THÈSE POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

En Droit privé et sciences criminelles

École doctorale Droit et Science politique

Unité de recherche - Laboratoire de droit privé

L'incidence de l'arbitrage et les situations triangulaires :

Étude à la lumière de l'évolution du sort de la caution solidaire

Présentée par Joyce EL HAJJ

Le 29 juin 2021

Sous la direction du Professeur Séverine CABRILLAC

Devant le jury composé de

Monsieur Thomas LE GUEUT **Professeur à l'Université de Paris 13**	**Rapporteur**
Monsieur Nicolas ERESEO **Professeur à l'Université de Strasbourg**	**Rapporteur**
Monsieur Christophe ALBIGES **Professeur à l'Université de Montpellier**	**Président du Jury**
Madame Séverine CABRILLAC **Professeur à l'Université de Montpellier**	**Directrice de thèse**

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

THÈSE POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

En Droit privé et sciences criminelles

École doctorale Droit et Science politique

Unité de recherche - Laboratoire de droit privé

L'incidence de l'arbitrage et les situations triangulaires : Étude à la lumière de l'évolution du sort de la caution solidaire

Présentée par Joyce EL HAJJ

Le 29 juin 2021

Sous la direction du Professeur Séverine CABRILLAC

Devant le jury composé de

Monsieur Thomas LE GUEUT **Professeur à l'Université de Paris 13**	**Rapporteur**
Monsieur Nicolas ERESEO **Professeur à l'Université de Strasbourg**	**Rapporteur**
Monsieur Christophe ALBIGES **Professeur à l'Université de Montpellier**	**Président du jury**
Madame Séverine CABRILLAC **Professeur à l'Université de Montpellier**	**Directrice de thèse**

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

« L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur »

REMERCIEMENTS

Mes remerciements sont adressés au Professeur Séverine CABRILLAC qui m'a proposée le sujet de la thèse. Je la remercie en tant que directrice pour sa disponibilité de tous les instants, ses précieux conseils et sa profonde bienveillance.

Mes plus vifs remerciements aux professeurs Nicolas ERESEO, Thomas LE GUEUT et Christophe ALBIGES.

Je tiens également à remercier mes frères Imad et Bassam, ma sœur Cathia pour leur présence et leurs encouragements perpétuels, ainsi que mon mari Rabih pour son soutien indéfectible.

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PARTIE 1 : L'AVÈNEMENT DE LA PROCTECTION DE LA CAUTION SOLIDIARE À L'ÉGARD DE L'ARBITRAGE LIANT LES PARTIES

Titre 1 : Le rejet de l'application de la théorie de représentation mutuelle des coobligés à la caution solidaire

Chapitre 1 : La vision historique de la théorie de représentation mutuelle des coobligés

Section 1 : La présentation des soutiens classiques de la théorie de représentation mutuelle des coobligés

Section 2 : Les opposants à la théorie de représentation mutuelle des coobligés

Chapitre 2 : Le refus révolutionnaire par la Cour de cassation de la théorie de représentation mutuelle des coobligés

Section 1 : Le raisonnement de la Cour de cassation

Section 2 : La qualification de la caution solidaire au regard de l'arbitrage créancier-débiteur

Titre 2 : La consécration par la Cour de cassation du droit de la caution solidaire à l'accès au juge

Chapitre 1 : La reconnaissance de la violation du droit de la caution solidaire à l'accès au juge

Section 1 : L'application de la Cour de cassation de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme dans le cadre de la protection du droit d'accès au juge

Section 2 : L'irrecevabilité de la tierce opposition formée par la caution solidaire confrontée aux droits de la défense

Chapitre 2 : La solution apportée par la Cour de cassation pour protéger le droit d'accès au juge de la caution solidaire

Section 1 : La consécration des droits de la défense de la caution solidaire

Section 2 : L'hypothèse de l'intervention de la caution solidaire à l'instance arbitrale

PARTIE 2 : LES TRANSPOSITIONS SOUHAITÉES

Titre 1 : Une transposition totale à l'assureur

Chapitre 1 : Une qualité duale de l'assureur

Section 1 : La qualité de tiers de l'assureur en l'absence de clause de direction de procès

Section 2 : La qualité de partie de l'assureur non-signataire en présence de la clause de direction de procès

Chapitre 2 : Le déroulement et les effets de la procédure arbitrale à l'égard de l'assureur non-signataire

Section 1 : L'irrecevabilité de principe de l'intervention de l'assureur non-signataire dans l'instance arbitrale

Section 2 : Les effets de la sentence arbitrale rendue à l'égard de l'assureur non-signataire

Titre 2 : L'effet de la procédure arbitrale à l'égard des anciens et futurs associés ou dirigeants

Chapitre 1 : L'effet de la procédure arbitrale prévue par les statuts ou règlement à l'égard d'un dirigeant ou d'un ex ou futur associé

Section 1 : L’effet de la clause compromissoire statutaire à l’égard d’une personne perdant la qualité de dirigeant ou d’associé

Section 2 : L’effet de la clause compromissoire statutaire à l’égard d’une personne acquérant la qualité d’associé

Chapitre 2 : L’effet de la sentence arbitrale à l’égard d’un ex ou futur dirigeant ou associé et les voies de recours consacrées à sa protection

Section 1 : Les différentes positions jurisprudentielles et doctrinales sur le sujet des effets de la sentence arbitrale à l’égard des personnes acquérant ou perdant la qualité d’un associé

Section 2 : La controverse jurisprudentielle et doctrinale sur le sujet de la recevabilité de la tierce opposition formée par les parties acquérant ou perdant la qualité d’associé

CONCLUSION GÉNÉRALE

* Voir la table des matières détaillée à la fin de l’ouvrage

LISTE DES PRINCIPALES

ABREVIATIONS

§	Alinéa dans un texte juridique
Art.	Article de droit
Bull. civ.	Bulletin civil de la Cour de cassation
Bull. Joly	Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés
Bull. Joly	Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés
Bull.	Bulletin
C. Cass.	Cour de cassation
C. Civ	Code civil
CA.	Cour d'appel
Cass. Ch. Mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. civ. 1er	Cour de cassation Chambre civile, première Chambre
Cass. Com.	Cour de Cassation Chambre commerciale
Cass. Soc.	Cour de Cassation Chambre sociale.
D. Affaires	Recueil Dalloz édition "Affaires"
D.	Recueil de jurisprudence Dalloz
D.A.	Dalloz analytique
Défrénois	Répertoire du notariat Défrénois
éd.	Edition ou nom de l'éditeur (selon le contexte)
et s.	Et suivants (après l'énonciation d'un article)
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid	*Ibidem*
JCl	Jurisclasseur
JCP E.	Jurisclasseur périodique édition "Entreprise"
JCP N.	Jurisclasseur édition "Notariale "
JCP	Jurisclasseur périodique (Semaine juridique)
JDI	Journal du droit International
LPA	Les petites Affiches
Obs.	Observations
Op.Cit.	*Opere citato, cité précédemment*
P.	Page
RCDIP	Revue Critique de Droit International Privé

Rec.	Recueil
Rép. civ.	Répertoire de droit civil Dalloz
Rép. com.	Répertoire de droit commercial Dalloz
Rép. pr. civ.	Répertoire de procédure civile Dalloz
Rép. soc.	Répertoire du droit des sociétés Dalloz
Rép.	Répertoire
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. dr. soc.	Revue du droit social
Rev. soc.	Revue des sociétés Dalloz
Rev.	Revue
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil (Sirey)
RTD. Com	Revue trimestrielle de droit commercial (Sirey)
S.	Recueil Sirey
Sem. jur.	La semaine juridique
Somm.	Sommaires de jurisprudence
ss.	Suivi d'une référence bibliographique : "voir sous..."
t.	Tome (d'un livre lorsqu'il en comporte plusieurs) suivi d'un chiffre romain pour indiquer le numéro du tome
TI	Tribunal d'instance
Trib.	Tribunal, suivi du nom du lieu où siège la juridiction
V.	Voir dans le sens de « à consulter... »
Vol. n°	Volume ou tome suivi d'un numéro en chiffre romain

INTRODUCTION

> « Il est si évident que nous avons une volonté libre, qui peut donner son consentement ou ne pas le donner quand bon lui semble, que cela peut être compté pour une de nos plus communes notions.[1] »

1. « L'arbitrage est le point de rencontre du contrat et de la procédure ; sa source conventionnelle produit des effets juridictionnels. Cette justice, librement choisie par les parties, a-t-elle une influence sur les tiers, entendus comme ceux n'ayant pas conclu la convention d'arbitrage ? [2]». Vaste interrogation dont nous présenterons succinctement les enjeux théoriques**(I)** et pratiques **(II)** pour justifier l'optique dans laquelle nous tenterons de l'éclairer.

I- LES ENJEUX THEORIQUES

Nous présenterons rapidement les notions de partie (**1°**), nous développerons la notion du tiers en matière d'arbitrage (**2°**) et nous énoncerons les problématiques suscitées par la confrontation des tiers et de l'arbitrage (**3°**)

1°) Les notions de partie

Afin d'établir des rapports à la fois justes et équilibrés, le contrat, doit se fonder principalement sur la rencontre de la volonté commune des contractants. C'est le principe de l'autonomie-souveraineté de la volonté qui « conduit à limiter l'effet obligatoire du contrat aux parties contractantes, c'est-à-dire ceux qui ont voulu par leur accord de volonté conclure le contrat.[3] » L'effet relatif des conventions limite la force obligatoire du contrat aux seules parties contractantes. « Le rôle de la volonté des parties contractantes dans la formation du contrat et la

[1] **Descartes**, *Principes*, I 39.
Il est certain que chaque personne a toute latitude de choisir le mode traitement de litiges convenable pour trancher leurs différends. Entreprendre la voie de l'arbitrage dépend de la volonté des parties au contrat et les autres seront qualifiés de tiers.

[2] **P. PUIG**, « L'influence de l'arbitrage en matière d'assurance sur les tiers », *Revue Générale du droit des assurances*, n°2012-01, 1er janvier 2012, P. 191.

[3] **J. GHESTIN**, « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », *la semaine juridique-JCP*, n˚27, 3628, juillet 1992, P.517.

spécificité qu'il confère à ce mode de création d'effets obligatoires, permet de poser en principe que seules les parties seront obligées par le contrat qu'elles ont voulu. Une telle solution est, en effet, la conséquence logique et raisonnable du pouvoir reconnu par le droit objectif aux parties contractantes.[4] »

2. La qualification de parties ou de tiers est reliée aux effets du contrat, elle « s'efforce de concilier le rôle de la volonté, qui caractérise le contrat en tant que procédure spécifique de création d'effets de droit, avec la nécessité de tenir compte de ce que l'étendue des effets obligatoires du contrat n'est pas et ne peut pas être limitée aux personnes qui ont initialement formé le contrat par l'échange de leurs consentements.[5]»

Nous signalons que la notion de parties a été différemment expliquée par la doctrine, et afin de mieux la comprendre et pour ne pas la confondre avec celle de tiers, nous exposerons les différentes définitions des auteurs en présentant tout d'abord la notion classique (**§1**) et ensuite celle élargie (**§2**).

§1) La notion classique de partie

3. Dans le cadre de la notion classique, les parties sont exclusivement les personnes qui ont voulu conclure l'acte juridique. Cette conception traduit parfaitement l'idée de l'effet relatif des conventions, qui limite l'effet du contrat aux seules parties contractantes. « Le critère de qualité de partie réside donc dans la volonté de contracter[6] ».

En d'autres termes, les parties sont alors les personnes qui ont conclu le contrat, directement ou indirectement par le biais de leur représentant conventionnel ou légal.

§2) La notion élargie de partie

4. Pour M. GHESTIN, la qualification de partie se base sur la volonté de la personne d'être liée par le contrat et ne se limite pas à la conclusion du contrat. « Dans la nouvelle conception proposée par M. GHESTIN, c'est la volonté d'être lié par le contrat que celle-ci existe au stade de

[4] **J. GHESTIN**, « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », *la semaine juridique- JCP*, n˚27, 3628, juillet 1992, P.517.

[5] **J. GHESTIN**, *Op.Cit*., P.523.

[6] **B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER**, *droit civil, obligations*,3e édition, 1988, n°1198.

la formation ou à celui de l'exécution de l'acte. L'élargissement de la notion de partie se fait donc dans le temps.[7] »

2°) La notion de tiers en matière d'arbitrage

5. Les tiers sont les étrangers qui n'ont ni conclu, ni exécuté le contrat, et ne sont pas normalement liés par la convention d'arbitrage, mais se trouvent parfois obligés de supporter les effets d'un contrat qu'ils n'ont pas conclu.[8] « Il fait partie de ces mots à sens multiples utilisés pour désigner toutes les personnes qui gravitent autour du contrat sans avoir participé à sa conclusion.[9]»

Les tiers classiquement sont les « penitus extranei », donc ceux qui sont totalement étrangers à l'acte juridique et n'ont aucun lien de droit avec les parties contractantes d'une part, et ceux qui n'ont pas consenti mais sont liées par les effets du contrat. Il s'agit donc « de la volonté au moment de la conclusion du contrat.[10] »

6. La question qui se pose est de savoir si l'arbitrage, ce mode de règlement de litiges choisi librement par les parties du contrat, influence des personnes étrangères à la convention d'arbitrage ou la clause compromissoire.

7. Partant de la nature conventionnelle de l'arbitrage, la réponse à cette interrogation fut en principe toujours négative, abstraction faite de la nature accordée à l'arbitrage puisque, par application du principe de l'effet relatif, la clause compromissoire ou la convention d'arbitrage ne doivent contraindre que les parties ou celles qui sont représentées. Ce principe ne laisse pas de place pour les tiers[11], qui ne sont pas parties à la convention arbitrale ou au contrat de base contenant la clause compromissoire.

---

[7] **C. GUELFUCCI-THIBIERGE**, « De l'élargissement de la notion de partie au contrat… à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », *RTD civ*, n°1 janvier-mars 1994-93e année, P.280-281.

[8] **J. GHESTIN**, « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », *la semaine juridique*, n˚27, 3628, juillet 1992, P.517.

[9] **A. ASTEGIANO-LA RIZZA**, « L'assurance et les tiers, variations sur le thème de la complexité des relations contractuelles », préface de Luc MAYAUX, Doctorat et Notariat, Tome 6, 2004, P.1.

[10] **C. GUELFUCCI-THIBIERGE**, « De l'élargissement de la notion de partie au contrat… à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », *RTDciv*, n°1 janvier-mars 1994-93e année, P.280.

[11] Paris, 19 déc. 1986, *Rev. arb.* 1987. 359.

En d'autres termes, c'est la volonté des parties, qui fonde le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, « et la nature conventionnelle de la clause d'arbitrage imposent un effet relatif de la clause compromissoire à l'égard des tiers.[12] »

M. PUIG, a expliqué le principe de l'effet relatif des contrats dans le contexte de l'arbitrage, par la volonté explicite des parties à entreprendre ce mode alternatif de traitement de litiges, et exclut les tiers de l'effet de la procédure arbitrale. « La liberté contractuelle se conjugue avec l'effet relatif des conventions. La convention d'arbitrage n'a d'effet qu'entre les parties et ne peut nuire aux tiers qui n'y ont point consenti.[13] »

Cependant, pour élargir le champ d'application de l'arbitrage aux tiers étrangers à ce dernier, « le juge français retient cependant une conception large de la connaissance par le tiers de la clause, ce qui permet d'étendre le champ d'application de cette dernière.[14] »

8. La qualité de partie à ce niveau, est décidée en fonction de son consentement à entreprendre la voie d'arbitrage, donc de sa conclusion d'une clause compromissoire d'une part, et de sa présence explicite et non tacite dans l'instance arbitrale.

9. Tout étranger ou non-signataire[15] de la convention arbitrale ou de la clause compromissoire, est en principe qualifié de tierce personne par rapport à ces dernières et le sera de ce fait au niveau procédural, donc dans l'instance arbitrale menée entre les parties au litige, là où la sentence arbitrale n'a d'autorité de la chose jugée qu'entre les parties.

Cependant, les tribunaux arbitraux ne limitent plus le pouvoir juridictionnel aux seules signataires de la clause compromissoire, mais élargissent leur champ d'application aux tierces personnes non-signataires. « Il est désormais largement admis que la signature du contrat contenant la clause compromissoire n'est pas l'unique manifestation de la volonté des parties au recours à l'arbitrage. Cette solution qui a le mérite d'être pragmatique implique, néanmoins, une analyse scrupuleuse

---

[12] « L'extension de la clause compromissoire à des tiers », article écrit par **Squire Patton Boggs**, le 13 février 2013, publié dans ARBITRAGE - MEDIATION

[13] **P. PUIG**, « L'influence de l'arbitrage en matière d'assurance sur les tiers », *Revue générale du droit des assurances*, Tome 83, 2012, P.191.

[14] **B. MOREAU, É. GLUCKSMANN et P. FENG**, « Arbitrage international » *Répertoire de procédure civile*, juin 2016 (actualisation : décembre 2019).

[15] « La signature est en effet un mode normal et non équivoque de la manifestation du consentement ; n'est partie que celui qui a signé. » Voir **A. CHAPELLE**, « L'arbitrage et les tiers : le droit des personnes morales (groupe de sociétés ; intervention d'Etat) », *Rev. arb.* 1988.476.

des circonstances de chaque espèce et l'application au cas par cas d'une règle matérielle précise.[16] »

D'ailleurs certains auteurs approuvent l'idée de l'extension de l'effet de la procédure arbitrale aux personnes non contractantes, tel M. CORREA DELCASSO, qui préfère les qualifier de « partie initialement non-signataire de la convention d'arbitrage », plutôt que celle de « tiers », c'est-à-dire, de personne morale ou physique, étrangère à cette dernière. [17]»

3°) Les problématiques suscitées par la confrontation des tiers et de l'arbitrage

Nous expliquerons les effets de la clause compromissoire sur les tiers (**§1**), l'effet de la sentence arbitrale à l'égard des tiers (**§2**) et le tiers et son droit de l'accès au juge consacré par l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme (**§3**).

§1) Les effets de la clause compromissoire sur les tiers

10. En réalité, l'arbitrage peut s'imposer aux tiers, selon des mécanismes variables soumis à deux logiques intéressantes, soit en vertu d'une logique conventionnelle, soit en application d'une autre processuelle.

Dans le concept de la logique conventionnelle, la clause compromissoire est opposable aux parties au contrat, ou tiers soit par sa transmission ou son extension.

Alors que la logique processuelle, attache le principe de l'extension de la clause d'arbitrage aux tiers, « tantôt sur le règlement global du litige, tantôt sur l'opposabilité de la sentence.[18]»

11. Outre ces deux logiques, il sera de droit, que la partie non-signataire soit liée par la clause compromissoire et cela dans le cadre de la représentation de celle-ci. « Il suffit pour cela que l'on ait été représenté au contrat ou dans la procédure par le biais d'un mécanisme de représentation parfaite.[19] » Ou même, par son acceptation tacite « les tribunaux arbitraux ont

[16] « L'extension de la clause compromissoire à des tiers », article écrit par le bureau d'avocats **Squire Patton Boggs** dans ARBITRAGE - MEDIATION, publié le 13 février 2013.

[17] **J.P. CORREA DELCASSO**, « La clause d'arbitrage et son extension à des parties non-signataires en arbitrage interne et international », *Gaz. Pal.* 28 décembre 2013, n° 155v8.

[18] **P. PUIG**, *Op.Cit.*, P. 198.

[19] **A. CHAPELLE**, *Op.Cit.*, P. 289.

largement considéré qu'un consentement implicite de voir leurs litiges soumis à l'arbitrage comme mode alternatif de résolution de différends pouvait être déduit du comportement des parties.[20] »

§2) L'effet de la sentence arbitrale à l'égard des tiers

Pour mieux comprendre l'effet de la sentence à l'égard des tierces personnes, il fallait expliquer la notion d'opposabilité de la décision juridictionnelle et son application dans le domaine de l'arbitrage (**a**), et les droits conservés à ces derniers pour se défendre contre tout jugement ou sentence rendus à leur encontre, par la voie de la tierce opposition (**b**).

a) La notion d'opposabilité de la décision juridictionnelle et son application dans le domaine de l'arbitrage

12. La notion d'opposabilité, n'était pas tellement répandue au niveau des tribunaux étatiques, puisqu'ils se limitaient à l'application de l'article 1355 du Code civil aux termes duquel l'effet du jugement ne dépasse pas les parties aux litiges. « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité. »

13. Toutefois, certains auteurs l'ont acceptée, tel M. DUCLOS qui l'a clairement expliqué dans son ouvrage « L'opposabilité[21] ». Pour mieux expliquer son point de vue, il a considéré que dans la mesure où l'acte juridictionnel « rayonne hors de son cercle générateur[22] », les tiers doivent en tenir compte et « s'abstenir éventuellement d'y porter atteinte».[23] C'est pour cette raison que ces derniers, dont les intérêts peuvent être affectés par une décision à l'élaboration de laquelle ils n'ont pas participé, ont la possibilité d'exercer une action en inopposabilité, donc une tierce opposition[24]. Celle-ci « n'a donc pas tant pour but de faire respecter la relativité de la chose jugée que d'écarter les effets indirects – l'opposabilité – du jugement qui fait grief aux tiers.[25] »

---

[20] « L'extension de la clause compromissoire à des tiers », article écrit par le bureau d'avocats **Squire Patton Boggs** dans ARBITRAGE - MEDIATION, publié le 13 février 2013.

[21] **J. DUCLOS**, *L'opposabilité*, Essai d'une théorie générale, préf. MARTIN, LGDJ, 1984, p. 22 s.

[22] **J. DUCLOS**, *Op.Cit.*, p. 22 s

[23] **J. DUCLOS**, *Ibid..*, p. 22 s

[24] **L. BOYER**, « Les effets des jugements à l'égard des tiers », *RTD civ*. 1951.163.

[25] **C. BLÉRY**, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, préf. MAYER, LGDJ, 2000, p. 363.

14. De même M. MAYER l'a totalement maintenu, en assimilant l'effet du jugement à celui relatif des contrats se limitant aux parties contractantes. « L'opposabilité d'un jugement aux tiers a exactement la même nature que celle d'un contrat, pour la bonne raison que ce qui est en réalité opposable, c'est la situation juridique créée ou constatée, qu'elle qu'en soit la source.[26] »

15. Pour leur part, MM. HÉRON et LE BARS[27], ont mis l'accent sur le concept de l'autorité de la chose pour expliquer l'applicabilité du jugement rendu à un tiers étranger.

Enfin, nous retenons que ce principe d'opposabilité aux tiers des actes juridictionnels a été également affirmé par la Cour de cassation au sujet d'une sentence arbitrale[28]. « Toutefois, cette opposabilité se limite au litige tranché et ne saurait conduire à une extension sans autre forme d'analyse des motifs du jugement opposé à l'autre partie.[29] ».

b) L'opposabilité de la sentence arbitrale à l'égard des tierces personnes

16. Par transposition au domaine de l'arbitrage, la notion de l'opposabilité semble très logique à appliquer aux sentences arbitrales. L'effet de la sentence arbitrale, dépend de même de la qualification de la personne s'y opposant. D'où la controverse entre autorité de la chose jugée pour les parties et opposabilité de la sentence arbitrale aux tierces personnes, deux notions assez importantes, indispensables à expliquer.

17. La partie à l'instance sera parfaitement liée par la sentence arbitrale rendue, qui a autorité de la chose jugée à son encontre. Toutefois, c'est à propos des tiers qu'il faut parler d'opposabilité et considérer sans doute que la sentence leur est opposable du seul fait de son existence. Dans ce cas, « le tiers à qui l'existence de la sentence porte préjudice peut former tierce opposition.[30] »

---

[26] Cass. Ch. com., 23 janvier 2007, *Rev. arb*. 2007.772, note **P. MAYER**.

[27] **J. HÉRON et Th. LE BARS**, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 5e éd., 2015, n˚341 ; **N. FRICERO**, « Autorité du jugement », *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz Action 2006-2007, n˚421.162.

[28] Com. 23 janv. 2007, n° 05-19.523, *Rev. arb.* 2007. 135 et 2007. 769, note **P. MAYER** ; RTD civ. 2007. 383, obs. **R. PERROT** ; Com. 2 déc. 2008, n°s 07-17.539 et 07-19.201, *Rev. arb*. 2009. 327, note **P. MAYER** ; Voir aussi : **S. BOLLÉE**, « Les effets des sentences arbitrales à l'égard des tiers », *Rev. arb*., 2015. 695 ; **S. LEMAIRE**, *L'opposabilité de la sentence arbitrale aux tiers. Approche critique du droit français*, Mélanges en l'honneur du Professeur **P. MAYER**, LGDJ Lextenso éditions, 2015, p. 465.

[29] Com. 2 février 2016, n°14-23.921, *Procédures* 2016. 133, obs. **WEILLER**

[30] **A. CHAPELLE**, *ibid*., P.290.

18. La Cour de cassation dans l'arrêt du 23 janvier 2007, a accepté la notion de l'opposabilité de la sentence arbitrale aux tiers, au motif que « si une sentence arbitrale n'a autorité de la chose jugée qu'eu égard au litige qu'elle tranche, elle n'en est pas moins opposable aux tiers. [31]»

M. MAYER explique depuis cet arrêt, une incompatibilité entre le concept de l'autorité de la chose jugée d'un jugement qui se limite normalement aux parties aux litiges et les tiers qui sont touchés par la sentence arbitrale par le fait de son opposabilité. « Mais ce faisant, elle tombe dans le travers opposé : elle baptise opposabilité ce qui n'eût pu être, au mieux, que de l'autorité de chose jugée, insusceptible d'être invoquée à l'encontre de tiers.[32] »

Cette explication nous mène, à nous interroger sur la différence entre l'autorité de la chose jugée et l'opposabilité d'une sentence arbitrale.

19. Mme FRICERO donne une réponse à cette interrogation en se basant sur l'effet essentiel de la sentence arbitrale à l'égard des tiers. Elle indique que, « tout jugement produit des effets substantiels qui entraînent une modification de l'ordonnancement juridique. Cette modification s'impose à tous, est opposable aux tiers.[33] »

§3) Le tiers et son droit de l'accès au juge consacré par l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme

20. Le droit d'accéder au juge est consacré par le droit constitutionnel français sur la base de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789. « En principe, il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction.[34] »

De même, ce droit a été proclamé par la Convention européenne des droits de l'Homme dans son article 6§1. « Lorsque l'accès à la justice est remis en cause, l'article 6-1 CEDH peut venir au

[31] Cass., com., du 23 janvier 2007, 05-19.523, Inédit.
[32] Cass. Ch. com., 23 janvier 2007, *Rev. arb*. 2007.771, note **P. MAYER.**
[33] **N. FRICERO**, « Autorité du jugement, Droit et pratique de la procédure civile », *Dalloz Action,* 2006-2007, n˚421.162.
[34] **O. SCHRAMECK**, « Cons. Const., 9 avril 1996, Statut de la Polynésie française », *AJDA*, 1996.376.

secours du contractant le plus faible, la contrariété avec cette disposition pouvant être soulevée lors du contrôle de la sentence arbitrale par la juridiction étatique. [35]»

21. La question qui se pose est de savoir, si la clause compromissoire insérée dans un contrat, prive la partie non-signataire de son droit d'accéder au juge.

En réalité, chaque justiciable a par application du principe de l'égalité des droits, toute latitude d'accéder à la justice abstraction faite du mode de traitement de litiges entretenu entre les parties contractantes. Une justice parfaitement reconnue dans le contexte de l'arbitrage, dans un contexte privé à base conventionnelle, qui maintient les mêmes fins que celle élaborée par les juges.

22. Ce droit d'accès au juge, a été exclusivement et textuellement limité aux tribunaux étatiques, puisque nous unissons « instinctivement le droit au juge à la question majeure de l'accès des indigents à la justice, préoccupation traditionnelle de toute société démocratique[36] », alors que le champ de son application s'étend identiquement à l'arbitrage[37] même si la Convention européenne des droits de l'Homme ne le précise pas clairement dans ses articles, « certes, cela peut paraître surprenant tant l'arbitrage semble étranger à la Convention qui ne mentionne nulle part les mots « arbitre » ou « arbitrage », celle-ci visant essentiellement les libertés publiques et leur respect par les juridictions étatiques.[38] »

23. Cette exclusivité appliquée, ne tenait pas compte de la mission juridictionnelle confiée à l'arbitre, qui le contraint de prononcer des sentences arbitrales justes au regard des deux justiciables. « L'arbitre demeure un juge qui doit rendre la justice de manière impartiale, à l'image de son homologue étatique.[39] »

a) Le procès équitable

24. Cette « philosophie du procès équitable qui transcende les clivages juridictionnels et leurs particularismes est issue de l'article 6-1 de la CEDH. [40] »

---

[35] **F. VALENCIA**, « Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage », *Rev. arb.* 2007.45.

[36] **F. VALENCIA**, *Op.Cit., Rev. arb.* 2007.46.

[37] V. dans ce sens, **X. DELPECH**, « Droit d'accès au juge : application aux voies de recours en matière d'arbitrage », *Dalloz Actualité*, 26 mai 2016 - **F. DE LA VAISSIÈRE**, « Tierce opposition et droit d'accès au juge par la Conv. EDH », *AJDI* 2011.227.

[38] **F. VALENCIA**, *Ibid*, *Rev. arb.* 2007.49.

[39] **F. VALENCIA**, *Ibid*, *Rev. arb.* 2007.49.

[40] Expression utilisée par **B. OPPETIT** citant **H. MOTULSKY**, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998, P. 117.

Selon M. GUINCHARD, le procès équitable est devenu de nos jours un moyen essentiel, « parce qu'il est devenu le critère d'appréciation du respect, par les Etats adhérents, des droits garantis par la Convention européenne ; ensuite, parce qu'il a permis par la force des exigences, de protéger par les garanties de la Convention des droits qui n'entrent pas dans le champ d'application de celle-ci; enfin parce qu'il est lui-même devenu un droit substantiel.[41] »

25. La Convention européenne des droits de l'Homme, offre à tout justiciable dans son article 6§1 un certain nombre de garanties fondamentales,[42] mais principalement le droit d'accès au juge dans un procès équitable. Parmi ces principes éthiques on retrouve le principe de l'égalité des parties, l'existence d'un tribunal indépendant et impartial ainsi que le respect de la contradiction. Ils sont si importants que les différentes législations ou conventions internationales sur l'arbitrage en assurent le respect.

26. Un Etat ne saurait en effet tolérer que des sentences ayant la même force que des jugements soient prononcées à l'issue d'une procédure qui ne satisferait pas à des garanties aussi fondamentales. « Ainsi, lorsque l'accès à la justice est remis en cause, l'article 6-1 CEDH peut venir au secours du contractant le plus faible, la contrariété avec cet article pouvant être soulevée lors du contrôle de la sentence arbitrale par la juridiction étatique.[43] »

27. Cependant, certains auteurs conçoivent mal l'application de la Convention européenne des droits de l'Homme au cas de l'arbitrage puisqu'il « existe une incompatibilité matérielle entre l'application de la CEDH, même en imaginant de la modifier, et l'arbitrage [44]». Il explique son point de vue en se basant sur l'impossibilité d'appliquer à l'arbitrage des textes à l'instar de l'article 6 §1 de la Convention, spécifiquement désignés à la justice judiciaire, « mieux vaut une coexistence pacifique concrétisée par l'inspiration que les arbitres puiseront dans les préceptes de la Convention, qu'une dépendance contre nature qui passerait par l'application d'un texte à un domaine qui lui est étranger.[45]»

---

[41] **S. GUINCHARD**, « Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel », in *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue?* Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT, éd. Frison-Roche, Paris, 1999, P.129 et s.

[42]**Ch. JARROSSON**, « L'arbitrage et la convention européenne des droits de l'Homme », *Rev. arb.* 1989.595.

[43] **F. VALENCIA**, « Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage », *Rev. arb.* 2007.62.

[44] **F. VALENCIA**, *Op.Cit*., *Rev. arb.* 2007.64.

[45] **Ch. JARROSSON**, « L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'Homme », *Rev. arb.* 1989.573.

28. Le droit au juge, occupe une place très importante dans la Convention européenne. « Un Etat de droit ne peut se concevoir sans la consécration d'un droit d'accès à un tribunal ; ce droit occupe ainsi une place éminente dans toutes les sociétés démocratiques.[46]»

b) Les droits de la défense et la tierce personne

29. Selon la Cour de cassation dans son arrêt du 27 janvier 2007, la privation pour une tierce personne de son droit de tierce opposition contre une sentence arbitrale rendue à son encontre, marque une violation de son droit de défense consacré par l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme. « La société Casino est, devant la Cour d'appel de renvoi, privée de son moyen de défense essentiel ; elle n'aura pu le faire valoir ni devant le tribunal arbitral, n'étant pas partie à la procédure, ni finalement devant les juridictions étatiques. Elle aura été condamnée par avance par le tribunal arbitral, qui de surcroît n'avait aucune compétence à son égard et était composé de personnes privées, à la désignation desquelles elle n'avait pas été amenée à participer.[47] »

II- Les enjeux pratiques

30. La pratique ne se bâtit pas toujours sur une relation duale, ses besoins nécessitent parfois l'intervention de trois entités sans que ces trois entités soient réunies pour un même contrat. Or, c'est cette situation qui suscite des difficultés en présence d'un arbitrage ne liant que deux d'entre elles.

Nous avons identifié dans les enjeux pratiques, le cas d'une caution solidaire et sa qualification quant à la procédure arbitrale et cela en dressant une relation entre, l'arbitrage et le contexte triangulaire du cautionnement : le point de départ de la réflexion (**1°**), nous transposons ensuite cette solution sur deux autres personnes considérées comme tierces personnes dans leur relation avec les signataires d'une clause compromissoire, en présentant le cas de l'arbitrage et le contexte

[46] Une garantie consacrée implicitement par l'article 6-1 de la Convention européenne, a été reconnue dans l'arrêt GOLDER du 21 février 1975 dans lequel la Cour Européenne des droits de l'Homme a relevé que l'on « ne comprendrait pas que l'article 6-1 de la Convention décrive en détails les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité : l'accès au juge. »

[47] Cass. 23 janvier 2007, *Rev. arb.* 2007.773, note **P. MAYER**.

triangulaire : assureur-assuré-victime (**2°**) d'un côté, et l'impact de l'arbitrage sur les questions de l'organisation de sociétés (**3°**), d'un autre côté.

1°) L'arbitrage et le contexte triangulaire du cautionnement : point de départ de la réflexion

31. Le contrat de cautionnement[48] est « le contrat par lequel une personne appelée caution ou fidéjusseur, s'engage envers un créancier à payer la dette de son débiteur au cas de défaillance de celui-ci.[49]» Cette explication n'est qu'une présentation de l'article 2288 du Code civil, qui propose une définition du rôle de la caution, dans un contrat de cautionnement. « Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même. »

Ce contrat, suppose une relation entre trois parties, le créancier, le débiteur et la caution. Nous distinguons donc, le lien mené par le contrat principal, entre le créancier et le débiteur et l'accord tenu, entre ce dernier et une personne acceptant de se porter caution pour lui.

Nous tenons à développer une solution révolutionnaire rendue par la Cour de cassation dans l'arrêt du 5 mai 2015[50] qui tend à protéger, une caution solidaire non-signataire d'une clause compromissoire, contre les effets de la procédure arbitrale menée contre le débiteur principal.

La présentation succincte (car nous reviendrons ultérieurement sur ce point majeur) de cette solution dès l'introduction est indispensable, car elle est le point de départ de notre thèse.

32. Pour cette raison, nous nous contenterons de traiter restrictivement la situation de la caution solidaire, en expliquant la solidarité en cautionnement et la relation caution- débiteur (**§1**). Pour justifier la qualification de « partie » de la caution solidaire, nous présenterons une théorie traditionnellement appliquée par la jurisprudence française sur les cautions solidaires il s'agit, de

---

[48] Selon l'étude de Mme **CHAABAN**, « Clause d'arbitrage et cautionnement », *Rev. Arb., 2007.722* « Si l'arbitrage et le cautionnement ont tous deux une même origine romaine, l'avènement effectif de l'arbitrage moderne remonte à quelques dizaines d'années seulement. En revanche, les textes régissant le cautionnement, mises à part à certaines réformes particulières, datent de 1804 et sont eux-mêmes inspirés des cautionnements du droit romain et surtout de l'ancien droit. » Ce sont deux notions tout à fait divergentes historiquement, mais ne traîneront pas à s'unir plus tard. « Aujourd'hui ils suscitent tous deux le même engouement dans la vie des affaires. » La convergence de chacun d'eux, se fait dans une ambiance d'exception aux règles reconnues classiquement.

[49] **Ph. SIMLER**, *cautionnement et garanties autonomes-Garanties indemnitaires*, Lexis-Nexis, 5e édition, 2015, P. 15.

[50] Cass. civ., 5 mai 2015, 14-16.644, publié au bulletin.

la théorie de représentation mutuelle (**§2**). Nous traiterons de même les effets de la clause compromissoire à l'égard de la caution solidaire **(§3**) d'une part, ainsi que l'opposabilité de la sentence arbitrale à la caution solidaire (**§4**) d'autre part. Nous mettrons finalement en valeur la solution prise par la Cour de cassation et cela par, le rejet récent de l'irrecevabilité de la tierce opposition de la caution solidaire (**§5**).

§1) La solidarité en cautionnement et la relation caution- débiteur

33. Selon l'article 2288 du Code civil « Celui qui se rend caution se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même. » Par ailleurs, nous distinguons deux types de cautionnement, le solidaire et le simple.

La distinction entre les deux types de cautionnement, se base sur la stipulation de solidarité qui marque l'efficacité du cautionnement solidaire (cette solidarité ne se présume qu'en matière commerciale).

Cette solidarité consolide incontestablement le remboursement du créancier, mais la caution reste nonobstant engagée à titre accessoire.

La caution solidaire, est liée à la dette et substitue le débiteur principal insolvable « une solidarité qui aurait tendance à mettre le garant sur le même plan que le débiteur principal. Si l'on se rapproche de cette égalité on ne l'atteint pas totalement. La distance envers la dette principale est la même que pour tous les cautionnements.[51]» Toutefois, cette substitution n'est pas totale puisque la caution sera exclusivement tenue à titre accessoire, alors que le débiteur principal reste tenu à titre principal à son créancier.

M. PIETTE, considère que le cautionnement solidaire est plus intéressant que le cautionnement simple pour le créancier pour deux raisons.

[51] **G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ**, N572, citant cass. req. 19 fév. 1908 : S.1911,1, p. 529, note **A. WAHL**.

La première raison, c'est que similairement à la caution simple, la caution solidaire, remplace le débiteur principal en cas d'insolvabilité dans l'exécution de ses obligations contractuelles envers son créancier. Alors que la stipulation de solidarité « prive la caution du droit de se prévaloir des bénéfices de discussion (qui permet à la caution actionnée en paiement par le créancier de demander à ce que les biens du débiteur principal soient préalablement saisis et vendus : C. civ., art. 2298) et de division (qui consiste à exiger du créancier qu'il divise son action entre les cofidéjusseurs : C. civ., art. 2303).[52] »

La seconde raison c'est que, dans les relations établies entre la caution solidaire et le débiteur, tous les effets du contrat de cautionnement sont identiques, même en présence de la solidarité. « D'autre part, les effets dits secondaires de la solidarité s'appliquent au cautionnement solidaire. Ainsi, la mise en demeure adressée à l'un des cofidéjusseurs solidaires produit effet à l'encontre des autres.[53]»

§2) La théorie de la représentation mutuelle des coobligés

34. La jurisprudence applique en matière de cautionnement solidaire « les effets dits secondaires de la solidarité, spécialement ceux découlant de l'idée de représentation mutuelle entre coobligés solidaires.[54] » Alors, la clause de solidarité insérée dans le contrat de cautionnement, produit un ensemble d'effets, rattachés à la théorie traditionnelle de représentation mutuelle entre coobligés solidaires.[55]

En effet, cette théorie a été longtemps appliquée par la jurisprudence française et a duré effectivement jusqu'à l'arrêt du 5 mai 2015[56] de la chambre commerciale de la Cour de cassation, qui a bouleversé toutes les pratiques antérieures.

[52] **G. PIETTE**, « Cautionnement commercial », *Répertoire de droit commercial*, janvier 2020.
[53] **G. PIETTE**, « Cautionnement commercial », *Op.Cit.*
[54] **Ph. SIMLER**, *Op.Cit.*, P. 84.
[55] Cass. soc., 22 nov. 1956: *Bull. civ.* IV, n°s859; Cass. com., 6 juin 1961: *Bull. civ.* III, n°258; Gaz. Pal. 1959, 1, p.116.
[56] Plusieurs auteurs ont commenté cet arrêt, telle Mme **V. AVENA-ROBARDET**, en donnant le résumé suivant « Le droit effectif au juge implique que la caution solidaire, qui n'a pas été partie à l'instance arbitrale, soit

35. La théorie de la représentation mutuelle des coobligés, nous laisse réfléchir sur l'identité et la qualification des coobligés. Pour cette raison, nous traiterons plus tard, le champ d'application de cette théorie, ainsi que ses effets sur les personnes concernées par sa périphérie.

36. La qualification de la caution solidaire, comme représentée ou étrangère à l'instance arbitrale, est un sujet pertinent à traiter plus tard. C'est cette qualification, qui influence la décision finale des tribunaux, qui varie entre recevabilité et irrecevabilité de la tierce opposition formée par la caution solidaire, contre la sentence arbitrale rendue. « Il en résulte que la qualité de tiers reconnue à la caution devrait lui permettre d'utiliser la tierce opposition.[57] »

recevable à former tierce opposition à l'encontre de la sentence arbitrale déterminant le montant de la dette du débiteur principal à l'égard du créancier. » **V. AVENA-ROBARDET**, « Tierce opposition d'une caution à l'encontre d'une sentence arbitrale », *Dalloz*, 18 mai 2015.

*« La tierce opposition n'est ouverte qu'aux personnes qui n'ont été ni parties, ni représentées à la procédure d'arbitrage. Manque de base légale l'arrêt qui déclare la sentence inopposable aux tiers opposants, sans vérifier que l'une des parties à l'instance arbitrale, qui avait été leur mandataire à la conclusion de la convention d'arbitrage, n'était pas aussi leur mandataire dans la procédure d'arbitrage. » Voir Cour de cassation, com. 5 mai 2015 « Arbitrage (sentence arbitrale) : recevabilité de la tierce opposition de la caution solidaire », *D.* 2015. 1046.

* « Le droit effectif au juge implique que la caution solidaire, qui n'a pas été partie à l'instance arbitrale, soit recevable à former tierce opposition à l'encontre de la sentence arbitrale déterminant le montant de la dette du débiteur principal à l'égard du créancier. » Voir dans ce sens, **M. MIGNOT**, « Un revirement spectaculaire : la fin de l'extension de l'autorité positive de la chose jugée dans le cautionnement ! Note sous Cour de cassation, Chambre commerciale, 5 mai 2015, pourvoi numéro 14-16.644 », *Gaz. Pal.* 2015, n° 162, p. 4.

[57] **E. LOQUIN**, « La tierce opposition dirigée contre une sentence arbitrale », *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 1er janvier 2016, P.60.

* « En effet, la chambre commerciale de la Cour de cassation a effectué un revirement de jurisprudence en jugeant, dans un arrêt rendu le 5 mai 2015, que le droit effectif au juge, énoncé par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, « implique que la caution solidaire, qui n'a pas été partie à l'instance (...), soit recevable à former tierce opposition », en l'occurrence à l'encontre d'une sentence arbitrale à laquelle le créancier et le débiteur principal avaient été parties. » - Voir **J. ORTSCHEIDT**, « La caution solidaire peut former tierce opposition contre la sentence », *JCP E* 2015.32.- **N. RONTCHEVSKY**, « Cautionnement solidaire-Détermination du montant de la dette de la caution par une sentence arbitrale-Droit effectif au juge-Tierce opposition de la caution à l'encontre de la sentence arbitrale-Recevabilité (oui) ; Note sous Cour de cassation, Chambre commerciale, 5 mai 2015, pourvoi numéro 14-16.644 » Banque et Droit, n°161,1er mai 2015, P87-89.

* « Pour simple qu'ait été la question, la solution que lui a apportée la Cour de cassation est parée de la publicité maximum, à savoir les colonnes du Bulletin et même du Rapport annuel, ce qui incline à penser qu'elle constitue désormais le nouveau droit positif sur le sujet. » - Voir **Th. CLAY**, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *D.* 2015. 2588.

§3) L'effet de la clause compromissoire à l'égard de la caution solidaire

37. La clause compromissoire est inopposable aux tiers qui y sont restés étrangers[58], c'est ainsi qu'ils ne peuvent pas être appelés à paraître devant la juridiction arbitrale, ni à plus forte raison être cités devant elle.

L'effet donc de la clause compromissoire reste limité aux signataires, et ne les dépasse ordinairement pas. C'est le cas de la caution solidaire, qui n'a pas au participé au contrat liant le créancier au débiteur principal, et n'a pas signé la clause compromissoire insérée dans le contrat principal. En d'autres termes, elle reste tierce par rapport à la clause d'arbitrage et ne peut donc être attraite à la procédure arbitrale en vertu d'un contrat de cautionnement accessoire[59].

Cependant, une jurisprudence constante[60], assume le dépassement de l'effet de la clause compromissoire de son cercle habituel afin d'atteindre des personnes, bien que non-signataires, impliquées dans sa formation ou son exécution.

38. Suite à la constitution du tribunal arbitral, une instance arbitrale se déroulera entre le créancier et le débiteur principal, à l'exception de la caution solidaire. Procédure arbitrale, aboutissant au prononcé d'une sentence arbitrale qui a, dès son prononcé, autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche.

§4) L'opposabilité de la sentence arbitrale à la caution solidaire

39. Le principe de l'effet relatif des conventions, ne se confond pas avec celle de l'autorité de la chose jugée de la sentence et c'est principalement de ce second aspect dont il sera question ici.

---

[58] **J.-L. GOUTAL**, « L'arbitrage et les tiers : le droit des contrats », *Rev. arb.* 1988. 431 et p. 177 et 178 ; **D. COHEN**, « Arbitrage et groupes de contrats », *Rev. arb.* 1997. 471 s. ; Civ. 2e, 26 novembre 1997, *Rev. arb.* 1997. 544 ; Paris, 21 février 2002, *Rev. arb.* 2002. 955, note **F.-X. TRAIN - J. EL-AHDAB**, *La clause compromissoire et les tiers*, thèse, Paris, 2003.

[59] Com. 22 nov. 1977, *Rev. arb.* 1978. 461, note **Ph. FOUCHARD**.

[60] Cass. com., 18 oct. 1982, *Bull. civ*. IV, n° 316; Cass., 1re civ., 14 février 1990, *Bull. civ*. I, n° 42; Cass. 1re civ., 10 oct. 2012, Sté Bartin.

« Il avait été jugé que, à l'égal de tout jugement, la sentence arbitrale lui est opposable par application du principe de la représentation des codébiteurs solidaires.[61] »

40. L'opposabilité de la sentence, impose à la caution solidaire, étrangère à l'instance arbitrale, la situation juridique apparue suite à la résolution du litige, ainsi que celle née des faits juridiques. Mais pourtant, elle ne vaut pas titre à son encontre, que dans la mesure où le créancier demanda l'ordonnance d'exequatur de la sentence, devant le juge étatique compétent. Ce qui explique que, « la caution peut être considérée comme un tiers à la procédure d'arbitrage opposant le créancier au débiteur cautionné. La sentence n'oblige pas la caution comme partie à la procédure arbitrale.[62] »

41. Dès lors, la problématique provoquée d'après l'hypothèse de l'influence de l'effet de la sentence arbitrale à la caution solidaire, met en œuvre les moyens relatifs aux voies de recours ouvertes à la caution.

42. En qualifiant la caution solidaire de tierce personne, « la sentence ne vaut pas titre à son encontre[63] », ce qui lui ouvrera la porte de la voie de la tierce opposition, contre cette sentence. « En admettant que la caution puisse former tierce opposition à la sentence rendue contre le débiteur principal la Cour de cassation a nécessairement admis que la sentence lui est seulement opposable comme un fait juridique sans autorité de chose jugée à son encontre.[64] »

Cependant, dans le concept de la pratique de la théorie de représentation mutuelle des coobligés, certains auteurs et une partie de la jurisprudence, ont totalement fermé la porte à la tierce opposition formée par la caution solidaire, à l'exception des conditions édictées par la loi, lui empêchant par cette prohibition d'exercer ses droits de la défense et d'accéder au juge.

---

[61] Paris, 4 janvier 1960, *Rev. arb.* 1960. 122. ; Paris, 21 mai 1964, *D.* 1964. 602 ; **E. LOQUIN**, « Arbitrage et cautionnement », *Rev. arb*. 1994. 235.

[62] **E. LOQUIN**, « La tierce opposition dirigée contre une sentence rendue entre le créancier et le débiteur principal est ouverte à la caution solidaire de la dette », *Revue trimestrielle de droit commercial*, 2016, P. 60.

[63] **E. LOQUIN**, *Op. Cit.*, p.59.

[64] Civ. 1re, 5 mai 2015, n°14-16.644, *D.* 2015. 1046, 1810, obs. **P. CROCQ** ; - **Th. CLAY**, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *Recueil Dalloz Sirey* 2015.2588; **M. MIGNOT**, « Vers la fin de l'extension de l'autorité positive de chose jugée dans le cautionnement ; Note sous Cour de cassation, Chambre commerciale, 5 mai 2015, pourvoi numéro 14-16.644 », *Rev. arb*. 2015. 1115.

§5) Le rejet récent de l'irrecevabilité de la tierce opposition de la caution solidaire

43. La Cour de cassation dans son arrêt du 5 mai 2015 est venue écarter les idées traditionnelles qui se basaient sur la théorie de représentation mutuelle des coobligés. Elle, critique la théorie de la représentation mutuelle, qui est à la base de cette violation. Et précise qu'elle « …porte atteinte à un recours juridictionnel effectif, aux droits de la défense, au droit à un procès équitable garantissant l'équilibre des droits des parties et au principe d'égalité devant la justice garantis par les articles 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. [65]»

Sur la base de ce raisonnement, elle casse l'arrêt de la Cour d'appel, afin de consacrer le droit d'accès au juge de la caution solidaire.

44. Cette avancée spectaculaire des droits de la défense mène à s'interroger sur sa transposition à des domaines voisins, où des situations triangulaires ont pu permettre d'étendre les effets de la procédure et de la sentence arbitrale à des tiers.

2°) L'arbitrage et le contexte triangulaire : assureur-assuré-victime

45. L'irrecevabilité de la tierce opposition est marquée, dans le cas de l'insertion d'une clause de direction de procès établie entre l'assureur et l'assuré dans un contrat d'assurance. « L'assureur lié par une clause de direction de procès avec son assuré n'est pas recevable à former tierce opposition à la décision rendue contre son assuré qui l'a représenté à l'instance : sa qualité de *dominus litis* lui interdit de se prévaloir de la qualité de tiers au jugement rendu, sauf fraude de la part de l'assuré.[66] »

Lorsque le contrat d'assurance comporte une clause de direction du procès, l'assureur n'est pas recevable à former tierce opposition[67].

À contrario, la tierce opposition de l'assureur en l'absence d'une telle clause est recevable.

[65] Cass. civ., 5 mai 2015, 14-16.644, publié au bulletin.

[66] **L. CADIET** et **D. LORIFERNE**, *L'autorité de la chose jugée*, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, IRJS, 4 décembre 2012, p. 140.

[67] Cass. soc., 26 mai 1965, *D.* 1965, Somm. p. 117.

46. L'assureur introduit toujours dans un contrat d'assurance une clause dite « clause de direction de procès », d'où il résulte que dans le litige susceptible d'opposer la victime à l'assuré responsable, l'assureur, qui ne sera pas une partie, se réserve le droit de donner ses instructions à l'assuré. S'il n'y a pas intention de la part de l'assureur d'intervenir volontairement, l'instance se mènera entre la victime et l'assuré exclusivement et la décision rendue sera applicable uniquement entre eux, sans s'étendre à l'assureur.

3°) L'arbitrage sur les questions de l'organisation des sociétés

Nous traiterons à ce niveau différents sujets, concernant le domaine de validité des clauses compromissoires figurant dans les statuts ou conclues à propos de l'organisation de la société (**§1**), l'effet de la procédure arbitrale à l'égard des associés en cas de changement de qualité (**§2**) et l'effet de la clause compromissoire statutaire à l'égard du dirigeant d'une société (**§3**).

§1) Le domaine de validité des clauses compromissoires figurant dans les statuts ou conclues à propos de l'organisation de la société

47. Afin de régler les litiges éventuels ou déclenchés qui visent « notamment la validité des décisions des organes sociaux, la nullité ou la dissolution de la société, ou encore la responsabilité civile des dirigeants[68]», l'arbitrage a été admis après une controverse doctrinale et jurisprudentielle, comme un mode efficace de traitement de ces différends, soit par insertion d'une clause compromissoire dans les statuts de la société ou en signant ultérieurement une convention d'arbitrage après déclenchement du litige.

§2) L'effet de la procédure arbitrale à l'égard des associés en cas de changement de qualité

48. La question est de savoir qui sont les associés d'une société

[68] **Chr. SERAGLINI**, « Les effets de la sentence », *Rev. arb.* 2013.705.

« Le terme « associé » peut être employé d'une manière générale pour désigner le membre d'une société, quelle qu'en soit la forme. Mais, il arrive qu'il soit utilisé plus spécialement dans les sociétés de personnes par opposition au terme d'actionnaire, employé dans les sociétés de capitaux. On adoptera une définition large du terme d'associé. A cet égard, la présente étude se limitera aux associés, ce qui exclut les membres d'autres groupements à savoir les associations [69]et les groupements d'intérêt économique. Les associés visés sont ceux des sociétés commerciales[70]. Seule une allusion aux sociétés civiles sera faite au fur et à mesure des développements.[71] »

M. COHEN définit les associés selon deux conceptions : classique et moderne.

La conception classique se base sur le contrat de société[72], qui détermine l'associé et ses critères selon l'article 1832 du Code civil[73], et le lie à l'institution de la société, donc à l'apport d'un bien « (au sens large), a vocation aux bénéfices et contribue aux pertes[74] ». La jurisprudence[75] a ajouté à cette définition, un élément indispensable à la formation du lien entre les associés, c'est l'affectio societatis.

En revanche, la conception moderne s'oppose à la première et résulte selon les doctrines modernistes, tel M. VIANDIER qui définit la notion comme « la volonté de collaborer ensemble, sur un pied d'égalité, au succès de l'entreprise commune[76]», d'une véritable « analyse politique[77] », tout en basant, sur les prérogatives et l'intérêt social des associés. « Est considéré comme associé

[69] V. dans ce sens **Chr. LABASTIE-DAHDOUH** et **H. DAHDOUH**, Droit commercial, volume 2 Entreprises sociétaires, tome 1 Règles communes, 1ère éd., IHE, Collection Droit Et Sciences Juridiques, Tunis, 2003, p. 44 et 45.

[70] V. dans ce sens **M. COZIAN**, **A. VIANDIER** et **F. DEBOISSY**, Droit des sociétés, 18ème éd., Litec, Paris, 2005, p. 8 et s.

[71] **I. KAMOUN**, La permanence de la qualité d'associé, https://www.memoireonline.com/07/09/2412/m_La-permanence-de-la-qualite-dassocie0.html#fnref3, 5/9/2021.

[72] **A. VIANDIER**, *La notion d'associé*, préface de François TERRE, LGDJ, 1978, P.8, VII.

[73] Article 1832 du Code civil « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.
Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne.
Les associés s'engagent à contribuer aux pertes. »

[74] **D. COHEN**, *Arbitrage et Société*, préface B. OPPETIT, LGDJ, 1992, P.58.

[75] Cass. civ., 20 juillet 1908, *D. P.*, 1901.1.93; Com., 21 nov. 1955, *Bull. Civ.* III, p.282; Com., 16 nov. 1981, *Rev. soc*., 1986.91, note Yves CHARTIER.

[76] **A. VIANDIER**, *La notion d'associé*, préface de F. Terré, LGDJ, 1978, n 197, P.78.

[77] **D. COHEN**, *Arbitrage et Société*, préface B. OPPETIT, LGDJ, 1992, P.57.

selon ces théories quiconque exerce des prérogatives au sein de la société et participe à la définition de l'intérêt social.[78] »

49. Nous nous interrogeons sur le caractère obligatoire de la clause compromissoire insérée dans les statuts d'une société, et de son effet juridique à l'égard des personnes qui n'y ont pas explicitement adhéré, comme ses dirigeants, « voire qui en ignorent peut-être même l'existence, comme les associés d'une société de grande taille, cotée[79] » ou bien de personnes acquérant la qualité d'associés. Cette même question se pose au niveau d'un ancien associé.

Pour répondre à toutes ces interrogations, il s'avère nécessaire à ce niveau, de différencier entre la détermination de chaque associé et sa qualité quant à la procédure arbitrale.

Différents auteurs[80] ont répondu à ces interrogations, impliquant l'opposabilité de la clause compromissoire à l'égard des dirigeants d'un côté, par la simple apposition de sa signature sur le règlement intérieur de la société. « Cela signifie qu'une seule signature apposée sur le règlement intérieur d'une société emporte un double effet pour le dirigeant signataire : il engage à la fois la société et lui-même, et donc aussi l'un envers l'autre.[81] »

D'un autre côté, l'opposabilité de la clause compromissoire à un ex-associé a été justifiée par M. GRANIER, par le déclenchement du litige lors de sa présence comme associé durant la vie de la société. « Ce n'est pas le cas pour les contestations nées après son départ du groupement. Cependant, la clause d'arbitrage demeure valide pour l'ancien associé à partir du moment où le fait générateur du litige est intervenu durant la participation de l'intéressé à la vie sociale [82]»

---

[78] **D. COHEN**, *Op.Cit.*, P.57

[79] **Ch. SERAGLINI**, *Op.Cit.*, *Rev. arb.* 2013.706.

[80] Civ. 1re, 22 oct. 2008, n° 07-18.744, X. c/ Système U, *Rev. Sociétés* 2009. 363, obs. **B. SAINTOURENS**; - **C. CHAMPAUD** et **D. DANET** « « Société en général ; Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 22 octobre 2008, pourvoi numéro 07-18.744 » *RTD com.* 2009.149; - **A. CONSTANTIN**, « L'extension de la clause compromissoire au dirigeant associé de la société partie au contrat qui la contient », *LPA* 2009, n° 53, P. 3-6. Selon ces auteurs, le règlement intérieur d'une société contenant une clause compromissoire dont l'application a été étendue aux dirigeants de cette société qui avaient signé ce règlement et quitté l'entreprise avant la naissance du litige. La sentence arbitrale avait été annulée par la Cour d'appel pour avoir étendu exagérément la convention d'arbitrage à ces anciens dirigeants, et l'arrêt est cassé au visa d'un mystérieux article « 1484, alinéa 2-1 », du code de procédure civile au motif que le règlement intérieur prévoyait que les dirigeants avaient nécessairement adhéré à titre personnel au règlement intérieur, et non pas seulement au nom des sociétés qu'ils dirigeaient.

[81] **Th. CLAY**, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *D.* 2009.2959.

[82] **Th. GRANIER**, « Compétence et arbitrage-clauses attributives de compétence et arbitrage », *Répertoire des sociétés*, septembre 1999 (actualisation : janvier 2019).

§3) L'effet de la clause compromissoire statutaire à l'égard du dirigeant d'une société

50. Le dirigeant d'une société peut, en principe, être associé ou un non associé, abstraction faite du type de la société, qu'elle soit une société à responsabilité limitée, en nom collectif, en commandite simple ou par actions, ou une société anonyme.

51. La question qui se pose à ce niveau est de savoir, si la clause compromissoire insérée dans les statuts de ces sociétés limitée au traitement des litiges entre associés ou la société lui sera opposable.

52. Logiquement, la clause statutaire dans ce cas doit être limitée aux différends déclenchés entre les associés exclusivement, alors qu'il ne jouit pas de cette qualité, ou entre associés et la société. Certains auteurs, tels MM. ROBERT et MOREAU[83], ont confirmé cette hypothèse en qualifiant le dirigeant non-associé de « tiers ».

Tandis que d'autres, ont limité l'opposabilité de la clause d'arbitrage par la qualité de commerçant, exclusive aux associés ou dirigeant-associé, alors que le dirigeant non-associé dans ce cas ne jouit certainement pas de la qualité de commerçant.

53. Cette justification nous semble critiquable, puisqu'en réalité tous les associés ne sont pas qualifiés de commerçants, cette qualification varie selon le type des sociétés et l'effet de la clause compromissoire statutaire ne pourrait pas se baser sur cette qualité. « Toutefois, la jurisprudence avait admis que ladite clause était opposable aux associés des sociétés commerciales, eux-mêmes non commerçants, pourvu que la clause compromissoire ait été insérée dans les statuts ou qu'elle ait été signée par tous les associés et à condition que ce litige se rapporte d'une façon ou d'une autre aux relations d'associés ou au fonctionnement de la société. [84]» Dans ce sens, la Haute Cour a accepté, « que le fait qu'un gérant de société ne soit pas personnellement commerçant ne peut le soustraite à la compétence de la juridiction consulaire, dès lors que les faits allégués contre lui se rattachent par un lien direct à la gestion de la société dont il est le dirigeant.[85]»

[83] **J. ROBERT** et **B. MOREAU**, Encycl. Dalloz de dr. com.

[84] **C. CHAMPAUD**, « Associés, litiges entre associés. Sociétés ayant trait à l'exercice d'une activité professionnelle. Clause compromissoire. Généralisation de sa validité. », *RTD Com*., 2002, P.82.

[85] Com. 7 avril 1967, *D.* 1968.61, note **J. CALAIS-AULOY**; Com., 12 juin 1978, *Rev. soc.* 1979.307, note J.-P SORTAIS.

En réalité, le dirigeant, personne physique, dispose d'un patrimoine propre, distinct de celui de la société et ne sera par ce fait pas tenu par les engagements de cette dernière. « Dès lors que les dirigeants sociaux agissent ès -qualités, ils ne sont que les représentants légaux ; ils n'agissent pas pour leur compte personnel mais au nom et pour le compte de la société qu'ils dirigent.[86] »

Plan

54. C'est à l'ensemble de ces tiers particuliers sur lequel l'arbitrage des incidences que nous consacrerons notre thèse. Nous dresserons, dans une première partie, l'avènement de «la protection de la caution solidaire à l'égard de l'arbitrage liant les parties » par l'ouverture de la tierce opposition à la caution solidaire. Nous présenterons, l'avènement de la protection de la caution solidaire à l'égard de l'arbitrage liant les parties (**Partie 1**).

Par la seconde partie intitulée, « la transposition souhaitée », nous soutiendrons la transposition de l'hypothèse de la recevabilité de la tierce opposition reconnue par la Cour de cassation, à d'autres tiers. Nous traiterons la possibilité de la transposition sur des cas spéciaux, tel le cas de l'assureur ainsi que celui d'un associé non-signataire d'une clause compromissoire (**Partie 2**).

Partie 1. L'avènement de la protection de la caution solidaire de l'arbitrage liant les parties

Partie 2. Les transpositions souhaitées

[86] **D. COHEN**, « L'engagement des sociétés à l'arbitrage », *Rev. Arb* 2006.

PARTIE 1 : L'AVENEMENT DE LA PROTECTION DE LA CAUTION SOLIDAIRE À L'ÉGARD DE L'ARBITRAGE LIANT LES PARTIES

55. Nous analyserons dans cette première partie, l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 5 mai 2015, suite auquel, une nouvelle solution s'est élaborée, qui a bouleversé toute une jurisprudence qui se basait sur l'idée de représentation mutuelle des coobligés. Cette représentation, empêchait toute personne étrangère à l'arbitrage, d'exercer son droit de défense contre la sentence arbitrale rendue.

56. En général, la majorité de la jurisprudence se fondait sur une idée traditionnellement répandue, sans pour autant avoir des bases législatives. Elle se basait sur une théorie assez complexe, connue comme « la théorie de la représentation mutuelle des coobligés ». L'idée de cette représentation était justifiée, par le concept de la communauté d'intérêts entre le représenté et le représentant.

57. Cette même théorie s'appliquait à la caution solidaire. Sur son fondement, la jurisprudence déniait à cette dernière son droit de défense, par le fait de refuser toute tierce opposition, formée par cette caution solidaire, contre la sentence arbitrale rendue, (à l'exception des cas précis, de fraude ou de moyens propres conçus par celle-ci).

Dans ce raisonnement, le débiteur principal représente la caution solidaire, sous prétexte de la représentation mutuelle. Une fois le débiteur principal parvenu à l'instance, la caution ne pouvait plus se défendre devant le juge. Citons à titre d'exemple l'arrêt rendu le 19 novembre 2008 par la

chambre commerciale de la Cour de cassation, qui a appliqué la représentation entre coobligés. « Qu'en statuant ainsi, alors que chaque codébiteur solidaire devant être considéré comme le représentant de ses coobligés, la chose jugée à l'égard de l'un est opposable aux autres qui ne figurent pas à l'instance, la Cour d'appel a violé les textes susvisés.[87]»

Dans le même sens, la Cour de cassation, implique dans un autre arrêt rendu le 2 décembre 2010. « L'arrêt énonce qu'il est constant que la notion de représentation en matière de tierce opposition englobe tous les cas où les intérêts de la personne ont eu un défenseur à l'instance, qu'il y avait bien communauté d'intérêts entre le tiers opposant nu-propriétaire et le représentant.[88] »

58. La Cour de cassation, cette fois-ci[89] et à l'instar de l'arrêt rendu le 30 juin 2009 « a pu admettre l'ouverture de la tierce opposition[90]. » Elle s'est détournée de la fameuse théorie de représentation mutuelle, en cassant la chaîne traditionnelle de jurisprudences et en donnant à la caution solidaire son droit d'accéder à une justice équitable, lui permettant d'utiliser ses droits de défense, consacré à l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme. La caution solidaire a eu d'après cet arrêt, toute latitude d'appliquer son droit de défense comme tierce personne à l'arbitrage, nous voulons dire par ce droit, celui consacré à une tierce personne, donc la tierce opposition.

La Cour de cassation, a considéré que la caution même tenue solidairement avec le débiteur à une dette unique, est parfaitement séparée de ce dernier. Chacun d'eux a le droit de se présenter individuellement devant le juge : le débiteur ne la représente point. D'où il s'avère important de traiter dans un premier lieu, la singularité de la caution malgré sa solidarité d'obligations avec le débiteur principal au (**titre 1**) et dans un second lieu nous aborderons : l'effet de la procédure arbitrale sur la caution solidaire, étrangère à la clause compromissoire au (**titre 2**).

Plan :

- **Titre 1 : Le rejet de l'application de la théorie de la représentation mutuelle des coobligés à la caution solidaire**

[87] Cass. 1re Civ., 19 nov. 2008, n° 07-18847, Inédit.
[88] Cass, 2e chambre civile, 2 décembre 2010, n° 09-68.094.
[89] Dans l'arrêt du 5 mai 2015
[90] **L. CADIET** et **D. LORIFERNE**, *Op.Cit.*, p. 135.

- **Titre 2 : La consécration par la Cour de cassation du droit de la caution solidaire à l'accès au juge**

TITRE 1 : LE REJET DE L'APPLICATION DE LA THEORIE DE REPRESENTATION MUTUELLE DES COOBLIGES A LA CAUTION SOLIDAIRE

59. Nous examinerons dans le premier chapitre, que la Cour de cassation a refusé d'appliquer la théorie de représentation mutuelle, et par cette position elle a pu établir une protection de la caution solidaire, à travers la recevabilité de la tierce opposition formée par cette dernière **(Chapitre 1).**

D'autre part, dans le second chapitre du même titre, nous remarquerons que par l'inapplication de la théorie de représentation mutuelle, la Cour de cassation a pu consacrer le droit de la caution solidaire à l'accès au juge **(Chapitre 2).**

Plan :

- **Chapitre 1 : La vision historique de la théorie de représentation mutuelle des coobligés**
- **Chapitre 2 : Le refus révolutionnaire par la Cour de cassation de la théorie de la représentation mutuelle des coobligés**

CHAPITRE 1 : LA VISION HISTORIQUE DE LA THÉORIE DE REPRÉSENTATION MUTUELLE DES COOBLIGÉS

60. L'absence de textes législatifs consacrant le contenu de la théorie de représentation mutuelle des coobligés a mené, dans le domaine de son application en droit civil à travers l'histoire, à une multitude de controverses doctrinales et jurisprudentielles.

Nous présenterons, la présentation des soutiens classiques de la théorie de représentation mutuelle des coobligés (**section1**) d'une part et les opposants à la théorie de représentation mutuelle des coobligés (**section 2**) d'autre part.

SECTION 1 : LA PRESENTATION DES SOUTIENS CLASSIQUES DE LA THEORIE DE REPRESENTATION MUTUELLE DES COOBLIGES

61. Que de fois des relations juridiquement compliquées ont été expliquées par cette attrayante théorie, sur les deux niveaux doctrinal et jurisprudentiel. Pour cette raison, nous nous contentons de communiquer, la doctrine favorable à la théorie de la représentation mutuelle (**sous-section1**) et les jurisprudences ayant accueilli la théorie de la représentation mutuelle (**sous-section 2**).

SOUS-SECTION 1 : LA DOCTRINE FAVORABLE A LA THEORIE DE LA REPRESENTATION MUTUELLE

62. La question est de savoir qui sont les coobligés inclus dans le champ d'application de la théorie de représentation mutuelle.

Pour répondre à cette interrogation, nous présenterons d'abord la théorie de la représentation mutuelle et la solidarité (**1°**) et ensuite, les effets de la solidarité et la théorie de représentation (**2°**).

Finalement, nous poserons une interrogation sur la théorie de la représentation mutuelle et le mandat tacite (**3°**).

1°) La représentation mutuelle des coobligés et solidarité

63. Les auteurs partisans de la théorie de représentation mutuelle des coobligés exigent son application au niveau des coobligés liés par des obligations solidaires.
Nous distinguons entre la solidarité passive (**§1**) entre codébiteurs ; la solidarité entre débiteur et caution (**§2**) la solidarité active (**§3**) entre plusieurs créanciers et finalement nous aborderons le concept de l'obligation in solidum **(§4**).

§1) La solidarité passive

64. Pour DEMOLOMBE, la représentation mutuelle des coobligés présente « le troisième pilier de la solidarité[91] ». C'est cette solidarité, qui forme le lien contractuel entre les parties d'un même contrat et trouve ses fondements sur les intérêts communs des contractants. Elle revêt donc, une nature contractuelle, dont l'intérêt est la source principale entre les contractants.

Dans une même réflexion, HAUSER confirme la solidarité comme base à la théorie de représentation mutuelle, mais désigne la notion d'intérêts de flottante, « vague, floue et insaisissable[92] », l'intérêt est « une sphère d'équilibre à contenu variable dans certaines limites.[93]»

65. Pour d'autres auteurs[94], partisans de la théorie considèrent que, cette représentation peut être connue entre deux types de contractants alternativement liés à un contrat bien déterminé.

Au niveau du premier type de contractants, la solidarité se forme uniquement entre débiteurs, tandis qu'au second type l'union se fait entre débiteur principal et caution solidaire.

66. Tout d'abord en visualisant le premier type de contractants, nous comprenons que c'est de la solidarité passive des codébiteurs, que nous entendons parler. La représentation mutuelle à

[91] **P. DIDIER**, *De la représentation en droit privé*, préface Y. LEQUETTE, thèse, LGDJ, 2000, P. 285.
[92] **E. GAILLARD**, « Le pouvoir en droit privé », Paris, *Economica*, 1985, n°283, P. 184.
[93] **J. HAUSER**, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique : contribution à l'acte juridique*, Paris, librairie générale de droit et de jurisprudence, 1971, P. 45.
[94] **Ph. DIDIER**, *Op. cit.,* P.285.

ce niveau, a été acceptée et adoptée entre plusieurs débiteurs solidaires, liés tous ensemble par une même dette et se représentent dans le même procès.

