivi de la faillite de la compagnie. C'est ainsi que dans *GWF USA Corp*¹⁹⁸, 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. La Cour du Québec en a déduit que :

«[I]’absence de déclaration, en ce sens, est déraisonnable et constitue un abus de droit au sens de l'article 317 C.C.Q. [...] Le défendeur est l'alter ego de la défenderesse. Il savait qu'il ne pouvait pas honorer le chèque et il n'avait pas, par ailleurs, l'intention de retourner la marchandise»¹⁹⁹.

Mais il faut ici signaler que la frontière entre l'abus de droit et la fraude semble souvent difficile à tracer. Les tribunaux québécois ont d'ailleurs parfois confondu les deux notions. Dans l'affaire *Produits Forestiers*²⁰⁰, la Cour supérieure avait ordonné la levée du voile corporatif pour abus de droit à l'égard de deux actionnaires administrateurs qui n'avaient pas voulu avouer l'insolvabilité de leur compagnie à un fournisseur lors d'une transaction qui portait sur un crédit.

Selon un commentateur de cette décision, puisqu'il s'agissait d'un cas manifeste de dol, il aurait été préférable de recourir à la notion de fraude afin de « *ne pas vider ce motif de son sens au profit du développement débridé de la théorie de l'abus de droit* »²⁰¹. Et pourtant, la Cour suprême du Canada avait, en 1990, bien éclairci la notion d'abus de droit dans l'affaire *Houle c. Banque Nationale*²⁰². Dans cette affaire, la Banque Nationale avait procédé à la liquidation des actifs de la Compagnie *Houle*

¹⁹⁸ *GWF USA Corp. c. Vêtements Club Champion par Geky Inc*, REJB 1997-04028 (C.Q.).

¹⁹⁹ Id., para 10.

²⁰⁰ *Produits Forestiers M. Fortin Inc. c. Lemay*, J.E. 95-1393.

²⁰¹ S. ROUSSEAU, *loc. cit.*, note 184, 25.

²⁰² *Houle c. Banque Nationale* [1990] 3 RCS.122.

trois heures après la mise en demeure de celle-ci. La Cour suprême avait conclu qu'il y avait eu abus de droit car :

« [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».

En arbitrage, la notion d'abus de droit a permis aux arbitres de justifier l'extension des effets de la convention d'arbitrage aux parties non-signataires de celle-ci. Dans la sentence arbitrale rendue le 9 septembre 1983²⁰³ 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 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 devrait, 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,

²⁰³ Sentence *ad hoc* rendue le 9 septembre 1983, [1987] *Y.B. Com. Arb.* 63.

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, il suspendit l'octroi du permis d'importation à la compagnie allemande tout en s'opposant à 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.

Mais 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-ci²⁰⁴. Selon le tribunal arbitral, face à l'inadmissible abus de la personnalité distincte des entités et l'atteinte grave au principe de bonne foi, le voile corporatif devait 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 levé²⁰⁵. Il s'agissait en l'espèce de quatre États qui avaient participé à la création d'une organisation dotée de la personnalité morale qui, suite à un malentendu entre ces États, 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 légitimement compter 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

²⁰⁴ Id., p. 72.

²⁰⁵ Affaire CCI n°3879 précitée, note 155.

ces États devait être retenue car l'organisme en question s'identifiait à ces États. Le tribunal arbitral avait alors conclu que:

«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»²⁰⁶.

Ainsi donc, la théorie du soulèvement du voile corporatif paraît unanimement admise autant dans la jurisprudence arbitrale que dans la plupart de droits internes. En application de cette théorie, il ne devrait pas y avoir de réticences sur la question de joindre à l'instance arbitrale les parties non-signataires de la convention d'arbitrage même en droit canadien malgré l'attachement de celui-ci à la personnalité juridique distincte de chaque compagnie.

Si la notion de fraude et celle d'abus de droit paraissent bien assises dans les différents systèmes de droit relativement à l'unification des procédures arbitrales, celle-ci peut aussi résulter de l'application de la théorie de réalité économique, autrement appelée théorie de groupe de sociétés, une notion largement reconnue par la jurisprudence arbitrale, spécialement celle de la CCI.

²⁰⁶ Id., p. 132.

2. L'arbitrage multipartite résultant du recours à la théorie de réalité économique

C'est la sentence arbitrale CCI, dans l'affaire *Dow Chemical*²⁰⁷, qui a eu le mérite d'éveiller les consciences relativement à l'effet que pouvait causer la théorie de réalité économique, autrement appelée théorie de groupe de sociétés, sur l'extension d'une clause arbitrale à des parties non-signataires²⁰⁸. 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. Ainsi, dans certains pays comme la France ou la Suisse²⁰⁹, il est unanimement admis qu'en vertu de l'unité économique des groupements de sociétés, une convention d'arbitrage peut être opposable à un membre du groupement sans que celui-ci l'ait signée.

Mais cette conception libérale de la doctrine de groupe de sociétés n'est pas partagée par certains pays. Outre qu'elle «*ne semble pas avoir trouvé de preneur en droit canadien*», selon les propres mots de Maurice MARTEL et Paul MARTEL²¹⁰, la théorie de réalité économique semble contestée en Angleterre²¹¹ alors qu'elle ne fait pas l'unanimité aux États-unis²¹².

Cependant, les affirmations des MARTEL sont à nuancer pour ce qui est du Canada. En effet, en droit québécois, la théorie de la réalité économique a été, à certaines occasions, utilisée par la Cour d'appel pour accueillir la demande conjointe

²⁰⁷ Affaire CCI n°4131 précitée, note 120.

²⁰⁸ S. JARVIN, *loc. cit.*, note 169, 732.

²⁰⁹ Voir, par exemple : l'arrêt du Tribunal Fédéral suisse 4P.115/2003 précité, note 148. 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 de la volonté réelle des parties ou, à défaut, sur celui du principe de la bonne foi.

²¹⁰ Maurice MARTEL et Paul MARTEL, *La compagnie au Québec, Les aspects juridiques*, Édition spéciale, Montréal, Wilson & Lafleur Martel Ltée, 2005, p. 1-45.

²¹¹ S. P. WOOLHOUSE, *loc. cit.*, note 82, 435.

²¹² James M. HOSKING, «Non-signatories and International Arbitration in the United States : the Quest for Consent», (2004) *3 Arb. Int.* 289, 295. Selon l'auteur, cette théorie est quelques fois admise aux États-Unis et notamment par les tribunaux de droit civil.

faite par plusieurs parties. Dans l'affaire *Charlebois c. Boutique Kit*²¹³, 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 invoquer, dans une demande unique, la dégradation de tout le système. Cependant, la Cour d'appel rejeta cet argument des franchiseurs. La Cour estima 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 individuels»²¹⁴.

Cette décision nous semble constituer une consécration de la théorie de la réalité économique au sein des groupements de sociétés. À travers cet arrêt, la Cour d'appel a reconnu que les groupes de sociétés opèrent dans un environnement d'une certaine spécificité dont on doit tenir compte²¹⁵. Dès lors, le Québec ne peut pas être considéré comme un terrain sur lequel la doctrine de groupe de sociétés est inapplicable que ce soit devant le juge étatique ou devant l'arbitre.

S'agissant du cas de l'Angleterre, l'hostilité envers la doctrine de groupe de sociétés est encore d'actualité. L'un des exemples récents de cette hostilité est l'arrêt rendu par la Haute Cour de justice le 4 février 2004 dans l'affaire *Peterson c. C&M*²¹⁶. Cet arrêt fut rendu suite au recours exercé contre une sentence arbitrale

²¹³ *Charlebois c. Boutique Kit International Ltée*, [1987] 5 R.D.J. 607 (C.A.).

²¹⁴ *Id.*, p. 610.

²¹⁵ Voir Générosa B. MIRANDA, «Le contenu obligationnel du contrat de franchise internationale en droit québécois», [1998] 32 R.J.T. 817, 911.

²¹⁶ *Peterson Farms Inc. v. C&M Farming Ltd*, précitée, note 82.

prononcée à Londres sous l'égide de la CCI. En vertu de la doctrine de la réalité économique, les arbitres avaient admis les revendications des membres d'un groupe de sociétés qui, même s'ils n'avaient pas signé la convention d'arbitrage, étaient concernés par le contrat négocié par un seul membre. Mais la Haute Cour décida que le tribunal n'aurait pas dû appliquer la doctrine de groupe de sociétés car elle ne faisait partie ni du droit de l'État d'Arkansas, choisi pour interpréter le contrat, ni de celui de l'Angleterre, le lieu de l'arbitrage.

Cette décision de la Haute Cour relance le débat sur la question de savoir si la portée de la convention d'arbitrage aux non-signataires est liée à la forme de la convention d'arbitrage ou au fond du litige. En décidant que ce problème relève du fond du litige, la Haute Cour est, certes, allée dans la même direction que le Tribunal Fédéral suisse²¹⁷. Mais à la différence du Tribunal Fédéral qui a jugé que la validité de l'extension de la portée de la convention d'arbitrage doit être appréciée alternativement selon le droit choisi par les parties ou selon le droit du siège de l'arbitrage ou enfin, selon le droit applicable au fond du contrat, y compris *la lex mercatoria*, la Haute Cour de justice semble n'avoir pas fait beaucoup de manoeuvres pour chercher à sauver la sentence. Elle s'est bornée à dire que la doctrine de groupe de sociétés n'était pas admise ni en droit britannique ni en droit de l'Arkansas sans se demander si cette doctrine de groupe de sociétés, faisait partie ou non, de la *lex mercatoria*. Mais encore fallait-il que les juges anglais parviennent à reconnaître le caractère normatif de la *lex mercatoria*.

Pour sa part, M. WOOLHOUSE, soutient une opinion totalement opposée à celle de la Haute Cour de justice. Il pense, en effet, qu'en l'absence de choix par les parties de la loi applicable à la convention d'arbitrage, l'extension de sa portée aux non-signataires devrait être appréciée selon le droit du lieu de l'arbitrage²¹⁸ à l'exclusion du droit applicable au fond du litige. Cet argument nous paraît également dangereux

²¹⁷ Arrêt 4P.115/2003 précité, note 148, para 5.3.1

²¹⁸ S. P. WOOLHOUSE, *loc. cit.*, note 82, 435. L'auteur abonde dans le même sens que le tribunal arbitral dans l'affaire CCI n° 4392 ([1983] *J.D.I.* 907) qui avait décidé que c'est selon le droit du siège de l'arbitrage que l'arbitre doit apprécier la validité de la convention d'arbitrage.

étant donné qu'elle peut favoriser une multiplicité de cas d'invalidation des conventions d'arbitrage, ce qui serait contraire au principe de l'interprétation du contrat *in favorem validitatis*.

Quant au Code civil du Québec, il semble avoir repris les dispositions du droit suisse. L'article 3121 se lit en effet comme suit :

«En l'absence de désignation par les parties, la convention d'arbitrage est régie par la loi applicable au contrat principal ou, si cette loi a pour effet d'invalider la convention, par la loi de l'État où l'arbitrage se déroule».

Seulement, le problème ici est qu'en utilisant le mot «loi», et non le mot «droit», d'aucuns pourraient conclure que le Code civil a voulu exclure l'application de toute norme qui n'est pas d'origine législative et notamment la *lex mercatoria*. Si elle devrait être adoptée, une telle interprétation serait regrettable surtout en ce moment où l'arbitrage a besoin d'être imprégné des normes transnationales pour pouvoir assurer son expansion. Heureusement que l'article 944(10) du Code de procédure civile prévoit que «*les arbitres tranchent le différend conformément aux règles de droit qu'ils jugent appropriées [...]*». Certes, cette règle vise le fonds du litige, mais d'un côté, il ne serait pas exagéré de dire que la liberté reconnue aux arbitres quant au choix du droit applicable au contrat principal doit également leur être reconnue s'agissant du choix du droit applicable à la convention d'arbitrage. De même, étant donné que trancher le différend commence par l'examen de la validité de la convention d'arbitrage, il y a lieu de considérer, à la lumière des dispositions de l'article 944(10) C.p.c., que la *lex mercatoria* peut servir, en l'absence de choix des parties, à l'appréciation de la validité de la convention d'arbitrage.

D'ailleurs, comme l'a si bien dit M. DERAÏNS, le fait qu'il soit admis que la convention d'arbitrage puisse référer au règlement d'arbitrage d'une institution arbitrale devrait être interprété comme constituant une possibilité que cette

convention peut être détachée de tout droit étatique²¹⁹. C'est regrettable que la Haute Cour ait ignoré cette réalité, en restant attachée aux dispositions de la loi de l'État d'Arkansas, ce qui a porté un coup dur à l'évolution cohérente de cette doctrine de réalité économique.

Malgré l'hostilité de la part des tribunaux de *common law*, la doctrine de groupe de sociétés paraît avoir déjà fait un pas non négligeable en arbitrage commercial. Ceci est surtout remarquable à travers les sentences rendues sous l'égide de la CCI. Ainsi, il a été jugé que lorsque les accords visant la réalisation d'une opération économique 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 accords²²⁰.

Il s'agissait en l'espèce d'une société d'un État X. 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. 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, selon les arbitres, 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 groupe²²¹.

Ce même raisonnement fût suivi par les arbitres dans la sentence CCI n° 2375²²² 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

²¹⁹ Yves DERAÏNS, note sous l'affaire CCI n° 4131 rendue en 1982 précitée, note 120.

²²⁰ Affaire CCI n° 1434 rendue en 1975, Rec. Vol. I, p. 263.

²²¹ Id., p. 264.

²²² Affaire CCI n° 2375, Rec. Vol. I, p. 257.

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 engagées²²³.

Dans l'affaire CCI n° 4131²²⁴, le tribunal arbitral a également souligné la nécessité de tenir compte de la réalité économique unique du groupe de sociétés en dépit de la personnalité distincte de chaque membre. Il avait ainsi décidé que :

« 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».

En plus de la levée du voile corporatif et de la doctrine de groupe de sociétés, le principe de l'*estoppel* justifie aussi l'unification des procédures arbitrales.

3. L'utilisation du principe de l'estoppel pour étendre les effets de la convention d'arbitrage

Plusieurs auteurs soutiennent que l'*estoppel* est un principe qui vient, en partie, du droit anglais qui ne reconnaît pas, en matière contractuelle, l'existence du principe de bonne foi²²⁵. Cette affirmation n'est cependant pas à généraliser. Par exemple, en

²²³ Id., p. 259.

²²⁴ Affaire CCI n° 4131 précitée, note 120.