Le procès englobe principalement un demandeur ou un défendeur, mais dans des cas particuliers, nous envisageons des litisconsorts[95], qui défendeurs ou demandeurs possèdent les mêmes intérêts à protéger. Ce qui s'applique aux codébiteurs solidaires, qui s'attachent tous à une seule instance à partie plurale.

Dans ce cas, l'indépendance des parties à intérêts communs, sera mise en question à l'instance. Réellement, « le doute provient de ce qu'il existe entre les parties une identité partielle ou totale d'intérêts.[96]» L'article 323 du Code de procédure civile, répond sur la question d'indépendance totale des litisconsorts. « Lorsque la demande est formée par ou contre plusieurs cointéressés, chacun d'eux exerce et supporte pour ce qui le concerne les droits et obligations des parties à l'instance. »

67. L'indépendance partielle, évoque la représentation mutuelle des codébiteurs ou litisconsorts. Ce qui justifie que le débiteur représenté, dépend des arguments qui ont été lancés par le débiteur représentant. « Par hypothèse, les coobligés doivent la même chose. Ce que l'un des coobligés doit, l'autre le doit également. Le jugement est en principe déclaratif de cette situation commune. En se prononçant sur la situation de l'un, le juge lato sensu se prononce sur la situation des autres.[97] »

68. Suite à ce raisonnement, le jugement rendu est considéré comme unique à tous les codébiteurs, par la suite la solidarité entre eux permet à un débiteur tardif de se joindre à l'appel à son codébiteur. D'ailleurs, le Code de procédure civile a consacré ce droit, dans son article 552 dans ces deux alinéas. « En cas de solidarité ou d'indivisibilité à l'égard de plusieurs parties, l'appel formé par l'une conserve le droit d'appel des autres, sauf à ces dernières à se joindre à l'instance.

[95] « On désigne sous l'appellation de « litisconsorts, les personnes qui dans un procès, soit comme demandeurs, soit, comme défendeurs, ont un intérêt commun. »
https://www.juritravail.com/lexique/Litisconsorts.html

[96] **J. HÉRON** et **Th. LE BARS**, *Droit Judiciaire privé*, Montchrestien, 4e édition, 2010, P.167.

[97] **M. MIGNOT**, « Un revirement spectaculaire : la fin de l'extension de l'autorité positive de la chose jugée dans le cautionnement ! », *Gazette du Palais*, 11 juin 2015, n° 162, p.4.

Dans les mêmes cas, l'appel dirigé contre l'une des parties réserve à l'appelant la faculté d'appeler les autres à l'instance. »

69. En revanche, cela n'est pas le cas en cassation, puisque la voie n'est pas ouverte à l'un des codébiteurs solidaires sans se joindre aux autres coobligés. Confirmée par la Cour de cassation dans son arrêt rendu en 1985. « Si en principe, la cassation d'un arrêt prononçant une condamnation solidaire profite à tous les codébiteurs solidaires, il n'en est pas de même lorsque l'un des codébiteurs a formé lui-même un pourvoi en cassation- sans se joindre à celui de ses coobligés - et que ce pourvoi a été rejeté.[98] »

Ainsi et dans le même sens, un autre arrêt a été rendu en 1993 « Attendu que la cassation d'un arrêt prononçant une condamnation solidaire profite à tous les codébiteurs solidaires. [99]»

70. La situation d'indépendance partielle des codébiteurs, diffère donc entre la Cour d'appel et la Cour de cassation. « Les arrêts de 1985 et de 1993 aboutissent à avoir des principes différents suivant les voies de recours. Devant la Cour d'appel le succès est personnel, mais devant la Cour de cassation il devient collectif.[100] »

La mutualité attribue à chacun des débiteurs, la qualité de représentant ou de représenté à l'instance, selon l'applicabilité du droit de défense. Par cette hypothèse, le débiteur présent à l'instance est le représentant, tandis que le débiteur absent, est le représenté privé de son droit d'accès au juge.

71. Vu la complexité de ce phénomène, deux conditions importantes sont à vérifier dans le cas de représentation mutuelle des codébiteurs. Première condition, que le représentant n'a pas dépassé l'attitude régulière des choses à l'instance et la deuxième condition que le résultat, ait été obtenu et étendu au représenté dans une situation normale.

§2) La solidarité entre caution et débiteur

[98] Civ., 1ère, 5 juin 1985, *B*I, n°180.
[99] Com. 16 février 1993, *B* IV, n°59.
[100] **Ph. DIDIER**, *ibid.*, P.315.

72. La solidarité entre caution et débiteur s'effectue au niveau du contrat de cautionnement, qui selon les dispositions de l'article 2292 du Code civil[101], doit-être exprès et non présumé, marquant une communauté d'intérêts entre ses deux parties.

76- C'est le fait de s'articuler autour d'une garantie, là où la caution est destinée à assurer le remboursement du créancier. « Comme toute forme de sûreté ou garantie fournie par un tiers, le cautionnement n'a de sens que par référence à une obligation principale dont il a pour objet d'assurer l'exécution. Appliqué au cautionnement, le caractère accessoire déploie cependant une vigueur plus grande et une signification plus précise que ce lien évident entre toute garantie, même lorsqu'elle est dite autonome, et l'obligation principale.[102] »

Pour concevoir les motifs d'un tel comportement, de la part d'une personne qui s'avère totalement étrangère à la dette et qui effectue un paiement basé sur un autre contrat conclu parallèlement entre elle et le débiteur principal, connu par le contrat de cautionnement, le législateur donne une définition aux termes de l'article 2288 du Code civil[103] de la fonction de la caution en cas d'insolubilité du débiteur principal.

Afin de garantir ses droits, le créancier exige de la caution un engagement solidaire par une stipulation de solidarité, toutefois cette solidarité, ne fait pas de la caution solidaire un codébiteur. « Selon le sentiment commun, la stipulation de solidarité ne peut pas assimiler complètement la caution solidaire au codébiteur solidaire intéressé à la dette.[104] »

73. De même et malgré la stipulation de solidarité, toutes les règles du cautionnement restent totalement adaptées. Dans ce sens, la Cour de cassation dans son arrêt du 19 février 1908, a assuré le contenu de la solidarité, en indiquant que ce principe « ne change pas la nature du cautionnement, mais modifie seulement certains de ses effets. [105]»

---

[101] L'article 2292 du Code civil « Le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès, et on ne peut pas l'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté. »

[102] **Ph. SIMLER**, *cautionnement : Garanties autonomes- Garanties indemnitaires*, 5e édition, 29 mai 2015, LexisNexis, P.45

[103] Article 2288 du Code civil « Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même. »

[104] **M. CABRILLAC, Chr. MOULY, S. CABRILLAC** et **Ph. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, 2015, LexisNexis, 10e édition, P. 268.

[105] **Ph. SIMLER**, *Op.Cit.,* P.83.

Ce qui veut dire que, la caution solidaire est essentiellement considérée comme une caution simple[106] dans tous ses rapports avec le débiteur principal, nonobstant la stipulation de solidarité. Comme l'affirme également M. SIMLER « le principe directeur doit être que le cautionnement solidaire reste fondamentalement un cautionnement. Les solutions du droit du cautionnement doivent donc l'emporter chaque fois qu'elles ne sont pas incompatibles avec l'idée de solidarité.[107] »

Il engendre naturellement, une sûreté d'exécution et donc de paiement au créancier, ainsi que l'étendu de ce paiement ne dépassera pas la dette principale.[108] Cependant, cette dépendance ne prive pas le contrat de cautionnement de toute autonomie, de même il ne se limite nécessairement pas sur une dette existante, mais peut s'attacher identiquement à une dette future, pourvu qu'elle soit déterminable au moment où la caution est poursuivie.

74. Nous remarquons donc suite à cette vision, une relation tripartite, dont le contractant commun est le débiteur principal. C'est la relation juridique de trois personnes, liées d'un engagement principal de créances, qui se fait principalement entre créancier et débiteur, puis entre ce dernier et une caution par un acte de cautionnement.

La Cour de cassation l'a clairement admis dans son arrêt du 1972, « un cautionnement, lequel implique des engagements entre trois personnes, un créancier, un débiteur et une caution.[109] »

En fait, au niveau de cette relation et dans le concept de la représentation mutuelle, le résultat de la condamnation de l'un se reflète systématiquement sur l'autre. « C'est dire de façon semblable que le débiteur a été représenté par la caution. [110]»

75. Logiquement, la caution ne doit payer la somme de la dette, que dans le cas où le débiteur principal est dans l'impossibilité de le faire.

---

[106] Pour mieux visualiser la différence entre la caution simple et la caution solidaire, il s'avère nécessaire de concevoir que la caution simple, peut solliciter au créancier de transmettre les moyens utiles, pour se faire payer par le débiteur principal.
En revanche, le créancier peut demander le paiement à la caution solidaire, sans s'adresser préalablement au débiteur garanti. Dans ce cas, même si le caractère accessoire du cautionnement persiste, mais son aspect subsidiaire disparaît.

[107] **Ph. SIMLER**, *Ibid.*, P. 86.

[108] Article 2290 alinéa 1er : « Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses. »

[109] Cass. Première chambre civile, 2 février 1972, n° 70-12.312.

[110] **Ph. DIDIER**, *Op.Cit.*, P. 294.

Elle ne le soutient donc que subsidiairement, ce qui prouve la nature provisoire et subsidiaire du cautionnement. Elle paye et cherche à se rembourser plus tard par le biais d'une action récursoire à l'encontre du débiteur principal.

§3) La solidarité active

76. Dans la logique de la solidarité, la question est de savoir si le champ d'application de la théorie de représentation mutuelle des coobligés s'applique similairement aux autres contractants, les créanciers solidaires.

77. Aux termes du premier alinéa de l'article 1311 du Code civil, chacun des cocréanciers pourra demander ou recevoir le remboursement total de la dette. « La solidarité entre créanciers permet à chacun d'eux, d'exiger et de recevoir le paiement de toute la créance. » Cette solidarité est dite active, mais rarement visualisée dans les contrats de dettes uniques. « Cette solidité entre plusieurs créanciers et d'un usage très rare parmi nous.[111] »

À ce stade, la dette est remboursée en sa totalité par le débiteur à l'un des créanciers solidaires. « Le paiement fait à l'un d'eux, qui en doit compter aux autres, libère le débiteur à l'égard de tous. » Nous comprenons par cet article et dans le rapport limitatif des créanciers, qu'après le remboursement fait à l'un d'eux, ce dernier doit accorder leurs parts aux autres, chacun proportionnellement à sa part personnelle. En contrepartie, le débiteur sera totalement libéré de sa dette.

Certes, cet article traite de la solidarité active entre les créanciers, mais nous rappelons que la solidarité est produite à tout niveau, par des contractants liés par un réseau d'intérêt, présumant une connaissance mutuelle minimale, respectant toute confiance entre eux selon une stipulation expresse de solidarité.

78. Nous trouvons après réflexion, qu'au niveau de la solidarité active ce réseau d'intérêts communs, n'est pas clairement établi, comme le cas entre les codébiteurs, ou bien entre débiteur principal et caution et par la suite la représentation mutuelle ne prendra pas lieu à ce niveau.

[111] **M. MIGNOT**, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, préf. Eric LOQUIN, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 17, Dalloz, Paris, 2002, n° 195, p.38.

Comme nous l'avons déjà expliqué que l'un des piliers de la théorie de la représentation mutuelle, est la caution solidaire, visualisée dans un contrat de cautionnement. Cette dernière est considérée comme la caution ordinaire, dans ses rapports avec le débiteur principal.[112] Lors de l'inexécution des obligations, une dualité de responsabilité entre le débiteur et la caution est marquée. Le créancier poursuivra dès lors chacun d'eux séparément, ou bien demandera le paiement uniquement de la caution, considérée plus solvable.

79. Globalement, cette relation se résume par une pluralité de dettes et une unicité d'obligation, et donc par le fait même une représentation mutuelle. « C'est plutôt l'unité de dette qui est invoquée comme fondement de la représentation réciproque des codébiteurs.[113]»

§4) L'obligation in solidum

80. À côté de la notion de solidarité ordinaire dans ses volets passif et actif, certains auteurs sans avoir de bases solides, ont développé l'idée d'une solidarité dite imparfaite, nommée solidarité in solidum « laquelle ne reproduirait que les effets principaux, à l'exception des effets secondaires.[114] »

81. L'unicité de dettes dont nous parlons au niveau de la solidarité ordinaire, n'est pas reconnue aux coobligés in solidum. Chacun d'eux est responsable d'un remboursement distinct, mais unique relativement au créancier,[115] d'autant plus, « chacun est tenu de la dette pour le tout[116] ».

82. L'application de ce type de solidarité est faite dans le domaine de la responsabilité civile délictuelle, où chacun est tenu par une cause différente. Nous apercevrons dans les pages suivantes, le concept abstrait et parfois contredit des obligations in solidum.

---

[112] **Ph. SIMLER**, *ibid.*, p.83.

[113] **M. MIGNOT**, « Cassation Civile Pierres et vacances c/Société Immobilier Monceau Investissements Holding », *Revue d'arbitrage*, n°1, 2015, p.102.

[114] **F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE**, Droit civil, les obligations, Dalloz, 12e édition., P.1014.

[115] **D. COCHET**, « La contribution à la dette des coobligés in solidum », *Petites affiches*, n° 118, 14 juin 2004, p. 3.

[116] **F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE**, *op.cit*., p.1014.

83. Les obligations in solidum sont relatives « aux modalités de la contribution à la dette des coobligés dans leurs propres rapports. [117]»

Nous rappelons que le Code civil, consacre le fondement de l'obligation in solidum en matière de responsabilité civile. « L'hypothèse principale de coobligés in solidum, celle des coauteurs d'un même dommage, est d'abord envisagée. »[118]

L'article 1317 du Code civil « Entre eux, les codébiteurs solidaires ne contribuent à la dette que chacun pour sa part. Celui qui a payé au-delà de sa part dispose d'un recours contre les autres à proportion de leur propre part. »

88- Une doctrine implique cet article en considérant que, le coobligé n'est naturellement responsable que du remboursement de sa propre part. En cas de son paiement de la totalité de la dette, il se transforme en caution mutuelle envers le créancier commun pour le reste qui ne l'intéresse pas.[119]

84. Finalement nous comprenons par cette explication, que l'effet direct de la solidarité entre les coobligés, sculpte l'édifice de la théorie de la représentation mutuelle des coobligés. Pratiquement aucun des contractants susvisés, n'avait le droit de se défendre contre cette théorie. Pour les partisans, le créancier est la partie la plus forte à l'instance et sous prétexte de la solidarité parfaite, il peut demander le remboursement de sa dette de n'importe quel coobligé, sans pour autant différencier entre débiteur principal ou caution solidaire. En plus, la représentation tacite lui rend service, du fait que le jugement s'appliquait systématiquement sur la caution solidaire.

De sa part, la caution ne pouvait pas faire tierce opposition au jugement rendu contre ses intérêts et le débiteur principal se trouvait coincer, dépourvu de toute force, ne pouvant se révolter de son rôle de représentant tacite de la caution solidaire.

2°) Les effets de la solidarité et la théorie de représentation mutuelle des coobligés

85. Nous trouvons une divergence doctrinale, non seulement sur l'intérêt de son application comme nous l'avons expliqué auparavant, mais aussi sur l'effet qu'elle peut posséder. Pour

---

[117] **O. DESHAYES**, « la responsabilité contratuelle in solidum », *Revue des contrats*, n° 01, 1er mars 2016, p. 21.

[118] **D. COCHET**, *op.cit.*, P.3.

[119] **S. HAZOUG**, « Recevabilité de la tierce-opposition de la caution solidaire au titre de son droit d'accès au juge », *Petites affiches*, n° 246, 10 décembre 2015, page 10.

certains, elle reflète une dualité d'effets, principaux et secondaires. Nous présenterons, l'effet principal de la solidarité (**§1**) d'une part, et les effets secondaires de la solidarité (**§2**) d'autre part.

§1) L'effet principal de la solidarité

86. L'effet principal de la solidarité parfaite, est celui qui s'implante dans l'alliance d'intérêts des contractants et explique selon l'article 1313 du Code civil la libération des codébiteurs (ou débiteur principal et caution) de tout engagement envers leur créancier, suite à leur substitution tacite par l'un d'entre eux. « … Le paiement fait par l'un d'eux les libère tous envers le créancier. Le créancier peut demander le paiement au débiteur solidaire de son choix. » C'est cette solidarité, qui est considérée, comme un mode de garantie de paiements, « … La solidarité entre les débiteurs oblige chacun d'eux à toute la dette… »

87. En somme, l'effet principal de la solidarité englobe une seule et unique dette avec un seul objet, mais varie selon le type de solidarités voire passive ou active.

§2) Les effets secondaires de la solidarité

88. Les effets secondaires reconnus par la loi, sont divers. Ils englobent tout d'abord, la procédure de la mise en demeure entre le créancier et l'un des codébiteurs, demandée lors de la survenance d'un préjudice dû à l'inapplication du débiteur de ses obligations contractuelles, c'est de la responsabilité contractuelle que nous traitons.

89. Il est admis que la mise en demeure à l'égard de l'un quelconque des coobligés solidaires, le débiteur principal ou la caution solidaire, produit un effet à l'égard de tous.
« La demeure, c'est le retard apporté par le débiteur à l'exécution de son obligation ; être en demeure c'est être en retard.[120] » La mise en demeure est juridiquement déclenchée, lors de l'interpellation par le créancier du débiteur.

90. Un autre effet secondaire consacré à l'article 1319 du Code civil, qui dispose que « les codébiteurs solidaires répondent solidairement de l'inexécution de l'obligation. » Nous comprenons par cet article, qu'en principe chacun des codébiteurs, est responsable de

[120] **F. TERRÉ**, **Ph. SIMLER** et **Y. LEQUETTE**, Droit civil, les obligations, Dalloz, 12e édition., P.348

l'inaccomplissement de ses obligations, mais lorsqu'il est demandé d'une mise en demeure de la part du créancier, les autres codébiteurs le sont bel et bien solidairement.

91. Nonobstant les dispositions de cet article «la plupart des auteurs professent que l'exigence de mise en demeure doit être évincée lorsque l'inexécution contractuelle est avérée et que le dommage est d'ores et déjà subi par le créancier.[121]»

L'idée de ces auteurs nous semble loin de la conception de la mise en demeure, surtout qu'elle forme une mesure protectrice, donnée par la loi pour protéger le débiteur de son inexécution.

92. Ces effets secondaires, se limitent exclusivement à la notion de solidarité parfaite et s'abstiennent du champ d'application de la théorie de représentation mutuelle des coobligés. Les anciens auteurs à l'instar du M. DUMOULIN, ont donné une interprétation exceptionnelle à la théorie, afin de consolider une garantie au créancier.[122] Ils la confèrent un aspect particulier et la distinguent des effets primaires et secondaires de la solidarité, « il en résulte que chacun des débiteurs doit le tout, mais que les effets secondaires de la solidarité, fondés sur la représentation mutuelle des codébiteurs ne se produisent pas.[123]»

93. La solidarité passive entre débiteurs ou la solidarité entre débiteur principal et caution, marque une sorte de sûreté. Par le fait même le créancier pourra tout requérir du codébiteur ou de la caution en cas d'insolvabilité du débiteur principal. L'effet secondaire de cette solidarité passive, s'explique donc par cette réciprocité et mutualité.

3°) La théorie de la représentation mutuelle des coobligés et le mandat tacite

94. Selon l'article 1984 du Code civil, le mandat « est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire. »

[121] **D. MAZEAUD**, « La mise en demeure », *Revue des contrats*, n° 4, 1er octobre 2007, p. 1115.
[122] **F. TERRÉ**, **Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE,** *Op.Cit.,* p.1009.
[123] **F. TERRÉ**, **Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE**, *ibid.*, p. 744.

En effet, le mandat exprès est autre que le tacite, dans le premier cas tout est défini par le mandat écrit entre les codébiteurs. Cette situation d'accord est d'une rare application, surtout que les débiteurs ne veulent certainement pas amplifier la lourdeur de leurs obligations. [124]

Le mandat tacite, est plutôt théorique que réel et donc il faut s'éloigner de cette hypothèse, afin de ne pas trop s'attarder dans l'expansion de la représentation.

95. LAROMBIÈRE assimile la représentation des codébiteurs solidaires à un mandat tacite entre eux, et considère que « la représentation dans les instances relatives à la dette des codébiteurs de l'un par l'autre en est la conséquence forcée.[125]»

En fait, pour lui, l'acceptation de l'idée du mandat tacite, s'étale au niveau de la solidarité passive convenue entre plusieurs débiteurs, liés par intérêts communs.

96. Pareillement au mandat tacite repéré au cas de solidarité passive, nous nous demandons s'il y a possibilité de rapprocher à la caution solidaire, la conduite d'un mandataire réciproque au débiteur principal ?

Le caractère du lien entre la caution solidaire et le débiteur principal est toujours controversé. Certains auteurs classiques, telle Mme NICOLLE acceptent l'idée du mandat tacite, entre codébiteurs et l'applique analogiquement au cas de débiteur principal et caution solidaire. Elle indique que, « les codébiteurs solidaires, qui sont censés s'être donné mandat tacite de se représenter… Il en est de même pour la caution solidaire.[126]»

En effet, les hypothèses de solidarité ou de mandat tacite comme bases de la théorie de représentation mutuelle des coobligés, fut approuvées par la jurisprudence.

---

[124] **D. VEAUX** et **P. VEAUX-FOURNERIE**, « La représentation mutuelle des coobligés », in *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz/Litec, 1983, p 553.

[125] **Ph. DIDIER**, *ibid.*, P. 285.

[126] **I. NICOLLE**, *Le tiers dans la tierce opposition*, *L'autorité de la chose jugée*, sous la direction de **L. CADIET et D. LORIFERNE**, Bibliothèques de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne André TUNC, tome 37, 2012, p.141.

SOUS-SECTION 2 : LES JURISPRUDENCES AYANT ACCUEILLI LA THEORIE DE LA REPRESENTATION MUTUELLE

97. La jurisprudence partisane de la théorie de représentation mutuelle, approuve les hypothèses traitées par les auteurs, qui basent cette théorie sur la solidarité ou le mandat tacite.
Nous dresserons tout d'abord les arrêts qui approuvent l'idée de la solidarité comme base à la théorie de la représentation mutuelle des coobligés (**1°**). Ensuite, ceux relatifs à l'idée du mandat tacite (**2°**).

1°) L'acceptation par la jurisprudence de la solidarité comme base à la théorie de représentation mutuelle

98. La jurisprudence, a voulu limiter la multiplicité des procès, qui lui semblait infructueux, et déjà argumentés par le représentant. « Bien souvent, le coobligé qui n'est pas poursuivi invoque exactement les mêmes arguments et moyens que celui qui l'a été préalablement en sorte qu'il est possible de considérer a priori que ce qui a été jugé à l'égard de l'un le serait de la même façon à l'égard de l'autre.[127] »
104- La jurisprudence conserve cette hypothèse, en se référant à l'ancien article 1208 du Code civil, afin d'expliquer son idée. « La jurisprudence retient une interprétation extensive de la notion de représentation, l'assimilant à l'existence d'une communauté d'intérêts entre l'une des parties et le tiers.[128]» Cela à la solidarité passive (**§1**) et la solidarité entre débiteur principal et caution (**§2**).

§1) La solidarité passive

99. Les coobligés ayant une source unique des obligations, se représentent au niveau de leur exécution. « Dans certains cas, il est difficile, artificiel ou inutile de fonder la jurisprudence sur la loi. La prétendue représentation réciproque des codébiteurs est vraisemblablement l'un de ceux-

[127] **M. MIGNOT**, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, Préf. E. LOQUIN, *Nouv. Bibl. th*, vol.17, Dalloz, Paris, 2002, n°201.
[128] **N. LEBLOND**, « Caution solidaire et tierce opposition à la sentence arbitrale », *l'essentiel droit des contrats*, n° 06, 9 juin 2015, P.2.

là. Elle est fondée sur la structure des obligations solidaires et, plus généralement sur celles des obligations plurales. [129]»

100. En effet, la solidarité, était conçue comme base à la représentation réciproque, entre les codébiteurs. Ensuite elle a été acceptée entre le débiteur principal et la caution solidaire et menait à une irrecevabilité de la tierce opposition de cette dernière. [130]

§2) La solidarité entre débiteur principal et caution

101. Ensuite, la Cour de cassation, a étendu l'hypothèse de la représentation mutuelle à la caution solidaire, en se basant sur sa solidarité avec le débiteur principal envers le créancier, qui est détenue par l'article 2021 du Code civil. Aux termes duquel « la caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens, à moins que la caution n'ait renoncé au bénéfice de discussion, ou à moins qu'elle ne se soit obligée solidairement avec le débiteur ; auquel cas l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires. »

102. Ainsi similairement à cette idée, la chambre commerciale de la Cour de cassation, a assumé dans son arrêt de 1961, l'irrecevabilité de la tierce opposition relevée par la caution solidaire, par le fait que cette dernière a été naturellement représentée par le débiteur principal. Tout en relevant l'absence de collusion frauduleuse ou de moyens personnels rattachés à la caution : « Après avoir déclaré à bon droit qu'en matière d'obligations solidaires, chacun des codébiteurs doit être considéré comme le contradicteur légitime du créancier et le représentant nécessaire de ses coobligés. [131] »

2°) L'acceptation par la jurisprudence de l'hypothèse du mandat tacite

103. La jurisprudence ancienne, semble être parfaitement protectrice et fidèle à la théorie de représentation mutuelle des coobligés. L'un des exemples les plus significatifs était, celui des « co-mandants » que le législateur lui-même par l'article 2002 du Code civil, déclare comme

[129] **M. MIGNOT**, « L'irrecevabilité de la tierce opposition est-elle constitutionnelle ; Note sous Cour de cassation, Chambre commerciale, 27 novembre 2014, Pierres et vacances contre Société Immobilier Monceau investissements holding, pourvoi numéro 14-16.644 », *Rev. arb.* 2015.103.

[130] Cass. Civ ,1er décembre 1885, *D.P.* 1886, 1, p. 251**.**

[131] Cass. Com. 6 juin 1961, *Bull. civ.* iii, n° 258.

solidaires envers leur mandataire commun. « Lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat. » À ce niveau, la jurisprudence expliquait la représentation entre les co-mandants, par la solidarité qui les unie, chacun d'eux se représente donc, par le biais du mandat envers le mandataire.[132]

104. L'arrêt de principe rendu par la Cour de cassation le 1er décembre 1885, concrétise l'hypothèse « que les deux engagements ont été contractés dans le même acte et qu'aussi le débiteur principal et la caution solidaire se sont réciproquement constitués mandataires l'un de l'autre pour se représenter en justice.[133] » Cette chambre, a pourvu par son arrêt que la dette principale et le cautionnement résulte d'un seul et même acte, ce qui explique la représentation mutuelle entre eux.

105. La Cour de Cassation à son tour, dans son arrêt du 16 décembre 1891, a adopté l'idée du mandat tacite entre codébiteurs solidaires. « Le mandat que les débiteurs solidaires sont réputés se donner entre eux, s'il leur permet d'améliorer la condition de tous, n'a pas pour effet de pouvoir nuire à la condition d'aucun d'entre eux.[134]»

106. Cependant, toutes ces hypothèses ont été vivement critiquées aux deux niveaux doctrinal et jurisprudentiel.

SECTION 2. LES OPPOSANTS A LA THEORIE DE LA REPRESENTATION MUTUELLE DES COOBLIGES

107. Nous présenterons dans cette deuxième sous-section, l'avis des auteurs opposés à la théorie de la représentation mutuelle des coobligés (**sous-section1**), ainsi que les arrêts ayant écarté cette théorie (**sous-section2**).

[132] Cass. Civ. 15 janvier 1873, *D.P.* 1873.1.249.
[133] Cass. Civ., 1er décembre 1885, *D.P.* 1886, 1, p. 251.
[134] **Ph. DIDIER**, *De la représentation en droit privé*, Préface Y. LEQUETTE, thèse, LGDJ, 1997, P. 285.

SOUS-SECTION 1 : LA DOCTRINE CONTESTANT LA THEORIE DE LA REPRESENTATION MUTUELLE DES COOBLIGES

La doctrine opposée à cette théorie, critique la solidarité comme base de la représentation mutuelle (**1°**), de même elle refuse l'idée de mandat tacite **(2°**).

1°) La critique apportée sur la solidarité comme base de la théorie de représentation mutuelle des coobligés

108. Pour les opposants processualistes,[135] la théorie de représentation mutuelle des coobligés, joue un rôle trop détourné dans le domaine judicaire.

TISSIER fut le premier à critiquer la représentation mutuelle entre codébiteurs : « Dans sa note parue en 1893, il lança une attaque contre la représentation mutuelle des codébiteurs solidaires, inaugurant ainsi un courant qui allait, à son tour gagné en audience dans la doctrine. [136]»

109. De même, le Doyen WEILL a assuré l'insignifiance de cette théorie en droit civil, surtout que l'idée liée à la solidarité entre les coobligés peut être engendrée « de la pluralité des liens obligatoires et l'unité de leur objet[137] », sans pour autant compliquer ce lien par la théorie de représentation mutuelle elle-même.

110. Dans les mêmes considérations, M. VEAUX et Mme VEAUX –FOURNERIE, ont critiqué la théorie par la « fiction inutile et malfaisante. »

111. D'après ces critiques, nous déduirons que le désaccord maintenu, s'étale sur le domaine d'application de cette théorie, suivant son intégration au droit positif. Son impact négatif, se propage sur la totalité du fonctionnement judiciaire normal, et précisément sur les droits de la défense consacrés à la tierce personne, qu'est la tierce opposition.

---

[135] Mais la notion de représentation réciproque des codébiteurs solidaires, qui est traditionnellement invoquée pour justifier une telle solution, est critiquée par une partie notable de la doctrine, particulièrement celle des processualistes (voir les conclusions de **M. KESSOUS**, *Sem. jur.* 1997, 22789, sous Cass. civ. 2e, 29 janvier 1997 ; obs. de **R. PERROT** à la *Rev. tr. dr. civ.* 1997, p. 511, sous le même arrêt, et les développements de **J. MESTRE** au *Jurisclasseur de droit civil*, fasc. 20, articles 1197 à 1216, § 74, 82, 83, 84, 85, 86, 87 et 93 et s.). Et elle a été remise quelque peu en cause par des décisions récentes de la 2e chambre civile de la Cour de cassation en date du 29 janvier 1997 (Bull. civ. II, no 30).

[136] **Ph. DIDIER**, *Op.Cit*., P. 290.

[137] **F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE,** *Droit civil, les obligations*, Dalloz, 12e édition, P.348.

112. Dans l'hypothèse de la solidarité entre le débiteur principal et la caution. « Il n'y a pas de représentation entre les cautions solidaires ou avec le débiteur principal. Certes les auteurs et les tribunaux, entraînés par la force de formules telles que celle des « effets secondaires » de la solidarité, affirment parfois que les coobligés solidaires se représentent mutuellement.[138] »
Pour les antagonistes de la théorie, la conclusion jurisprudentielle de communautés d'intérêts, n'est pas constamment applicable, notamment lors de l'engagement du débiteur principal et de la caution solidaire. Cela, pour des raisons différentes, ne menant forcément pas à des intérêts similaires quant à la créance garantie.

113. Le contrat de cautionnement est défini comme sûreté à caractère accessoire, fourni par une tierce personne, la caution.

Ce contrat peut s'appliquer à toute obligation, quel qu'en soit l'objet. Mais, en pratique, il sert surtout à garantir le paiement des dettes d'argent. Pour les obligations de faire, la caution garantit les dommages-intérêts que pourra devoir le débiteur, en cas d'inexécution. Cependant le caractère accessoire, limite le cadre de ce contrat par l'exigence d'une obligation principale que garantit la caution et par conséquent, il ne peut avoir un objet autre ou plus étendu que celui de l'obligation principale.

Le lien de solidarité entre le débiteur principal et la caution, ne changera guère le rôle accessoire du cautionnement, mais emmènera à une sécurité supplémentaire entre eux.

114. En effet, « le contrat de cautionnement ne peut réellement être considéré comme accessoire que pour sa fonction de garantie de la dette principale.[139] » Mais puisque le débiteur principal et la caution solidaire, sont tous égaux vis- à-vis la dette commune. « Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même.[140] »
À cet égard, le caractère accessoire du cautionnement fournit un processus fonctionnel. C'est que, la caution solidaire ne rembourse pas sa dette personnelle, mais celle du débiteur principal.

---

[138] **M. CABRILLAC**, **Ch. MOULY**, **S. CABRILLAC et Ph. PÉTEL**, *Droit des sûretés*, 2015, LexisNexis, 10e édition, P. 273.
[139] **J.-B. RACINE**, « Arbitrage et cautionnement en droit français », *Cahiers de l'arbitrage*, 1er avril 2010, n°2, P. 353.
[140] **J.-B. RACINE**, *Op.Cit.*, P. 353.

115. Pour M. VEAUX et Mme VEAUX –FOURNERIE, si une clause compromissoire est insérée dans le contrat de créances unissant le débiteur principal au créancier, la caution solidaire reste étrangère à cette clause. Dans cette hypothèse, le caractère accessoire du cautionnement, n'accède pas à un lien entre la caution solidaire et la clause d'arbitrage, étrangère à elle.

116. La clause compromissoire insérée dans le contrat initial de créance, reste inapplicable à la caution. « C'est à juste titre qu'ils décident que cette caution ne peut personnellement invoquer une clause compromissoire contenue dans l'acte, auquel elle n'a pas été partie, intervenu entre le débiteur principal et son créancier[141]. »

117. Pour ces auteurs opposés à la théorie, même l'idée de l'extension de la clause compromissoire, ne justifie pas l'implication de la caution solidaire à l'effet de cette clause. Généralement, l'idée de l'extension de la clause compromissoire, s'effectue normalement au niveau de groupes de contrats. Selon M. RACINE cette solution d'extension est applicable dans des cas précis, mais « en matière d'arbitrage international », mais elle ne l'est pas en matière d'arbitrage interne.

118. M. LE CORRE, dans sa note sur l'arrêt rendu le 25 novembre 2008 par la Cour de cassation, critique la représentation mutuelle des coobligés comme ayant « un effet de destruction du principe d'autonomie des engagements des codébiteurs.[142] » Il la compare dans une belle figure de style à un yacht, sans que les codébiteurs aient le simple droit de contester cette nouvelle situation « embarqués dans des bateaux différents, après la décision d'admission au passif, ils se retrouvent dans la même galère, ou, plus rarement, comme c'est le cas en l'espèce, dans le même yacht.[143] »

2°) Le refus du lien entre la théorie de la représentation mutuelle et le mandat tacite

119. Chacun du débiteur et de la caution possède une autonomie juridique, mais sont liés uniquement par le contrat de cautionnement qui limite la substitution du débiteur pour la simple exécution de ses obligations en cas de son insolvabilité, et ne la dépasse pas pour englober d'autres

[141] Cass. Com., 22 novembre 1977, n° 76-13.145.

[142] **P.-M. LE CORRE**, « note sous Cour de cassation chambre commerciale, 25 nov. 2008, n° 07-14583 », *Gazette du Palais*, 22 janvier 2009, n° 22, p. 51.

[143] **P.-M. LE CORRE**, *Op. Cit.*, P.51.

actes ou obligations juridiques. Ce qui assure l'absence de toute représentation entre les deux, d'une façon directe ou indirecte et laisse par la suite toutes les obligations du débiteur principal intactes.[144]

Ainsi la présomption de mandat tacite lancée par M. LAROMBIÈRE, qui, liée à la représentation mutuelle, est pratiquement fragile. « L'appellation parfois utilisée de mandataire ou de mandat que se donnent les codébiteurs est tout à fait trompeuse. Il n'y a pas de mandat proprement dit entre eux.[145] »

120. M. et Mme VEAUX et VEAUX FOURERIE ont refusé le concept de mandat tacite, dans la mesure que c'est un premier pas vers la fiction et la fausse représentation. En ce sens, ils assurent, qu'il n'y a pas une réciprocité de rôles entre la caution solidaire et le débiteur principal. L'effet comportemental de ce dernier met en œuvre l'engagement de la caution solidaire, mais inversement, l'inexécution de la caution solidaire de son obligation ne met pas en cause le débiteur principal.[146]

121. Dans le même contexte, Mme VEAUX-FOURNERIE et M. VEAUX assurent que « les arrêts ne se donnent plus la peine de justifier la solution par un mandat, tacite ou légal, entre les coobligés. Ils affirment, sans la moindre démonstration, qu'à l'égard du créancier, chaque codébiteur est le contradicteur légitime, qui représente l'ensemble des codébiteurs, ou encore le représentant nécessaire.[147] » Ils viennent assurer que la jurisprudence constante, ne faisait allusion qu'à la solidarité entre les coobligés, sans se référer à un autre contrat tacitement ou explicitement.

---

[144] **Ph. SIMLER**, *Cautionnement : Garanties autonomes, Garanties indemnitaires,* LexisNexis, 5e édition, 2015, p. 17.

[145] **Ph. DIDIER,** *De la représentation en droit privé,* préface Yves LEQUETTE, thèse, LGDJ, 2000, P. 291.

[146] **D. VEAUX** et **P. VEAUX-FOURNERIE**, « La représentation mutuelle des coobligés », in *Études dédiées à Alex Weill,* Dalloz/Litec, 1983, p.551.

[147] **D.VEAUX** et **P. VEAUX-FOURNERIE**, « Les surprises de la tierce opposition » in *Mélanges La Terre, la famille, le juge dédiés à Henri-Daniel Cosnard,* Economica, p.420.

SOUS-SECTION 2 : LES ARRETS AYANT ECARTE LA THEORIE DE LA REPRESENTATION MUTUELLE

122. En fait, l'ancien article 1208 du Code civil jouait un rôle intéressant dans l'explication de la théorie de représentation mutuelle, il formait l'ensemble d'une solution classique protégée par la jurisprudence traditionnelle.

En revanche, cette théorie fut critiquée de nos jours : une récente jurisprudence, trace une évolution mais timide de la jurisprudence semblable à celle connue par la doctrine. Nous remarquons d'ailleurs, « que la jurisprudence la plus récente ne prend plus la peine de rattacher les solutions classiques à un texte légal et qu'elle ne mentionne donc plus dans ses motifs la représentation mutuelle des codébiteurs.[148] »

123. En se référant au droit d'accès au juge et au procès équitable, la Cour de Cassation[149] refuse d'appliquer la théorie de représentation mutuelle des coobligés. « Selon les articles 480 du nouveau Code de procédure civile et 151 alinéa 1er, et 185 du Code de commerce, ensemble l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le principe de la représentation mutuelle des coobligés solidaires ne peut avoir pour effet de priver l'un des coobligés de son droit à un procès équitable. »

124. Selon les avis opposés de la doctrine et de la jurisprudence, qui oscillent entre acceptation et refus de la théorie de la représentation mutuelle, nous pouvons défendre qu'il faille soutenir une opinion opposante à la théorie de la représentation mutuelle afin de conserver le droit de défense d'une tierce personne qui s'avère étrangère à la clause compromissoire et l'instance arbitrale.

125. Le champ d'application de cette invention jurisprudentielle demeure trop limitée de nos jours, elle trouve sa contrariété ou plutôt elle est désarçonnée par le droit fondamental d'accès au juge, garantie par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme

[148] **M. MIGNOT**, « L'irrecevabilité de la tierce opposition est-elle constitutionnelle ; Note sous Cour de cassation, Chambre commerciale, 27 novembre 2014, Pierres et vacances contre Société Immobilier Monceau investissements holding, pourvoi numéro 14-16.644 » *Rev. arb.* 2015.102.

[149] Cass. Com., 1erjuin 1999, pourvoi n° M 97-17.924, arrêt n° 1089 PMédia.

et des libertés fondamentales[150], c'est le texte qui donne à toute personne le droit à un procès équitable. Ajoutons, notamment l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et des Citoyens.

[150] **F. DURAND**, « La représentation mutuelle des codébiteurs solidaires au paiement de la dette fiscale », *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique*, n°4, 2014, P.761.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

126 Bis- Nous avons présenté, dans ce chapitre, une vision historique d'une théorie traditionnellement appliquée généralement à tous les coobligés, la théorie de la représentation mutuelle des coobligés.

Cette théorie a fait l'objet de : controverses doctrinales et jurisprudentielles.

Certains auteurs et jurisprudences ont accepté son application au niveau des cautions solidaires en les classant comme des coobligés par rapport aux débiteurs principaux. De même, ils ont justifié cette théorie par la présence d'une liaison basée sur des obligations solidaires, liant les coobligés les uns aux autres, et variant entre solidarité passive, active et obligations in solidum.

Cependant, les auteurs contestants ont apporté une critique sur cette solidarité comme base de la théorie de représentation mutuelle des coobligés et ont parfaitement refusé le lien entre cette dernière et le mandat tacite.

127. Nous présenterons dans le chapitre suivant le refus révolutionnaire de la Haute Cour, de cette théorie traditionnelle, un refus qui a bouleversé toute une jurisprudence.

CHAPITRE 2 : LE REFUS RÉVOLUTIONNAIRE PAR LA COUR DE CASSATION DE LA THÉORIE DE REPRÉSENTATION MUTUELLE DES COOBLIGÉS

128. Faisant siennes les critiques, la Cour de cassation refuse totalement dans son arrêt du 5 mai 2015, le recours à la théorie de la représentation mutuelle des coobligés. Nous présenterons le raisonnement mené par la Cour de cassation dans l'arrêt du 5 mai 2015 (**Section1**), et la qualification de la caution solidaire (**Section 2**).

SECTION 1 : LE RAISONNEMENT DE LA COUR DE CASSATION

129. Nous examinerons le raisonnement de la Cour d'appel de Paris (**sous-section 1**), ainsi que celui de la Cour de cassation (**sous-section 2**).

SOUS-SECTION 1 : LE RAISONNEMENT DE LA COUR D'APPEL DE PARIS

Pour mieux comprendre le raisonnement de la Cour d'appel de Paris sur le sujet de la recevabilité de la tierce opposition formée par la caution solidaire, nous présenterons les faits d'un arrêt rendu d'une part, en la comparant avec la solution contraire rendue par la Haute Cour d'autre part, dans la présentation des faits des arrêts de la Cour d'appel de Paris rendu le 23 mai 2013 et de la chambre

commerciale de la Cour de cassation du 5 mai 2015 (**1**°). Nous dresserons ensuite, la réflexion sur les positions convergentes des deux tribunaux (**2°**).

1°) La présentation des faits des arrêts de la Cour d'appel de Paris rendu le 23 mai 2013 et de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 5 mai 2015

130. Pour mieux comprendre la solution donnée par la Cour de cassation, qui protège la caution solidaire contre toute sentence arbitrale rendue entre les parties, nous faisons parvenir limitativement, les faits des arrêts de la Cour d'appel de Paris rendu le 23 mai 2013 et de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 5 mai 2015.

131. Étrangère aux clauses compromissoires insérées dans les contrats signés entre le débiteur principal et le cessionnaire des actions, la caution solidaire se vit opposer une sentence arbitrale rendue par amiable composition à l'encontre du débiteur principal.

Elle fut assignée par le cessionnaire des actions, en paiement d'une somme d'argent, devant le tribunal du commerce à Paris.

132. En respectant la situation juridique créée par le contrat[151], mais insatisfaite de ce jugement et n'ayant pas perdu l'espoir de se défendre, la caution solidaire présente une question prioritaire de constitutionalité, afin de déterminer la constitutionalité de la représentation mutuelle envers les droits de défense et de l'accès au procès équitable.

133. Tout dans le contexte de la théorie de représentation mutuelle, et dans l'absence de fraude au niveau du cautionnement et de moyens personnels invoqués par la caution solidaire, le tribunal de commerce a joint les deux causes parvenues ci-dessus et a décidé de l'irrecevabilité de la tierce opposition tenue par la caution solidaire. Puis a rejeté les demandes « par un arrêt du 23 mai 2013, qui a au surplus ordonné la poursuite de l'instance au fond.[152] »

En 2014[153], la Cour d'appel de Paris a confirmé le jugement du Tribunal de commerce. La Cour d'appel sans distinction entre caution solidaire et caution simple, a uniquement entrepris le trajet

[151] La caution en tant que tiers, a respecté les termes du premier alinéa de l'article 1200 du Code civil « Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. »

[152] Cass. Civ., *Revue d'arbitrage*, 2015, n°1, p.99.

[153] Paris, 4 mars 2010, *RG* N°09/00879.

d'une jurisprudence constante, qui se limite aux dispositions de l'ancien article 1208 du Code civil[154] pour cadrer législativement l'idée de la représentation mutuelle, entre le débiteur principal et la caution solidaire.

134. La Cour d'appel assure, l'irrecevabilité de la tierce opposition de la caution solidaire, dans les limites de sa représentation tacite par le débiteur principal à l'instance arbitrale, surtout en présence des intérêts communs entre elle et le débiteur principal. « La filiation entre la caution et le débiteur principal (sa filiale à 100 %) renforce leur communauté d'intérêts, et que l'impossibilité pour la caution d'intervenir volontairement à l'instance d'arbitrage est sans effet sur le principe de représentation mutuelle des coobligés. [155]»

135. La Cour d'appel n'a donc fait, qu'apposer d'anciennes argumentations d'un arrêt de principe de 1885. Là où la Cour de cassation a affirmé le 1er décembre 1885, qu'il suffit que l'un des codébiteurs se présente à l'instance, pour que les autres débiteurs solidaires soient fixés comme présents, malgré leur absence. Par le fait même, « la chose jugée en faveur ou contre l'un des codébiteurs solidaires est opposable à tous les autres »[156]. Nous comprenons par l'arrêt du 1885, que c'est l'unité de dettes qui constitue à la fois le lien des obligations des coobligées, et la base de la théorie de représentation mutuelle des coobligés.

2°) La réflexion sur les positions convergentes des deux tribunaux

136. La Cour d'appel applique cette théorie, similairement aux autres juridictions. Même dans les arrêts les plus contemporains, comme celui rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation, qui s'accorde avec l'idée de représentation tacite, « mais attendu qu'en application des dispositions de l'article 1208 du Code civil, si l'extinction de la créance à l'égard du débiteur faisant l'objet d'une procédure collective en raison du défaut de déclaration laisse subsister l'obligation distincte contractée par son codébiteur solidaire, en revanche, ce dernier peut opposer

[154] Abrogé par l'article 1315 du Code civil « Le débiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer les exceptions qui sont communes à tous les codébiteurs, telles que la nullité ou la résolution, et celles qui lui sont personnelles. Il ne peut opposer les exceptions qui sont personnelles à d'autres codébiteurs, telle que l'octroi d'un terme. Toutefois, lorsqu'une exception personnelle à un autre codébiteur éteint la part divise de celui-ci, notamment en cas de compensation ou de remise de dette, il peut s'en prévaloir pour la faire déduire du total de la dette. »

[155] **R. BONHOMME**, « Entrouverture de la tierce opposition à la caution solidaire », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, n° 04, 1er juillet 2015, p. 234.

[156] **P. RUBBELLIN**, « Droit des entreprises en difficulté », *L'essentiel*, 2 décembre 2014, n°11.

au créancier la chose jugée résultant de l'admission irrévocable de la créance dans la procédure collective ouverte à l'égard de l'autre codébiteur solidaire.[157] »

137. Ensuite, l'arrêt d'appel a fait l'objet d'un pourvoi en cassation dans lequel, la caution solidaire a « par mémoire spécial du 1er septembre 2014, demandé de renvoyer au Conseil constitutionnel deux questions prioritaires de constitutionnalité.[158]»

Dans la première question, la caution solidaire présente, le problème de contradiction de la théorie de représentation mutuelle au droit de recours équitable. Tandis que, dans sa deuxième demande de constitutionnalité, elle pose l'interdiction au « droit à un recours juridictionnel effectif garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, en ce qu'elles interdisent à une caution solidaire de critiquer devant les juridictions étatiques la sentence arbitrale condamnant le débiteur principal à payer au créancier la dette garantie à l'issue d'une instance à laquelle cette caution n'a pas pu intervenir.[159] »

SOUS-SECTION 2. LE RAISONNEMENT DE LA COUR DE CASSATION ET SON ANALYSE

Afin de mieux justifier le raisonnement de la Cour de cassation sur le sujet de la recevabilité de la tierce opposition formée par la caution solidaire, nous tenons à expliquer, la solution de la Cour de cassation basée sur les droits de la défense **(1°)** d'une part, et le refus de la Cour de cassation d'appliquer la théorie de la représentation mutuelle **(2°),** d'autre part.

1°) La solution de la Cour de cassation basée sur les droits de la défense

138. Par l'arrêt du 5 mai 2015, la Chambre commerciale de la Cour de cassation, met en question la constitutionnalité des dispositions de l'article 1208 du Code civil.

[157] Cass. com., 25 nov. 2008, n° 07-14583, *Bull. civ.* IV, n° 199.
[158] Cass. com., 27 nov. 2014, n° 14-16.644.
[159] Cass. com., 27 nov. 2014, n° 14-16.644.

139. En réalité, la caution solidaire, a confié à la Cour de cassation, toute compétence de se prononcer sur la constitutionnalité de cette représentation mutuelle, tout en soutenant l'atteinte de cette dernière aux droits de libertés.

La caution par cet acte, s'est basée sur l'étendue du contrôle de la Cour de cassation sur le sujet de la constitutionnalité. « C'est l'étendue du contrôle qu'entendent exercer le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation dans le cadre du pouvoir de « filtrage » des questions prioritaires de constitutionnalité qui leur est confié.[160] » Elle n'a donc fait que contester l'interdiction de son droit de tierce opposition, surtout qu'elle n'avait pas le choix d'intervenir volontairement à l'instance arbitrale, mais alors qu'elle pourrait le faire si l'instance était judiciaire.

140. La Cour de cassation a accepté tacitement le contrôle de la constitutionnalité, tout en attachant le sujet de traitement de la constitutionalité[161] à une disposition législative, qui met en évidence son caractère sérieux. En réalité, la caution conteste l'irrecevabilité de la tierce opposition, formée contre la sentence arbitrale, sous prétexte de sa représentation par le débiteur principal.

141. Effectivement, la chambre commerciale a recouru à la violation des articles 6§1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. « Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le droit effectif au juge implique que la caution solidaire, qui n'a pas été partie à l'instance arbitrale, soit recevable à former tierce opposition à l'encontre de la sentence arbitrale déterminant le montant

---

[160] **C. TEITEGEN–COLLY**, *La convention européenne des droits de l'homme 60 ans et après?* , LGDJ, LEXTENSO, 2013, P. 193.

[161] Selon les dispositions de l'article 61-1 de la constitution du 4 octobre 1958, toute atteinte aux droits des libertés d'une partie au cours d'une instance, peut mener l'affaire devant le Conseil constitutionnel. « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. »
En effet, la Cour de cassation dans son arrêt du 27 novembre 2014, a considéré « qu'il n'existe pas, en l'état, d'interprétation jurisprudentielle constante interdisant à une caution solidaire de critiquer devant les juridictions étatiques la sentence arbitrale condamnant le débiteur principal à payer au créancier la dette garantie à l'issue d'une instance à laquelle cette caution n'a pas pu intervenir. » Et ajoute que « tout justiciable, a le droit de contester la constitutionalité de la portée effective qu'une interprétation constante confère à une disposition législative. »

de la dette du débiteur principal à l'égard du créancier, la Cour d'appel a violé les textes susvisés[162] »

142. Comme toute nouvelle vision, la position de la Cour de cassation a été maintenue, mais aussi bien critiquée. M. MIGNOT a considéré qu'elle n'a pas apporté de nouvelles conceptions, mais au contraire a porté « frontalement atteinte à l'autorité positive de la chose jugée entre le créancier et le débiteur. » Il assure que « la solution consacrée par l'arrêt introduit dans le mécanisme de l'obligation plurale une bonne dose d'insécurité de nature à en affaiblir l'intérêt et à renchérir le coût de réalisation.[163] »

143. Pour les autres auteurs, citons M. HAZOUG qui a critiqué dans sa note sur l'arrêt du 5 mai 2015, la vision faite par la Cour de cassation vis-à-vis de l'application de la théorie susmentionnée, comme si le tribunal lui a incombé un sens beaucoup plus large que le réel. Tout en invoquant que « ce serait cependant octroyer à la représentation mutuelle une portée qu'elle n'a pas.[164] » En contrepartie, il n'a pas classifié la caution solidaire dans la catégorie de coobligés, figurée au contexte de la théorie de représentation mutuelle, mais l'a limité au concept de tiers visé à l'article 583 du Code de procédure civile. Aux termes dudit article, ne sont pas des tiers, les personnes qui ont été représentées à l'instance « … à la condition qu'elle n'ait été ni partie, ni représentée au jugement qu'elle attaque. »

144. Après la présentation de la solution rendue par la Cour de cassation, il convient de l'analyser.

Vu l'importance de l'arrêt rendu le 5 mai 2015, « la solution que lui a apportée la Cour de cassation est parée de la publicité maximum, à savoir les colonnes du Bulletin et même du Rapport annuel, ce qui incline à penser qu'elle constitue désormais le nouveau droit positif sur le sujet.[165]»

L'arrêt du 5 mai 2015 a donné à la caution solidaire, le droit de s'opposer à une sentence arbitrale rendue à son encontre. En effet la Cour de cassation, d'après cet arrêt qualifie clairement la caution

[162] Cass. com., 5 mai 2015, n° 14-16.644.

[163] **M. MIGNOT**, « Un revirement spectaculaire : la fin de l'extension de l'autorité positive de la chose jugée dans le cautionnement ! », *Gazette du Palais*, n° 162, 11 juin 2015, p.4.

[164] **S. HAZOUG**, « Recevabilité de la tierce-opposition de la caution solidaire au titre de son droit d'accès au juge », *Petites affiches*, n° 246, 10 décembre 2015, page 10.

[165] **Th. CLAY**, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *D.* 2015. 2588, Recueil Dalloz.

solidaire de tiers, par rapport à toute la procédure arbitrale débutant par la clause compromissoire insérée dans le contrat de dettes et finissant par la sentence arbitrale rendue. « Il en résulte que la qualité de tiers reconnue à la caution devrait lui permettre d'utiliser la tierce opposition. [166]».

Cet arrêt, ouvre la porte largement à la recevabilité de la tierce opposition de la caution solidaire non-signataire contre une sentence arbitrale, après qu'elle était solidement fermée par application de la théorie classique de représentation mutuelle des coobligés.

Partant d'une vision transversale nous concevons, que la Cour de cassation nous montre l'effet néfaste de l'application de la représentation réciproque à la caution solidaire et ses incidences sur les droits garantis par les articles 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, tout en s'éloignant de la théorie de représentation mutuelle des coobligés.

145. La solution visée, a protégé la caution solidaire par l'inapplication de la théorie de représentation mutuelle et en lui garantissant son droit de l'accès au juge « Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le droit effectif au juge implique que la caution solidaire, qui n'a pas été partie à l'instance arbitrale, soit recevable à former tierce opposition à l'encontre de la sentence arbitrale déterminant le montant de la dette du débiteur principal à l'égard du créancier, la Cour d'appel a violé les textes susvisés [167]». Pour cette raison, nous expliciterons notre point de vue, en se basant sur les règles de droit et les lois concernées.

146. L'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales intitulé « Droit à un procès équitable » encadre dans ses lignes, la justice indépendante et équitable, dont chaque personne doit jouir dans le cadre d'une instance judiciaire, à base publique.[168]Selon cette justice et par analogie, les parties à l'arbitrage seront à même pied d'égalité au niveau du procès arbitral. Ce qui assume par conséquent, que le tribunal arbitral ne

[166] **E. LOQUIN,** « La tierce opposition dirigée contre une sentence rendue entre le créancier et le débiteur principal est ouverte à la caution solidaire de la dette »*, Revue trimestrielle de droit commercial,* 2016, p.59.

[167] Cass. Civ., Chambre commerciale, 5 mai 2015, 14-16.644, Publié au bulletin.

[168] Art 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales «…Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. »

doit pas octroyer plus de droit à l'une des parties que les autres. [169]Chacune d'entre elles pourra donc, dans un ordre bien équilibré, présenter ses arguments, causes et demandes, en mettant l'impartialité du tribunal arbitral en vigueur.

147. La théorie de la représentation mutuelle des coobligés, a contesté tout droit d'accès au juge ou au procès équitable. Alors que le droit effectif au juge, favorise la recevabilité de la tierce opposition de la caution solidaire. Solution logique, que la Cour de cassation s'est fondée pour résoudre tout problème relatif à cette théorie.

En fait, ce droit a été aussi garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui consacre par ses règlements les libertés des individus en garantissant leur droit de la défense par le recours au juge[170].

148. Parallèlement, elle a critiqué vivement l'arrêt de la Cour d'appel et son interprétation liée à la représentation des coobligés, « retient que les coobligés se représentent tacitement, de sorte que la tierce opposition leur est fermée et que la caution n'est pas fondée à prétendre n'avoir pas eu l'accès au juge. [171]»

Selon elle, cette dernière affecte tout droit à la défense et le met de côté par « la faculté de poursuite du débiteur principal qui aurait mal défendu la caution, dont il ignorait probablement qu'il la représentait. [172] » C'est cette mutualité entre débiteur principal et caution, qui met en danger tout droit au procès équitable.

149. La caution solidaire non-signataire des clauses compromissoires, étrangère à l'instance arbitrale ainsi qu'à la sentence condamnant le débiteur principal à rembourser sa dette. Qu'en l'interdisant la tierce opposition pour retenir l'hypothèse de représentation entre coobligés

[169] **E. LOQUIN**, « A la recherche du principe de l'égalité des parties dans le droit de l'arbitrage », *Gazette du Palais*, n°184, 2 juillet 2008, p.5.

[170] « L'article 16, clef de voûte des droits et libertés. » http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-44/l-article-16-de-la-declaration-clef-de-voute-des-droits-et-libertes.141599.html

[171] Cass. com. 5 mai 2015, n° 14-16.644.

[172] **S. HAZOUG**, « Recevabilité de la tierce-opposition de la caution solidaire au titre de son droit d'accès au juge », *Petites Affiches*, n°246, 10 décembre 2015, P.10.

solidaires, la Cour d'appel a violé l'article 583 du Code de procédure civile qui accepte la recevabilité de la tierce opposition des tiers.

« Est recevable à former tierce opposition toute personne qui y a intérêt, à la condition qu'elle n'ait été ni partie ni représentée au jugement qu'elle attaque. »

150. La Cour d'appel, s'est échappée de la protection donnée au tiers par l'article 582 du Code de procédure civile, qui stipule dans ses deux alinéas que « la tierce opposition tend à faire rétracter ou réformer un jugement au profit du tiers qui l'attaque. Elle remet en question relativement à son auteur les points jugés qu'elle critique, pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit. »

2°) Le refus de la Cour de cassation d'appliquer la théorie de la représentation mutuelle

Pour justifier le refus de la Haute Cour d'appliquer la théorie de la représentation mutuelle, nous expliquerons dans un premier temps, le lien entre l'application de la théorie de la représentation mutuelle et l'irrecevabilité de la tierce opposition de la caution solidaire **(§1)** et nous analyserons dans un second temps le résultat d'une telle solution sur les droits de la caution solidaire dans, le refus de la Cour de cassation d'appliquer la théorie de la représentation mutuelle mène à la recevabilité de la tierce opposition de la caution solidaire **(§2).**

§1) Le lien entre l'application de la théorie de la représentation mutuelle et l'irrecevabilité de la tierce opposition de la caution solidaire

151. Avant cet arrêt du 2015, la tierce opposition formée par la caution solidaire était irrecevable, sauf dans des conditions limitatives délimitées par la jurisprudence « de faire valoir un moyen qui lui était propre, c'est-à-dire, un moyen qui n'avait pas été soulevé par le débiteur devant les arbitres ou un moyen qui lui était personnel.[173] »

[173] **E. LOQUIN,** « La tierce opposition dirigée contre une sentence rendue entre le créancier et le débiteur principal est ouverte à la caution solidaire de la dette », *Revue trimestrielle de droit commercial*, 2016, P. 60.

152. En fait, cette théorie jurisprudentielle qui « est intégrée dans l'inclusion de la notion de dispositions législatives[174] », ne s'applique pas par analogie sur le tiers dans le domaine de l'instance arbitrale.

Sur le principe de l'effet relatif des conventions, la clause compromissoire ne pouvait pas normalement s'étendre aux tiers non-signataires. En effet, les conventions d'arbitrage, n'obligent en principe que ceux qui y ont consenti. Ceci explique l'inapplication, du principe de l'effet de l'effet relatif des conventions, ce dernier interdit le débiteur lié au contrat de dettes d'obliger la caution, tiers à ce contrat, d'accepter une clause qui ne l'a même pas ratifiée.

153. Cette clause renonce à toute juridiction étatique, sans aucune ambiguïté. Par la suite, la sentence arbitrale rendue contre les contractants, a autorité de la chose jugée quant aux parties au litige et s'oppose simultanément au tiers. La caution, en tant que tiers à l'arbitrage, est autorisée légalement à s'opposer contre toute sentence arbitrale affectant ses intérêts, sans pour autant s'alléguer d'une certaine représentation tacite. Alors, le groupement d'intérêts ne suffit pas à caractériser cette représentation.

154. La caution solidaire non-signataire des clauses compromissoires insérées dans les conventions conclues entre le créancier et le débiteur principal, est toujours considérée comme tierce personne à l'arbitrage. En revanche, cette vision assure qu'elle ne doit pas être qualifiée de « coobligé ».

Toute tierce personne lésée par un certain jugement ou sentence, a toute latitude de former une tierce personne devant la juridiction compétente. « Le droit effectif à un tribunal implique que la caution solidaire, qui n'a pas été partie à l'instance, soit recevable à former tierce opposition contre toute décision condamnant le débiteur principal au paiement de la créance garantie.[175] »

[174] Cass. Civ. Pierres et vacances c/Société Immobilier Monceau Investissements Holding, *Revue d'arbitrage*, n°1, 2015, p.100.

[175] Com. Civ., 1ère chambre, 5 mai 2015, n°14-16.644, *Bulletin civil 2015, n°5, IV, n°70.*

§2) Le refus de la Cour de cassation d'appliquer la théorie de la représentation mutuelle menant à la recevabilité de la tierce opposition de la caution solidaire

155. De nos jours la représentation mutuelle, ne trouve plus la nécessité de son application entre le débiteur principal et la caution, elle assure « qu'il n'existe pas en l'état, d'interprétation jurisprudentielle constante qui y a intérêt, à la condition qu'elle n'ait été ni partie, ni représentée à la décision qu'elle attaque.[176] »

La chambre commerciale de la Cour de cassation, considère que toute observation impliquant la théorie de la représentation mutuelle, porte atteinte au principe d'égalité devant la justice. De plus, il n'existe pas réellement une jurisprudence interdisant la caution de son droit de la tierce opposition, contre n'importe quelle sentence rendue.[177]

156. Enfin, la Cour de cassation a validé dans son arrêt du 5 mai 2015, la recevabilité de la tierce opposition incidente menée par la caution solidaire, qui elle, étrangère à la clause compromissoire et à la sentence arbitrale. Tout en se basant sur l'article 583 du Code civil, auquel « est attribué la qualité pour former la tierce opposition, le Code précise que le tiers doit-être entendu comme celui qui n'est ni partie ni représenté au jugement.[178]» De plus, la Cour a précisé, qu'aucune fraude n'ait été invoquée, ni aucun moyen personnel.

SECTION 2 : LA QUALIFICATION DE LA CAUTION SOLIDAIRE AU REGARD DE L'ARBITRAGE CREANCIER-DEBITEUR

Nous présenterons la qualification de tiers ou de parties de la caution solidaire (**sous-section1**) d'une part, et la position de la jurisprudence sur la qualification de la caution solidaire, d'autre part (**sous-section2**).

[176] « Recevabilité de la tierce opposition formée par la caution solidaire contre la sentence arbitrale déterminant le montant de la dette du débiteur principal », *Dalloz-actu-etudiant.fr*, le 11 juin 2015.

[177] **M. MIGNOT,** « Cassation Civile Pierres et vacances c/Société Immobilier Monceau Investissements Holding », *Revue d'arbitrage*, n°1, 2015, p.97.

[178] **L. CADIET et D. LORIFERNE**, *L'autorité de la chose jugée*, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, IRJS, 25 novembre 2011, p. 132.

SOUS-SECTION 1 : LA QUALIFICATION DE TIERS OU DE PARTIE DE LA CAUTION SOLIDAIRE

157. La discussion pivote, autour de la qualification à donner à la caution solidaire par rapport au contrat qu'elle cautionne. Est-elle partie ou tierce personne par rapport à l'arbitrage ?

Nous présenterons, les arguments en faveur de la qualification de partie de la caution solidaire **(1°)** et les arguments en faveur de la qualification de tiers de la caution solidaire **(2°).**

1°) Les arguments en faveur de la qualification de partie de la caution solidaire

Nous distinguons à ce niveau les arguments **(§1)** et leur appréciation **(§2).**

§1) Les arguments

158. La difficulté de la réponse résulte de l'incidence à reconnaître au caractère accessoire, essence du cautionnement. À cet égard, l'obligation de la caution solidaire se lie naturellement de par ce caractère accessoire à l'obligation du débiteur principal.

En effet, « le tiers au procès peut se définir comme celui qui n'est ni partie initiale, ni partie en cours d'instance. Les parties initiales sont les demandeurs et les défendeurs à l'action, c'est-à-dire à la demande introductive d'instance. Pour autant le seul fait d'être attrait à une procédure ne suffit pas à conférer la qualité de partie à une personne.[179] »

159. Or, pour certains, la caution solidaire et le débiteur principal, sont au même niveau juridique par rapport au contrat principal. Ainsi, M. ANCEL[180] affirme que la caution solidaire est au même rang que le débiteur principal. Il ajoute que, « l'obligation de la caution est en quelque sorte un décalque de l'obligation du débiteur principal. [181]»

[179] **Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE**, *Le tiers à l'acte juridique*, préface de Jean HAUSER, thèse LGDJ, 2000, P.34.

[180] **P. ANCEL**, *Le cautionnement des dettes de l'entreprise*, Dalloz, ed.1989, n°18.

[181] **P. ANCEL**, *Op.Cit.*, n°18.

Sur cette même idée, « la jurisprudence a parfois privé certains tiers en raison de leur participation au déroulement du procès de certaines prérogatives, et notamment de la tierce opposition, en les assimilant virtuellement à des parties par le biais de la fiction de la représentation. [182]»

§2) Leur appréciation

160. L'incidence ainsi reconnue au caractère accessoire nous paraît exagérée. Il suffit de conceptualiser le caractère accessoire à sa véritable mesure, pour interpréter la relation entre la caution solidaire et le débiteur principal. Le vocabulaire juridique Cornu, considère que l'accessoire est l'élément qui « est lié à un élément principal, mais distinct et placé sous la dépendance de celui-ci, soit qu'il le complète, soit qu'il n'existe que par lui.[183] »

Suite à cette définition, l'hypothèse présentée par M. ANCEL peut être critiquée. Cette critique est d'autant plus forte que les sources des obligations de chacun d'eux, sont tout parfaitement distinctes les unes des autres.

161. En effet, la fonction du caractère accessoire du cautionnement, ne se limite pas à comparer l'obligation du débiteur principal, à celle de la caution, mais à limiter l'étendue de l'obligation de cette dernière.

Dans ce domaine M. LEGEAIS critique la prise en compte exagérée de ce caractère, en considérant que « le caractère accessoire paraît aujourd'hui comme le talon d'Achille de la garantie. Il sert de fondement à de nombreux moyens de la défense offerts à la caution poursuivie… L'avenir du cautionnement passe dès lors peut-être par une remise en cause partielle de la règle de l'accessoire.[184] »

2°) Les arguments en faveur de la qualification de tiers de la caution solidaire

162. Pouvons-nous l'assimiler au tiers, au sens de l'article 1199 du Code civil?

Aux termes de l'article 1199 du Code civil

[182] **Ph. DELMAS SAINT- HILAIRE**, *Op.Cit.*, P.36.

[183] **G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, 13e édition mise à jour, PUF, 8 janvier 2020.

[184] **D. LEGEAIS**, *Sûretés et garanties du crédit*, 9e édition, LGDJ, 2013, n°59.

« Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties.

Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV. »

Pour répondre à cette question, nous partons d'une définition de la partie qui a été lancée par M. GOUTAL. « Sont parties tous ceux qui ont fait concourir leur volonté à la formation du contrat, soit en personne, soit par le biais de mécanisme de représentation parfaite, et sont tiers tous les autres.[185] »

Cette définition limite la notion des parties, aux personnes constructrices des engagements, ce qui induit à nous faire comprendre que la caution solidaire, n'est pas une partie au sens de cette explication. Cette dernière, n'a pas réellement collaboré à la rédaction du contrat principal qui lie le créancier au débiteur principal. Ce qui justifie nécessairement sa qualification de tiers par rapport au contrat de base ainsi qu'à la clause compromissoire insérée.

163. Le lien entre l'obligation de la caution solidaire et la dette diffère de celui du débiteur principal, puisque les deux sources qui forment la base de cette obligation se distinguent l'un de l'autre. Le débiteur est lié à la dette par le contrat principal avec le créancier, alors que la caution est attachée à cette même dette par le contrat de cautionnement. Comme l'indique M. SIMLER « l'importance considérable du caractère accessoire du contrat de cautionnement ne doit pas empêcher d'en mesurer les limites ; que le contrat de cautionnement soit étroitement lié au contrat de base, ou plus généralement au lien de droit existant entre le créancier et le débiteur principal ne lui enlève pas pour autant toute autonomie. Il reste qu'il s'agit d'un contrat distinct conclu entre des différentes personnes.[186] »

164. L'engagement de la caution solidaire au paiement, peut-être une garantie comme le considère M. THÉRY « que si elle doit au créancier la même chose que le débiteur principal, ou une partie de ce que doit ce dernier, elle n'est pas tenue comme débiteur principal à la différence d'un codébiteur solidaire.[187] »

---

[185] **J.-L. GOUTAL**, « L'arbitrage et les tiers : le droit des contrats. » *Rev. Arb.*, 1988.441.

[186] **Ph. SIMLER**, *Le cautionnement : garanties autonomes, garanties indemnitaires*, 5e édition, LexisNexis, 2015, n°44.

[187] **Ph. THÉRY**, *Les sûretés, la publicité foncière, Droit fondamental,* 1998, 2e édition, PUF, *n°* 66.

165. Finalement la caution solidaire est considérée comme tiers ou partie, selon le point de vue que nous adoptons. Selon M. MAYER[188], elle est un tiers par rapport à l'instance qui lie le créancier et le débiteur principal.

166. Tandis que pour M. LARROUMET[189] la caution solidaire n'est pas un véritable tiers relativement au fond, car en accédant à l'obligation du débiteur principal, elle se place dans la même situation substantielle que lui.

Selon ces idées, la caution solidaire est considérée l'une des personnes qui « dans l'ombre, en quelque sorte des parties auxquelles la chose jugée entre le demandeur et le défendeur sera opposable, parce qu'elles ont été représentées par l'un des plaideurs. [190]»

SOUS-SECTION 2 : LA POSITION DE LA JURISPRUDENCE SUR LE SUJET DE LA QUALIFICATION DE LA CAUTION SOLIDAIRE

Pour justifier la position de la jurisprudence sur le sujet de la qualification de la caution solidaire, nous tenons à expliquer tout d'abord, l'effet de l'application de la théorie de la représentation mutuelle sur la qualification de la caution solidaire **(1°)** pour ensuite présenter la dissemblance de qualification de la caution solidaire aux deux niveaux, contractuel et procédural **(2°).**

1°) L'effet de l'application de la théorie de la représentation mutuelle sur la qualification de la caution solidaire

167. La jurisprudence, se basait sur la théorie de la représentation mutuelle des coobligés, pour priver les tiers de leur droit d'accéder au juge par le biais de la tierce opposition, et cela dans le simple but d'assurer une parfaite invariabilité aux décisions prises.

Par cette représentation, le tiers perd automatiquement sa qualification comme tel, et sera assimilé virtuellement aux parties à l'instance, sous la base de la communauté d'intérêts entre eux. En effet, « l'idée que la tierce opposition devrait être refusée à toute personne dont les intérêts avaient en

[188] Rev. arb. 2007.773, note **P. MAYER**.

[189] **Chr. LARROUMET**, « Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 4 juillet 2006, Banque populaire Loire et lyonnais contre Société Sangar, pourvoi numéro 03-11.983 », *Rev. arb.* 2006.973.

[190] **J. VINCENT et S. GUINCHARD**, *Procédure civile*, 27e édition, Dalloz, 2003, P. 487.

fait trouvé un défenseur à l'instance, cette situation a été réalisée chaque fois qu'il a existé une identité ou du moins une communauté d'intérêts entre une partie à l'instance et celui que, de ce fait, on considère comme représenté. [191]»

2°) La dissemblance de qualification de la caution solidaire aux deux niveaux, contractuel et procédural

168. La caution solidaire non-signataire de la clause compromissoire est qualifiée de tiers aux deux niveaux : post-procédural donc à l'égard du contrat, ainsi qu'au niveau procédural donc au niveau de la procédure arbitrale déroulée entre le débiteur principal et son créancier.

Premièrement, au niveau post-procédural, elle est un tiers non contractant, parce qu'elle est tout à fait étrangère au contrat principal liant le créancier au débiteur principal, et elle est également étrangère à la clause compromissoire insérée dans ce contrat. Par cette notion la caution solidaire, serait classée dans la catégorie des tiers absolus ou « penitus extranei », qui ne sont ni présents ni représentés conventionnellement. « N'ayant aucun contact avec la convention ou les parties, les « penitus extranei », ne seront concernés que de façon théorique par l'opposabilité du contrat, du moins tant qu'ils resteront complètement étrangers aux parties contractantes et à la convention.[192] »

Deuxièmement au niveau procédural, loin de l'application de la théorie de représentation mutuelle des coobligés, la caution solidaire ignorante de la présence de la clause compromissoire. Elle est considérée une tierce personne, quant à l'instance arbitrale menée entre le débiteur principal et le créancier.

[191] **G. WIEDERKEHR**, obs. sous Civ. 2, 2 mai 1993, Justices, n°1, 1995, 248.

[192] **Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE**, *Le tiers à l'acte juridique*, préface de J. HAUSER, thèse LGDJ, 2000, P.44.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

169. Nous remarquons que la Cour de cassation a refusé dans son arrêt du 5 mai 2015 d'appliquer la théorie de représentation et qu' « une totale mise à l'écart des solutions acquises en jurisprudence sur le fondement de la représentation mutuelle des coobligés ne nous semble cependant pas d'actualité, d'une part, parce que l'application de cette théorie n'est ici écartée que dans la mesure où elle aboutirait à remettre en cause le droit au juge (ce qui confère dès lors un caractère dérogatoire à la solution énoncée à l'occasion de ce revirement de jurisprudence) et, d'autre part, parce que le jugement rendu à propos d'une dette demeure opposable erga omnes et notamment à tous ceux qui en sont tenus à titre accessoire ou dont l'engagement a le même objet.[193] »

170. En réalité, la Haute Cour, s'est basée sur les droits de la défense de la caution solidaire, elle a voulu par son refus d'appliquer la théorie de la représentation mutuelle des coobligations la protéger contre toute sentence arbitrale prononcée à son encontre. Par son raisonnement, la Cour a qualifié la caution solidaire de tiers quant à la procédure arbitrale.

[193] **S. GUINCHARD**, « Procès équitable », *Répertoire de Procédure civile*, *nov.* 2017, Dalloz.fr.

CONCLUSION DU TITRE 1

171. Comme nous l'avons remarqué tout au long de ce titre la clause compromissoire est en principe inopposable[194] aux tiers, qui ne pourront logiquement pas être appelé à paraître devant les tribunaux arbitraux[195], ni s'opposer contre la sentence arbitrale rendue à leur encontre, puisque la particularité conventionnelle de l'arbitrage, ne permet pas leur intervention forcée[196] ou volontaire, sans l'accord de toutes les parties à l'arbitrage.[197]

172. La caution solidaire, n'était pas qualifiée de tierce personne par rapport à la procédure arbitrale menée contre le débiteur principal, et cela par application de la théorie de représentation mutuelle des coobligés[198]. Une théorie historiquement appliquée à tous les coobligés, y compris la caution solidaire.

173. Plus tard, son application a connu des controverses assez importantes aux niveaux doctrinal et jurisprudentiel, là où certains ont admis son application au niveau des cautions solidaires en tant que partie à la procédure arbitrale ou coobligée au contrat principal, alors que d'autres ont refusé son application dans le cadre de sa qualité de tierce personne par rapport à la clause compromissoire.

---

[194] Voir dans ce sens, Jean-Louis GOUTAL, « L'arbitrage et les tiers : le droit des contrats », *Rev. arb.* 1988. 431 et p. 177 et 178 ; - **D. COHEN**, « Arbitrage et groupes de contrats », *Rev. arb.* 1997. 471 s ; Civ. 2e, 26 nov. 1997, *Rev. arb*. 1997. 544 ; Paris, 21 févr. 2002, *Rev. arb.* 2002. 955, note TRAIN ; - **J. EL-AHDAB**, *La clause compromissoire et les tiers*, thèse, Paris, 2003

[195] T. com. Marseille, 29 déc. 1936, Rec. Marseille 1937. II. 38; Com. 15 nov. 1978, Bull. civ. V, n° 262; - **B. MOREAU**, *Rev. arb.* 1980. 69.

[196] Paris, 9 déc. 1986, *Rev. arb*. 1987. 359

[197] Paris, 8 mars 2001, *Rev. arb*. 2001. 567, obs. **C. LEGROS**.

[198] Paris, 4 janv. 1960, *Rev. arb.* 1960. 122 ; Paris, 21 mai 1964, *D.* 1964. 602 ; - **E. LOQUIN**, « Arbitrage et cautionnement », *Rev. arb.* 1994. 235

174. Toutefois, la Cour de cassation a mis fin à cette controverse dans son arrêt du 5 mai 2015,[199] et cela en refusant d'appliquer cette théorie à la caution solidaire tout en la qualifiant de tierce personne.

[199] Civ. 1re, 5 mai 2015, n°14-16.644, *D.* 2015. 1046, 1810, obs. **P. CROCQ**; **-** D. 2015. 2588, obs. **Th. CLAY**; **- M. MIGNOT**, « Vers la fin de l'extension de l'autorité positive de chose jugée dans le cautionnement; Note sous Cour de cassation, Chambre commerciale, 5 mai 2015, pourvoi numéro 14-16.644 », *Rev. arb*. 2015. 1115.

TITRE 2. LA CONSÉCRATION PAR LA COUR DE CASSATION DU DROIT DE LA CAUTION SOLIDAIRE À L'ACCÈS AU JUGE

175. La chambre commerciale dans son arrêt innovateur du 5 mai 2015 s'est éloignée d'une théorie reconnue par la jurisprudence depuis 1811[200], qui traitait de l'extension positive de chose jugée[201], et s'est référée aux conventions internationales relatives aux droits de l'Homme, pour casser l'arrêt de la Cour d'appel, qui interdisait à la caution solidaire d'accéder au juge. « Que la caution n'est pas fondée à prétendre n'avoir pas eu l'accès au juge, garanti par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen […] La Cour d'appel a violé les textes susvisés.[202]»

176. Elle a selon M. MIGNOT constaté, « le lien entre l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et la règle d'origine jurisprudentielle relative à l'extension de l'autorité de la chose jugée.[203]»

177. Nous évoquerons d'une part, la violation du droit de la caution solidaire à l'accès au juge (**chapitre 1**) et d'autre part, la solution apportée par la Cour de cassation pour protéger le droit d'accès au juge de la caution solidaire (**chapitre 2**).

[200] Cass. civ., 27 nov. 1811: *Bull. civ.* n° 118.
[201] Rev. arb. 2014, p. 409, note **M. MIGNOT**.
[202] Cass. civ., chambre com., 5 mai 2015, 14-16.644.
[203] **M. MIGNOT,** « Un revirement spectaculaire : la fin de l'extension de l'autorité positive de la chose jugée dans le cautionnement ! », *Gazette du Palais,* 11 juin 2015, n° 162, p.4.

Plan :

- **Chapitre 1 : La reconnaissance de la violation du droit de la caution solidaire à l'accès au juge**
- **Chapitre 2 : La solution apportée par la Cour de cassation pour protéger le droit d'accès au juge de la caution solidaire**

CHAPITRE 1. LA RECONNAISSANCE DE LA VIOLATION DU DROIT DE LA CAUTION SOLIDAIRE À L'ACCES AU JUGE

178. Le droit d'accès au juge n'a pas été uniquement consacré par la Convention européenne des droits de l'Homme et la jurisprudence de la Cour européenne, mais par la Déclaration Universelle des droits de l'Homme de 1948, au Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies du 1er décembre 1946, et était de même connu dans les textes de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 avril 1789.

179. Cependant, nous nous contenterons d'invoquer simplement deux de ces sources, où le droit est internationalement consacré à la Convention européenne des droits de l'Homme dans son article 6§1 et constitutionnellement protégé par la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 avril 1789 à l'article 16[204] car ce sont les fondements pris en compte dans la discussion autour de cette délicate question.

Pour cette raison, nous aborderons, l'application de la Cour de cassation de l'article 6 paragraphe 1 de la convention européenne des droits de l'Homme dans le cadre de la protection du droit d'accès au juge de la caution solidaire **(section1)** d'une part, et l'irrecevabilité de la tierce opposition formée par la caution solidaire confrontée aux droits de la défense **(section 2),** d'autre part.

[204] V. **M. BANDRAC,** l'action en justice, droit fondamental, *in Mélanges Roger PERROT*, Dalloz, 1996, p.1-17.

SECTION 1. L'APPLICATION DE LA COUR DE CASSATION DE L'ARTICLE 6 PARAGRAPHE 1 DE LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME DANS LE CADRE DE LA PROTECTION DU DROIT D'ACCES AU JUGE DE LA CAUTION SOLIDAIRE

180. Tout en mettant en évidence le concept du droit d'accès au juge consacré à l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme **(Sous-section 1),** dans le sens large et au sens de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, d'une part, et le droit d'accès au juge **(Sous- section 2)** d'autre part.

SOUS-SECTION 1 : LE CONCEPT GENERAL DU DROIT D'ACCES AU JUGE CONSACRE A L'ARTICLE 6 PARAGRAPHE 1 DE LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

Pour mieux comprendre la notion du droit d'accès au juge dans ses deux concepts, nous traiterons dans un premier temps, le procès judicaire au sens large du terme **(1°)** et dans un second temps, le procès équitable au sens de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme **(2°).**

1°) Le procès judiciaire au sens large du terme

Afin de mieux comprendre le procès judiciaire au sens large du terme, nous présenterons, la définition du procès judiciaire **(§1**) d'une part, et les principes de l'égalité des armes et du contradictoire au procès équitable **(§2)** d'autre part.

§1) La définition du procès judiciaire

181. Par le procès judiciaire, l'auteur de droit présente ses demandes devant le juge compétent, là où il désire réellement être entendu sur le fond de ses prétentions, tout en réclamant

la justice. De sa part le juge, tranchera le litige, éventuellement ambigu et vise à retirer cette situation d'ambiguïté au moyen du jugement par lequel il met fin à tout différend.

Toutefois que le droit d'action sollicite l'existence initiale du droit d'accès au juge, le cas inverse n'est pas vrai. Ce droit d'accès aux tribunaux, n'induit pas nécessairement le droit d'action. C'est ce qui explique que le droit d'action, est un droit facultatif, la partie en jouissant n'est pas obligée de le pratiquer et l'action par ce fait ne sera pas déclenchée, sauf dans le cas où le juge est saisi d'office.

182. Le Professeur OPPETIT a ainsi rendu compte que , « la justice, globalement considérée et quelles que soient les voies par lesquelles elle est rendue, tend à s'organiser de nos jours en fonction d'une éthique communément partagée: la notion de procès équitable; cette nécessité, qu'a pu exprimer en forme solennelle un texte d'aussi grande portée que la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (...) possède désormais une résonance universelle: elle apparaît comme la traduction d'exigences supérieures, sans considération de la source dont elle serait susceptible de découler; cette philosophie du procès, sinon de la justice dans toutes ses modalités institutionnelles, transcende progressivement les clivages nationaux ou techniques, pénètre dans les droits positifs et contribue largement à restituer une unité de but à la fonction de juger. [205]»

183. En effet, le droit au procès équitable est un droit prévu et protégé par la Convention européenne des droits de l'Homme, ainsi que par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Pour « être effectif, ce droit ne doit subir aucune entrave qui, en pratique, empêcherait son bénéficiaire de l'exercer. Mieux encore, l'accès à la justice doit être facilité. Le justiciable ne saurait être dissuadé, notamment pour des raisons d'ordre matériel.[206]»

§2) Les principes des égalités des armes et du contradictoire au procès équitable

184. En réalité deux principes liés à la procédure juridictionnelle, se présentent au procès équitable, le principe de l'égalité des armes et celui du contradictoire.

[205] **B. OPPETIT**, *Théorie de l'arbitrage*, P.U.F, 1998, p.25.
[206] **F. VALENCIA**, « Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage », *Rev. arb.* 2007.64.

Au niveau de la jurisprudence européenne, la Cour européenne, a élargi le concept du principe d'égalité des armes dans son arrêt du 28 août 1991, en pensant qu'il « constitue un élément de la notion plus large de procès équitable, qui englobe aussi le droit fondamental au caractère contradictoire de la procédure.[207]»

Pour elle, ces deux principes s'entremêlent et influencent l'un sur l'autre, ce qui explique que la violation de l'un d'eux entraîne nécessairement la violation de l'autre.

185. Parallèlement au niveau doctrinal, une controverse s'est étalée au sujet de la distinction de ces deux principes. Certains, à l'instar de M. GUINCHARD, les joint, en considérant que « l'égalité des armes dans le respect du contradictoire, car elle traduit l'indépendance entre deux notions et les liens intimes qui les unissent. [208]»

186. Alors que d'autres auteurs les divergent les uns des autres, tout en précisant que la distinction entre les deux notions est nécessaire, surtout que le principe d'égalité des armes, ne s'applique qu'entre les parties au litige. C'est dans cette idée que l'équilibre se dresse entre elles, en les mettant dans une situation équivalente. Tandis que, le principe du contradictoire concerne les parties entre elles, ainsi que la juridiction indépendante saisie. Il peut se définir, comme étant le pouvoir « d'assurer l'information et la possibilité formelle de discuter et non la discussion effective de la prétention. [209]» Ce qui explique que ce principe, ne suppose pas que les parties soient en mesure de se défendre personnellement, mais chacune d'elle se trouve obliger à prévenir son opposant de plusieurs éléments.

2°) Le procès équitable au sens de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme

187. « Le droit à un recours juridictionnel, qu'on ne trouve reconnu dans aucun texte primaire du droit communautaire, tout au moins en tant qu'affirmation d'un principe fondamental.

[207] CEDH, 28 août 1991, Brandstetter c/Autriche, A.211, §66.

[208] **S. GUINCHARD**, **M. BANDRAC, X. LAGRADE** et Alii. « Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès », Précis Dalloz, 2003, 2e édition, P.700.

[209] **Y. CAPDEPON**, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, préface de J.- Chr. SAINT-PAU, Dalloz, 2013, P. 95.

La Cour de justice l'a donc dégagé de la Convention EDH en proclamant qu'il « a trouvé sa consécration dans les articles 6 et 13 de la Convention EDH »[210] »

188. En se référant au dispositif de l'arrêt du 5 mai 2015[211], nous discernons la condamnation de la Cour d'appel pour violation de droits relatifs à la caution solidaire, tels le « droit à un procès équitable garantissant l'équilibre des droits des parties et au principe d'égalité devant la justice garantis par les articles 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen »

189. Nous nous interrogerons donc sur le contenu du procès équitable et sa source d'origine (**§1**) ; ainsi que nous présenterons une explication rapide du contenu de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme (**§2**).

§1) Le contenu du procès équitable et sa source d'origine

190. Pour viser une incontestable justice et afin de garantir aux jugeables un procès dans les meilleures conditions juridiques. De nombreuses sources universelles, ont traité le procès équitable.

Toutefois, la notion la plus adéquate utilisée par la Convention européenne des droits de l'Homme, a traité clairement le contenu du procès équitable, dans son article 6§1 « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement […] »

En revanche, au niveau national, cette notion n'a pas été assez expressément développée au Code de procédure civile, dont certains textes[212] présentent quelques critères de la procédure juridique équitable.

[210] **S. GUINCHARD,** « Procès équitable », *Répertoire de Procédure civile*, nov. 2017, Dalloz.
[211] Cass., civ. Chambre com., 5 mai 2015, 14-16.644, Publié au bulletin.
[212] V. les articles, 1er à 24 du Code de procédure civile.

191. Le procès équitable dans le concept de cette Convention, forme le « faisceau de plusieurs principes.[213] » Cette conception globale montre, une exigence générale susceptible de produire un effet assez important au niveau juridique, que la Cour européenne des droits de l'Homme, s'en sert pour démontrer la violation de l'article 6 de la Convention. Elle s'est occupée de l'application incontestable de la Convention européenne, « se montre systématiquement soucieuse d'assurer l'effectivité des droits garantis par la Convention et manifeste une grande attention aux règles et pratiques nationales, dont les convergences guident l'élaboration de sa jurisprudence.[214] »

De même, son application des fondements procéduraux, a produit des effets imprévus, pour plusieurs raisons. « Les principes qu'il promeut sont indissociables de l'idée même de justice et sa mise en œuvre a conduit à des changements de mentalité, qui ont parfois rendus insupportables certaines solutions non confortables aux garanties fondamentales du procès.[215] »

Elle a donc efficacement par ce fait, soutenu le contenu de l'article 6 §1 de la Convention européenne et c'est à partir de cette conduite soucieuse, qu'elle a générée la mise en cause de certaines pratiques procédurales ambiguës, antécédentes à la Convention.

192. Les interactions visionnées entre la Cour européenne des droits de l'Homme et les Hautes juridictions internes, ont munis à des discussions de certaines affaires traditionnellement oubliées, alors qu'elles sont sérieusement importantes pour une équitable procédure. Ces tribunaux sont les « garants de premier rang de la mise en œuvre de la Convention, discernant dans le texte des droits qu'il ne formulait pas expressément, mais qui lui étaient inhérents.[216] »

En effet, les juges nationaux sont les récepteurs initiaux de la jurisprudence européenne, d'où l'importance de la concentration sur les dispositions de cet article. « C'est son application qui suscite de plus de conflits entre juge national et juge supranational.[217] » Ils ont considéré que les

[213] **J. CARBONNIER**, *Droit Civil*, *Introduction*, PUF, coll. « Thémis », 27e ed., 2002, n°191.

[214] **X. VUITTON**, *Le procès équitable. L'article 6 de la CEDH : état du droit et perspectives,* Préf. Jamin CHRISTOPHE, thèse, LGDJ, 2017, P.13.

[215] **X. VUITTON**, *Op.Cit.*, P.18.

[216] **X. VUITTON**, *Op.Cit.*, P.22.

[217] **L. MILANO**, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, préface de F. SUDRE, thèse, Dalloz, 2006, P.29.

dispositions de cet article limitaient leur compétence, ainsi que leur propre pouvoir à trancher les litiges.

193. Les dispositions européennes attachées au procès équitable, principalement supérieures aux lois nationales des États, se heurtaient inévitablement aux pratiques traditionnelles acquises par les tribunaux français internes.

Toutefois, le concept du droit d'accès au juge, de l'impartialité et de l'indépendance des tribunaux, ainsi que le principe d'égalité des armes, n'étaient pas tellement étrangers au régime procédural interne français.

Paradoxalement, à ce que ces juges nationaux prétendaient, l'article 6§1 de la Convention garantie à tout justiciable, une fonction juridictionnelle inévitable, susceptible de lui protéger sans aucun doute ses droits à un procès équitable.

194. Le droit d'accès au juge, n'est pas une simple revendication de procédures, mais sa notion fut clarifiée visiblement tout en le classant à la position de droit substantiel. Il préoccupe de par cette fonction essentielle et fondamentale, une place favorisée garantissant tout droit au justiciable.

195. Dans cette même pensée, et en traitant l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques semblable à l'article 6§1, M. TAVERNI donne, une vision concrète de la notion du droit substantiel en appréciant que « si le droit à un procès équitable est un droit complexe et multiple, il est essentiellement un droit de nature processuelle, bien qu'il touche également au fond de certains égards [...] Il pourrait apparaître comme un droit éclaté, mais en réalité les exigences multiples du droit à un procès équitable convergent toutes vers un but unique: l'équité, ce qui souligne le caractère substantiel du droit par-delà son caractère éminemment procédural.[218] »

196. Vu l'importance accordée par la Cour européenne à l'article 6§1 et sa nécessité tant à l'échelle européenne qu'interne, il nous paraît essentiel d'exposer son contenu, et de l'expliquer minutieusement, afin de comprendre l'intention de son application par l'ensemble des tribunaux.

[218] **P. TAVERNIER**, « Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence du Comité des droits de l'Homme des Nations Unies », *RTDH,* 1996, P.6.

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit-être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public et de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou de la protection de la vie privée des parties au procès l'exige, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. »

197. Les termes de l'article susmentionné, ont amené à une mutation notable dans le domaine procédural et plus précisément au niveau du processus de jugement. Plusieurs questions nous paraissent pertinentes à poser sur son contenu.

Nous rappelons que « les règles du droit à un procès équitable ne se réalisent que par que par l'accès à un tribunal qui lui-même est la condition première de la garantie des droits. [219]»

§2) L'explication rapide du contenu de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme

Nous présenterons l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, selon une explication rapide dans les parties suivantes (**1°…5°**).

1° - Le droit à toute personne

198. L'article 6§1 proclame que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement », une idée qui nous renvoie à l'équilibre des parties au litige.

Ce qui explique que le procès équitable, est un droit procédural permettant à toute personne de bénéficier d'un droit légal d'accéder aux tribunaux.[220]

[219] **L. MILANO**, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, préface de Frédéric SUDRE, thèse, Dalloz, 2006, P.51.

[220] **Chr. LEFORT**, *Procédure Civile*, 5e édition, Dalloz, 2014, P.32.

2°- Un délai raisonnable

199. C'est donc la célérité du procès équitable, qui nécessite l'accomplissement de la procédure devant le juge dans les raisonnables délais.

3° - La présentation des prétentions

200. Le justiciable présente ses prétentions sérieuses qu'elles soient civiles ou pénales, en empêchant toute analyse hasardeuse et peu opportune. En d'autres termes, elles doivent être justiciables et déterminantes et aient des impacts sur les requérants, cas impossible si elles présentent un caractère hypothétique.

De même, l'article 4 du Code de procédure civile[221], dans son second alinéa, met l'accent sur le défendeur et ses prétentions, qui peuvent être modifiées ultérieurement après le déclenchement de l'action.

4° - Le tribunal indépendant et impartial

201. Le tribunal au sens de la Convention européenne aux termes de son article 6§1, est toute autorité ayant une fonction juridictionnelle reconnue et établie par la loi. La procédure conduite, doit être garantie par l'indépendance, l'impartialité d'une part et englobe d'autre part, un procès équitable ainsi qu'une célérité expliquant le délai raisonnable.

202. L'indépendance du juge, constitutionnellement garantie à l'article 64[222] de la Constitution française du 4 octobre 1958.

[221] Article 4 du Code de Procédure civile « Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense. Toutefois l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant. »

[222] « Le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. » Comme M. COMMARET explique, dans son livre « Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat », 1998, P. 262.s « la traduction institutionnelle du principe de la séparation des pouvoirs : elle exprime l'ensemble des conditions et des conséquences que s'impose à lui-même un Etat démocratique pour garantir le juge de toutes pressions extérieures qu'elles émanent des autres organes de souveraineté ou de n'importe quel autre groupe d'intérêt.

203. En plus le juge doit trancher l'objet du litige impartialement. « L'impartialité est une vertu personnelle du juge, qui doit s'abstraire de ses préjugés ou intérêts personnels pour statuer honnêtement selon la loi et la vérité des faits.[223] »

5° - Le tribunal établi par la loi

204. Que les prétentions soient en matière civile ou pénale, tout justiciable possède du droit à ce que sa cause soit traitée par un tribunal conforme aux prévisions prétextées à l'article ci-haut, possédant la qualification d'« un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi», doté d'une compétence, pour trancher les différends des parties sous la base de toute règle de droit.

205. Nous déduisons par ce qui a été développé, que le droit au procès équitable détaillé à l'article 6 de la Convention Européenne, est inhérent et inséparable au droit de l'accès au juge. Il donne à chaque individu la possibilité personnelle de contredire un acte détruisant ses droits, tout en accédant au juge compétent.

SOUS-SECTION 2 : LE DROIT D'ACCES AU JUGE

206. « Le droit d'accès au juge, qui n'est qu'une facette du droit à un procès équitable garanti par l'article 6, § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. [224]»

L'absence de dispositions expresses relatives au droit d'accès au juge au droit français interne, ne mène pas à la perte de sa valeur fondamentale. En effet, l'article 66 de la Constitution française du 4 octobre 1958, fait allusion à ce droit, aux termes duquel l'autorité judiciaire veille à la protection des individus et de leur liberté. « Nul ne peut être arbitrairement détenu.

L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi. »

[223] **X. VUITTON**, *Le procès équitable. L'article 6 de la CEDH : état du droit et perspectives*, Préf. Jamin CHRISTOPHE, thèse, LGDJ, 2017, P.27.

[224] **Ph. DELMOTTE**, « L'accès au juge dans les procédures collectives », *Petites affiches*, n° 239, 28 novembre 2008, P.50.

Ainsi qu'à l'article 4 du Code civil[225], qui traite l'interdiction au déni de justice, en imposant aux juges l'obligation de se prononcer, ce qui nous appelle logiquement de sous-entendre la présence du droit d'accéder au juge.

207. Nous présenterons dans un premier temps, une distinction entre plusieurs notions (**1°**) et dans un second temps, nous nous contenterons d'exposer le droit d'accès au juge au sens de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme (**2°**). Ensuite, nous présenterons, les affaires de principe consacrant le droit d'accès au juge (**3°**) et la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen communiquée le 26 août 1789 (**4°**).

1°) La distinction entre plusieurs notions

208. Des notions, nous paraissent semblables, mais qu'elles ne le sont véritablement pas. Pour éviter alors la confusion entre ces termes, MOTULSKY[226] a éclairci la distinction entre chacun d'eux.

Nous nous confondons souvent à l'identification de certaines notions de droits telles, le droit d'accès au tribunal **(§1),** l'action en justice **(§2)** et le droit d'agir en justice **(§3).**

§1) Le droit d'accès au tribunal

209. Selon MOTULSKY, le droit d'accès au tribunal est un droit procédural, qui englobe logiquement en son sein le droit d'accès à un juge, que chaque individu dispose lors de la saisine du tribunal. Il s'effectue en s'adressant au juge, tout en lui présentant les arguments et prétentions nécessaires dans le but de l'acquisition de la justice.

§2) L'action en justice

[225] Article 4 du Code civil « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. »

[226] **H. MOTULSKY**, « Le droit subjectif et l'action en justice », in *Le droit subjectif en question, Archives de philosophies de droit*, tome IX, Sirey, 1964, p.223.

210. L'action en justice forme un droit substantiel, d'une spécificité particulière. Elle donne à son auteur, la faculté de présenter ses prétentions devant un juge compétent, qui rendra un jugement basé sur les arguments présentés. Plus précisément, c'est le fondement de la recevabilité des prétentions.

Nous présenterons la controverse tenue par les auteurs, sur la notion de l'action en justice **(a)** d'une part, et l'expression légale sur la notion de l'action en justice **(b).**

a) La controverse doctrinale sur la notion de l'action en justice

211. Cette notion d'action a été controversée, certains auteurs, tel MOTULSKY l'ont considérée comme un droit subjectif. Selon lui [227]« la faculté de saisir un tribunal, de s'adresser à lui, de poursuivre l'affirmation d'une prétention devant lui, ce n'est pas l'action en justice : c'est l'accès aux tribunaux. » Il affirme de même qu'elle « n'est ni la simple latitude de saisir les autorités juridictionnelles, ni l'acte qui entraîne leur fonctionnement, ni la garantie d'obtenir un jugement favorable ; ce n'est en d'autres termes, ni l'accès aux tribunaux ni la demande en justice, ni la consécration effective d'une situation juridique. La solution s'impose ainsi par élimination : il ne peut s'agir que de la faculté d'obtenir d'un juge d'une décision sur le fond de la prétention à lui soumise. »

212. La clarification présentée par MOTULSKY, nous semble extrêmement logique, surtout qu'accéder au juge ou au tribunal est une procédure, alors que trancher le fond du litige qui nécessite son contrôle et le jugement sur le fond, en est tout à fait une autre.

De par ce raisonnement, il classifie la notion d'action en justice, comme étant un droit subjectif, atteint après le traitement des prétentions et tranchement du litige, lors de l'obtention du jugement. Pour accomplir cette tâche et donc trancher le fond des litiges, le juge doit disposer d'une fonction juridictionnelle et de la compétence demandée afin de pouvoir rendre la justice aux justiciables. En d'autres termes, c'est le droit au jugement mené par le juge, qui est nécessairement un droit substantiel, dont sa manifestation normale ne s'exécute qu'en présence du tribunal, l'organe judiciaire qui assure l'examen des litiges en fond et parallèlement en faits.

[227] **H. MOTULSKY**, *Op.Cit.*, p.223.

213. En somme, la liberté de l'auteur du droit d'action se manifeste, non uniquement à la faculté de la déclencher ou non, mais aussi à deux autres niveaux qui mettront fin à l'action détenue ou renonceront même à sa production.

214. D'autres auteurs comme M. CADIET[228], prône de la qualifiée comme étant un droit subjectif mais processuel.

215. Mme BANDRAC[229], accentue sur le caractère fondamental de ce droit.

223- En parallèle M. HÉRON dans sa thèse, dénonce l'inutilité de la notion de l'action « en s'efforçant de démontrer que la notion d'action ne sert à rien puisqu'elle se confond avec les conditions de recevabilité de la demande en justice. [230]»

216. M. CADIET, assimile l'action en justice, en une sanction dans le sens civil du terme. Là où la sanction apparaît comme, toute mesure de nature à protéger le respect des normes procédurales. « C'est ainsi que l'action en justice ouverte au titulaire d'un droit est la sanction de ce droit. [231]»

b) L'expression légale sur la notion de l'action en justice

217. L'article 4 du Code de procédure civile dans son premier alinéa, confirme la logique de l'action là où ces prétentions joueront le rôle initial « l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties. »

218. En général, la distinction est visiblement claire entre la partie à l'action qui réclame ses droits et le juge qui dit de ces droits, tout en tranchant les différends. La notion devient beaucoup plus difficile à discerner quant aux matières gracieuses, qui ne nécessitent pas des parties

[228] **L. CADIET et E. JEULAND**, *Droit judiciaire privé*, 11e édition, LexisNexis, 2020, n°415.

[229] **M. BANDRAC**, *L'action en justice, droit fondamental,* in *Mélanges PERROT***,** Dalloz, 1996, p.1 et s.

[230] **G. WIEDERKEHR**, *Une notion controversée l'action en justice*, in *Études dédiées au Doyen Ph. SIMLER*, Litec, Dalloz, 2006, P. 904.

[231] **L. CADIET, et D. LORIFERNE***, L'autorité de la chose jugée, Bibliothèques de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne André Tunc, tome 37,* 2012, P. 126.

à l'action. « Cependant comme à l'accoutumer l'analyse, du moins tant qu'il n'y a pas élévations du contentieux.[232] »

219. Alors que l'action en justice est un droit subjectif, qui emporte et oblige le juge à trancher le litige en fond et en faits. Elle se déclenche lorsque le demandeur présente et soutient ses arguments et demandes. Explication approuvée aux termes de l'article 30 du Code de procédure civile, « l'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée.

Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention. »

Cet article partage une définition légale de l'action en justice, qui s'est évoluée par la doctrine processualiste plus tard.

Selon le premier alinéa, « l'action est conçue comme un droit, c'est-à-dire au moins comme une prérogative individuelle juridiquement reconnue et dont la méconnaissance doit-être de quelque façon sanctionnée.[233] »

Le second alinéa de cet article, nous appelle promptement à penser sur la possibilité que le défendeur, jouit lui aussi d'un droit d'action, ou tout simplement ce sont les droits de la défense qui ont été mis en évidence par le législateur ?

220. La réponse à cette question n'était pas trop claire, surtout que certains, dont M. WIEDERKEHR[234] considéraient que, le droit donné au défendeur d'après cet article, arrangerait plus les droits de la défense que le droit d'action.

Le défendeur a non seulement le droit de se défendre, mais pourra légalement interdire le demandeur d'être entendu par le juge. « C'est dans son existence même que l'action en justice exercée par le demandeur se trouve contestée par le défendeur qui dénie donc au demandeur le droit d'être entendu par le juge dans la mesure où les conditions requises d'un droit d'agir ne seraient remplies. »

---

[232] **Chr. LEFORT**, *Ibidem,* P. 48.

[233] **L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI**, *Théorie générale du procès*, Presses Universitaires, 2e édition, 2013, P.333.

[234] **G. WIEDERKEHR**, « *La notion d'action en justice selon l'article 30 du Code de procédure civile* », in *Mélanges offerts à Pierre HEBRAUD*, 1981, P.956.

Dans un premier temps, le cas du désistement ultérieur à l'action. Indiqué au second alinéa de l'article 384 du Code de procédure civile, qui partage une observation concrète du destin de l'instance, lors du désistement de l'auteur. « L'extinction de l'instance est constatée par une décision de dessaisissement. »

Dans un second temps, la volonté exprimée des deux parties de se concilier ou de donner au juge le choix à la désignation d'un juge, qui mettra fin aux conflits en trouvant une solution. L'idée de renonciation est développée à l'article 556 du Code de procédure civile.

« Les personnes capables de compromettre peuvent renoncer à l'appel. Elles ne le peuvent que pour les droits dont elles ont la libre disposition. »

Rendant aux parties concernées la possibilité de la renonciation à la voie d'appel, mais les empêchant pas toutefois sa manifestation en Première instance. Le législateur a délimité cette renonciation aux droits à libre disposition.

221. Outre le caractère facultatif, le droit de l'action en justice présente un caractère libre. Qu'au cas de refus total ou partiel des prétentions impliquées par l'auteur de droit, cela n'engagera pas sa responsabilité civile personnelle.

Cette liberté n'est pas arbitraire, ce qui justifie la condamnation du justiciable, qui a muni une action dans le but unique de nuire à l'autre partie. Au cas d'exagération, la jurisprudence étale une compensation aux dommages-intérêts causés par l'auteur de droit d'action. « L'exercice d'une action en justice ne dégénère en faute pouvant donner lieu à des dommages-intérêts que s'il constitue un acte de malice ou de mauvaise foi, ou au moins une erreur grossière équipollente au dol.[235] »

De sa part, la Cour de Cassation dans son arrêt du 11 septembre 2008, a rejeté le pourvoi en Cassation à prétexte de l'abus de droit. « Que le droit d'ester dégénère en abus lorsqu'une partie a conscience du caractère infondé de sa demande, notamment lorsqu'elle a été suffisamment éclairée par les motifs de décisions antérieurement rendues.[236] »

[235] Cass. 2e Civ., 9 mars 2000, n° 98-10.070.
[236] Cass. Civ., 2e, 11 sept. 2008, n° 07-16972, inédit.

222. Finalement, l'action en justice forme « un aspect du droit substantiel lui-même que le plaideur entend faire protéger ou connaître par le juge.[237] » Cependant, il ne faut surtout pas mélanger à ce niveau droit et action, puisque l'un formera le moyen alors que l'autre est la fin. « La règle juridique suivante apparaît : toute personne qui en tant que demandeur ou défendeur, a intérêt et qualité pour agir en justice a le droit d'être entendue par le juge sur le fond de la prétention.[238] »

Dans cette logique, le demandeur présente ses prétentions, parallèlement le défendeur les réfute, afin que le juge « élément passif » réfléchit sur les prétentions, décidera leur bien ou mal fondé en rendant sa décision, et cela en se basant sur le fond de ces prétentions avancées par l'un ou l'autre des parties. À ce niveau donc, elle est bilatérale, mais elle peut-être aussi bien unilatérale dans le domaine de la matière gracieuse.

§3) Le droit d'agir en justice

223. Enfin, le droit d'agir en justice est un droit fondamental constitutionnellement protégé, au niveau national, qui s'avère une condition de tout Etat de droit. En cas de conflits entre les parties, l'intervention du juge est nécessaire pour l'application effective des règles de droit. C'est qui explique la logique de la justice, qui tend à tout justiciable la chance d'être jugé légalement suite à la saisine du juge.

224. Cette saisine, qui est le droit d'accéder au juge a été définit par M. GUINCHARD, comme étant, « le droit d'agir en justice, autrement dit, le droit pour toute personne d'accéder à un juge afin de faire valoir ses droits et de voir son litige effectivement tranché. [239]»

Nous déduisons donc que, tous les principes fondamentaux du procès insérés dans cette Convention, ont été développés dans l'intérêt unique des justiciables.

[237] **Chr. LEFORT**, *Procédure Civile*, 5e édition, Dalloz, 2014, P. 46.

[238] **Y. CAPDEPON**, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, préface de J.- Chr. SAINT-PAU, thèse, Dalloz, 2013, P. 99.

[239] **S. GUINCHARD,** « Procès équitable », *Rép. D. Procédure Civile*, n°12 s.

2°) Le droit d'accès au juge au sens de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme

225. Sans plonger dans ces définitions précises, la Convention européenne de sa part, explicite le droit d'accès au juge dans son l'article 6§1. Ce droit compose la première constituante du procès équitable, à partir duquel toute personne physique ou morale, aura le droit de saisir le tribunal compétent, par un recours juridictionnel.

Qui sera entre autres entendue librement à l'instance sans aucune réserve, suite à sa présentation de ses propres prétentions et arguments devant le juge saisi. Ce droit d'être entendu, joue dans la jurisprudence européenne le rôle d'« un instrument d'information au juge, qui favoriserait la découverte de la vérité vers laquelle est censé tendre le jugement.[240]»

226. Le droit d'accès au juge est la base de toute procédure équitable, et plus précisément de tout droit procédural ou fondamental, il assume leur exécution. Il forme le « bouclier des autres droits fondamentaux.[241]»

En fait, nous comprenons par ce qui a été expliqué que le droit d'accès au juge, ne se limite pas au droit de retenir une procédure légale, mais implique le droit d'emporter une décision.

227. Dans une opinion à l'arrêt Aït-Mouhoub en 1998, le juge DE MEYER considère que, « toute personne, qui a tort ou à raison, croit pouvoir se prévaloir d'un droit, doit pouvoir s'en expliquer devant le juge. [242]»

Nous comprenons donc après tout ce qui a été expliqué ci-haut que, « l'accès à un tribunal, en ce qu'il constitue l'ensemble des formalités nécessaires pour saisir une juridiction, est donc un droit

---

[240] **L. MILANO,** *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, 2006, P. 520.

[241] **Th. S. RENOUX**, « Le droit au recours juridictionnel », *JCP, G*, I, 3675, 1993, P.215.

[242] Opinion du juge **DE MEYER** dans l'arrêt Cour EDH, 28/10/1998, *Aït Mouhoub c/France*, *Rec* 1998, VIII, p.16.

de nature procédurale qui s'adresse aux plaideurs, alors que les règles du procès équitable (équité, publicité, délai raisonnable) sont des droits procéduraux qui s'adressent aux tribunaux.[243] »

228. Les droits protégés par la Convention européenne, sont en réalité tous, consubstantiels au droit d'accès au juge et représentent avec ce dernier l'ensemble des droits de l'Homme. Pour concrétiser cette idée, une étude faite par le juge FITZMAURICE, montre l'importance de cette Convention, en considérant « qu'aucun instrument important relatif aux droits de l'Homme, antérieur à la Convention EDH, ne garantit un droit d'accès aux tribunaux.[244] »

3°) Les affaires de principe consacrant le droit d'accès au juge

229. C'est dans l'affaire RINGEINSIN en 1970[245] **(§1)** que les prémices au droit d'accéder à un juge s'ont apparus, mais elles se sont concrétisées véritablement avec l'affaire GOLDER **(§2).**

§1) L'affaire RINGEINSIN

230. Dans les faits de cette affaire, M. RINGEINSIN propriétaire d'un terrain, voulait le diviser en lots dans le but de le vendre, devait pour cette fin obtenir l'acceptation d'une commission détenant ce pouvoir de la loi. N'ayant pas atteint l'approbation de cette dernière, il saisit la Cour constitutionnelle d'une part, et la commission de la EDH d'autre part, au grief de la violation de « l'accès au tribunal » prescrit à l'article 6§1 de la Convention européenne.

La réponse de la commission a été ambiguë sur la question de l'accès au tribunal, « elle démontre que l'article 6§1, ne contient pas, à ses yeux, uniquement des garanties d'ordre procédural, mais impose, en outre, qu'un tribunal ait compétence pour trancher le litige ; ce faisant elle amorce entre droit procédural à un tribunal et droit matériel à un tribunal.[246] »

231. L'État ratifiant la Convention européenne des droits de l'Homme, est en vue donc de protéger le justiciable. Tout en lui assurant le traitement des litiges par des juges compétents, devant lesquels se fait la présentation effective des prétentions sérieuses.

[243] **L. MILANO**, *Op.Cit.*, P.59.
[244] **L. MILANO**, *ibid.*, P.50.
[245] Rapport Commission EDH, 19 mars 1970, Ringeisin c/ Autriche, req. n°2614/65.
[246] **L. MILANO**, *idem*, P.41.

Les tribunaux, ont un rôle juridictionnel et une capacité de trancher les différends, conformément aux règles de droit mises en vigueur.

Le juge depuis sa compétence prélevée de la loi elle-même, examinera nécessairement à ce stade les arguments, les moyens ainsi que les preuves présentées par les justiciables. Il contrôlera par cet acte, l'effectivité du droit d'être entendu convenablement au procès. « Pour qu'un justiciable soit en mesure d'exercer un recours devant une juridiction, il faut avant toute chose qu'il puisse accéder à un juge compétent.[247] »

§2) L'affaire GOLDER

232. Pour renforcer l'idée du droit d'accès à un tribunal, la Cour européenne à l'arrêt GOLDER,[248] était la première à chercher ce droit concrètement, dans le contenu de l'article 6 § 1 de la Convention européenne.

Rappelons rapidement des faits de cette affaire.

233. Interdit de son droit à la désignation d'un avocat, M. GOLDER était dans l'impossibilité d'introduire normalement une instance devant les juridictions compétentes. Il alléguait pour cette raison, la violation de l'article 6§1 de la Convention, grief reçu par la Commission européenne, dans le cadre de l'empêchement d'accomplissement de son droit d'accéder au juge.

« Le droit d'agir en justice ne constitue selon les termes de l'arrêt GOLDER, « qu'un aspect », du droit à un tribunal encore appelé droit à un procès équitable, au sens large. [249]»

La Cour européenne avant de rendre son jugement s'est interrogée sur l'existence de deux droits, l'un lié à un procès équitable et l'autre à l'accès au juge essentiel à la justice, dont la large

[247] **Chr. LEFORT**, *Procédure Civile,* 5e édition, Dalloz, 2014, P. 33.
[248] CEDH, 21 fév. 1975, Golder c. /Royaume-Uni, série A, vol. 18.
[249] **S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, et C. DELICOSTOPOULOS**, *Droits processuels, droits fondamentaux du procès*, 10e édition, 2019, P.552.

application, a le mérite d'assurer la confiance des justiciables à l'aboutissement d'un jugement équitable.

234. Pour une réponse à ces questions, elle utilise sa méthodologie basée sur la recherche des faits, qui entrent dans le champ de l'article 6§1 de la Convention européenne, pour assumer sa violation. Tout en assurant s'ils maintiennent « une contestation sur des droits ou obligations à caractère civile » ou sur une « accusation en matière pénale ».

235. Comme ce fut le cas à l'arrêt du 9 octobre 1979, la Cour européenne a éclairci l'importance de la Convention européenne. « La convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques et illusoires, mais concrets et effectifs … La remarque vaut en particulier pour le droit d'accès aux tribunaux, eu égard à la place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique.[250] »

236. Nous comprenons par l'explication ci-dessus, que l'accès au tribunal met en œuvre l'existence d'un ordre juridique d'indépendance et d'impartialité. Ce droit, est conservé contre toute affectation, qui pourra nuire son application régulière, et empêcher son auteur d'accéder au tribunal. Ce qui justifie que « préserver le droit d'accès au juge, suppose de sanctionner les menaces et représailles susceptibles d'en dissuader l'exercice de manière illégitime.[251] »

4°) La déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen communiquée le 26 août 1789

237. Aux termes de l'article 16 de la Déclaration « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution. »

La constitutionnalisation du droit au juge, en l'absence de dispositions expresses dans la Constitution, « ne peut être qu'indirecte, résulter de la valeur constitutionnelle du droit d'agir en justice [252]».

[250] CEDH, 9 oct. 1979, Aiery c. / Irlande, série A, vol. 32, §24.

[251] **X. VUITTON**, *Le procès équitable. L'article 6 de la CEDH : état du droit et perspectives,* Préf. Jamin CHRISTOPHE, thèse, LGDJ, 2017, P.73.

[252] **S. GUINCHARD**, *Procès équitable*, nov 2017, Dalloz.

238. Par une décision du 21 janvier 1994, le Conseil constitutionnel a admis le droit à un juge en rattachant ce droit à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, article qui assure « la garantie des droits » (« Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée […] n'a pas de constitution [253]»)

SECTION 2 : L'IRRECEVABILITE DE LA TIERCE OPPOSITION FORMEE PAR LA CAUTION SOLIDAIRE CONFRONTEE AUX DROITS DE LA DEFENSE

239. Nous présenterons le concept général des droits de la défense appliqué à la question de la tierce opposition de la caution solidaire **(Sous-section 1),** et la jurisprudence et le sujet de la tierce opposition de la caution solidaire **(Sous-section 2).**

SOUS-SECTION 1 : LE CONCEPT GENERAL DES DROITS DE LA DEFENSE APPLIQUE A LA QUESTION DE LA TIERCE OPPOSITION DE LA CAUTION SOLIDAIRE

240. « Les droits de la défense sont l'ensemble des garanties fondamentales dont jouissent les personnes pour faire valoir leurs intérêts et assurer effectivement leur défense. [254]»

La question est de savoir, si cette notion des droits de défense, est applicable dans les procès civils du sens de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme ?

241. Pour certains auteurs, les droits de la défense sont inutiles hors le domaine pénal, puisque la présence du principe de contradictoire aux affaires civiles, comble toute lacune

[253] Cons. const. 21 janv. 1994, n° 93-335 DC.

[254] **O. DANIC** « 1913-2013 : les cent ans de l'arrêt Téry ou un siècle de droit de la défense », *Revue du droit public*, n° 1, 1er janvier 2014, P. 3.

d'équilibre pour les parties au litige. Ils dénient de même aux parties, les droits de défense pour se protéger.[255]

242. Leur raisonnement fut vivement critiqué, dans le sens que les droits des parties se trouvent dans tout contentieux, abstraction faite de son domaine qu'il soit pénal ou civil. Si ces droits avaient été uniquement consacrés en matière pénale, alors aucun autre instrument ne serait disponible pour protéger les parties en matière civile.

Au soutien de cette critique, MOTULSKY assure que, les droits de défense ne propageront leurs effets juridiques, qu'en sortant de l'idéologie pénale du concept.[256]

« En un mot, que le contentieux soit relatif aux droits de la défense soit quantitativement plus important en procédure pénale et qu'il concerne davantage de garanties de procédure, n'implique pas que cette notion soit réservée à la matière, et encore moins que la partie civile ne puisse s'en prévaloir.[257] »

243. La possibilité de la caution solidaire de contester la sentence arbitrale rendue à son encontre, s'avère ardemment critiquée. Certaines voies de recours ont été admises à ce niveau, tel l'appel ou même le recours en annulation. En revanche, la faculté de la caution solidaire de mener la tierce opposition contre la décision du tribunal arbitral, a été vivement controversée.

Nous présenterons d'une part, l'avis des auteurs soutenant la tierce opposition et l'appréciation de leur position **(1°)** et d'autre part, les auteurs approuvant le refus de la tierce opposition de la caution solidaire et l'appréciation de leurs arguments **(2°).**

1°) Les auteurs soutenant la tierce opposition de la caution solidaire et l'appréciation de leur position

[255] **C. AMBROISE-CASTEROT**, *De l'accusatoire et de l'inquisitoire dans l'instruction préparatoire*, sous la direction de Philippe CONTE, thèse, 2000, n°374 et s.

[256] **H. MOTULSKY**, *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile*, in *Mélanges en l'honneur de P. ROUBIER*, t. 2 : Droit privé, propriété industrielle, littéraire et artistique, Dalloz-Sirey, 1961, p. 12 ; Voir dans le même sens : Civ. 7 mai 1828 : *S.* 1828. 1. 93.

[257] **Y. CAPDEPON**, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, préface de **J.- Chr. SAINT-PAU**, Dalloz, 2013, P. 85.

244. Nous traiterons dans ce paragraphe les idées de base de chaque auteur, qui justifie sa position quant au sujet de l'acceptation de la tierce opposition de la caution solidaire. Dans une acceptation basée sur les observations objectives (**§1**), ou sur l'idée de la protection de la caution solidaire **(§2)** ou finalement dans une explication exceptionnelle (**§3**).

§1) Une acceptation basée sur des observations objectives

245. Pour M. MIGNOT, le refus justifié de la tierce opposition formée par un coobligé n'atteint pas à ses droits, et exige que « l'irrecevabilité de la tierce opposition frappant le coobligé, ne peut être considérée comme atteinte à l'égalité si elle est justifiée par des considérations objectives et proportionnées à l'objectif recherché.[258] » Or, tout au contraire, l'irrecevabilité de la tierce opposition abstraction faite de la justification des tribunaux, prive la caution solidaire de ses droits de recours contre la sentence arbitrale prononcée à son encontre et implique par conséquent une atteinte aux droits de défense du coobligé conservés par la Convention des droits de l'Homme.

§2) Une acceptation basée sur l'idée de la protection de la caution solidaire

246. M. VEAUX[259] critique l'idée de la limitation de la tierce opposition aux seuls « moyens personnels de la caution ». Pour lui le débiteur présent à l'instance arbitrale, n'a certainement pas contesté le contrat de cautionnement, ni le rôle de la caution qui le protège contre le créancier

À notre sens, il faut ouvrir amplement la porte à cette voie de recours, afin de but de protéger la caution solidaire contre toute sentence.

§3) Une acceptation exceptionnelle consacrée à la caution solidaire

[258] Rev. arb. 2015.107, note **M. MIGNOT.**

[259] Cass. civ., 4 octobre 1983, *JCP*, 1985 II 20374, note critique **D. VEAUX.** M. VEAUX, critique cet arrêt en considérant que la Cour de cassation s'est engagée dans une impasse.

247. Pour M. BOLLÉE[260], l'idée de réception de la tierce opposition n'a pas le même effet sur tous les tiers. Outre le cas de la caution solidaire, la jurisprudence ne doit pas complètement abandonner sa conception antérieure relative à la théorie de la représentation mutuelle. « On peut bien sûr s'attendre à ce que cette décision soit suivie par d'autres du même cru. Il serait cependant regrettable que la Cour de cassation abandonne totalement sa jurisprudence antérieure, dont certaines applications semblent justifiées. » Cependant, nous trouvons que la solution d'abandon rendue par la Cour de cassation était parfaitement prise, puisque cette théorie empêchait la caution solidaire et d'autres tierces personnes, dans le cadre de leur qualité de coobligés, d'exercer ses droits d'accéder au juge et qu'il fallait finalement mettre fin à une théorie jurisprudentielle injuste traditionnellement appliquée.

La solution de son point de vue, s'achève en s'éloignant de la référence systématique au droit au procès équitable dans toutes hypothèses attachées aux tiers. « L'approche la plus sage serait sans doute d'écarter toute référence mécanique au droit au procès équitable et de conserver les hypothèses de représentation qui apparaissent véritablement conformes à la logique de la situation juridique sous-jacente. Il est clair à cet égard toutes les solutions consacrées par le passé ne relèvent pas de la même analyse. »

248. Cette constatation n'est pas étonnante pour lui, surtout dans le domaine de l'arbitrage. « Il n'y a d'ailleurs pas lieu de s'en étonner, car la représentation est supposée trouver sa source dans la nature de la relation entre le tiers et l'une des parties, non dans celle de l'instance ; ce qui vaut dans le cas d'une instance judiciaire doit donc valoir aussi dans le cas d'une instance arbitrale.[261] »

M. BOLLÉE, considère qu'« en effet, il ne faut pas perdre de vue que si la tierce opposition est conçue comme une voie de recours contre la sentence, elle n'en est pas moins, substantiellement, l'équivalent d'une action au fond, il s'agit de faire rejuger, en fait et en droit, la question tranchée par le tribunal arbitral. [262]» Nous comprenons, que M. BOLLÉE trouve cette voie de recours insuffisante pour protéger les tiers, tandis qu'elle est le moyen à conserver leurs droits de défense contre toute sentence arbitrale prononcée à leur encontre.

[260] Rev. arb. 2015.732, note **S. BOLLÉE**.
[261] Rev. arb. 2015.731, note **S. BOLLÉE.**
[262] Rev. arb. 2015.737, note **S. BOLLÉE.**

2°) Les auteurs approuvant le refus de la tierce opposition de la caution solidaire et l'appréciation de leurs arguments

Nous développerons dans ce paragraphe, les idées d'autres auteurs qui visent à refuser totalement la tierce opposition à la caution solidaire, en raison de sa fonction juridique **(§1)** ou de sa représentation obligatoire (**§2**).

§1) Un refus basé sur la fonction juridique de la caution solidaire

249. En revanche, M. LOQUIN, n'admet pas la tierce opposition de la caution, dans le cadre de sa fonction de garante. Il indique que cette critique, « ne permet pas de justifier l'ouverture de la tierce opposition au bénéfice de la caution[263] ».

En effet, dans cette hypothèse M. LOQUIN classe la caution dans la catégorie des garants, qui substitue le débiteur par sa dette et lui sera totalement personnelle, ce qui explique l'irrecevabilité de la tierce opposition formée par elle contre la sentence arbitrale.

En réalité la caution solidaire ne garantit pas le débiteur principal à tout moment, mais le fait lors de son insolvabilité, donc l'assimiler à un garant laisse à notre avis les notions de garant et caution ambiguë.

§2) Un refus basé sur la représentation forcée de la caution solidaire par le débiteur principal

250. Dans le concept de la représentation forcée, Mme NICOLLE, prouve que la tierce opposition de la caution est irrecevable, puisqu'elle se représente forcément. « De sorte que le jugement rendu contre l'un d'eux ne peut faire l'objet de tierce opposition. Il en est de même pour la caution solidaire, la caution judiciaire ou encore hypothécaire, qui ne peut former tierce opposition à un jugement rendu contre le débiteur principal, alors qu'elle aurait pu intervenir à

[263] **E. LOQUIN**, « Arbitrage et cautionnement », *Rev. Arb.*, 1994.250.

l'instance initiale et qui ne peut former tierce opposition, et qui ne dispose d'aucun recours puisque non partie, la voie de l'appel lui est interdite. [264]»

251. En réfléchissant sur ces idées, et l'expression utilisée « … jugement rendu » et sans l'étendre au cas d'arbitrage. Ne pouvons-nous pas limiter le concept de Mme NICOLLE, au cadre exclusif de l'instance judiciaire ? Et exclure l'instance arbitrale de toutes ces conditions ?

Afin de pouvoir répondre à cette question, nous rappelons tout d'abord que la sentence arbitrale possède toutes les caractéristiques d'un jugement judiciaire, puisque les arbitres reçoivent des parties une mission juridictionnelle leur permettant de trancher les litiges nés ou à naître.

Cette sentence arbitrale, est susceptible d'exécution directe après ordonnance d'exequatur et fait foi des énonciations des arbitres, jusqu'à inscription de faux[265]. Elle s'imposera aux parties et est opposable aux tiers en ce qu'elle crée une nouvelle situation juridique qu'ils ne peuvent ignorer[266]. Cependant cette opposabilité de la sentence aux tiers n'a lieu qu'eu égard au litige qu'elle tranche,[267] et le seul moyen de protection qui leur est offert, sera la tierce opposition.

Ce qui veut dire, que la caution solidaire, considérée comme tiers à l'instance arbitrale, aura le droit afin de se protéger, d'exercer la tierce opposition contre la sentence arbitrale rendue à son encontre. Tandis qu'elle ne pourra pas et contrairement à ce que Mme NICOLLE postulait, intervenir dans l'instance arbitrale.

252. M. SIMLER[268] apporte aussi une réponse à cette question qui nous semble pertinente, il considère que la tierce opposition, devrait être ouverte à la caution dans ces deux faces simple ou solidaire.

253. Parallèlement M. BORGA trouve que la recevabilité de la tierce opposition formée par la caution solidaire, était limitée à l'arrêt du 5 mai 2015, au cas unique de l'arbitrage. Surtout que, la caution solidaire ne pouvait pas intervenir à l'instance arbitrale. « La lecture de l'arrêt et

---

[264] **L. CADIET et D. LORIFERNE**, *L'autorité de la chose jugée*, Bibliothèques de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne André Tunc, tome 37, 2012, p.141.

[265] Civ. 2e, 12 déc. 1990; *Rev. arb.* 1991. 317, note Philippe THERY ; - Paris, 25 févr. 1994, *Rev. arb.* 1995. 129, obs. **P. VERON**; - Paris, 6 nov. 1997, *Rev. arb.* 1998. 706, obs. **Y. DERAINS.**

[266] **S. BOLLÉE**, « Les effets des sentences arbitrales à l'égard des tiers », *Rev. arb.* 2015. 695.

[267] Civ. 1er, 2 février 2016, n° 14-23.921, *Rev. arb.* 2016. 810, note **S. BOLLEE.**

[268] Voir dans ce sens, **Ph. SIMLER,** Cautionnement : garanties autonomes, garanties indemnitaires, LexisNexis, 5e édition, 2015.

de l'avis de l'avocat général permettent de comprendre que la Cour de cassation a vraisemblablement entendu limiter la portée de la solution au seul cas de l'arbitrage. La troisième branche du moyen mettait en effet l'accent sur la spécificité de l'instance arbitrale, à laquelle la caution est totalement étrangère et sans possibilité d'y intervenir volontairement. [269]»

SOUS-SECTION 2 : LA JURISPRUDENCE ET LE SUJET DE LA TIERCE OPPOSITION DE LA CAUTION SOLIDAIRE

Nous analyserons les différentes positions jurisprudentielles relatives au sujet du droit de la caution solidaire de former une tierce opposition contre la sentence arbitrale rendue à son encontre. Nous présenterons dans ce cadre, la position de la jurisprudence sur le sujet de la tierce opposition de la caution solidaire **(1°)** d'une part, et l'acceptation de la Cour de cassation de cette voie de recours extraordinaire d'autre part, en expliquant l'admission de la tierce opposition de la caution solidaire, par application de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme **(2°).**

1°) La position de la jurisprudence sur le sujet de la tierce opposition de la caution solidaire

254. Le sujet de la tierce opposition de la caution contre la sentence arbitrale rendue à son encontre, a été vivement controversé par la jurisprudence. Puisque « le droit du cautionnement, peut faire obstacle à l'ouverture de la tierce opposition au bénéfice de la caution. [270]»

255. Plusieurs débats ont été communiqués, à ce niveau. Au-delà du caractère inexact attaché au concept de représentation mutuelle, il est visible que ce genre de solutions mène de temps en temps à des résultats inattendus. Ce concept, privait injustement le tiers du profit de la relativité de la chose jugée et de son droit d'accès au juge consacré par la loi.

[269] **N. BORGA**, « La tierce opposition au secours de la caution », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, 1er juillet n°04, 2015, P. 238.

[270] **E. LOQUIN**, *Op.Cit., Rev. Arb.*, 1994.250.

« Cependant, la Cour de cassation n'est d'ailleurs pas restée sourde à ces critiques puisqu'elle a admis dans plusieurs hypothèses que le respect du droit au procès équitable commandait le rétablissement de la tierce opposition.[271] »

256. Certains arrêts ont refusé [272]cette voie de recours à la caution solidaire, alors que d'autres[273] ont accepté la tierce opposition de la caution contre la sentence arbitrale. Cependant, nous trouvons que la tierce opposition, est le seul moyen légal pour que la caution solidaire puisse se protéger contre toute sentence rendue à son encontre et conserver son droit d'accéder au juge.

Nous distinguerons entre la jurisprudence acceptant la tierce opposition de la caution solidaire **(§1**) et la jurisprudence refusant la tierce opposition de la caution solidaire **(§2**).

§1) La jurisprudence acceptant la tierce opposition de la caution solidaire

257. Dans le contexte de l'arrêt du 6 juin 1981[274], la Cour de cassation a ouvert amplement la porte à la tierce opposition de la caution, en limitant cette voie de recours aux moyens qui lui sont relatifs.

258. C'est que dans les limites de cet arrêt, les moyens personnels réservés à la caution et qui forment la base de la tierce opposition, sont ceux qui n'étaient ni présentés, ni argumentés par le débiteur principal au cours de l'instance arbitrale. Ainsi qu'ils n'attaquent pas le contrat principal de créance noué entre le débiteur principal et le créancier, mais ciblent le contrat de cautionnement directement.

259. La Cour de cassation à l'arrêt du 5 mai 2015, constate la violation du droit de l'accès au juge consacré à l'article 6§1 de la Convention européenne, en refusant l'idée de la théorie susmentionnée. D'après la logique de cette Cour, la tierce opposition a obtenu son application dans le contexte de l'arbitrage interne, particulièrement au niveau des cautions solidaires.

[271] Rev. arb. 2015.732, note **S. BOLLÉE.**
[272] Cass. Req., 3 janvier 1938, *Gaz. Pal.*, 1938.1.396.
[273] Cass. civ., 1er juillet 1924.
[274] Cass. civ., 6 juin 1981, *Bull*. III, n°240.

§2) La jurisprudence refusant la tierce opposition de la caution solidaire

260. La Cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 20 février 2014 explique l'irrecevabilité de la tierce opposition de la caution solidaire, par l'application de la représentation mutuelle qui « justifierait qu'il n'y ait pas d'atteinte au droit à l'accès au juge, d'autant moins, selon la Cour, que la caution peut toujours rechercher la responsabilité du débiteur principal si elle considère qu'il a mal défendu ses droits à l'instance (ici arbitrale) où elle n'a pas eu accès. [275]»

261. La question est de savoir, si l'indemnisation peut en théorie compenser la privation d'un droit, est-elle envisageable en pratique dans ce contexte ? Pouvons-nous admettre la mise à l'écart de son droit d'accès au juge, sous prétexte d'une possible action ou indemnisation à l'égard d'un débiteur insolvable qui ne pourra donc pas honorer une éventuelle condamnation à des dommages et intérêts ?

En effet, si la caution est appelée à exécuter l'obligation, c'est que le débiteur ne peut pas payer. « La caution a le droit d'être informée de l'éventuelle défaillance du débiteur principal. Cet événement est en effet susceptible de l'intéresser particulièrement : la caution, apprenant que le débiteur n'a pas réglé une échéance, pourra tenter d'inciter ce dernier à exécuter son obligation, ou pourra décider de payer rapidement le créancier, afin de limiter les éventuelles pénalités de retard.[276] »

262. En revanche, cette obligation de paiement liant la caution solidaire au créancier, n'expliquerait pas l'exécution systématique de la sentence arbitrale par la caution solidaire, et ne justifierait pas non plus sa privation de ses droits de défense par l'irrecevabilité de sa tierce opposition.

[275] **R. BONHOMME** « Entrouverture de la tierce opposition à la caution solidaire » *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, n° 4, 1er juillet 2015, P. 234.

[276] **G. PIETTE**, « Cautionnement », *Répertoire de droit civil, juin* 2016 (actualisation : avr. 2018).

263. D'où la question est de savoir, si la Cour d'appel a violé le droit d'accès au juge de la caution solidaire, dans toutes ses conditions prescrites à l'article 6§1 de la Convention européenne.

La Convention européenne des droits de l'Homme, garantit le droit d'accès au juge à tout justiciable, par application de l'article 6§1. « Le principe d'effectivité du droit d'accès à un juge est affirmé dans toutes les sources internationales du droit à un procès équitable et ses modalités varient selon ces sources.[277] »

Cependant la proclamation seule de ce principe ne suffit, mais il faut quand même une concrète opportunité d'accéder au juge qui soit assurée aux parties à l'instance et certainement aux tierces parties. « Il n'est donc pas suffisant qu'un État prévoit, dans sa législation, un droit d'accès aux tribunaux, si ce droit n'est pas garanti aux justiciables, dans le vécu quotidien et concret de leur relation avec la justice.[278] »

2°) L'admission de la tierce opposition de la caution solidaire, par application de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme

264. Loin de la distinction entre caution solidaire partie ou étrangère à l'instance arbitrale, la Cour de cassation par son arrêt du 27 septembre 2011, assume le droit de chaque caution simple ou solidaire de s'opposer à la sentence arbitrale, abstraction faite de sa qualité ou identité quant à l'instance arbitrale, et cela par application de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Après la lecture de cet arrêt, plusieurs questions nous parvenaient à l'esprit. Tout d'abord, est ce que priver la caution solidaire de son droit de recours contre une sentence arbitrale rendue à son encontre, veut dire la dessaisir de son droit de se défendre ? Par conséquent, cela implique-t-il une violation de l'article 6§1 de la Convention européenne et donc interdiction d'accéder au juge au sens de cet article ?

---

[277] **S. GUINCHARD**, « Procès équitable », *Répertoire de procédure civile*, mars 2017 (actualisation : juil. 2018).

[278] **S. GUINCHARD**, « Procès équitable » *Op.Cit.*

265. L'arrêt de la Cour de cassation répond à toutes ces questions, dans son dispositif qui s'éloigne de toute notion de distinction entre partie ou tiers, pour protéger les droits de défense de la caution solidaire contre toute sentence arbitrale. « Alors, enfin que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial; qu'en vertu de ce principe de valeur supérieure, il doit être reconnue à la caution, serait-elle solidaire, le droit de faire valoir les moyens que le débiteur n'aurait pas lui-même soulevés dans le cadre de la vérification des créances, sous peine de priver la caution de ses droits fondamentaux d'accès au juge et de se défendre en justice… la Cour d'appel a violé l'article 6§1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. [279]»

266. « En réalité la question de savoir si la caution peut former tierce opposition contre la sentence arbitrale est assez controversée. Et, finalement, le 5 mai 2015, dans une décision bénéficiant de la plus large publicité, la chambre commerciale nous livre son interprétation – une interprétation que l'on pourra sans doute qualifier de « constante ».[280] »

La Cour de Cassation dans son arrêt du 5 mai 2015, a constaté que la Cour d'appel dans son arrêt du 24 février 2014 et en appliquant cette théorie traditionnellement reconnue par la jurisprudence française, a privé la caution solidaire de son droit de recours, contre la sentence arbitrale rendue à son encontre.

Se fondant sur l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'Homme, elle casse l'arrêt d'appel : « le droit effectif au juge implique que la caution solidaire, qui n'a pas été partie à l'instance arbitrale, soit recevable à former tierce opposition à l'encontre de la sentence arbitrale déterminant le montant de la dette du débiteur principal à l'égard du créancier »

267. Même avec son refus de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité, au Conseil constitutionnel la chambre commerciale de la Cour de cassation, par son arrêt rendu le 5 mai 2015, assure la consécration du droit de la caution solidaire à l'accès au juge. Elle casse l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris sur le fondement du « droit effectif au juge » et au visa de

[279] Cass. Civ., Com. 27 sept. 2011, 10-21.686, Inédit.

[280] **V. AVENA-ROBARDET**, « Tierce opposition d'une caution à l'encontre d'une sentence arbitrale », *Dalloz actualité*, 18 mai 2015.

l'article 6, § 1er, de la Convention européenne des droits de l'Homme, avec l'ancien article 1481 relatif à la tierce opposition en matière interne.[281].

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

268. La Haute Cour a qualifié la caution solidaire de tierce personne et lui a conservé son droit d'accéder au juge par application de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, qui est basée sur le droit d'accès au juge et le procès équitable.

269. Pour mieux comprendre ce droit et son champ d'application, nous avons expliqué dans ce chapitre le concept du droit d'accès au juge dans ses deux sens large et particulier.

270. La Cour de cassation a critiqué cette irrecevabilité, et a mis en cause l'application de son droit d'accès au juge.

[281] En ce sens, **J. JOURDAN-MARQUES**, *Le contrôle étatique de la sentence arbitrale internationale*, Préface de Th. CLAY, thèse, 2017, LGDJ, nos 223 s., et 245.

CHAPITRE 2. LA SOLUTION APPORTÉE PAR LA COUR DE CASSATION POUR PROTEGER LE DROIT D'ACCES AU JUGE DE LA CAUTION SOLIDAIRE

Nous évoquerons la consécration des droits de la défense de la caution solidaire (**section1**) d'une part, d'autre part l'hypothèse de l'intervention de la caution solidaire à l'instance arbitrale (**section 2**).

SECTION 1. LA CONSECRATION DES DROITS DE LA DEFENSE DE LA CAUTION SOLIDAIRE

Pour mieux comprendre la solution apportée par la Cour de cassation pour protéger la caution solidaire, nous analyserons la position de la Cour de cassation (**Sous-section 1**) dans un premier temps, et l'approbation de la recevabilité de la tierce opposition de la caution solidaire (**Sous-section 2**) dans un second temps.

SOUS-SECTION 1 : LA POSITION DE LA COUR DE CASSATION

Le sujet de la conservation du droit de la caution solidaire à l'accès au juge, a été traité par la jurisprudence (**1°)** et par conséquent par la doctrine (**2°).**

1°) Les fondements avancés par la Cour de cassation pour consacrer le droit de l'accès au juge de la caution

271. L'arrêt du 5 mai 2015 de la chambre commerciale de la Cour de cassation, a réalisé par sa solution, un revirement jurisprudentiel. Cela, en se basant sur les garanties du droit effectif au juge de la caution solidaire aux deux niveaux, sur l'énoncé et les fondements **(§1).** Nous présenterons finalement, l'analyse de la solution prise par la Cour de cassation **(§2).**

§1) L'énoncé et les fondements

272. Au niveau européen et au visa de l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme. La Cour de cassation indique que, «la caution solidaire, qui n'a pas été partie à l'instance (...), soit recevable à former tierce opposition », en l'occurrence à l'encontre d'une sentence arbitrale à laquelle le créancier et le débiteur principal avaient été parties[282].

Au niveau du droit national, par application de l'ancien article 1481 du code de procédure civile, devenu l'article 1501.

273. De même, la chambre commerciale de la Cour de cassation a refusé la transmission au Conseil constitutionnel d'une question principale de constitutionnalité, fondée sur la concordance de la solution antérieurement acceptée, au droit à un accès effectif au juge garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.[283]

§2) L'analyse de la solution donnée par la Cour de cassation dans son arrêt du 5 mai 2015

[282] Com. 5 mai 2015, n° 14-16.644, *D.* 2015. 1046 ; JCP 2015. 877, obs. **J. ORTSCHEIDT** ; Banque et Droit mai-juin 2015. 87, obs. **N. RONTCHEVSKY**.

[283] Com. 27 nov. 2014, no 14-16.644, *Rev. arb.* 2015. 97, note **M. MIGNOT**.

274. La Cour de cassation a affirmé par sa logique, l'importance du droit de l'accès au juge et le procès équitable, qui implique que la caution solidaire, qui n'a pas été partie à l'instance arbitrale, soit recevable à former tierce opposition à l'encontre de la sentence arbitrale, déterminant le montant de la dette du débiteur principal à l'égard du créancier.