²²⁵ Voir, sur ce point : 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; Guy ROBIN, «Le principe de

ce qui concerne le Canada, les tribunaux de l'Ontario et ceux d'autres provinces de *common law* reconnaissent tous l'obligation générale de bonne foi, '*good faith*', dans la conclusion et l'exécution du contrat²²⁶. Aux États-unis d'Amérique, le principe de bonne foi est également reconnu²²⁷.

En droit anglais, l'*estoppel by representation* vise à protéger la confiance d'une partie confrontée aux contradictions de son cocontractant²²⁸. 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 existant²²⁹.

En français, l'*estoppel* a été baptisé comme étant «l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui»²³⁰. 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 initiale²³¹.

La théorie de l'*estoppel* enracinée depuis longtemps dans les droits des provinces canadiennes de *common law*²³², a également été timidement évoquée par certains tribunaux du Québec et cela, contre la volonté de la Cour suprême. Ainsi, dans *Grace and Company c. Perras*, l'Honorable juge MIGNAULT de la Cour suprême avait

la bonne foi dans les contrats internationaux», [2005] *R.D.A.I.* 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.

²²⁶ *Automobiles Jalbert Inc. c. BMW Canada Inc.*, EYB 2004-81758, paragraphe 297 (C.S.); *Shelanu Inc. v. Print Three Franchising Corp.*, CanLII 2003- 52151, paragraphe 76 (ON C.A.).

²²⁷ *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(2/3) *Amer. J. Int'l L.* 205.

²²⁸ Ph. PINSOLLE, *loc. cit.*, note 225, 905.

²²⁹ Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, *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, p. 263.

²³⁰ E. GAILLARD, *loc. cit.*, note 225, 241.

²³¹ Ph. KAHN, *loc. cit.*, note 225, 323.

²³² Gerald Henry Louis FRIDMAN, *The Law of contract in Canada*, Carswell, 1999, p. 131

invité les tribunaux québécois à ne pas employer le mot *estoppel* en droit civil car cela aurait signifié la reconnaissance d'une doctrine qui «ne fait pas partie du droit applicable dans la province de Québec»²³³.

Mais cette interdiction n'avait pas suffi à faire abandonner aux juges québécois l'usage du concept *estoppel*. Ces derniers le confondaient plutôt souvent aux fins de non-recevoir prévues par le Code civil du Québec²³⁴. 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-recevoir²³⁵. Au surplus, l'*estoppel* devrait être envisagé comme étant un élément constitutif des fins de non-recevoir. Actuellement, l'emploi de l'*estoppel* est courant au Québec surtout en matière d'arbitrage de griefs²³⁶.

Si le principe de l'*estoppel* procède de l'exigence générale de la bonne foi²³⁷, il n'est cependant pas à confondre avec celle-ci. D'une part, l'*estoppel* n'intervient qu'au niveau 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 l'examen du fond du litige²³⁸. D'autre part, le principe de l'*estoppel* suppose que la partie qui l'invoque ait agi à son détriment et/ou que la partie contre laquelle il est invoqué y ait retiré un profit²³⁹.

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*

²³³ *Grace and Company c. Perras*, [1921] 61 R.C.S. 172.

²³⁴ *National Bank v. Soucisse*, [1981] 2 S.C.R. 360

²³⁵ A.D.P. HEENEY, «Estoppel in the law of Québec», (1930) 8 *Can. Bar. Rev.* 401, 405

²³⁶ *St-Félix de Valois (Municipalité) 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.).

²³⁷ Ph. PINSOLLE, *loc. cit.*, note 225, 926

²³⁸ Philippe PINSOLLE, «L'*estoppel* reconnu en France de manière autonome», note sous Cass. Civ. 1^{re}, 6 juillet 2005, [2005] *Rev. arb.* 993, 1002; G. ROBIN, *loc. cit.*, note 225, 705

²³⁹ *Amco Asia c. République d'Indonésie*, précitée, note 130.

*Vihéar*²⁴⁰. En arbitrage commercial, on retrouve l'évocation de l'*estoppel* pour la première fois, selon M. E. GAILLARD, dans l'affaire *Amco*²⁴¹. 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* arguant du fait que *P.T. Wisma* était l'*alter ego* de l'État indonésien. 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* étaient les mêmes personnes, elle ne saurait 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, excluant ainsi la mauvaise foi de la société *Amco*.

Au niveau de la CCI, le principe de l'*estoppel* a permis au tribunal arbitral de se déclarer compétent à l'égard des non-signataires de la convention d'arbitrage dans

²⁴⁰ *Temple de Préah Vihéar, Cambodge c. Thaïlande*, [1962] CIJ Recueil, p. 6 citée par Ph. PINSOLLE, *loc. cit.*, note 225, 921. La Cour avait alors estimé qu'«un État ne doit pas être autorisé à profiter de ses propres contradictions».

²⁴¹ *Amco Asia c. République d'Indonésie*, précitée, note 130.

l'affaire n° 5103²⁴² dans laquelle trois compagnies d'un groupe européen avaient saisi la CCI en vue du règlement des différends qui les opposaient à quatre autres sociétés tunisiennes.

Mais 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 conclu 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 cause»²⁴³.

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* sert alors comme un mécanisme défensif. C'est dans ce sens, selon M. PINSOLLE, que cette notion fut conçue, dès le départ, par le droit britannique²⁴⁴. Or, en plus de l'*estoppel* défensif, l'arbitre a également besoin de l'*estoppel* offensif pour pouvoir attirer à l'instance arbitrale, un non-signataire de la convention d'arbitrage. D'après M. PINSOLLE, l'*estoppel* offensif, bien qu'ignoré en droit anglais, a sa place en droit australien et en droit américain²⁴⁵. Nous pensons qu'il pourrait bien s'appliquer en droit canadien car après tout, les réalités américaines ne sont pas aussi différentes des réalités canadiennes.

²⁴² Affaire CCI n° 5103, précitée, note 146.

²⁴³ Id., p. 1209.

²⁴⁴ Ph. PINSOLLE, *loc. cit.*, note 225, 914.

²⁴⁵ Id., p. 915.

L'*estoppel* comme mécanisme offensif a ainsi servi à organiser une procédure multipartite dans la sentence CCI rendue en 1996²⁴⁶. Dans cette affaire, la société A. avait introduit une procédure arbitrale contre la société B. alors que celle-ci avait, à son tour, saisi le tribunal arbitral contre, à la fois, la société A. et sa maison mère C, non-signataire de la convention d'arbitrage mais garante de la bonne exécution du contrat passé entre la société A. et la société B.

La Cour d'arbitrage CCI avait décidé de la jonction de ces deux procédures et de la constitution d'un seul tribunal arbitral. Pour motiver sa décision sur la compétence, le tribunal arbitral avait évoqué le fait que, devant les tribunaux algériens, la société C. avait affirmé que les tribunaux étatiques étaient incompétents pour trancher le différend qui l'opposait à la société A. Dès lors, les arbitres avaient estimé qu'en vertu du principe de l'*estoppel*, la société C. ne pouvait pas être admise à contester à la fois la compétence des tribunaux étatiques et celle du tribunal arbitral.

Dans l'affaire CCI n° 5730²⁴⁷, les arbitres ont eu également recours à la théorie de l'*estoppel* pour empêcher un actionnaire du groupement 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 groupement que contre l'actionnaire. Mais celui-ci 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

²⁴⁶ Affaires n° 7604 et n° 7610, précitées, note 121.

²⁴⁷ Affaire CCI n° 5730, précitée, note 125.

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 traitait»²⁴⁸.

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 obliger une partie à ne pas profiter de ses contradictions. Selon la pratique arbitrale, il n'est pas nécessaire qu'une partie ait déjà agi à son détriment. Il suffit seulement que le préjudice soit imminent au cas où une partie serait admise à tirer profit de ses contradictions. De même, 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 mouvement le principe de l'*estoppel*²⁴⁹.

Il est à souhaiter que l'*estoppel* continue à protéger la confiance des parties au contrat et qu'il ne soit cependant pas utilisé de façon abusive. Dans tous les cas, en appréciant la pertinence de la demande basée sur l'*estoppel*, les arbitres veilleront à ce que soit assuré leur rôle de protecteur des intérêts des parties conformément à ce que prévoit le contrat. Outre les mécanismes prévus par la jurisprudence, il existe également les mécanismes du droit civil qui rendent possible l'extension de la convention d'arbitrage aux non-signataires.

²⁴⁸ Id., 1031.

²⁴⁹ Ph. PINSOLLE, *loc. cit.*, note 225, 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.

II. Les mécanismes issus du Code civil permettant l'extension des effets de la convention d'arbitrage aux parties non-signataires de celle-ci

Le principe de la relativité des contrats est au cœur du droit civil des obligations²⁵⁰. En vertu de ce principe, une personne ne saurait répondre des obligations ou profiter des droits qui découlent d'un contrat à la formation duquel elle n'a pas été associée. Cependant, il est une commune affirmation selon laquelle il n'y a pas de principe sans atténuations. Ainsi, il est admis, depuis le droit romain, que certaines institutions de droit civil peuvent remettre en cause le principe de relativité des contrats. Il en est ainsi du principe de la bonne foi, du mandat ou de la représentation, de la stipulation pour autrui, de la cession, etc. Ces mécanismes font en sorte qu'une personne soit considérée comme partie au contrat quand bien même elle n'y aurait pas formellement donné son accord.

Bien qu'appliquées à l'arbitrage, ces institutions peuvent paraître comme contraires à son schéma traditionnel basé sur le consensualisme, elles n'ont cependant cessé d'avoir un écho favorable en droit de l'arbitrage. Pour bien comprendre cette transmissibilité de la convention d'arbitrage aux non-signataires en application de ces mécanismes du Code civil, il importe de nous pencher d'abord sur les concepts d'origine morale, à savoir la bonne foi et la loyauté, avant d'aborder le cas du mandat, de la stipulation pour autrui et de la cession.

²⁵⁰ Article 1440 C.c.Q. Dans le même sens, voir : Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN., *Les obligations*, 6^e éd. Cawansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 492.

1. Extension de la convention d'arbitrage par le recours aux notions de bonne foi et de loyauté

En matière contractuelle, la notion de bonne foi est aussi vieille que le droit civil du Québec²⁵¹. Mais, force est de constater que la loi n'en donne aucune définition, ce qui, selon certains auteurs, la rend beaucoup plus difficile à cerner²⁵².

La bonne foi, expressément prévue par le Code civil du Québec notamment aux articles 6, 7 et 1375, présente un double sens. Il existe d'abord la bonne foi qui est une croyance erronée d'une situation juridique ou d'un fait matériel (bonne foi subjective). Ensuite, il y a la bonne foi en tant que synonyme d'une norme de comportement (bonne foi objective)²⁵³. Prise dans cette dernière acception, la bonne foi paraît être l'opposé de la mauvaise foi. Dans ce sens, on dira qu'est de bonne foi, toute personne qui agit sans intention malicieuse alors que celui qui agit dans l'illégalité ou l'illégitimité sera réputé de mauvaise foi²⁵⁴.

La bonne foi, vue comme une croyance erronée, peut paraître proche de la notion d'erreur. Cependant, les deux mécanismes produisent des résultats tout à fait opposés. Ainsi, alors que l'erreur peut permettre, à celui qui s'en prévaut, d'obtenir l'annulation d'un acte juridique irrégulièrement conclu, la bonne foi subjective quant à elle peut aboutir au maintien d'une situation juridique quelconque²⁵⁵.

²⁵¹ J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN., *op. cit.*, note 250, p. 129; Brigitte LEFEBVRE, «La bonne foi dans la formation du contrat», [1992] 37 *R.D.McGill* 1053. L'auteure estime que la bonne foi est un principe fondamental du droit civil québécois. Dans le même sens, voir Ginette LECLERC, «La bonne foi dans l'exécution des contrats», [1992] 37 *R.D.McGill* 1070, 1072; Elise M. CHARPENTIER, «Le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat», [1996] 26 *R.D.U.S.* 299, 301; *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Les publications du Québec, 1993, sous l'article 1375.

²⁵² Voir, par exemple : Brigitte LEFEBVRE, «La bonne foi : Notion protéiforme», 26 *R.D.U.S.* 320, 323.

²⁵³ *Id.*, 323 et 324.

²⁵⁴ J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN., *op. cit.*, note 250, p. 143. Contrairement à ces deux auteurs, nous pensons que la bonne foi n'a pas trois acceptions. En ce, nous sommes du même avis que MM. Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 35.

²⁵⁵ B. LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 252, 323 et 326.

Quant à la bonne foi objective, elle renvoie au bon sens ou au raisonnable²⁵⁶, à un comportement honnête et loyal²⁵⁷, critères dont l'analyse doit être faite en fonction des standards requis dans un secteur donné²⁵⁸. Afin d'être conforme aux exigences de la bonne foi en tant qu'un tout cohérent, les deux acceptions de la notion de bonne foi peuvent être appelées à inter agir²⁵⁹.

S'agissant de l'obligation ou plutôt du devoir de loyauté²⁶⁰, elle impose par exemple à une partie le devoir de ne pas accroître les obligations du cocontractant, celui de s'abstenir de poser les gestes susceptibles de compromettre les relations contractuelles de même que celui de ne pas adopter une conduite excessive ou déraisonnable envers les intérêts de son cocontractant²⁶¹. Dans le Code civil, le devoir de loyauté est prévu, entre autres, en matière de mandat (article 2138 C.c.Q.), d'administration des biens d'autrui (article 1309 C.c.Q.), de cautionnement (article 2345 C.c.Q.), ...

Le rôle du devoir de loyauté est donc essentiellement prohibitif. Sans se confondre à l'obligation de bonne foi, le devoir de loyauté semble être, cependant, une de ses composantes à côté du devoir de coopération²⁶². Ici, il s'agit bien évidemment de la bonne foi objective. Mais M. KARIM estime que l'obligation de bonne foi ne constitue pas plus qu'un baromètre permettant de déterminer s'il y a eu

²⁵⁶ Louise ROLLAND, «Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec», [1999] 44 *R.D.McGill* 903.

²⁵⁷ B. LEFEBVRE, *loc. cit.*, note 252, 328.

²⁵⁸ *Vachon c. Lachance*, [1994] *R.J.Q.* 2576 (C.S).