Pour cette raison, il s'avère nécessaire de dresser les faits des arrêts rendus dans ce cadre par ordre chronologique, afin de terminer par l'arrêt du 5 mai 2015.

275. En juillet 1997, une société vend ses parts à une autre. Le cédant des actions, souscrit une garantie de passif et une convention de gestion de projet, incluant chacune une clause compromissoire convenant un arbitrage en amiable composition, à l'intérêt du cessionnaire.

D'autre part, et par un contrat de cautionnement ne contenant aucune clause compromissoire, la société mère du cédant, se nomme caution solidaire. Celle-ci fut mise en œuvre par le créancier et le débiteur fut condamné par un tribunal arbitral. Le créancier actionna alors la caution solidaire. « Par la suite, la société cédée, exerçant l'activité de syndic de copropriété, est condamnée à verser diverses sommes à plusieurs syndicats de copropriétaires. Le cessionnaire des actions met alors en œuvre la convention d'arbitrage pour obtenir la condamnation du cédant en application de la garantie de passif. [284]»

276. Conformément à l'article 1478[285] du Code de procédure civile, le tribunal arbitral compétent, a tranché les litiges, selon sa mission en amiable composition. En fait, « le tribunal arbitral a l'obligation de statuer en équité. L'amiable composition est en effet une mission et non pas seulement un pouvoir. L'arbitre amiable compositeur, statue sans se conformer à sa mission lorsqu'il s'en tient par principe à l'application du droit strict.[286] » Même si le tribunal rend la sentence en amiable composition « une sentence arbitrale est opposable aux tiers, même lorsque les arbitres, en tant qu'amiables compositeurs, ont statué en équité.[287] »

---

[284] Rev. arb., 2014.405, note **M. MIGNOT.**

[285] Selon l'article 1478 du code de procédure civile, « Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que les parties lui aient confié la mission de statuer en amiable composition. »

[286] **E. LOQUIN**, « La tierce opposition dirigée contre une sentence rendue entre le créancier et le débiteur principal est ouverte à la caution solidaire de la dette », *Revue trimestrielle de droit commercial, 2016*, P.64.

[287] **P. MAYER**, « Opposabilité (ou autorité ?) d'une sentence à l'égard d'un débiteur tenu in solidum avec la partie condamnée ; Note sous Cour de cassation, Chambre commerciale, 2 décembre 2008, pourvoi numéro 07-17.539 et Cour de cassation, Chambre commerciale, 2 décembre 2008, pourvoi numéro 07-17.539 » *Rev. arb*., 2009.331.

277. Ce tribunal arbitral a rendu le 10 décembre 2008 une sentence arbitrale, condamnant le cédant à payer une certaine somme d'argent. Somme non payée, le cessionnaire des actions a assigné la caution solidaire au paiement de cette somme, devant le Tribunal de commerce de Paris.

La caution ayant été assignée par le créancier au paiement de la somme, se révolta et forma une tierce opposition incidente à l'encontre de la sentence arbitrale rendue.

278. La Cour d'appel de Paris, refuse la demande de la tierce opposition, et la déclare irrecevable, au motif traditionnel que la caution solidaire était déjà représentée à l'instance arbitrale par le débiteur principal, grâce à l'effet de la représentation mutuelle des coobligés. « Attendu que pour dire irrecevable cette tierce opposition, l'arrêt, après avoir constaté qu'aucune fraude n'était alléguée dans la mise en œuvre du cautionnement lui-même et qu'il résultait des écritures de la caution qu'elle n'invoquait aucun moyen qui lui serait personnel que le débiteur, défendeur à la mise en cause de sa garantie de passif devant le tribunal arbitral, n'aurait pu lui-même faire valoir pour s'opposer aux demandes alors formulées par le créancier devant les arbitres, retient que les coobligés se représentent tacitement, de sorte que la tierce opposition leur est fermée.[288] »

La Cour d'appel de Paris, ne classait pas la caution solidaire, au rang des tiers. En effet, sa solution, était d'une excellente rectitude sur le champ des droits des sûretés, par contre elle mettait en question le droit de la caution solidaire de procéder à un procès équitable.

279. Par l'irrecevabilité de la tierce opposition formée par la caution solidaire, Cour d'appel de Paris, avait maintenu la position de la jurisprudence ancienne, tout en ajoutant l'argument, que le grief de méconnaissance de la caution solidaire de son droit effectif au juge n'était pas fondé dans la mesure où la caution dispose, a posteriori, d'une action en responsabilité contre le débiteur principal pour faute (à prouver…) de n'avoir pas suffisamment défendu ses droits contre le créancier.[289]

280. En revanche, le résultat atteint par la Cour de cassation, s'oppose au courant de la jurisprudence ancienne, qui refusait à toute caution solidaire, la latitude de former tierce opposition

[288] Cass. Civ., com., 5 mai 2015, 14-16.644.
[289] Paris, pôle 5, ch. 9, 20 févr. 2014, RG no 10/25264, *Rev. sociétés* 2016. 317, note **B. LE BARS**.

contre n'importe quel jugement rendu à l'encontre du débiteur principal, sauf dans les cas de fraude ou à l'invocation de cette caution d'un moyen personnel.[290]

281. « Une telle évolution était prévisible dans la mesure où, d'une part, une jurisprudence ancienne avait déjà admis le jeu de la tierce opposition au profit de représentés lorsque les circonstances de l'espèce montrent le caractère fictif de la représentation.[291]»

2°) Les justifications doctrinales de la position de la Cour de cassation sur le droit de la caution solidaire à l'accès au juge

282. Depuis 1983 et suite à plusieurs discussions, certains auteurs ont vivement critiqué la déficience de la solution appliquée à la caution connue par sa représentation tacite, qui est une conséquence à la « fiction périmée [292]», de la théorie de la représentation mutuelle des coobligés.

283. Plus tard, d'autres auteurs ont remarqué l'incompatibilité de cette théorie à l'arbitrage. Ainsi l'indique M. RACINE, tout en montrant que cette conclusion était « choquante[293] », surtout en matière arbitrale. Puisque pour lui, la caution de par sa qualité de tiers à la procédure arbitrale, ne pouvait intervenir normalement à l'instance arbitrale entre le créancier et le débiteur principal. Cependant il était alors logique de lui octroyer « un contrepoids dans la possibilité d'exercer une tierce opposition, puisque n'ayant pas participé aux débats, elle n'a pu profiter du principe de la contradiction.[294]»

Cependant, d'autres auteurs[295] ont critiqué cette nouvelle solution.

---

[290] Com. 4 oct. 1983, n° 82-12.415, *Bull. civ.* IV, n° 245; JCP 1985. II. 20374, note **D. VEAUX**.

[291] **H. ROLAND**, *Chose jugée et tierce opposition*, thèse, LGDJ, 1958, n°s 181 s.

[292] **D. VEAUX et P. VEAUX-FOURNERIE**, « La représentation mutuelle des coobligés », in *Mélanges Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 547.

[293] **J.-B. RACINE**, « Arbitrage et cautionnement en droit français », *Cah. arb.* 2010, p. 353, no 23, spéc. n° 32.

[294] **Ch. JARROSSON**, « L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales », *Procédures* 2017. Étude 17, spéc. n° 49.

[295] **E. LOQUIN**, « Arbitrage et cautionnement », *Rev. arb.* 1994. 235.

« La force de ce fondement conduit à se demander si la solution ne sera pas prochainement étendue à la caution simple et aussi à l'arbitrage international dans la mesure où ce dernier ne reconnaît pas la tierce opposition. [296]»

284. Dans le cas de l'arrêt du 5 mai 2015, la caution solidaire a été effectivement privée de son droit de recours contre la sentence arbitrale qui avait statué sur la créance principale. Étant tierce personne à l'instance arbitrale, la caution solidaire devait tentait la tierce opposition devant la Cour d'appel et non pas le tribunal arbitral.

285. Il serait intéressant à savoir si suite à la solution donnée par la Cour de cassation par son arrêt rendu le 5 mai 2015, l'application de la théorie de la représentation mutuelle des coobligés sera totalement écartée. En d'autres termes si un jugement rendu à l'encontre du débiteur principal, ou de l'un des codébiteurs, aura encore autorité de chose jugée à l'encontre de l'une des autres parties tenues solidairement ou pourra encore être argué contre elle.

SOUS-SECTION 2. L'APPROBATION DE LA RECEVABILITE DE LA TIERCE OPPOSITION DE LA CAUTION SOLIDAIRE

Nous présenterons, la tierce opposition contrepoids nécessaire à l'opposabilité de la sentence (**1°),** ainsi que la présentation de l'argument du Professeur JARROSSON fondée sur l'opposabilité de la sentence (**2°)** et les raisons de l'approbation de l'argument (**3°).**

1°) La tierce opposition contrepoids nécessaire à l'opposabilité de la sentence

286. L'idée de l'irrecevabilité de la tierce opposition du tiers, était basée sur l'hypothèse que les arguments allégués par ce tiers avaient déjà été traités par le représentant au cours de

[296] **S. GUINCHARD**, *Répertoire de procédure civile, Procès équitable*, novembre 2017, Dalloz.fr.

l'instance. Or, ce raisonnement est contestable. Nous présenterons les arguments doctrinaux allant à son encontre et expliquerons en quoi ces arguments sont convaincants.

287. Cependant cette idée, mettait en cause le droit d'accès au juge de ce tiers, et cela en lui refusant de pratiquer son droit à la tierce opposition. Comme l'a relevé M. MAYER, « il est dès lors paradoxal et injustifiable que le tiers se trouve pieds et poings liés devant les appréciations des arbitres et que le second tribunal puise mécaniquement dans celles-ci, sans vérifier aucunement leur bien-fondé, la réponse à la question litigieuse qui lui est soumise.[297] »

2°) La présentation de l'argument du Professeur JARROSSON fondée sur l'opposabilité de la sentence

288. D'autre part, M. JARROSSON lie la tierce opposition à l'effet de la sentence arbitrale sur le tiers. Il suppose que, la tierce opposition doit-être ouverte, d'autant plus que la sentence lui est opposable. « L'opposabilité de la sentence aux tiers, doit trouver un contrepoids dans la possibilité d'exercer une tierce opposition, puisque n'ayant pas participé aux débats, il n'a pas pu profiter du principe du contradictoire.[298] »

289. Alors que pour d'autres auteurs à l'instar de M. BORGA, mettent en application la tierce opposition, lorsque le droit d'accès au juge consacré par la Convention européenne est violé. Il confirme que la tierce opposition est, « une voie de recours commode chaque fois que le droit à l'accès au juge est en cause et qu'est invoqué l'article 6 § 1 de la Convention EDH.[299] »

Ce qui prouve que, l'irrecevabilité de la tierce opposition pratiquée sous prétexte de l'application de la théorie de représentation mutuelle des coobligés, met en cause le sujet de la violation du droit de l'accès au juge.

3°) Les raisons de l'approbation de l'argument

[297] Cass. Com. 2 décembre 2008, n°07-19.201, *Rev. Arb.*, 2009.327, note **P. MAYER.**

[298] **Ch. JARROSSON**, « L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales », *Procédures*, août 2007, Etude 17.

[299] **N. BORGA,** « La tierce opposition au secours de la caution », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, n°04, 1er juillet 2015, P.238.

290. Ces auteurs, explique la recevabilité de la tierce opposition, tout en critiquant la théorie de la représentation mutuelle des coobligés. M. et Mme VEAUX et VEAUX FOURNERIE la considèrent, comme une « fausse » représentation. « Mais la jurisprudence a commis l'imprudence de s'engager dans la voie de la représentation fictive, qui ne repose sur aucune base, ni légale ni conventionnelle, mais sur des techniques juridiques fort contestables.[300] »

291. Finalement, en se référant aux décisions prises au niveau des liens et rapports réunissant le créancier au débiteur principal, l'affectation des obligations de la caution solidaire, est fort probable. Ce qui suscitera cette dernière et pour se défendre, à entreprendre la voie de recours consacrée par la loi, à leur encontre.

En effet, la caution étrangère à l'acte principal associant le créancier au débiteur principal et à la procédure arbitrale, peut en principe contester l'opposabilité de la sentence arbitrale rendue à son encontre. La voie de recours ne peut être que la tierce opposition. Traditionnellement, irrecevable par la jurisprudence.

SECTION 2 : L'HYPOTHESE DE L'INTERVENTION DE LA CAUTION SOLIDAIRE A L'INSTANCE ARBITRALE

Nous présenterons l'avis doctrinal et jurisprudentiel sur le sujet de l'intervention de la caution solidaire à l'instance arbitrale (**sous-section 1**) d'une part, et notre vision sur le sujet (**sous-section 2**)

SOUS-SECTION 1 : L'AVIS DOCTRINAL ET JURISPRUDENTIEL SUR LE SUJET DE L'INTERVENTION DE LA CAUTION SOLIDAIRE A L'INSTANCE ARBITRALE

[300] **D. VEAUX et P. VEAUX-FOURNERIE**, « Les surprises de la tierce opposition », La Terre, la famille, le juge, in *études offertes à Henri-Daniel Cosnar*, Economica, 1990, P.414.

La question qui se pose, est de savoir si le coobligé pouvait intervenir dans l'instance arbitrale.

292. Les demandes en intervention, peuvent être volontaires ou forcées. L'intervention forcée est accomplie après l'approbation de toutes les parties à l'arbitrage. Alors que l'intervention volontaire est indéterminée et son achèvement ne peut être réalisée qu'à l'unique volonté de la caution.

L'intervention volontaire ou forcée « sont susceptibles d'élargir quant aux parties, le cadre initial de l'instance, en y introduisant des personnes qui avaient primitivement la qualité de tiers, mais qui se sont spontanément glissées dans l'instance ou qui ont été introduites contre leur volonté.[301] »

293. Selon les dispositions de l'article 328[302] du Code de procédure civile, l'intervention volontaire elle-même peut prendre deux formes, principale ou accessoire. Selon l'article 329[303] dudit code, elle est principale lorsqu'elle élève une prétention au profit de celui qui la forme. Cela veut dire que celui qui l'exerce possède l'intérêt et la qualité pour agir. Tandis qu'elle est accessoire, selon l'article 330 du Code de procédure civil, lorsqu'elle appuie les prétentions d'une partie.

Nous présenterons, l'avis de la doctrine sur l'intervention en matière d'arbitrage d'une part **(1°),** et la position de la jurisprudence à propos de l'intervention en matière d'arbitrage **(2°).**

1°) L'avis de la doctrine sur l'intervention en matière d'arbitrage

294. Certains auteurs refusaient l'intervention en matière arbitrale, sous ses deux formes volontaire et forcée. En effet, ils expliquent leurs opinions en se basant sur la nature de l'arbitrage.

[301] **J. VINCENT et S. GUINCHARD**, *Procédure Civile*, 27e édition, Dalloz, 2003, P. 488.
[302] Article 328 du Code de procédure civile « L'intervention volontaire est principale ou accessoire. »
[303] Article 329 du Code de procédure civile « L'intervention est principale lorsqu'elle élève une prétention au profit de celui qui la forme. Elle n'est recevable que si son auteur a le droit d'agir relativement à cette prétention. »

295. Selon M. JARROSSON[304], la composante contractuelle de l'arbitrage se présente comme un obstacle à l'intervention volontaire, et plus encore à l'intervention forcée » et que ceci « est vrai de l'intervention à la procédure arbitrale ou de l'intervention aux recours postérieurs à la sentence.

296. M. DE BOISSÉSON considère que « ni l'intervention volontaire, ni l'intervention forcée ne sont compatibles avec la nature contractuelle de l'arbitrage. L'intervention volontaire ne peut se réaliser que dans l'hypothèse où l'ensemble des parties à la convention d'arbitrage accepte le principe de cette intervention.[305] »

297. M. LOQUIN estime de même que « ni l'intervention forcée, ni l'intervention volontaire ne sont compatibles avec la nature contractuelle de l'arbitrage. L'intervention volontaire ne pourra se réaliser qu'avec l'accord de l'ensemble des parties à l'arbitrage. [306]»

298. Tandis que M. PATRICE considère « qu'un tiers à la convention d'arbitrage, fut-il intéressé au contrat litigieux ou plus précisément au litige(...) ne peut intervenir dans un procès soumis à des arbitres, à l'investiture desquels il n'a pas été convié, hormis le cas où les parties en litige et le tiers consentent tous à cette intervention et que le tribunal arbitral ne s'y oppose pas »et que « le mécanisme de l'intervention ou de l'appel en garantie, au regard d'une instance préexistante, qui conduirait soit à imposer aux parties au litige et à leur tribunal arbitral d'accueillir la demande d'un tiers intéressé au litige, soit à obliger le tiers à participer à l'instance arbitrale, ne peut être admis au titre de l'effet relatif de la clause d'arbitrage ou du compromis.[307] »

299. En réalité ils se basent sur principe de l'effet relatif des contrats, pour arguer l'irrecevabilité de la demande en intervention d'un tiers étranger à la clause compromissoire qu'il n'a même pas acceptée.

---

[304] **Ch. JARROSSON**, note sous Paris, 27 févr.1997, *Rev. arb.*, 1998.159.

[305] **M. DE BOISSÉSON**, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, G.L.N. Joly, 2e édition, 1990, p.246.

[306] **E. LOQUIN**, « Arbitrage et cautionnement », *Rev. arb.* 1994, P. 247.

[307] **P. LEVEL**, « La jonction des procédures, intervention de tiers et demandes additionnelles et reconventionnelles », Bull. Cour international d'arbitrage de la CCI, n°2, 1996, p36 et s.

Cependant, justifier l'irrecevabilité des demandes d'intervention volontaire ou forcée, par une interprétation contractuelle, plus précisément par le principe de l'effet relatif, nous paraît inconciliable avec la fonction juridictionnelle de l'arbitrage.

En effet, une fois rendue la sentence arbitrale sera nécessairement opposable aux tiers, alors que l'autorité de la chose jugée, se réserve uniquement aux parties à l'instance arbitrale. Par conséquent, « la norme qui résulte de la décision de justice est opposable à tous sans que soit en cause l'effet relatif de l'autorité de la chose jugée.[308] »

300. La Cour de Cassation le prouve d'ailleurs dans son arrêt du 23 janvier 2007 « si une sentence n'a d'autorité de la chose jugée qu'eu égard au litige qu'elle tranche, elle n'en est pas moins opposable aux tiers.[309] »

Ce qui explique, qu'il est peu discutable qu'une caution soit affectée par la sentence rendue contre le débiteur principal. C'est le raisonnement selon lequel, les tiers pourront non uniquement intervenir à l'instance arbitrale, mais identiquement contredire toute décision rendue par les voies de la tierce opposition.

2°) La position de la jurisprudence à propos de l'intervention en matière d'arbitrage

Nous analyserons les avis contradictoires des tribunaux sur le sujet de l'intervention en matière d'arbitrage. Nous présenterons tout d'abord, la jurisprudence opposée aux demandes d'intervention (**§1**) et ensuite, la jurisprudence acceptant les demandes d'intervention (**§2**).

§1) La jurisprudence opposée aux demandes d'intervention

[308]**P. CALLÉ**, demandes en intervention et justice arbitrale, in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen J. HÉRON*, liber amicorum, 2009, P. 159.

[309] Cass. com., 23 janv. 2007, *JCP* 2007.I.168, obs. **J. BÉGUIN**; **- P. MAYER**, «Distinction entre autorité (relative) de la chose jugée par une sentence arbitrale et opposabilité de la sentence aux tiers; Note sous Cour de cassation, Chambre commerciale, 23 janvier 2007, Prodim et autre contre société Distribution Casino France, pourvoi numéro 05-10.422 », *Rev*. arb. 2007.769.

301. La jurisprudence va dans le même sens que la doctrine, la Chambre commerciale du 22 novembre 1977[310], illustre l'illogisme de la situation de la caution. La caution est prohibée d'intervenir à la procédure arbitrale menée entre le débiteur principal et son créancier, sur la l'intention suivante. « Dès lors que les juges du fond constatent qu'une caution s'est obligée inconditionnellement et de la manière la plus étendue, à titre personnel, à garantir les dettes d'une société, par un acte ne comportant aucune clause compromissoire, c'est à juste titre qu'ils décident que cette caution ne peut personnellement invoquer une clause compromissoire contenue dans l'acte, auquel elle n'a pas été partie, intervenu entre le débiteur principal et son créancier ». En d'autres termes, si la caution avait voulu protéger efficacement ses droits, elle aurait dû assigner toutes les parties devant la juridiction étatique, ce qui n'est probablement pas la meilleure façon de respecter la volonté des parties à la clause compromissoire.

302. De même, la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 19 décembre 1986[311], a jugé que « les règles du droit de l'arbitrage (...) ne permettent pas d'étendre à des tiers (...) les effets de la convention litigieuse et font obstacle à toute procédure d'intervention forcée ou d'appel en garantie. »

Dans son arrêt du 15 septembre 1996[312], la Cour d'appel de Paris affirme que, l'intervention volontaire ou forcée d'un tiers dans une procédure d'arbitrage est d'une manière générale incompatible avec cette institution.

§2) La jurisprudence acceptant les demandes d'intervention

303. Dans l'hypothèse où le tiers intervenant est lié à la clause compromissoire ou à la convention d'arbitrage, le principe de l'effet relatif des contrats dans certains arrêts[313], ne s'oppose pas à la recevabilité de la demande en intervention, volontaire ou forcée.

[310] Rev. Arb. 1978, p. 461, note **Ph. FOUCHARD.**
[311] C. Paris, 19 décembre 1986, *Rev. Arb.* 1987, p. 359.
[312] Paris, 19 sept. 1996, *Rev. arb.*, 1997.279, obs. **C. VERGNE.**
[313] Cass, 1er civ, 7 janv 1992, BKMI et Siemens c/Dutco, *Rev. arb.* 1992.470, note **P. BELLET**; Rev. arb. 1990.892, note **M. de BOISSÉSON**; **- Ch. JARROSSON**, « Note sous Cour d'appel de Paris, première Chambre,

Vu ces controverses, nous nous demandons sur la position prise par la doctrine et la jurisprudence refusant totalement les demandes d'intervention à l'instance arbitrale, qu'elles soient en intervention volontaire ou forcée. Pour M. MOURRE, elles montrent, une certaine surestimation de la mesure contractuelle de l'arbitrage, au détriment de sa réalité juridictionnelle. Dans ce cas-là, cette logique ne nous semble pas protectrice des droits des tiers[314].

Nous présenterons, les raisons limitant les demandes d'intervention (**a),** et les arguments s'opposant à ces raisons **(b**).

a) Les raisons limitant les demandes d'intervention

304. Nous comprenons par ce qui a été expliqué ci-dessus, que les deux raisons excluant l'intervention en matière d'arbitrage, se limitent par, la nature contractuelle de l'arbitrage d'un côté, qui formerait une entrave à ce que l'on puisse obliger ceux qui n'ont pas reçu ou accepter la clause compromissoire à participer à l'instance arbitrale. Nous évoquerons, le principe d'égalité entre les parties **(1)** d'une part, et la nature contractuelle de l'arbitrage **(2),** d'autre part.

1) Le principe d'égalité entre les parties

305. D'un autre côté, la deuxième raison c'est l'égalité entre les parties. C'est lorsque le tribunal arbitral est désigné dans la clause compromissoire, ou constitué par le juge ou par une autorité de nomination. Dans ce cas, il paraît impossible que l'on puisse pousser une partie à se soumettre à l'arbitrage d'un tribunal qu'elle n'a même pas participé à constituer à l'égal des autres.

2) La nature contractuelle de l'arbitrage

section C, 5 mai 1989, BKMI Industriean Lagen GmbH et Société Siemens A.G. contre Dutco Construction Co (Pvt) Limited ; Cour de cassation, première Chambre civile, 7 janvier 1992, Société Siemens A. G. contre société Dutco Construction Co (Pvt) Ltd, pourvoi numéro 89-18.708, pourvoi numéro 89-18.726. » *JDI* 1992.707.

[314] **A. MOURRE**, « L'intervention des tiers à l'arbitrage », *Gaz. Pal.*, n°123, 3 mai 2001, p.21.

306. Derrière l'idée du principe de l'effet relatif, les parties au contrat principal liées à la convention d'arbitrage, peuvent se réfugier pour prévenir toute intervention d'un tiers dans la procédure arbitrale.

b) Les arguments s'opposant à ces raisons

Pour justifier les arguments s'opposant à ces raisons, nous présenterons, la position de la Cour d'appel de Paris **(1)** et la vision antagoniste des auteurs **(2).**

1) La position de la Cour d'appel de Paris

307. Concernant la première raison, la Cour d'appel de Paris répond dans son arrêt du 5 avril 1990, « Si le caractère contractuel de l'arbitrage fait en principe obstacle à l'intervention dans la procédure d'arbitrage d'un tiers à qui la clause compromissoire ne peut être opposée, il n'interdit pas une intervention dans le cadre du recours, qui trouve sa source dans les textes de procédure et non dans la volonté des parties, à la condition que l'intervenant justifie d'un intérêt propre pour agir.[315] »

2) La vision antagoniste des auteurs

308. Pour la deuxième raison, M. MOURRE donne une solution afin de surmonter le principe d'égalité des parties, et d'ouvrir la porte à l'intervention au tiers imparfait. « L'obstacle constitué par le principe d'égalité des parties ne pourrait être surmonté que dans le seul cas où le Tribunal aurait été prédésigné dans la clause compromissoire, ou dans le cas où il aurait, au départ, été constitué par le juge ou par une autorité de nomination. Dans ces deux hypothèses, il n'existerait pas de raison de considérer que l'intervention forcée du « tiers imparfait » puisse rompre l'égalité des parties. [316]»

[315] C. Paris, 1re civ., 5 avril 1990, Courrèges Design c/ André Courrèges, D. 1990, I.R., p. 116.

[316] **A. MOURRE**, « L'intervention des tiers à l'arbitrage », *Gaz. Pal.*, n° GP20010503052, 3 mai 2001, p. 21.

309. De son côté, M. CALLÉ exige que l'intervention volontaire d'un tiers mais lié à la clause compromissoire directement ou indirectement peut être recevable, dépendamment de la participation des parties initiales à la désignation du tribunal arbitral.

Par conséquent, ce tiers renoncera implicitement au principe d'égalité qui est un obstacle à l'acceptation de toute demande d'intervention. « En cas de demande en intervention volontaire, il est permis de soutenir que, par sa demande, le tiers intervenant manifeste sa volonté d'accepter la composition du tribunal, ou, à tout le moins, de renoncer au principe d'égalité. [317]»

310. Dans ce sujet M. CALLÉ[318], traite quelques hypothèses pour expliquer son point de vue sur l'intervention d'un tiers.

Tout d'abord, dans l'hypothèse où aucune des parties n'a participé à la désignation du tribunal arbitral, le tiers pourra intervenir. « Aucun des arbitres n'ayant été nommé par les parties initiales, le tiers ne souffre pas de n'intégrer le litige. »

Dans une autre hypothèse, là où certains mais pas tous les arbitres ont été désignés par les parties, « et si la demande en intervention peut être facilement séparée du reste du litige, il est probablement souhaitable qu'elle soit déclarée irrecevable et qu'un arbitrage annexe ait lieu. »

SOUS-SECTION 2 : NOTRE VISION SUR LE SUJET DE L'INTERVENTION DE LA CAUTION SOLIDAIRE A L'INSTANCE ARBITRALE

311. Le contrat contenant une clause compromissoire n'est pas un contrat identique aux autres. En effet, cette clause de nature juridictionnelle incite à une procédure arbitrale semblable à la procédure juridictionnelle, dont l'objectif est de rendre une sentence arbitrale opposable à tous.

[317] **P. CALLÉ**, demandes en intervention et justice arbitrale, in *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen J. HÉRON*, liber amicorum, 2009, P. 158.

[318] **P. CALLÉ**, *Op. Cit.,* P.158.

Cette opposabilité, permet d'une part au tiers d'intervenir à l'instance arbitrale dans la logique que, « la recevabilité de son intervention n'impliquera aucune conséquence sur la constitution du tribunal, sa participation volontaire à l'arbitrage valant renonciation au principe d'égalité.[319] »

D'autre part, l'opposabilité facilite au tiers souhaitant contester la sentence rendue, de mettre en valeur ses arguments devant la juridiction étatique compétente à défaut d'arbitrage par le biais de la tierce opposition.

312. En réalité, l'intervention est exercée par le tiers, qui n'est ni partie ni représenté à l'instance. Il faut distinguer la notion de tiers selon, le cas de ce dernier et sa relation avec le contrat ou la procédure arbitrale, ces deux notions ne se ressemblent pas toujours. Dans cette logique, il est nécessaire donc de distinguer entre « les tiers absolus » et « les tiers imparfaits ».

313. Cette qualification de tiers imparfait ou absolu à l'instance arbitrale, diffère selon son rapport avec la clause compromissoire. Cependant, aucun raisonnement ne refuse à une partie ayant accepté la clause compromissoire, mais qui serait restée tierce à la procédure, le droit d'y intervenir.

Nous évoquerons, le débiteur solidaire et l'intervention **(1°)** et la caution solidaire et l'intervention **(2°).**

1°) Le débiteur solidaire et l'intervention

314. Dans le cas du débiteur solidaire, l'intervention principale est applicable, parce qu'il défend un droit qui lui est propre, mais ne se limite pas à défendre le droit d'un autre comme le cas d'un ayant cause. Lors de son intervention, il impliquera le contrôle de ses droits, en s'écartant de ses codébiteurs.

[319] **P. CALLÉ**, *ibid*, P.161.

2°) La caution solidaire et l'intervention

315. En matière de cautionnement, il nous paraît logique que le sujet de l'intervention de la caution suppose que la clause compromissoire insérée dans le contrat initial signé entre le créancier et le débiteur principal puisse lui être contestée en cas d'intervention forcée ou alléguée en intervention volontaire.

Sur ce point, il s'avère intéressant de distinguer deux notions de tiers, premièrement le tiers étranger à la clause compromissoire, ensuite la notion d'un tiers étranger à l'instance arbitrale.

Dans le premier cas, ce tiers réclame, « qu'il soit néanmoins lié par la convention d'arbitrage à l'origine de l'instance (à moins d'une intervention volontaire acceptée par l'ensemble des parties à l'instance). Ce peut être le cas d'une clause d'arbitrage étendue à un tiers impliqué dans l'exécution du contrat la contenant. Dans ces circonstances, l'intervention éventuelle de la caution dans une procédure arbitrale est abstraitement envisageable.[320] »

En matière d'arbitrage interne, la possibilité offerte au tiers de former tierce opposition devant la juridiction qui eut été compétente à défaut d'arbitrage, lui permettra sûrement de valoriser son raisonnement.

316. Cependant cette voie de recours est irrecevable, par application de la théorie de la représentation mutuelle des coobligés, ce qui veut dire que la tierce opposition contre la sentence rendue, sera fermée à tous ceux qui sont considérés comme représentés, particulièrement la caution solidaire.

« Ici la notion de représentation est aussi fuyante que celle antinomique de tiers, le tiers se définissant comme celui qui n'a pas été représenté et inversement.[321] » C'est ce qui explique que le synonyme du mot tiers, est un peu ambigu quant à la caution solidaire. Cette ambiguïté, est causée par la représentation mutuelle du débiteur principal à la caution à l'instance.

[320] **J.-B. RACINE**, « Arbitrage et cautionnement en droit français », *Cahiers de l'arbitrage*, n°2, 1er avril 2010, P. 353.

[321] **Ph. DIDIER,** *De la représentation en droit privé*, Préface Y. LEQUETTE, LGDJ, 2000, P. 311.

Nous analyserons la situation selon la qualité de tiers ou de partie de la caution solidaire, nous analyserons donc la caution solidaire, partie représentée à l'instance arbitrale **(§1**), la caution solidaire, tiers imparfait **(§2)** et la caution solidaire, tiers absolu **(§3).** Et nous ouvrirons une nouvelle vision par, l'ouverture de la porte d'intervention à la caution solidaire **(§4).**

§1) La caution solidaire, partie représentée à l'instance arbitrale

317. Dans le cas de l'application de la théorie de représentation mutuelle, la caution solidaire peut être sous-entendue comme partie à l'instance arbitrale, à pied d'égalité avec le débiteur principal. « En matière d'arbitrage, la situation est désastreuse : la caution, est considérée comme un tiers à la procédure arbitrale ne pouvant y intervenir et comme une partie ne pouvant user des voies de recours ouvertes aux tiers. [322]»

§2) La caution solidaire, tiers imparfait

318. Dans cette position, la caution est un tiers imparfait, dans la logique qu'elle n'a pas acceptée la clause compromissoire, mais qu'elle lui a été transmise par l'effet de la théorie susmentionnée.

319. Selon cette théorie, la caution solidaire perdra une part de son autonomie, surtout au niveau de son droit de défense, là où elle est obligée d'accepter la sentence arbitrale, sans pouvoir s'opposer. Sa volonté sera limitée par l'acte du débiteur représentant.

Nous réalisons donc, le risque que peut causer ce genre de représentation et son étendu du côté des droits du représenté.

[322] **P. CALLÉ**, *ibid*, P.160.

§3) La caution solidaire, tiers absolu

320. Dans cette position, l'inapplication de la théorie de représentation mutuelle sera la solution pour tous les problèmes de la caution solidaire. Par ce fait, la caution solidaire sera traitée uniquement comme tiers absolu, à la clause compromissoire et l'instance arbitrale et aura toute latitude pour former tierce opposition contre la sentence rendue à son encontre.

§4) L'ouverture de la porte d'intervention à la caution solidaire

321. Dans l'hypothèse d'une instance judiciaire menée entre le débiteur et le créancier, la caution comme tierce personne, qui n'a été ni été ni partie, ni représentée à l'instance, peut intervenir volontairement, ou même être mise en cause par la partie qui demande son intervention.

En revanche, cette hypothèse est inexécutable dans le cadre d'une instance arbitrale. « Il en va autrement dans le procès arbitral, car la convention d'arbitrage ne produit normalement ses effets qu'à l'égard de ceux qui y sont parties : l'intervention d'un tiers ne se conçoit pas sans son consentement et celui des parties à l'arbitrage. [323]»

322. Nous conclurons alors que, les deux types d'intervention sont incompatibles avec la nature conventionnelle de l'arbitrage. C'est la nature conventionnelle de l'arbitrage, qui met en cause l'acceptation de l'immixtion d'une personne tierce étrangère à l'instance. Puisque la source de la mission juridictionnelle de l'arbitre est, la convention d'arbitrage ou la clause compromissoire insérée dans le contrat de base.

Cette position peut s'appuyer sur celle du Professeur RACINE, qui refuse toute demande d'intervention lors et hors l'instance arbitrale, même au niveau des recours contre la sentence rendue. « L'arbitrage ayant un fondement contractuel, il est incontestable qu'aucune demande

[323] Rev. arb., 2015.701, note **S. BOLLÉE.**

d'intervention forcée n'est possible ni pendant la procédure arbitrale elle-même, ni à l'occasion d'un recours en annulation contre la sentence.[324]»

323. Nonobstant toutes ces interprétations, nous pouvons par analogie à la logique conventionnelle, considérer qu'un tiers, étranger à la convention arbitrale n'est pas obligé d'accepter ses effets et ne pourrait même pas l'invoquer. L'intervention volontaire permet par hypothèse à la caution de défendre ses propres intérêts, tout en se présentant à l'instance.

Dans cette hypothèse, la Convention européenne des droits de l'Homme dans son article 6§1 joue un rôle assez important dans la protection de la caution solidaire, qui est considérée comme étant un tiers absolu, privée de son droit de tierce opposition contre la sentence arbitrale, ainsi que de son droit d'intervention.

Il joue à l'égard de l'intervention des tiers de deux sortes. Tout d'abord, il exige que les droits des tiers ne soient pas contrariés par une décision de justice - un jugement ou une sentence arbitrale - contre laquelle aucune possibilité de recours ne leur est offerte.

Il réclame par la suite que l'intervention volontaire leur soit ouverte puisque la voie de la tierce opposition leur est fermée ; Ensuite, il prohibe que des tiers soient obligés à intervenir sans avoir eu connaissance de la clause compromissoire ou même contribuer à la formation du tribunal arbitral.

324. De sa part, M. MOURRE[325] , traite le sujet de la recevabilité de l'intervention volontaire et forcée des tiers, à base des distinctions entre tiers imparfait ou absolu.

Nous évoquerons, l'intervention volontaire de la caution solidaire dans l'instance arbitrale **(a)** d'une part et l'intervention forcée de la caution solidaire dans l'instance arbitrale **(b)** d'autre part.

a) L'intervention volontaire de la caution solidaire dans l'instance arbitrale

325. Afin de considérer la caution comme une partie à la convention d'arbitrage, il faut nécessairement différencier l'intervention volontaire de l'intervention forcée.

[324] **J.-B. RACINE**, note sous Paris, *Revue arbitrale* 2004.311, spéc., 18 sept. 2003, n°5 (3e espèce).

[325] **A. MOURRE**, « L'intervention des tiers à l'arbitrage », *Gaz. Pal.*, n° GP20010503052, 3 mai 2001, p. 21.

La première traite les difficultés les moins difficiles. Dans cette notion, la caution peut volontairement joindre l'instance arbitrale déjà menée entre le créancier et le débiteur. C'est ce qui explique la recevabilité de l'intervention volontaire de la caution. Cependant, à ce niveau deux entraves éventuelles préexistent empêchant la possibilité de l'intervention de la caution.

D'une part, la pratique en matière d'arbitrage, là où pratiquement les procédures arbitrales sont confidentielles, à cet effet la caution ne serait même pas au courant du déroulement de l'instance arbitrale.

D'autre part, la recevabilité de la demande d'intervention dépend de la constitution du tribunal arbitral. Dans ce cas la recevabilité, si l'intervention de la caution s'effectue après la constitution du tribunal, cela veut dire par définition que la caution n'a pas participé à la désignation des arbitres et son intervention. Par la suite, nous savons que la Cour de cassation est très exigeante en la matière à la suite du très célèbre arrêt Dutco[326].

« On peut donc conclure que l'intervention volontaire du tiers ne devrait être admise que dans deux hypothèses.

326. En premier lieu, dans le cas du tiers « imparfait », lorsque le tiers à la procédure est partie à la clause compromissoire ou que la clause lui est opposable ; en ce cas, l'intervention devrait être admise tant à titre principal qu'accessoire.

En second lieu, dans le cas du tiers « absolu », lorsqu'elle est destinée à protéger les droits de l'intervenant auquel la voie de la tierce opposition est fermée ; en ce cas, il ne pourrait s'agir que d'une intervention formée à titre accessoire. »

Dans ces hypothèses, l'intervention volontaire de la caution solidaire, diffère selon le cas d'application ou du refus de la théorie de représentation mutuelle.

327. En d'autres termes, si elle est considérée comme représentée donc tiers imparfait, dans ce cas la caution solidaire, pourra selon M. MOURRE, intervenir volontairement à titre principale et accessoire.

[326] Cass. civ. 1re, 7 janv. 1992, Stés BKMI et Siemens C. Sté Dutco, *Rev. arb*. 1992, p. 470, note **P. BELLET**; - JDI 1992, p. 707, note **Ch. JARROSSON**.

D’autre part, si elle est par l’inapplication de la théorie de représentation mutuelle, considérée comme tiers absolu, indépendante du débiteur principal, dans ce cas elle pourra intervenir volontairement à titre principale.

b) L’intervention forcée de la caution solidaire dans l’instance arbitrale

328. D’autre part, il explique les causes de l’incompatibilité de l’intervention forcée en matière d’arbitrage. Pour lui, « En définitive, l'intervention forcée à l'instance arbitrale est en règle générale incompatible avec la nature contractuelle de l'arbitrage, et inconciliable avec le principe d'égalité des parties dans la formation du Tribunal.

329. L'intervention forcée de la caution est plus incertaine. Dans la logique de la théorie de la représentation mutuelle, la représentation de la caution par le débiteur principal, nous laisse facilement imaginer que la demande initiale désigne comme défendeurs les deux à la fois le débiteur et la caution solidaire.

« Le problème est plus ardu si l'intervention forcée est demandée en cours d'instance (le débiteur, par exemple, appelant la caution en la cause). Si la demande d'intervention forcée intervient après la constitution du tribunal arbitral, le principe d'égalité dans la constitution du tribunal arbitral fait obstacle à l'admission de l'intervention (à moins que le tribunal arbitral ait été entièrement désigné par un centre d'arbitrage ou par le juge d'appui.[327] » « Une procédure d'arbitrage parallèle devra avoir lieu, la seule perspective étant une éventuelle jonction des instances engagées.[328] » « En revanche, si la demande d'intervention forcée est effectuée avant la constitution du tribunal arbitral, rien n'empêche d'appeler la caution à la procédure et lui demander de participer à la composition du tribunal arbitral. C'est alors un cas assez classique d'arbitrage multipartite. Il faut néanmoins considérer à ce stade que la caution, prima facie, est bien liée par la convention d'arbitrage. [329] »

[327] **J.-B. RACINE**, note sous Paris, 18 sept. 2003, *Revue arbitrale* 2004.311, spéc., n°5 (3e espèce).

[328] V. **P. LEVEL,** « La jonction de procédures, intervention de tiers et demandes additionnelle et reconventionnelle », *Bull. CCI*, vol. 7, n° 2, déc. 1996, p. 36.

[329] **J.-B. RACINE**, *Op.Cit.*

Il n'en va autrement que dans le seul cas où un tiers « imparfait », ayant accepté la clause ou étant juridiquement obligé par elle, serait cité devant un Tribunal arbitral à la formation duquel les parties n'auraient pas directement concouru. »

330. Puisque la porte de la tierce opposition lui a été fermée, nous nous interrogeons si la caution aura au moins l'opportunité d'intervenir volontairement à l'instance arbitrale pour se défendre contre la sentence arbitrale rendue à son encontre.

La réponse de la jurisprudence a toujours été négative sur cette question, nous présentons l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris qui a ainsi décidé « si la caution peut intervenir volontairement dans les instances qui, devant le juge étatique, opposent le créancier et le débiteur, son intervention volontaire n'est pas compatible avec la nature contractuelle de l'arbitrage, hors le cas où cette intervention serait acceptée par toutes les parties à l'arbitrage ; par suite, elle ne peut plus intervenir dans le cadre de la procédure particulière en annulation des sentences [...][330]»

331. Pourtant, les interventions volontaires de la caution peuvent être limitativement autorisées dans deux cas.

Le premier s'attache à l'unanimité de toutes les parties sur l'intervention de la caution. Le second se résume dans l'hypothèse où la caution est considérée comme partie à la convention d'arbitrage[331]. Nous parlons à ce niveau de l'étendue ou de la transmission de la clause compromissoire à la caution.

Dans ces cas, la caution pourrait intervenir, car elle aurait pu être partie à l'arbitrage. Il faut cependant qu'elle justifie d'un intérêt propre[332], ce qui est susceptible de poser un problème en l'état des règles du droit positif relatives à la représentation à l'instance de la caution.

[330] Paris, 8 mars 2001, *Rev. arb.* 2001, p. 567, obs. **C. LEGROS**.

[331] **P. CALLÉ**, « Demandes en intervention et justice arbitrale », in *Mélanges J. HÉRON*, LGDJ, 2008, p. 155.

[332] V. Paris, 5 avr. 1990, Courrèges, *Rev. arb.* 1992, p. 110, note **H. SYNVET**.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

332. Nous avons analysé dans ce chapitre la solution apportée par la Cour de cassation pour protéger le droit d'accès au juge de la caution solidaire, et cela en présentant les fondements sur lesquels s'est basée cette Cour pour conserver ce droit et les justifications doctrinales de la position de la Haute Cour.

333. Nous avons expliqué comment la Cour de cassation, par cette protection, a approuvé la recevabilité de la tierce opposition formée par la caution solidaire, contre toute sentence arbitrale rendue à son encontre et nous avons analysé les avis divergents de la doctrine sur cette solution.

334. Nous avons analysé l'hypothèse de l'intervention de la caution solidaire à l'instance arbitrale, tout en présentant l'avis des auteurs et la position de la jurisprudence sur ce sujet.

CONCLUSION DU TITRE 2

335. La jurisprudence avait par son application traditionnelle de la théorie de la représentation mutuelle des coobligés, qualifié la caution solidaire de « partie » et l'avait ainsi privée de son droit d'accéder au juge.

Toutefois, cette application a plus tard connu une critique au niveau des tribunaux.

Recevant ces critiques, la Cour de cassation a, par un revirement spectaculaire, refusé d'appliquer la théorie de la représentation mutuelle des coobligés à la caution solidaire et l'a qualifiée de « tiers » et non d'un coobligé, et a mis fin par sa décision à une tradition séculaire.

336. Pour assurer la protection des droits de la défense et l'accès au juge de la caution solidaire, la Cour de cassation s'est basée sur l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme. L'utilisation de ce fondement nous a mené à expliquer le concept général du droit d'accéder au juge d'une part, et de présenter les controverses doctrinales et jurisprudentielles sur ce sujet d'autre part.

337. En effet, la qualification par la Cour de cassation de la caution solidaire de « tierce personne », a ouvert amplement la porte à la réception d'une voie de recours exceptionnelle, qu'est la tierce opposition contre toute sentence arbitrale rendue à son encontre.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

338. Nous avons souligné tout au long de cette partie, que la clause compromissoire est en principe inopposable[333] à l'égard des tiers. Les tiers ne devraient donc pas être tenus par la procédure engagée entre les parties au litige et logiquement la sentence arbitrale ne devrait pas leur être opposable.

339. Or, la caution solidaire a longtemps été qualifiée de coobligés par application de la théorie traditionnelle de représentation mutuelle des coobligés.

Cependant, ce sujet a connu une controverse doctrinale et jurisprudentielle.

340. Nous avons donc traité dans cette première partie la solution nouvelle de la Cour de cassation, rendue dans son arrêt du 5 mai 2015.[334] Elle se résume par l'ouverture de la voie de la tierce opposition à la caution solidaire contre toute sentence arbitrale rendue à son encontre, notamment dans le cadre de sa qualification de « tiers » à l'instance arbitrale par refus d'application de la théorie traditionnelle de représentation mutuelle des coobligés.

341. Pour pouvoir protéger les droits d'autres personnes, se trouvant dans une situation similaire à la caution solidaire, nous avons transposé la solution de la Haute Cour traitée dans la partie 1 à ces dernières, tout en les qualifiant de tierces personnes.

---

[333] Voir dans ce sens, **J.-L. GOUTAL**, « L'arbitrage et les tiers : le droit des contrats », *Rev. arb.* 1988. 431 et p. 177 et 178 ; **- D. COHEN**, « Arbitrage et groupes de contrats », *Rev. arb.* 1997. 471 s ; Civ. 2e, 26 nov. 1997, *Rev. arb*. 1997. 544 ;- Paris, 21 févr. 2002, *Rev. arb.* 2002. 955, note **TRAIN** ; **- J. EL-AHDAB**, *La clause compromissoire et les tiers*, thèse, Paris, 2003

[334] Civ. 1re, 5 mai 2015, n°14-16.644, *D.* 2015. 1046, 1810, obs. **P. CROCQ**; - D. 2015. 2588, obs. **Th. CLAY**; **- M. MIGNOT**, « Vers la fin de l'extension de l'autorité positive de chose jugée dans le cautionnement; Note sous Cour de cassation, Chambre commerciale, 5 mai 2015, pourvoi numéro 14-16.644 », *Rev. arb*. 2015. 1115.

342. Ainsi, ayant approuvé de façon argumentée la position de la Cour de cassation, nous avons choisi de traiter dans la deuxième partie, l'effet de la procédure arbitrale, à l'égard d'un assureur non-signataire d'une clause compromissoire d'une part, et sur la personne acquérant ou perdant la qualité d'un dirigeant ou d'un associé.

PARTIE 2 : LES TRANSPOSITIONS SOUHAITÉES

Problématique et Plan.

343. La question est de savoir si la solution jurisprudentielle étudiée dans la première partie est transposable à d'autres tiers et si les effets de l'arbitrage seront totalement ou partiellement semblables à leur niveau.

Pour répondre à cette interrogation, nous avons choisi deux personnes qui peuvent être affectées par une procédure arbitrale, alors qu'elles n'ont pas accepté expressément et personnellement cette voie de traitement des litiges, mais que leur relation avec le signataire les a mises dans telle situation. Nous étudierons alors, une transposition totale à l'assureur (**Titre I**) et l'effet de la procédure arbitrale à l'égard des anciens et futurs associés et dirigeants (**Titre II**).

Plan :

- **Titre 1 : Une transposition totale à l'assureur**
- **Titre 2 : L'effet de la procédure arbitrale à l'égard des anciens et futurs associés ou dirigeants**

TITRE 1 : UNE TRANSPOSITION TOTALE À L'ASSUREUR

344. La solution retenue nous paraît devoir être totalement transposée à l'assureur, dans le cadre unique de sa qualification de tiers par rapport à la procédure arbitrale. Pour mieux comprendre cette interprétation logique, nous présenterons les différentes réflexions faites aux deux niveaux, doctrinal et jurisprudentiel afin d'atteindre la transposition souhaitée.

À la suite de la divergence faite à ce propos, nous tiendrons à présenter la qualité duale de l'assureur (**Chapitre 1**) et le déroulement et les effets de la procédure arbitrale à l'égard de l'assureur non-signataire (**Chapitre 2**).

Plan.

- **Chapitre 1 : Une qualité duale de l'assureur**
- **Chapitre 2 : Le déroulement et les effets de la procédure arbitrale à l'égard de l'assureur non-signataire**

CHAPITRE 1 : UNE QUALITÉ DUALE DE L'ASSUREUR

345. La difficulté est notamment soutenue par la nature hybride de l'arbitrage, à la fois contractuelle et juridictionnelle. Or il est du plus haut intérêt pour l'assuré, lié par la convention d'arbitrage et pour l'assureur, en qualité de garant, de connaître les portées de l'arbitrage sur l'assurance.

346. Cependant, dans l'hypothèse où cette clause d'arbitrage figure dans un autre contrat liant l'assuré à l'un de ses cocontractants ou à une victime, dans ce cas, deux situations relatives à l'effet de la procédure arbitrale à l'égard de l'assureur surviennent relativement à l'insertion ou non d'une clause de direction du procès[335] dans le contrat d'assurance.

En se fondant sur le principe de la relativité des conventions, selon les dispositions de l'article 1199 du Code civil[336], l'assureur peut se prétendre étranger à l'arbitrage, il s'agit là de la qualité de tiers de l'assureur (**Section1**).

En revanche, nous présenterons la qualité de l'assureur non-signataire en présence de la clause de direction de procès (**Section 2**), cela en cas d'insertion d'une clause de direction du procès dans le contrat d'assurance.

[335] Art. L. 113-17 (L. no 89-1014 du 31 déc. 1989) L'assureur qui prend la direction d'un procès intenté à l'assuré est censé aussi renoncer à toutes les exceptions dont il avait connaissance lorsqu'il a pris la direction du procès. L'assuré n'encourt aucune déchéance ni aucune autre sanction du fait de son immixtion dans la direction du procès s'il avait intérêt à le faire.

[336] Art. 1199 du Code civil
« Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties.
Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV. »

SECTION 1 : LA QUALITE DE TIERS DE L'ASSUREUR EN L'ABSENCE DE CLAUSE DE DIRECTION DE PROCES

347. Pour mieux comprendre les effets de l'arbitrage sur l'assureur non-signataire de la clause compromissoire, nous présenterons en premier lieu une étude comparative entre l'assureur et les autres contractants garants d'une dette : une spécificité de l'assureur condamnant une transposition automatique du revirement (**sous-section1**) et en second lieu, une étude nécessaire de la relation entre l'arbitrage et l'assureur (**sous-section 2**).

SOUS-SECTION 1 : L'ETUDE COMPARATIVE ENTRE L'ASSUREUR ET LES AUTRES CONTRACTANTS GARANTS D'UNE DETTE : UNE SPECIFICITE DE L'ASSUREUR CONDAMNANT UNE TRANSPOSITION AUTOMATIQUE DU REVIREMENT

Dans le but de mieux comprendre le lien entre l'assureur et le contrat qui le lie avec l'assuré, nous tiendrons dans un premier temps à expliciter tous les détails concernant, l'assureur et sa relation avec le contrat d'assurance (**1°)**. Dans un second temps, et pour ne pas confondre l'assureur avec d'autres personnes ayant un rôle apparemment semblable, nous ferons une étude comparative entre l'assureur et autres contractants garants d'une dette (**2°).**

1°) L'assureur et sa relation avec le contrat d'assurance

Afin de clarifier la liaison entre l'assureur et le contrat d'assurance, nous débuterons par une définition du contrat d'assurance **(§1),** ce qui nous mènera logiquement à mieux visualiser les obligations de l'assureur **(§2),** ainsi que celles de son contractant, par une explication des obligations de l'assuré **(§3**).

§1) Le contrat d'assurance

348. Un contrat d'assurance dans sa définition classique est un « contrat par lequel une partie (le souscripteur) se fait promettre pour son compte ou celui d'un tiers par une autre partie (l'assureur) une prestation généralement pécuniaire en cas de réalisation d'un risque, moyennant le paiement d'une prime ou cotisation[337] ».

Le contrat d'assurance dans le Code civil a été classifié selon les dispositions de l'article 1964 parmi les contrats aléatoires, aux termes duquel, « le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain. Tels sont : Le contrat d'assurance … »

Nous comprenons par cette définition, que la réalisation du contrat d'assurance est donc conditionnée par le déclenchement d'un événement éventuel, comme parvenu également au second alinéa de l'article 1108 du même Code, « il est aléatoire lorsque les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain. »

§2) Les obligations de l'assureur et la clause compromissoire insérée dans le contrat de l'assuré

349. Pendant toute la période de risque, l'assureur prend à sa charge la couverture conditionnée à l'apparition du sinistre, d'une manière continue. « Couvrir un risque conduit à régler d'éventuels sinistres de sorte que la couverture pourrait s'apparenter à une promesse de règlement à caractère conditionnel.[338]»

[337] https://www.assurance-et-mutuelle.com/assurance/definition-contrat-assurance.html, le 3 mai 2015.

[338] **L. MAYAUX**, « L'assureur est-il un garant ? », in *Droit et économie de l'assurance et de la santé, mélanges en l'honneur de Y. LAMBERT-FAIVRE et D.-C. LAMBERT*, 2002, Dalloz, P. 14.

Toutefois, « l'obligation de l'assureur possède un objet comme une cause distincte de celle de l'assuré.[339] » Son obligation est donc autonome par rapport à la dette de l'assuré, dont il serait tenu de fournir sa couverture, qui reste suspendue jusqu'à l'éventualité du déclenchement d'une circonstance condamnant ce dernier.

La question qui se pose à ce niveau est de savoir si une clause compromissoire insérée dans un contrat signé par l'assuré est opposable à l'assureur.

§3) Les obligations de l'assuré

350. Sous peine d'annulation du contrat d'assurance par demande de l'assureur, l'assuré doit, dans le cadre de la bonne foi, déclarer exactement, lors de la conclusion du contrat, toutes les circonstances connues par lui, qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur le risque qu'il prend à sa charge.

Ensuite, il doit payer la prime et les frais, au lieu et aux époques convenus[340].

De même il doit notifier l'assureur, de toute aggravation du risque survenue au cours du contrat[341].

De plus, nous nous interrogeons si l'assuré est obligé de notifier son assureur de la présence d'une clause d'arbitrage insérée dans un contrat le liant à une autre personne, et si cela impliquera l'assureur dans la procédure arbitrale ?

2°) L'étude comparative entre l'assureur et autres contractants garants d'une dette

Afin de cerner la ressemblance ou la différence entre l'assureur et les autres personnes détenant une obligation garantissant une dette et leur relation avec l'arbitrage, nous exposerons la distinction entre l'assureur et le codébiteur : la mise en avant de l'absence de communauté d'intérêt

[339] **B. BEIGNIER**, « Assurance et arbitrage : la place de l'assureur dans l'instance arbitrale », *Rev.arb.*, 2008. 251.

[340] Voir l'article L175-6 du Code des assurances.

[341] Voir l'article L175-5 du Code des assurances.

(§1) d'une part, et la distinction entre l'assureur et la caution solidaire : la mise en avant d'une différence de nature **(§2)** d'autre part.

§1) La distinction entre l'assureur et le codébiteur : la mise en avant de l'absence de communauté d'intérêt

351. Dans le cas de la solidarité passive, toute décision rendue à l'encontre de l'un des codébiteurs a une autorité de la chose jugée à l'encontre de l'autre. La question qui se pose est de savoir, si la situation juridique de l'assureur est comparable à celle des codébiteurs.

En effet, l'autorité de la chose jugée entre les codébiteurs, se fonde sur la communauté d'intérêts qui les lie les uns aux autres. « Une dette unique oblige plusieurs personnes solidairement. Cette identité d'objet de la dette et de cause au sens processuel, se prolonge dans une identité de personnes. Les codébiteurs solidaires comptent, en effet, pour un seul homme face à leur créancier. Identité d'objet et de cause, identité de personnes : les conditions sont ici réunies pour que la chose jugée à l'encontre d'un codébiteur ait autorité sur ses codébiteurs solidaires. La solution est désormais classique. [342]»

352. Nous nous demandons, si cette communauté d'intérêts est présente entre l'assureur et son assuré.

Il faut bien noter qu'il s'avère tellement difficile de rapprocher l'assurance au concept de solidarité reconnu entre les codébiteurs, du fait que l'assureur est tout à fait autonome de son assuré.

En effet, la nature juridique de l'obligation de l'assureur, se limite à couvrir le risque de la responsabilité éventuelle de l'assuré. Il ne pourra même pas s'identifier, comme codébiteur du même rang que son assuré.

D'où, nous parvient la possibilité que l'assureur soit un garant de son assuré. Le législateur utilise d'ailleurs cette qualification dans l'article L121-2 du Code des assurances, « l'assureur est garant

[342] Paris, 10 mars 2005, *Rev. d'arbitrage*, 2006.456, note **M. MIGNOT**; du même auteur, plus généralement, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, préface d' E. LOQUIN, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2002, Dalloz.

des pertes et dommages causés par des personnes dont l'assuré est civilement responsable en vertu de l'article 1242 du Code civil[343], quelles que soient la nature et la gravité des fautes de ces personnes. »

353. Cependant, selon les dispositions de cet article, l'assureur garantit les pertes et non les personnes. « Et cette constatation se retrouve en ce qui concerne le contrat d'assurance qui est tiré par son objet vers le droit des biens et celui des personnes plus que vers le droit des sûretés.[344] »

354. Pour ces raisons, nous soutenons que la situation juridique de l'assureur, ne ressemble guère à celle des codébiteurs solidaires. Ce qui nous suscite cependant à poser une autre interrogation comparative, dans le but de confronter cette fois-ci, la situation de l'assureur à celle de la caution solidaire.

§2) La distinction entre l'assureur et la caution solidaire : la mise en avant d'une différence de nature

355. Nous remarquerons évidemment à ce niveau des convergences et des différences inéluctables et cela selon plusieurs observations.

Nous présenterons les points de convergences entre le contrat d'assurance et le cautionnement : une relation tripartite avec un débiteur central **(a)** d'une part, et de l'autre part ceux de la divergence entre le contrat d'assurance et le cautionnement : une différence de nature **(b).**

c) La convergence entre le contrat d'assurance et le cautionnement : une relation tripartite avec un débiteur central

356. Afin de comparer la situation de l'assureur avec celle de la caution solidaire, nous supposons que dans le cas de l'assurance de responsabilité, la victime sera qualifiée de créancier,

[343] L'article 1242 du Code civil « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde… »

[344] **L. MAYAUX,** « L'assureur est-il un garant ? », in *Droit et économie de l'assurance et de la santé, mélanges en l'honneur de Y. LAMBERT-FAIVRE et D.-C. LAMBERT*, 2002, Dalloz, P. 282.

tandis que l'assuré sera le débiteur principal et l'assureur jouera un rôle similaire à la caution solidaire.

En effet, cette assimilation nous paraît exagérée et peu logique, d'où la nécessité de traiter les points de différences entre ces deux contrats.

d) La divergence entre le contrat d'assurance et le cautionnement : une différence de nature

357. Le contrat d'assurance, possède une certaine particularité relative au fait que l'assureur est tenu de sa propre dette.

La divergence entre le contrat d'assurance et le cautionnement se clarifie initialement par la qualité de chacun de ses contractants, nous évoquerons pour mieux comprendre, la différence de qualification entre la caution et l'assureur **(1),** de plus cette dissemble ne se limite pas sur les contractants uniquement mais elle est clairement concrète au niveau, de la nature des contrats d'assurance et de cautionnement **(2).**

1. La différence de qualification entre la caution et l'assureur

358. C'est que « le cautionnement a été exploré puisque l'assureur se présente, somme toute, comme un garant. Mais l'assureur n'est pas un débiteur accessoire comme peut l'être la caution. La sentence condamnant le débiteur principal est opposable à la caution bien que non partie à l'instance arbitrale.[345] »

359. Ce qui implique que, l'assureur même tiers n'est pas totalement désintéressé au sort de la condamnation de son assuré, mais il ne peut être considéré comme coobligé, à l'instar de la caution solidaire, puisqu'il n'a aucun intérêt commun avec son assuré lié à la dette. « Or, si l'on regarde le cautionnement, qui reste l'archétype des garanties personnelles, la convention unit la caution au créancier et non au débiteur principal.[346] »

---

[345] **B. BEIGNIER** et **S.BEN HADJ YAHIA**, *Droit des assurances*, 2eedition, Montchrestien, Lextenso, 2015, P. 734.

[346] **L. MAYAUX**, « L'assureur est-il un garant? », in *Droit et économie de l'assurance et de la santé, mélanges en l'honneur de **Y. LAMBERT-FAIVRE** et **D.-C. LAMBERT***, Dalloz, 2002, P. 288.

360. En réalité l'assureur n'est pas parfaitement autonome de son assuré, ce qui explique que même si « l'engagement de l'assureur est bien extérieur au contrat de base, on ne peut réciproquement affirmer qu'il soit doté d'une autonomie parfaite par rapport à la situation juridique de l'assuré et dont résulte l'obligation dont il doit répondre.[347] »

361. Par contre, M. BEIGNIER, a exigé que l'autonomie des obligations de chacun de l'assureur et de son assuré est totale et a été clairement acceptée par la jurisprudence, et qu'elle mettait fin à toute confusion et a assumé que « cette autonomie explique la gêne qu'immanquablement l'interprète ressent face au caractère péremptoire de certaines affirmations jurisprudentielles, notamment celle bien connue des spécialistes du droit des assurances résultant de l'arrêt de la Première chambre civile de la Cour de cassation du 12 juin 1968. [348] » Là où selon cet arrêt, l'assureur est défini comme étant une tierce personne, ne pouvant exercer son droit de défense, qu'en présence d'une fraude causée par l'assuré à l'encontre de la victime. « L'assureur, malgré sa position de tiers, perd le droit de critiquer la décision en cause, sauf si est établie la collusion frauduleuse de l'assuré avec la victime.[349]»

En effet, la Cour de cassation, a refusé dans son arrêt du 12 juin 1968 la décision de la Cour d'appel qui lie les obligations de l'assureur et de son assuré. « Attendu que le pourvoi soutient que la Cour d'appel aurait, à tort, décidé que ce jugement était opposable à l'assureur en raison de l'obligation in solidum existant entre assuré et assureur. » Et a confirmé que leurs obligations sont parfaitement autonomes et qu'ils ne sont pas des codébiteurs, expliquant par ce fait l'inapplicabilité de la théorie classique de représentation mutuelle des coobligés à leur égard. De plus, « il est de principe que la décision rendue contre l'assuré seul ne peut être considérée comme ayant été rendue également contre l'assureur.[350] »

2. La différence de nature des contrats d'assurance et de cautionnement

362. La comparaison entre l'assureur et la caution solidaire, est tellement risquée, puisque la nature de chacun des contrats est réellement différente. C'est que le contrat de cautionnement

[347] **B. BEIGNIER**, « Assurance et arbitrage: la place de l'assureur dans l'instance arbitrale», *Revue de l'arbitrage*, 2008. 232.

[348]**B. BEIGNIER**, « Assurance et arbitrage : la place de l'assureur dans l'instance arbitrale », *Revue de l'arbitrage*, 2008. 244.

[349] Cass. civ. 1ère, 12 juin 1968, JCP, 1968 II 15584.

[350] Cass. 1ère Ch. civ., 12 juin 1968, n° 65-14.399.

est accessoire[351] au contrat de base conclu entre le créancier et le débiteur principal, ce qui explique que sa conclusion dépend de celle du contrat principal, tandis que le contrat d'assurance, est autonome au contrat noué entre l'assuré et le cocontractant.

363. M. BIGOT a délimité cette déduction avec clarté, en indiquant que, « si le caractère accessoire du cautionnement ne peut suffire à étendre à la caution les effets de la clause compromissoire contenue dans le contrat cautionné, a fortiori en est-il ainsi pour l'assureur dont l'engagement n'est pas accessoire mais autonome. »

Ce qui confirme que l'assureur non-signataire de la clause compromissoire, ne fait pas partie à l'instance arbitrale et n'est pas non plus représenté par l'assuré dans la procédure arbitrale.

364. De sa part M. BEIGNER, réclame que la principale entrave à la faisabilité de cette comparaison, résulte du fait que la base des obligations de l'assureur diffère naturellement de celle de la caution solidaire et pour cette raison le contrat d'assurance ne sera jamais soluble dans le concept du cautionnement lui-même.

Selon lui, la source des obligations de l'assureur est le contrat d'assurance lui-même, « une singularité tient au fait que l'assureur est tenu de sa propre dette née d'un contrat à titre onéreux conclu avec l'assuré et non de la dette d'autrui[352] », tandis que la caution trouve la source de ses obligations aux dettes du débiteur, en d'autres termes à la « dette d'autrui ».

365. Nous trouvons finalement que la transposition générale des règles du cautionnement à l'assurance, demeure incertaine. En fait, « l'assurance ne couvre pas un risque financier mais un risque physique. Même s'il lui arrive de garantir des pertes immatérielles, l'assureur est un homme de terrain... Et cette constatation se retrouve en ce qui concerne le contrat d'assurance qui est tiré par son objet vers le droit des biens et celui des personnes plus que vers le droit des sûretés.[353] »

Cette absence de transposition systématique et générale fait tout l'intérêt de notre réflexion présente. En effet, ce revirement opéré par la Cour de cassation ne peut être automatiquement

[351] L'article 2288 du Code civil, « Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même. »

[352] **L. MAYAUX**, *Op.Cit.*, P. 284.

[353] **L. MAYAUX**, *Ibid.,* P. 282.

appliqué à l'assureur. Il convient donc d'apprécier et d'argumenter l'opportunité d'une telle transposition.

366. Ce constat fait surgir toute une série d'interrogations. Tout d'abord, dans l'hypothèse de l'insertion d'une clause compromissoire dans le contrat liant l'assuré à son cocontractant, nous nous demandons s'il faut surpasser la volonté de l'assuré et entretenir l'assureur à la voie unique de l'arbitrage ? Ou lui garder l'autonomie en lui donnant toute latitude d'accepter ou même de refuser à son gré la clause compromissoire ?

Les réponses à toutes ces interrogations sont à rechercher dans une étude nécessaire de la relation entre l'arbitrage et l'assureur (**Sous-section 2).**

SOUS-SECTION 2. UNE ETUDE NECESSAIRE DE LA RELATION ENTRE L'ARBITRAGE ET L'ASSUREUR

367. Bien que l'arbitrage soit conventionnel, il se peut que des tierces personnes, non consentantes à ce mode de traitement de litiges, subissent les conséquences de l'inclusion d'une clause compromissoire dans les contrats les liant aux parties signataires de cette dernière. Ce constat est parfaitement expliqué par M. PUIG, qui considère que « contrairement au principe de cantonnement de l'arbitrage aux relations entre les seules parties signataires, il semble bien que l'arbitrage rayonne auprès des tiers et s'impose de plus en plus à eux.[354] »

Nous présenterons, l'analyse de différentes hypothèses relatives à la clause compromissoire et son effet à l'égard de l'assureur non-signataire (**1°),** nous expliquerons de même, l'opposabilité de la clause compromissoire à l'égard de l'assureur non-signataire **(2°).**

1°) L'analyse de différentes hypothèses relatives à la clause compromissoire et son effet à l'égard de l'assureur non-signataire

[354] **P. PUIG**, « L'influence de l'arbitrage en matière d'assurance sur les tiers. » *Revue générale du droit des assurances*, Tome 83, 2012, P.193.

Nous traiterons le cas de la détermination des hypothèses délicates : la clause compromissoire ne figurant pas dans le contrat d'assurance **(§1)** d'une part et la qualification de « tiers » de l'assureur non-signataire en raison de l'autonomie de son engagement **(§2)** d'autre part.

§1) La détermination des hypothèses délicates : la clause compromissoire ne figurant pas dans le contrat d'assurance

368. Dans l'hypothèse où la clause compromissoire est insérée dans le contrat d'assurance, la situation à ce niveau n'apporte aucune originalité à l'assureur signataire, qui sera sans aucun doute partie au contrat et à la procédure arbitrale. Cette hypothèse ne sera donc pas traitée, faute de spécificité.

369. Toutefois, si cette clause ne figure pas dans ce même contrat, mais dans un autre conclu entre l'assuré et un certain cocontractant ou une victime, la qualification de l'assureur dans ce cas diffère.

370. En effet, le contrat d'assurance est à la base de toute relation établie entre assureur et assuré dans les limites de ses uniques articles.

§2) La qualification de « tiers » de l'assureur non-signataire en raison de l'autonomie de son engagement

371. En réalité, l'assureur sera qualifié de tiers, en se basant sur deux principes, sur la relativité des contrats et sur la relativité de la chose jugée des sentences arbitrales rendues à l'issue de l'instance arbitrale. Dans cette nuance, la difficulté s'attache à la nature de l'arbitrage qui est conjointement contractuelle et juridictionnelle, et « il est du plus haut intérêt pour l'assuré, lié par

la convention d'arbitrage et pour l'assureur, en qualité de garant, de connaître les répercussions de l'arbitrage sur l'assurance et vice versa.[355] »

372. M. BIGOT, affirme cette hypothèse en menant une comparaison entre la situation de la caution solidaire et l'assureur, tout en se basant sur l'autonomie des obligations de ce dernier. Il atteste à ce niveau que, « si le caractère accessoire du cautionnement ne peut suffire à étendre à la caution les effets de la clause compromissoire contenue dans le contrat cautionné a fortiori en est-il ainsi pour l'assureur dont l'engagement n'est pas accessoire mais autonome. L'assureur est donc tiers à l'égard du contrat commercial contenant la clause d'arbitrage.[356] »

Dans ce contexte, l'assureur non-signataire sera qualifié de tiers, néanmoins il sera tiers absolu « penitus extranei » ou tiers intermédiaire, comparativement à sa relation ou à l'intérêt commun le liant à son assuré.

L'assureur peut être qualifié de tiers absolu **(a),** ou de tiers intermédiaire **(b).**

a) Le tiers absolu

373. Dans cette classification, l'assureur étant tiers absolu, sera totalement étranger à la convention d'arbitrage ou à la clause compromissoire, et a priori n'a rien à faire avec le contrat signé entre l'assuré et son cocontractant et sera loin de tous intérêts communs les accommodant les uns aux autres.

Par conséquent selon les dispositions du second alinéa de l'article 1199 du Code civil[357], il ne pourra ni demander l'exécution du contrat ni même se voir contraint de l'exécuter.

b) Le tiers intermédiaire

[355] **J. BIGOT**, « Arbitrage et Assurance » Droit et économie de l'assurance et de la santé, in *Mélanges en l'honneur de Y. LAMBERT-FAIVRE et D.-C. LAMBERT, 2002, Dalloz,* P. 18.

[356] **J. BIGOT**, *Op.Cit.,* P. 19.

[357] Article 1199 du Code civil :
« Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties.
Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV. »

374. En revanche, il est donc dans une position intermédiaire entre les « penitus extranei » et les parties à la convention d'arbitrage, relativement à sa relation contractuelle établie entre lui et l'assuré.

375. Les conventions conclues sont à la base, neutres quant aux tiers qu'ils soient absolus ou intermédiaires. Elles « ne peuvent en principe, ni nuire, ni profiter aux tiers. Il est trompeur d'affirmer qu'elles ne peuvent, par exception, que leur profiter.

La réciprocité incluse dans toute relation juridique s'impose avec encore plus d'évidence et de force sur le terrain de l'opposabilité (relation entre tiers) que sur celui de la substance des droits (relation entre parties). »

2°) L'opposabilité de la clause compromissoire à l'assureur non-signataire

376. Pour mieux comprendre l'effet de la clause compromissoire sur l'assureur non-signataire, nous présenterons les arguments en faveur de l'inopposabilité de la clause compromissoire à l'exception consentement du tiers **(§1).** Cependant, ce principe connait une exception à la suite du comportement de l'assureur, il serait donc intéressant de traiter, les arguments en faveur d'hypothèses d'opposabilité de la clause compromissoire à l'assureur tiers **(§2).** Nous évoquerons de même le sujet de la cession de créance ou de contrat **(§3).**

§1) Les arguments en faveur de l'inopposabilité de la clause compromissoire à l'exception du consentement du tiers

377. Nous nous demandons tout d'abord, si la clause compromissoire est opposable à l'assureur non-signataire et fera à cet effet partie à l'instance arbitrale, ou bien tout au contraire il sera qualifié de tiers à son égard et ne participera pas au procès arbitral.

378. En principe, le tribunal arbitral, ne peut étendre sa compétence à des tiers étrangers à la clause d'arbitrage, sans leur consentement tacite ou exprès. Cette juridiction repose initialement sur la volonté des parties, consacrant par ce fait leur faculté de trancher les différends par voie d'arbitrage ou de le refuser. Ainsi la compétence des arbitres est extraordinaire, dans le sens où elle dépasse et même déroge à celle des juridictions étatiques, traditionnellement compétentes pour trancher les litiges.

379. Le sujet de la transmission de la clause compromissoire à l'assureur non-signataire, est traité autrement lorsque celle-ci est invoquée contre l'assureur.

En effet, si l'assureur joue le rôle du défendeur, la clause compromissoire lui est inopposable, du fait qu'il est un tiers.

380. La Cour d'appel de Paris a confirmé cette hypothèse dans son arrêt du 19 décembre 1986, en décidant que, « les règles du droit de l'arbitrage ne permettent pas d'étendre à des tiers les effets de la convention d'arbitrage et font obstacle à toute procédure d'intervention forcée ou d'appel en garantie.[358] »

381. Pour s'échapper aux effets de la clause compromissoire non signée par l'assureur et afin de prouver son inopposabilité, une certaine jurisprudence en se fondant sur l'effet relatif des contrats qui limite les effets de la clause compromissoire aux seuls contractants, sans la transmettre aux tiers non-signataires.

Dans ce sens et sur la critique de l'arrêt du 11 juillet 2006 rendu par la Cour de cassation, M. BONASSIES explique l'application du principe de relativité au niveau de l'arbitrage et son effet sur les tiers, en impliquant qu'« eu égard au caractère contractuel de l'arbitrage, on peut d'abord se poser la question de la conformité des textes en cause, tels qu'interprétés par la Cour de cassation avec les dispositions de l'ancien article 1134 du Code civil[359]. Car ces dispositions, si elles ont une

[358] CA Paris, 19 décembre 1986, *Revue de l'arbitrage* 1987, p.359.

[359] Nous trouvons le contenu de l'ancien article 1134 du Code civil aux articles suivants :
Art. 1103 du Code civil « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. »
Art. 1104 du Code civil « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. »

portée positive - chacun doit respecter la convention qu'il a légalement conclue- ont aussi une portée négative : nul ne peut se voir imposer une convention qu'il n'a pas conclue.[360] »

382. Alors que pour une autre jurisprudence[361], la clause compromissoire lie en principe les parties au contrat, ainsi que les ayants-cause auxquels les obligations ont été transmises contractuellement comme dans la cession ou bien la subrogation conventionnelle, ou même par la transmission légale. Elle reste donc inopposable à l'assureur non-signataire, sauf dans le cas de leur acceptation tacite ou expresse.

L'arrêt du 13 mai 1966 donne à l'assureur le droit de se protéger contre la clause compromissoire en s'opposant à son application. « L'assureur subrogé dans les droits de son assuré peut se voir opposer ou revendiquer l'application de la clause compromissoire contenue au contrat d'où résultait la créance qu'il a payée.[362] »

383. Nous remarquons que la difficulté posée par le lien des relations entre le contrat de base et le contrat d'assurance, réside à la fois sur l'opposabilité ou non de la clause compromissoire insérée dans l'un des deux contrats.

En vertu du principe de l'effet relatif des conventions, l'assureur est estimé étranger et indépendant de la clause d'arbitrage, qu'elle ne lui ait certainement pas opposable. « Pour la doctrine actuelle, l'assureur ne devrait jamais se voir opposer sans un consentement spécial, la clause compromissoire étant res inter alios acta.

Pour M. BIGOT, qui s'est penché sur la question de l'opposabilité à l'assureur et par l'assureur d'une clause d'arbitrage conclue en dehors de lui, la solution est incontestablement l'inopposabilité. [363]»

Cette hypothèse, est considérablement applicable dans tout genre de contrat d'assurance. « De même en est-il dans l'assurance de responsabilité. Le caractère impératif des droits de la victime

[360] Rapport de la critique de P. BONASSIES sur l'arrêt de la Cour de cassation civile 1ere chambre, 11 juillet 2006, Andhika, *Droit Maritime Français*, 2007.398, spéc., p.404.

[361] CA Rouen, 8 juill. 1993, *DMF* 1994. 211, note **Y. TASSEL**.

[362] Com. 13 mai 1966, *Rev. crit.* DIP 1967.355, note E. MEZGER.

[363] **B. BEIGNIER**, « Assurance et arbitrage: la place de l'assureur dans l'instance arbitrale », *Rev. Arb.* 2008.238.

interdit catégoriquement de lui opposer la clause d'arbitrage qui figurerait dans la police d'assurance signée par le responsable.[364] »

§2) Les arguments en faveur d'hypothèses d'opposabilité de la clause compromissoire à l'assureur tiers

384. Nonobstant la qualité de tiers absolu ou intermédiaire de l'assureur non-signataire, il est arrivé qu'il soit lié par la clause d'arbitrage, ou même par la sentence arbitrale rendue dans la procédure arbitrale, à laquelle il n'a pas participé en personne. Ce constat est confirmé par M. BEIGNIER tout en atténuant que « certaines parties se sont vu opposer, avec l'impunité des juridictions de contrôle, la compétence d'un tribunal arbitral sans que l'on puisse dire qu'elles aient été directement ou réellement signataires d'une convention d'arbitrage.[365] »

385. Il appartiendra à l'assureur, de solliciter de son assuré, dans le contrat qu'il lui fait signer, de bien vouloir porter à sa connaissance la clause relative au règlement des différends, afin qu'elle lui soit opposable. « Une solution heureuse pourrait donc, dans cette hypothèse être trouvée dans la connaissance que l'assureur aurait pu avoir de l'existence de la clause d'arbitrage. Si le risque couvert est bien la condamnation de l'assuré, on comprend l'intérêt que l'assureur peut avoir à s'informer sur les diverses clauses relatives aux recours en justice qui auraient pu être acceptées par son assuré. Ce type de clause détermine, en effet, les possibilités qui seront offertes à l'assureur de pouvoir, le cas échéant, contester la dette de l'assuré, dans son principe ou seulement dans son étendue.[366] »

386. L'opposabilité de la clause d'arbitrage à l'assureur, s'effectue à plusieurs niveaux.

[364] **B. BEIGNIER** et **S. BEN HADJ YAHIA**, *Droit des assurances*, 2e édition, Montchrestien, Lextenso, 2015, P. 734.

[365] **B. BEIGNIER**, « Assurance et Arbitrage : la place de l'assureur dans l'instance arbitrale », *Revue de l'arbitrage*, 2008.245.

[366] **B. BEIGNIER**, *Op.Cit.*, 2008.245.

En effet, il « peut être lié par la même convention d'arbitrage que celle qui lie les parties au litige initial, soit qu'il l'ait directement acceptée, soit qu'elle lui ait été transmise, soit enfin qu'elle lui soit étendue.[367] »

L'opposabilité de la clause compromissoire à l'assureur non-signataire a été expliquée par certains auteurs par plusieurs hypothèses, nous en présenterons deux, la première c'est la thèse à écarter du mandat (**a**), la seconde c'est la thèse à écarter de l'extension de la clause compromissoire à l'assureur non-signataire (**b).** Cependant, nous admettons une troisième qui nous semble beaucoup plus logique, c'est l'hypothèse de la transmission de la clause compromissoire à l'assureur non-signataire (**c).**

a) La thèse à écarter du mandat

Nous exposerons la présentation de la thèse du mandat (**1**), pour ensuite la contredire par la réfutation de la thèse du mandat (**2**).

1) La présentation de la thèse du mandat

387. Selon cette thèse, la clause compromissoire sera opposable à un tiers représentant par le biais du mandat qui le lie aux parties. Le tiers pourra donc être présent dans l'instance arbitrale par effet du mécanisme de représentation parfaite, qu'est le mandat.

2) La réfutation de la thèse du mandat

388. Cependant cette hypothèse a été clairement critiquée par M. BEIGNIER, qui exige que « ce n'est donc pas vraiment un mandat puisque, paradoxalement, ce n'est pas le mandant

[367] Voir dans ce sens, **P. MAYER**, « La circulation des conventions d'arbitrage », *JDI* 2005.251; **- E. LOQUIN**, « Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises », *Gaz. Pal.* 6 juin 2002, n°157 ; **Ph. DELEBECQUE**, « La transmission de la clause compromissoire », *Rev. arb.* 1991.19.

(l'assuré) qui donne des ordres au mandataire (l'assureur) mais exactement l'inverse.[368] » Ses critiques ont poussé les auteurs à chercher d'autres voies pour expliquer cette transmission ou l'extension de la clause compromissoire à l'assureur.

b) La thèse à écarter de l'extension de la clause compromissoire à l'assureur non-signataire

389. La clause compromissoire s'applique logiquement en premier lieu aux parties contractantes, puisqu'elle «a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter ». Dès lors, elle ne s'étend aux tiers, que dans la condition « 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.[369] »

390. En matière d'assurance, M. BIGOT[370] démontre que cette clause compromissoire ne peut être étendue à l'assureur qui n'a même pas pris connaissance de sa présence explicitement ou même tacitement.

En plus, l'assureur n'accepte pas les obligations engendrées par le contrat liant l'assuré au cocontractant, parce que ses obligations diffèrent de celles de l'assuré, qui est le débiteur du contrat commercial.

c) La transmission de la clause compromissoire à l'assureur non-signataire

[368] **B. BEIGNIER**, *Droit des assurances*, Montchrestien Lextenso, 2e édition, 2011, P. 664.

[369] C. Paris, 30 novembre 1988, *Rev. arb.* 1989.691; C. Paris 28 novembre 1989, *Rev. arb.* 1990.675 et s.; C. Paris, 11 janvier 1990, rev. arb. 1990.681 et s., note Pierre Mayer. Dans cette note M. Mayer explique la volonté tacite des tiers non-signataires à l'acceptation de la clause compromissoire. « La formule frappante qu'affectionne la Cour de Paris ne recouvre qu'une réalité des plus modestes. Si les non-signataires se voient étendre l'application de la clause, ainsi que la charge des obligations substantielles ou le bénéfice des droits, c'est tout simplement parce que, de par leur propre volonté, pas toujours expresse mais certaine, ils y ont devenu parties. »

[370] **J. BIGOT**, *Op.Cit.*, P. 19.

391. En principe, la transmission de la clause d'arbitrage se traduit en se basant sur des fondements de subrogation, ou de cession de créance[371], ou par des rapports entre ayant-causes[372], ou entre contractants dans une chaîne de contrats translatifs[373].

Ces façons seront absolument applicables dans le domaine de l'assurance et par ce fait, l'assureur même non-signataire de la clause compromissoire serait tenu par ses effets, sous prétexte de sa transmissibilité.

392. La transmission de la clause compromissoire suppose une relation d'auteur à ayant cause. Elle peut s'opérer selon plusieurs mécanismes bien connus telles, la subrogation, la stipulation pour autrui, la cession de créance et ou de contrat ou même la transmission dans les chaînes de contrats translatifs.

Dans cette hypothèse de transmission nous traiterons, la subrogation (**1**) en premier lieu, la cession de créance et de contrat (**2**) et la chaîne de contrats (**3**).

1) La subrogation

393. La subrogation, fréquemment connue en matière d'assurance, est attachée directement au fait du paiement de l'assureur. Elle se produit donc, dans le cadre de l'application du contrat d'assurance liant l'assureur à l'assuré, où l'assureur indemnise l'assuré et se retourne ultérieurement contre le tiers responsable.

C'est la subrogation légale de l'assureur dans les droits et actions de l'assuré, qui est prévue par le Code des assurances, et elle est soumise au seul paiement à l'assuré comme indemnité en exécution du contrat d'assurance signé entre eux, et cela dans la limite de la somme payée.

394. Selon les dispositions de l'article L.121-12 du Code des assurances, « L'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance est subrogé, jusqu'à concurrence de cette indemnité, dans les droits

[371] Cass. 1er civ., 20 octobre 1987, *Rev. Arb.*, 1988.559; Cass. com, 4 juin 1985, *Bull. civ.* IV, n°178; Rev. Arb. 1987, p.139, note **J.-L. GOUTAL.**

[372] Cass. civ. 1re, 6 mars 2007, *Bulletin civil*, I, n°91.

[373] Cass. civ. 1re, 6 février 2001, jugé « dans une chaîne homogène de contrats translatifs de marchandises, la clause d'arbitrage international se transmet avec l'action contractuelle, sauf preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de cette clause. »

et actions de l'assuré contre les tiers qui, par leur fait, ont causé le dommage ayant donné lieu à la responsabilité de l'assureur.

395. En effet, l'assureur peut être déchargé, en tout ou en partie, de sa responsabilité envers l'assuré, quand la subrogation ne peut plus, par le fait de l'assuré, s'opérer en faveur de l'assureur. »

Il s'agit donc d'une « transmission de créance qui s'effectue sur le fondement d'un paiement.[374] » Par ce paiement, l'assureur exerce les droits dont l'assuré jouissait. Alors, dans l'hypothèse où une clause compromissoire paraissait dans un contrat conclue entre l'assuré et un cocontractant, il est tout à fait logique par le mécanisme de subrogation, que cette clause lui serait opposable.

Dans l'hypothèse de la subrogation, nous traiterons, la transmission de la clause compromissoire à l'assureur par effet de la subrogation (**1.1**) d'une part et nous la réfutons par le refus de la transmission de la clause compromissoire à l'assureur par effet de la subrogation (**1.2**).

1.1) La transmission de la clause compromissoire à l'assureur par effet de la subrogation

396. Nous nous interrogeons sur le sort de la clause compromissoire en cas de subrogation comme dans le cas d'un contrat d'assurance.

En effet, « la jurisprudence française n'a pas hésité à voir dans la clause compromissoire une modalité ou un accessoire suivant le sort de la créance transmise.[375] » Ainsi, la transmission de la clause compromissoire à l'assureur a toujours été admise, comme réponse à l'effet translatif de la subrogation. Hypothèse parfaitement acceptée par la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 6 février 1997, « La créance lui (à l'assureur) étant transmise avec ses accessoires, ses modalités, ses exceptions ou limitations et notamment avec la clause compromissoire, dont il est alors fondé à se prévaloir et qui s'impose à lui.[376] »

397. La jurisprudence n'a pas seulement admis que l'assureur puisse invoquer la clause compromissoire, « elle a logiquement « bilatéralisé » la règle et a décidé aussi que la clause lui est « opposable », entendez qu'elle s'impose à lui, sur le fondement de la transmission

[374] **L. AYNÈS, Ph. MALAURIE, Ph. STOFFEL-MUNCK**, *les obligations*, Defrénois, 4e édition, 2009, P.757.

[375] **D. COHEN**, « Arbitrage et groupes de contrats », *Rev.arb*.1997.479.

[376] **D. COHEN,** *Op.Cit.*

subrogatoire.[377] » Cette idée a été traduise parfaitement par la Cour d'appel de Paris par le même arrêt du 6 février 1997, en assumant qu'« en droit français, l'assureur qui a indemnisé son assuré en vertu de la police le liant à ce dernier est légalement subrogé dans tous les droits de celui-ci, la créance lui étant transmise avec ses accessoires, ses modalités, ses exceptions ou limitations et notamment avec la clause compromissoire dont il est fondé à se prévaloir et qui s'impose à lui. L'assureur qui s'est substitué partiellement, à hauteur des sommes payées, par l'effet translatif de la subrogation, à son assuré pour exercer l'action aux lieux et place de celui-ci, n'était pas une partie nouvelle dans la procédure d'arbitrage. [378]»

398. Pour certaines jurisprudences, l'opposabilité de cette clause compromissoire à l'assureur, suppose qu'elle ait été transmise lors de l'opération de subrogation effectuée entre l'assureur et son assuré.

Dans ce sens, la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 13 novembre 1992, a accepté la transmission de la clause compromissoire à l'assureur par la simple opération de subrogation réalisée entre lui et son assureur. Elle précise que, « par l'effet translatif de la subrogation d'une compagnie d'assurances dans les droits et actions de son assuré, la clause compromissoire est transmise à l'assureur avec la créance et les droits de l'assuré dont elle constitue une modalité.[379] »

399. Ce qui explique que, dans le concept de la subrogation, quand l'assureur règle l'indemnité d'assurance à son assuré, cette opération lui permet de profiter des droits de l'assuré et d'invoquer la clause arbitrale. Pourtant, aucune disposition législative ne résout toutes ces difficultés. Nombreux sont les auteurs, qui ont essayé de trouver une solution dans les techniques contractuelles.

400. La transmission par effet subrogatoire, a surtout été connue dans le cadre des chaînes de contrats translatifs « de propriété et opérations de fusion absorption par apport partiel, la manière constante avec laquelle la jurisprudence affirme la possibilité d'invoquer la clause

[377] Civ. 1er, 6 février 1997, société Carter, *Rev. arb.* 1997, p 556, note **P. MAYER**.
[378] C. Paris, 1re ch. C, 6 février 1997, *Rev. arb.* 1997.556, note **P. MAYER**.
[379] Paris, 13 novembre 1992, *Société Casco Noble France, Rev. arb, 1993.632,* note **J.-L. GOUTAL**.

compromissoire contre le bénéficiaire de la transmission du contrat contenant une clause compromissoire.[380] »

Nous développerons, dans ce sujet la transmission de la clause compromissoire en tant que modalité de la créance **(i)** et la transmission de la clause compromissoire en raison de son inséparabilité de l'économie du contrat (**ii).**

i) La transmission de la clause compromissoire en tant que modalité de la créance

401. Cette jurisprudence, n'a pas hésité à voir dans la clause compromissoire une « modalité » ou un accessoire suivant le sort de la créance transmise par subrogation. L'idée que la clause compromissoire est une modalité de la créance, justifie raisonnablement que l'assureur puisse bénéficier de la clause d'arbitrage, sans qu'elle pèse négativement sur lui alors qu'il est étranger au contrat le contenant. Cela « justifie suffisamment que cessionnaire et subrogé puissent bénéficier de la clause alors même qu'ils n'étaient pas parties au contrat, source de la créance transmise ; mais elle ne peut expliquer que la clause devienne une charge pour ceux-ci, la clause leur étant opposée par le débiteur de la créance transmise.[381] »

402. M. COHEN, s'interroge sur ce sujet, en posant la question sur la volonté des parties et l'effet translatif de la clause compromissoire sur les non-signataires. « De manière pratique, la question du rôle de la volonté (du cocontractant initial, du bénéficiaire de la transmission) doit-être posée et paraît même pour certains la ligne directrice de la matière. De manière plus théorique, il s'agit de savoir si un sort particulier doit toujours être réservé à la clause compromissoire, éventuellement en marge de la théorie générale des obligations, ou au contraire si elle doit s'y soumettre et la problématique déborde largement la seule question de la transmission.[382] »

ii) La transmission de la clause compromissoire en raison de son inséparabilité de l'économie du contrat

[380] Voir dans le sujet de chaînes de contrats translatifs de propriété : Civ. 1re, 27 mars 2007, *rev. arb.*, 2007.788-804, note **J. EL AHDAB**.

[381] **M.-N. JOBARD-BACHELLIER**, « Créances : opérations », *Répertoire de droit international*, décembre 1998 (actualisation : mars 2009), *Dalloz.fr*.

[382] V. ainsi **B. OPPETIT**, « La clause arbitrale par référence », Rev. Arb. 1990.551, spéc. PP 552-559.

403. De plus, cette jurisprudence estime que l'inséparabilité de la clause compromissoire de l'économie du contrat, induit sa transmission à l'assureur non-signataire par le fait de la subrogation. En jugeant qu'« il faut donc admettre encore que la clause fait nécessairement partie de l'économie de la convention de transfert, pour comprendre que le cessionnaire ou le subrogé ait également à souffrir des effets d'une clause qui ne sert pas leurs intérêts.[383] »

404. En fait, entre les accessoires reliés à la créance transmise, se transmettent particulièrement l'ensemble des actions relatives au créancier et liées à celle-ci. D'ailleurs, la Cour de cassation l'a clairement démontré dans son arrêt du 1er mars 1983, en considérant que le subrogé « dispose de toutes les actions qui appartenaient au créancier et qui se rattachaient à cette créance immédiatement avant le paiement.[384] »

1.2) Le refus de la transmission de la clause compromissoire à l'assureur par effet de la subrogation

405. Cependant, pour la doctrine, cette transmission s'avère un peu compliquée, puisque «la subrogation ne manque pas de soulever des difficultés attachées au sort de la partie subrogée, tant au stade de l'initiation de la procédure arbitrale qu'en cours de procédure arbitrale.[385]»

2) La cession de créance ou de contrat

406. Pour M. DELEBECQUE, la cession de créance et celle du contrat produisent également une transmission de toutes les clauses incluses, même celles de caractère autonome ou accessoire, telle la clause compromissoire. « La cession de créance a les mêmes vertus translatives que la cession de contrat proprement dite. La cession opère non seulement la transmission des droits résultant de la créance cédée, mais aussi de ses accessoires.[386] »

407. La jurisprudence[387]a décidé dans certains arrêts que la transmission de la clause compromissoire ne s'effectue pas de plein droit à une partie non consentante dans une chaîne de

[383] Voir Cass. com., 3 mars 1992, n° 90-17.249, *RGAT* 1993.295, note **Ph. REMY**; - Cass. com., 3 mars 1992, *Rev. arb*. 1992. 560, note **Ph. DELEBECQUE**, et **L. AYNES**.

[384] Civ.1re, 1er mars 1983: *Bull. civ.* I, n°96.

[385] **J. EL AHDAB**, « La gestion du risque arbitral par les parties », *RGDA* 2012, P.259.

[386] Cass. civ. 1re, 6 novembre 1990, « La transmission de la clause compromissoire », *Rev. arb*. 1991.26, note **Ph. DELEBECQUE**.

[387] Paris 26 mai 1992, *Rev.arb.*1993.624, note **L. AYNÈS**.

contrat, « faute de transmission contractuelle[388] », tandis qu'elle se réalise dans la cession de contrats [389], ou même encore au niveau de la cession de créances[390]a souligné dans différents arrêts que la cession des créances, engendre généralement une transmission des clauses compromissoires insérées au contrat avant la cession. « La cession du contrat implique nécessairement transmission par le cédant au cessionnaire du bénéfice de la clause d'arbitrage indissociable de l'économie du contrat[391] »

Ainsi la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, dans son arrêt du 9 janvier 1997, a expliqué la transmission de la clause d'arbitrage dans le cadre d'une cession de créances, en la classant parmi les exceptions relatives à la dette. « Se borne à qualifier la clause compromissoire contenue dans le contrat principal d'exception et à la soumettre ensuite au régime général d'opposabilité de toutes les exceptions. La clause d'arbitrage serait en quelque sorte un droit attaché au contrat principal et son sort suivrait le sort de la créance qui s'y rattache. [392] ».

408. Cependant, cette transmission n'appelle pas à l'approbation du débiteur cédé et n'emmène à aucun changement à son propos, même avec la variation de la situation du créancier.

En réalité, la créance sera cédée par le cédant au cessionnaire avec ses accessoires, y compris la clause compromissoire insérée au contrat avant l'acte de cession.

409. En matière d'assurance, la situation peut notamment se présenter lors d'une fusion-absorption de l'assuré ou lors de la cession d'un bien assuré. La question qui se pose est de savoir si le contrat d'assurance et la clause compromissoire insérée sont simultanément transmis.

3) La chaîne de contrats

410. Nombreux arrêts ont traité le sujet de la transmission de la clause compromissoire dans les chaînes de contrats. L'arrêt Peavy de 2001 a traité la transmission de la clause

[388] Cass. civ. 1re, 6 novembre 1990, *Rev. arb*. 1991.73, et le commentaire de **Ph. DELEBECQUE**. P.19.
[389] V. not. Paris, 28 janvier 1988, Rev. arb. 1988.565, et le commentaire de **J.- L. GOUTAL**, P.439.
[390] V. note Paris, 26 mai 1992, *Rev. arb.* 1993.624, note **L. AYNÈS**.
[391] Paris, 28 janvier 1988, *Rev. arb.* 1988.565.
[392] Aix-en-Provence, 9 janvier 1997, *Rev.arb*.1997.81, note **D. COHEN.**

compromissoire dans une chaîne de contrats à titre d'accessoire de l'action contractuelle, « sauf preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de cette clause.[393] »

411. Un autre arrêt beaucoup plus récent s'est détourné de cette limitation en indiquant la transmission systématique de la clause compromissoire spécifiquement dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, « la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis. [394]»

412. Dans le domaine de l'assurance, la question qui se pose, est de savoir si la clause compromissoire se transmet à l'assureur.

Tout au contraire, au niveau de chaînes de contrats, la clause compromissoire s'imposera à l'assureur, même en absence de son acceptation à la voie d'arbitrage. L'opposabilité de cette clause à l'assureur, résultera de la nature juridique du contrat dépendant essentiellement de la catégorie d'assurance.

En ce sens, la Cour de cassation affirme dans son arrêt du 17 novembre 2010 « Dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette chaîne.[395] »

---

[393] Cass. civ. 1re, 6 février 2001, Peavy Company, Bull. civ. I, no 22 ; - **D. COHEN**, « Note sous Cour de cassation, 1ère chambre civile, 6 février 2001, Peavey Company contre Organisme général pour les fourrages et autres », *Rev. arb.* 2001.765 ; - **Chr. SERAGLINI**, « « Le transfert de la clause compromissoire dans les chaînes de contrats après l'arrêt Peavey », n°318, *Gaz. Pal.* 2011.6-17 ; - **C. LEGROS**, « arbitrage international : dans une chaîne homogène de contrats translatifs, la clause compromissoire se transmet avec l'action contractuelle », *JCP* G 2001. II. 10567 ; - **J.-C. DUBARRY** et **E. LOQUIN**, « Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 6 février 2001, Peavy Company contre Organisme général des fourrages », *RTD Com* 2001.413-415**; - F. JAULT-SESEKE**, « Note sous Cour de cassation, 1 ère Chambre civile, 6 février 2001, Peavy Company contre Organisme général pour les fourrages et autres », RCDIP 2001. 522 ; - **R. LIBCHABER**, « Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 6 février 2001 » *Répertoire du Notariat Defrénois* 2001.708.

[394] Cass. civ. 1re, 28 mai 2002, société Burkinabe des ciments et matériaux, Bull. civ. I, no 146 ; - **D. COHEN**, « Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 28 mai 2002, Société burkinabé des ciments et matériaux (Cimat) contre Société des ciments d'Abidjan (SCA), pourvoi numéro 00-12.144 », *Rev. arb.* 2003. 397 **; - C. LEGROS**, « Chronique de droit international privé n°1 (1 ère partie), Centre de recherche sur les Droits de l'Homme et le droit international de l'Université de Rouen », *LPA* 2002, no 241, p. 16 ; - RCDIP 2002. 758, note **N. COIPEL-CORDONNIER** ; - D. 2003, somm. 2471, obs. **Th. CLAY** ; **M.-L. NIBOYET**, « Note sous Cour de cassation, première chambre civile, 28 mai 2002, Société Burkinabé des Ciments et Matériaux (Cimat) contre Société des Ciments d'Abidjan (SCA) », *Gaz. Pal.* 19-20 février 2003, P.28 ;- **M.-E. MATHIEU-BOUYSSOU,** « La transmission de la clause compromissoire au cessionnaire de la créance », *JCP G* 2003.433-438.

[395] Cass. Civ. 1re, 17 nov. 2010, n°09-12442, *Bull.civ. I*, n°240.

§3) La clause compromissoire invoquée par l'assureur non-signataire

413. La clause compromissoire ne peut, en principe, être alléguée contre l'assureur-tiers. Cependant, le résultat est différent lorsqu'elle lui est avantageuse, dans ce cas c'est lui-même qui l'invoque dans son propre intérêt. Pour mieux comprendre, nous présenterons le cas où, l'invocation de la clause compromissoire par l'assureur envers le responsable du sinistre : une nécessaire distinction **(a)** d'une part et les arguments de la doctrine opposée à l'invocation de la clause compromissoire par l'assureur **(b),** d'autre part.

a) L'invocation de la clause compromissoire par l'assureur envers le responsable du sinistre : une nécessaire distinction

414. Une fois l'indemnité versée par l'assureur, peut-il attraire le responsable du sinistre devant le tribunal arbitral ? En d'autres termes, l'assureur peut-il invoquer la clause compromissoire contre ce responsable ?

Pour répondre à cette question, il est indispensable de distinguer deux situations.

En premier lieu, si le responsable du sinistre est tiers au contrat incluant la clause compromissoire. Dans ce cas, et conformément au principe de la relativité des contrats, le responsable du sinistre étranger à la clause compromissoire ne sera pas condamné à payer devant le tribunal arbitral. Ceci implique que l'assureur, ne pourra certainement pas invoquer cette clause à l'encontre du tiers, même s'il « est légalement subrogé dans les droits de l'assuré et acquiert de ce fait le bénéfice de la clause compromissoire figurant dans le contrat commercial, il ne peut l'être à l'encontre d'un tiers à ce contrat. Il devra donc poursuivre ce dernier devant les tribunaux étatiques.[396] »

En second lieu, si après indemnisation des dommages, l'assureur s'est rendu compte que c'est le cocontractant de l'assuré lui-même qui est responsable du sinistre. Dans ce cas, le recours subrogatoire de l'assuré contre ce tiers ne se déroulera pas devant les tribunaux étatiques, mais

[396] **J. BIGOT**, « Arbitrage et Assurance », Droit et économie de l'assurance et de la santé, in *Mélanges en l'honneur de Y. LAMBERT-FAIVRE et D.-C. LAMBERT*, Dalloz., 2002, P. 21.

devant le tribunal arbitral désigné par les parties par la clause compromissoire insérée dans le contrat conclu entre elles.

Par ce fait, l'assureur invoquera la clause compromissoire contre le cocontractant.

b) Les arguments de la doctrine opposée à l'invocation de la clause compromissoire par l'assureur

415. Pour s'opposer à cette invocation, une partie de la doctrine a avancé deux arguments liés à la transposition des exceptions inhérentes à la dette **(1)** et la clause compromissoire comme exception de procédure, non inhérente à la dette (**2).**

1) La transposition analogique des exceptions inhérentes à la dette

416. L'article 2036[397] du Code civil, donne particulièrement à la caution solidaire le pouvoir d'opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur mais qui sont inhérentes à la dette, à l'exception des autres classifiées de nature personnelle liées au débiteur en sa personne.

Ce pouvoir donné à la caution, s'explique par le caractère accessoire du cautionnement.

Certains auteurs, tels M.M LOQUIN, BEIGNIER et BIGOT dans leur traitement de l'effet de la clause compromissoire, par analogie dans le domaine de l'assurance, ont développé cette étude en s'appuyant sur la distinction des exceptions inhérentes à la dette à celles qui sont personnelles.

Si l'analogie forme la base de cette déduction, il faut sans doute savoir distinguer les fausses similitudes des vraies, afin d'éviter les pièges bien connus de la comparaison.

417. M. LOQUIN[398], clarifie que la clause d'arbitrage ne fait pas partie aux exceptions essentielles de la dette, mais elle est de nature conventionnelle et procédurale, par la suite la caution solidaire ne pourra pas s'y opposer, ni même l'invoquer contre le créancier. La caution peut logiquement opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, donc celles qui sont inhérentes à la dette.

[397] Article 2036 du Code civil « La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette.
Mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur. »

[398] **E. LOQUIN**, « Arbitrage et cautionnement », *Revue de l'arbitrage*, 1994.235 et s.

En fait, la clause compromissoire, ne viserait pas la dette elle-même, mais formerait une modalité du droit d'agir en justice. « Ces clauses n'influent pas directement sur la définition ou l'étendue du risque, à proprement parler. Elles ne sont pas « inhérentes à la dette », pour emprunter au langage du cautionnement. [399] »

418. M. LOQUIN par cette hypothèse, soutient l'idée que les exceptions inhérentes à la dette ne s'attachent pas aux exceptions de procédure, et n'ont par la suite aucun effet de diminution ou de suppression de la dette de la caution. Ce principe est applicable à la clause d'arbitrage qui, est neutre, donc ne s'attache pas personnellement au débiteur, ni à sa dette.

Il confirme son point de vue en expliquant que, « la fonction de l'article 2036 du Code civil est de permettre que la caution ne soit pas plus engagée que le débiteur. Aussi l'article 2036 est-il inséré sous le titre de l'extinction du cautionnement. Pour ces raisons, il doit être soutenu que les exceptions inhérentes à la dette ne concernent pas les exceptions de procédures qui n'ont pas pour effet d'alléger ou d'éteindre la dette de la caution. Tel est bien le cas de la clause compromissoire qui relativement à l'existence du droit substantiel cautionné est neutre.[400] »

2) La clause compromissoire comme exception de procédure, non inhérente à la dette

419. Ainsi M. BEIGNIER épouse le point de vue de M. LOQUIN, qui se résume par la catégorisation de la clause compromissoire en exception de procédure, tout en confirmant que « cette présentation fait fond sur la distinction bien connue entre les exceptions inhérentes à la dette (que la caution peut invoquer contre le créancier) et des exceptions purement personnelles au débiteur (dont lui seul peut se prévaloir). La convention d'arbitrage ressortirait nécessairement, en tant qu'exception de procédure, à la catégorie des exceptions purement personnelles, puisqu'elle n'atteint point à la substance des droits.[401] »

420. En parallèle dans le domaine de l'assurance et par similitude aux déductions préalablement rendues, M. BIGOT considère que l'assureur en tant que garant, peut invoquer les

[399] **B. BEIGNIER**, « Assurance et arbitrage : la place de l'assureur dans l'instance arbitrale », *Revue de l'arbitrage*, 2008.232.
[400] **E. LOQUIN**, *Op.Cit.*, 1994. 236 et s.
[401] **B. BEIGNIER**, *Op.Cit*., 2008.232.

exceptions délimitant la dette relative à la responsabilité de son assuré, mais certainement pas la clause compromissoire non signée par lui personnellement. « Nous serions tentés de transposer ce raisonnement à l'assureur : garant des conséquences financières de la responsabilité de l'assuré, il peut naturellement invoquer les exceptions limitant ou excluant la dette de responsabilité de son assuré. Il ne peut pas pour autant invoquer à son profit la clause d'arbitrage figurant dans le contrat commercial auquel il est tiers.[402] »

Il dresse la distinction entre deux situations et cela en faisant un rapprochement entre le cas de l'assureur non-signataire mais affecté de la clause compromissoire, et le bénéficiaire de cette dernière. [403]

421. Dans le premier cas de figure, il se réfère sur la base de l'obligation de l'assureur qui se distingue d'un contrat à un autre, suite à ce raisonnement, il s'interroge si c'est l'objet lui-même qui mène à rendre les effets de la clause compromissoire différents à l'égard de l'assureur.

« - Celui où la clause d'arbitrage est invoquée contre l'assureur : le débat porte alors sur l'objet du contrat d'assurance. Ce contrat oblige-t-il l'assureur aux obligations imposées par le contrat commercial, de la même manière que si l'assureur était partie à ce contrat commercial ? »

422. Cependant sur le second cas, c'est-à-dire lorsque l'assureur non-signataire bénéficie de ladite clause, il dresse la possibilité de le comparer à la caution solidaire. « - Celui où l'assureur revendique le bénéfice de la clause d'arbitrage. Peut-on transposer à l'assurance l'article 2036 du Code civil autorisant la caution à opposer au créancier l'exception de procédure tirée de la clause compromissoire ? »

En partant de cette analyse, l'assuré ne serait donc que le débiteur d'une dette remboursée par l'assureur.

423. Il est certain que l'assuré, doit informer l'assureur de la présence d'une telle clause dans le contrat. À défaut de cette information, l'assureur ne peut s'échapper de l'effet de la clause compromissoire, sous prétexte qu'il n'avait pas eu connaissance de sa présence.

---

[402] **J. BIGOT**, « Arbitrage et Assurance », Droit et économie de l'assurance et de la santé, in *Mélanges en l'honneur de Y. LAMBERT-FAIVRE et D.-C. LAMBERT, Dalloz, 2002,* P. 20.

[403] **J. BIGOT**, *Op.Cit.,* P. 18.

D'ailleurs, « on pourrait admettre que c'est à l'assuré qui possède cette information de la transmettre automatiquement et obligatoirement à son assureur lors de la déclaration du risque, au titre de son obligation de bonne foi.[404] »

L'insertion de la clause d'arbitrage dans le contrat signé entre l'assuré et un contractant, n'a aucune portée sur la définition du risque et son étendue, qui revient à l'assureur personnellement de s'en informer.

424. Finalement, il nous paraît réellement difficile de discerner la qualité de l'assureur à l'égard de la situation juridique liant l'assuré au tiers qui peut être une victime ou un contractant. Surtout que l'assureur, ne fait pas partie à la procédure d'arbitrage. D'ailleurs, l'opération d'assurance basée sur la notion de mutualisation, accentue les limites de la séparation entre parties et tiers et place par ce fait l'assureur dans une position équivoque, et l'obligation de l'assureur est tout à fait différente de celle de l'assuré, il n'est en effet ni présent ni représenté dans la procédure arbitrale engageant l'assuré.

SECTION 2 : LA QUALITE DE PARTIE DE L'ASSUREUR NON-SIGNATAIRE EN PRESENCE DE LA CLAUSE DE DIRECTION DE PROCES

425. Nous étudierons l'hypothèse de la qualification de l'assureur non-signataire en tant que partie à l'instance arbitrale en présence d'une clause de direction du procès (**Sous-section1).**

Nous exploiterons ensuite, l'effet de la clause de direction de procès sur l'assureur non-signataire (**Sous-section 2).**

[404] **B. BEIGNIER**, « Assurance et arbitrage : la place de l'assureur dans l'instance arbitrale », *Revue de l'arbitrage*, 2008.260.

SOUS-SECTION1 : LA QUALIFICATION DE L'ASSUREUR NON-SIGNATAIRE EN TANT QUE PARTIE A L'INSTANCE ARBITRALE EN PRESENCE D'UNE CLAUSE DE DIRECTION DE PROCES

Nous dresserons tout d'abord la définition et la qualification de la clause de direction de procès **(1°),** la position processuelle de l'assureur en présence de la clause de direction du procès : une jurisprudence non unifiée **(2°),** la critique de la qualification de l'assureur en tant que mandataire **(3°)** et finalement les effets classiques de l'application de la clause de direction du procès par l'assureur **(4°).**

1°) La définition et la qualification de la clause de direction de procès

426. « La loi ne définit pas précisément la notion de direction du procès par l'assureur[405] », cependant, M. BEAUCHARD la considère comme étant « une invention, déjà ancienne, de la pratique… C'est la clause insérée systématiquement dans les contrats d'assurance de responsabilité par laquelle l'assuré confie à l'assureur la direction du procès concernant son éventuelle responsabilité.[406] »

Si le contrat d'assurance comporte une clause de direction de procès, celle-ci doit être, explicite et insérée clairement dans ce contrat, de sorte que l'assureur agit en toute connaissance de cause et sans la moindre réserve[407].

438- En principe, elle transmet à l'assureur tous pouvoirs, afin qu'il mène le procès en responsabilité fait par un tiers contre l'assuré. Selon la Cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 7

[405] **J. BIGOT, J. KULLMANN, L. MAYAUX**, préface de G. DURRY, *Traité des assurances, les assurances de dommages*, tome 5, 2017, P. 685.

[406] **J. BEAUCHARD**, « L'assureur dans le procès civil », *Revue générale du droit des assurances*, tome 81, 2010, P.546.

[407] « L'assureur est sous le nom de l'assuré et comme mandataire de celui-ci, le maître du procès » : Cass. 1re civ. 18 oct. 1954, *RGAT* 1954. 424, note **BESSON**.

juillet 1993, « la clause de direction du procès, oblige l'assureur à prendre en main le procès intenté à son assuré ou par son assuré.[408] »

427. Cependant cette clause ne l'oblige pas à défendre son assuré contre son propre intérêt, et ne mène certainement pas à sa condamnation à des dommages-intérêts dans le cas de son refus d'assumer cette défense.

428. Pour être en présence d'une clause relevant de cette définition, il faut absolument réunir deux critères cumulatifs.

429. Le premier critère s'attache au caractère obligatoire ou non de la prise en charge du procès par l'assureur. « S'il est tenu de le faire, il s'agit soit d'une défense-recours, soit d'une garantie de protection juridique, mais non d'une direction du procès. S'il n'y est pas tenu, on est en présence d'une clause de direction du procès. »

Ainsi jugé par la Cour de cassation dans l'arrêt du 28 février 2013, « la clause dite de direction du procès qui institue une faculté et non une obligation.[409] »

Cependant, ce critère s'avère difficile à discerner puisqu'il n'existe pas une clause type consacrée à cette clause.

430. Le second tient au lien qui est constaté entre le risque garanti et l'objet du procès au titre duquel l'intervention de l'assureur dans la direction du procès est observée.

Ce qui implique qu'en décidant de garantir le sinistre, dans ce cas l'assureur pourra appliquer la clause, tout en dirigeant le procès. Toutefois cette direction, n'est qu'une option de sa part et elle est facultative. En d'autres termes, « si l'assureur estime à tort ou à raison ne pas devoir garantir le sinistre, il ne dirigera pas le procès et laissera l'assuré seul le diriger, à ses risques et périls. La direction de procès est donc liée à la garantie du sinistre.[410] »

[408] CA Paris, 7 juillet 1993, *Juris-Data* n°1993-023562.
[409] Cass., 2e Ch. civ., 28 février 2013, n° 12-12813.
[410] **J. BIGOT**, « Arbitrage et Assurance », in *Droit et économie de l'assurance et de la santé, Mélanges en l'honneur de Y. LAMBERT-FAIVRE et D.-C. LAMBERT,* 2002, P. 21.

La qualification de la clause de direction du procès diffère selon la définition donnée par les auteurs, là où certains la qualifient comme étant, une promesse de mandat **(§1),** d'autres la considèrent, un mandat **(§2).**

§1) Une promesse de mandat

431. La clause de direction de procès peut-être selon ses effets, qualifiée par la doctrine de promesse de mandat, puisque l'assureur suite à ses intérêts, décide lui-même de la faculté de diriger le procès, et par ce fait « l'assuré promet à l'assureur de le laisser diriger le procès en responsabilité, le second disposant de la faculté de lever la promesse s'il l'estime utile.[411] »

432. M. BIGOT l'a déterminée comme étant « une promesse de mandat émanant de l'assuré, mandant, au profit de l'assureur, mandataire, ayant pour effet de donner tous pouvoirs à l'assureur pour diriger le procès en responsabilité fait par un tiers à l'assuré.[412] »

§2) Un mandat

432. Tandis que M. BESSON, l'assimile à un représentant, tout en indiquant que « l'assureur est sous le nom de l'assuré, et comme mandataire de celui-ci, le maître du procès.[413] »

Nous déterminerons, les aspects du mandat **(a)** et nous nous limiterons à présenter, l'assureur, un mandataire **(b).**

[411] **J. BIGOT, J. KULLMANN, L. MAYAUX**, préface de G. DURRY, *Op.Cit.*, p.688.

[412]**J. BIGOT**, « Arbitrage et Assurance », in *Droit et économie de l'assurance et de la santé*, *Mélanges en l'honneur de Y. LAMBERT-FAIVRE et D.-C. LAMBERT*, 2002, p.21

[413] Cass, 1re civ., 18 octobre 1954, *RGAT*, 54.424, note **BESSON**.

a) Les aspects du mandat

433. La clause de direction du procès insérée dans un contrat d'assurance, peut-être expliquée comme étant un mandat adressé par l'assuré à son assureur, puisqu'elle « comporte deux aspects : un aspect négatif, en ce sens que l'assuré s'interdit de s'immiscer dans la procédure; un aspect positif, en ce sens que l'assureur est, sous le nom de l'assuré et comme mandataire de celui-ci, le maître du procès.[414] »

Selon l'aspect négatif de cette clause, l'assuré s'interdit d'intervenir dans la direction du procès qui sera limitée à l'assureur, dans la seule condition que tel soit son intérêt.

Tandis que dans l'autre aspect, la direction doit être menée uniquement par le mandataire, donc l'assureur.

b) L'assureur, un mandataire

434. L'assureur en présence de la clause de direction de procès dans le contrat d'assurance, a été considéré, dans la mesure de sa fonction, comme un mandataire de son assuré.

435. Cependant, M. CHOLET précise que cette présentation n'est pas totale puisque cette clause garde sa particularité, même en donnant le pouvoir à l'assureur de diriger le procès. « Quoi qu'il en soit, si l'assureur use de la faculté prévue au contrat, il dirige le procès en qualité de mandataire de l'assuré, mais c'est un dominus litis[415] dont le mandat reste occulte. C'est l'assuré qui demeure partie au procès.[416] »

---

[414] Cass., 1ère civ., 18 octobre 1954, *Revue générale des assurances terrestres*, Tome 25, 1954, note **BESSON**, P425.

[415] « Dominus litis est une locution peu employée de nos jours dont l'origine paraît latine. Elle désigne " le maître du procès" c'est à dire la personne (le "demandeur" ou le "requérant") qui a pris l'initiative d'engager une instance et qui par conséquent, sous réserve des droits de son adversaire qui, de son côté, a introduit une demande incidente, peut aussi y mettre fin en se désistant. » Dictionnaire juridique de **S. BRODAU**, - **A. BAUUMANN**, 1996-2019.

[416] **D. CHOLET**, « Assistance et représentation en justice », *Répertoire de procédure civile*, octobre 2017.

2°) La position processuelle de l'assureur en présence de la clause de direction du procès : une jurisprudence non unifiée

436. Dans la position processuelle de l'assureur en présence de la clause de direction du procès dans le contrat d'assurance, nous traiterons la qualification du représentant de l'assuré par un arrêt d'appel contemporain **(§1),** d'une part, et la qualification de la partie au procès à la suite de l'extension des droits de l'assuré par un arrêt ancien de la Cour de cassation **(§2).**

§1) La qualification du représentant de l'assuré par un arrêt d'appel contemporain

437. La Cour d'appel a retenu que « la compagnie d'assurance avait dirigé le procès pour le compte de son assurée pendant toutes les opérations d'expertise, de sorte que (celle-ci) avait été régulièrement représentée.[417] »

§2) La qualification de la partie au procès à la suite de l'extension des droits de l'assuré par un arrêt ancien de la Cour de cassation

438. La Cour de cassation dans son arrêt du 20 juillet 1942[418], et à la suite de la fonction extensive des droits de la clause de direction du procès, a qualifié l'assureur de partie au procès mené entre l'assuré et la victime.

L'assureur par cette extension sera doté du pouvoir de la direction personnelle du procès, qui exige sa présence totale en tant que partie dans l'instance.

439. Cette direction prendra fin dans deux cas, soit avec le retrait de l'assureur et cela avant la fin du procès « lorsqu'il dispose d'exceptions dont il pense qu'elles seront efficaces pour refuser sa garantie, soit lorsque les voies de recours seront épuisées. »

[417] Cass. civ. 1re, 4 avril 1995, *Resp. civ. et ass.* 1995, P.246.
[418] Cass. civ., 20 juillet 1942, *JCP 1942*.II.2044, obs. **BESSON**.

Pour se défendre, l'assureur peut refuser de diriger le procès dès le début comme il peut mettre fin à sa direction même avant la fin du procès.

3°) La critique de la qualification de l'assureur en tant que mandataire

440. Ces qualifications de la clause de direction du procès et de la qualification de mandataire de l'assureur, ont été vivement critiquées par les auteurs dans la mesure du principe où c'est le mandataire lui-même qui donnerait des ordres au mandant donc l'assuré et non l'inverse. Pour cette raison, M. BEIGNIER clarifie son point de vue en classifiant la clause de direction du procès en tant que « pseudo-mandat » donc une « obligation conventionnelle pour l'assuré de conduire le procès d'après les directives de l'assureur.[419] »

441. De sa part, M. BEAUCHARD, refuse d'assimiler l'assureur à un mandataire pour la simple raison que même avec l'obligation de diriger le procès, il ne représente pas son assuré. « À défaut d'être un mandat, cette direction de procès serait un contrat de service, une convention sui generis voire une délégation.[420] »

En effet, pour lui cette direction menée par l'assureur ne garantit pas une représentation réelle en justice, vu que l'assureur demeure juridiquement hors du procès intenté contre l'assuré.

442. L'assureur, comme son assuré seront dans ce cas représentés légalement par l'avocat. Par ailleurs, en dépit de la clause de direction du procès, « l'assureur dépouillant le droit d'action de l'assuré, organise sa défense au regard de ses propres intérêts.[421] »

En fait, l'instance dans ce cas, ne lie que l'assuré au tiers, tandis que l'assureur, lui, y reste étranger. Ce qui implique que l'insertion d'une clause de direction du procès dans le contrat, ne fait pas de l'assureur une partie à l'instance menée.

---

[419] **B. BEIGNIER, S. BEN HADJ YAHIA**, *Droit des assurances*, Montchrestien, Lextenso, 2011, n°559.
[420] **J. BEAUCHARD**, « L'assureur dans le procès civil », *Gaz. Pal.*, Recueil 2001, mai-juin, p.547.
[421] **Ch. FREYRIA**, « La direction du procès en responsabilité par l'assureur », *JCP G*, 1954.I.1196.

4°) Les effets classiques de l'application de la clause de direction du procès par l'assureur

Pour mieux comprendre la clause de direction du procès, nous expliquerons ses effets classiques (en dehors de l'arbitrage) : la renonciation des exceptions **(§1)** d'une part, et la direction du procès **(§2).**

§1) La renonciation des exceptions

443. La mise en œuvre de la clause de direction de procès par l'assureur, mène à une renonciation de sa part à toutes les exceptions qui peuvent s'opposer à l'assuré, à la seule condition qu'il soit convenablement avisé des circonstances. Cela est précisé aux termes de l'article L.113-17 du Code des assurances, « l'assureur qui prend la direction d'un procès intenté à l'assuré est censé aussi renoncer à toutes les exceptions dont il avait connaissance lorsqu'il a pris la direction du procès. »

§2) La direction du procès

Nous expliquerons à ce niveau, la direction externe du procès **(a)** et l'interdiction de l'immixtion de l'assuré **(b).**

a) La direction externe du procès

444. Dans le cadre de l'application de la clause de direction du procès, l'assureur conserve tous les éléments fondamentaux relatifs à l'instance. En d'autres termes, c'est lui qui désigne les avocats, décide des moyens de défense et indique le choix de l'exercice des voies de recours donc prend la décision finale de toutes les mesures à entreprendre ultérieurement.

Ce qui veut dire que « l'assureur peut être dans le procès sans y être au sens procédural du terme, c'est-à-dire sans être officiellement une partie au litige : dans ce cas l'assureur gère le procès pour

le compte de son assuré, et parfois pour son propre compte, mais il n'apparaît pas en nom, comme partie dans la procédure. [422]»

b) L'interdiction de l'immixtion de l'assuré

445. L'un des effets initiaux de la clause de direction du procès est, l'interdiction de l'immixtion ou de l'intervention de l'assuré dans le procès dirigé par l'assureur qui choisira lui-même l'avocat représentant légalement son assuré et qui l'informera de toutes instructions relatives à la conduite de ce procès.

Dans cette logique l'assuré ne doit pas prendre des initiatives qui déplaisent à son assureur. En revanche, il peut « justifier son immixtion, lorsqu'il démontre que la conduite du procès par ce dernier va se traduire par l'admission de sa responsabilité en son principe.[423] »

Ce qui explique la recevabilité de son intervention dans le procès, à condition de prouver son intérêt à le faire. « Mais depuis la loi du 31 décembre 1989, aucune sanction ne peut-être prononcée contre l'assuré qui intervient dans la direction du procès dès lors qu'il avait intérêt à le faire. Non définie par le législateur, cette notion d'intérêt de l'assuré doit être appréciée par le juge.[424] »

446. Le Code des assurances, prévoit une protection à l'assuré, en présence de la clause de direction du procès. Selon les dispositions de l'article L.113-17, « L'assureur qui prend la direction du procès intenté à l'assuré est censé aussi renoncer à toutes les exceptions dont il avait connaissance lorsqu'il a pris la direction du procès. »

Néanmoins, cette déchéance est tentée si elle est exigée par une convention. Dans ce sens, la Cour de cassation a disposé, que « l'assuré ne pouvait être déchu de la garantie due par l'assureur du fait de l'immixtion qu'il avait commise dès lors que le contrat d'assurance ne stipulait pas une telle sanction.[425] »

---

[422] **J. BEAUCHARD**, « L'assureur dans le procès civil », *Revue générale du droit des assurances*, Tome 81, 2010, P.542.

[423] **J. BIGOT, J. KULLMANN et L. MAYAUX**, *Traité de droits des assurances, Les assurances de dommages*, Tome 5, LGDJ, 2017, P. 692.

[424] Commentaire de l'article L.113-17 du Code des assurances, Dalloz.fr.

[425] Cass. civ. 1ère, 30 octobre 1995, n°93-15293.

Cet article, vise une inopposabilité des exceptions par l'assureur d'une part et une interdiction pour l'assuré d'intervenir dans l'action de l'assureur d'autre part.

447. En tenant la direction du procès, l'assureur défend ses propres intérêts, ainsi que ceux de son assuré. Alors qu'il ne devrait pas, par principe, diriger ce procès en présence d'une exception justifiant une absence de garantie. Par conséquent, l'article L.113-17 dans son premier alinéa confirme que la direction du procès par l'assureur emporte renonciation de sa part aux exceptions.

SOUS-SECTION 2 : L'EFFET DE LA CLAUSE DE DIRECTION DU PROCES SUR LA QUALITE DE L'ASSUREUR NON-SIGNATAIRE

448. Toutes ces règles relatives à la clause de direction du procès, s'appliquent généralement au niveau des tribunaux étatiques. La question est de savoir, si elles le sont également devant les tribunaux arbitraux.

Ayant toutes les caractéristiques reconnues au sens du Code de procédure civile, la procédure arbitrale n'est restreinte de nulle condition déterminée sur ce sujet. En effet, aucune disposition législative, ne limite les effets de la clause de direction du procès devant les tribunaux arbitraux, sauf conditions contraires dans le cadre du contrat d'assurance lui-même.

449. À ce propos M. BIGOT, pose plusieurs questions, afin de comprendre l'effet entre clause compromissoire et la clause de direction du procès.

450. La question à ce niveau est de savoir si dans le cas de l'insertion d'une clause de direction de procès dans le contrat d'assurance, l'assuré a une obligation de notifier l'assureur de la présence d'une clause compromissoire incluse dans un contrat le liant avec un autre cocontractant.

Si le contrat d'assurance prévoit une sanction de la déchéance du droit de la garantie de l'assuré, dans ce cas, ce dernier doit notifier son assureur de la mise en œuvre de l'arbitrage dirigé contre lui.

451. M. BIGOT indique, qu'il faut laisser l'assureur lui-même choisir le type d'arbitrage à entreprendre, si les parties ne l'ont pas fait dans la convention d'arbitrage. « Dans le cadre de la direction du procès, l'assuré doit à notre avis laisser l'assureur, son mandataire, décider du mode d'arbitrage- en droit ou en équité-lorsque la clause d'arbitrage ne le précise pas. Il doit laisser l'assureur désigner l'arbitre à sa place, sinon il porterait atteinte au mandat qu'il lui a consenti. Il doit lui laisser le soin de faire ou non appel de la sentence lorsque l'appel est possible, ou introduire une action en nullité quand elle est possible.[426] »

452. Nous nous interrogeons si la présence de la clause de direction de procès dans le contrat d'assurance donne des pouvoirs à l'assureur et lui laisse, la direction de la procédure d'arbitrage ou modifie la qualification de l'assureur. Pour cette raison, nous traiterons successivement, la direction de la procédure d'arbitrage en présence d'une clause de direction du procès insérée dans le contrat d'assurance : une transposition pure et simple **(1°)** d'une part, et la qualification de l'assureur à l'égard de l'instance arbitrale en présence de la clause de direction du procès dans le contrat d'assurance **(2°)** d'autre part.

1°) La direction de la procédure d'arbitrage en présence d'une clause de direction du procès insérée dans le contrat d'assurance : une transposition pure et simple

453. La question qui se pose est de savoir si en présence de la clause de direction de procès dans le contrat d'assurance, l'assureur doit diriger le procès arbitral mené entre l'assuré et le cocontractant.

L'assureur représente son assuré à l'instance arbitrale, sans pour autant en faire partie. Il n'intervient pas « officiellement à l'instance qui oppose seulement l'assuré et la victime. L'assureur reste dans l'ombre, en quelque sorte, mais c'est lui qui décide de toutes les mesures à prendre. Il choisit l'avocat, décide des moyens de défense, peut appeler un tiers en garantie…[427] »

[426] **J. BIGOT**, « Arbitrage et Assurance », in *Droit et économie de la santé*, Mélanges LAMBERT, 2002, P. 23.

[427] **C. CAILLÉ,** « Assurance de dommages », *Répertoire de droit civil*, décembre 2013 (actualisation en septembre 2018)

2°) La qualification de l'assureur à l'égard de l'instance arbitrale en présence de la clause de direction du procès dans le contrat d'assurance

454. Nous traiterons dans ce sujet l'influence de la clause de direction de procès dans le contrat d'assurance sur la qualification de l'assureur deux hypothèses, tout d'abord l'assureur non-signataire, tiers à l'instance arbitrale **(§1),** ensuite la critique de cette hypothèse par, la possibilité de renoncer à sa qualité de tiers **(§2)** et les arguments en faveur de l'assureur non-signataire, partie à l'instance arbitrale **(§3).**

§1) La position de principe : L'assureur non-signataire, tiers à l'instance arbitrale

455. Le principe c'est que même en dirigeant le procès arbitral, l'assureur ne participe pas directement à l'instance qui oppose seulement l'assuré à la victime, tout en mettant en jeu la garantie de ses propres intérêts. « Seul l'assuré est partie à l'instance et c'est en son nom que l'assureur, qui reste dans la coulisse, dirige la procédure... l'assureur n'agit pas personnellement. [428]»

Ce qui explique réellement, que l'assureur reste tiers à l'instance arbitrale menée entre les parties aux litiges et par ce fait, la sentence arbitrale rendue, n'a autorité de la chose jugée qu'entre ces parties et ne s'étend pas à lui qui a tout simplement dirigé le procès, mais qui est pourtant resté loin de l'instance et tout à fait extérieur à ses effets.

§2) La possibilité de renoncer à sa qualité de tiers

456. La présence de la clause de direction de procès, n'empêche pas l'assureur de renoncer à cette qualité de tiers, et cela en participant à l'instance.

[428] Cass., 1ère civile, 18 octobre 1954, *RGAT, 54.424,* note **BESSON**.

Ce qui implique que cette immixtion de la part de l'assureur est réalisable, à moins qu'il ignore l'existence de ce procès ou en cas de manœuvres dolosives de la part de l'assuré. Dans ces deux cas, l'assureur conservera sa qualité de tiers quant au procès.

457. Dans sa participation à l'instance arbitrale, l'assureur non-signataire de la clause compromissoire, serait toutefois dans ce cas traité comme étant une partie à l'instance.

§3) Les arguments en faveur de l'assureur non-signataire, partie à l'instance arbitrale

458. Des arguments ont été avancés pour qualifier cet assureur de partie, ou au moins de faux tiers. « En effet, la jurisprudence considère que l'assureur agit sous le couvert de l'assuré avec lequel il a passé une convention de prête-nom : sa qualité de dominus litis lui interdit de se considérer comme un tiers par rapport au jugement.[429] » En assimilant ce cas à celui de l'instance arbitrale, Mme FRICERO par cette explication, qualifie l'assureur comme partie à cette instance, tout en le valorisant en tant que le maître du procès.

459. Dans le même sens, M. et Mme VEAUX et VEAUX FOURNERIE mais dans une qualification sui generis, classe l'assureur dans la catégorie des « faux tiers [430]», en d'autres termes, ils le classifient dans une nouvelle catégorie entre partie à l'instance et tiers à cette dernière en gardant une observation un peu exceptionnelle sur ce sujet.

L'expression « fausse partie », englobe en réalité les parties effectives, mais pour certaines raisons sont traitées comme des tiers en droit. Ce qui explique que parfois, certains assureurs invoquent leur qualité de « tiers » afin de pouvoir former tierce opposition, à l'encontre de la décision rendue suite à l'instance menée entre la victime et l'assuré.

[429] **N. FRICERO**, « Recevabilité de la tierce opposition », *Répertoire de procédure civile*, juin 2012 (actualisation : janv. 2018).

[430] **D. VEAUX** et **P. VEAUX-FOURNERIE**, « Les surprises de la tierce opposition », La Terre, la famille, le juge, in *études offertes à Henri-Daniel Cosnar*, Economica, 1990, P.432.

Le terme « faux tiers » utilisé par M. et Mme VEAUX ET VEAUX-FOURNERIE peut rendre la terminologie de tiers équivoque, nous percevons par là une personne qui est tiers en droit, alors qu'elle ne l'est pas réellement en fait.

460. La qualification de l'assureur comme tel, sera justifiée par le fait que dans le cas de l'assurance de responsabilité, l'assureur ne fera pas effectivement partie dans le litige opposant la victime à l'assuré, mais il dirigera le procès extérieurement tout en réservant « le droit de donner ses instructions à l'assuré sur la manière de mener la procédure. S'il n'y a pas, par ailleurs, intervention, forcée ou volontaire, de l'assureur, l'instance suivra donc son cours entre victime et assuré seulement, et la décision sera rendue entre eux. Et l'on a vu, alors, certains assureurs invoquer leur qualité de tiers pour faire tierce opposition à un jugement rendu à l'issue d'une instance, qu'ils ont, en fait, entièrement dirigée pour le compte de la défense.[431] »

[431] **D. VEAUX** et **P. VEAUX-FOURNERIE**, *Op.Cit.*, P.432.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

461. Nous avons traité dans ce chapitre, la qualité duale donc de tiers ou partie de l'assureur, en présence d'une clause compromissoire dans un contrat liant son assuré à une victime.

462. Nous avons ensuite mené une étude comparative, au niveau de l'assureur et des autres garants d'une dette. Cette étude nous a aidé à différencier le codébiteur de l'assureur d'une part, et ce dernier de la caution solidaire d'autre part. Cette différence, (en dépit de la similitude d'un contexte triangulaire) justifie l'étude de la position de l'assureur non-signataire d'une clause compromissoire. En effet, une différence de la nature le séparant de la caution solidaire, le revirement étudié en première partie n'est pas automatiquement transposable.

463. La difficulté de la question est illustrée par la variation de l'effet de la clause d'arbitrage à l'égard de l'assureur relativement à sa qualité. Une variation qui a connu une controverse doctrinale et jurisprudentielle, là où certains auteurs et tribunaux ont maintenu l'hypothèse de l'opposabilité de la clause compromissoire à son égard en se basant sur l'extension, la transmission ou la subrogation de cette dernière ; tandis que d'autres, ont prouvé son inopposabilité.

464. Enfin, nous avons étudié l'effet de la clause de direction de procès à l'égard de l'assureur, dans le cadre de sa qualité de partie.

CHAPITRE 2 : LE DÉROULEMENT ET LES EFFETS DE LA PROCÉDURE ARBITRALE À L'ÉGARD DE L'ASSUREUR NON-SIGNATAIRE

465. Nous développerons dans un premier temps, l'irrecevabilité de principe de l'intervention de l'assureur non-signataire dans l'instance arbitrale **(section1)** et dans un second temps, l'effet de la sentence arbitrale rendue à l'égard de l'assureur non-signataire **(section 2).**

SECTION1 : L'IRRECEVABILITE DE PRINCIPE DE L'INTERVENTION DE L'ASSUREUR NON-SIGNATAIRE DANS L'INSTANCE ARBITRALE

466. Nous présenterons dans cette section, l'intervention volontaire ou forcée de l'assureur dans l'instance arbitrale **(Sous-section1)** d'une part, et de l'autre part l'exception au principe de l'irrecevabilité de l'intervention de l'assureur non-signataire dans l'instance arbitrale **(Sous-section2)**.

SOUS-SECTION 1 : LE DROIT POSITIF RESTRICTIF : L'INTERVENTION DE L'ASSUREUR NON-SIGNATAIRE

467. La question qui se pose est de savoir si l'assureur, tiers, peut afin de se défendre intervenir volontairement **(1°)** ou de force dans l'instance arbitrale entre l'assuré et un autre cocontractant **(2°).**

1°) Le principe de l'irrecevabilité totale de l'intervention de l'assureur non-signataire dans l'instance arbitrale

468. En principe, comme nous l'avons déjà développé dans la première partie, l'entrave limitant l'intervention du tiers dans l'instance arbitrale, s'attache originellement à la nature conventionnelle de l'arbitrage lui-même[432]. Conception absolument affirmée par la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 15 septembre 1996, en jugeant que « l'intervention volontaire ou forcée d'un tiers dans une procédure d'arbitrage est d'une manière générale incompatible avec cette institution.[433]»

Ce qui implique que, tout acte menant à la participation de l'assureur non-signataire de la clause compromissoire à l'instance arbitrale telle l'intervention forcée ou bien volontaire, l'appel en garantie, ou même l'exercice de l'action directe au profit du tiers lésé[434], s'avère compliqué dans la mesure où la convention d'arbitrage elle-même bloque sa réalisation.

469. L'assureur, étranger à la convention d'arbitrage liant les parties au litige, ne peut être suite au principe de l'effet relatif des contrats, tenu d'une intervention forcée dans l'instance arbitrale. Cette hypothèse a été affirmée par la Cour d'appel de Paris le 19 décembre 1986, tout au moins au sujet des demandes en intervention forcée. « Le droit de l'arbitrage, fondé sur le caractère consensuel de la clause compromissoire, ne permet pas d'étendre à des tiers, étrangers au contrat,

---

[432] **M. de BOISSÉSSON**, Le droit français de l'arbitrage interne et international, *G.L.N. Joly* 1990, p.246. « Ni l'intervention volontaire, ni l'intervention forcée ne sont compatibles avec la nature contractuelle de l'arbitrage. L'intervention volontaire ne peut se réaliser que dans l'hypothèse où l'ensemble des parties de cette intervention.»

[433] Paris, 19 septembre 1996, *Rev. arb.* 1997.279, obs. **C. VERGNE**.

[434] Article L124-3 du Code des Assurances « Le tiers lésé dispose d'un droit d'action directe à l'encontre de l'assureur garantissant la responsabilité civile de la personne responsable.»

les effets de la convention litigieuse et fait l'obstacle à toute procédure d'intervention forcée ou d'appel en garantie.[435] »

2°) L'intervention de force de l'assureur non-signataire dans l'instance arbitrale dans le cas de l'inclusion d'une clause de direction du procès dans le contrat d'assurance

470. Selon le droit des assurances, l'assureur en présence de la clause de direction de procès a le pouvoir d'intervenir par intervention volontaire ou forcée dans tout procès civil ou pénal engageant par ce fait l'assuré.

471. La question qui se pose dans ce cas, est de savoir s'il peut intervenir dans l'instance arbitrale, alors qu'il est tout à fait étranger à la clause compromissoire insérée dans le contrat liant l'assuré à sa victime ou à un contractant.

La réponse à cette question s'avère complexe, surtout si l'assureur aura eu ou aurait pu discerner l'existence d'une telle convention d'arbitrage signée par son assuré. « Celui auquel est transmis la qualité de partie est, comme on sait, réputé avoir accepté toutes les clauses et conditions stipulées au contrat principal, sans pouvoir y retrancher la clause compromissoire.[436] » La difficulté paraît accrue par une relative diversité de la formulation des clauses de direction du procès.

En effet, « la formulation des clauses de direction du procès que l'on rencontre dans les polices d'assurance semble connaître une évolution : certes, la clause qui stipule classiquement que l'assureur peut prendre cette direction est toujours répandue, mais on doit observer qu'elle prévoit maintenant assez souvent, notamment pour les « très grands risques », une « coopération », ou une « collaboration » de l'assureur et de l'assuré dans la conduite du procès en responsabilité.[437] »

---

[435] Paris, 19 décembre 1986, *Rev. arb.* 1987.359 et **E. GAILLARD**, « 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) », *Rev. arb.* 1987.275.

[436] **B. BEIGNIER**, « Assurance et arbitrage : La place de l'assureur dans l'instance arbitrale », *Revue de l'arbitrage*, 2008.261.

[437] V. **L. BLOCH**, « Clause de direction de procès dans une police d'assurance de responsabilité civile », *Resp. Civ. et Assur.* 2012, n°4, 1er avril 2012, P.35-36.

472. Ce qui explique qu'une fois que l'assureur a décidé de prendre la direction du procès, nous n'envisageons pas immédiatement l'immixtion au sens de l'article L.113-17 du Code des assurances en ce qui a trait aux actes par lesquels l'assuré se contente de coopérer avec l'assureur, en parfait accord avec lui[438].

À ce niveau, la présence de la clause de direction du procès dans le contrat d'assurance facilite l'intervention volontaire de l'assureur non-signataire, sous prétexte de la direction du procès. « Lorsqu'un assureur intervient dans le procès fait à son assuré, ce peut être à d'autres titres, et en plus du problème de cette renonciation, existent celui du caractère obligatoire ou facultatif de l'intervention et celui du cours de la prescription de l'action de l'assuré contre son assureur.[439] »

SOUS-SECTION 2 : LES EXPLICATIONS DOCTRINALES ET JURISPRUDENTIELLES DU SUJET DE L'INTERVENTION DE L'ASSUREUR NON-SIGNATAIRE DANS L'INSTANCE ARBITRALE

473. Ce sujet a été traité différemment de la part de la doctrine et de la jurisprudence. D'où nous tenons à présenter les avis doctrinaux en faveur de l'intervention de l'assureur dans l'instance arbitrale et leurs arguments **(1°)** d'une part et la position de la jurisprudence d'autre part **(2°).**

1°) Les avis doctrinaux en faveur de l'intervention de l'assureur dans l'instance arbitrale et leurs arguments

474. Les auteurs qui ont accepté l'intervention volontaire de l'assureur dans l'instance arbitrale, ont appuyé leurs opinions sur différentes bases juridiques. Nous évoquerons, dans un premier lieu l'intervention dans l'instance arbitrale de l'assureur en raison de son approbation personnelle **(§1),** l'intervention de l'assureur dans l'instance arbitrale en raison de l'accord des parties à cette fin **(§2)** dans un second lieu, et enfin l'acceptation de l'intervention de l'assureur suite à l'extension de la clause compromissoire **(§3).**

[438] **J. BIGOT, J. KULLMANN et L. MAYAUX**, préface de G. DURRY, *Traité des assurances, les assurances de dommages*, tome 5, 2017, p. 685.