²⁵⁹ Sans cette interaction, on risque de voir une partie se situer aux antipodes des exigences de la bonne foi pour n'avoir pas observé les normes objectives et généralement admises dans les relations économiques et sociales alors même qu'elle a agi sans intention malicieuse ou dans l'ignorance d'une situation ou d'un fait. Dans ce sens, voir : J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN., *op. cit.*, note 250, p. 144; Brigitte LEFEBVRE, «Liberté contractuelle et justice contractuelle» dans Service de la formation permanente, 2000, Barreau du Québec, *Développements récents en droit des contrats*, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 61.

²⁶⁰ Yves PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1989, p. 14. Le contenu de la notion de loyauté n'étant pas déterminé, M. PICOD propose qu'on utilise l'expression «devoir de loyauté» plutôt que celle d'«obligation de loyauté».

²⁶¹ Voir, en ce sens : Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Manuel de doctrine sur le régime des obligations*, t. 2, Montréal, Éditions Thémis, 2005, p. 438-441.

²⁶² Voir, à ce propos : J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN., *op. cit.*, note 250, p. 183.

atteinte à l'obligation de loyauté²⁶³. Dans tous les cas, il nous semble exact de soutenir que la loyauté n'est pas indépendante de la notion générale de bonne foi²⁶⁴. C'est ainsi que dans certains cas, le recours à la notion de bonne foi permet de découvrir les manquements au devoir de loyauté²⁶⁵ comme par exemple en matière de distribution commerciale, de cautionnement ou de contrat de service. En somme, bien que la bonne foi soit une notion large, il y a lieu d'affirmer qu'elle est toujours présente là où est la loyauté mais que l'inverse n'est pas totalement vrai.

La bonne foi et la loyauté sont susceptibles d'intervenir à tous les stades de vie du contrat²⁶⁶ et sont généralement imposées à toutes les parties. Les tribunaux québécois ont eu à recourir à la notion de bonne foi pour sanctionner le manquement aux obligations contractuelles d'une partie. Conformément à l'article 1434 du Code civil, la bonne foi et la loyauté visent autant les obligations expressément prévues par le contrat que celles implicites. Dans *Provigo Distribution Inc.*²⁶⁷, la Cour d'appel a notamment jugé qu'il y a faute civile :

«dès qu'il existe un manquement prouvé à une obligation contractuelle, que celle-ci ait été explicitement prévue par les parties à l'acte, ou qu'elle puisse être qualifiée d'obligation implicite résultant de la nature du contrat ou de l'équité»²⁶⁸.

C'est ainsi que le franchiseur *Provigo* fut condamné pour atteinte au devoir de bonne foi et de loyauté du fait de son manquement à remplir l'obligation de collaboration et d'assistance technique dont le franchisé avait besoin afin de pouvoir «résister commercialement à la concurrence»²⁶⁹. Mais il faut vite préciser que l'efficacité du recours aux notions de bonne foi et de loyauté dépend beaucoup de la nature du contrat. Dans certains cas, l'invocation de la bonne foi et de la loyauté est

²⁶³ Voir, par exemple : Vincent KARIM, *Les obligations*, 2^e éd. Vol.1, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 63

²⁶⁴ Voir, dans ce même ordre d'idée : Y. PICOD, *op. cit.*, note 260, p. 85-86.

²⁶⁵ D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 261, p. 437.

²⁶⁶ P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.*, note 166, p. 54 et 56.

²⁶⁷ *Provigo Distribution Inc. c. Supermarché A.R.G.Inc. et al.*, [1998] R.J.Q. 47.

²⁶⁸ *Id.*, p. 59.

²⁶⁹ *Id.*

sans effet lorsque celui qui s'en prévaut n'a pas fait preuve de diligence qu'on attendait de lui. Dans *Morgan Bank of Canada*²⁷⁰, une institution bancaire avait émis plusieurs lettres de crédit irrévocables pour garantir les commandes d'une compagnie. Malgré sa connaissance de la situation périlleuse de cette compagnie, la banque garante n'avait exigé aucune sûreté lors de l'émission d'une nouvelle lettre de crédit d'une valeur de 27 000 000 \$.

La compagnie débitrice ayant été incapable de payer ses fournisseurs, ceux-ci se retournèrent contre la banque garante qui n'avait pas d'autre choix que de payer. La faillite de la compagnie débitrice et de son actionnaire principal qui s'en est suivi avait rendu impossible le recouvrement de la somme versée aux fournisseurs par la banque garante. Celle-ci intenta alors une action contre les créanciers garantis de la compagnie débitrice pour manquement à l'obligation de renseignement et de diligence. À la Cour supérieure, la banque garante avait eu gain de cause mais la Cour d'appel renversa la décision de première instance. Selon la Cour d'appel, «*L'obligation de renseignement, en matière bancaire, n'est pas destinée à compenser les défaillances d'un prêteur négligent, mais à équilibrer la relation d'affaires lorsqu'une partie est en position informationnelle précaire*»²⁷¹.

En arbitrage, le principe de bonne foi et de loyauté occupe une place de choix. Les arbitres et les tribunaux ont, à maintes reprises, jugé qu'il faisait plutôt partie des principes fondamentaux de droit dont la violation rend la sentence inconciliable avec l'ordre juridique et le système de valeurs déterminants²⁷². En application du principe de bonne foi, les arbitres ont facilement étendu les effets de la convention d'arbitrage aux parties non-signataires. Dans la sentence rendue par un tribunal *ad hoc*, le 9

²⁷⁰ *Morgan Bank of Canada et al. c. Gulf International Bank*, [2001] R.J.Q. 2117; Marie A. GRÉGOIRE, *Le rôle de la bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 17.

²⁷¹ *Morgan Bank of Canada et al. c. Gulf International Bank*, [2001] R.J.Q. 2117, 2125.

²⁷² Voir les extraits de la sentence repris par l'arrêt 4P.71/2002 du 22 octobre 2002, en ligne TF : <http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm>. Vue sous cet angle, la bonne foi paraît relever de l'ordre public de direction ou réellement international.

septembre 1983²⁷³, l'État polonais qui avait, à côté d'une société de droit public, participé à la négociation, à l'exécution et à la rupture du contrat passé avec des investisseurs étrangers, voulait se soustraire à la procédure arbitrale en invoquant sa personnalité juridique distincte de celle de la société signataire de la convention d'arbitrage. Mais le tribunal arbitral décida que la violation du principe de bonne foi doit occasionner le soulèvement du voile corporatif. De la même manière, dans l'arrêt 4P.115/2003²⁷⁴ rendu par le Tribunal Fédéral suisse, un actionnaire de compagnies, pour contester la compétence des arbitres à son égard, s'était prévalu du fait qu'il n'avait pas signé le contrat contenant la convention d'arbitrage. Or, il s'était avéré que cet actionnaire s'était immiscé, non seulement dans la direction des sociétés défenderesses en ce qui concernait leur gestion, mais encore dans l'exécution du contrat d'entreprise litigieux. Les arbitres rejetèrent ses arguments en décidant ainsi :

« Il serait du reste contraire aux règles de la bonne foi, qui gouvernent les relations commerciales internationales, qu'une personne physique qui est intervenue, de façon constante et répétée, dans l'exécution d'un contrat, puisse, le moment venu, s'abriter derrière la ou les personnes morales signataires de celui-ci, en contestant être liée par les clauses qu'il contient, et notamment la clause compromissoire».

Dans ces deux cas, on aura constaté que la bonne foi et la loyauté ont servi à refuser à une partie d'éviter la procédure d'arbitrage. Cependant, rien ne peut empêcher à ce que ces notions servent dans le sens inverse c'est-à-dire permettre à un non-signataire de la convention d'arbitrage de demander à participer à une procédure arbitrale. En plus de ces notions de bonne foi et de loyauté, le Code civil du Québec prévoit d'autres mécanismes dont l'application peut aussi permettre aux non-signataires de la convention d'arbitrage à faire partie du processus arbitral. Il convient, à cet effet, de voir le mécanisme de mandat avant d'aborder la stipulation pour autrui et la cession.

²⁷³ Affaire *ad hoc*, précitée, note 203.

²⁷⁴ Précité, note 148.

2. Le recours à la théorie du mandat pour étendre les effets de la convention d'arbitrage aux non-signataires

Le contrat de mandat est prévu par le Code civil du Québec qui le définit comme étant un :

«contrat par lequel une personne, le mandant, donne le pouvoir de la représenter dans l'accomplissement d'un acte juridique avec un tiers, à une autre personne, le mandataire qui, par le fait de son acceptation, s'oblige à l'exercer»²⁷⁵.

En tant que tel, le mandat consiste à permettre à une personne d'établir un rapport juridique avec une autre personne, avec laquelle elle ne peut ou ne veut traiter directement²⁷⁶. Dans son fonctionnement, le mandat implique donc une opération triangulaire entre, d'un côté, le mandant et son mandataire et, de l'autre côté, le tiers. Mais si, en tant que contrat synallagmatique, le mandat crée des obligations réciproques entre le mandataire et le mandant²⁷⁷, ce dernier ne demeure pas moins lié aux tiers nonobstant son statut de non-signataire de l'acte juridique, objet du mandat²⁷⁸. Par une fiction juridique, le mandant se trouve alors concerné au premier chef par le contrat que son représentant a conclu en son nom.

En dehors du mandat en bonne et due forme, il peut arriver qu'une personne se trouve en position de représentant d'une autre personne sans en avoir le pouvoir. Dans ce cas, si le représenté est au courant de cette situation et qu'il ne dénonce pas le mandat, il y a alors existence du mandat tacite qui produit les mêmes effets que le mandat déclaré. Mais si le représenté n'est pas au courant de la représentation, il y a là une difficulté. Pourra-t-il être lié par les actes du mandataire sans pouvoir? Il peut être tentant de répondre par la négative. Or, la théorie de l'apparence s'inscrit dans l'affirmative. En effet, le mécanisme de l'apparence fait triompher l'apparence sur la

²⁷⁵ Article 2130 al. 1 C.c.Q.

²⁷⁶ Claude FABIEN, *Les règles du mandat*, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 1989, p. 55.

²⁷⁷ Claude FABIEN, «Le nouveau droit du mandat», dans *barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, La réforme du Code civil*, t.2 («Obligations, contrats nommés»), Québec, P.U.L., 1993, p. 887.

²⁷⁸ Article 2160 al. 1 C.c.Q.

réalité²⁷⁹. Cette entorse à la relativité des contrats est l'expression de la volonté du législateur qui vise à protéger les personnes qui croient, de bonne foi, à l'existence des pouvoirs du mandataire apparent²⁸⁰. Mais l'erreur doit être fondée soit sur des motifs raisonnables émanant du mandant apparent soit sur l'extinction, survenue à son insu, des pouvoirs préexistants du mandataire²⁸¹. On constatera que la bonne foi du mandant ne peut le dispenser des obligations découlant du mandat apparent. Au contraire, s'il s'avérait que le mandant était de mauvaise foi, il nous semble logique de parler de mandat pur et simple ou, à tout le moins, de mandat tacite.

La question qui se pose est celle de savoir si, en arbitrage, l'institution du mandat peut justifier l'extension de la convention d'arbitrage à une partie qui ne l'a pas signée. En cas de mandat réel, la question de la transmissibilité de la convention d'arbitrage ne pose pas de problèmes. En effet, le mandant est considéré, malgré son absence à la conclusion du contrat, comme la véritable partie au contrat²⁸². Il doit donc assumer toutes les obligations que lui impose le contrat conclu par son représentant. Inversement, le mandataire demeure tiers au contrat dès lors qu'il a dûment accompli sa mission à moins qu'il ait traité à la fois pour son mandant et pour lui-même²⁸³.

Des problèmes apparaissent, cependant, lorsqu'une personne représente une autre sans mandat express. Cette situation est susceptible de se produire fréquemment dans le cadre des groupements de sociétés. La difficulté étant celle liée aux critères pouvant rendre possible l'extension des effets de la convention d'arbitrage à un mandant qui n'a pas expressément accordé le pouvoir au mandataire pour le représenter.

²⁷⁹ Anne DANIS-FATÔME, *Apparence et contrat*, Paris L.G.D.J., 2004, p. 14.

²⁸⁰ C. FABIEN, *op. cit.*, note 276, p. 343.

²⁸¹ Id.

²⁸² Mathieu de BOISSÉSON, *op. cit.*, note 162, p. 520.

²⁸³ Jean-Louis GOUTAL, «Le droit des contrats», *L'arbitrage et les tiers*, [1988] *Rev. arb.* 439, 443; Habib MALOUCHE, «Quelques réflexions au sujet des parties à l'arbitrage», (2002) *20(2) ASA Bulletin* 229, 233.

Pour surmonter cette difficulté, les arbitres ont habituellement recours à la notion de mandat apparent. Ainsi, dans la sentence CCI n° 5730²⁸⁴, M. Z, actionnaire du groupe de sociétés X., avait participé à la signature de deux contrats entre le groupe X. et la société Y., fournisseur des lubrifiants pour navires.

L'un des deux contrats contenait la convention d'arbitrage CCI et avait été signé par la société Y. et M. E, l'employé de M. Z. Ce contrat était conclu pour le compte de la société X. et lors de sa signature, M. Z. était personnellement présent bien qu'il n'ait pas apposé sa signature sur le document.

Après la survenance des litiges, la société Y. introduisit une demande d'arbitrage à l'encontre de M. Z, de la société X. et de la société X SA. Devant le tribunal arbitral, M. Z. invoqua l'irrecevabilité de la demande dirigée contre lui au motif qu'il n'avait jamais été partie au contrat de fourniture des lubrifiants auquel la demanderesse s'était basée pour formuler sa demande.

Mais le tribunal arbitral rejeta toutes les prétentions de M. Z. Selon les arbitres, bien que M. Z. n'eût pas apposé sa signature sur le contrat, le fait qu'il eût été signé par son employé et en sa présence prouvait que l'employé n'était que l'exécutant de sa volonté et qu'il ne jouissait d'aucun autre titre²⁸⁵.

À la question de savoir si l'employé de M. Z. n'aurait pas eu besoin d'être investi des pouvoirs de mandataire avant que ses actes soient considérés comme engageant son mandant, les arbitres ont rétorqué que :

« [de] toute manière, même si M. Z n'avait pas valablement conféré le pouvoir de compromettre à M. E, celui-ci bénéficiait à tout le moins de pouvoirs apparents. En effet, M. Z a toléré que tout au long des relations avec la demanderesse, M. E se comporte comme le mandataire autorisé de l'entreprise X, c'est-à-dire, en réalité de lui-même et de son groupe [...]. Bien plus, M. Z avait parfaite connaissance de la clause arbitrale qui figurait dans le projet qui lui avait été soumis au préalable, il n'a soulevé aucune objection à ce sujet [...]. Compte tenu

²⁸⁴ Sentence rendue dans l'affaire CCI n° 5730, précitée, note 125.

²⁸⁵ Id., 1036.

de l'ensemble de ces circonstances, la demanderesse était en droit de considérer que M. E avait le pouvoir de signer et qu'il était autorisé par M. Z lui-même [...]»²⁸⁶.

En définitive, il sied de mentionner qu'en l'absence de mandat express, si le tiers requiert la participation du mandant à la procédure arbitrale, la notion de mandat apparent justifie correctement l'extension de la convention d'arbitrage. Il ne s'agit, en effet, que d'un moyen de protéger tant le tiers de bonne foi que la sécurité juridique des transactions, lequel moyen est également prévu par le droit québécois²⁸⁷. Mais en réalité, puisqu'en l'espèce, M. Z. avait lui-même assisté à la signature du contrat par son employé, les arbitres auraient pu valablement retenir l'existence d'un mandat tacite.

Par ailleurs, lorsque, en exécutant sa mission, le mandataire cause un préjudice au tiers, celui-ci peut-il poursuivre le mandataire sur la base du contrat de mandat? À cette question, les arbitres ont répondu par l'affirmative dans une sentence arbitrale rendue à Genève par un tribunal arbitral *ad hoc*²⁸⁸. Les faits qui ont conduit au prononcé de cette sentence arbitrale étaient relatifs à la gestion, par une compagnie, des comptes bancaires de deux autres compagnies à la demande de leurs ayants droits économiques.

En premier lieu, la société *offshore* S. constituée au Panama, le 8 janvier 1998, avait comme ayants droits économiques la société A. et sa mère B.

Le 28 janvier 1998, par ses organes, la société S. a conféré les pouvoirs à ses ayants droits en vue de la représenter pour la conclusion de tout contrat.

²⁸⁶ Id.

²⁸⁷ Article 2163 *C.c.Q.* « Celui qui a laissé croire qu'une personne était son mandataire est tenu, comme s'il y avait eu mandat, envers le tiers qui a contracté de bonne foi avec celle-ci [---]».

²⁸⁸ Extraits de la sentence tels que reproduits par le Tribunal fédéral suisse dans l'arrêt 4P.168/2004 rendu le 20 octobre 2004, en ligne TF : <http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm>

Le 3 août 1998, la société B. et sa filiale A., toutes deux ayants droit de S., ont conclu avec T. un *Contract of Company Formation and Trusteeship* ayant pour objet la gestion des comptes bancaires de la société S. entre autres. Ce contrat contenait une convention d'arbitrage qui prévoyait que tous les différends pouvant en résulter seraient soumis au tribunal arbitral de trois membres.

Le 4 août 1998, la société S. avait ouvert un compte de dépôt auprès de la banque F. que la société T. s'était mise à gérer conformément au *Contract of Company Formation and Trusteeship*.

En deuxième lieu, la société *offshore* H. domiciliée aux Îles Vierges Britanniques et constituée le 22 mars 2000 avait comme ayant droit économique la société G. Comme pour le cas de la société S., la société G. s'était vue conférer, par les organes de la société H., les pouvoirs de représenter cette dernière. Par la suite, la même société G., l'ayant droit de H., avait conclu avec T. un *Contract of Company Formation and Trusteeship*, le 13 juin 2000 avec notamment pour mission, la gestion des comptes bancaires de la société H. La convention d'arbitrage contenue dans ce contrat était identique à celle contenue dans le contrat relatif à la gestion des comptes de S. Le même jour, H. avait ouvert un compte de dépôt auprès de la banque F. dont la gestion était également assurée par T.

Les sociétés S. et H. ayant constaté des détournements de fonds commis à leur préjudice par une employée de T., déclenchèrent un processus arbitral contre celle-ci conformément à la convention d'arbitrage insérée dans les deux *Contract of Company Formation and Trusteeship* signés par leurs ayants droit.

La société T. souleva une exception d'incompétence fondée sur le fait que les sociétés S. et H. ne furent pas parties aux contrats conclus par elle avec leurs ayants droit économiques.

Mais le tribunal arbitral rejeta les arguments de la société T. En application du droit suisse, les arbitres décidèrent que :

« [...] lorsque l'ayant droit économique confie à un tiers le soin de gérer la société offshore qu'il contrôle, la volonté réelle de ces deux parties est d'inclure cette société dans leurs propres relations. [...] le principe de bonne foi commande, lui aussi, d'étendre la clause arbitrale aux demanderessees [...]»

Saisi par un recours en annulation de la sentence arbitrale par la société T., le Tribunal Fédéral suisse confirma plutôt la décision du tribunal arbitral.

Si la société T. n'avait pas pu démontrer la violation d'un principe qui pouvait entraîner l'annulation de cette sentence, il demeure que le raisonnement du tribunal arbitral dans cette affaire ne convainc pas du tout, du moins si on reste dans le cadre des contrats de mandat conclu entre la société T. et les ayants droit de S. et de H. À ce stade en effet, rien ne semblait justifier l'engagement de la procédure arbitrale par S. et H. car ils étaient supposés être des tiers aux contrats qui contenaient les clauses compromissaires.

Au contraire, le tribunal arbitral aurait dû constater qu'en agissant pour le compte des sociétés S. et H., leurs ayants droits accomplissaient aussi un autre contrat de mandat. Vraisemblablement, il y avait eu deux catégories de mandats : la première entre les ayants droits et les sociétés S. et H. et la seconde entre les ayants droits et la société T. En signant les *Contract of Company Formation and Trusteeship* pour faire gérer les comptes de S. et H., les ayants droits de ces dernières n'en devenaient pas moins mandataires. Les faits démontrent même que la société T. connaissait la qualité de mandataires des sociétés B., A. et G. lors de la signature des deux *Contract of Company Formation and Trusteeship*. À partir de cet instant, la société T. ne pouvait pas être admise à contester que les mandants puissent se prévaloir des contrats de mandat quand bien même les sociétés A., B. et G. n'auraient pas formellement révélé

les noms de leurs mandants²⁸⁹. C'est dans ces conditions que le recours à la notion de bonne foi aurait pu trouver toute sa justification. Telles sont, selon nous, les possibilités d'extension de la convention d'arbitrage par le biais du mécanisme de mandat. Il convient, à présent, d'examiner comment cette extension peut s'opérer par la stipulation pour autrui.

3. Extension de la convention d'arbitrage au tiers par la stipulation pour autrui

La stipulation pour autrui est une institution bien connue en droit civil. Selon le Code civil, lorsqu'on stipule en faveur d'un tiers, la stipulation ainsi faite «*confère au tiers bénéficiaire le droit d'exiger directement du promettant l'exécution de l'obligation promise*»²⁹⁰. La stipulation pour autrui fait donc du tiers, qui n'est pas nécessairement partie au contrat lors de sa formation, un créancier contractuel du promettant²⁹¹ à condition bien sûr que le tiers accepte²⁹². Mais l'absence de l'acceptation du tiers bénéficiaire n'atteint pas la validité du contrat principal, le stipulant pouvant le maintenir à son profit²⁹³. C'est ici la différence entre la stipulation pour autrui et la promesse du fait d'autrui (l'ancienne promesse du porte-fort). En effet, la promesse du fait d'autrui est l'acte par lequel une partie promet à son cocontractant qu'un tiers s'engagera envers ce dernier²⁹⁴. En tant que telle, elle ne donne pas lieu à un contrat entre le contractant et le promettant. Celui-ci reste seulement tenu du préjudice que le non-engagement du tiers pourra causer au cocontractant²⁹⁵.

²⁸⁹ Voir, dans le même sens : Adrian POPOVICI, *La couleur du mandat*, Montréal, Thémis, 1995, pp 114-115. L'auteur considère à juste titre que le mandat est tout à fait valide lorsque le mandataire contracte avec un tiers qui est au courant de sa qualité de prête-nom.

²⁹⁰ Article 1444 C.C.Q.

²⁹¹ J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN., *op. cit.*, note 250, p. 499.

²⁹² V. KARIM, *op. cit.*, note 263, p. 442.

²⁹³ Article 1448 C.c.Q.; J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN., *op. cit.*, note 250, p. 506

²⁹⁴ J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN., *op. cit.*, note 250, p. 507.

²⁹⁵ Article 1443 C.c.Q.; D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 261, p. 816.

Par ailleurs, contrairement à la stipulation pour autrui, l'acceptation de la promesse du fait d'autrui n'empêche pas le tiers d'exiger du contractant la discussion et/ou la renégociation des clauses du contrat objet de l'acceptation²⁹⁶. Voilà pourquoi, d'après les auteurs, la promesse du fait d'autrui ne constitue pas une exception au principe de l'effet relatif des contrats²⁹⁷.

Appliquée à l'arbitrage commercial, la notion de promesse du fait d'autrui, qui exige l'acceptation du tiers pour produire ses effets, ne pose pas de problème quant à la transmission de la convention d'arbitrage insérée dans le contrat entre le promettant et son cocontractant. C'est pour cela que, dans nos développements, nous ne nous intéresserons qu'à la stipulation pour autrui.

S'agissant donc de la stipulation pour autrui, le fait que l'acceptation du tiers ne soit pas nécessaire pour créer un lien de droit entre le promettant et le tiers n'est pas sans causer de difficultés²⁹⁸. Tout dépend de l'approche dans laquelle on situe le raisonnement. Si on reste cloisonné dans la logique de l'arbitrage, on risque de conclure qu'en l'absence du consentement du tiers à la convention d'arbitrage, celle-ci doit lui être inopposable. Par contre, dans la mesure où on adopte la logique de l'institution de la stipulation pour autrui, on doit admettre que, par la permission de la loi, la convention d'arbitrage conclue entre le stipulant et le promettant soit opposable au tiers bénéficiaire²⁹⁹.

À s'en tenir à la nature de l'arbitrage donc, on est obligé d'estimer qu'en aucune manière le tiers bénéficiaire de la stipulation pour autrui ne saurait être lié par une convention d'arbitrage insérée dans le contrat principal. La Cour de cassation française avait souscrit à une telle approche dans son arrêt rendu le 4 juin 1985³⁰⁰.

²⁹⁶ V. KARIM, *op. cit.*, note 263, p. 441.

²⁹⁷ D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 261, p. 814; J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN., *op. cit.*, note 250, p. 508; V. KARIM, *op. cit.*, note 263, p. 440.

²⁹⁸ Voir, sur ce point : Christian LARROUMET, «Promesse pour autrui, stipulation pour autrui et arbitrage», [2005] *Rev. arb.* 903.

²⁹⁹ *Id.*

³⁰⁰ *Mme Bisutti c. Société Financière Monsigny (Sefimo) et al.*, 4 juin 1985, [1987] *Rev. arb.* 139.

Dans cette affaire, par un contrat signé le 4 mars 1980, Mme *Bisutti* s'était engagée à vendre à la société *Bruynzeel*, une partie des actions d'une autre société, et à céder à la société *Monsigny (Sefimo)*, l'autre partie de ces mêmes actions. L'article 4 du contrat conclu prévoyait que toutes difficultés relatives à son interprétation ou à son application seraient, en cas de litige, soumises à l'arbitrage.

Le 16 juin 1981, Mme *Bisutti* (Promettant), procéda au transfert, dans les registres de la société émettrice, d'un certain nombre d'actions en faveur de la société *Sefimo* (Tiers bénéficiaire). Cependant, le tiers bénéficiaire n'avait pas réglé le prix des actions à lui cédées.

Après une mise en demeure restée sans effet, le promettant saisit le tribunal étatique. Devant le juge, le tiers bénéficiaire souleva l'incompétence du juge étatique en estimant que le contrat qui est à la base de la stipulation pour autrui contenait une convention d'arbitrage. La Cour d'appel avait accueilli l'exception d'incompétence soulevée par le tiers mais sa décision fut censurée par la Cour de cassation. Le plus haut tribunal français avait alors considéré que :

«si la société *Sefimo* était bénéficiaire d'une stipulation pour autrui conclue entre Mme *Bisutti* et la société *Bruynzeel*, elle n'était pas pour autant fondée à se prévaloir de la clause compromissoire liant uniquement le stipulant et le promettant [...]»³⁰¹.

Cette solution de la Cour de cassation a pu paraître, pour certains, satisfaisante compte tenu de la nature consensuelle de l'arbitrage³⁰². Mais il reste que dans cette affaire, le juge français semblait oublier le caractère de la stipulation pour autrui qui opère le transfert, du stipulant au tiers, de tous les éléments du contrat. En outre, même si la convention d'arbitrage est autonome par rapport au contrat principal qui la contient, ceci ne saurait signifier qu'elle soit amputée du contrat principal pour quelques raisons que ce soit.

³⁰¹ *Id.*, 140.

³⁰² Voir, par exemple : Jean-Louis GOUTAL, note sous Cass. Com, 4 mars 1985, [1987] *Rev. arb.* 139, 147.

Critiquant cette position de la Cour de cassation dans cette affaire, M. MESTRE a, à juste raison, estimé qu'elle présentait «*le grave défaut de l'imprévisibilité, car elle conduit à opérer un partage fort délicat, au sein d'un contrat, qui, par hypothèse, forme un tout, entre les stipulations opposables au tiers bénéficiaire et celles ne le liant pas*»³⁰³.

Deux ans plus tard, la Cour de cassation française décida, dans l'affaire *Société Delaroche*³⁰⁴, que le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui pouvait tirer profit d'une convention d'arbitrage que comporte le contrat principal mais sans qu'il soit susceptible d'être attiré en arbitrage contre son gré. Cette position fut soutenue par M. GOUTAL³⁰⁵. Malgré ce changement, cette nouvelle conception demeurait critiquable et critiquée³⁰⁶ pour la simple raison que le contrat principal ne restait pas moins soumis au dépeçage.

Mais au moment où la jurisprudence et la doctrine françaises se perdaient dans des considérations non favorables à la validité de la transmission de la convention d'arbitrage par le mécanisme de la stipulation pour autrui, les arbitres quant à eux avaient déjà pris une avance. Ils avaient déjà décidé d'une procédure arbitrale à base de la stipulation pour autrui. Ainsi, dans la sentence rendue en 1975 dans l'affaire CCI n° 2375³⁰⁷, le tribunal arbitral avait eu recours à la notion de stipulation pour autrui afin de pouvoir se déclarer compétent à l'égard d'une demande faite par une partie non-signataire de la convention d'arbitrage. La demande était dirigée contre deux parties, une société-mère signataire de la convention d'arbitrage d'une part, ainsi que sa filiale non- signataire, d'autre part.