[439] **J. BIGOT, J. KULLMANN et L. MAYAUX**, préface de G. DURRY, *Op.Cit.,* p. 685.

§1) L'intervention dans l'instance arbitrale de l'assureur en raison de son approbation personnelle

475. M. BIGOT, s'éloigne du principe ferme de l'irrecevabilité totale de l'intervention volontaire du tiers, tout en tolérant à l'assureur étranger à la convention d'arbitrage d'intervenir volontairement dans l'instance arbitrale, mais dans la seule condition de son approbation personnelle.

Selon lui, il s'avère tellement difficile de faire intervenir l'assureur non-signataire dans l'instance arbitrale, sans sa volonté expresse. « Il est impossible contre le gré de l'assureur, de l'attraire à la procédure d'arbitrage en intervention forcée ou de l'appeler en garantie. [440]»

§2) L'intervention de l'assureur dans l'instance arbitrale en raison de l'accord des parties à cette fin

476. En revanche, M. BEIGNIER reconnait la recevabilité de l'intervention volontaire de l'assureur pas pour la simple raison de son approbation personnelle, mais par l'acceptation préalable et totale des parties au litige. Il considère que l'engagement de l'assureur non-signataire par rapport au contrat litigieux contenant la clause compromissoire, lui interdit a priori d'être appelé en garantie ou d'intervenir volontairement dans l'instance arbitrale, sauf évidemment l'accord de toutes les parties au moment de l'ouverture de la procédure. [441]

En d'autres termes, l'inacceptation de l'intervention volontaire de l'assureur non-signataire dans l'instance arbitrale trouve son exception après l'acceptation totale des parties au litige.

§3) L'acceptation de l'intervention de l'assureur suite à l'extension de la clause compromissoire en vue d'un règlement global

477. Néanmoins M. PUIG, approuve l'intervention volontaire de l'assureur, en se basant sur l'hypothèse de l'extension de la clause compromissoire, ou même sur l'opposabilité de la sentence arbitrale. « Il serait pourtant infiniment plus simple d'organiser un règlement global du litige, soit devant le tribunal arbitral en étendant la clause d'arbitrage à la caution et à l'assureur,

[440] **J. BIGOT**, « Arbitrage et assurance sous l'angle du droit français », in *Arbitrage, finance et assurance: Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, Suppl. spécial 2000, p.33 et s.

[441] **B. BEIGIER**, « Assurance et arbitrage : la place de l'assureur dans l'instance arbitrale », *Rev. arb.* 2008.232.

soit devant les juridictions étatiques en considérant que le règlement global du litige doit l'emporter sur la volonté des signataires de la clause. Une autre logique processuelle, tenant à l'opposabilité de la sentence, permet d'assurer le rayonnement de la clause.[442] »

2°) La position jurisprudentielle sur le sujet de l'intervention de l'assureur non-signataire dans l'instance arbitrale : le refus

478. La Cour d'Appel de Paris, a soulevé dans son arrêt du 5 juin 2012, le cas du refus de l'intervention volontaire de l'assureur dans l'instance arbitrale entre l'assuré et le contractant, sous prétexte qu'il est étranger à la clause compromissoire insérée dans le contrat signé par eux et à la sentence arbitrale. « Que l'assureur, qui a refusé d'intervenir volontairement devant le tribunal arbitral et au cours des opérations d'expertise, ne peut se réfugier derrière son inertie pour prétendre à l'inopposabilité de la sentence arbitrale.[443]»

SECTION 2 : LES EFFETS DE LA SENTENCE ARBITRALE RENDUE A L'EGARD DE L'ASSUREUR NON-SIGNATAIRE

479. Nous présenterons la controverse doctrinale et jurisprudentielle sur le sujet de l'effet de la sentence arbitrale à l'égard de l'assureur non-signataire **(sous-section1),** ensuite nous aborderons l'exercice des voies de recours contre la sentence arbitrale rendue **(sous-section 2).**

SOUS-SECTION 1 : L'EFFET DE LA SENTENCE ARBITRALE A L'EGARD DE L'ASSUREUR NON-SIGNATAIRE

480. Nous nous interrogerons sur l'impact de la sentence arbitrale et son effet sur l'assureur non-signataire de la clause compromissoire insérée dans le contrat de l'assuré. Nous traiterons le principe comme réponse à cette interrogation, et l'avis de la doctrine sur ce sujet.

Pour mieux comprendre cette réponse, nous présenterons le principe, c'est l'opposabilité de la sentence arbitrale à l'égard de l'assureur tiers à l'instance arbitrale **(1°)** et la controverse doctrinale sur le sujet de l'effet de la sentence arbitrale à l'égard de l'assureur non-signataire **(2°).**

[442] **P. PUIG**, « L'influence de l'arbitrage en matière d'assurance sur les tiers », *Revue générale du droit des assurances*, 1er janv. 2012, n°2012-01, P. 191.

[443] CA Paris, pôle 2, ch. 5, 5 juin 2012, n° 10/12302.

1°) Le principe : l'opposabilité de la sentence arbitrale à l'égard de l'assureur tiers à l'instance arbitrale

481. Il est parfaitement admis qu'en général, « si une sentence arbitrale n'a autorité de la chose jugée qu'eu égard au litige qu'elle tranche, elle n'en est pas moins opposable aux tiers.[444] » En d'autres termes, elle a autorité de la chose jugée uniquement envers les parties au litige conformément aux dispositions de l'article 1484 du Code de procédure civile, en terme duquel «la sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche », cependant elle est tout à fait opposable aux tiers, étrangers à l'instance arbitrale.

482. Appliquer ce principe en matière d'assurance, varie selon la qualification de « tiers » accordée à la personne étrangère à la procédure arbitrale. Dans le cas où, l'assureur est ce tiers à l'instance arbitrale qui se déroule entre l'assuré et un certain cocontractant ou une victime, la sentence arbitrale rendue dans ce cas, lui est certainement opposable et engendre une coercition envers lui, tout en formant l'accomplissement du risque garanti et l'empêche par ce fait de toute contestation, sauf en cas de fraude. De même elle l'engage particulièrement à la respecter en tant que fait juridique inattaquable, à l'exception des voies de recours exceptionnelles dont la tierce opposition.

483. En effet, « l'opposabilité de la sentence arbitrale suppose que les parties à la procédure arbitrale puissent se prévaloir de la sentence à l'égard des tiers. Ces notions sont d'autant plus difficiles à articuler que le tiers peut jouer un rôle important dans le déroulement de la procédure arbitrale, notamment lorsqu'il intervient en tant qu'assureur de l'une des parties à l'instance.[445] »

Autrement dit, la sentence arbitrale doit être déclarée opposable à l'assureur non-signataire, qui ne pourra s'échapper à son obligation de couverture qu'en invoquant des arguments tirés du contrat d'assurance qui le lie à l'assuré.

2°) La controverse doctrinale sur le sujet de l'effet de la sentence arbitrale à l'égard de l'assureur non-signataire

484. Nous remarquerons que, les auteurs ont traité différemment le sujet de l'effet de la sentence arbitrale à l'égard de l'assureur non-signataire de la clause compromissoire insérée dans

[444] Com., 23 janvier 2007 : JCP G2007, I, 168, n°9, obs. **J. BÉGUIN**.
[445] **J. EL AHDAB**, « La gestion du risque arbitral par les parties », *RGDA* Tome 83, 2012, P. 270.

le contrat de l'assuré. Certains ont accepté l'opposabilité de la sentence arbitrale à l'égard de l'assureur non-signataire **(§1),** tandis que d'autres ont refusé cet avis et ont confirmé, l'inopposabilité de la sentence arbitrale à l'égard de l'assureur non-signataire **(§2).**

§1) L'opposabilité de la sentence arbitrale à l'égard de l'assureur non-signataire

485. Les auteurs acceptant l'opposabilité de la sentence arbitrale à l'égard de l'assureur non-signataire, ont soutenu leur avis par deux thèses, celle fondée sur la représentation tacite de l'assureur par son assuré dans l'instance arbitrale, et une autre basée sur la qualité de l'assureur par rapport à la procédure arbitrale. Nous présenterons successivement, l'opposabilité de la sentence causée par la représentation tacite de l'assureur par son assuré **(a)** et l'opposabilité tenue par la qualité de tiers de l'assureur non-signataire **(b).**

a) L'opposabilité de la sentence causée par la représentation tacite de l'assureur par son assuré

486. M. MOURRE[446], compare les situations de l'assureur à la caution solidaire, tout en se basant sur l'idée de la représentation tacite à l'instance arbitrale. Il considère que la sentence est opposable à l'assureur même non-signataire de la clause d'arbitrage, « pour l'assureur comme pour la caution, l'opposabilité est fondée sur l'idée selon laquelle l'assureur a été représenté par le débiteur principal ou l'assuré. La caution et l'assuré sont réputés avoir participé au procès. »

Pour lui, cette hypothèse de représentation s'avère beaucoup plus évidente en matière d'assurance qu'en cautionnement, surtout lorsque l'assureur dirige le procès en vertu de la clause de direction du procès insérée dans le contrat d'assurance, il sera partie systématiquement au procès arbitral. « Cette idée logique en ce qui concerne l'assureur dès lors que la police comporte une clause de direction du procès, est beaucoup plus discutable en ce qui concerne la caution à l'égard de laquelle il s'agit d'une pure et simple fiction. »

[446] **A. MOURRE**, « L'intervention des tiers à l'arbitrage », *Gaz. Pal*, recueil mai-juin 2001, P.644.

487. Cependant, l'application de la théorie de représentation mutuelle des coobligés dans le domaine de l'assurance s'avère tellement compliquée à effectuer sur plusieurs niveaux.

Tout d'abord, l'autonomie de l'obligation de l'assureur le prive de sa qualification d'un coobligé à intérêts communs avec son assuré.

Ensuite, dans l'hypothèse de la représentation mutuelle, l'assureur sera considéré comme partie représentée tacitement dans l'instance arbitrale, ce qui impliquera que la sentence arbitrale rendue selon les dispositions de l'alinéa premier de l'article 1484 du Code de procédure civile, jouira de l'autorité de la chose jugée et non d'une opposabilité à son égard. « La sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche. »

b) L'opposabilité tenue par la qualité de tiers de l'assureur non-signataire

488. Les auteurs basant l'opposabilité de la sentence arbitrale à l'égard de l'assureur non-signataire sur la qualité de tiers de ce dernier ont expliqué leur point de vue sur, la qualité de tiers de l'assureur aux cas exceptionnels de son intervention forcée dans l'instance arbitrale ou l'appel en garantie **(1)** d'une part, et la qualité de tiers de l'assureur dialoguée par la direction externe du procès arbitral **(2)** d'autre part.

1) La qualité de tiers de l'assureur aux cas exceptionnels de son intervention forcée dans l'instance arbitrale ou l'appel en garantie

489. Pour M. BEIGNIER, nonobstant la présence de la clause de direction de procès dans le contrat d'assurance et même non-signataire de la clause compromissoire, l'assureur ne ferait réellement partie à l'instance arbitrale, que dans les cas d'une intervention forcée ou d'un appel en garantie. « Pire, et par un effet de retournement pervers, l'assureur qui ne fait que représenté l'assuré sans être partie à l'instance s'il n'a été attrait devant un tribunal arbitral ou par une intervention forcée ou un appel en garantie (que l'assuré, dans l'abandon confiant de ses intérêts, négligera sûrement de faire), pourrait être tenté de se soustraire aux effets de la sentence lorsqu'elle lui paraît défavorable à ses propres intérêts.[447] »

[447] **B. BEIGNIER**, « Assurance et arbitrage : la place de l'assureur dans l'instance arbitrale », *Revue de l'arbitrage*, 2008, 2008. 248.

Pour lui, un assureur représente l'assuré sans être partie, mais s'il est de mauvaise foi, il peut faire tout son possible pour s'échapper des effets de la sentence arbitrale qui lui déplairait.

« Après avoir désigné l'arbitre puis dirigé la défense de l'assuré devant l'instance arbitrale, celui-ci pourrait être tenté de se retrancher en dernier lieu derrière sa qualité de tiers au procès pour échapper aux conséquences de sa condamnation, arguant du fait qu'il n'a fait que représenter l'assuré au nom et pour le compte duquel il agissait.[448] »

490. En effet, même ayant la qualité de tiers à l'instance arbitrale, la jurisprudence prive l'assureur, de son droit de défense, par l'inacceptation de sa tierce opposition contre la sentence arbitrale rendue, sauf le cas de fraude de la part de l'assuré[449].

2) La qualité de tiers de l'assureur dialoguée par la direction externe du procès arbitral

491. M. GOUTAL confirme que la direction du procès arbitral se fait d'une façon externe de sorte que l'assureur reste tiers et que la sentence arbitrale lui soit opposable. « Qu'il faut probablement en dire autant de l'assureur de responsabilité civile, qui est tiers à la convention d'arbitrage conclue par son assuré et qui, s'il dirige le procès... ne le fait qu'en sous-main, de sorte que la convention et la sentence ne s'imposent à lui que par le biais de l'opposabilité et non par celui de l'effet obligatoire... [450] »

En tant que tiers à l'instance, la sentence lui est opposable, en revanche elle n'a pas l'autorité de la chose jugée, qui reste limiter aux seules parties.

492. Analogiquement au cas de la caution solidaire, la voie de la tierce opposition lui ait été fermée, sous prétexte que l'assureur a été représenté dans l'instance arbitrale, lors de sa direction du procès. « La jurisprudence de droit commun ferme la tierce opposition à l'assureur... ce qui rapproche l'assureur de la situation d'une partie.

En réalité le fondement de la solution est qu'il a pu, par assuré interposé, faire valoir les arguments qu'il estime utiles. Or c'est le principe de la contradiction qui pour une partie importante de la

[448] **B. BEIGNIER**, « Assurance et arbitrage : la place de l'assureur dans l'instance arbitrale », *Revue de l'arbitrage*, 2008, 2008. 248

[449] **J.-L. GOUTAL**, « Le droit des contrats », in « L'arbitrage et les tiers », *Rev. arb.*, 1988.452.

[450] Paris, 13 nov. 1992, *Rev. arb.*, 93.632, note **J.-L. GOUTAL**.

doctrine, justifie l'existence de la tierce opposition et va permettre au tiers de faire valoir ses arguments ; si l'assureur a pu les faire valoir, il est normal que cette voie de recours lui soit fermée.[451]»

Ce qui assure que la sentence arbitrale n'a aucun effet à l'égard de l'assureur, qui reste bien évidemment tiers à la procédure arbitrale puisqu'il n'est pas réellement partie à cette procédure. En effet, la partie lésée n'a aucune autorité à utiliser la sentence à son encontre, c'est ce que la Cour de Cassation[452] a d'ailleurs jugé.

§2) L'inopposabilité de la sentence arbitrale à l'égard de l'assureur non-signataire

493. Les auteurs refusant l'hypothèse de l'opposabilité de la sentence arbitrale à l'égard de l'assureur non-signataire, ont basé leur thèse sur l'inopposabilité de la clause compromissoire à l'assureur **(a),** cela nous a mené à présenter une analyse sur cette thèse **(b).**

a) L'inopposabilité de la clause compromissoire à l'assureur

494. Nonobstant la présence de la clause de direction de procès dans le contrat d'assurance, la sentence arbitrale ne jouit pas de l'autorité de la chose jugée à l'égard de l'assureur. M. BIGOT écrit à ce propos, qu'il « voit immédiatement les excès auxquels pourrait aboutir le principe de l'inopposabilité de la sentence aux tiers, appliqué à l'assureur. Ayant désigné l'arbitre, pour le compte et au nom de l'assuré, et dirigé la défense de l'assuré, devant le tribunal arbitral, l'assureur pourrait nier l'opposabilité de la sentence et refuser d'en tirer les conséquences nécessaires, c'est-à-dire refuser de prendre en charge, dans les limites de la police, la condamnation de l'assuré prononcée par le tribunal arbitral. [453] »

Il confirme le risque que peut aboutir cette position d'inopposabilité de la sentence envers l'assureur, « on aboutirait à une impasse totale dès lors que l'assuré n'aurait pu attraire l'assureur en intervention forcée ou l'appeler en garantie devant le tribunal arbitral. »

[451] Paris, 13 nov. 1992, *Op. Cit.*
[452] Cass. civ. 12 juin 1968, *JCP* 68.II.15.584.
[453] **J. BIGOT**, « Arbitrage et Assurance », in *Droit et économie de la santé*, Mélanges LAMBERT, 2002, P.24.

495. De sa part, l'assuré ne pourrait surtout après son intervention sous prétexte de la défense de ses propres intérêts, s'échapper des effets de la sentence arbitrale rendue à son encontre.

Il a divisé la situation selon une triple proposition :

« - La clause d'arbitrage ne lie pas l'assureur qui ne peut s'en prévaloir et dont on ne peut se prévaloir à son encontre ;

- La sentence arbitrale est opposable à l'assureur ;

- L'assureur a la maîtrise de la procédure pour le compte de l'assuré.[454] »

b) L'analyse de cette thèse

496. En effet, selon les dispositions de la clause de direction du procès, l'assureur contribuera au choix du tribunal compétent à trancher le litige, qui pourra évidemment être un tribunal arbitral. Il dirigera par ce fait, toutes les étapes de la procédure arbitrale, partant du choix du mode de l'arbitrage allant jusqu'à la désignation de l'arbitre.

497. N'étant ni présent, ni représenté dans l'instance arbitrale, l'assureur reste un tiers, ne pouvant donc être directement impliqué à la procédure arbitrale, puisque le mandat qui lui a été confié par l'assuré ne lui permet pas de se transformer en partie à l'instance.

« C'est à propos des tiers qu'il faut parler d'opposabilité ou d'inopposabilité, et considérer sans doute que la sentence lui est opposable du seul fait de son existence.[455] »

498. La jurisprudence de la Cour de cassation a décidé qu'en matière d'assurances de responsabilité la condamnation de l'assuré à indemniser la victime constitue la réalisation du risque[456], et il n'est pas sérieusement discuté qu'une sentence condamnant l'assuré soit opposable à l'assureur[457].

---

[454] **J. BIGOT**, « Arbitrage et Assurance », in *Droit et économie de la santé*, Mélanges LAMBERT, 2002, P. 26.

[455] Cass. Civ, 2e chambre, 14 octobre 1987, *Rev. arb.*, 1988.290, note **J.-L. GOUTAL**.

[456] Cass. Civ., 12 juin 1968, JCP 1968. II.15584.

[457] **J. BIGOT**, « Arbitrage et assurance sous l'angle du droit français, Arbitrage, finance et assurance » , *Bull. Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, supplément spécial 2000.

499. La sentence arbitrale a en principe autorité de la chose jugée[458] à l'égard des parties à l'instance, tandis qu'elle est opposable[459] aux tiers. À cet effet la condamnation de l'assureur en justice ne pourra avoir lieu que dans le cas où il est appelé en garantie ou intervenu selon la demande de la victime ou de l'assuré.

500. L'assureur en tant que tiers, doit jouir selon les dispositions l'article 1501 du Code de procédure civile[460] de son droit de défense, en exerçant la voie de la tierce opposition, à l'encontre des sentences arbitrales qui leur porteraient préjudice, devant la juridiction qui eût été compétente à défaut d'arbitrage. « Cette voie de recours, comme son nom l'indique clairement, ne profite qu'aux tiers à la condamnation.[461] »

En exerçant la tierce opposition, l'assureur ne doit invoquer que ses propres arguments, qui sont logiquement différents de ceux de l'assuré.

501. Cependant, dans le cas où cet assureur, n'exerce pas son droit de recours, dans le délai ouvert aux tiers[462] pour former sa tierce opposition, cela mènera à une renonciation tacite de son droit de tierce opposition d'une part et acceptation de la sentence arbitrale, sous prétexte de son opposabilité.

---

[458] L'article 1484 du Code de procédure civile dans son premier alinéa : « La sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche. »

[459] Revue de l'arbitrage 2009. 327, note **P. MAYER**; **- S. BOLLÉE**, « Les effets des sentences arbitrales à l'égard des tiers», *Rev. arb.*, 2015. 695; LEMAIRE, L'opposabilité de la sentence arbitrale aux tiers. Approche critique du droit français, *Mélanges en l'honneur du Professeur P. MAYER*, 2015, *LGDJ Lextenso* éditions, p. 465.

[460] « La sentence arbitrale peut être frappée de tierce opposition devant la juridiction qui eût été compétente à défaut d'arbitrage, sous réserve des dispositions du premier alinéa de l'article 588. »

[461] **B. BEIGNIER,** « Assurance et arbitrage: la place de l'assureur dans l'instance arbitrale », *Revue de l'arbitrage*, 2008. 245.

[462] Article 586 du Code de procédure civile: « La tierce opposition est ouverte à titre principal pendant trente ans à compter du jugement à moins que la loi n'en dispose autrement.
Elle peut être formée sans limitation de temps contre un jugement produit au cours d'une autre instance par celui auquel on l'oppose.
En matière contentieuse, elle n'est cependant recevable, de la part du tiers auquel le jugement a été notifié, que dans les deux mois de cette notification, sous réserve que celle-ci indique de manière très apparente le délai dont il dispose ainsi que les modalités selon lesquelles le recours peut être exercé. Il en est de même en matière gracieuse lorsqu'une décision en dernier ressort a été notifiée. »

SOUS-SECTION 2 : LA SOLUTION JURISPRUDENTIELLE CONDITIONNEE DU SUJET DE L'EFFET DE LA SENTENCE ARBITRALE A L'EGARD DE L'ASSUREUR NON-SIGNATAIRE

502. La Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 5 juin 2012[463], assume l'opposabilité de la sentence arbitrale à l'égard de l'assureur étranger de la clause compromissoire, sauf en cas de fraude.

Afin de rejeter les moyens de l'assureur[464] qui voulait échapper à la sentence en arguant son inopposabilité, la Cour d'appel retient que la décision judiciaire condamnant l'assuré à raison de sa responsabilité engendre, pour l'assureur qui a garanti ce dernier, la réalisation totale du risque couvert. « Considérant que la décision judiciaire qui condamne un assuré à raison de sa responsabilité, constitue pour l'assureur qui a garanti celle-ci la réalisation, tant dans son principe que dans son montant, du risque couvert. [465]»

503. La Cour maintient ensuite que l'assureur était informé de l'ouverture de l'arbitrage, ainsi que d'une partie des correspondances intervenues dans ce cadre, des griefs allégués à l'encontre de l'assuré et des résultats de l'expertise sur l'étendue du sinistre.

Elle ajoute que l'assureur avait eu la possibilité de discuter les conclusions d'expertise, mais relève qu'elle a refusé d'intervenir dans l'arbitrage.

504. C'est ainsi que pour la Cour décide que, sauf cas de fraude, l'assureur ne peut dans ces conditions, se prévaloir de son inertie pour prétendre à l'inopposabilité de la sentence arbitrale. « Qu'il s'ensuit que l'assureur qui, en connaissance des résultats d'expertise dont le but était d'établir la réalité de l'étendue du sinistre, a eu la possibilité d'en discuter les conclusions, ne peut, sauf s'il y a eu fraude à son encontre, soutenir qu'elle lui est inopposable. »

505. La Cour de cassation a traité ce sujet par deux arrêts[466] successifs relatifs à l'opposabilité d'une sentence arbitrale. Dans lesquels, le tiers se voit opposer à une sentence qui a

[463] CA Paris, pôle 2, ch. 5, 5 juin 2012, n° 10/12302.

[464] Parmi les moyens invoqués par l'assureur « Par dernières conclusions signées le 29 mars 2012, elle invoque la prescription de l'action, qui a été engagée plus de deux ans après la mise en cause de son assurée ; subsidiairement, elle soulève l'inopposabilité de la clause d'arbitrage et de la sentence arbitrale à son égard. »

[465] CA Paris, pôle 2, ch. 5, 5 juin 2012, n° 10/12302.

[466] Com, 23 janvier 2007, Casino c/Prodim, *Revue de l'arbitrage* 2007.769, note **P. MAYER** ; - Revue de l'arbitrage 2009.333, obs. **P. MAYER**. Dans l'arrêt du 23 janvier 2007, la Cour de cassation a différencié entre

été rendue à son encontre à l'issue d'un arbitrage auquel il ne fait même pas partie, sans qu'il ne puisse remettre en cause son contenu. « Il s'agit là d'une violation gravissime des droits de la défense du tiers.[467] »

SECTION 2 : LA TIERCE OPPOSITION DE L'ASSUREUR NON-SIGNATAIRE CONTRE LA SENTENCE ARBITRALE

Nous présenterons les controverses, jurisprudentielle **(Sous-section 1)** et doctrinale **(Sous-section 2)** sur le sujet de la tierce opposition de l'assureur non-signataire.

SOUS-SECTION 1 : LA CONTROVERSE JURISPRUDENTIELLE SUR LE SUJET DE LA TIERCE OPPOSITION DE L'ASSUREUR

506. Nous traiterons les deux courants jurisprudentiels opposés, en mettant l'accent sur l'irrecevabilité de la tierce opposition de l'assureur, donc l'hypothèse de la représentation **(1°)** d'une part, et la recevabilité conditionnée de la tierce opposition de l'assureur **(2°)** d'autre part.

1°) L'irrecevabilité de la tierce opposition de l'assureur : hypothèse de la représentation

507. « La représentation en justice est un terme couramment utilisé dans un sens très large pour exprimer non seulement le cas où une personne a expressément reçu pouvoir d'agir au nom d'autrui, mais aussi des cas de représentation implicite à l'action dans lesquels la loi ou le juge estime que certaines personnes sont représentées par d'autres afin de limiter les occasions de tierce opposition et d'étendre la portée de la chose jugée.[468] »

---

l'autorité de la chose et l'opposabilité de la sentence arbitrale « L'arrêt commenté montre que la notion d'opposabilité a acquis droit de cité: La chambre commerciale de la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel qui avait refusé de considérer que des tiers étaient liés par l'autorité de chose jugée d'une sentence arbitrale, et elle le fait au motif que si une sentence arbitrale n'a autorité de la chose qu'eu égard au litige qu'elle tranche, elle n'en est pas moins opposable aux tiers. »

[467] **J. EL AHDAB**, « La gestion du risque arbitral par les parties », *RGDA* 2012, P. 270.

[468] **SOLUS et PERROT**, *Droit judiciaire privé*, t. 3, 1991, Sirey, n° 27, p. 26.

La représentation tacite, a été surtout connue par la théorie de la représentation mutuelle des coobligés et pratiquée au niveau du cautionnement, là où la caution solidaire a été considérée comme représentée tacitement par le débiteur dans l'instance arbitrale

508. Cependant dans le domaine de l'assurance cette théorie n'a pas eu d'intérêt à s'appliquer, vue l'autonomie des obligations de l'assureur. Ce dernier et selon la clause de direction du procès, représente son assuré dans la procédure arbitrale, qui deviendra par conséquent partie à l'instance arbitrale et sera logiquement privé de la tierce opposition, qui est une voie de recours extraordinaire, consacrée parfaitement aux tierces personnes.

Dans ce sens, la Cour de cassation dans son arrêt du 26 mai 1965[469], a confirmé l'irrecevabilité de la tierce opposition formée par l'assureur contre une sentence, sous prétexte qu'il a été représenté par l'assuré à l'instance arbitrale.

« L'assureur ne pouvait agir qu'en faisant valoir les droits de son assuré déjà appréciés par la décision définitive, alors que celle-ci avait été partie, ce qui privait le dit assureur du droit d'user de cette voie de recours, et alors, d'autre part que, ne pouvant arguer d'aucune qualité de bénéficiaire, d'employeur et d'organisme de sécurité sociale… »

2°) La recevabilité conditionnée de la tierce opposition de l'assureur

509. La recevabilité de la tierce opposition de l'assureur contre la sentence arbitrale prononcée à son encontre n'est pas systématique mais liée à une condition. Nous présenterons tout d'abord cette condition au niveau des tribunaux étatiques pour le transmettre plus tard dans le domaine de l'arbitrage. Nous traiterons subséquemment, l'opposabilité des jugements contre l'assureur, sauf cas de fraude **(§1)** et la recevabilité de la tierce opposition contre la sentence arbitrale prononcée à l'encontre de l'assureur non-signataire **(§2).**

§1) L'opposabilité des jugements contre l'assureur, sauf cas de fraude

510. La jurisprudence dans certains arrêts[470]a refusé la qualification de tiers à l'assureur, sous prétexte qu'il est étranger à l'instance. Et que par conséquent, sa tierce opposition serait

[469] Cass. Soc., 26 mai 1965, *D.* 1965, Somm. p.117.

[470] Trib. civ. Charolles, 7 mars 1952: *D.*1953, 14, note BESSON ; *Rev. gén, ass. terr*. 1952, 185, obs. **A.B.**

irrecevable, à l'exception de la démonstration de manœuvres frauduleuses entre l'assuré et la victime. « L'artifice était trop patent. Et, à la suite de la résistance de certains juges du fond, la Cour de cassation a décidé que l'assureur n'était pas tiers par rapport à l'instance qu'il avait dirigée en fait, de sorte qu'il ne pouvait pas faire tierce opposition contre le jugement qui avait clos cette instance. Sauf s'il était en mesure de prouver une collusion frauduleuse entre l'assuré et la victime. La solution est pleine de bon sens. Et elle pourrait laisser à penser que la jurisprudence est décidée, en toutes circonstances, à consacrer une notion "réaliste" du tiers au regard de la tierce opposition.[471] »

511. Sur cette même solution, la chambre sociale de la Cour de cassation, dans son arrêt du 16 mai 1961[472], a décidé que l'assureur n'est pas un tiers à l'instance et que par hypothèse il ne pouvait pas former tierce opposition, contre le jugement rendu suite à cette instance.

512. Outre la représentation tacite de l'assureur, le cas n'en est pas pareil, lorsque l'assuré défend par manœuvres frauduleuses ses propres intérêts. L'assureur dans ce cas, sera recevable à faire valoir ses propres droits, par voie de la tierce opposition.

513. Dans le sommaire de l'arrêt du 26 mai 1965[473], la Cour de cassation a considéré que « si en principe l'assureur, qui ne peut agir qu'en faisant valoir les droits de l'assuré, est normalement représenté à l'instance par ce dernier, il n'en est pas ainsi lorsque l'assuré a défendu un intérêt purement personnel, contraire à celui de l'assureur, et en fraude des droits de celui-ci. Dans ce cas, l'assureur est recevable à faire valoir ses droits propres, distincts de ceux de l'assuré, par la voie de la tierce opposition. »

La Cour affirme que, lorsque le contrat d'assurance comporte une clause de direction du procès, l'assureur n'est pas recevable à former tierce opposition. Et implique qu'« ayant défendu un intérêt uniquement personnel, contraire à celui de la caisse mutuelle, et en fraude des droits de celle-ci, et que, des lors, la caisse mutuelle est recevable à faire valoir par la voie de la tierce opposition, ses droits propres, distincts de ceux de veuve y.[474] »

---

[471] **D. VEAUX et P. VEAUX-FOURNERIE**, « Les surprises de la tierce opposition », La Terre, la famille, le juge, in *études offertes à H.-D. COSNAR,* Economica, 1990, P.432.

[472] Cass. Soc. 16 mai 1961, *Bull civ* IV, n°536.

[473] Cass. soc., 26 mai 1965, D. 1965, Somm. p.117.

[474] Cass. Soc., 26 mai 1965, *Op.Cit.*

La Cour s'est basée sur le second alinéa de l'article 583 du Code de procédure civile[475], tout en concluant que la présence de la fraude ou l'invocation de moyens personnels, rendent la tierce opposition de l'assureur recevable.

Ainsi, « en présence d'une fraude démontrée, les tribunaux ont conclu à la recevabilité de la tierce opposition formée par des personnes normalement représentées par leur mandataire conventionnel ou légal.

De même, si l'assureur de responsabilité est censé être représenté par son assuré au jugement de condamnation, il peut toutefois former tierce opposition si l'assuré a nui à ses intérêts, en le mettant dans l'impossibilité d'agir comme subrogé : en ce cas, l'assureur invoquant des droits propres distincts de ceux de l'assuré, la tierce opposition doit être déclarée recevable. [476] »

514. Similairement, la Cour de cassation dans son arrêt du 12 mai 2005, a assumé que la décision judiciaire rendue contre l'assuré est opposable à l'assureur, sauf dans le cas de fraude de la part de l'assuré. « Attendu que la décision judiciaire condamnant l'assuré à raison de sa responsabilité constitue pour l'assureur de cette responsabilité la réalisation, tant dans son principe que dans son étendue, du risque couvert et lui est, dès lors, opposable à moins de fraude à son encontre.[477] »

515. Selon ces arrêts, nous comprenons que ce courant jurisprudentiel affirme le principe de l'opposabilité des jugements rendus contre l'assureur-tiers à l'instance, sauf qu'à la preuve d'une fraude causée par l'assuré.

516. Pour que cet assureur à la qualité de tiers puisse protéger ses droits de défense contre les décisions rendues contre ses propres intérêts, la seule voie de recours offerte est logiquement la tierce opposition. « Tout simplement en ceci que les parties, une fois les recours épuisés, ne peuvent plus contester ce qui a été jugé, alors que les tiers sont admis à faire juger que la décision qu'on leur oppose est mal fondée, afin d'en obtenir la rétractation, à leur égard tout au moins, sauf

[475]Art. 583 du Code de procédure civile alinéa 2 : Les créanciers et autres ayants cause d'une partie peuvent toutefois former tierce opposition au jugement rendu en fraude de leurs droits ou s'ils invoquent des moyens qui leur sont propres.

[476] **N. FRICERO**, « Tierce opposition », *Dalloz*, juin 2012 (actualisation : janv. 2018).

[477] Cass., 2e, 12 mai 2005, n°04-12.638 ; voir dans ce sens : Civ. 2e, 19 nov. 2009, n°08-19.824 et Com. 17 nov. 2009, n°08-12.844.

indivisibilité. Ainsi d'ailleurs se comprend l'utilité de la tierce-opposition qui n'aurait aucun sens si les tiers pouvaient systématiquement ignorer la situation juridique reconnue par le jugement.[478] »

517. Cependant la question qui se pose, est de savoir si ce principe est semblablement concevable dans le domaine de l'arbitrage, et si la portée de l'opposabilité est identiquement la même entre jugement et sentence arbitrale.

§2) La recevabilité de la tierce opposition contre la sentence arbitrale prononcée à l'encontre de l'assureur non-signataire

518. Pour répondre à cette question, nous nous référons à l'arrêt de la Cour de cassation rendu le 23 janvier 2007, là où la Cour confirme l'opposabilité de la sentence arbitrale à l'égard des tierces personnes « l'arrêt retient que la sentence arbitrale n'a autorité de la chose jugée qu'entre les parties et que l'objet du présent litige est également distinct de celui du litige arbitral ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors que si une sentence arbitrale n'a autorité de la chose jugée qu'eu égard au litige qu'elle tranche, elle n'en est pas moins opposable aux tiers.[479] »

519. Dans sa note sur cet arrêt, M. PERROT[480], met en évidence l'opposabilité de la sentence arbitrale contre la tierce personne, en absence de faute de la part de la partie à l'instance. « Il a été débouté de sa demande, pour la raison qu'aucune faute n'était démontrée de la charge du tiers acquéreur, pas même dans la sentence arbitrale, du fait qu'elle « n'avait autorité de la chose jugée qu'entre les parties ». Cet arrêt a été cassé, au motif que « si une sentence arbitrale n'a autorité de la chose jugée qu'eu égard au litige qu'elle tranche, elle n'en est pas moins opposable aux tiers.»

En effet, il assimile clairement l'effet de la sentence aux jugements judiciaires. « Nous voici au cœur d'un problème qui peut également se présenter lorsque le jugement émane d'une juridiction étatique. »

[478] **R. PERROT**, « Tierce opposition : la charge de la preuve », *RTD civ*. 1999. 467.
[479] Com. 23 janv. 2007, n° 05-19.523.
[480] **R. PERROT**, « Chose jugée : l'efficacité de la chose jugée à l'égard des tiers », *RTD civ.* 2007. 383.

SOUS-SECTION 2 : LA CONTROVERSE DOCTRINALE SUR LE SUJET DE LA TIERCE OPPOSITION DE L'ASSUREUR NON-SIGNATAIRE

520. Les auteurs ont expliqué différemment la recevabilité de la tierce opposition formée par l'assureur non-signataire contre la sentence arbitrale prononcée à son encontre, d'où certains ont accepté la recevabilité en se basant sur la qualification de tiers de l'assureur, tandis que d'autres ont traité le sujet de la recevabilité à partir du pouvoir que donne la clause de direction de procès à l'assureur. Nous présenterons dans ce sujet tout d'abord, la recevabilité de la tierce opposition de l'assureur, tiers à l'instance arbitrale **(1°)** et ensuite, la tierce opposition de l'assureur après inclusion d'une clause de direction du procès dans le contrat d'assurance **(2°).**

1°) La recevabilité de la tierce opposition de l'assureur, tiers à l'instance arbitrale

521. M. MOURRE[481] affirme la protection des droits de défense de l'assureur non-signataire, en acceptant son intervention personnelle et sa tierce opposition sur le fondement de l'article 583 du Code de procédure civile.

« Ces deux voies d'action sont alternatives et fortement un dispositif équilibré de protection des droits des tiers. Si la jurisprudence, considérant qu'ils ont été représentés à l'instance, ferme, sauf la fraude, la voie de la tierce opposition à l'assureur et à la caution solidaire sur le fondement de l'article 583 du nouveau Code de procédure civile, il ne fait aucun doute que l'intervention leur est ouverte. »

522. En s'éloignant de la condition de fraude de l'assuré, M. MOURRE, se réfère uniquement aux dispositions du premier alinéa de l'article 583 du Code de procédure civile, et qualifie par ce fait l'assureur comme tiers et non une partie à l'instance arbitrale. « Est recevable à former tierce opposition toute personne qui y a intérêt, à la condition qu'elle n'ait été ni partie ni représentée au jugement qu'elle attaque. »

[481] **A. MOURRE**, « L'intervention des tiers à l'arbitrage », *Gaz. Pal.*, Recueil mai-juin 2001, P.645.

2°) La tierce opposition de l'assureur après inclusion d'une clause de direction du procès dans le contrat d'assurance

523. La question est de savoir si la présence d'une clause de direction de procès dans le contrat d'assurance, peut influer sur la recevabilité ou non de la tierce opposition formée par l'assureur non-signataire, dans la mesure où cette clause donne à ce dernier le pouvoir de diriger le procès. Nous présenterons, deux hypothèses comme réponse à cette interrogation, celle de l'irrecevabilité de la tierce opposition de l'assureur après inclusion d'une clause de direction de procès **(§1),** ou l'hypothèse opposée, qui est celle de la recevabilité de la tierce opposition de l'assureur après inclusion d'une clause de direction de procès **(§2).**

§1) L'irrecevabilité de la tierce opposition de l'assureur après inclusion d'une clause de direction de procès

524. Un obstacle parviendra, en présence de la clause de direction de procès insérée dans le contrat d'assurance.

En réalité, si cette clause est mise en application par l'assureur dans une procédure arbitrale, le problème dans ce cas se limite au fait d'empêcher l'assureur juridiquement considéré tiers à l'instance qu'il a dirigée en représentant son assuré, d'invoquer ultérieurement sa qualité de tiers pour échapper aux conséquences de la sentence arbitrale et formée une tierce opposition.

525. En privant l'assureur de son droit de former une tierce opposition contre le jugement rendu, toutefois ses effets peuvent concerner les sentences arbitrales, relativement à leur nature juridictionnelle, semblable à celle des jugements judiciaires.

§2) La recevabilité de la tierce opposition de l'assureur après inclusion d'une clause de direction de procès

526. Cependant, M. BEAUCHARD, attribue à l'assureur la qualité d'un tiers malgré l'existence de la clause de direction de procès. « Admise sous réserve que les droits de l'assuré

soient préservés, la direction du procès par l'assureur n'assure pas une véritable représentation en justice puisque l'assureur demeure juridiquement hors du procès intenté contre l'assuré.[482] »

Cette qualification supposera, la recevabilité de la tierce opposition dans le contexte de l'article 6§2 de la Convention européenne des droits de l'Homme, qui protège les droits de défense de tout individu, abstraction faite de sa qualité au procès.

[482] **J. BEAUCHARD**, « L'assureur dans le procès civil », *RGDA* 2010. 542.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

527. Nous avons traité dans ce chapitre, le déroulement et les effets de la procédure arbitrale à l'égard de l'assureur non-signataire.

Deux intéressants sujets ont été développés, celui de son intervention dans l'instance arbitrale, et l'effet de la sentence arbitrale rendue à son encontre.

528. En effet, le principe selon le droit positif se résume par, l'irrecevabilité de l'intervention de l'assureur non-signataire d'une clause compromissoire dans la procédure arbitrale, sauf dans les cas exceptionnels.

529. Or, ce sujet a connu une controverse doctrinale et jurisprudentielle.

Certains auteurs ont accepté, selon différentes hypothèses et argumentation cette intervention, comme dans le cas de l'approbation personnelle de l'assureur non-signataire, ou bien en raison de l'accord des parties à cette fin ou dans le cas d'un règlement général.

Tandis que la jurisprudence, a parfaitement refusé cette intervention.

D'un autre côté, le sujet de l'effet de la sentence arbitrale rendue à l'encontre de l'assureur non-signataire a de même été vivement discuté selon la qualification de partie ou de l'assureur de l'assureur non-signataire, sur les deux niveaux : doctrinal et jurisprudentiel.

530. Pour se protéger contre cette sentence arbitrale, l'assureur doit entreprendre les voies de recours. C'est de la tierce opposition que nous avons traitée, un sujet bien discuté et critiqué entre auteurs et tribunaux, là où certains l'ont approuvé, alors que d'autres l'ont parfaitement refusé relativement à la qualité de partie ou tiers de l'assureur non-signataire.

CONCLUSION DU TITRE 1

531. La qualification de tiers ou de partie donnée à l'assureur non-signataire, a influencé l'effet de la clause d'arbitrage à son égard. C'est pour cette raison que certains auteurs et tribunaux ont accepté l'opposabilité de cette clause à son égard, alors que d'autres l'ont totalement refusée.

532. L'effet de la sentence a aussi été un sujet de controverse aux niveaux doctrinal et jurisprudentiel. Sur ce second point également, l'opposabilité de la sentence arbitrale rendue à son encontre, dépend de sa qualité de tiers.

533. À notre sens, l'assureur non-signataire d'une clause compromissoire insérée dans un contrat liant son assuré à la victime, est considéré comme tiers à cette clause, ainsi qu'à la procédure arbitrale et la sentence prononcée à son encontre.

Même en présence d'une clause de direction de procès, l'assureur reste tiers à l'arbitrage, justifiant par ce constat une transposition totale de la solution rendue par la Cour de cassation à l'égard de la caution solidaire dans son arrêt du 5 mai 2015.

534. L'assureur non-signataire de la clause compromissoire pourra alors, incontestablement entreprendre la voie extraordinaire pour pratiquer son droit d'accéder au juge, et protéger son droit de la défense.

Cette qualification de tiers, lui ouvre amplement la porte pour former une tierce opposition contre toute sentence arbitrale rendue à son encontre.

TITRE 2 : L'EFFET DE LA PROCÉDURE ARBITRALE À L'ÉGARD DES ANCIENS ET FUTURS ASSOCIÉS OU DIRIGEANTS

535. Nous présenterons tout d'abord, l'effet de la procédure arbitrale prévue par les statuts ou règlement à l'égard d'un dirigeant ou d'un ex ou futur associé **(Chapitre 1).** Ensuite, l'effet de la sentence arbitrale à l'égard d'un ex ou futur associé et les voies de recours consacrées à sa protection **(Chapitre 2).**

Plan :

- **Chapitre 1 : L'effet de la procédure arbitrale prévue par les statuts ou règlement à l'égard d'un dirigeant ou d'un ex ou futur associé**
- **Chapitre 2 : L'effet de la sentence arbitrale à l'égard d'un ex ou futur dirigeant ou associé et les voies de recours consacrées à sa protection**

CHAPITRE 1. L'EFFET DE LA PROCÉDURE ARBITRALE PRÉVUE PAR LES STATUTS OU RÈGLEMENT À L'ÉGARD D'UN DIRIGEANT OU D'UN EX OU FUTUR ASSOCIÉ

536. Nous traiterons le sujet de l'effet de la clause compromissoire statutaire à l'égard d'une personne perdant la qualité de dirigeant ou d'associé **(Section1)** et l'effet de la clause compromissoire statutaire à l'égard d'une personne acquérant la qualité d'associé **(Section 2).**

SECTION 1 : L'EFFET DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE STATUTAIRE A L'EGARD D'UNE PERSONNE PERDANT LA QUALITE DE DIRIGEANT OU D'ASSOCIE

537. Nous présenterons, l'opposabilité de la clause compromissoire à l'égard d'un ex-dirigeant d'une société **(sous-section1)** d'une part, et l'opposabilité de la clause compromissoire à l'égard d'un ancien associé **(sous-section 2),** d'autre part.

SOUS-SECTION 1 : L'OPPOSABILITE DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE A L'EGARD D'UN EX- DIRIGEANT D'UNE SOCIETE

Le dirigeant d'une société, a le pouvoir d'engager la société par des actes relatifs à son objet social et certainement compromettre en son nom[483].

Il n'est pas tenu personnellement par la procédure d'arbitrage, parce qu'il représente uniquement la société. « Le représentant d'une société qui n'a pris aucun engagement personnel, et alors que la société n'est pas fictive pour constituer un écran au profit de ce représentant, ne saurait être personnellement concerné par la clause compromissoire et la sentence ne saurait avoir effet à son égard alors qu'il a soulevé devant l'arbitre l'irrecevabilité de la demande pour ce qui le concernait.[484] »

Il a le pouvoir de représenter la société qu'il dirige et ses décisions « peuvent donc être lourdes de conséquences. C'est effectivement lui qui exerce sur la société un pouvoir de commandement en lui donnant ses orientations et organisant son fonctionnement[485] », il peut être associé ou non et le« cumul des qualités d'associés et de dirigeant n'est donc pas de nature à violer les règles de l'égalité entre associés[486] »

538. L'inclusion de la clause d'arbitrage dans les statuts de la société « peut être faite en cours de vie sociale et présente l'avantage que tout nouvel associé y sera tenu. [487] » Toutefois, la difficulté se pose sur l'effet de cette dernière à l'égard d'un dirigeant qui était présent lors de son insertion mais a perdu cette qualité pour diverses raisons.

539. Nous traiterons ce sujet dans des cas différents relatifs au dirigeant d'une société membre d'une coopérative. Nous présenterons et analyserons tout d'abord, le cas d'un dirigeant d'une société retirée d'une coopérative **(1°)** le cas d'un dirigeant cédant ses parts dans une société

---

[483] Paris, 22 mars 1990, Rev. arb. 1991. 123.

[484] Paris, 26 juin 2003, Rev. arb. 2006. 143. - V., sur la question, **D. COHEN**, « L'engagement des sociétés à l'arbitrage », *Rev. arb*. 2006. 35

[485] **G. CORNU** (dir.), Assoc. H. Capitant, Vocabulaire juridique, 10e éd., 2014, PUF, Quadrige, v. «diriger»

[486] **D. SCHMIDT**, « Quelques remarques sur les droits de la minorité dans les cessions de contrôle », D. 1972, Chron., p. 223, spéc. p. 224.

[487] **M. BODE**, « Colloque, Arbitrage et sociétés organisé par le comité français de l'arbitrage, Paris, 16 novembre 2012", *Cahiers de l'arbitrage*, n°1, 1er janvier 2013, P262.

coopérative **(2°)** et l'effet de la clause compromissoire à l'égard d'un président du conseil d'administration d'une société associée coopératrice au sein de la société coopérative de commerçants détaillants **(3°).**

1°) Le cas d'un dirigeant d'une société retirée d'une coopérative

540. En choisissant le cas exceptionnel d'un dirigeant d'une société retirée d'une coopérative, nous exposerons, le traitement des tribunaux étatiques de l'effet de la clause compromissoire à son égard et l'analyse des auteurs de ce sujet.

La question est de savoir, si ce dirigeant est soustrait à l'application des clauses statutaires de la société alors que l'un de ses rôles est d'en assurer la bonne application.

Nous présenterons donc la position de la Cour de cassation approuvant l'opposabilité de la clause compromissoire à l'égard d'un dirigeant d'une société retirée d'une coopérative **(§1)** d'une part et nous expliquerons l'extension de la clause compromissoire au dirigeant d'une société retirée d'une coopérative **(§2),** d'autre part. Ainsi que, l'opposabilité de la clause compromissoire à l'égard du dirigeant d'une société retirée d'une coopérative à la suite de sa bonne gestion **(§3)** et finalement l'intuitus personae est l'élément interprétant l'opposabilité de la clause compromissoire au dirigeant d'une société retirée d'une coopérative **(§4).**

§1) La Cour de cassation approuvant l'opposabilité de la clause compromissoire à l'égard d'un dirigeant d'une société retirée d'une coopérative

541. L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 8 novembre 2005[488], a traité une affaire importante en matière d'arbitrage interne, emportant une solution exceptionnelle au niveau de l'effet de la clause compromissoire à l'égard du dirigeant d'une société démissionnée d'une coopérative.

542. Le droit à l'arbitrage conservé à ses associés, qu'ils soient des personnes physiques ou morales, sans les dépasser aux tierces personnes s'est résumé, par le droit à entreprendre cette voie de traitement de litiges, en mettant en application la clause compromissoire insérée dans ses

[488] Cass., Ch. Com., du 8 novembre 2005, n°03-14.630, Inédit.

statuts visant à régler les litiges internes, qui « pourraient donner lieu, notamment en ce qui concerne leur validité, leur interprétation, leur exécution.[489]»

Alors que le droit de préemption encadrait les privilèges de la coopérative, par une clause stipulant que « chaque dirigeant social d'une société, associée, ou tout actionnaire ou associé détenant directement ou indirectement plus de 4% des actions ou parts d'une société associée à la coopérative doit, en cas d'opération emportant transfert de propriété ou de jouissance d'actions ou des parts d'une société, associée de la coopérative, offrir à celle-ci le droit d'en devenir propriétaire pour un prix égal à celui qui serait offert.[490] »

543. En l'an 2000, la société Floradis, l'une des sociétés associées, s'est retirée de la coopérative, sous une enseigne concurrente et à la direction de M. x, qui a été lui-même adhérent de la coopérative. « Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 13 mars 2003), que M. x, adhérent de 1971 à 1991, à titre personnel, de la coopérative Centrale Régionale Est (système U) a créé, en 1984, la société Floradis dont il est devenu le dirigeant et le principal actionnaire, laquelle a adhéré à Système U.[491] »

Suite à ce retirement, la coopérative a entrepris la voie de l'arbitrage à son encontre et contre son dirigeant M. x, en mettant en application la clause compromissoire insérée dans ses statuts.

544. Le 12 janvier 2002, le tribunal arbitral a rendu une sentence partielle à leur encontre, ce qui a poussé M. x à s'opposer devant la Cour d'appel au motif de sa qualité de tiers mettant en question l'inopposabilité de la clause d'arbitrage à son égard.

545. Cependant, la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 13 mars 2003[492], a refusé sa demande et s'est basée sur le principe de bonne foi connu dans les coopératives pour interdire au dirigeant de se prévaloir de sa qualité de non-associé. « Plus généralement, ce n'est pas la première fois que la jurisprudence fait usage de la bonne foi comme d'un mécanisme correctif, afin d'interdire à une personne de se prévaloir d'une règle en principe applicable et qui lui est favorable.[493] »

---

[489] Cass. ch. com., 8 novembre 2005, *Rev. arb.* 2006.713, note **F.-X. TRAIN.**
[490] Cass., Ch. Com., du 8 novembre 2005, n°03-14.630, Inédit.
[491] Cass., Ch. Com., du 8 novembre 2005, n°03-14.630, Inédit.
[492] Gaz. Pal., 30-31 mai 2003, *Les cahiers de l'arbitrage*, P.22.
[493] Cass. ch. com., 8 novembre 2005, *Rev. arb.* 2006.715, note **F.-X. TRAIN.**

Ce qui l'a amené à former cette fois un pourvoi en cassation contre cet arrêt, au motif qu'il n'était plus l'un des associés de la coopérative, mais le dirigeant de la société retirée et ne devait pas être tenu par la clause statutaire, donc la clause d'arbitrage, en vue de sa qualité de tiers. « Le pourvoi du dirigeant s'articulait autour du fait que, n'étant pas lui-même associé de la coopérative, seule la société Floradis, en qualité d'associée, pouvait être tenue par la clause statutaire, sauf à nier l'existence même de la personnalité morale.[494] »

546. Ces motifs, ont été rejetés par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, qui a considéré que le dirigeant a pris connaissance et a accepté tacitement cette voie de traitement de litiges. « M. x, tant en sa qualité de dirigeant social de la société adhérente qu'en qualité d'associé détenant plus de 4% des parts de la société, connaissait les dispositions et les statuts de Système U et les ayant acceptés, devait être soumis à une partie des effets obligatoires produits par le contrat liant la société Floradis et Système U. »

§2) L'extension de la clause compromissoire au dirigeant d'une société retirée d'une coopérative

547. La question qui se pose est de savoir, si la clause compromissoire insérée dans les statuts de la coopérative est opposable à l'égard du dirigeant de la société retirée. Pour répondre à cette interrogation, nous analyserons le traitement de la doctrine en exposant, l'hypothèse de l'extension de la clause compromissoire au dirigeant de la société retirée dans le cadre de sa qualité d'associé de la coopérative **(a)** et l'extension de la clause compromissoire au dirigeant de la société retirée d'une coopérative **(b).**

a) L'hypothèse de l'extension de la clause compromissoire au dirigeant de la société retirée dans le cadre de sa qualité de dirigeant - associé de la coopérative

548. L'hypothèse de l'extension de la clause compromissoire à M. x, pouvait lui être applicable, dans le cadre de sa qualité de dirigeant-associé de la coopérative et non uniquement comme dirigeant de la société retirée, pour la simple raison que, les statuts de la coopérative créent

[494] Cass. ch. com., 8 novembre 2005, *Rev. arb.* 2006.712, note **F.-X. TRAIN**.

un certain lien entre elle et ses associés, « un lien direct d'obligation est ainsi institué entre la coopérative et certains associés des sociétés adhérentes. [495]»

Ce lien se clarifie par l'insertion d'une clause de préemption, semblable à celle insérée dans notre arrêt d'étude. « Les statuts ménageaient à la coopérative un droit de préemption sur les parts ou actions des sociétés adhérentes, dont le règlement intérieur précisait la mise en œuvre : l'associé-dirigeant ainsi que tout associé de plus de 4% d'une société adhérente doivent, en cas de cession de leurs parts, proposer à la coopérative de les acquérir. [496]»

549. Cependant, à notre sens cette hypothèse nous semble inapplicable au niveau de M. X, qui s'est retiré depuis des années de la coopérative et ne jouissait évidemment plus de la qualité d' « associé » ou « dirigeant-associé ». « Et ce lien direct visait M. X en sa qualité d'associé désireux de céder ses parts à un tiers, et non en sa qualité de dirigeant. En conséquence, c'est en cette même qualité d'associé-cédant que la clause compromissoire lui est étendue, et non en sa qualité de dirigeant. L'arrêt commenté illustre ainsi un « faux cas » d'extension au dirigeant, mais, du même coup, semble-t-il, un « vrai cas » d'extension aux associés des personnes morales associées. [497]»

b) La critique de l'hypothèse de l'extension de la clause compromissoire au dirigeant de la société retirée d'une coopérative

550. Dans le cadre de son interprétation de cet arrêt, M. TRAIN a considéré que l'hypothèse de l'extension de la clause d'arbitrage à M. x en sa qualité de dirigeant, s'avère sans issue, pour deux raisons :

Tout d'abord, la première raison, c'est que l'extension diffère selon le cas, et qu'elle s'effectue essentiellement en présence de manœuvres frauduleuses, qui se trouvent absentes dans l'affaire traité. « Le droit positif consacre ainsi le caractère exclusif de la fraude comme fondement de l'extension de la clause compromissoire au dirigeant. »

De même, cette hypothèse est inapplicable dans les mesures que M. x dans sa qualité de dirigeant de la « société Floradis », a certainement participé à la négociation de l'insertion de la clause d'arbitrage. « Un argument rationnel a été avancé pour expliquer cette jurisprudence, qui

[495] Cass. ch. com., 8 novembre 2005, *Rev. arb.* 2006.714, note **F.-X. TRAIN**.
[496] Cass. ch. com., 8 novembre 2005, *Op.Cit.*.
[497] Cass. ch. com., 8 novembre 2005, *Ibid*.

condamne du même coup, nous semble-t-il, le mélange des genres dont paraît procéder l'arrêt commenté : l'intervention directe du dirigeant social dans la négociation, la conclusion et l'exécution des accords passés par la personne morale avec des tiers peut être considérée comme inhérente à ses fonctions, et même de bonne gestion. Si l'on devait se contenter de cette intervention pour fonder son engagement personnel à l'arbitrage, celui-ci risquerait de devenir quasi-systématique. [498]»

§3) L'opposabilité de la clause compromissoire à l'égard du dirigeant d'une société retirée d'une coopérative à la suite de sa bonne gestion

551. Selon M. TRAIN, certains auteurs se sont basés sur un argument qui leur semble logique pour expliquer la soumission du dirigeant d'une société retirée d'une coopérative à l'arbitrage et donc à la sentence arbitrale rendue, même s'il est étranger à la clause compromissoire. « Un argument rationnel a été avancé pour expliquer cette jurisprudence, qui condamne du même coup, nous semble-t-il, le « mélange des genres » dont paraît procéder l'arrêt commenté. [499]»

D'après cet argument, la soumission du dirigeant à l'arbitrage est justifiée par la bonne gestion du dirigeant de la société ainsi que son intervention directe dans la négociation et sa conclusion des actes juridiques liant la société avec d'autres personnes.

552. Cette logique tenterait à soumettre directement le dirigeant non-signataire à ce mode de traitement de litiges, pour la seule raison de sa fonction initiale qu'est la direction. L'auteur souligne que, « si l'on devait se contenter de cette intervention pour fonder son engagement personnel à l'arbitrage, celui-ci risquerait de devenir quasi-systématique.[500] »

[498] Cass. ch. com., 8 novembre 2005, *Rev. arb.* 2006.714, note **F.-X. TRAIN.**
[499] Cass. ch. com., 8 novembre 2005, *Ibidem.*
[500] Cass. ch. com., 8 novembre 2005, *Rev. arb.* 2006.714, note **F.-X. TRAIN.**

§4) L'intuitus personae explique l'opposabilité de la clause compromissoire au dirigeant de la société retirée d'une coopérative

553. Dans cet arrêt la Cour de cassation s'est appuyée sur l'intuitus personae reliant les associés. « Le préambule des statuts du Système U insist[e] sur l'intuitus personae comme élément déterminant dans les rapports juridiques entre coopérative et associé quand bien même existât l'écran que constitue la personnalité morale.[501] »

554. En réalité, se référer à l'intuitus personae comme élément essentiel caractérisant les relations entre les associés et la coopérative, explique l'extension de la clause compromissoire insérée dans les statuts des coopératives à des personnes qui n'ont plus la qualité d'associé au sein de ces dernières. « La référence à l'intuitus personae pourrait n'être que la traduction au cas d'espèce d'une préoccupation plus générale de l'arbitrage en matière de société. Dans son ouvrage M. COHEN avait déjà souligné le caractère gênant de la condition d'associé, qui se rapporte autant à la validité qu'à la portée rationae personae de la clause d'arbitrage statutaire. L'auteur raisonnait à propos du dirigeant social non associé, dont on ne peut pas davantage dire qu'il est étranger à la vie sociale de la société ; il évoquait aussi l'avalanche de dispositions législatives, créant toutes sortes de titres, à la qualification très incertaine, et dont les détenteurs ne sont pas nécessairement admis au rang d'associé.[502] »

555. Cet élément, justifie de même le dépassement de la coopérative des limites de ses statuts, raisonnement approuvé dans l'arrêt du 8 novembre 2005. « En d'autres termes, plus généraux, la vie sociale de la société peut s'étendre au-delà des limites formelles du pacte social-notamment ratione personae. En sorte que la vocation naturelle de la clause d'arbitrage à régir l'ensemble des relations internes de la société peut s'en trouver contrariée. L'arrêt du 8 novembre 2005 illustre une situation de ce genre, dans laquelle, eu égard à la nature spécifique de la société et à ses dispositions statutaires très précises, certaines personnes étaient directement impliquées dans la vie sociale alors qu'ils n'avaient pas la qualité d'associé.

[501] Cass. ch. com., 8 novembre 2005, *Rev. arb.* 2006.712, note **F.-X. TRAIN.**
[502] Cass. ch. com., 8 novembre 2005, *Rev. arb.* 2006.716, note François-Xavier TRAIN.

556. La chambre commerciale a fait prévaloir la réalité complexe des relations internes de la coopérative, en admettant l'extension de la clause compromissoire au non-associé ; une extension en interne », pour ainsi dire.[503] »

2°) Le cas d'un dirigeant cédant ses parts dans une société coopérative

557. Dans notre traitement de l'effet de la clause compromissoire à l'égard d'une personne perdant la qualité d'associé, nous présenterons le cas d'un dirigeant cédant ses parts dans une société membre d'une coopérative.

Pour mieux comprendre cet effet, nous exposerons la position de la jurisprudence sur ce sujet, donc la Cour de cassation approuvant l'opposabilité de la clause compromissoire à l'égard du dirigeant cédant de ses parts dans une société coopérative (**§1),** ainsi que l'avis des auteurs sur l'opposabilité de la clause compromissoire à l'égard du dirigeant d'une société coopérative **(§2).** Toutefois, nous discuterons l'hypothèse de l'opposabilité et nous émettrons la critique sur la décision de l'opposabilité de la clause d'arbitrage à l'égard de l'ex-dirigeant **(§3).**

§1) La Cour de cassation approuvant l'opposabilité de la clause compromissoire à l'égard du dirigeant cédant ses parts dans une société coopérative

558. Dans une sentence rendue le 13 mars 2006, le tribunal arbitral statuant en équité a retenu sa compétence à l'égard du dirigeant de la société, et cela en considérant qu'au moment de l'adhésion de la société, il avait forcément pris connaissance du contenu du règlement intérieur et l'avait accepté, même non expressément. « La sentence prononcée avait jugé que la clause compromissoire et celle relative au droit de préemption étaient opposables au dirigeant concerné et l'avait condamné à indemniser la coopérative.[504] »

559. Cependant, ce dirigeant introduit un recours en annulation contre cette sentence devant la Cour d'appel de Montpellier[505], dans les limites qu'elle lui était étrangère et par conséquent inopposable. Elle a retenu que « l'intéressé n'était pas associé de la société coopérative en son nom personnel, puisqu'il n'était que le dirigeant de la société adhérente, et qu'il n'était pas

[503] Cass. ch. com., 8 novembre 2005, *Rev. arb.* 2006.716, note **F.-X. TRAIN.**

[504] Cass. 1re civ., 22 octobre 2008, « Opposabilité du règlement intérieur d'une société coopérative au dirigeant d'une société associée », *Revue des sociétés* 2009 p.363, note **B. SAINTOURENS.**

[505] Montpellier, 2e ch., A, 26 juin 2007.

partie, à titre personnel, à l'acte prévoyant la clause compromissoire et ne pouvait donc se voir opposer cette clause à l'occasion de la vente de ses parts dans la société adhérente, seule partie au règlement intérieur et aux statuts.[506] »

560. La Cour d'appel de Montpellier dans son arrêt du 26 juin 2007[507], tenait par sa décision la qualité de tiers au dirigeant de la société à l'égard de la clause compromissoire insérée dans les statuts de celle-ci, dans les seuls moyens que d'une part sa personnalité juridique[508] se distingue totalement de celle de la société qu'il dirige et représente, et d'autre part, du fait de la vente de ses parts lui rend étranger à toute clause litigieuse attachant la société exclusivement.

561. À la suite du pourvoi de cassation, la Haute Cour dans son arrêt du 22 octobre 2008[509], a cassé et annulé dans toutes ses dispositions la décision de la Cour d'appel de Montpellier, et cela en soutenant la qualité de partie du dirigeant, qui dans le cadre de son adhésion à titre personnel au règlement de la société a accepté tacitement la clause d'arbitrage qui y été insérée. « L'arrêt annulant en conséquence la sentence est toutefois frappé de cassation en des termes qui laissent un peu perplexes.[510] »

562. La Cour de cassation a déduit que, si le règlement intérieur d'une société indique une union de personnalité et d'activités entre la société et ses associés qui la contrôlent directement ou indirectement, ou même la dirigent, cela implique « que le dirigeant associé d'une société signataire de ce règlement intérieur a nécessairement adhéré à titre personnel, a accepté d'être lié par les clauses le concernant directement en tant que dirigeant social, particulièrement la clause d'arbitrage.[511] »

---

[506] Cass. 1re civ., 22 octobre 2008, « Opposabilité du règlement intérieur d'une société coopérative au dirigeant d'une société associée », *Revue des sociétés* 2009 p.363, note **B. SAINTOURENS**.

[507] Montpellier, 2e ch., A, 26 juin 2007.

[508] Dans ce sens voir, l'arrêt de la Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 8 novembre 2005, n°03-14.630, Inédit. « Que l'autonomie juridique d'une personne morale a pour conséquence l'impossibilité d'étendre les effets des conventions par elles souscrites ; qu'il en d'écoule en l'espèce que seule la société Floradis ayant adhéré au système coopératif, les statuts et le règlement intérieur de la société Système U ne s'imposaient qu'à elle seule ; qu'il importait peu en conséquence qu'il ait eu connaissance de ces dispositions dont certaines l'auraient impliqué dès lors que s'agissant de clauses créant des obligations à son encontre, elles ne pouvaient lui être déclarées opposables sans que soit constaté l'existence d'un engagement personnel faisant en réalité totalement défaut ; qu'ainsi l'arrêt viole les articles 1134 et 1165 du Code civil. »

[509] Cass. 1re civ., 22 octobre 2008, n°07-18744.

[510] Cass. 1re civ., 22 octobre 2008, « Opposabilité du règlement intérieur d'une société coopérative au dirigeant d'une société associée », *Revue des sociétés* 2009 p.363, note **B. SAINTOURENS**.

[511] Cass. civ. 1re, 22 octobre 2008, « L'extension de la clause compromissoire au dirigeant associé de la société partie au contrat qui la contient », note **Th. CLAY**, *Petites affiches*, 16 mars 2009, n°53, P.3.

563. Par ce fait, elle a retenu la violation de la Cour d'appel de l'article 3 du règlement intérieur de la société, de même a expliqué sa décision de l'opposabilité de la clause compromissoire à l'égard du dirigeant non-signataire tout en se référant à l'hypothèse de l'acceptation tacite de cette clause. « Qu'en statuant ainsi, alors qu'en application de l'article 3 du règlement intérieur de la société Système U, selon lequel la personnalité et l'activité d'une société, personne morale, se confondent avec la personnalité et l'activité de celui ou de ceux qui la contrôlent directement ou indirectement et la dirigent, M. X. avait nécessairement adhéré à titre personnel à ce règlement et accepté d'être lié par les clauses le concernant directement en tant que dirigeant social, particulièrement la clause d'arbitrage et celle relative au droit de préemption, la Cour d'appel a violé l'article 1484, alinéa 2-1, du Code de procédure civile.[512] »

564. Nous remarquons finalement que la solution rendue par la Cour de cassation, ressemble fort à l'affaire traitée aux pages précédentes, rendue le 8 novembre 2005, là où la Cour de cassation a justifié sa décision par le fait que le dirigeant associé avait nécessairement eu connaissance des dispositions litigieuses, et a « nécessairement adhéré à titre personnel », de plus il les avait non moins nécessairement acceptées[513].

§2) L'avis des auteurs sur l'opposabilité de la clause compromissoire à l'égard du dirigeant cédant ses parts dans une société coopérative

565. La doctrine acceptant l'opposabilité de la clause compromissoire à l'égard du dirigeant cédant des parts, explique cette acceptation tout en se basant sur la qualité de tiers de ce dernier ou par application de l'hypothèse de l'extension de la clause d'arbitrage. Nous présenterons, l'opposabilité de la clause d'arbitrage selon la qualité des personnes contractantes **(a)** et l'opposabilité réalisée par l'extension de la clause compromissoire à l'ex dirigeant associé **(b).**

[512] Cass. civ. 1re, 22 octobre 2008, *Op.Cit.*, P.3.
[513] Cass. Com., 8 novembre 2005, *Rev. arb.* 2006.709, note **F.-X. TRAIN**.

a) L’opposabilité de la clause d'arbitrage selon sa qualité des personnes contractantes

566. Pour M. EL AHDAB, l’arrêt de la Cour de cassation du 22 octobre 2008[514] n’entre pas uniquement dans l’ensemble de la jurisprudence défendant l’extension des effets de la clause d'arbitrage et son épanouissement rationae personae[515] loin des parties signataires, mais il illustre de même une relation particulière entre les matières, contractuelle, sociétaire et arbitrale.

567. Il met en évidence, « la qualité de personne », pour interpréter l’opposabilité de la clause compromissoire insérée dans le règlement intérieur de la société coopérative à l’égard du dirigeant social de la société adhérente. Et explique que « la question de la portée rationae personae de la clause d'arbitrage contenue dans le règlement intérieur de la coopérative à l'égard du dirigeant d'une société adhérente de celle-ci était donc au cœur de ce litige, à la croisée des chemins sociétaire, contractuel et arbitral. [516]»

568. La clause compromissoire dans cette affaire, n’était pas insérée dans les statuts de la société, mais dans son règlement interne[517], ce document spécial, relatif à une coopérative, qu’est une société de type particulier, et c’est ce qui donne d’ailleurs à l’arrêt traité une certaine particularité. « S'il semble admis que la fonction de cet acte sociétaire, sans véritable régime légal, est de régler, dans le détail, le fonctionnement interne et quotidien de la société, sa nature juridique ne semble pas avoir été arrêtée : tantôt c'est son caractère « infra statutaire » et « social » qui est mis en avant, tantôt, on juge le document, comme en l'espèce, « contractualisé » de sorte que, a fortiori dans des formes de société, comme la coopérative, comportant un fort intuitu personae.[518] »

569. Toutefois, M. EL AHDAB a critiqué le règlement de la coopérative, en considérant que son article 3, mélange toutes les activités ainsi que les personnalités des associés et de la société les unes aux autres. « La personnalité morale de chaque société membre se confond avec

---

[514] Cass. 1re civ., 22 octobre 2008, n°07-18744.

[515] Lorsque le problème est, celui du rayonnement de la clause compromissoire à l’égard des tiers. Voir dans ce sens **B. OPPETIT**, « L’arbitrage et les tiers : journée du comité français de l’arbitrage », *Rev. arb.* 1988, p. 435.

[516] **J. EL AHDAB**, « L'efficacité ratione personae de la clause d'arbitrage contenue dans le règlement intérieur d'une société coopérative vis-à-vis du dirigeant d'un sociétaire », *Rev. Sociétés*, 2009. 618.

[517] Contrairement aux statuts publics des sociétés, le règlement est un document connu par son exclusivité et sa totalité interne et s'impose par ce fait à tous les salariés et associés d'une société.