³⁰³ Jacques MESTRE cité par Ch. LARROUMET, *loc. cit.*, note 298, 913.

³⁰⁴ *Société Delaroche c. S.E.R.P. et al.* Cass. Civ. 1^{re} 20 oct. 1987, [1988] *Rev. arb.* 559

³⁰⁵ J.-L. GOUTAL, *loc. cit.*, note 283, 449.

³⁰⁶ Ch. LARROUMET, *loc. cit.*, note 298, 913; J.-F. POUDRET et S. BESSON, *op. cit.*, note 77, p. 265.

³⁰⁷ Affaire CCI n° 2375, précitée, note 222.

La demanderesse dans cette affaire était une société X. de droit français, ancienne filiale de la société W. Elle agissait, aussi bien contre la société Y. de droit espagnol que contre sa société-mère incorporée aux Bahamas, la société Z. La convention d'arbitrage CCI sur laquelle la société X. fondait son action était insérée dans un contrat cadre signé le 20 janvier 1969 entre la société W. qui la contrôlait, et la société Z., mère de Y.

Les parties défenderesses contestaient la compétence du tribunal arbitral. D'un côté, elles estimaient que la convention d'arbitrage ne pouvait pas être invoquée par la société X. non-signataire du contrat du 20 janvier 1969. D'un autre côté, les défenderesses faisaient valoir que la convention d'arbitrage insérée dans le contrat du 20 janvier 1969 ne pouvait pas, non plus, être opposée à la société Y., également non-signataire.

Mais le tribunal arbitral s'était déclaré compétent en décidant qu'«*en signant, le 20 janvier 1969, le protocole litigieux, Z. et W. ont clairement stipulé tant pour elles-mêmes que pour leurs filiales respectives*»³⁰⁸. Pour motiver sa décision, le tribunal arbitral avait d'abord fait remarquer qu'il résultait du contrat que la part assumée dans la soumission projetée par la société W. était réservée en totalité à sa filiale X. et que le remboursement de certains frais liés à l'étude devait être opéré par la même société X. Par la suite, le tribunal arbitral considéra que le contrat du 20 janvier 1969 formait un ensemble où chacune des sociétés dominantes et dominées des deux groupes se trouvaient indissolublement liées et engagées.

Si, dans cette affaire, la notion de stipulation pour autrui paraissait mal fondée pour justifier la participation à l'arbitrage de la société Y., il n'en était pas de même en ce qui concernait la société codemanderesse X. En effet, les faits rapportés démontraient clairement que la société W. avait stipulé pour sa filiale X. et que la société Z. était le promettant. Dès lors, la conséquence fut logique. Les arbitres, munis du plein pouvoir d'interprétation du contrat, ont, à juste titre, étendu les effets de la

³⁰⁸ Id., p. 258.

convention d'arbitrage au tiers bénéficiaire de la stipulation, en l'occurrence, la société X.

En revanche, il nous semble que les critères de stipulation pour autrui n'étaient pas remplis pour le cas de la société Z et sa filiale Y. Les faits de l'espèce n'avaient véritablement pas réussi à établir la promesse de la société W. en faveur de la société Y. Au contraire, pour obtenir la participation de la société Y. à l'arbitrage, il aurait été nécessaire de tabler sur la théorie de la réalité économique ou celle de l'*alter ego*.

Dans tous les cas, à travers cette sentence on aura constaté une meilleure application de l'institution de la stipulation pour autrui, du moins pour le cas de la société demanderesse. La question qui se pose est celle de savoir si le stipulant pourrait être admis à participer à l'arbitrage à côté du tiers bénéficiaire et du promettant. La réponse est, selon nous, positive ici. En effet, on a vu que, contrairement à la promesse du fait d'autrui, l'acceptation du tiers n'éteint pas totalement les droits du stipulant³⁰⁹. Ainsi donc, si les droits du stipulant ne sont pas éteints par l'acceptation du tiers, la convention d'arbitrage va continuer à les régir³¹⁰. Il est donc possible que le stipulant se retrouve, dans une même instance arbitrale, avec le tiers bénéficiaire et le promettant. Dans l'affaire CCI n° 2375 ci-haut rapportée, le tribunal arbitral avait également évoqué cette possibilité de la participation du stipulant à côté du promettant et du tiers bénéficiaire³¹¹.

En outre, dans la sentence CCI n° 6519 rendue à Paris en 1991³¹², M. XA animateur du groupe de sociétés françaises X. et la société YA. du groupe anglais Y. avaient signé un Protocole par lequel ils devaient apporter, à la société XB du groupe X., diverses actions qu'ils détenaient dans les sociétés de leurs groupes respectifs. Ils devaient alors investir leurs participations dans XB au sein d'une société holding

³⁰⁹ D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 261, p. 804.

³¹⁰ Pierre MAYER, «La 'circulation' des conventions d'arbitrages», [2005] *J.D.I.* 251, 258

³¹¹ Affaire CCI n° 2375, précitée, note 222, p. 259: «Considérant dès lors, que W. pourrait théoriquement se trouver présente au procès, mais qu'elle ne le peut pas cependant, car sans intérêt, il n'y a pas d'action, [...] qu'elle déclare ne pas présenter de réclamation [...]».

³¹² Affaire CCI n° 6519, [1991] *J.D.I.* 1065.

représentant environ 75% du capital social de XB dont 50% devaient être répartis à M. XA et 49% à la société YA.

L'application du Protocole devait être précédée par une série d'autres opérations notamment la demande des autorisations nécessaires auprès des autorités françaises. Le projet ayant échoué, M. XA estima que la société YA était responsable de cet échec. Il engagea, avec trois autres sociétés du groupe X., à savoir XB, XC et XD, une procédure arbitrale CCI contre la société YA conformément à la convention d'arbitrage contenue dans le Protocole. Mais YA souleva, entre autres, l'exception d'incompétence du tribunal arbitral arguant de l'absence de convention d'arbitrage qui l'opposait à XB, XC et XD.

Le tribunal arbitral déclina sa compétence à l'égard des demandes formulées par les sociétés XC et XD mais se déclara compétent à l'égard de XB au motif que cette société :

« [devait] recevoir les actions dont M.XA et YA devaient lui faire apport; que de ce fait, elle était essentiellement concernée par le Protocole [...] que l'ensemble des dispositions convenues en faveur de XB ont été implicitement acceptées par cette dernière [...] que par son comportement [...], elle a implicitement manifesté sa volonté d'entériner les dispositions stipulées à son profit, et en particulier, la clause compromissoire qui formait avec l'ensemble de cet accord un tout indivisible»³¹³.

Il doit donc être admis l'idée selon laquelle, en raison du caractère dérogatoire de la stipulation pour autrui, la convention d'arbitrage insérée dans le contrat principal doit être transmise, en son entièreté, au tiers bénéficiaire sans, bien sûr, que le stipulant en soit pour autant définitivement exclu. En conséquence, le tiers bénéficiaire devra non seulement en profiter mais aussi en accepter les obligations.

Signalons enfin que la stipulation pour autrui fut également invoquée au niveau du CIRDI dans l'affaire *Agip s.p.a. c. Gouvernement de la République populaire du*

³¹³ Affaire CCI n° 6519, [1991] *J.D.I.* 1065, 1067.

Congo³¹⁴. Dans cette affaire la société *Agip Brazzaville SA*, filiale à 90% du groupe *Agip* et à 10% de la société *Hydrocarbons* avait vu ses parts sociales réparties entre l'État congolais (50%), *Agip* (40%) et *Hydrocarbons* (10%). La nouvelle répartition du capital de la société *Agip Brazzaville SA* fut consignée dans un contrat signé par *Agip* et le gouvernement congolais. Ce contrat contenait une convention d'arbitrage qui renvoyait au CIRDI pour le règlement de tout litige éventuel.

Après la naissance du litige, le gouvernement congolais avait estimé que le tribunal arbitral CIRDI était incompétent à l'égard des réclamations de la société *Hydrocarbons*, celle-ci n'ayant pas signé le contrat dans lequel était insérée la convention d'arbitrage. La société *Agip* soutenait, au contraire, que la société *Hydrocarbons* devait être admise à présenter ses réclamations dans la procédure arbitrale bien qu'elle n'ait pas apposé sa signature au contrat de répartition du capital social de la société *Agip Brazzaville*. Au soutien de ses arguments, *Agip* faisait valoir le fait qu'en signant le contrat, elle avait stipulé tant pour elle-même que pour *Hydrocarbons*. Le tribunal arbitral lui donna raison en ces termes :

«En l'espèce, l'Accord fait apparaître *Agip* comme le stipulant, le gouvernement comme le promettant et *Hydrocarbons* comme le tiers bénéficiaire. L'acceptation par ce dernier de la stipulation en sa faveur rend celle-ci irrévocable. Les mesures prises par *Hydrocarbons* pour permettre le changement de dénomination de ses actions dans la Société à la suite de l'Accord témoignent de son acceptation des droits stipulés en sa faveur par *Agip*»³¹⁵.

Enfin, outre le mandat et la stipulation pour autrui, la cession peut aussi entraîner la transmission de la convention d'arbitrage.

³¹⁴ *Agip s.p.a. c. Gouvernement de la République populaire du Congo* [1982] *Rev. crit. DIP.* 92.

³¹⁵ *Id.*, 103

4. La transmission de la convention d'arbitrage au non-signataire par la cession

La cession est un acte par lequel une personne, le cédant, transmet à une autre personne, le cessionnaire, les droits ou les obligations qu'il a à l'encontre d'une troisième personne, le cédé³¹⁶. La cession peut être à titre gratuit mais elle est généralement à titre onéreux³¹⁷. Elle peut ainsi porter sur une créance, un droit d'action ou un contrat. Lorsque la cession porte sur une créance ou sur un droit d'action, le cessionnaire n'acquiert du cédant que des droits sans qu'il soit contraint d'assumer ses obligations³¹⁸. En revanche, dans la cession du contrat, le cessionnaire acquiert les droits de créances en même temps qu'il assume les obligations prévues par le contrat³¹⁹.

Le problème de la transmission de la convention d'arbitrage par la cession a longuement été discuté³²⁰. La principale question ici est celle de savoir si, oui ou non, la convention d'arbitrage insérée dans le contrat conclu entre une partie A. et une partie B. peut être transmise à une partie C. cessionnaire du contrat ou du droit né de ce contrat en question. Certains auteurs doutent de la validité d'une telle transmission automatique de la convention d'arbitrage par la cession³²¹. D'autres par contre, soutiennent que la cession du contrat ou d'un droit contractuel entraîne celle de la convention d'arbitrage insérée dans ce contrat. Ces derniers expliquent leur position

³¹⁶ V. KARIM, *op. cit.*, note 263, p. 625.

³¹⁷ D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 261, p. 943.

³¹⁸ V. KARIM, *op. cit.*, note 263, p. 626.

³¹⁹ *N.C. Hutton Ltd c. Canadian Pacific Forest Products Ltd.*, REJB 1999-15643 (C.A.).

³²⁰ P. MAYER, *loc. cit.*, note 310, 251; Andrea VINCZE, «Arbitration Clause – Is it Transferred to the Assignee?», (2003) *1 Nordic Journal of Commercial Law* 1, disponible en ligne: http://www.njcl.fi/1_2003/article4.pdf; Daniel COHEN, note sous Cour de Cassation (1^{re} Ch. civile), 28 mai 2002, [2003] *Rev. arb.* 397; Daniel COHEN, «La transmission de la clause compromissoire par voie de cession Dailly», note sous Aix-en-Provence, 9 janvier 1997, [1997] *Rev. arb.* 76; Daniel COHEN, «Arbitrage et groupes de contrats», [1997] *Rev. arb.* 471; Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, note 38, n° 692; Juan Antonio CREMADES, «Problems that arise from changes affecting one of the signatories to the arbitration clause», (1996) 6(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 28.

³²¹ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, note 38, p. 442; Philippe FOUCHARD et Éric LOQUIN, débats sur «L'arbitrage et les tiers : Le droit des contrats», [1988] *Rev. arb.* 469 et 472. Ces auteurs estiment que l'acceptation, au moins implicite, du cessionnaire est nécessaire.

par le fait que la convention d'arbitrage constitue l'accessoire du contrat principal³²². La jurisprudence française est, quant à elle, unanime sur la question. Elle estime que «*la clause d'arbitrage, juridiquement indépendante du contrat principal est transmise avec lui [...]*»³²³. De son côté, le Code civil du Québec prévoit que la cession de la créance entraîne celle de ses accessoires³²⁴.

Pour notre part, dans la mesure où il est admis que la convention d'arbitrage ne peut pas, seule, tenir debout sans qu'un contrat la sous-tende, il nous semble acceptable qu'elle soit transmise avec ce contrat. En effet, la convention d'arbitrage n'est rien d'autre qu'une des clauses contenues dans un contrat unique et ne peut donc pas exister sans un rapport contractuel principal³²⁵. L'efficace théorie de l'autonomie de la convention d'arbitrage inventée pour mettre celle-ci à l'abri d'une éventuelle nullité du contrat principal³²⁶ ne devrait pas constituer un obstacle à cette transmission. Le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage ne doit ni être amplifié, ni être utilisé pour des fins auxquelles il n'a pas originairement été destiné. Les seules situations où la transmission de la convention d'arbitrage par la cession du contrat serait inopérante nous paraissent être les cas où la loi et la volonté des parties originaires s'y opposent³²⁷.

³²² Voir, par exemple : Pierre MAYER, «Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire», [1998] *Rev. arb.* 359; Cam Quyen C. TRUONG, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, Paris, Litec, 2002, p. 36

³²³ *Société Burkinabé des Ciments et Matériaux (Cimat) c. Société des Ciments d'Abidjan (SCA)*, Cour de cassation (1^{re} Ch. Civile), 28 mai 2002, [2003] *Rev. arb.* 397; *Banque Générale du Commerce c. SNTM Hyproc*, Cour de cassation (1^{re} Ch. Civile), 19 Octobre 1999, [2000] *Rev. arb.* 85, *Banque Worms c. R. Bellot et SNTM-Hyproc*, Cour de cassation (1^{re} Ch. Civile), 5 janvier 1999, [2000] *Rev. arb.* 85

³²⁴ Article 1638 C.c.Q. Le Code civil ne prévoit malheureusement pas un régime d'ensemble de la cession de contrat sauf quelques cas particuliers de cession de bail (articles 1870-1876) et de la cession d'assurance (articles 2461, 2462, 2475, 2476).

³²⁵ P. MAYER, *loc. cit.*, note 322, 361; Sylvain BOLLÉE, «La clause compromissoire et le droit commun des conventions», [2005] *Rev. arb.* 917, 925.

³²⁶ Voir, à cet effet : Jean-Louis DELVOLLE, débats sur «Le droit des contrats», *L'arbitrage et les tiers*, [1988] *Rev. arb.* 439, 469; Gary B. BORN, *International Commercial Arbitration in the United States, Commentary & Materials*, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, p. 193.

³²⁷ Voir, en ce sens : Pierre-Yves TSCHANZ, «Compétence et transfert des clauses compromissoires», note sous Tribunal féd. suisse (1^{re} Cour civile), 16 octobre 2001, [2002] *Rev. arb.* 753, 767; Emmanuel GAILLARD, et John SAVAGE, dir., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Boston, The Hague, Kluwer Law International, 1999, p. 433.

Quant au consentement du cessionnaire souhaité par FOUCHARD, GAILLARD et GOLDMAN³²⁸, il devient sans objet dès lors que le contrat de cession est généralement consensuel³²⁹. En consentant à la cession du contrat, le cessionnaire ne saurait, par la suite, refuser la transmission d'une clause contenue dans ce contrat sans subir la rigueur prévue par le droit de la responsabilité contractuelle ou, à défaut, celle prévue par le principe de bonne foi. Aussi, étant donné les avantages que les parties peuvent attendre de l'arbitrage, la dénonciation de la convention d'arbitrage par le cessionnaire risquerait de rendre onéreuse l'obligation du débiteur, ce qui est prohibé par la loi³³⁰.

Au contraire, c'est le cédé qui nous semble être en droit de s'opposer à la transmission automatique de la convention d'arbitrage en cas de cession du contrat. Telle est également la position de l'Honorable juge BAUDOUIN qui voit dans la cession du contrat, deux opérations à savoir la cession de créance et la cession de dette, la validité de cette dernière devant être conditionnée par l'accord du cédé³³¹. Pour l'Honorable juge, étant donné qu'elle renferme la cession de dette, la cession de contrat ne serait donc pas concevable sans l'accord du cédé³³². Mais selon le professeur JARROSSON, cette conception ne peut pas être valablement transposable au cas de convention d'arbitrage. En effet, cet auteur estime, à juste raison, que la convention d'arbitrage est neutre du fait qu'on ne peut affirmer d'avance qu'elle profite ou ne profite pas au cédé³³³.

³²⁸ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, note 38, p. 442. Pour leur part, ces auteurs estiment que le cessionnaire devrait d'abord exprimer son consentement avant que la clause d'arbitrage ne lui soit transmise.

³²⁹ J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN., *op. cit.*, note 250, p. 969.

³³⁰ Article 1637 C.c.Q.

³³¹ *N.C. Hutton Ltd c. Canadian Pacific Forest Products Ltd.*, REJB 1999-15643, Para 32 (C.A.)

³³² *Id.*

³³³ Charles JARROSSON, «Conventions d'arbitrage et groupes de sociétés» dans Colloque du Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé, 1993, Université de Lille II et École des hautes études commerciales du Nord, *Groupes de sociétés : contrats et responsabilités*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 65.

Par ailleurs, nous convenons avec M. AYNÈS que la validité du transfert de l'objet de la cession n'est pas liée à l'acceptation du cédé³³⁴. Celui-ci peut seulement ignorer la cession intervenue et continuer à poursuivre le cédant³³⁵. Dans ces conditions, si nous sommes d'accord avec M. AYNÈS, nous devons aussi admettre que le cédé ne saurait en même temps accepter le contrat et refuser la convention d'arbitrage qui n'est qu'un de ses éléments constitutifs. C'est, du reste, dans ce sens que s'est prononcé le Tribunal Fédéral suisse à l'issue d'un recours en annulation d'une sentence partielle rendue à Genève le 23 octobre 2000 sous l'égide de la CCI³³⁶.

Il s'agissait de la compagnie *Watkins International S.A.* qui avait repris les actifs d'une autre compagnie, *Nippur Investissement S.A.*, tombée alors en faillite. Cette dernière était liée par un contrat de vente d'actions de sa filiale, *Dolci Extrusion SpA*, à un groupe de sociétés composé entre autres de *Nestrom Holding S.A* et de *Nextrom S.A.* Le contrat contenait une convention d'arbitrage CCI.

Un problème de paiement du solde du prix de vente des actions n'ayant pas été réglé à l'amiable, la société *Watkins International S.A.*, cessionnaire des droits et obligations de *Nippur Investissement S.A* saisit la Cour internationale d'arbitrage de la CCI pour le solde dû par les sociétés *Nestrom Holding S.A.* et *Nextrom S.A.* Devant le tribunal arbitral, les défenderesses avaient soutenu que la demanderesse ne pouvait pas se prévaloir de la convention d'arbitrage contenue dans un contrat qu'elle n'avait pas signé. Sans nier la validité du contrat de cession, les défenderesses invitaient, cependant, le tribunal arbitral à décliner sa compétence au motif que la convention d'arbitrage ne remplissait pas les conditions de forme à l'égard de la demanderesse.

Mais le tribunal arbitral se déclara compétent et rendit la sentence, ce qui fut contesté devant le Tribunal Fédéral. Saisi d'un recours en annulation de cette

³³⁴ Voir Laurent AYNÈS, *La cession de contrat*, Paris, ECONOMICA, 1984, p. 68.

³³⁵ Id.

³³⁶ *Watkins International S.A c. Nestrom Holding S.A et Nextrom S.A.*, arrêt n° 4P.290/2000 rendu le 9 mai 2001, disponible en ligne TF : <http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm>

sentence, le Tribunal Fédéral suisse rejeta les prétentions des sociétés *Nestrom Holding S.A.* et *Nextrom S.A.* en affirmant que la cession de la position contractuelle d'une société comprend le transfert de la clause arbitrale.

C'est dire que le cédé n'a alors qu'un choix : soit accepter tout le contrat de cession, y compris la convention d'arbitrage, soit ignorer la cession et continuer à poursuivre le cédant. Cette opinion trouve son explication dans le fait que, malgré la cession, le contrat reste un acte unique issu de l'expression des volontés originaires des parties. Cette expression des volontés originaires ne saurait alors être décomposée au profit d'une partie subséquente sans compromettre la force obligatoire de l'acte juridique objet de la cession³³⁷. Pour sa part, la Cour d'appel du Québec a, dans une affaire qui n'était cependant pas multipartite, décidé que la clause arbitrale est l'accessoire d'une créance et que le cessionnaire peut valablement s'en prévaloir à moins que le cédé ait contesté la cession³³⁸.

Le contrat de cession conclu entre deux parties peut par ailleurs donner lieu à un arbitrage multipartite surtout lorsque la cession n'est pas totale³³⁹ ou lorsque la cession totale a laissé subsister des dettes impayées entre le cédant et le débiteur cédé. Il en a été ainsi dans la sentence CCI n° 6266³⁴⁰. Dans cette affaire, une société suisse A., propriétaire d'un brevet, avait passé, le 5 décembre 1980, un contrat de licence de brevet avec une société italienne, la société B. Ce contrat contenait une convention d'arbitrage faisant référence aux règles de la CCI pour régir la procédure. L'arbitrage devait avoir lieu à Genève. En vertu du contrat, le licencié était également le propriétaire de la machine destinée spécialement à la fabrication des produits objet du brevet. Le contrat de licence prévoyait notamment qu'il ne peut être automatiquement transféré au nouvel acquéreur qu'avec la propriété de la machine. Par la suite, le 27

³³⁷ L. AYNÈS, *op. cit.*, note 334, p. 81.

³³⁸ *Banque Nationale du Canada c. Premdev Inc.* 1997 A. Q. (QuickLaw) n° 689 (C.A.).

³³⁹ Jean-Louis DELVOLVÉ, «Final Report on Multi-party arbitrations», (1995) 6(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 26, 29.

³⁴⁰ Sentence partielle rendue en 1991 dans l'affaire CCI n° 6266 citée par F.-X. TRAIN, *op. cit.*, note 84, p. 224.

avril 1983, la société B., le licencié initial, céda le contrat à une autre société italienne, la société C. qui avait également acquis la propriété de la machine.

S'appuyant sur les effets de la cession du contrat, la société A. agit, à la fois, contre la société B. et C. en paiement de redevances non réglées avant le 27 avril 1983 et après cette date. Mais la société C. contesta la compétence de l'arbitre sur les demandes dirigées contre elle estimant qu'il n'existait pas de convention d'arbitrage entre cette société et la société A.

Le tribunal arbitral se déclara compétent sur les demandes en paiement dirigées contre les deux défenderesses. Il considéra que selon le droit suisse qui était applicable à la convention d'arbitrage, le transfert au cessionnaire des droits et obligations de fond s'opère avec la clause compromissoire les affectant³⁴¹.

Cette sentence vient confirmer l'idée selon laquelle la cession n'entraîne pas nécessairement l'extinction des rapports entre le cédant et le cédé³⁴². De même, et contrairement à ce qu'a pu soutenir la Cour de cassation française³⁴³, nous pensons que, malgré l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat qui la contient, son transfert au cessionnaire serait impossible advenant l'invalidité du contrat de cession. Outre qu'une telle transmission serait sans fondement, cela constituerait aussi une façon de morceler le contrat de base, ce qui serait contraire aux volontés des parties originaires.

³⁴¹ F.-X. TRAIN, *op. cit.*, note 84, p. 226.

³⁴² P. MAYER, *loc. cit.*, note 310, 258.

³⁴³ *Société Burkinabé des Ciments et Matériaux (Cimat) c. Société des Ciments d'Abidjan (SCA)*, Cour de cassation (1^{re} Ch. Civile), 28 mai 2002, [2005] *Rev. arb.* 397, note Daniel COHEN

CONCLUSION

L'arbitrage multipartite au sein des groupements de sociétés est aussi souhaitable que pratique. Les avantages liés à cette procédure font d'elle un moyen privilégié pour régler les litiges impliquant plusieurs sociétés surtout lorsque ces sociétés présentent des liens économiques plus étroits.

On aura constaté que, comme pour n'importe quel arbitrage, l'arbitrage multipartite est avant tout une question de consentement. En cas de consentement express, l'unification du règlement des litiges ne posera pas de difficultés lorsque toutes les parties impliquées auront prévu une convention d'arbitrage multipartite. Les parties devront alors apporter des précisions claires quant à leur volonté de régler le litige dans une procédure unique. Le problème réside dans le fait que les sociétés en groupement n'entrent pas en relations commerciales au même moment. Le meilleur moyen d'éviter cette difficulté est que le premier contrat prévoit une clause qui soit ouverte à l'adhésion des futurs contractants du groupement.

Mais même en l'absence d'une convention d'arbitrage multipartite expresse, l'unification du règlement des litiges n'est pas pour autant compromise. Celle-ci pourra être possible notamment lorsque les parties auront confié, à une institution d'arbitrage, la résolution de leurs éventuels différends. À cet égard, l'unification du contentieux sera d'autant plus possible que le Règlement d'arbitrage de cette institution arbitrale le prévoit. Nous pensons ici au Règlement d'arbitrage de la London Court of International Arbitration qui prévoit expressément la possibilité de joindre à la procédure de nouvelles parties. Au niveau de la CCI, bien que son règlement ne le prévoient pas de façon explicite, la pratique au sein de cette institution est favorable au règlement unifié des litiges connexes.

Cependant la référence à une institution d'arbitrage favorable à l'unification des procédures arbitrales présente un risque de se heurter à l'hostilité de certains systèmes

judiciaires qui demeurent attachés au formalisme classiquement exigé pour la validité de la convention d'arbitrage. Ceci pour dire que le choix du lieu de l'arbitrage, qui soit favorable à la procédure multipartite, est d'une importance capitale lorsqu'il n'est pas possible de rédiger une convention d'arbitrage inclusive.

En outre, la procédure multipartite est également envisageable en cas d'une multiplicité de conventions d'arbitrage. Mais si la multiplicité de conventions d'arbitrage identiques débouche souvent sur l'arbitrage multipartite dans le cadre des groupements de sociétés, les conventions d'arbitrages non-identiques ne pourront donner lieu à la procédure multipartite que lorsqu'elles seront jugées compatibles. Pour qu'elles s'avèrent compatibles, les différences ne doivent pas porter sur le choix des institutions d'arbitrage, sur le siège du tribunal arbitral, sur le nombre d'arbitres ou les modalités de leur désignation de même que sur les pouvoirs qui leurs sont conférés.

En plus du consentement express, les arbitres sont amenés à rechercher la volonté des parties de participer à l'instance arbitrale multipartite à travers leur comportement. D'une part, ce critère est retenu lorsque les parties se sont volontairement soumises à la convention d'arbitrage notamment en excluant toute compétence des tribunaux étatiques à leur égard. D'autre part, si les parties non-signataires accomplissent certains actes généralement réservés aux parties au contrat, les arbitres y voient un indice permettant de leur étendre les effets de la convention d'arbitrage. Il peut s'agir de l'acceptation, par un État hôte, de la formation d'une société filiale locale à travers laquelle une compagnie étrangère réalise son investissement. Cette pratique est reconnue exclusivement au niveau du CIRDI. L'acte concluant peut aussi résulter de la participation à la constitution du tribunal arbitral sans en contester la compétence. Enfin, le consentement à l'arbitrage multipartite peut se déduire de la confusion entre les parties signataires et celles non-signataires de la convention d'arbitrage. À ce sujet, pour décider de la transmission de la convention d'arbitrage aux non-signataires, les arbitres estiment souvent que la

confusion fait qu'une partie soit supposée être au courant des engagements de l'autre et vice versa.

Mis à part le cas de consentement, nous avons remarqué que l'arbitrage multipartite peut également être une réalité en l'absence de toute manifestation de l'intention des parties. À cet égard, en application des instruments élaborés par la jurisprudence et ceux prévus par le droit civil, les arbitres débouchent, sans difficultés, à une procédure arbitrale multipartite. Les problèmes jadis posés relativement à l'indépendance juridique de chaque société du groupement sont alors habilement évités en vertu de ces mécanismes. S'agissant de la jurisprudence, la levée du voile corporatif qu'entraînent la fraude et l'abus de droit constitue un excellent moyen de traduire, devant l'arbitre, les parties non-signataires de la convention d'arbitrage. Ainsi, dans l'arrêt *Décarel*³⁴⁴, le renvoi à la procédure arbitrale des actionnaires non-signataires de la convention d'arbitrage n'aurait pas été aussi vivement critiqué si la Cour d'appel avait démontré l'existence d'une fraude ou d'un abus de droit impliquant ces actionnaires.