[518] **J. EL AHDAB**, *Op.Cit.*

celle de celui qui la contrôle ou la dirige-que la Cour a percé ledit voile social en liant directement le dirigeant. En l'espèce il pourrait presque être soutenu que le règlement intérieur commande lui-même sa propre application.[519] »

b) L'opposabilité réalisée par l'extension de la clause compromissoire à l'ex-dirigeant associé

570. Pour justifier l'opposabilité de la clause compromissoire à l'égard du dirigeant, nous expliquerons l'extension de cette clause selon différentes hypothèses. Tout d'abord, l'extension exclusive de la clause compromissoire à l'ex-dirigeant dans le domaine de l'arbitrage interne **(1),** ensuite nous exposerons l'idée de certains auteurs de l'extension de la clause compromissoire au dirigeant tiers par le biais de son acceptation tacite **(2),** alors que certains d'autres développent, l'extension de la clause compromissoire à l'ex-dirigeant par application du concept de liaison **(3)** et finalement l'extension de la clause compromissoire à l'ex-dirigeant par le fait de son adhésion à la société **(4).**

1) L'extension de la clause compromissoire à l'ex- dirigeant au sein d'une société

571. M. EL AHDAB[520] de sa part, a assumé que l'extension de la clause compromissoire a été répandu dans le domaine de l'arbitrage international au niveau des chaînes de sociétés, tandis que l'arrêt de la Cour de cassation du 22 octobre 2008, illustre cette extension dans le domaine de l'arbitrage interne au sein même d'une seule société. En ajoutant que la Cour de cassation a adopté « une position originale en ce sens que le consentement à la convention d'arbitrage est a déduit du contenu même des stipulations du règlement intérieur[521]. »

[519] **Jalal EL AHDAB**, *Ibid*.
[520] **Jalal EL AHDAB**, *Ibid.*
[521] **Jalal EL AHDAB**, *Ibid.*

2) L’extension de la clause compromissoire au dirigeant tiers par le biais de son acceptation tacite

572. M. CLAY a justifié la logique la décision de la Cour de cassation, en se basant sur deux arguments.

Dans son premier argument, il a expliqué l’hypothèse de l’extension de la clause compromissoire au dirigeant non-signataire, par l’idée de « l’aménagement conventionnel [522] ». Un aménagement, marquant une exception du principe de l’effet relatif des contrats limitant l’effet des conventions aux seuls contractants signataires.

Tandis que dans son second argument, il a confirmé le mécanisme de l’extension par le biais de l’acceptation tacite du dirigeant tiers. « S'agissant plus spécialement du problème de l'extension de l'effet obligatoire d'une clause compromissoire à une tierce personne, qui est celui qui nous retiendra présentement, il convient de rappeler, d'une part, que les parties peuvent en effet aménager contractuellement la portée de leur convention d'arbitrage et d'autre part, que la jurisprudence admet qu'un tiers peut avoir tacitement accepté d'y adhérer et ainsi de s'y trouver soumis.[523] »

573. De même, M. EL AHDAB s’est basé sur cette hypothèse pour clarifier la décision de la Cour de cassation, « en se fondant sur une connaissance présumée et une volonté tacite des parties d'être liées par la clause d'arbitrage, l'extension de celle-ci bien au-delà du champ des parties de départ. Dès lors, en sa qualité d'associé d'une société signataire de la clause d'arbitrage, le dirigeant a dû connaître et vouloir cette clause : il doit y être liée.[524]»

574. Finalement, il a confirmé que la décision de la Cour de cassation ne viole pas le principe de l’autonomie de personnalité juridique des sociétés en assumant que la convention à ce niveau « perce le voile de la personnalité morale, ce qui est parfaitement possible et licite, en

[522] Cass. civ. 1re, 22 octobre 2008, « L'extension de la clause compromissoire au dirigeant associé de la société partie au contrat qui la contient », note **Th. CLAY**, *Petites affiches*, 16 mars 2009, n°53, P.3.

[523] Cass. civ. 1re, 22 octobre 2008, « L'extension de la clause compromissoire au dirigeant associé de la société partie au contrat qui la contient », note **Th. CLAY**, *Petites affiches*, 16 mars 2009, n°53, P.3.

[524] **J. EL AHDAB**, « L'efficacité ratione personae de la clause d'arbitrage contenue dans le règlement intérieur d'une société coopérative vis-à-vis du dirigeant d'un sociétaire », *Rev. sociétés*, 2009. 618.

dehors même des cas où c'est le juge qui s'en charge, sur le fondement de la fraude, de la fictivité ou de la confusion des patrimoines. [525]»

3) L'extension de la clause compromissoire à l'ex-dirigeant par application du concept de liaison à la vie sociale

575. MM. FAGES et JAEGER acceptent l'opposabilité de la clause compromissoire à l'égard du dirigeant en général comme aux associés, en se basant sur le concept de liaison qui les lie aux statuts de la société. « La clause compromissoire figurant dans les statuts n'oblige pas seulement les associés, mais tous ceux qui se trouvent concernés par la vie sociale. C'est notamment le cas des dirigeants, même non associés.[526] »

La Cour de cassation dans son arrêt du 8 novembre 2005[527], a considéré que le dirigeant social connaissait les deux : les statuts et le règlement intérieur du Système U et, les ayants acceptés, devait être soumis à une partie des effets obligatoires produits par la liaison qui était née entre sa société et le Système U.

4) L'extension de la clause compromissoire à l'ex-dirigeant par le fait de son adhésion à la société

576. M. LE CANNU, avance que le dirigeant par le simple fait de son adhésion à la société, ait accepté à titre personnel son règlement intérieur, dont certaines clauses insérées, lui seront opposables en vertu de sa qualité, et assure à ce niveau qu'« il serait aussi possible de dire que dirigeants et associés consentent à se placer sous le joug du règlement intérieur du fait que les premiers acceptent leurs fonctions et du fait que les seconds consentent à entrer dans la société. [528]»

Selon cet auteur, que tout consentement du dirigeant lui soit opposable personnellement, alors que sa fonction véritable est de représenter la société qu'il dirige. Nous trouvons que cette déduction est injuste surtout au niveau de l'arbitrage. À ce niveau et par application de cette hypothèse, toute

[525] Cass. civ. 1re, 22 octobre 2008, *Op.Cit.*

[526] **F. FAGES** et **L. JAEGER**, « Les nouveaux domaines de la clause compromissoire en droit des sociétés », *Bulletin Joly Sociétés*, 1er juillet 2001, n°7 - page 772.

[527] Cass. com., 8 nov. 2005, pourvoi n° 03-14.630.

[528] **P. LE CANNU**, « Nature du règlement intérieur et champ d'application d'une clause d'arbitrage », *Bulletin Joly Sociétés*, 1er avril 2009, n°4, P. 360.

la procédure arbitrale lui sera opposable, alors qu'il est tout à fait étranger à la clause compromissoire.

577. Cependant, M. SANTOURIEN nous a apporté une solution à cette injustice, en cadrant sa responsabilité et l'opposabilité de la procédure arbitrale à son égard dans les limites de l'acceptation expresse du dirigeant dès son adhésion à la coopérative d'une convention spécifique lui obligeant de respecter toute clause insérée dans le règlement « Dans un tel contexte d'incertitudes, provoquées par la jurisprudence ici rapportée, la prudence nous paraît devoir conduire à adopter en pratique un processus juridique le plus maîtrisé possible. On pourrait imaginer que lors de l'entrée d'une société au sein d'un groupement coopératif, l'adhésion de celle-ci au règlement intérieur s'accompagne de la signature d'un engagement spécifique pris par ses propres dirigeants et associés de respecter diverses clauses (compromissoire ou de préemption, notamment), considérées comme indispensables à la stabilité économique du réseau. Ils en seraient alors juridiquement tenus, sans devoir faire autant souffrir des principes aussi fondamentaux que l'effet relatif des contrats et l'autonomie des personnes morales. Il faut les préserver, la science juridique, et donc le milieu des affaires, pourrait encore en avoir besoin.[529]»

578. De leur part, MM. CHAMPAUD et DANET, considèrent que le règlement intérieur de la coopérative et son statut sont liés les uns aux autres et la signature de l'un d'eux implique une acceptation totale du contenu des deux, notamment la clause compromissoire y incluse, sauf preuve de la présence de manœuvres frauduleuses viciant le consentement du signataire. « Ces règlements intérieurs constituent des contrats multilatéraux dont les parties endossent les obligations et bénéficient des engagements des cosignataires par une adhésion qui résulte de la signature qu'ils donnent en échange d'un statut qu'ils convoitent. Donc, sauf dol ou autres vices du consentement, ces stipulations les engagent conformément à l'article 1134 du code civil.[530] »

579. La Haute Cour a déjà admis dans deux autres arrêts[531] l'application d'une clause du règlement intérieur au dirigeant d'une société associée à une coopérative puisqu'il en était de la sorte exprimée dans l'acte. « Répétition ne valant pas validation, il n'en demeure pas moins que

[529] Cass. 1re civ., 22 octobre 2008, « Opposabilité du règlement intérieur d'une société coopérative au dirigeant d'une société associée », *Revue des sociétés* 2009 p.363, note **B. SAINTOURENS**.
[530] Civ. 1re, 22 oct. 2008, pourvoi n° 07-18.744, arrêt n° 1014 F-D, note **C. CHAMPAUD** et **D. DANET**, *RTD* Com. 2009 p.149.
[531] Cass. 1re Civ., 20 septembre 2006, pourvoi n° 05.10.781 ; Cass, ch. Commerciale, 8 novembre 2005, pourvoi n°1375 F-D.

cette position, en ce qu'elle heurte tout à la fois l'effet relatif des contrats et l'autonomie de la personne morale au regard de ses membres, aurait peut-être mérité une plus grande attention dans le libellé des arrêts émanant de la Haute Juridiction.[532] »

580. En réalité, le règlement intérieur d'une société peut revêtir deux formes, soit celui d'un acte unilatéral[533] ou d'un acte social[534].

Dans sa première forme, le règlement fixe des règles aux dirigeants de la société ou à ses associés, sans tenir compte de l'expression expresse de leur consentement, contrairement à sa deuxième forme qui nécessite leur approbation explicite.

Toutefois, si l'arrêt commenté traitait simplement d'un acte social, il n'aurait été nullement besoin de s'interroger sur l'acceptation personnelle du dirigeant à cet acte, attendu que sa qualité de la société associée suffisait pour le tenir aux clauses du règlement.

§3) La critique sur la décision de l'opposabilité de la clause d'arbitrage à l'égard de l'ex-dirigeant

581. La Cour de cassation dans son arrêt du 22 octobre 2008, voulait impliquer le dirigeant par une clause compromissoire qu'il n'a même pas signée, dans le cadre de la seule application d'un article du règlement interne de la société.

En réalité, l'article 3 du règlement imposait les obligations engendrées par le règlement intérieur à la fois à la société et à tout associé examinant directement ou non les activités de cette dernière.

582. Nous nous demandons, si une clause d'arbitrage dans le domaine sociétaire peut étaler ses effets à l'égard des personnes qui ne sont pas « les contractants originaires, ou à l'égard de contrats qui se présentent comme distincts de celui auquel la clause se rapporte.[535] »

---

[532] Cass. 1re civ., 22 octobre 2008, « Opposabilité du règlement intérieur d'une société coopérative au dirigeant d'une société associée », *Revue des sociétés* 2009 p.363, note **B. SAINTOURENS.**

[533] *Lamy Sociétés commerciales* 2008, n° 371.

[534] **M. COZIAN, A. VIANDIER** et **F. DEBOISSY**, *Droit des sociétés*, Litec, 21e éd., n° 186.

[535] Cass. civ. 1re, 22 octobre 2008, « L'extension de la clause compromissoire au dirigeant associé de la société partie au contrat qui la contient », note **Th. CLAY**, *Petites affiches*, 16 mars 2009, n°53, P.3.

En d'autres termes, nous s'interrogeons sur la possibilité que cette décision soit appréciée comme extension de la clause compromissoire à l'égard du dirigeant non-signataire, puisqu'elle contribue à un élargissement du champ d'application de la clause d'arbitrage vis-à-vis cet associé.

La réponse à ces interrogations nous mène à critiquer la décision de la Cour de cassation qui approuve l'opposabilité de la clause compromissoire à l'égard du dirigeant, nous traiterons donc, l'inopposabilité de la clause compromissoire à l'ex-dirigeant de la société **(a)** et la violation des principes contractuels, sociétaires et contractuels **(b).**

a) L'inopposabilité de la clause compromissoire à l'ex-dirigeant de la société

583. En réalité, la position adoptée par la Cour de cassation dans son arrêt du 22 octobre 2008 ne formait pas une originalité en jurisprudence, surtout que deux arrêts[536] relatifs au même concept ont été rendus successivement, tout en admettant l'application d'une clause du règlement intérieur au dirigeant d'une société associée parce qu'il en était ainsi stipulé dans cet acte.

604- Cette décision, ne traitait pas effectivement le sujet de l'extension ni celui de la transmission de la clause compromissoire aux associés non-signataires de celle-ci, mais il se heurtait absolument à deux principes essentiels au niveau contractuel et sociétaire.

584. D'ailleurs M. COHEN, confirme dans sa note sur l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 26 juin 2003[537], l'idée de l'inopposabilité de la clause compromissoire au dirigeant d'une société, qui n'a réellement aucune obligation personnelle le liant à l'arbitrage, puisqu'il se limite à représenter objectivement cette personne morale. « Le représentant d'une société qui n'a pris aucun engagement personnel, et alors que la société n'est pas fictive pour constituer un écran au profit de ce représentant, ne saurait être personnellement concerné par la clause compromissoire

[536] Civ. 1re, 20 sept. 2006, *LPA*, 19 janv. 2007, n° 15, p. 7, note **C. LACOUR** « Dès lors que n'est pas manifestement nulle ou inapplicable au dirigeant d'une personne morale membre d'une société coopérative, la clause compromissoire stipulée au règlement intérieur dont les dispositions, ainsi que celles des statuts, lui sont opposable. La clause compromissoire était stipulée à l'article 24 du règlement intérieur et que les dispositions des statuts et du règlement intérieur étaient opposables aux personnes physiques dirigeantes des personnes morales membres du groupement» ; Com. 8 nov. 2005, *BRDA* 2/06, n° 16.

[537] Paris, 26 juin 2003, *Rev. arb.* 2006. 143.

et la sentence ne saurait avoir effet à son égard alors qu'il a soulevé devant l'arbitre l'irrecevabilité de la demande pour ce qui le concernait.[538] »

b) La violation des principes contractuels, sociétaires et contractuels

585. L'opposabilité de la clause compromissoire au dirigeant, marque une violation de plusieurs principes. Tout d'abord la violation du principe de l'effet relatif des contrats **(1)**, la violation du principe de l'autonomie de la personnalité juridique de la société et ses associés **(2)** et certainement la violation du principe de l'autonomie de la clause d'arbitrage **(3).**

1) La violation du principe de l'effet relatif des contrats

586. La solution rendue par la Cour de cassation dans son arrêt du 22 octobre 2008 a touché, d'une part à l'effet relatif des contrats, préservé à l'article 1199 du Code civil[539], qui limite l'implication de ses stipulations aux seuls contractants, sans les dépasser aux tiers. Toutefois cette limitation des conventions aux parties signataires, ne nuit aux autres non-signataires.

587. Cependant, comme l'indique M. CLAY, parfois certaines personnes non-signataires interviennent à n'importe quel stade de la formation du contrat. « Conformément à la règle de droit commun de l'effet relatif des contrats, la convention d'arbitrage n'oblige en principe que ceux qui y sont parties, c'est-à-dire ceux qui l'ont acceptée et ceux qui viennent aux droits de l'une des contractants. Néanmoins, la complexité des relations économiques conduit souvent soit à la rédaction d'une pluralité de contrats, soit à ce que plusieurs personnes interviennent à un titre ou à un autre, à un stade ou à un autre, dans la situation contractuelle. [540]»

588. De sa part, M. EL AHDAB explique que le dirigeant était protégé par deux principes sociétaires. « Il y avait une double étanchéité sociétaire qui protégeait, du moins théoriquement le dirigeant : l'autonomie de la personne morale à l'égard de ses associés que le dirigeant n'était pas personnellement membre de la coopérative, seule la société dans laquelle il détenait une

---

[538] **D. COHEN**, « L'engagement des sociétés à l'arbitrage », *Rev. arb.* 2006. 35.

[539] L'article 1199 du Code civil :
« Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties.
Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV. »

[540] Cass. civ. 1re, 22 octobre 2008, « L'extension de la clause compromissoire au dirigeant associé de la société partie au contrat qui la contient », note **Th. CLAY**, *Petites affiches*, 16 mars 2009, n°53, P.3.

participation l'était ; et la transparence contractuelle du dirigeant d'une société et non lui à titre personnel. [541]»

2) La violation du principe de l'autonomie de la personnalité juridique de la société et ses associés

589. Et d'autre part, le concept de la séparabilité des personnalités juridiques de la société et ses associés ou le principe d'autonomie des personnes morales.

Pourtant ce principe d'autonomie connu entre la personne morale et les personnes physiques ou ses associés, connaît certes des exceptions, « mais c'est au prix d'une incontestable rigueur telle que l'illustre la jurisprudence relative, par exemple, à la confusion des patrimoines ou la fictivité. De même, on peut admettre que l'effet relatif des contrats n'empêche pas qu'un tiers puisse être soumis aux stipulations d'un acte auquel il n'a pas personnellement et expressément adhéré, mais encore faut-il que la preuve de sa connaissance et de son absence de contestation soit rigoureusement apportée.[542] »

590. D'ailleurs, la Cour d'appel dans sa décision a mis en évidence ce principe tout en se référant à la clarté du contrat et le rôle du dirigeant, en considérant que le dirigeant de la société adhérente de cette coopérative, ne se présentait que comme associé de la coopérative et non à titre personnel aux engagements de la société, il n'était pas donc parties personnellement « à l'acte prévoyant la clause compromissoire et n'avait pu émettre la volonté de se soumettre à l'arbitrage et aux diverses dispositions sur la cession des parts de la société adhérente. »

591. La Cour de cassation dans son arrêt du 30 octobre 2006[543], limite l'application de la clause d'arbitrage à la société et ne cherche pas à l'étendre à son dirigeant qui l'a signé au nom de la société et non à titre personnel, ni à d'autres sociétés non-signataires appartenant au même groupe. « S'en tient à une vision respectueuse de la seule signature de la société par l'intermédiaire de son dirigeant social et refuse d'étendre les effets de la clause d'arbitrage tant à l'égard de ce dernier qu'à celui d'une autre société du groupe qu'il dirige également. La solution évite ainsi de

[541] **J. EL AHDAB**, « L'efficacité ratione personae de la clause d'arbitrage contenue dans le règlement intérieur d'une société coopérative vis-à-vis du dirigeant d'un sociétaire », *Rev. sociétés*, 2009. 618.

[542] **B. SAINTOURENS**, « Opposabilité du règlement intérieur d'une société coopérative au dirigeant d'une société associée », *Rev. sociétés* 2009. 363.

[543] Cass., civ., 1ère Ch., du 30 octobre 2006, 04-15.512, Publié au bulletin.

possibles débordements intempestifs mais invite corrélativement les opérateurs du commerce international à faire preuve de la plus grande prudence dans la conclusion des contrats avec des sociétés, aux liens tellement étroits, qu'elles apparaissent parfois comme de véritables nébuleuses.[544] »

592. Finalement nous nous accordons avec M. COHEN, que le dirigeant d'une société représente uniquement la société, « sauf circonstances particulières, le dirigeant agit ès-qualités et n'est que le représentant légal de la société : dès lors, c'est cette dernière, qui doit être liée par la clause d'arbitrage. L'exception n'est possible que s'il existe des manœuvres de son représentant. [545]»

3) La violation du principe de l'autonomie de la clause d'arbitrage

593. Outre ces principes, la décision prise par la Cour de cassation, s'oppose carrément à un troisième principe très intéressant et connu dans le domaine de l'arbitrage dans ces deux niveaux interne et international, par le principe de l'autonomie de la clause compromissoire. Par ce principe, la clause d'arbitrage garde une indépendance totale du contrat la contenant et de ses clauses et reste par ce fait tout à fait intact de toutes circonstances pouvant influencer ses effets juridiques.

594. En effet, « l'accord compromissoire qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles, une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte.[546] »

Ce qui entraîne que cette clause, s'applique même en cas de nullité ou d'inefficacité de l'acte qui la contient. « La clause d'arbitrage présente par rapport à la convention dans laquelle elle s'insère une autonomie juridique excluant qu'elle puisse être affectée par l'inefficacité de cet acte.[547] »

[544] Cass. civ. 30 octobre 2006, *Rev. arb.* 2008.309, note **D. COHEN**.
[545] Cass. civ. 30 octobre 2006, *Rev. arb.* 2008.309, note **D. COHEN**.
[546] **J. EL AHDAB**, « L'efficacité ratione personae de la clause d'arbitrage contenue dans le règlement intérieur d'une société coopérative vis-à-vis du dirigeant d'un sociétaire », *Rev. Sociétés*, 2009. 618.
[547] Paris, 6 novembre 2012, n° 11/07555.

595. Ce concept, a été parfaitement approuvé par certaine jurisprudence[548], dans le domaine de l'arbitrage interne. « Le principe d'autonomie, il est vrai, est utilisé dans un sens de validité et d'efficacité de la clause mais serait-il supplanté ici par un principe différent, sinon opposé, afin d'assurer la transmission aisée de la convention d'arbitrage et poursuivre également un objectif d'efficacité ? [549]»

596. D'autre part, au niveau de la doctrine, certains auteurs[550]ont assumé que la clause compromissoire formait en elle-même un acte à part entière dissociable du reste des autres articles contenus dans l'acte de base.

Tandis que pour d'autres auteurs, tel M. MAYER, la clause compromissoire est liée aux autres clauses substantielles du contrat, « Si la fonction de la clause compromissoire la distingue des clauses substantielles et la met à l'abri de certaines causes d'inefficacité qui peuvent affecter celles-ci, cette même fonction implique aussi que la clause compromissoire soit l'accessoire des clauses substantielles.[551] »

597. Dans le cas de l'arrêt étudié, la Cour de cassation a lié l'effet de la clause compromissoire à l'article 3 du règlement intérieur. Ce qui suppose l'hypothèse de l'implication de cette clause à d'autres articles de l'acte la contenant, qu'est le règlement interne de la société, ce qui est conformément tout à fait contraire au principe de l'autonomie déjà cité.

598. Dans le but de surpasser les principes de l'autonomie de la personnalité juridique de la société et celui de l'effet relatif des conventions, la Cour de cassation, selon M. EL AHDAB, s'est référée à une jurisprudence qui admet l'extension de la clause compromissoire dans le cadre de groupes de sociétés. « En l'espèce, la Cour de cassation, retient l'application de la clause compromissoire figurant à l'article 19-2 du règlement intérieur de la société coopérative en

---

[548] Cass., com. 9 avril 2002, « Autonomie de la clause compromissoire en droit interne de l'arbitrage, mission et choix de l'arbitre », *D.* 2003. 1117. Dans son arrêt du 9 avril 2002, la Cour de cassation a exigé « qu'en droit interne de l'arbitrage, la clause compromissoire présente, par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, une autonomie juridique qui exclut, sauf stipulation contraire, qu'elle puisse être affectée par une éventuelle inefficacité de cette convention. »

[549] App. Aix-en-Provence, 9 janvier 1997, *Rev. Arb.*1997.81, note **D. COHEN**.

[550]Sur l'arrêt du 9 avril 2002 M. DEGOS, approuve la nouveauté du principe de l'autonomie de la clause compromissoire en matière interne de l'arbitrage « C'est une nouveauté, mais ce n'est pas une surprise [...] L'autonomie de la clause compromissoire, principe connu et reconnu dans l'arbitrage international, est d'autant plus fortement affirmée en matière interne. »

[551] Note sous Paris, 1re Ch. suppl., 28 novembre 1989 et 8 mars 1990, *Rev. arb.*, 1990.675, spéc. P. 686.

énonçant que le dirigeant de la société adhérente « avait nécessairement la clause d'arbitrage adhéré à titre personnel à ce règlement et accepté d'être lié par les clauses le concernant directement en tant que dirigeant social, particulièrement la clause d'arbitrage. [552] »

3°) L'effet de la clause compromissoire à l'égard d'un président du conseil d'administration d'une société démissionnée de la société coopérative de commerçants détaillants

599. Dans notre étude sur l'effet de la clause compromissoire à l'égard d'un président du conseil d'administration d'une société démissionnée de la société coopérative de commerçants détaillants. Nous présenterons, la contestation par le président du conseil d'administration non-signataire de la procédure arbitrale à son encontre **(§1),** nous traiterons la reconnaissance prétorienne de l'opposabilité de la clause compromissoire à l'égard du président du conseil d'administration vendeur de ses parts sociales (**§2)** et l'appréciation de l'extension de la clause compromissoire au président du conseil d'administration vendeur de ses parts sociales **(§3).**

§1) La contestation par le président du conseil d'administration non-signataire de la procédure arbitrale à son encontre

600. Une coopérative de commerçants détaillants[553] a entrepris la voie de l'arbitrage contre le dirigeant d'une société coopératrice violant par la vente de ses parts sociales son droit de préemption, et cela en mettant en application la clause compromissoire insérée dans l'article 24 de son règlement intérieur.[554]

Cependant, ce dirigeant a refusé de désigner un arbitre, ce qui a suscité le Président du Tribunal de commerce à désigner un arbitre par ordonnance insusceptible de recours.

---

[552] **J. EL AHDAB,** « L'efficacité ratione personae de la clause d'arbitrage contenue dans le règlement intérieur d'une société coopérative vis-à-vis du dirigeant d'un sociétaire », *Rev. Sociétés,* 2009. 618.

[553] « Les coopératives de commerçants détaillants visent ainsi à améliorer les conditions d'exercice de leur profession par, notamment, le regroupement dans une même enceinte. » *Lamy sociétés commerciales*, éd. 2004, n° 4957.

[554] Selon Mme **C. LACOUR**, le règlement intérieur d'une coopérative indique toute ses activités internes, et tout lien avec ses adhérents. « Dans la société coopérative, le règlement intérieur précise les dispositions dans les statuts concernant les rapports entre la société et ses membres pris en leur qualité d'associés, tout en organisant les relations, dans les domaines commerciaux et financiers, que la coopérative a avec ses adhérents, en leur qualité de clients. Il s'impose aux associés. » **C. LACOUR** « Les conséquences de l'appréciation prima facie d'une clause compromissoire pour le dirigeant d'une société membre d'une coopérative », *LPA* 19 janvier n°PA200701502, p.7.

601. Une sentence arbitrale a été rendue, le dirigeant a saisi en appel-nullité la Cour d'appel de Montpellier pour annuler cette sentence arbitrale en se basant sur la nullité de la clause compromissoire d'une part, « est manifestement nulle la clause compromissoire qui n'est pas stipulée par écrit dans la convention principale, laquelle ne peut lier que des parties commerçantes[555] », et sur son inopposabilité à son encontre d'autre part, en se considérant comme tiers étranger à cette clause, en déclarant que « la clause compromissoire liant deux sociétés commerciales est manifestement inapplicable à un tiers qui ne peut être réputé, à aucun titre, partie à la convention d'arbitrage […] que la clause compromissoire en cause, à laquelle il n'avait jamais consenti, lui était manifestement inapplicable[556] ».

Tandis que la Cour d'appel de Montpellier, « le 23 novembre 2004, déclare l'appel nullité ainsi interjeté irrecevable et confirme la décision du président du Tribunal de commerce. M. x forme alors un pourvoi en cassation que la Cour de cassation, le 20 septembre 2006, rejette.[557] »

§2) La reconnaissance prétorienne de l'opposabilité de la clause compromissoire à l'égard du président du conseil d'administration vendeur de ses parts sociales

602. La question qui se pose est de savoir si la clause compromissoire est opposable au dirigeant de la société associée coopératrice.

La Cour de cassation dans son arrêt du 20 septembre 2006[558], a répondu à cette interrogation, en rejetant le pourvoi formé par M. x contre la décision de la Cour d'appel de Montpellier, qui « ne méconnaît pas l'étendue de ses pouvoirs et donc ne commet pas d'excès de pouvoir, qui relève que le premier juge est resté dans les limites de ses attributions en constatant qu'une clause compromissoire était stipulée dans le règlement intérieur d'une société coopérative de commerçants détaillants et que les dispositions des statuts et du règlement intérieur étaient opposables aux personnes physiques dirigeantes des personnes morales membres du groupement,

[555] Cass., 1re civ., 20 septembre 2006, n°05-10.781
[556] Cass., 1re civ., 20 septembre 2006, n°05-10.781
[557] **C. LACOUR** « Les conséquences de l'appréciation prima facie d'une clause compromissoire pour le dirigeant d'une société membre d'une coopérative », *LPA* 19 janvier n°PA200701502, p.7.
[558] Cass., 1re civ., 20 septembre 2006, n°05-10.781

de sorte que la clause compromissoire n'était pas manifestement nulle ou inapplicable au président du conseil d'administration d'une société associée coopérative.[559] »

En d'autres termes, l'opposabilité de la clause compromissoire à l'égard du dirigeant de la société associée à une coopérative de commerçants détaillants, même non-signataire de celle-ci, a été justifiée par les tribunaux étatiques par le fait de sa prise de connaissance de l'insertion de cette clause dans les statuts d'une part, et par application de l'article 24 du règlement intérieur de la société, d'autre part. Ce qui implique que, « les juges du fond ont étendu au dirigeant de la personne morale membre du groupement une présomption de connaissance portant à la fois sur l'existence d'un document séparé et sur le contenu de ce document.[560] »

Pour Mme LACOUR, cette présomption, forme une sorte d'arbitrage forcé et une extension obligatoire de la clause compromissoire contre un dirigeant non-signataire. « En raison d'une simple présomption d'extension de la clause aux parties au litige, le défendeur se trouve pris dans une procédure d'arbitrage à laquelle il n'a pas consenti. Cette solution emporte un « risque d'arbitrage forcé.[561] »

§3) L'appréciation de l'extension de la clause compromissoire au président du conseil d'administration vendeur de ses parts sociales

603. L'autonomie de la personnalité morale de la société et de ses dirigeants, limite l'extension de la clause compromissoire insérée dans les statuts de la société à ses dirigeants, sauf en cas de manœuvres frauduleuses. « Les conventions signées entre la société et les tiers sont, à titre personnel, étrangères au dirigeant. La société dispose d'un patrimoine propre et constitue un écran entre lui et le tiers contractant. De ce fait, les juridictions arbitrales et étatiques refusent généralement d'étendre la clause compromissoire à la personne physique intervenue en tant que

[559] Cass., 1re civ. 20 septembre 2006 « La clause compromissoire liant deux sociétés peut être applicable au président du conseil d'administration », *D.* 2006. 2343.

[560] **C. LACOUR** « Les conséquences de l'appréciation prima facie d'une clause compromissoire pour le dirigeant d'une société membre d'une coopérative », *LPA* 19 janvier n°PA200701502, p.7.

[561] **C. LACOUR** « Les conséquences de l'appréciation prima facie d'une clause compromissoire pour le dirigeant d'une société membre d'une coopérative », *LPA* 19 janvier n°PA200701502, p.7.

représentante de la personne morale. Elle n'est personnellement tenue que s'il est démontré une fraude de sa part, c'est-à-dire le non-respect de l'identité de la société.[562] »

604. Cependant, nous trouvons que l'hypothèse de l'extension de la clause compromissoire est inapplicable au dirigeant indépendant de la société qu'il dirige d'une part, et n'a commis aucune fraude par la vente de ses parts sociales.

SOUS-SECTION 2 : L'OPPOSABILITE DE LA CLAUSE D'ARBITRAGE A L'EGARD D'UN ANCIEN ASSOCIE

Pour mieux comprendre l'inopposabilité de la clause compromissoire à l'égard d'un ancien associé, nous déterminerons la qualité d'un ancien associé **(1°)** d'une part, en le concrétisant tout en choisissant le cas d'un ancien vétérinaire d'une société de participation **(2°).**

1°) La qualité d'un ancien associé

605. La question qui se pose est de savoir si l'opposabilité de la clause compromissoire à l'égard de l'associé dépend de sa présence lors de l'insertion de cette dernière dans les statuts de la société, nous nous interrogeons donc sur l'effet de cette clause avant ou après son départ de la société.

En réalité, l'associé doit selon sa qualité entreprendre ou non la voie de l'arbitrage pour traiter les litiges déclenchés entre lui et les autres associés ou entre lui et la société, cela varie donc selon le temps du déclenchement du litige. Lors de sa présence dans la société, la clause compromissoire lui est opposable, et ne lui serait plus applicable dans le cas de son absence ou démission. « Seule cependant la contestation relative à des rapports nés pendant la participation de l'ancien associé, ou dirigeant associé, à la vie sociale peut faire l'objet de la clause compromissoire. Il importe peu que le litige éclate postérieurement au départ de l'intéressé dès lors que son fait générateur prend naissance pendant la participation de celui-ci à la vie sociale. Toute contestation née postérieurement se heurterait en revanche au défaut de qualité d'associé.[563] »

[562] **C. LACOUR,** « Les conséquences de l'appréciation prima facie d'une clause compromissoire pour le dirigeant d'une société membre d'une coopérative », *LPA* 19 janvier n°PA200701502, p.7.

[563] **D. COHEN**, « L'engagement des sociétés à l'arbitrage », *Rev. Arb* 2006.

« Si la société peut être liée par une clause compromissoire, la clause qui engage la société à se soumettre à un arbitrage n'engage pas personnellement les associés, pour les actions qu'ils intentent personnellement[564].

606. La justification peut être trouvée dans le principe selon lequel les clauses d'arbitrage, qui dérogent à la compétence naturelle des juridictions, sont d'interprétation stricte, ou, plus simplement, dans le fait qu'il y a autonomie de la société et de ses associés.[565] »

2°) Le cas d'un ancien vétérinaire dans une société de participation

607. « Les sociétés en participation ayant par essence un caractère occulte, la convention d'arbitrage passée par le gérant n'est obligatoire que pour lui, sauf le cas où les participants agissent en qualité d'associés au vu et au su des tiers [566] »

Un litige relatif à la violation de la clause de non-concurrence est parvenu entre un vétérinaire, ancien associé d'une société de participation et les autres associés. Les associés entreprennent la voie de l'arbitrage pour trancher ce différend et cela par application de la clause compromissoire statutaire. « Pour extensive qu'elle paraisse être, l'arbitrabilité du litige entre les associés demeurés en société et le vétérinaire ancien associé qui se rétablit en violation d'une clause de non-concurrence statutaire s'avère conforme à l'esprit de l'arbitrage, qui admet l'opposabilité à tous les associés de la clause compromissoire inscrite dans le pacte social[567]. »

En réalité, ce vétérinaire n'avait plus la qualité d'associé lors du déclenchement du différend, « Il est vrai que si le vétérinaire ayant violé la clause de non-concurrence avait bien la qualité d'associé lors de la conclusion de la convention d'arbitrage, il ne l'avait plus au moment de la survenance du litige.[568] »

[564] Cass. com., 15 novembre 1978, Bull. civ. IV, n° 262.

[565] **B. DONDERO**, « La société, un terrain propice aux MARC ? Arbitrage et société », Petites affiches, n241,3 décembre 2009, P23

[566] **B. MOREAU, A. BEREGOI, R. DESCOURS-KARMITZ, P.E. MALLET**, Adrien LELEU, « Arbitrage en droit interne », *Répertoire de procédure civile*, juin 2017 (actualisation : Décembre 2019).

[567] **O. SALATI**, « Validité d'une clause compromissoire insérée dans les statuts d'une société d'exercice libéral relative aux contestations entre associés », *Petites affiches*, n°49, 9 mars, 2000, P 20.

[568] **O. SALATI**, *Op.Cit*

608. La question qui se pose est de savoir si la clause compromissoire statutaire lui est opposable pour la simple raison qu'il était partie à l'acte constitutif de la convention d'arbitrage et avait donc la qualité d'associé.

609. Nous comprenons par l'arrêt que la clause compromissoire est en principe opposable à tous les associés liés au pacte social[569], abstraction faite de toute modification subséquente de la qualité des personnes y attachées.

M. SALATI, considère que l'acceptation par la Cour de cassation de l'application de la clause compromissoire à l'égard du vétérinaire, malgré le changement de sa qualité d'associé à un ancien associé, n'est qu'une application du pacte social et une reprise de la décision de la Cour d'appel « qui évoque les difficultés susceptibles de diviser les parties « relativement au contrat passé entre elles », ce « contrat » n'est assurément pas la convention d'arbitrage elle-même, mais bien le pacte social dans lequel elle est insérée.[570] »

610. L'effet obligatoire de la convention d'arbitrage ou de la clause compromissoire, explique le fait de son application obligatoire à toute partie liée directement ou indirectement à elle, et sera donc opposable également à l'égard des anciens[571] ou nouveaux associés[572]. « Le bon sens commandait ce rappel : si grande que soit l'autonomie dont on crédite ordinairement la convention d'arbitrage, son effet obligatoire a quand même une double limite, qui tient non seulement aux personnes qu'elle lie mais encore à l'objet du litige.[573]

611. L'opposabilité de la clause d'arbitrage à l'égard l'ancien associé peut être expliquée par l'effet de son extension, même si les litiges apparaissent après la perte du vétérinaire de sa qualité d'associé. « Cette extension demeure, en définitive, raisonnable, même si elle paraît aller au-delà de la frontière proposée par certains, qui estiment que seules devraient faire l'objet de la clause d'arbitrage les contestations relatives à des rapports nés pendant la participation de l'ancien associé à la vie sociale[574] ».

---

[569] Trib. civ. Nantua, 12 janvier 1950, J.C.P. 1951. II. 6180, 2e esp., note **D. BASTIAN.**

[570] **O. SALATI**, *Op.Cit.*

[571] **D. Cohen**, *Arbitrage et société*, L.G.D.J., Bibl. dr. privé, t. 229, 1993, préf. B. OPPETIT, n°122 et s., p. 59.

[572] **D. Cohen**, *Op.Cit.*, p. 261.

[573] **D. Cohen**, *Op.Cit.*, p. 260.

[574] En ce sens, **D. Cohen**, *Op.Cit.*, p. 60.

SECTION 2 : L'EFFET DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE STATUTAIRE A L'EGARD D'UNE PERSONNE ACQUERANT LA QUALITE D'ASSOCIE

612. La question qui se pose est de savoir dans quelles conditions est-il possible d'étendre la convention d'arbitrage ou la clause compromissoire à des parties qui ne sont a priori pas liées, notamment en leur qualité de « non-signataires ».

Pour répondre à cette interrogation nous examinerons dans un premier lieu l'opposabilité de la clause compromissoire à l'égard des héritiers d'un associé dans une société holding (sous-section 1) et l'opposabilité de la clause compromissoire à l'égard du cessionnaire d'une part sociale (sous-section 2).

SOUS-SECTION 1 : L'OPPOSABILITE DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE A L'EGARD DES HERITIERS D'UN ASSOCIE DANS UNE SOCIETE HOLDING

613. Pour mieux comprendre le sort de la clause compromissoire insérée dans les statuts d'une holding nous traiterons le cas d'un héritier d'une action et l'effet de cette clause à son égard **(1°).**

En réalité l'effet de cette clause arbitrale diffère selon la qualité des héritiers par rapport à la procédure arbitrale, c'est-à dire selon qu'ils sont parties **(2°)** ou tiers **(3°).**

1°) L'acquisition d'un héritier d'une action dans une société holding et les effets de la clause compromissoire des statuts à son égard

614. Pour M. STOFFEL-MUNCK, l'opposabilité de la clause compromissoire à des héritiers non signataires d'une clause compromissoire s'explique par l'extension de cette clause à leur égard, l'affaire Fondation Joseph Abela[575] « se situe dans la droite ligne de la jurisprudence en ce qu'il décide d'étendre la clause d'arbitrage insérée dans les statuts de la société holding à des

[575] Appel de Paris, 1re Ch. civ., 22 mai 2008, *Rev. Arb.* 2008.730, note **F.-X. TRAIN.**

personnes physiques non-actionnaires sur le fondement de leur immixtion dans le fonctionnement et la liquidation de ladite société[576] ».

En 2010, « une illustration d'autant plus expressive que ce raisonnement a conduit la Cour d'appel de Paris à juger que, dans un litige opposant des actionnaires d'une holding dont les statuts comportaient la clause compromissoire, les arbitres s'étaient à tort déclarés incompétents à l'égard des personnes physiques contrôlant l'actionnaire personne morale. La Cour de cassation jugera que la cour d'appel avait exactement jugé que la clause s'imposait à ces dernières, les consorts Abela, au motif que :

« Les consorts Abela s'étaient comportés comme les véritables actionnaires de la société [holding], désignant même des membres du conseil d'administration, s'accordant sur la désignation du président et se disant eux-mêmes actionnaires dans des documents officiels ; qu'elle en a justement déduit qu'ils ne pouvaient légitimement prétendre être étrangers à la clause compromissoire, dont ils ne pouvaient ignorer la teneur et qu'ils avaient implicitement acceptée compte tenu de leur immixtion dans le fonctionnement de la [holding][577] »

615. En réalité en 1979, les trois frères Abela, ont créé par leur signature d'un protocole une société holding, nommée Albert Abela Corporation.

Les statuts de la holding, signés par les trois frères sans exception, contenaient une clause compromissoire dans leur article 31 prévoyant « faute de résolution amiable[578] », le recours à la voie de l'arbitrage.

Cette clause visait à traiter tout futur litige pouvant être « liés d'une quelconque manière à l'interprétation ou à la mise en œuvre de la charte constitutive ou des statuts, ou aux actes ou résolutions des organes de la société ou à l'activité de celle-ci[579]», déclenché « entre les actionnaires et la société ou entre les actionnaires eux-mêmes » lors du fonctionnement ou même

[576] **J.-B. RACINE**, « L'affaire Abela ou les vicissitudes du contrôle de la compétence arbitrale », *Gaz. Pal.* 18 juill. 2009, n° GP20090718003, p. 13.

[577] **Ph. STOFFEL-MUNCK**, « La nouvelle clause compromissoire dans les groupes de contrats », *Cahiers de l'arbitrage*, n°1, 1er janvier 2017, P. 47.

[578] Appel de Paris, 1re Ch. civ., 22 mai 2008, *Rev. Arb.* 2008.731, note **F.-X. TRAIN**.

[579] Appel de Paris, 1re Ch. civ., 22 mai 2008, *Op.Cit.*

après sa liquidation, à l'aide d'un collège arbitral formé de « trois arbitres selon les règles de la Chambre de commerce internationale de Paris.[580] »

616. Après le décès d'Albert l'un des frères Abela, de graves désaccords ont opposé ses deux fils et son épouse Bärbel, ce qui les a poussés après un an de conclure une convention de règlement qui « programmait la division ou la vente des actifs de la holding, fut approuvé par son conseil d'administration et entériné par l'assemblée des actionnaires[581] ».

617. Cette convention a été approuvée par le conseil d'administration et l'assemblée des actionnaires, disposant la vente ou la division des actifs de la holding d'une part, mais totalement refusé de la part de Joseph Abela et de sa fondation, la « Joseph Abala Family Foundation ». « Considérant que la Joseph Abela Family Foundation soutient qu'en signant cette convention de règlement qui tend à la liquidation de la société les consorts Abela ont usurpé les droits réservés à l'assemblée des actionnaires concernant la liquidation et la dissolution de la société.[582] »

618. La fondation Joseph a mis en application la clause compromissoire à l'encontre d'une part « des sociétés Albert Abela Corporation, Albert Abela Family Foundation[583] » et de l'autre part de l'épouse et des fils d'Albert le frère décédé « en leur nom personnel, aux fins d'annulation de diverses solutions des assemblées, en particulier celle relative à la « convention de règlement » du 26 avril 2000 ayant conduit à la liquidation de la Holding et aux fins de dommages-intérêts.[584] »

619. Deux sentences partielles ont été rendues sur ce sujet, la deuxième rendue en 22 juin 2006, a limité le spectre de l'opposabilité de la clause compromissoire et le tribunal arbitral s'est déclaré par incompétent à l'égard de l'épouse d'Albert et de ses fils les considérant comme des tiers quant à la procédure arbitrale. « Une seconde sentence partielle du 22 juin 2006 contre laquelle la Joseph Abela Family Foundation a formé le présent recours en annulation décide : 1) Les troisième, quatrième et cinquième défenseurs [Barbel, Marlon et Albert Martin Abela] ne sont pas liés par la convention d'arbitrage et par conséquent le tribunal n'a pas de compétence à leur égard.[585] »

---

[580] Appel de Paris, 1re Ch. civ., 22 mai 2008, *Ibid*.
[581] Appel de Paris, 1re Ch. civ., 22 mai 2008, *Ibidem.*
[582] Appel de Paris, 1re Ch. civ., 22 mai 2008, *Rev. Arb.* 2008.733, note **F.-X. TRAIN**.
[583] Appel de Paris, 1re Ch. civ., 22 mai 2008, *Rev. Arb.* 2008.736, note **F.-X. TRAIN**.
[584] Appel de Paris, 1re Ch. civ., 22 mai 2008, *Op.Cit.*
[585] Appel de Paris, 1re Ch. civ., 22 mai 2008, *Rev. Arb.* 2008.731, note **F.-X. TRAIN**.

2°) La qualité de partie des héritiers de l'associé quant à la procédure arbitrale

620. Le prononcé de cette sentence, a incité la Joseph Abela Family Foundation à demander son annulation devant la Cour d'appel de Paris, au motif que les actionnaires impliqués au sens de la clause compromissoire sont les actionnaires eux-mêmes, leurs héritiers donc l'épouse et les fils d'Albert, « les bénéficiaires économiques[586] », ainsi que les fondations.

621. En réalité, la Fondation a basé sa demande non seulement sur ce motif, mais aussi sur la prise de connaissance préalable de ces héritiers de la présence de la clause compromissoire dans les statuts de la holding. « En toute hypothèse, selon la demandresse, les consorts Abela « étaient impliqués dans l'exécution du contrat de société et n'ignoraient ni l'existence ni la portée de la clause compromissoire », ce qui justifiait qu'elle fût étendue.[587] »

3°) La qualité de tiers des héritiers de l'associé quant à la procédure arbitrale

622. Toutefois, l'épouse et les fils d'Albert Abela, insistent sur leur respect de leurs privilèges au sein de la holding et ont absolument refusé l'opposabilité de la clause compromissoire à leur égard au motif de l'absence de leur consentement sur ce mode de traitement de litiges. « Que les défendeurs opposent que les consorts Abela ne sont pas actionnaires et n'ont pas consenti à la clause d'arbitrage même tacitement, la volonté des trois frères fondateurs étant à cet égard indifférente.[588] »

623. De sa part, la Cour d'appel de Paris a annulé dans son arrêt du 22 mai 2008, la sentence partielle, » rapportant le sujet de la compétence du tribunal arbitral se déclarant incompétent à l'égard de certaines personnes physiques regroupées au sein d'une société. « Le recours en annulation qui reproche au tribunal arbitral de s'être déclaré incompétent à l'égard des personnes physiques lui fait en réalité grief de ne pas s'être conformé aux termes de sa mission (article 1502-CPC[589]). [590]»

---

[586] Appel de Paris, 1re Ch. civ., 22 mai 2008, *Rev. Arb.* 2008.737, note **F.-X. TRAIN**.
[587] Appel de Paris, 1re Ch. civ., 22 mai 2008, *Op.Cit.*
[588] Appel de Paris, 1re Ch. civ., 22 mai 2008, *Rev. Arb.* 2008.733, note **F.-X. TRAIN**.
[589] Il s'agit de l'ancien article 1502 du Code de procédure civile, dans son 3e alinéa :
« L'appel de la décision qui accorde la reconnaissance ou l'exécution n'est ouvert que dans les cas suivants :
3° Si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée.»
[590] Appel de Paris, 1re Ch. civ., 22 mai 2008, *Rev. Arb.* 2008.730, note **F.-X. TRAIN**.

4°) L'admission prétorienne de l'opposabilité de la clause compromissoire à l'égard des héritiers d'un associé

624. La Cour a accepté par son annulation de la sentence arbitrale, l'opposabilité de la clause compromissoire à l'égard des consorts non-signataires, et cela pour la simple prise de connaissance de sa présence ainsi que leur participation à l'exécution du contrat le contenant. « En définitive, la Cour d'appel propose de généraliser le mécanisme contractuel de l'extension de la clause compromissoire : une personne non-signataire du contrat (de société notamment) qui s'est impliquée dans son exécution (en s'immisçant dans le fonctionnement de la société) qui y est insérée.[591] »

625. Même si les héritiers se sont comportés comme de « véritables actionnaires de la société[592] », ces personnes, sont des « non-actionnaires de la société [593]», jouissant « des prérogatives réservées aux actionnaires[594] », et se sont considérés comme tiers à la clause compromissoire et ont refusé son opposabilité.

626. En réalité l'hypothèse de l'extension de la clause compromissoire [595]consiste à contredire le principe de l'effet relatif des conventions, qui limite son application aux seuls signataires ou contractants. « Dans son domaine habituel- celui d'un contrat ordinaire dans l'exécution duquel un tiers s'est impliqué- ce mécanisme ne porte pas atteinte à l'effet relatif des conventions dès lors que ce tiers n'est tiers qu'en apparence, puisque son comportement, valant acceptation tacite, fait précisément de lui une véritable partie à la convention d'arbitrage.[596] »

627. La Cour a étendu à ces personnes physiques l'effet de la clause d'arbitrage insérée dans les statuts de la société les regroupant. « Des parties ne peuvent légitimement prétendre être étrangères à la clause compromissoire dont elles ne peuvent avoir ignoré la teneur et qu'elles ont implicitement acceptée compte tenu de leur immixtion dans le fonctionnement et la liquidation de

---

[591] Appel de Paris, 1re Ch. civ., 22 mai 2008, *Rev. Arb.* 2008.742, note **F.-X. TRAIN**.
[592] Appel de Paris, 1re Ch. civ., 22 mai 2008, *Rev. Arb.* 2008.735, note **F.-X. TRAIN**.
[593] Appel de Paris, 1re Ch. civ., 22 mai 2008, *Op.cit.*.
[594] Appel de Paris, 1re Ch. civ., 22 mai 2008, *Rev. Arb.* 2008.735, note **F.-X. TRAIN**.
[595] L'extension de la clause compromissoire dans le domaine sociétaire, voir dans ce sens les arrêts : Cass. com., 8 novembre 2005, M. Tinnes c/sté Système U, *Rev. arb*. 2006.709, et la note; Cass. civ.1re, 20 septembre 2006, M. Médard c/sté Système U, en somm. in *Rev. arb.*, 2006.1078 et, dans la même affaire, 22 octobre 2008, en somm. infra, P.846
[596] Appel de Paris, 1re Ch. civ., 22 mai 2008, *Rev. Arb.* 2008.742-743, note **F.-X. TRAIN**.

la société à l'occasion de laquelle elles se sont comportées sous le couvert d'une fondation comme les véritables actionnaires majoritaires de ladite société dont les statuts comportent la clause.[597] »

628. Pour M. TRAIN, « la clause leur est étendue en leur qualité de partie réelle au pacte social- à raison de leur comportement à l'occasion des faits litigieux.[598] »

SOUS- SECTION 2 : L'OPPOSABILITE DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE A L'EGARD DU CESSIONNAIRE D'UNE PART SOCIALE

629. Le sujet de l'arbitrage et de la cession des parts sociales est devenu de plus en plus utile. « En définitive, il ressort de l'analyse que le chemin de l'arbitrage en matière de cessions de droits sociaux, autrefois semé d'embûches, s'avère aujourd'hui assez dégagé et que la confrontation de ces deux notions permet d'éclairer réciproquement et utilement chacune d'entre elles. [599]»

« En principe, les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec le consentement des associés, ce qui les distingue très nettement des actions qui sont en principe librement négociables. Ce principe est la conséquence du caractère contractuel de l'acte social et de l'intuitus personæ qui domine les sociétés émettant des parts sociales. Mais cette considération de la personne de l'associé n'a pas la même intensité dans toutes les sociétés. Dès lors, le consentement des associés ne sera pas toujours requis dans les mêmes conditions. [600]»

Dans ce cas, le cédant perd sa qualité d'associé après l'accomplissement de l'acte de cession l'inopposabilité de la clause d'arbitrage statutaire à son égard. « La clause ne s'applique pas aux litiges nés de la cession de droits sociaux d'un associé à un tiers cessionnaire, puisque par hypothèse, en cas de cession de la totalité des titres détenus, la qualité d'associé du cédant disparaît au moment où le cessionnaire l'acquiert. Il ne peut donc y avoir au sens strict de contestations entre associés.[601] »

---

[597] Appel de Paris, 1re Ch. civ., 22 mai 2008, *Rev. Arb.* 2008.730, note **F.-X. TRAIN**.

[598] Appel de Paris, 1re Ch. civ., 22 mai 2008, *Rev. Arb.* 2008.740, note **F.-X. TRAIN**.

[599] **D. COHEN**, « L'arbitrage et les cessions de droits sociaux, colloque Les garanties dans les cessions de droits sociaux. », *Gazette du Palais*, n°140, 20 mai 2010, P.87.

[600] **G. GOFFAUX-CALLEBAUT**, « Part sociale Sociétés », *Répertoire des sociétés*, septembre 2004 (actualisation : janvier 2021).

[601] **D.COHEN**, « L'arbitrage et les cessions de droits sociaux, colloque Les garanties dans les cessions de droits sociaux. », *Gazette du Palais*, n°140, 20 mai 2010, P.87.

630. Cela nous pousse à s'interroger, si la clause compromissoire statutaire est opposable au cessionnaire d'une part sociale[602].

Pour répondre à cette interrogation, il faut différencier entre, les cessions de parts sociales effectuées entre associés et celles accomplies entre ces derniers et les tierces personnes.

Nous présenterons le cas où le cessionnaire est un associé **(1°)** d'une part, et d'autre part, le cessionnaire est un tiers **(2°).**

1°) Le cessionnaire est un associé

631. Dans le premier cas, la cession se fait par application de règles souples sauf dispositions contraires des statuts. « Sinon, les statuts peuvent fixer les conditions de l'agrément en veillant à ce que l'associé ne soit pas prisonnier de son titre.[603] »

632. M. COHEN, a considéré que l'opposabilité de la clause compromissoire statutaire dans ce cas semble difficile à l'égard du cessionnaire même associé puisqu' « il n'est pas certain que la clause statutaire puisse s'appliquer facilement. Tout dépend du litige et de la rédaction de la clause, ce qui soulève une question d'interprétation soumise au tribunal arbitral, la juridiction étatique devant s'estimer incompétente sauf inapplicabilité de la clause d'arbitrage, ce qui semble rare.[604] »

633. Tandis que nous trouvons que cette considération est peu justifiée, parce que l'associé cessionnaire d'une part sociale était déjà présent lors de l'insertion de la clause d'arbitrage dans les statuts de la société, et par ce fait il a pris connaissance de sa présence d'une part, et a accepté ce mode de traitement de litiges d'autre part, pourquoi alors cette clause ne lui sera pas opposable?

La qualité d'associé détermine l'opposabilité de la clause statutaire à l'égard du cessionnaire dans ce cas, et le tribunal arbitral est compétent pour traiter n'importe quel litige entre lui et les autres associés.

---

[602] **M. LECOURT**, donne une définition de l'acte de cession des parts sociales, en considérant que, « la cession de parts sociales ou d'actions est un acte juridique translatif entre vifs par lequel un associé cède à un tiers tout ou partie de ses droits sociaux. La personne qui vend est appelée cédant, celle qui acquiert, cessionnaire. Cette cession revêt en principe un caractère civil, bien qu'elle soit réalisée le plus souvent au sein de sociétés commerciales par la forme et bien que certaines formalités spécifiquement commerciales soient applicables. » Benoît LECOURT, « Cession de droits sociaux Sociétés », *Répertoire des sociétés*, avril 2017(actualisation : décembre 2020).

[603] Florence MAURY, « Sociétés civiles professionnelles Sociétés - Droit commun : sociétés civiles professionnelles d'exercice », *Répertoire des sociétés*, janvier 2009 (actualisation 2020).

[604] Daniel COHEN, « L'arbitrage et les cessions de droits sociaux, colloque Les garanties dans les cessions de droits sociaux. », Gazette du Palais, n°140, 20 mai 2010, P.87.

2°) Le cessionnaire est un tiers

634. Dans le second cas, la cession se fait entre associé et une tierce personne qui n'est pas encore qualifiée d'associé.

Nous traiterons trois hypothèses différentes justifiant l'opposabilité de la clause d'arbitrage statutaire à l'égard d'un cessionnaire-tiers.

Tout d'abord, l'extension de la clause compromissoire statutaire au cessionnaire-tiers **(§1)**, ensuite, l'opposabilité exceptionnelle de la clause compromissoire statutaire à l'égard du cessionnaire-tiers **(§2)** et finalement la transmission de la clause compromissoire statutaire à l'égard du cessionnaire-tiers **(§3).**

§1) L'extension de la clause compromissoire statutaire au cessionnaire -tiers

635. L'acte de cession est soumis dans ce cas à des règles strictes[605]et l'opposabilité de la clause compromissoire à l'égard du cessionnaire non-associé sera justifiée par opération d'extension. Hypothèse confirmée par M. ANSAULT, qui a exigé qu'« un phénomène d'extension des effets des clauses d'arbitrage se mesure de manière flagrante en matière de droit des sociétés. L'étude du droit positif montre qu'il en va tout particulièrement ainsi dans le domaine des cessions de droits sociaux. Toutefois, dans ce contexte, la localisation de la clause compromissoire suscite des questionnements. L'on peut ainsi légitimement s'interroger sur le point de savoir si le plus ou moins grand rayonnement de la clause est commandé par sa localisation dans ou hors les statuts.[606] »

[605] **F. MAURY**, « Sociétés civiles professionnelles Sociétés - Droit commun : sociétés civiles professionnelles d'exercice », *Répertoire des sociétés*, janvier 2009 (actualisation 2020).
[606] **J.-J. ANSAULT**, « Les clauses d'arbitrage confrontées au droit des sociétés », *Gaz. Pal*., n°225, 13 août 2015, P.25.

§2) L'opposabilité exceptionnelle de la clause compromissoire statutaire à l'égard du cessionnaire-tiers

636. La clause compromissoire statutaire, vise en principe tous différends déclenchés entre associés. Toutefois, elle peut s'opposer en tant que clause statutaire à l'instar de toutes les autres clauses du contrat, à l'égard d'un nouvel associé, le cessionnaire.

Cependant M. COHEN, s'est basé sur l'application exceptionnelle de la clause compromissoire statutaire pour expliquer son opposabilité à l'égard du cessionnaire « Par exception, il arrive que la clause d'arbitrage insérée aux statuts de la société dont les titres sont cédés trouve à s'appliquer, soit à la cession de droits sociaux, soit aux associés malgré la cession de droits sociaux[607] ».

Il s'est éloigné de l'hypothèse de l'extension de la clause mais s'est limité à l'intérêt du cessionnaire non- associé à ce mode de traitement de litiges. « La clause statutaire peut s'appliquer directement à la cession de droits sociaux. Les parties ne sont pas nécessairement toutes associés au moment de la cession (cas des cessions d'un associé à un tiers) mais l'applicabilité de la clause se justifie par le fait que la société ou les autres associés sont intéressés. Ainsi doit-il en aller dans le cas d'un agrément ou de préemption statutaire, soumettant ainsi la cession, quelle que soit son contenu, à la clause d'arbitrage des statuts en cas de litiges relatifs à ces dispositions.[608] »

§3) La transmission de la clause compromissoire statutaire à l'égard du cessionnaire-tiers

637. Dans sa note sur l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 13 novembre 1992, M. GOUTAL[609], a justifié l'opposabilité de la clause compromissoire à l'égard du cessionnaire tiers par transmission.

Hypothèse confirmée par Mme JOBARD-BACHELLIER, et cela par une liaison directe entre la clause compromissoire statutaire et le contrat la contenant qui lui est inséparable d'une part. « Une telle cession implique nécessairement transmission par le cédant au cessionnaire du bénéfice de la

[607] **D. COHEN**, « L'arbitrage et les cessions de droits sociaux, colloque Les garanties dans les cessions de droits sociaux. », *Gazette du Palais*, n°140, 20 mai 2010, P.87.

[608] **D. COHEN**, *Op.Cit.*, P.87.

[609] Cour d'appel de Paris du 13 novembre 1992, *Rev. arb*. 1993. 632, note **GOUTAL**.

clause d'arbitrage indissociable de l'économie du contrat[610] ». Et sur le caractère accessoire de la clause d'arbitrage d'autre part. « Cela explique bien l'opposabilité de la clause au cessionnaire par le fait que celle-ci est devenue une sorte d'accessoire des droits transmis. »

Toutefois, revêtir la clause compromissoire d'une qualité accessoire au contrat de base de la société, nous paraît contradictoire avec le principe de l'autonomie de cette clause.

[610]**M.-N. JOBARD-BACHELLIER**, « Créances : opérations Internat. Opérations de transfert de l'obligation », *Répertoire de droit international*, décembre 1998 (actualisation : Mars 2009).

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

638. Dans le cadre de l'analyse de l'effet de la clause compromissoire à l'égard d'une personne perdant ou acquérant la qualité de partie, nous avons étudié l'effet de la clause compromissoire statutaire à l'égard d'un dirigeant d'une part ou d'un ex-ou futur associé, d'autre part.

639. Pour mieux comprendre, nous avons traité la situation du dirigeant selon différents cas et angles. Tout d'abord, le cas d'un dirigeant d'une société retirée d'une coopérative, ensuite, celui d'un dirigeant cédant ses parts dans une société coopérative, le cas d'un président du conseil d'administration d'une société démissionnée de la société coopérative de commerçants détaillants.

640. Dans tous ces cas, l'opposabilité de la clause compromissoire à l'égard de ces personnes perdant la qualité d'associé a connu une controverse doctrinale, là où certains auteurs l'ont acceptée en se basant sur différentes hypothèses, tandis que d'autres l'ont parfaitement refusée.

641. D'un autre côté, nous avons traité le cas d'un associé perdant cette qualité, à la suite d'un acte de cession de ses parts sociales. Par application des hypothèses de transmission ou d'extension, le cessionnaire associé ou tiers sera incontestablement tenu par la procédure d'arbitrage, puisque l'opposabilité de la clause statutaire à son égard s'attache, outre aux parties au contrat, mais aussi aux « ayants cause auxquels les obligations ont été transmises par l'effet de la volonté.[611] »

642. Concernant l'effet de la clause statutaire à l'égard des personnes acquérant la qualité d'associé, nous avons argumenté et discuté les cas des héritiers d'un associé dans une société holding d'une part, et le cessionnaire d'une part sociale.

[611] T. civ. Nantua 12 janv. 1950 : *Gaz. Pal*. 1950.1.164; **- D. COHEN**, *Arbitrage et société*, préface B. OPPETIT thèse, LGDJ, n° 122 et s.

643.L’opposabilité ou l’inopposabilité de la clause compromissoire à leur égard, dépend certainement de la qualité de partie ou tiers ou bien aux hypothèses exceptionnelles d’extension de cette clause à l’héritiers ou au cessionnaire des parts sociales.

CHAPITRE 2 : L'EFFET DE LA SENTENCE ARBITRALE À L'ÉGARD D'UN EX OU FUTUR DIRIGEANT OU ASSOCIÉ ET LES VOIES DE RECOURS CONSACRÉES À SA PROTECTION

644. Nous présenterons tout d'abord, les différentes positions jurisprudentielles et doctrinales sur le sujet des effets de la sentence arbitrale à l'égard des personnes acquérant ou perdant la qualité d'un associé **(Section 1).**

Ensuite, la controverse jurisprudentielle et doctrinale connue sur le sujet de la recevabilité de la tierce opposition formée par les personnes acquérant ou perdant la qualité d'associé **(Section 2).**

SECTION 1 : LES DIFFERENTES POSITIONS JURISPRUDENTIELLES ET DOCTRINALES SUR LE SUJET DES EFFETS DE LA SENTENCE ARBITRALE A L'EGARD DES PERSONNES ACQUERANT OU PERDANT LA QUALITE D'UN ASSOCIE

645. Nous exposerons dans un premier temps, la position de la jurisprudence sur l'effet de la sentence arbitrale à l'égard d'une personne acquérant ou perdant la qualité d'un associé **(Sous-section 1)**, et dans un second temps la controverse doctrinale sur les effets de la sentence arbitrale à l'égard d'une personne acquérant ou perdant la qualité d'un associé **(Sous-section 2)**.

SOUS-SECTION 1 : LA POSITION DE LA JURISPRUDENCE SUR L'EFFET DE LA SENTENCE ARBITRALE A L'EGARD D'UNE PERSONNE ACQUERANT OU PERDANT LA QUALITE D'UN ASSOCIE

646. La question est de savoir, si les associés ou les sociétés non-signataires d'un groupe de sociétés donc tiers, sont tenus par la sentence arbitrale rendue à leur encontre, alors qu'ils n'ont ni contribués à la rédaction de la clause compromissoire ou à la désignation du tribunal arbitral ni étaient présents ou même représentés dans l'instance arbitrale. Dans l'affirmative et afin de se défendre, ceux-ci ont-ils le droit de former une tierce opposition contre cette sentence, au motif que leurs intérêts n'étaient pas raisonnablement défendus et que tous les arguments qu'ils possèdent n'ont pas été présentés dans l'instance arbitrale ?

Nous répondrons à ces interrogations que, l'effet substantiel de la sentence arbitrale marque son autorité de la chose jugée à l'égard des personnes acquérant ou perdant la qualité d'un associé non-signataire d'une clause compromissoire **(1°)** d'une part, et que l'acceptation tacite du représentant d'une société de la clause compromissoire justifie l'autorité de la chose jugée de la sentence arbitrale à l'égard des personnes acquérant ou perdant la qualité d'un associé non-signataire d'une clause compromissoire **(2°).**

1°) L'effet substantiel de la sentence arbitrale marque son autorité de la chose jugée à l'égard des personnes acquérant ou perdant la qualité d'un associé

647. Par application de l'hypothèse de la représentation tacite des personnes acquérant ou perdant la qualité d'un associé, la jurisprudence[612] a considéré, par plusieurs décisions que la sentence arbitrale a naturellement selon son caractère juridictionnel et son effet substantiel, autorité de la chose jugée à l'égard de tous les associés, même les non-signataires de la clause compromissoire. Cette jurisprudence, les considère donc comme partie à l'instance arbitrale.

[612] Cass. civ. 3e, 20 février 2002, *Bull.civ.* III, n°45, P. 38; Cass. com., 23 mai 2006, *Bull.civ.* IV, n°129, P.132 ; Cass. Civ. 2e, 9 juillet 2009, pourvoi n°08-16513.

2°) L'acceptation tacite du représentant d'une société de la clause compromissoire justifie l'autorité de la chose jugée de la sentence arbitrale à l'égard des personnes acquérant ou perdant la qualité d'un associé

648. Dans le cadre de l'opposabilité d'une clause compromissoire et l'autorité de la chose jugée de la sentence arbitrale à l'égard des personnes acquérant ou perdant la qualité d'un associé non-signataire de cette dernière, deux actes ont été conclu, dont le premier a été signé par les deux représentants de deux sociétés. « Une réunion entre les représentants de la société Elf Marine et ceux du groupe Orri dont M. x lui-même, au cours de laquelle deux actes ont été établis ; que le premier acte, relatif à l'échelonnement des dettes de la « Saudi-europe Line SA, du groupe Orri », a été signé pour celle-ci par M. Archaniotakis et M. Orri personnellement.[613] »

649. Tandis que le second, un contrat de fourniture de lubrifiants contenant une clause compromissoire, a été uniquement signé par « M. Archaniotakis qui y a apposé sa signature en cette qualité[614] », sans M. x.

650. Le tribunal arbitral, par sa sentence arbitrale prononcée le 24 août 1988, a étendu l'effet de la clause d'arbitrage au représentant non-signataire de la société. « Que la sentence arbitrale rendue à Paris le 24 août 1988, a déclaré la clause compromissoire, insérée dans ce contrat opposable à M. x et a condamné celui-ci à payer les sommes dues en exécution du contrat d'approvisionnement. [615]»

651. Ce qui a mené ce dernier a demandé l'annulation de cette sentence devant la Cour d'appel de Paris, au motif qu'il est étranger à la clause et ses effets et devait par conséquent s'échapper de tout paiement, recours rejeté par la Cour d'appel de Paris. « Attendu que M. x reproche à l'arrêt attaqué (Paris, 11 janvier 1990) d'avoir rejeté son recours en annulation de la sentence alors, selon le moyen, qu'en déclarant M. x engagé personnellement par un contrat qu'il n'a pas signé et sans relever aucun mandat confié par lui au signataire, ni aucun acte manifestant sans équivoque sa volonté de le ratifier.[616] »

---

[613] Cass. civ., 1re ch. civile, 11 juin 1991, *Rev. arb.*1992.74, note **D. COHEN**.
[614] Cass. civ., 1re ch. civile, 11 juin 1991, *Op.Cit.*
[615] Cass. civ., 1re ch. civile, 11 juin 1991, *Ibid.*
[616] Paris, 11 janvier 1990.

652. En réalité la Cour d'appel de Paris, a qualifié M. x de partie à l'instance arbitrale, tout en basant sa décision sur la fraude commise par M. x qui s'engageait personnellement sous le nom de la société qu'il représentait. « La Cour d'appel, a relevé que la société n'était que l'appellation sous couvert de laquelle M. x exerçait personnellement le commerce maritime et que ce n'est que par un subterfuge, constitutif de fraude, destiné à dissimuler le véritable contractant, que celui-ci s'est effacé pour laisser place au signataire déclaré. »

Elle s'est basée ainsi sur l'usage du commerce qui limite l'opposabilité de la sentence arbitrale aux parties non-signataires dans la simple prise de connaissance de la présence de clause compromissoire insérée dans le contrat.

653. La Cour de cassation dans son arrêt du 11 juin 1991[617], a rejeté le pourvoi en cassation tout en acceptant l'hypothèse de l'autorité de la chose jugée de la sentence arbitrale à l'égard de M. ORRI non-signataire de la clause compromissoire, en se basant uniquement sur la fraude sans pour autant se référer à l'usage du commerce international. Et a par conséquent, refusé le concept sur lequel s'est basée la Cour de Paris, « par ce seul motif, la Cour d'appel a justement, décidé, à la suite des arbitres que la clause compromissoire engageait M. x ; que le moyen n'est donc pas fondé.[618] »

654. Une semblable solution a été soutenue dans l'affaire COTUNAV « où la solution dégagée par la même juridiction d'appel et fondée sur le même considérant est justifiée pour la Cour de cassation par « le seul motif » de la ratification de l'accord comprenant la clause d'arbitrage par l'organisme non-signataire contre qui celle-ci est invoquée. [619]»

[617] Cass. civ., 1re ch. civile, 11 juin 1991, *Rev. arb.*1992.75, note **D. COHEN.**
[618] Cass. civ., 1re ch. civile, 11 juin 1991, *Rev. arb.*1992.74, note **D. COHEN**.
[619] Cass. civ. 1re, 25 juin 1991, *Rev. arb.* 1991.453, note **P. MAYER**.

SOUS-SECTION 2. LA CONTROVERSE DOCTRINALE SUR LES EFFETS DE LA SENTENCE ARBITRALE A L'EGARD DES PERSONNES ACQUERANT OU PERDANT LA QUALITE D'UN ASSOCIE

655. Les auteurs ont traité différemment le sujet de l'effet de la sentence arbitrale à l'égard des personnes acquérant ou perdant la qualité d'un associé. Certains ont expliqué, l'opposabilité de la sentence arbitrale à l'égard des personnes acquérant ou perdant la qualité d'un associé par le biais de son effet substantiel **(1°),** d'autres ont avancé l'opposabilité de la sentence arbitrale en tant que fait juridique à l'égard des personnes acquérant ou perdant la qualité d'un associé non-signataire **(2°),** alors que certains d'autres ont limité, l'autorité de la chose jugée de la sentence arbitrale à l'égard des personnes acquérant ou perdant la qualité d'un associé dans le cadre du contentieux exogène et endogène **(3°).**

1°) L'opposabilité de la sentence arbitrale à l'égard des personnes acquérant ou perdant la qualité d'un associé par le biais de son effet substantiel

656. Certains auteurs, tels M. MAYER qualifie de tiers la personne acquérant ou perdant la qualité d'un associé non-signataire d'une clause compromissoire insérée dans les statuts de la société et considèrent par conséquent que seul l'effet substantiel de la sentence arbitrale, explique son opposabilité à son égard en tant que fait social[620]. « L'effet substantiel est la solution que donne au litige, la modification de l'ordonnancement juridique à laquelle la décision conduit ; à cet égard une décision de justice, et par conséquent une sentence arbitrale, est logiquement opposable à tous, sans exception légale.[621]»

[620] jmt-sociologue.uqac.ca/www/projets/387_135_CH/...faits_sociaux/Un_fait_social.doc « Comme le disait le fondateur de la sociologie, Émile Durkheim, les faits sociaux sont des manières d'agir, des façons de voir, des manières de ressentir, des manières de s'organiser et des façons de produire ou d'assurer sa subsistance d'un groupe social, d'une collectivité humaine ou encore d'une population totale. »

[621] Note sous Cass. com. 23 janvier 2007, *Rev. Arb.* 2007.69.