Dans le même sens, le principe de l'*estoppel*, qui interdit une partie de se contredire lorsque son cocontractant a fondé sa confiance sur son comportement antérieur, est un procédé efficace pour joindre un tiers à une procédure arbitrale et dont l'efficacité peut être comparable à celle de la levée du voile corporatif.

D'un autre point de vue, la jurisprudence a façonné la théorie de réalité économique qui veut qu'une société soit considérée comme une véritable partie au contrat contenant une convention d'arbitrage lorsqu'elle aura joué un rôle dans la négociation, la conclusion, l'exécution ou la résiliation de ce contrat. Cette théorie, élaborée en grande partie par la jurisprudence française, a déjà trouvé sa place en droit suisse³⁴⁵ et ne paraît pas étrangère au droit québécois³⁴⁶. Elle est cependant jusque là boudée par les tribunaux issus du système de *common law*.

³⁴⁴ Voir *supra*, note 33

³⁴⁵ Arrêt 4P.115/2003, précité, note 148

En ce qui concerne les mécanismes prévus par le Code civil, les théories de la bonne foi et de la loyauté peuvent permettre aisément aux parties non-signataires de la convention d'arbitrage d'être associées à la procédure arbitrale. De même, la notion de mandat qui sous-tend celle de l'apparence entraîne non seulement la participation à l'instance du non-signataire mais aussi la procédure multipartite généralement lorsque les arbitres retiennent que le mandataire a agi tant pour le mandant que pour lui-même.

En outre, la stipulation pour autrui fait également intervenir, à l'instance arbitrale, un non-signataire de la convention d'arbitrage. Et lorsque la procédure d'arbitrage est ouverte alors qu'il persiste certains liens entre le stipulant et le promettant, toutes les trois parties peuvent se retrouver dans une même instance arbitrale. Enfin, la cession, après avoir été l'objet de polémique, a aujourd'hui sa place en arbitrage. Il est admis, en effet, que la convention d'arbitrage insérée dans un contrat est opposable au cessionnaire. Celui-ci peut aussi s'en prévaloir car elle constitue l'accessoire du contrat qui la contient et le cédé ne saurait lui contester ce droit sans remettre en cause toute l'opération. En outre, tout comme pour le cas de la stipulation pour autrui, lorsqu'il subsiste quelques liens entre le cédant et le cédé, ce dernier peut agir, à la fois, contre le cessionnaire et le cédant.

En définitive, le consentement des parties demeure au centre de l'arbitrage, même multipartite. La volonté d'une instance multipartite doit venir de tous les partenaires. Évidemment, lorsque cette volonté n'est pas clairement exprimée, il appartient aux arbitres de la rechercher et c'est ce qu'ils font généralement. Mais comme l'avait relevé M. FOUCHARD, le recours à la recherche de la volonté des parties peut conduire à l'arbitraire³⁴⁷ tout en ne favorisant pas le développement cohérent des normes juridiques. C'est pourquoi l'utilisation des notions de levée du voile corporatif, de l'*estoppel*, de la bonne foi, de la loyauté, de l'apparence, de la

³⁴⁶ *Charlebois c. Boutique Kit*, précitée, note 213

³⁴⁷ Voir : l'intervention de Philippe FOUCHARD dans A. CHAPELLE, *loc. cit.*, note 16, p. 500

stipulation pour autrui et de la cession, qui sont des institutions admises par les grands systèmes juridiques, nous paraît d'une importance capitale pour étendre ou transmettre les effets de la convention d'arbitrage aux parties non-signataires. Du reste, la plupart de ces notions étant également admises en droit québécois et canadien, peut-on encore évoquer valablement la personnalité juridique distincte de chaque société pour refuser à une compagnie de se prévaloir ou d'être soumise aux effets d'une convention d'arbitrage qui, bien qu'elle ne l'ait pas signée, la concerne directement? La perméabilité des ordres juridiques canadiens à des faits transnationaux évoquée par M. BACHAND³⁴⁸, nous oblige à répondre par la négative.

Cette recherche aura mis au clair la stratégie créative des arbitres internationaux qui recourent aux mécanismes juridiques issus des droits nationaux pour trancher les différends. Avec l'imagination des arbitres, ces mécanismes des droits internes se retrouvent enrichis et mieux adaptés à régler toutes les facettes d'une question pratique. Aussi, la mission juridictionnelle reconnue aux arbitres qui fait que, lentement certes, les précédents arbitraux lient les arbitres subséquents³⁴⁹ constitue un excellent outil pour l'acceptation, en droit interne, de la pratique arbitrale internationale. Les droits canadien et québécois peuvent donc facilement profiter de ces solutions originales conçues par les arbitres à base des institutions juridiques internes.

³⁴⁸ F. BACHAND, *op. cit.*, note 23, p. 341.

³⁴⁹ Thomas E. CARBONNEAU, *The law and practice of arbitration*, Huntington, Juris Publishing, 2004, p. 45

BIBLIOGRAPHIE

I. MONOGRAPHIES ET THÈSES

- ANTAKI, N., *Le règlement amiable des litiges*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, 471 p.
- AYNÈS, L. *La cession de contrat*, Paris, ECONOMICA, 1984, 283 p.
- BACHAND, F., *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, 518 p.
- BAPTISTA, L. O. et P. DURAND-BARTHEZ, *Les associations d'entreprises (Joint Ventures) dans le commerce international*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1991, 357 p.
- BAUDOIN, J.-L et P.-G. JOBIN., *Les obligations*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, 1755 p.
- BÉGUIN, J., *L'arbitrage commercial international*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec (Université McGill), 1987, 279 p.
- de BOISSÉSON, M., *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Paris, GLN Joly, 1990, 1131 p.
- BORN, G.B., *International Commercial Arbitration, commentary and Materials*, New York, Transnational Publishers and Kluwer Law International, 2001, 1149 p.
- BORN, G.B., *International Commercial Arbitration in the United States, Commetary & Materials*, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, 1041 p.
- BUDIN, R.-Ph., *Les clauses arbitrales internationales*, Lausanne, Éditions Payot, 1993, 218 p.
- CARBONNEAU, T.-E., *The law and practice of arbitration*, Huntington, Juris Publishing, 2004, 597 p.
- CALLAHAN, M.-T., B.-B. BRAMBLE et P.M. LURIE, *Arbitration of construction disputes*, New York, Wiley Law Publications, 1990, 429 p.
- CASEY, J.B. et J. MILLS, *Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure*, Huntington, Juris Publishing Inc. 2005, 358 p.

- CHATILLON, S., *Droit des affaires internationales*, Paris, Vuibert, 1994, 232 p.
- CHENUT, Ch.-H., *Le contrat de consortium*, Paris, L.G.D.J., 2003, 433 p.
- CÔTÉ, P.-A., *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, 1035 p.
- CRÉPEAU, P.-A. *Les principes d'Unidroit et le Code civil du Québec : Valeurs partagées?*, Scarborough, Carswell, 1998, 200 p.
- CRÊTE, R. et S. ROUSSEAU, *Droit des sociétés par actions, principes fondamentaux*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, 1008 p.
- DANIS-FATÔME, A., *Apparence et contrat*, Paris L.G.D.J., 2004, 676 p.
- DAVID, R., *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982, 613 p.
- FABIEN, C., *Les règles du mandat*, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 1989, 363 p.
- FERLAND, Ph., *L'arbitrage conventionnel*, Montréal, Thélène, 1983, 171 p.
- FERLAND, D. et B. EMERY, (dir.), *Précis de procédure civile*, 3^e éd., vol.2, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, 1018 p.
- FOUCHARD, Ph., E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, 1225 p.
- FRANCESCESCHINI, P. et L. PÉLISSIER, *Droit et pratique des unions et groupements d'entreprises*, Paris, Moniteur, 1981, 534 p.
- FRICK, J.G., *Arbitration and Complex International Contracts*, The Hague, Kluwer Law International & Schulthess, 2001, 320 p.
- FRIDMAN, G.H.L., *The Law of contract in Canada*, Scarborough, Carswell, 1999, 901 p.
- GAILLARD, E. et J. SAVAGE, dir., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Boston, The Hague, Kluwer Law International, 1999, 1280 p.
- GAILLARD, E., *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2004, 1105 p.
- GAUTHIER, T., *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, Paris, Litec, 2000, 572 p.

- GRÉGOIRE, M. A., *Le rôle de la bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, 111 p.
- GUYON, Y., *Droit des affaires- droit commercial général et sociétés*, t.1, 6^e éd., Paris, Economica, 1990, 970 p.
- JOBARD-BACHELLIER M.-N., *L'apparence en droit international privé : essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, Paris, LGDJ, 1983, 425 p.
- JULIAN D. M. L., *Applicable law in international commercial arbitration: a study in commercial arbitration awards*, New York, Oceana Publications, 1978, 633 p.
- KARIM, V., *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels et le transfert de technologie*, Thèse, Université de Montréal, 1986, 426 p.
- KARIM, V., *Les obligations*, 2^e éd. Vol.1, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, 785 p.
- LEFEBVRE, B., *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, 304 p.
- LLUELLES, D. et B. MOORE, *Manuel de doctrine sur le régime des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2005, 972 p.
- MANCIAUX, S., *Investissements étrangers et arbitrage entre états et ressortissants d'autres états : trente années d'activité du CIRDI*, Paris, Litec, 2004, 727 p.
- MARTEL, M. et P. MARTEL, *La compagnie au Québec, Les aspects juridiques*, Montréal, Wilson & Lafleur Martel Ltée, 2004
- MARTEL, M. et P. MARTEL, *La compagnie au Québec, Les aspects juridiques*, Montréal, Wilson & Lafleur Martel Ltée, 2005
- OPPETIT, B., *Théorie de l'arbitrage*, Paris, PUF, 1998, 127 p.
- PICOD, Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1989, 254 p.
- PINEAU, J., D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, 1006 p.
- POPOVICI, A., *La couleur du mandat*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, 634 p.
- POUDRET, J.-F., et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Zürich, Schulthess, 2002, 1179 p.

- REDFERN, A. et M. HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Student edition, London, Sweet &Maxwell, 2003, 504 p.
- ROSE F., *Lex Mercatoria: essays on international commercial law in honour of Francis Reynolds*, London, 2000, 399 p.
- SCHÄFER, E., H. VERBIST et Ch. IMHOOS, *L'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) en pratique*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 357 p.
- THUILLEAUX, S., *L'arbitrage commercial au Québec : droit interne, droit international privé*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, 314 p.
- TRAIN, F.-X., *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, Paris, L.G.D.J, 2003, 533 p.
- TRUONG, C.Q.C., *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, Paris, Litec, 2002, 433 p.

II. OUVRAGES COLLECTIFS

- ANTAKI, N. et A. PRUJINER, (dir.), *Arbitrage commercial international, (Colloque, Université Laval, Québec 1985)*, Montréal, Wilson&Lafleur, 1986
- CARBONNEAU, T.E., (dir.), *Lex Mercatoria and Arbitration- A Discussion of the new Law Merchant*, Dobbs Ferry, New York, 1990, 227 p.
- FERLAND, D. et B. EMERY, (dir.), *Précis de procédure civile*, 3^e éd., vol.2, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997
- KOTT, O. et C. ROY, (dir.), *La construction au Québec : perspectives juridiques*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, 899 p.

III. ARTICLES DE REVUE

- AKSEN, G., «Les arbitrages multipartites aux États-Unis», [1981] *Rev. arb.* 98
- ALVAREZ, H., «La nouvelle législation canadienne sur l'arbitrage commercial international», [1986] *Rev. arb.* 529

- ANTAKI, N. N., «L'arbitrage commercial : Concept et définitions», [1987] *C.P. du N.* 485
- BACHAND, F., «Pour l'abandon par les tribunaux québécois de la notion de clause compromissoire parfaite et des formalités s'y rapportant», (2004) 64 *R. du B.* 121
- BARTELS, M., «Multiparty Arbitration Clauses», (1985) 2(2) *J. Int. Arb.* 61
- BELLET, P., «Le symposium international de Varsovie sur l'arbitrage international dans les litiges commerciaux multilatéraux», [1981] *Rev. arb.* 50
- BIENVENU, P., «Guide de rédaction des clauses d'arbitrage et de droit applicable dans les contrats commerciaux internationaux», (1996) 56 *R. du B.* 39
- BIENVENU, P., «L'arbitrage comme mode de règlement des différends» dans KOTT O. et C. ROY, (dir.), *La construction au Québec : perspectives juridiques*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1998, p. 759
- BIRD C. Robert et CHARTERS Darren, «Good Faith and Wrongful Termination in Canada and the United States : A Comparative and Relational Inquiry», (2004) 41(2/3) *Amer. J. Int'l L.* 205
- BIUKOVIC, L., «Impact of the adoption of the Model Law in Canada : Creating a New Environment for International Arbitration», (1998) 30 *Can. Bus. L. J.* 376
- de BOISSÉSON, M., «Joinder of the Parties to Arbitral Proceedings : Two Contrasting Decisions», dans *Complex Arbitrations – Special Supplement 2003*, ICC *International Court of Arbitration Bull.* 19
- BOLARD, G., «Les demandes nouvelles dans le procès arbitral», note sous Cass. civ. 2^e 8 juillet 2004, [2005] *Rev. arb.* 663
- BOLLÉE, S., «La clause compromissoire et le droit commun des conventions», [2005] *Rev. arb.* 917
- BOUCOBZA, X., «La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international», [1998] *Rev. arb.* 495
- BRANSON, C.O. «The enforcement of International Commercial Arbitration Agreements in Canada», (2000) 16 *Arb. Int.* 19
- BRIERLEY, J.E.C., «Canadian Acceptance of International Commercial Arbitration», (1988) 40 *Maine L. Rev.* 287

- BRIERLEY, J.E.C., «De la convention d'arbitrage», dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t.2 («Obligations, contrats nommés»), Québec, P.U.L., 1993, p.1067
- BRIERLEY, J.E.C., «La convention d'arbitrage en droit québécois interne», [1987] C.P. du N. 507
- BRIERLEY, J.E.C., «Quebec's (1986) Arbitration Law», (1987) 13 *Can. Bus. L. J.* 58
- BRIERLEY, J.E.C., «Une nouvelle loi pour le Québec en matière d'arbitrage», (1987) 47 *R. du B.* 259
- CAPRASSE, O., «The setting up of the arbitral tribunal in multi-party tribunal», [2006] *I.B.L.J.* 197
- CARBONNEAU, «Étude historique de l'arbitrage», [1984] *R.I.D.Comp.* 727
- CASTEL, J.-G., «Canada and International Arbitration», (1981) 36(1) *Arb. J.* 5
- CHAPELLE, A., «Le droit des personnes morales (Groupes de sociétés; Interventions d'État)», *L'arbitrage et les tiers*, [1988] *Rev. Arb.* 475
- CHAPELLE, A., note sous Cour d'appel de PAU, 26 novembre 1986, [1988] *Rev. arb.* 153
- CHARPENTIER, E. M., «Le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat», [1996] 26 *R.D.U.S.* 299
- COHEN, D., «Arbitrage et groupes de contrats», [1997] *Rev. Arb.* 471
- COHEN, D., «La transmission de la clause compromissoire par voie de cession Dailly», note sous Aix-en-Provence, 9 janvier 1997, [1997] *Rev. Arb.* 76
- COHEN, D., «La transmission de la clause compromissoire : toujours plus», note sous Cour de Cassation (1^{re} Ch. civile), 28 mai 2002, [2003] *Rev. arb.* 397
- CÔTÉ, S. et J. GIRARD, «La percée du voile corporatif: qu'en est-il 10 ans plus tard?» dans Service de la formation permanente, 2005, Barreau du Québec, vol. 231, *Développements récents sur les abus de droit*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p.77
- CREMADES, J.A., «Problems that arise from changes affecting one of the signatories to the arbitration clause», (1996) 6(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 28

- DELVOLVE, J.-L., «Les solutions contractuelles : la clause d'arbitrage multipartite», *L'arbitrage et les tiers*, [1988] *Rev. arb.* 501
- DELVOLVÉ, J.-L., «Final Report on Multi-party arbitrations», (1995) 6(1) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 26
- DERAIS, Y. et S. SCHAF, «Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés», [1985] *R.D.A.I.* 231
- DERAIS, Y. note sous la sentence CCI n° 4131 rendue en 1982, [1983] *J.D.I.* 899
- DERAIS, Y., «The limits of the arbitration Agreement in Contracts Involving More Than Two Parties» dans *Complex Arbitrations – Special Supplement*, [2003] *ICC international Court of Arbitration Bulletin* 25
- DOBSON, J.M., «Lifting The veil in Four Countries: The Law of Argentina, England, France and The United States», (1986)35 *Int'l & Comp. L. Q.* 839
- DORAIS, A., «L'arbitrage commercial – Développements législatifs», (1987) 47 *R. du B.* 273
- EL-HAKIM, J., «Litiges commerciaux multilatéraux dans le cadre des projets au Moyen-Orient», [1981] *Rev. arb.* 86
- FABIEN, C., «Le nouveau droit du mandat», dans barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t.2 («Obligations, contrats nommés»), Québec, P.U.L., 1993, p.881
- GAFFNEY, J.P., «The Group of Companies And The Law Applicable To The Arbitration Agreement», (2004) 19(6) *MEALEY'S International Arbitration Report*, p.4
- GAILLARD, E., «L'affaire *Sofidif* ou les difficultés de l'arbitrage multipartite (à propos de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 19 décembre 1986)», [1987] *Rev. arb.* 275
- GAILLARD, E., «L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international», [1985] *Rev. arb.* 241
- GAILLARD, E., «Trente ans de *Lex Mercatoria*, pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit», [1995] *J.D.I.* 5
- GAILLARD, E., «The consolidation of Arbitral Proceedings and Court Proceeding», in *Complex Arbitrations-Special Supplement*, (2003) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 35

- GARANT, P., «Commentaire de l'arrêt Sport Maska c. Zittner», (1989) 68 *R. du B. can.* 166
- GOUTAL, J.-L., note sous Cass. Com., 4 mars 1985, [1987] *Rev. arb.* 139, 147
- GOUTAL, J.-L., «Le droit des contrats», *L'arbitrage et les tiers*, [1988] *Rev. arb.* 439
- GRAHAM, W.C., «The internationalization of Commercial Arbitration in Canada: A Preliminary Reaction», (1987) 13 *Can. Bus. L. J.* 2
- GRAVEL, S., «Multiparty arbitration and multiple arbitrations», [1986] 7(2) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 45
- HAIGH, D.R., A.K. KUNTEZKI et C.M. ANTHONY, «International Commercial Arbitration and the Canadian Experience», (1995) 34 *Alta L. Rev.* 137
- HANOTIAU, B., «Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts – Parties – Issues», (2001) 18(3) *J. Int. Arb.* 251
- HEENEY, A.D.P., «Estoppel in the law of Québec», (1930) 8 *Can. Bar. Rev.* 401 et 500
- HOSKING, J.M., «Non-signatories and International Arbitration in the United States : the Quest for Consent», (2004) 20(3) *Arb. Int.* 289
- JAKUBOWSKI, J., «L'arbitrage international dans les litiges commerciaux multilatéraux – L'expérience polonaise», [1981] *Rev. arb.* 66
- JARROSSON, Ch., «Conventions d'arbitrage et groupes de sociétés» dans Colloque du Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé, 1993, Université de Lille II et École des hautes études commerciales du Nord, *Groupes de sociétés : contrats et responsabilités*, Paris, L.G.D.J., 1994, 160 p.
- JARROSSON, Ch., «Conventions d'arbitrage et groupes de sociétés», *Special Series* [1994] 8 *ASA bulletin* 209
- JARROSSON, Ch., note sous Cour d'appel de Paris (1^{re} Ch. Suppl.), 5 mai 1989 et Cass. civ. (1^{re} ch.), 7 janvier 1992, [1992] *J.D.I.* 726
- JARVIN, S., «La validité de la clause arbitrale vis-à-vis de tiers non-signataires de la clause – Examen de la doctrine des groupes de sociétés dans l'arbitrage CCI», [1995] *R.D.A.I.* 730
- JOLIVET, E., «La jurisprudence arbitrale de la CCI et la *lex mercatoria*», [2001] 119 *Gaz. Pal.* 36

- KAHN, Ph., «Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international», [1989] *J.D.I.* 305
- KASSIS, A., «L'arbitrage multipartite et les clauses de consolidation», [1988] *D.P.C.I.* 221
- KESSEDJIAN, C., «La clause compromissoire par référence : épilogue de l'affaire *Bomar*», note sous Cass. Civ. 1^{re}, 9 novembre 1993, [1994] *Rev. arb.* 108
- KESSEDJIAN, C., «La forme de la clause compromissoire par référence et la convention de New York», note sous Cass. Civ. 1^{re}, 11 octobre 1989, [1990] *Rev. arb.* 134
- KHIARI, K., «La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international», dans Service de la formation permanente, 1997, Barreau du Québec, *Développements récents en arbitrage civil et commercial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 13
- KLEIN, Th., «Disagreement on the Scope of an arbitration clause», [1996] 7(2) *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 24
- KOS-RABCEWICZ-ZUBKOWSKI, L., «Arbitration in the Code of Civil Procedure of Québec», (1968) 3 *R.J.T.* 143
- LALIVE, P., «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, p. 15
- LARROUMET, Ch., «Promesse pour autrui, stipulation pour autrui et arbitrage», [2005] *Rev. arb.* 903
- LÉBOULANGER, Ph., «État, politique et arbitrage- L'affaire du plateau des pyramides», dans [1986] *Rev. arb.* 3
- LÉBOULANGER, Ph., «Groupes d'État(s) et arbitrage», [1989] *Rev. arb.* 415
- LÉBOULANGER, Ph., «Multi-Contract Arbitration», (1996) 13(4) *J. Int. Arb.* 43
- LECLERC, G., «La bonne foi dans l'exécution des contrats», [1992] 37 *R.D.McGill* 1070
- LEFEBVRE, B., «La bonne foi dans la formation du contrat», [1992] 37 *R.D.McGill* 1053
- LEFEBVRE, B., «La bonne foi : Notion protéiforme», [1996] 26 *R.D.U.S.* 320

- LEFEBVRE, B., «Liberté contractuelle et justice contractuelle» dans Service de la formation permanente, 2000, Barreau du Québec, *Développements récents en droit des contrats*, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 61
- LOQUIN, E., note sous Versailles, 7 mars 1990, OIAETI et *Sofidif c. COGEMA, SERV, Eurodif, CEA*, [1991] *Rev. arb.* 326
- LOQUIN, E., «La réalité des usages du commerce international», [1989] *Rev. int. dr. éco.* 180
- MALOUCHE, H., «Quelques réflexions au sujet des parties à l'arbitrage», (2002) *20(2) ASA Bull.* 229
- MARQUIS, L., «La notion d'arbitrage commercial international en droit québécois», (1992) *37 R.D. McGill* 448
- MARTEL, P., «Le 'voile corporatif' et l'article 317 du Code civil du Québec», (1995) *55 R. du B.* 447
- MARTEL, P., «Le 'voile corporatif' et l'attitude des tribunaux face à l'article 317 du Code civil du Québec», (1998) *58 R. du B.* 95
- MASSÉ C., «Le lien entre la Loi sur la protection du consommateur et le Code civil du Québec», *Code civil du Québec*, Montréal, Thémis, 2005, p. 383
- MAYER, P., «La 'circulation' des conventions d'arbitrage», [2005] *J.D.I.* 251
- MAYER, P., «Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire», [1998] *Rev. arb.* 359
- MIRANDA, G.B., «Le contenu obligationnel du contrat de franchise internationale en droit québécois», [1998] *32 R.J.T.* 817
- NICKLISCH, F., «Multi-Party Arbitration and Dispute Resolution in Major Industrial Projects», (1994) *11(4) J. Int. Arb.* 57
- OPPETIT, B., «La clause arbitrale par référence», [1990] *Rev. arb.* 551
- OPPETIT, B., «La réforme est-elle nécessaire?», *L'arbitrage et les tiers*, [1988] *Rev. arb.* 551
- OUKRAT, Ph., «La pratique du CIRDI», [1987] *D.P.C.I.* 273
- PARK, W.W. et J. PAULSSON, «Arbitrage commercial et contrats internationaux», (1985) *45 R. du B.* 215

- PIETRO, D.D., «Incorporation of arbitration clauses by reference», (2004) 21(5) *J. Int. Arb.* 439
- PINSOLLE, Ph., «Distinction entre le principe de l'*estoppel* et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international», [1998] *J.D.I.* 905
- PINSOLLE, Ph., *L'estoppel* reconnu en France de manière autonome, note sous Cass. Civ. 1^{re}, 6 juillet 2005, [2005] *Rev. arb.* 993
- PLATTE, M., «When Should an Arbitrator Join Cases?», (2002) 18(1) *Arb. Int.* 67
- POUDRET, J.-F., «L'extension de la clause d'arbitrage : L'approche française et suisse», [1995] *J.D.I.* 893
- PRUJINER, A., «Compétence judiciaire et compétence arbitrale : analyse de la jurisprudence récente au Québec», (1999) 12(2) *R.Q.D.I.* 79
- PRUJINER, A., «La force obligatoire des clauses d'arbitrage (Article 8 de la Loi-type de la CNUDCI)», [1994] *Rev. arb.* 569
- ROBIN, G., «Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux», [2005] *R.D.A.I.* 695
- ROLLAND, L., «Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec», [1999] 44 *R.D.McGill* 903
- ROUSSEAU, S., «Immunité des actionnaires et levée du voile corporatif : perspectives de l'analyse économique du droit», (1999) 78 *R. du B. can.* 1
- RUBELLIN-DEVICHI, J., «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
- RUBELLIN-DEVICHI, J., «Le droit de l'arbitrage : Les solutions juridictionnelles», *L'arbitrage et les tiers*, [1988] *Rev. arb.* 514
- SALAH M.MAHMOUD, M. « Groupes de contrats : intérêt de la notion en droit international privé et dans le droit de l'arbitrage international », [1996] *R.D.A.I.* 593
- SARVIN, S., «La validité de la clause arbitrale vis-à-vis de tiers non-signataires de la clause – Examen de la doctrine des groupes de sociétés dans l'arbitrage CCI», [1995] *R.D.A.I.* 730
- SCHWARTZ, E. A., «Multi-party Arbitration and the ICC – In Wake of *Ducto*», (1993) 10(3) *J. Int. Arb.* 5

- STERN, B., «Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international», [2000] *Rev. arb.* 403
- THUILLEAUX, S. et D. M. PROCTOR, «L'application des conventions d'arbitrage au Canada: une difficile coexistence entre les compétences judiciaire et arbitrale», (1992) *37 R.D. McGill* 470
- TRAIN, F-X., «Le concours de clauses d'arbitrage dans un ensemble contractuel», note sous Paris, 1^{re} Ch. Civile, 11 avril 2002 et 22 mai 2003, [2003] *Rev. arb.* 1252
- TREMBLAY, R., «Commentaires des articles du Code civil et du Code de procédure civile en matière d'arbitrage», (1988) *90 R. du N.* 394 et 536
- TSCHANZ, P.Y., «Compétence et transfert des clauses compromissaires», note sous Tribunal fédéral suisse (1^{re} Cour civ.), 16 octobre 2001, [2002] *Rev. arb.* 753
- VIDAL, D., «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
- VINCZE, A., «Arbitration Clause – Is it Transferred to the Assignee?», (2003) *1 Nordic Journal of Commercial Law* 1
- WHITESELL, A.M. et E. SILVA-ROMERO, «Multiparty and Multicontract Arbitration: Recent ICC Experience» dans *Complex Arbitrations – Special Supplement* [2003] *ICC international Court of arbitration Bulletin* 7
- WOOLHOUSE, S.P., «Group of Companies Doctrine and the English Arbitration Law», (2004) 20(4) *Arb. Int.* 435

IV. SITES INTERNET

- <http://www.azimut.soquij.qc.ca/>
- <http://www.bcicac.com/>
- <http://www.cacniq.org/>
- http://www.iccwbo.org/index_cour.asp
- <http://www.jugements.qc.ca/>

- <http://www.kluwerlawonline.com/>
- <http://www.lcia-arbitration.com/>
- <http://www.lexum.umontreal.ca/>
- http://www.oflynnexhams.ie/news_publications/Peterson%20Farms.pdf
- <http://www.ohada.com/>
- http://ql.quicklaw.com/LNC_login_fr.html
- <http://rejb.editionsyvonblais.com/>
- <http://www.worldbank.org/icsid/cases/cases.htm>