2°) L'opposabilité de la sentence arbitrale en tant que fait juridique à l'égard des personnes acquérant ou perdant la qualité d'un associé

657. M. COHEN, apporte des critiques sur la pratique jurisprudentielle traditionnelle qui limite l'effet de la sentence arbitrale aux seules parties aux litiges et a pensé qu'il serait plus opérant de s'en éloigner. « Il n'est pas sûr cependant que cet enseignement classique, qui doit d'ailleurs se conjuguer en droit français avec l'opposabilité de la sentence aux tiers en tant que fait juridique, ne résiste très longtemps à l'analyse en matière de règlement de conflits sociétaires.[622] »

3°) L'autorité de la chose jugée de la sentence arbitrale à l'égard des personnes acquérant ou perdant la qualité d'un associé dans le cadre du contentieux exogène et endogène

658. Tenant compte de la complexité de l'arbitrage dans le domaine sociétaire, et la multiplicité des parties qui seront liées par la sentence arbitrale rendue d'une façon directe ou indirecte telle la société elle-même ou les associés signataires ou non de la clause compromissoire, M. SERAGLINI a explicité ce sujet tout en distinguant entre le contentieux exogène et le contentieux endogène.

659. Tout d'abord, au niveau du contentieux exogène, la sentence arbitrale rendue entre la société et un tiers, déploie un effet substantiel et s'impose comme fait juridique à l'égard des associés ou les personnes acquérant ou perdant de la qualité d'associé non-signataires de la clause compromissoire. La sentence arbitrale dans ce contexte, a en principe un effet obligatoire et a autorité de la chose jugée à leurs encontre, sauf s'ils sont représentés tacitement à l'instance arbitrale et en raison même de ce mécanisme de représentation la tierce opposition leur sera fermée. « De même à condition de considérer que les associés sont représentés indirectement à l'instance par le représentant légal, la sentence a un effet obligatoire à leur égard. [623]»

660. Cependant, dans le cadre du contentieux endogène, les effets de la sentence arbitrale rendue s'étendent sur les deux niveaux internes et externes. « Quant aux effets internes, une

[622] **D. COHEN**, « Arbitrage et société », Colloque Annuel du Comité français de l'arbitrage, Paris, 16 novembre 2012, *Rev. arb.* 2013.614-615.

[623] **M. BODE**, Colloque « Arbitrage et Sociétés » organisé par le Comité français de l'arbitrage, Paris, 16 novembre 2012, *Cahiers de l'arbitrage*, n°1, 1er janvier 2013, P.262.

sentence rendue dans un contentieux endogène, relatif par exemple à la nullité d'une délibération, a indéniablement un effet sur tous les associés : l'effet substantiel erga omnes de la sentence.[624] »

SECTION 2 : LA CONTROVERSE JURISPRUDENTIELLE ET DOCTRINALE SUR LE SUJET DE LA RECEVABILITE DE LA TIERCE OPPOSITION FORMEE PAR LES PARTIES ACQUERANT OU PERDANT LA QUALITE D'ASSOCIE

661. Nous présenterons d'une part, la position de la jurisprudence sur la recevabilité de la tierce opposition formée par formée par les parties acquérant ou perdant la qualité d'associé **(sous-section 1)** ; et les différents avis des auteurs relatifs à la recevabilité de la tierce opposition formée par les parties acquérant ou perdant la qualité d'associé **(sous-section 2).**

SOUS-SECTION 1 : LA POSITION DE LA JURISPRUDENCE SUR LA TIERCE OPPOSITION FORMEE PAR LES PARTIES ACQUERANT OU PERDANT LA QUALITE D'ASSOCIE

662. Les juridictions ont connu des divisions au sujet de la tierce opposition formée par les parties acquérant ou perdant la qualité d'associé : certains tribunaux étatiques ont refusé cette voie de recours extraordinaire, d'autres l'ont acceptée. Nous analyserons, la jurisprudence refusant la tierce opposition formée par les associés (**1°),** d'une part et la jurisprudence favorisant la tierce opposition formée par un associé afin de conserver de son droit d'accès au juge **(2°),** d'autre part.

[624] **M. BODE**, Colloque « Arbitrage et Sociétés » organisé par le Comité français de l'arbitrage, Paris, 16 novembre 2012, *Cahiers de l'arbitrage*, n°1, 1er janvier 2013, P.262.

1°) La jurisprudence refusant la tierce opposition formée par les associés

663. Certains tribunaux ont basé leur refus de la tierce opposition formée par les associés sur la représentation tacite, un point de vue qui a été vivement critiqué, d'autres ont justifié leur acceptation par la dissolution de la société.

Pour mieux comprendre ces différents points de vue, nous analyserons, l'irrecevabilité de la tierce opposition fondée sur la représentation tacite de l'associé par le mandataire social **(§1),** la critique formulée contre la jurisprudence qui base son irrecevabilité de la tierce opposition formée par l'associé sur la représentation tacite **(§2),** et nous présenterons l'irrecevabilité de la tierce opposition formée par les associés à cause de la dissolution de la société **(§3).**

§1) L'irrecevabilité de la tierce opposition fondée sur la représentation tacite de l'associé par le mandataire social

664. Les tribunaux privaient souvent l'associé des voies de recours extraordinaire, au motif qu'il est représenté tacitement dans l'instance par le mandataire social.[625]

La jurisprudence a fermé la porte de la tierce opposition formée par les associés, contre un jugement judiciaire. Dans son arrêt du 29 mars 2000, la Cour de cassation, confirme l'irrecevabilité de la tierce opposition formée par les associés d'une société civile immobilière, en vue qu'ils étaient non présents à l'instance mais représentés tacitement par le représentant de la société, qui est son gérant. Elle a décidé que les associés sont « réputés avoir été représentés à l'instance par la société qui agissait régulièrement par l'intermédiaire de son gérant. [626] »

[625] Selon le dictionnaire Tissot : « Le mandataire social est une personne physique mandatée par l'employeur lorsque celui-ci est une personne morale (association, entreprise ou société) : il s'agit par exemple d'un gérant pour une SARL ou une EURL, d'un PDG ou directeur général lorsqu'il s'agit d'une société commerciale.
Le mandataire social est le représentant de l'employeur dans tous les actes liés à la gestion de l'entreprise, dont il est responsable devant les actionnaires, les partenaires et la loi, et tout particulièrement dans le domaine de la gestion du personnel et du droit social. » https://www.editions-tissot.fr/droit-travail/dictionnaire-droit-travail-definition, 5 mars s2019.

[626] Cass. 3e civ., 29 mars 2000, *Bull. civ*., III, n° 76.

665. De même, la Cour de cassation dans son arrêt du 23 mai 2006[627], a refusé la tierce opposition des associés, tout en se basant sur le principe de la représentation tacite du « mandataire social dans les litiges opposant la société à des tiers, sauf collusion frauduleuse entre le tiers et le mandataire social.[628]»

En effet, le principe de représentation dans cet arrêt a été, d'une part, entretenu par la Cour de cassation en l'absence de collusions frauduleuses à l'égard des bénéficiaires de la condamnation et du gérant de la société, et a entravé la recevabilité de la tierce opposition de l'associé présent tacitement dans l'instance, d'autre part.

666. La question qui se pose est de savoir, si cette hypothèse s'applique dans le domaine de l'arbitrage sur une personne acquérant ou perdant la qualité d'associé non-signataire d'une clause compromissoire insérée dans les statuts de la société.

§2) L'irrecevabilité de la tierce opposition formée par les associés à cause de la dissolution de la société

667. De même, la Cour d'appel de Paris, dans le motif de l'inexistence de la société après sa dissolution a déclaré dans son arrêt du 3 juin 2004 : « irrecevable les associés d'une société civile à former tierce-opposition d'un jugement, condamnant sur assignation du 20 mars 1995, sans prendre en considération le fait que la société avait été dissoute en mars 1994 et qu'elle n'était ni comparante, ni représentée, ni valablement assignée puisqu'elle n'existait plus et que son liquidateur n'était pas en cause, de sorte que les associés n'étaient pas effectivement représentés, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 583 du nouveau Code de procédure civile, ensemble l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme.[629] »

[627] Cass., com., 23 mai 2006, n°04-20149.

[628] **J.-J. BARBIERI**, « De la négation des droits procéduraux des associés », *Bulletin Joly Sociétés*, n°10, 1eroctobre 2006, P. 1173.

[629] CA Aix-en-Provence, 3 juin 2004.

2°) La jurisprudence favorisant la tierce opposition formée par un associé afin de conserver son droit d'accès au juge

668. Une partie de la jurisprudence a reçu la tierce opposition de l'associé dans le cadre d'une société civile. « Ainsi, elle admet qu'un associé d'une société civile, répondant indéfiniment des dettes sociales à proportion de sa part dans le capital social, puisse faire tierce opposition contre la décision rendue à l'encontre de la société, dès lors qu'il invoque des moyens que la société n'a pas soutenus.[630]»

Cette solution a d'abord été retenue dans le contexte particulier d'une liquidation judiciaire d'une société civile, au profit de l'associé contre la décision ouvrant la liquidation judiciaire de la société[631].

De même et exceptionnellement ouvert la porte à la tierce opposition formée par l'associé d'une société civile poursuivi en paiement des dettes sociales, et cela par application de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, tout lui en conservant son droit d'accès au juge.

669. La Chambre commerciale de la Cour de cassation, a conservé dans son arrêt du 19 décembre 2006[632] le droit d'accès au juge de l'associé, par application de l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Dans cette affaire, les associés d'une société civile immobilière, voulaient former une tierce opposition contre une décision judiciaire condamnant, la société à payer une somme d'argent à un certain créancier.

La Cour a décidé que le droit effectif à un juge implique que l'associé d'une SCI, qui répond indéfiniment des dettes sociales à proportion de sa part dans le capital social, est recevable à former tierce opposition à l'encontre du jugement ouvrant la liquidation judiciaire de la société.

670. Par ce fait, elle a amplement ouvert la porte à la tierce opposition formée par les associés d'une société immobilière, en se prononçant sur la qualité de tiers des associés, condition

---

[630] **Ch.SERAGLINI**, « Les effets de la sentence », *Rev. arb.* 2013.710.

[631] Cass. com. 19 décembre 2006, D. 2007.17321, note **I. ORSINI** ; v. aussi, Cass.com., 26 mai 2010, pourvoi n° 09-14241.

[632] Cass. civ., 19 décembre 2006, n° 05-14.816.

nécessaire pour la recevabilité de la tierce opposition, après qu'elle a été prohibée totalement par la jurisprudence précédente, sous réserve de l'hypothèse de la fraude. « Il faut terminer en signalant que la collusion frauduleuse qui pourrait exister entre le représentant de la société et son adversaire permettrait aux associés d'exercer la tierce opposition, conformément aux solutions de la procédure civile qui voit alors dans la tierce opposition, le prolongement sur le plan procédural de l'action paulienne.[633] »

671. La Cour de cassation dans son arrêt du 23 janvier 2007, s'est référée aux articles 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme et 583 du Code de procédure civile et a considéré que « Le droit effectif au juge implique que l'associé d'une société civile, poursuivi en paiement des dettes sociales, dont il répond indéfiniment à proportion de sa part dans le capital social, soit recevable à former tierce opposition à l'encontre de la décision condamnant la société au paiement, dès lors que cet associé invoque des moyens que la société n'a pas soutenus.[634]»

Il serait tellement utile que nous réfléchissons à une conception beaucoup plus large et contestable de l'opposabilité de la sentence arbitrale aux tiers retenue par la Cour de cassation, notamment dans ses deux arrêts du 23 janvier 2007[635] et du 2 décembre 2008[636].

SOUS-SECTION 2 : LES DIFFERENTS AVIS DES AUTEURS RELATIFS A LA RECEVABILITE DE LA TIERCE OPPOSITION FORMEE PAR LES PARTIES ACQUERANT OU PERDANT LA QUALITE D'ASSOCIE NON-SIGNATAIRES D'UNE CLAUSE COMPROMISSOIRE

672. Les auteurs refusant l'irrecevabilité de la tierce opposition formée par les parties acquérant ou perdant la qualité d'associé non-signataires d'une clause compromissoire dans le cadre de leur représentation tacite par le mandataire social **(1°),** les auteurs approuvant la recevabilité de la tierce opposition des associés pour conserver son droit d'accès au juge **(2°).**

[633] **M.-H. MONSÈRIÉ-BON**, « Les associés ne peuvent toujours pas intenter une tierce opposition », *RTD com.* 2006. 618.

[634] Cass. civ. 3e, 6 octobre 2010, *JCP E*, 2010, 1993, n°4, obs. **F. DEBOISSY** et **G. WICKER**.

[635] Cass. com. 23 janvier 2007, *Rev. arb*., 2007.769, note **P. MAYER.**

[636] Cass. com., 2 décembre 2008, *Rev. arb.*, 2009.327, note **P. MAYER.**

1°) Les auteurs refusant l'irrecevabilité de la tierce opposition formée par les parties acquérant ou perdant la qualité d'associé dans le cadre de leur représentation tacite par le mandataire social

673. La doctrine qui a refusé aux parties acquérant ou perdant la qualité d'associé la voie de recours extraordinaire contre la sentence arbitrale a exigé que, l'irrecevabilité de la tierce opposition prive l'associé de ses droits procéduraux **(§1),** et a affirmé que, le mandataire social représente uniquement la société à l'instance **(§2).**

§1) L'irrecevabilité de la tierce opposition prive l'associé de ses droits procéduraux

674. Pour M. BARBIÈRI, exige que les tribunaux par leur décision d'irrecevabilité de la tierce opposition, ont privé les associés de leurs droits procéduraux, ou plus précisément leur droit d'accéder au juge qui est consacré également à tout individu, peu importe sa qualification quant aux litiges. « La Chambre commerciale de la Cour de cassation persiste à nier les droits procéduraux des associés en considérant qu'ils ne sont pas recevables à former tierce-opposition au jugement concernant la société qu'ils animent.[637] »

De plus, il considère que cette hypothèse de représentation tacite des associés par le représentant de la société, laisse la qualité de ces derniers, confuse entre partie ou tiers dans l'instance judiciaire, ce qui mène à l'indétermination de la voie de recours à entreprendre. « Le premier constat conduit à écarter le droit d'appel puisque ce dernier est attribué par l'article 546 du NCPC à toute partie qui y a intérêt, si elle n'y a pas renoncé.

La seconde affirmation conduit à écarter, comme c'est le cas dans ce dossier, la voie de la tierce-opposition, puisque l'article 583 du même code réserve la tierce-opposition à toute personne qui y a intérêt, à la condition qu'elle n'ait été ni partie ni représentée au jugement qu'elle attaque.[638] »

[637] **J.-J. BARBIERI**, « De la négation des droits procéduraux des associés », *Bulletin Joly Sociétés*, n°10, 1er octobre 2006, P. 1173.

[638] **J.-J. BARBIERI**, *Op.Cit.*

675. Mme ORSINI a exigé que l'associé a intérêt à se défendre et le mandataire de la société ne représente que cette dernière à l'instance et a tenu que cette voie de recours extraordinaire est réservée « à toute personne qui y a intérêt à la condition qu'elle n'ait été ni partie ni représentée au jugement qu'elle attaque (art. 583 NCPC), la tierce opposition est traditionnellement fermée à l'associé qu'une jurisprudence ancienne et constante considère comme étant représenté, dans les litiges opposant la société à des tiers, par le représentant légal de la société.[639] »

§2) Le mandataire social représente uniquement la société à l'instance

676. M. LUCAS, a refusé de lier la représentation de la société à celle d'un associé et a expliqué que, « si les associés doivent pouvoir former tierce opposition, ce n'est pas au nom de ces principes si vagues que l'on peut leur faire dire ce que l'on veut, mais ce doit être en admettant de façon beaucoup plus restrictive qu'une personne en a représenté une autre au cours d'un procès.[640] »

677. De sa part, Mme MONSÈRIÉ-BON, a limité l'irrecevabilité de la tierce opposition aux associés des sociétés civiles. « Cette question surgit le plus souvent au sujet des associés de société civile, même si elle peut également se poser dans les autres types de sociétés, en raison de la responsabilité indéfinie aux dettes sociales qui conduit les associés à vouloir contester la condamnation de la société au paiement d'une somme d'argent, qu'ils devront généralement acquitter, si cette dernière ne s'exécute pas.[641] »

2°) Les auteurs approuvant la recevabilité de la tierce opposition des associés pour conserver son droit d'accès au juge

678. Les auteurs qui ont accepté la voie de recours extraordinaire se sont basés sur le droit d'accéder au juge. Nous analyserons, la recevabilité de la tierce opposition par application de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme **(§1)** et l'insuffisance de la tierce opposition formée par un associé pour protéger son droit d'accès au juge **(§2).**

[639] **I. ORSINI**, « L'associé de la société civile et le droit au juge », *D.* 2007. 1321.
[640] **J.-J. BARBIERI,** *Ibid.*
[641]**M.-H. MONSÈRIÉ-BON**, « Les associés ne peuvent toujours pas intenter une tierce opposition », *RTD com*. 2006. 618.

§1) La recevabilité de la tierce opposition par application de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme

679. M. CADIET, a justifié que la recevabilité de la tierce opposition de l'associé par l'application du droit au juge conservé par l'article 6 §1 de la Convention des droits de l'Homme. « Opérant un revirement de sa jurisprudence encore appliquée le 23 mai 2006, a décidé, par un arrêt du 19 décembre 2006, que le droit effectif au juge implique que l'associé d'une SCI … est recevable à former tierce opposition.[642]»

680. Contrairement à M. BARBIÈRI qui a expliqué cette représentation tacite par la violation des droits procéduraux et donc ceux du droit d'accès au juge consacré par la déclaration des droits de l'Homme, M. LUCAS, confirme que l'article 6 §1 de cette convention n'est pas atteinte par application de ce principe et ne forme pas non plus la solution pour recevoir la tierce opposition formée par l'associé. « En revanche, on peut être beaucoup moins convaincu par l'invocation de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention EDH pour justifier le revirement. Le droit au procès équitable et le droit au juge, qui en serait le corollaire, ne constituent pas une explication pertinente de la solution. »

§2) L'insuffisance de la tierce opposition formée par un associé pour protéger son droit d'accès au juge

681. De même, et dans le but de protéger le droit des associés à l'accès au juge, M. SERAGLINI a développé une étude rapportant sur un système protecteur de ces associés en droit français, et cela en ouvrant la voie de contestation destinée à protéger les associés, donc le recours à la tierce opposition.

682. Cependant il a trouvé que cette voie de recours, peut ne pas être suffisante puisqu'elle touche uniquement le dispositif de la sentence, alors qu'il faut chercher un autre moyen contre les motifs mêmes de la décision rendu par le tribunal arbitral. « Conformément à une conception

[642] **L. CADIET** et **D. LORIFERNE**, *L'autorité de la chose jugée*, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, IRJS, 25 novembre 2011, p. 146.

élargie de l'opposabilité de la sentence, un tiers peut parfaitement se voir opposer les constatations de qualification de faits sans pouvoir ensuite les discuter. La tierce opposition n'est alors d'aucun recours puisqu'elle doit être dirigée contre le dispositif de la décision alors que pour le problème posé, il faudrait qu'elle puisse être dirigée contre les motifs de la décision également.[643] »

[643] **M. BODE**, Colloque « Arbitrage et Sociétés » organisé par le Comité français de l'arbitrage, Paris, 16 novembre 2012, *Cahiers de l'arbitrage*, n°1, 1er janvier 2013, P.262.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

683. Dans ce chapitre nous avons traité l'effet de la sentence arbitrale à l'égard d'un ex ou futur associé d'une part et les voies de recours consacrées à la protection de son droit d'accéder au juge d'autre part.

684. La question est complexe : les auteurs ont expliqué différemment l'effet de la sentence, là où certains ont justifié son opposabilité à l'égard des ex ou futurs, d'autres ont avancé à l'autorité de la chose jugée de la sentence arbitrale.

685. De même, la question des voies de recours consacrées à la protection de ces personnes perdant la qualité d'associé, a fait l'objet de vives discussions doctrinales, certains auteurs ayant soutenu l'irrecevabilité de la tierce opposition, alors que d'autres ont accepté et justifié la recevabilité de cette voie de recours extraordinaire.

CONCLUSION DU TITRE 2

686. Nous avons développé dans ce titre l'effet de la procédure arbitrale à l'égard d'une personne perdant ou acquérant la qualité d'associé, ce sujet couvre l'effet de la clause compromissoire à leur égard d'une part et celui de la sentence arbitrale rendue à leur encontre d'autre part.

687. Ces deux sujets ont connu une controverse doctrinale et jurisprudentielle, là où certains ont catégoriquement refusé l'opposabilité de la clause d'arbitrage à leur égard, d'autres ont soutenu la qualification de tiers de ces personnes perdant leur qualité d'associé et par ce fait ont accepté parfaitement.

688. Or, de notre point de vue il aurait fallu parler du droit de ces personnes à accéder au juge, consacré par les voies de recours. Malheureusement, la tierce opposition a été refusée par certaines jurisprudence, qui ont considéré que le principe se résume par l'irrecevabilité de la tierce opposition formée par un ex ou futur associé, et à ce principe une exception liée aux collusions frauduleuses ou les moyens personnels.

Nous prônons une évolution.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

689. Nous avons développé dans cette deuxième partie, la transposition de la solution rendue par la Cour de cassation pour la protection de la caution solidaire, et cela en choisissant des personnes différentes, qui peuvent être qualifiées selon les thèses, de tiers ou parties quant à la procédure arbitrale.

690. Nous avons choisi d'étudier l'effet de la procédure arbitrale, donc de la clause d'arbitrage et de la sentence arbitrale à l'égard de l'assureur non-signataire d'une clause compromissoire, d'une part, et des personnes acquérant ou perdant la qualité d'associé, d'autre part.

691. De plus, nous avons réfléchi sur les voies de recours consacrées à la protection de ces personnes. Plus précisément la recevabilité ou non de la tierce opposition formée de leur part contre les sentences arbitrales rendues.

692. L'assureur non-signataire d'une clause compromissoire, par sa qualité duale, a mis en question l'effet de cette clause à son égard.

Le principe est, l'inopposabilité de cette clause à l'égard de l'assureur non-signataire sauf, par application de l'hypothèse du mandat, ou par extension ou transmission de la clause d'arbitrage à son égard, malgré l'insertion d'une clause de direction de procès dans le contrat d'assurance.

Lorsque l'assureur non-signataire est qualifié de tiers, la clause compromissoire est inopposable à son égard, tandis que la sentence arbitrale lui est opposable. Pour le protéger contre toute sentence arbitrale rendue à son encontre, l'assureur doit pouvoir former une tierce opposition contre celle-ci.

693. Dans le cas des personnes acquérant ou perdant la qualité d'associé, et après une longue étude et argumentation des avis doctrinaux et la position des tribunaux, la clause

compromissoire insérée dans les statuts d'une société est inopposable à l'égard des anciens ou nouveaux associés, en vue de leur qualité de tiers quant à cette clause et en l'absence de leur volonté de traiter les litiges par voie d'arbitrage. Par conséquent, et pour se protéger contre la sentence arbitrale prononcée à leur encontre, la voie de la tierce opposition leur sera amplement ouverte.

CONCLUSION GÉNÉRALE

694. Certains auteurs, ont dépassé la qualification classique de parties des contractants d'une convention et ont créé une nouvelle catégorie de parties, tendant par leur définition à éliminer la notion de tiers connue.

Dans ce sens, M. AUBERT a dépassé la volonté de la personne de contracter pour la qualifier de partie, et a basé sa justification sur le fait de l'acceptation tacite ou expresse qui forme un lien obligatoire au contrat, sans être pour autant présent au moment de sa conclusion. « Ce n'est pas parce que le mot « partie » désigne traditionnellement une personne qui a conclu un contrat – « partie contractante » - que cette appellation doit être figée dans cette fonction descriptive. Il est assurément loisible de préférer l'attribuer à toute personne qui a accepté le lien obligatoire dans lequel elle est impliquée.[644] »

Pour sa part, M. GHESTIN a élargi la notion de parties dans le but de qualifier certaines personnes étrangères d'un contrat, mais ayant un intérêt personnel les liant aux parties contractantes. « Il y aurait lieu alors d'intégrer dans les parties, à côté des parties contractantes, c'est-à-dire les personnes qui ont effectivement donné leur consentement pour la formation du contrat, les parties, liées, c'est-à-dire les personnes qui, bien que n'ayant pas donné leur consentement au contrat, sont cependant titulaires actifs ou passifs des effets obligatoires engendrés par ce dernier.[645] »

695. Cependant, il serait indispensable de conserver la qualification traditionnelle de « tiers », pour pouvoir protéger certaines personnes des effets d'une clause d'arbitrage qui n'ont pas signés ou même acceptés, ou des effets de la sentence arbitrale prononcée à leur encontre. « Il

[644] **J.-L. AUBERT** « À propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *RTD civ.* n°1 janvier-mars 1993-92e année, P.1-236.

[645] **J. GHESTIN**, « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », *La Semaine juridique*, 66e année, n° 27, 1er juillet 1992, P. 517.

s'agit de donner aux qualifications -partie ou tiers-une plus grande cohérence en abandonnant les sous-catégories parasites, telles celles de « tiers assimilé aux parties » ou de « faux tiers.[646] »

696. Dans ce contexte, la Cour de cassation dans son arrêt du 5 mai 2015 a mis fin aux controverses doctrinale et jurisprudentielle sur la qualité de la caution solidaire quant à la clause compromissoire.

Elle, a tout d'abord refusé l'application de la théorie de la représentation mutuelle des coobligés, traditionnellement appliquée à la caution solidaire, et l'a qualifiée de tierce personne, par rapport à la clause compromissoire incluse dans le contrat principal liant le débiteur au créancier, et à l'instance arbitrale entre les parties contractantes.

Elle a ensuite énoncé en matière d'arbitrage interne le principe que « le droit effectif au juge implique que la caution solidaire, qui n'a pas été partie à l'instance arbitrale, soit recevable à former tierce opposition à l'encontre de la sentence arbitrale déterminant le montant de la dette du débiteur principal à l'égard du créancier.[647] » Elle a donc par ce fait protégé la caution solidaire contre les effets de la clause d'arbitrage, et lui a reconnu son droit d'accéder au juge par la recevabilité de la tierce opposition formée contre la sentence arbitrale, par application de l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'Homme.

697. « Cette solution est en principe transposable à tout coobligé et il convient d'attendre l'évolution de la jurisprudence, mais l'on sait que l'affirmation du principe de la représentation mutuelle des codébiteurs solidaire a tendance à s'affaiblir.[648] »

698. C'est à cette transposition que ce travail s'est consacré afin de favoriser la prévisibilité et la cohérence des solutions. La transposition de la solution avancée par la Cour de cassation, a été parfaitement applicable au niveau de l'assureur étranger de la clause compromissoire insérée dans un contrat liant son assuré à une victime, et cela malgré la présence d'une clause de direction de procès dans le contrat d'assurance.

---

[646] **J.-L. AUBERT** *Op.Cit*., P. 264.

[647] Com. 5 mai 2015, n° 14-16.644, préc.

[648] **B. MOREAU**, **A. BEREFOI, R. DESCOURS-KARMITZ**, **P. E. MALLET et A. LELEU**, « Arbitrage en droit interne », *Répertoire de procédure civile*, juin 2017.

699. Dans l'hypothèse où la clause compromissoire est insérée dans les statuts ou le règlement d'une société, la question est de savoir si cette dernière est opposable aux personnes qui ne sont plus liées à cette dernière en d'autres termes aux ex-associés d'une part, ou aux futurs associés.

Nous pensons que l'effet de la clause compromissoire diffère selon les cas, le nouvel associé sera tenu de la clause compromissoire malgré l'absence de son consentement exprès à ce mode traitement de litiges, et cela par la simple prise de connaissance de la présence de cette dernière dans les statuts de la société, toutefois cette clause n'est pas opposable à l'égard de l'ancien associé.

700. Nous nous interrogeons enfin de compte si cette transposition peut être applicable à d'autres tiers.

BIBLIOGRAPHIE

Plan:

I. Ouvrages généraux : manuels

A. Le XXe siècle

B. À partir du XXIe siècle

II. Ouvrages spéciaux :

Thèses

III. Dictionnaires

IV. Articles de colloques, et mélanges

A. Articles de colloques

B. Articles de mélanges

V. Articles de revues

VI. Ressources Électroniques

VII. Arrêts

A. Tribunal d'instance

B. Cassation Chambre commerciale

C. Cassation Chambre sociale

D. Cassation Chambre civile

E. CEDH

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GENERAUX : MANUELS

A. Le XXe siècle :

ANCEL (P.), *Le cautionnement des dettes de l'entreprise*, Dalloz, ed.1989, n°18.

DE BOISSÉSON (M.), *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, G.L.N. Joly, 2e édition, 1990, p.246.

FAVRE ROCHEX (A.) et COURTIEU (G.), *Le droit du contrat d'assurance terrestre*, LGDJ, 1998, n°2-291.

HAUSER (J.), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique : contribution à l'acte juridique*, Paris, librairie générale de droit et de jurisprudence, 1971, P. 45.

OPPETIT (B.), *Théorie de l'arbitrage*, P.U.F, 1998, p.25-117.

STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *droit civil, obligations*,3e édition, 1988, n°1198.

SOLUS et PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. 3, 1991, Sirey, n° 27, p. 26.

THÉRY (Ph.), *Les sûretés, la publicité foncière, Droit fondamental*, 1998, 2e édition, PUF, *n*° 66.

VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, préface de François TERRE, LGDJ, 1978, P.8, VII.

B. À partir du XXIe siècle :

AYNÈS (L.), MALAURIE (Ph.), STOFFEL-MUNCK (Ph.), *les obligations*, Defrénois, 11e édition, 2020, P.757.

BEIGNIER (B.), *Droit des assurances*, Montchrestien Lextenso, 2e édition, 2011, P. 664.

BEIGNIER (B.), BEN HADJ YAHIA (S.), *Droit des assurances*, 3e édition, Montchrestien, Lextenso, 2018, P. 734-559.

BIGOT (J.), KULLMANN (J.), MAYAUX (L.), préface de G. DURRY, *Traité des assurances, les assurances de dommages*, tome 5, 2017, P. 685-688-692.

CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, 11e édition, LexisNexis, 2020, n°415.

CADIET (L.), et LORIFERNE (D.), *L'autorité de la chose jugée*, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, IRJS, 2012, P. 126-132-140-146

CADIET (L.), NORMAND (J.) et AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, Presses Universitaires, 2e édition, 2013, P.333.

CARBONNIER (J.), *Droit Civil, Introduction*, PUF, coll. « Thémis », 27e édition, 2002, n°191.

COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (Fl.), *Droit des sociétés*, Litec, 33e éd., 2020, n° 186.

GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), et DELICOSTOPOULOS (C.), *Droits processuels, droits fondamentaux du procès*, 10e édition, 2019, P.552.

GUINCHARD, (S.), *Procès équitable*, novembre 2017, Dalloz.

HÉRON (J.) et LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 5e éd., 2015, P.167- 341.

LABASTIE-DAHDOUH (**Chr.)** et **DAHDOUH** (**H.),** *Droit commercial*, volume 2 Entreprises sociétaires, tome 1 Règles communes, 1ère éd., IHE, Collection Droit Et Sciences Juridiques, Tunis, 2003, p. 44 et 45.

LEFORT (Chr.), *Procédure Civile*, 5e édition, Dalloz, 2014, P.32-33-46.

LEGEAIS (D.), *Sûretés et garanties du crédit*, 9e édition, LGDJ, 2013, n°59.

MIGNOT (M.), *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, Préf. Eric LOQUIN, *Nouv. Bibl. th*, vol.17, Dalloz, Paris, 2002, n°201.

MILANO (L.), *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, 2006, P.520.

SIMLER (Ph.), *Le cautionnement : garanties autonomes, garanties indemnitaires*, 5e édition, LexisNexis, 2015, P15-44-45-462-497.

TEITEGEN–COLLY, **(C.),** *La convention européenne des droits de l'homme 60 ans et après?*, LGDJ, LEXTENSO, 2013, P. 193.

TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), Droit civil, les obligations, Dalloz, 12e édition.

VINCENT (J.) et GUINCHARD (S.), *Procédure civile*, 27e édition, Dalloz, 2003, P. 487-488.

II. OUVRAGES SPECIAUX : THESES DOCTORALES :

AMBROISE-CASTEROT (C.), *De l'accusatoire et de l'inquisitoire dans l'instruction préparatoire, sous la direction de Philippe CONTE*, thèse, 2000, n°374 et s.

ASTEGIANO-LA RIZZA (A.), *L'assurance et les tiers, variations sur le thème de la complexité des relations contractuelles*, préface de L. MAYAUX, Doctorat et Notariat, Tome 6, 2004, P.1.

CAPDEPON (Y.), *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, préface de SAINT-PAU, Jean-Christophe, Dalloz, 2013, P. 85-99-95-363.

COHEN (D.), *Arbitrage et Société*, préface Bruno OPPETIT, LGDJ, 1992, P.57-59-60-122-260-261.

DELMAS SAINT-HILAIRE (Ph.), *Le tiers à l'acte juridique*, préface de J. HAUSER, thèse LGDJ, 2000, P.34-44.

DIDIER (Ph.), *De la représentation en droit privé*, préface Y. LEQUETTE, thèse, LGDJ, 2000, P. 285-291-311.

DUCLOS (J.), *L'opposabilité*, Essai d'une théorie générale, préf. MARTIN, LGDJ, 1984, p. 22 s.

EL-AHDAB (J.), *La clause compromissoire et les tiers*, thèse, Paris, 2003.

JOURDAN-MARQUES (J.), *Le contrôle étatique de la sentence arbitrale internationale*, Préface de Th. CLAY, thèse, LGDJ, 2017, nos 223 s., et 245.

MIGNOT (M.), *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, préf. E. LOQUIN, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 17, Dalloz, Paris, 2002, n° 195, p.38.

MILANO (L.), *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, préface de F. SUDRE, thèse, Dalloz, 2006, P.29-51.

NICOLLE (I.), *Le tiers dans la tierce opposition, L'autorité de la chose jugée*, sous la direction de CADIET, Loïc et LORIFERNE, Dominique, Bibliothèques de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne A. TUNC, tome 37, 2012, p.141.

ROLAND (H.), *Chose jugée et tierce opposition*, thèse, LGDJ, 1958, n°s 181 s.

VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, préface de F. TERRÉ, LGDJ, 1978, P.8, VII.

VUITTON (X.), *Le procès équitable. L'article 6 de la CEDH : état du droit et perspectives,* Préf., J. CHRISTOPHE, thèse, LGDJ, 2017, P.13-18-23-27.

III. DICTIONNAIRES :

CORNU (G.) Assoc. H. Capitant, Vocabulaire juridique, 10e éd., 2014, PUF, Quadrige, v. « diriger »

Dictionnaire juridique de **BRODAU (S.) et BAUUMANN (A.)**, 1996-2019.

IV. ARTICLES DE COLLOQUES, ET MELANGES

A. Articles de colloques

BODE (M.), Colloque « Arbitrage et Sociétés » organisé par le Comité français de l'arbitrage, Paris, 16 novembre 2012, *Cahiers de l'arbitrage*, n°1, 1er janvier 2013, P.262.

B. Articles de mélanges

BANDRAC (M.), l'action en justice, droit fondamental, *in Mélanges Roger PERROT*, Dalloz, 1996, p.1-17.

BIGOT (J.) :

- « Arbitrage et Assurance » Droit et économie de l'assurance et de la santé, in *Mélanges en l'honneur de Yvonne LAMBERT-FAIVRE et Denis-Clair LAMBERT, Dalloz, 2002*, P. 18-19-20-21-23-24-26.
- « Arbitrage et assurance sous l'angle du droit français », in *Arbitrage, finance et assurance: Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, Suppl. spécial 2000, p.33 et s.

CALLÉ (P.), « Demandes en intervention et justice arbitrale », in *Mélanges Jacques HÉRON*, LGDJ, 2008, p. 155-158-159-160-161.

GUINCHARD (S.), « Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel », in *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ?* in *Mélanges en l'honneur de FARJAT, Gérard*, éd. Frison-Roche, Paris, 1999, P.129 et s.

LEMAIRE (S.), *L'opposabilité de la sentence arbitrale aux tiers. Approche critique du droit français*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre MAYER*, LGDJ Lextenso éditions, 2015, p. 465.

MAYAUX (L.), « L'assureur est-il un garant ? », in *Droit et économie de l'assurance et de la santé, mélanges en l'honneur de Yvonne LAMBERT-FAIVRE et Denis-Clair LAMBERT*, 2002, Dalloz, P. 14-282-284-288.

MOTULSKY (H.) :

- « Le droit subjectif et l'action en justice », in *Le droit subjectif en question, Archives de philosophies de droit*, tome IX, Sirey, 1964, p.223.
- *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 2 : Droit privé, propriété industrielle, littéraire et artistique, Dalloz-Sirey, 1961, p. 12.

VEAUX (D.) et VEAUX-FOURNERIE (P.) :

- « La représentation mutuelle des coobligés », in *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz/Litec, 1983, p 551-553-547.

- « Les surprises de la tierce opposition » in *Mélanges La Terre, la famille, le juge dédiés à Henri-Daniel COSNARD,* Economica, 1990, p.414-420-432.

WIEDERKEHR (G.) :

- « *La notion d'action en justice selon l'article 30 du Code de procédure civile* », in *Mélanges offerts à Pierre HEBRAUD*, 1981, P.956.

- *Une notion controversée l'action en justice*, in *Études dédiées au Doyen Ph. SIMLER*, Litec, Dalloz, 2006, P. 904.

V. ARTICLES DE REVUES

A.B., *Rev. gén, ass. terr.* 1952, 185.

ANSAULT (J.-J.), « Les clauses d'arbitrage confrontées au droit des sociétés », *Gaz. Pal*., n°225, 13 août 2015, P.25.

AUBERT (J.-L.) « À propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *RTD civ.* n°1 janvier-mars 1993-92e année, P. 1-236-264.

AVENA-ROBARDET (V.), « Tierce opposition d'une caution à l'encontre d'une sentence arbitrale », *Dalloz*, 18 mai 2015.

BARBIERI (J.-J.), « De la négation des droits procéduraux des associés », *Bulletin Joly Sociétés*, n°10, 1er octobre 2006, P. 1173.

BEAUCHARD (J.), « L'assureur dans le procès civil », *Revue générale du droit des assurances*, tome 81, 2010, P.542-546-547.

BEIGNIER (B.), « Assurance et arbitrage : la place de l'assureur dans l'instance arbitrale », *Revue de l'arbitrage*, 2008.232 et ss.

BRUNEL (F.), « L'associé-dirigeant, un trait d'union nécessaire à l'ère de la gouvernance d'entreprise », *Petites Affiches*, n°249, 13 décembre 2018, P.9.

BLOCH (L.), « Clause de direction de procès dans une police d'assurance de responsabilité civile », *Resp. Civ. et Assur.* 2012, n°4, 1er avril 2012, P.35-36.

BOLLÉE (S.), « Les effets des sentences arbitrales à l'égard des tiers », *Rev. arb.*, 2015. 695-701-731-732-737.

BONHOMME (R.), « Entrouverture de la tierce opposition à la caution solidaire », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, n° 04, 1er juillet 2015, p. 234.

BORGA (N.), « La tierce opposition au secours de la caution », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, n°04, 1er juillet 2015, P.238.

BOYER (L.), « Les effets des jugements à l'égard des tiers », *RTD civ*. 1951.163.

CAILLÉ (C.), « Assurance de dommages », *Répertoire de droit civil*, décembre 2013 (actualisation en septembre 2018).

CHAMPAUD (C.) :

- « Associés, litiges entre associés. Sociétés ayant trait à l'exercice d'une activité professionnelle. Clause compromissoire. Généralisation de sa validité. », *RTD Com.*, 2002, P.82.

- « Arbitrage entre associés, clause compromissoire statutaire. Application à un litige opposant les associés d'une SARL à un gérant non associé. » *RTD Com*. 2006.P844.

CHAMPAUD (C.) et DANET (D.), « Société en général ; Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 22 octobre 2008, pourvoi numéro 07-18.744 », *RTD com.* 2009. 149.

CHAPELLE (A.), « L'arbitrage et les tiers : le droit des personnes morales (groupe de sociétés ; intervention d'Etat) », *Rev. arb.* 1988.476.

CHOLET (D.) :

- « La distinction des parties et des tiers appliqués aux associés », *D*. 2004. Chron. 1141.

- « Assistance et représentation en justice », *Répertoire de procédure civile*, octobre 2017.

CLAY (Th.) :

- « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *D.* 2009.2959.

- « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *D.* 2015. 2588.

COCHET (D.), « La contribution à la dette des coobligés in solidum », *Petites affiches*, n° 118, 14 juin 2004, p. 3.

COHEN (D.) :

- « Arbitrage et société », Colloque Annuel du Comité français de l'arbitrage, Paris, 16 novembre 2012, Rev. arb. 2013.614-615.

- « Arbitrage et groupes de contrats », Rev. arb. 1997. 471-479.

- « Note sous Cour de cassation, 1ère chambre civile, 6 février 2001, Peavey Company contre Organisme général pour les fourrages et autres », Rev. arb. 2001.765.

- « Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 28 mai 2002, Société burkinabé des ciments et matériaux (Cimat) contre Société des ciments d'Abidjan (SCA), pourvoi numéro 00-12.144 », Rev. arb. 2003. 397.

- « L'engagement des sociétés à l'arbitrage », *Rev. arb.* 2006. 35.

- « L'arbitrage et les cessions de droits sociaux, colloque Les garanties dans les cessions de droits sociaux. », *Gazette du Palais*, n°140, 20 mai 2010, P.87.

COIPEL-CORDONNIER (N.), *RCDIP* 2002. 758.

CONSTANTIN (A.), « L'extension de la clause compromissoire au dirigeant associé de la société partie au contrat qui la contient », *LPA* 2009, n° 53, P. 3-6.

CORREA DELCASSO (J. P.), « La clause d'arbitrage et son extension à des parties non-signataires en arbitrage interne et international », *Gaz. Pal.* 28 décembre 2013, n° 155v8.

DANIC (O.), « 1913-2013 : les cent ans de l'arrêt Téry ou un siècle de droit de la défense », *Revue du droit public*, n° 1, 1er janvier 2014, P. 3.

DE BOISSÉSSON (M.) :
- « Le droit français de l'arbitrage interne et international », *G.L.N. Joly* 1990, p.246.

- *Rev. arb.* 1990.892.

DE LA VAISSIÈRE (F.), « Tierce opposition et droit d'accès au juge par la Conv. EDH », *AJDI* 2011.227.

DELEBECQUE (Ph.), « La transmission de la clause compromissoire », *Rev. arb.* 1991.19.

DELMOTTE (Ph.), « L'accès au juge dans les procédures collectives », *Petites affiches*, n° 239, 28 novembre 2008, P.50.

DELPECH (X.), « Droit d'accès au juge: application aux voies de recours en matière d'arbitrage », 26 mai 2016.

DESHAYES (O.), « la responsabilité contratuelle in solidum », *Revue des contrats*, n° 01, 1er mars 2016, p. 21.

DONDERO (B.), « La société, un terrain propice aux MARC ? Arbitrage et société », Petites affiches, n241,3 décembre 2009, P23.

DUBARRY (J.-C.) et LOQUIN (E.), « Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 6 février 2001, Peavy Company contre Organisme général des fourrages », *RTD Com* 2001.413-415.

DURAND (F.), « La représentation mutuelle des codébiteurs solidaires au paiement de la dette fiscale », *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique*, n°4, 2014, P.761.

EL AHDAB (J.) :

- « La gestion du risque arbitral par les parties », *RGDA* 2012, Tome 83, P.259-270.

- « L'efficacité ratione personae de la clause d'arbitrage contenue dans le règlement intérieur d'une société coopérative vis-à-vis du dirigeant d'un sociétaire », *Rev. Sociétés*, 2009. 618.

FAGES (F.), et JAEGER (L.), « Les nouveaux domaines de la clause compromissoire en droit des sociétés », *Bulletin Joly Sociétés*, 1er juillet 2001, n°7 - page 772.

FOUCHARD (Ph.), *Rev. arb.* 1978, p. 461.

FREYRIA (Ch.), « La direction du procès en responsabilité par l'assureur », *JCP G*, 1954.I.1196.

FRICERO, (N.) :

- « Autorité du jugement, Droit et pratique de la procédure civile », *Dalloz Action* 2006-2007, n˚421.162.

- « Recevabilité de la tierce opposition », *Répertoire de procédure civile*, juin 2012 (actualisation : janv. 2018).

- « Tierce opposition », *Dalloz*, juin 2012 (actualisation : janv. 2018).

GAILLARD (E.) :

- « Le pouvoir en droit privé », Paris, *Economica*, 1985, n°283, P. 184.

- « 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) », *Rev. arb.* 1987.275.

Gaz. Pal. 1959, 1, p.116.

Gaz. Pal., 30-31 mai 2003, *Les cahiers de l'arbitrage*, P.22.

GHESTIN (J.), « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », *la semaine juridique-JCP*, n˚27, 3628, juillet 1992, P.517-523.

GOFFAUX-CALLEBAUT (G.), « Part sociale Sociétés », *Répertoire des sociétés*, septembre 2004 (actualisation : janvier 2021).

GOUTAL (J.-L.) :

- « L'arbitrage et les tiers : le droit des contrats », *Rev. arb.* 1988. 177-178-431-441.

- *Rev. arb.* 1987, p.139.

- « Le droit des contrats », in « L'arbitrage et les tiers », *Rev. arb.*, 1988.452.

GRANIER (Th.), « Compétence et arbitrage-clauses attributives de compétence et arbitrage », *Répertoire des sociétés*, septembre 1999 (actualisation : janvier 2019).

GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), « De l'élargissement de la notion de partie au contrat… à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », *RTD civ*, n°1 janvier-mars 1994-93e année, P.280-281.

GUINCHARD (S.), « Procès équitable », *Répertoire de procédure civile*, mars 2017 (actualisation : juil. 2018).

HAZOUG (S.), « Recevabilité de la tierce-opposition de la caution solidaire au titre de son droit d'accès au juge », *Petites affiches*, n° 246, 10 décembre 2015, page 10.

JARROSSON (C.) :

- « L'arbitrage et la convention européenne des droits de l'Homme », *Rev. arb.* 1989.573-595.

- « Note sous Cour d'appel de Paris, première Chambre, section C, 5 mai 1989, BKMI Industriean Lagen GmbH et Société Siemens A.G. contre Dutco Construction Co (Pvt) Limited ; Cour de cassation, première Chambre civile, 7 janvier 1992, Société Siemens A. G. contre société Dutco Construction Co (Pvt) Ltd, pourvoi numéro 89-18.708, pourvoi numéro 89-18.726. » *JDI* 1992.707.

- Note sous Paris, 27 févr.1997, *Rev. arb.*, 1998.159.

- « L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales », *Procédures* 2017. Étude 17, spéc. n° 49.

JAULT-SESEKE (F.), « Note sous Cour de cassation, 1 ère Chambre civile, 6 février 2001, Peavy Company contre Organisme général pour les fourrages et autres », *RCDIP* 2001.522.

JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), « Créances : opérations », *Répertoire de droit international*, décembre 1998 (actualisation : mars 2009), *Dalloz.fr*.

LACOUR (C.), « Les conséquences de l'appréciation prima facie d'une clause compromissoire pour le dirigeant d'une société membre d'une coopérative », *LPA* 19 janvier n°PA200701502, p.7.
Lamy Sociétés commerciales 2008, n° 371.

LARROUMET (Chr.), « Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 4 juillet 2006, Banque populaire Loire et lyonnais contre Société Sangar, pourvoi numéro 03-11.983 », *Rev. arb.* 2006.973.

LEBLOND (N.), « Caution solidaire et tierce opposition à la sentence arbitrale », *l'essentiel droit des contrats*, n° 06, 9 juin 2015, P.2.

LE CANNU (P.), « Nature du règlement intérieur et champ d'application d'une clause d'arbitrage », *Bulletin Joly Sociétés*, 1er avril 2009, n°4, P. 360.

LE CORRE (P.-M.), « Cour de cassation chambre commerciale, 25 nov. 2008, n° 07-14583 », *Gazette du Palais*, 22 janvier 2009, n° 22, p. 51.

L**ECOURT(B.),** « Cession de droits sociaux Sociétés », *Répertoire des sociétés*, avril 2017(actualisation : décembre 2020).

LEGROS (C.) :

- « Arbitrage international : dans une chaîne homogène de contrats translatifs, la clause compromissoire se transmet avec l'action contractuelle », *JCP G* 2001. II. 10567.

- « Chronique de droit international privé n°1 (1ère partie), Centre de recherche sur les Droits de l'Homme et le droit international de l'Université de Rouen », *LPA* 2002, n°241, p. 16.

LEVEL (P.), « La jonction des procédures, intervention de tiers et demandes additionnelles et reconventionnelles », *Bull. Cour international d'arbitrage de la CCI*, n°2, 1996, p36 et s.

LIBCHABER (R.), « Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 6 février 2001 » *Répertoire du Notariat Defrénois*, 2001.708.

LOQUIN (E.) :

- « Arbitrage et cautionnement », *Rev. arb.* 1994. 235-247-250.

- « Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises », *Gaz. Pal.* 6 juin 2002, n°157.

- « La tierce opposition dirigée contre une sentence rendue entre le créancier et le débiteur principal est ouverte à la caution solidaire de la dette », Revue trimestrielle de droit commercial, 2016, P. 59-60.

- « A la recherche du principe de l'égalité des parties dans le droit de l'arbitrage », *Gazette du Palais*, n°184, 2 juillet 2008, p.5.

MAURY (F.), « Sociétés civiles professionnelles Sociétés - Droit commun : sociétés civiles professionnelles d'exercice », *Répertoire des sociétés*, janvier 2009 (actualisation 2020).

MARTY (G.), RAYNAUD (P.) et JESTAZ (P.), N572, citant cass. req. 19 fév. 1908 : S.1911,1, p. 529, note WAHL, Albert.

MATHIEU-BOUYSSOU (M.-E.), « La transmission de la clause compromissoire au cessionnaire de la créance », *JCP G* 2003.433-438.

MAYER (P.) :

- « La circulation des conventions d'arbitrage », *JDI* 2005.251.

- « Distinction entre autorité (relative) de la chose jugée par une sentence arbitrale et opposabilité de la sentence aux tiers ; Note sous Cour de cassation, Chambre commerciale, 23 janvier 2007, Prodim et autre contre société Distribution Casino France, pourvoi numéro 05-10.422 », *Rev. arb*. 2007.769-773.

- « Opposabilité (ou autorité ?) d'une sentence à l'égard d'un débiteur tenu in solidum avec la partie condamnée ; Note sous Cour de cassation, Chambre commerciale, 2 décembre 2008, pourvoi numéro 07-17.539 et Cour de cassation, Chambre commerciale, 2 décembre 2008, pourvoi numéro 07-17.539 », *Rev. arb.*, 2009. 327-331-333.

MAZEAUD (D.), « La mise en demeure », *Revue des contrats*, n° 4, 1er octobre 2007, p. 1115.

MESTRE (J.), *Jurisclasseur de droit civil*, fasc. 20, articles 1197 à 1216, § 74, 82, 83, 84, 85, 86, 87 et 93 et s.

MIGNOT (M.) :

- « L'irrecevabilité de la tierce opposition est-elle constitutionnelle ; Note sous Cour de cassation, Chambre commerciale, 27 novembre 2014, Pierres et vacances contre Société Immobilier Monceau investissements holding, pourvoi numéro 14-16.644 » *Rev. arb*., 2015.102-103-107.

- « Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 5 mars 2014, pourvoi numéro 12-24.213 », *Rev. arb.*, 2014.405-409.

- « Un revirement spectaculaire : la fin de l'extension de l'autorité positive de la chose jugée dans le cautionnement ! », *Gazette du Palais*, 11 juin 2015, n° 162, p.4.

- « Cassation Civile Pierres et vacances c/Société Immobilier Monceau Investissements Holding », *Revue d'arbitrage*, n°1, 2015, p.97-102.

- « Un revirement spectaculaire : la fin de l'extension de l'autorité positive de la chose jugée dans le cautionnement ! Note sous Cour de cassation, Chambre commerciale, 5 mai 2015, pourvoi numéro 14-16.644 », *Gaz. Pal.* 2015, n° 162, p. 4-6.

- « Vers la fin de l'extension de l'autorité positive de chose jugée dans le cautionnement ; Note sous Cour de cassation, Chambre commerciale, 5 mai 2015, pourvoi numéro 14-16.644 » *Rev. arb*. 2015. 1115.

MOREAU (B.), *Rev. arb.* 1980. 69.

MOREAU (B.), GLUCKSMANN (É.) et FENG (P.), « Arbitrage international » *Répertoire de procédure civile*, juin 2016 (actualisation : décembre 2019).

MOREAU (B.), BEREGOI (A.), DESCOURT KARMITZ (R.), E-MALLET (P.), LELEU (A.), « Arbitrage en droit interne- convention d'arbitrage », *Répertoire de procédure civile*, juin 2017 (Actualisation : Décembre 2019).

MOURRE (A.), « L'intervention des tiers à l'arbitrage », *Gaz. Pal*, n°123, recueil mai-juin 2001, P.21-644-645.

MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), « Les associés ne peuvent toujours pas intenter une tierce opposition », *RTD com.* 2006. 618.

NIBOYET (M.-L.), « Note sous Cour de cassation, première chambre civile, 28 mai 2002, Société Burkinabé des Ciments et Matériaux (Cimat) contre Société des Ciments d'Abidjan (SCA) », *Gaz. Pal.* 19-20 février 2003, p. 28.

OPPETIT (B.) :
- « La clause arbitrale par référence », *Rev. Arb*. 1990.551, spéc. PP 552-559.
- « L'arbitrage et les tiers : journée du comité français de l'arbitrage », *Rev. arb.* 1988, p. 435.

ORSINI (I.), « L'associé de la société civile et le droit au juge », *D*. 2007. 1321.

ORTSCHEIDT (J.), « La caution solidaire peut former tierce opposition contre la sentence », *JCP E* 2015.32.

PERROT (R.) :

- « Tierce opposition : la charge de la preuve », *RTD civ*. 1999. 467.
- « Chose jugée : l'efficacité de la chose jugée à l'égard des tiers, note sous Cour de cassation, Chambre commerciale 23 janvier 2007, pourvoi numéro 05-19.523 », *RTD civ.* 2007. 383.

PIETTE (G.) : « Cautionnement », *Répertoire de droit civil*, juin 2016 (actualisation avril 2021).

PUIG (P.), « L'influence de l'arbitrage en matière d'assurance sur les tiers », *Revue Générale du droit des assurances*, n°2012-01, 1er janvier 2012, P. 191-193.

RACINE (J.-B.) :

- Note sous Paris, 18 sept. 2003, *Revue arbitrale* 2004.311, spéc., n°5 (3e espèce).
- « L'affaire Abela ou les vicissitudes du contrôle de la compétence arbitrale », *Gaz. Pal*. 18 juill. 2009, n° GP20090718003, p. 13.
- « Arbitrage et cautionnement en droit français », *Cah. arb, 1er avril 2010, n°2, P. 353.*

RENOUX (Th. S.), « Le droit au recours juridictionnel », *JCP, G*, I, 3675, 1993, P.215.

RONTCHEVSKY (N.), « Cautionnement solidaire-Détermination du montant de la dette de la caution par une sentence arbitrale-Droit effectif au juge-Tierce opposition de la caution à l'encontre de la sentence arbitrale-Recevabilité (oui) ; Note sous Cour de cassation, Chambre commerciale, 5 mai 2015, pourvoi numéro 14-16.644 » *Banque et Droit*, n°161,1er mai 2015, P87-89.

RUBBELLIN (P.), « Droit des entreprises en difficulté », *L'essentiel*, 2 décembre 2014, n°11.

SALATI (O.), « Validité d'une clause compromissoire insérée dans les statuts d'une société d'exercice libéral relative aux contestations entre associés », *Petites affiches*, n°49, 9 mars, 2000, P 20.

SAINTOURENS (B.), « Opposabilité du règlement intérieur d'une société coopérative au dirigeant d'une société associée », *Rev. sociétés* 2009. 363.

SERAGLINI (Chr.) :
- « Le transfert de la clause compromissoire dans les chaînes de contrats après l'arrêt Peavey », n°318, *Gaz. Pal.* 2011.6-17.
- « Les effets de la sentence », *Rev. arb.* 2013.705-710.

SCHMIDT (D.), « Quelques remarques sur les droits de la minorité dans les cessions de contrôle », D. 1972, Chron., p. 223, spéc. p. 224.

SCHRAMECK (O.), « Conseil Constitutionnel, 9 avril 1996, Statut de la Polynésie française », *AJDA*, 1996.376.

STOFFEL-MUNCK (Ph.), « La nouvelle clause compromissoire dans les groupes de contrats », *Cah. arb.*, n°1, 1er janvier 2017, P. 47.

TAVERNIER (P.), « Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies », *RTDH,* 1996, P.6.

VALENCIA (F.), « Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage », *Rev. arb.* 2007.45-46-49-62-64.

VEAUX (D.), *JCP* 1985. II. 20374.

VI. RESSOURCES ELECTRONIQUES

« L'extension de la clause compromissoire à des tiers », article écrit par Squire Patton Boggs, le 13 février 2013, publié dans ARBITRAGE - MEDIATION

« Recevabilité de la tierce opposition formée par la caution solidaire contre la sentence arbitrale déterminant le montant de la dette du débiteur principal », *Dalloz-actu-etudiant.fr*, le 11 juin 2015.

jmt-sociologue.uqac.ca/www/projets/387_135_CH/...faits_sociaux/Un_fait_social.doc
https://www.editions-tissot.fr/droit-travail/dictionnaire-droit-travail-definition, 5 mars 2019.

https://www.assurance-et-mutuelle.com/assurance/definition-contrat-assurance.html, 3 mai 2021.

VII. ARRÊTS :

A. Tribunal d'instance :

T. civ. Nantua 12 janv. 1950 : Gaz. Pal. 1950.1.164

Trib. civ. Nantua, 12 janvier 1950, J.C.P. 1951. II. 6180, 2e esp., note D. BASTIAN.

B. Appel

Aix-en-Provence, 9 janvier 1997, *Rev. Arb.*1997.81, note D. COHEN.

Aix-en-Provence, 3 juin 2004.

Montpellier, 2e ch., A, 26 juin 2007.

Paris, 4 janvier 1960, *Rev. arb.* 1960. 122.

Paris, 21 mai 1964, *D.* 1964. 602.

Nancy, 13 mai 1974, *D.* 1974, somm. 65.

Paris, 19 décembre 1986, *Rev. Arb.* 1987, p. 359.

Paris, 19 décembre 1986, *Revue de l'arbitrage* 1987, p.359.

Paris, 28 janvier 1988, Rev. arb. 1988.565, et le commentaire de J.- L. GOUTAL, P.439.

Paris, 30 novembre 1988, *Rev. arb.* 1989.691

Paris 28 novembre 1989, *Rev. arb.* 1990.675 et s.

Paris, 1re Ch. suppl., 28 novembre 1989 et 8 mars 1990, *Rev. arb.*, 1990.675, spéc. P. 686.

Paris, 11 janvier 1990, rev. arb. 1990.681 et s., note P. MAYER.

Paris, 1re civ., 5 avril 1990, Courrèges Design c/ André Courrèges, D. 1990, I.R., p. 116.

Paris, 5 avr. 1990, Courrèges, *Rev. arb.* 1992, p. 110, note H. SYNVET.

Paris, 22 mars 1990, Rev. arb. 1991. 123.

Paris, 13 novembre 1992, *Société Casco Noble France, Rev. arb, 1993.632,* note J.-L. GOUTAL.

Paris 26 mai 1992, *Rev.arb.*1993.624, note Laurent AYNÈS.

Paris, 7 juillet 1993, *Juris-Data* n°1993-023562.

Paris, 25 févr. 1994, *Rev. arb.* 1995. 129, obs. P. VÉRON

Paris, 19 septembre 1996, *Rev. arb.* 1997.279, obs. C. VERGNE

Paris, 6 novembre 1997, *Rev. arb.* 1998. 706, obs. Y. DERAINS

Paris, 8 mars 2001, *Rev. arb.* 2001, p. 567, obs. C. LEGROS

Paris, 21 février 2002, *Rev. arb.* 2002. 955, note F.-X. TRAIN

Paris, 26 juin 2003, *Rev. arb.* 2006. 143.

Paris, 26 juin 2003, Rev. arb. 2006. 143. V., sur la question, D. COHEN, « L'engagement des sociétés à l'arbitrage », *Rev. arb*. 2006. 35.

Paris, 10 mars 2005, *Rev. arb.*, 2006.456, note MIGNOT, Marc.

Paris, 1re Ch. civ., 22 mai 2008, *Rev. Arb.* 2008.730-731-735-736-737-742-743, note F.-X. TRAIN

Paris, 4 mars 2010, *RG* N°09/00879.

Paris, pôle 2, ch. 5, 5 juin 2012, n° 10/12302.

Paris, 6 novembre 2012, n° 11/07555.

Paris, pôle 5, ch. 9, 20 févr. 2014, RG no 10/25264, *Rev. sociétés* 2016. 317, note B. LE BARS

Rouen, 8 juillet 1993, *DMF* 1994. 211, note Y. TASSEL.

Versailles, 29 octobre 1990 (société Rodin c/société Wilmart), inédit.

C. Cassation chambre commerciale :

T. com. Marseille, 29 déc. 1936, Rec. Marseille 1937. II. 38.

Com., 21 nov. 1955, *Bull. Civ.* III, p.282.

Cass. com., 6 juin 1961: *Bull. civ.* III, n°258.

Cass. com. 6 juin 1961, *Bull. civ.* iii, n° 258.

Cass. com. 13 mai 1966, *Rev. crit.* DIP 1967.355, note E. MEZGER

Com. 7 avril 1967, *D.* 1968.61, note J. CALAIS-AULOY.

Com., 12 juin 1978, *Rev. soc.* 1979.307, note J.-P. SORTAIS.

Cass. com., 22 novembre 1977, n° 76-13.145.

Cass. com. 22 nov. 1977, *Rev. arb.* 1978. 461, note Ph. FOUCHARD

Com. 15 nov. 1978, *Bull. civ.* V, n° 262

Com., 16 nov. 1981, *Rev. soc.*, 1986.91, note Y. CHARTIER

Cass. com., 18 oct. 1982, Bull. civ. IV, n° 316.

Cass. com. 4 oct. 1983, n° 82-12.415, *Bull. civ.* IV, n° 245.

Cass. com, 4 juin 1985, *Bull. civ.* IV, n°178.

Cass. com., 3 mars 1992, n° 90-17.249, *RGAT* 1993.295, note Ph. REMY.

Cass. com., 3 mars 1992, *Rev. arb.* 1992. 560, note, Ph. DELEBECQUE et AYNES.

Cass. com., 16 février 1993, *B* IV, n°59.

Cass. com. 9 avril 2002, « Autonomie de la clause compromissoire en droit interne de l'arbitrage, mission et choix de l'arbitre », *D.* 2003. 1117.

Cass.com., 1er juin 1999, pourvoi n° M 97-17.924, arrêt n° 1089 PMédia.

Cass.com., 8 novembre 2005, *Rev. arb.* 2006.712-713-714-715-716, note F.-X. TRAIN.

Cass. com., du 8 novembre 2005, n°03-14.630, Inédit.

Cass. com., 8 nov. 2005, pourvoi n° 03-14.630.

Cass. com., 8 novembre 2005, pourvoi n°1375 F-D.

Cass. com., 8 novembre 2005, M. Tinnes c/sté Système U, *Rev. arb*. 2006.709.

Cass. com., 8 nov. 2005, *BRDA* 2/06, n° 16.

Cass. com. 19 décembre 2006, D. 2007.17321, note I. ORSINI.

Cass. com., 10 mai 2006, numéro 05-16.909, Groupement d'Analyses Médicales de l'Atlantique (GAMA) contre Madame Hélène Susini épouse de LucaCass., com., 23 mai 2006, n°04-20149.

Cass. com., 23 mai 2006, *Bull.civ.* IV, n˚129, P.132.

Cass. com. 23 janvier 2007, n° 05-19.523, *Rev. arb*., 2007.69-135-769-771-772, note P. MAYER.

Cass., com., du 23 janvier 2007, 05-19.523, Inédit.

Cass. com., 23 janv. 2007, *JCP* 2007.I.168, obs.J. BÉGUIN

Cass. com., 23 janvier 2007, Casino c/Prodim, *Revue de l'arbitrage* 2007.769, note P. MAYER.

Cass. com., 23 janv. 2007, n° 05-19.523.

Cass. com., 2 décembre 2008, n° s 07-17.539 et 07-19.201, *Rev. arb.*, 2009.327, note P. MAYER.

Cass. com., 25 nov. 2008, n° 07-14583, *Bull. civ.* IV, n° 199.

Cass. com. 2 décembre 2008, n°07-19.201, *Rev. Arb.*, 2009.327, note P. MAYER.

Cass. com., 17 nov. 2009, n°08-12.844.

Cass.com., 26 mai 2010, pourvoi n˚ 09-14241.

Cass. com., 27 nov. 2014, n° 14-16.644.

Cass. com., 27 nov. 2014, n° 14-16.644, *Rev. arb.* 2015. 97, note P. MAYER.

Cass. com., 5 mai 2015, n° 14-16.644, *D.* 2015. 1046.

Cass. 1re com., 5 mai 2015, n°14-16.644, *Bulletin civil 2015, n°5, IV, n°70.*

Cass. com., 2 février 2016, n°14-23.921, *Procédures* 2016. 133, obs. WEILLER.

D. Cassation chambre sociale :

Cass. soc., 22 novembre 1956: *Bull. civ.* IV, n°859.

Cass. soc. 16 mai 1961, *Bull civ* IV, n°536.

Cass. soc., 26 mai 1965, *D.* 1965, Somm. p. 117.

E. Cassation chambre civile :

Cass. civ., 27 nov. 1811: *Bull. civ.* n° 118.

Cass. civ.,1er décembre 1885, *D.P.* 1886, 1, p. 251**.**

Cass. civ. 15 janvier 1873, *D.P.* 1873.1.249.

Cass. civ., 7 mai 1828 : *S.* 1828. 1. 93.

Cass. civ., 20 juillet 1908, *D.P.*, 1901.1.93

Cass. civ., 1er juillet 1924.

Cass. civ., 20 juillet 1942, *JCP 1942*.II.2044, obs. BESSON.

Cass. Req., 3 janvier 1938, *Gaz. Pal.*, 1938.1.396.

Trib. civ. Charolles, 7 mars 1952 : D.1953, 14, note BESSON.

Cass. 1re civ., 18 oct. 1954, *RGAT* 1954. 424-425, note BESSON.

Cass. 1re civ., 12 juin 1968, JCP, 1968 II 15584.

Cass. 2e civ., 17 novembre 1971, *Bull.civ.* II, n˚ 316, p.230.

Cass. 1re civ., 2 février 1972, n° 70-12.312.

Cass. civ., 6 juin 1981, *Bull.* III, n°240.

Cass. civ., 4 octobre 1983, *JCP*, 1985 II 20374.

Cass.1re civ., 1er mars 1983: *Bull. civ.* I, n°96.

Cass. 3e civ., 4 décembre 1984, *Bull. civ*. III, n˚205.

Cass., 3e civ., 4 décembre 1984, n° 82-11.970.

Cass. 1re civ., 5 juin 1985, *B*I, n°180.

Cass. 1re civ., 20 octobre 1987, *Rev. Arb.*, 1988.559.

Cas. 1re civ., 31 mai 1988, *Bull.civ.*I, n°159.

Cass. 2e civ., 14 octobre 1987, *Rev. arb.*, 1988.290, note J.-L GOUTAL.

Cass. 1re civ., 6 novembre 1990, « La transmission de la clause compromissoire », *Rev. arb*. 1991.26, note, Ph. DELEBECQUE.

Cass. 1re civ., 6 novembre 1990, *Rev. arb*. 1991.73, et le commentaire de Ph. DELEBECQUE, P.19.

Cass. 2e civ., 12 déc. 1990, *Rev. arb.* 1991. 317, note Ph. THERY

Cass., 1re civ., 14 février 1990, Bull. civ. I, n° 42

Cass., 1re civ., 11 juin 1991, *Rev. arb.*1992.74, note D. COHEN.

Cass. 1re civ., 25 juin 1991, *Rev. arb.* 1991.453, note, P. MAYER.

Cass, 1re civ., 7 janv. 1992, BKMI et Siemens c/Dutco, *Rev. arb.* 1992.470, note P. BELLET

Cass. 1re civ., 30 octobre 1995, n°93-15293.

Cass. 1re civ., 4 avril 1995, *Resp. civ. et ass.* 1995, P.246.

Cass. 2e civ., 2 mai 1993, Justices, n°1, 1995, 248, G. WIEDERKEHR.

Cass. 2e civ., 29 janvier 1997, *Sem. jur.* 1997, 22789, conclusions de M. KESSOUS

Cass. 2e civ., 29 janvier 1997, *Rev. tr. dr. civ.*, 1997, p. 511, obs. R. PERROT

Cass. 2e civ., 29 janvier 1997, *Bull. civ. II*, no 30.

Cass. 1re civ., 6 février 1997, société Carter, *Rev. arb.* 1997, p 556, note P. MAYER

Cass. 1re civ., 8 juillet 1997, n°95-13.484.

Cass. 1re civ., 8 juillet 1997, n°95-13.484, *RGDA* 1997. 1075, note J. KULLMANN

Cass. 2e civ., 26 novembre 1997, *Rev. arb.* 1997. 544.

Cass. 2e civ., 9 mars 2000, n° 98-10.070. Cass. 2e Civ., 9 mars 2000, n° 98-10.070.

Cass. 3e civ., 29 mars 2000, *Bull. civ*., III, n° 76.

Cass. 1re civ., 6 février 2001, Peavy Company, *Bull. civ*. I, n° 22.

Cass. 3e civ, 20 février 2002, *Bull.civ.* III, n˚45, P. 38.

Cass. civ. 1re, 28 mai 2002, société Burkinabe des ciments et matériaux, *Bull. civ*. I, n° 146

Cass. 1re civ., 28 mai 2002, société Burkinabe des ciments et matériaux.

Cass., 2e civ., 12 mai 2005, n°04-12.638.

Cass. 1re civ., 20 septembre 2006, M. Médard c/sté Système U, en somm. in *Rev. arb.*, 2006.1078.

Cass., 1re civ., 20 septembre 2006, n°05-10.781

Cass., 1re civ., 20 septembre 2006, « La clause compromissoire liant deux sociétés peut être applicable au président du conseil d'administration », *D.* 2006. 2343.

Cass. 1re civ., 20 sept. 2006, *LPA*, 19 janv. 2007, n° 15, p. 7, note C. LACOUR

Cass. 1re civ., 20 septembre 2006, pourvoi n° 05.10.781.

Cass. 1re civ., 30 octobre 2006, *Rev. arb.* 2008.309, note D. COHEN.

Cass., 1re civ., 30 octobre 2006, 04-15.512, Publié au bulletin.

Cass. civ., 19 décembre 2006, n° 05-14.816.

Rapport de la critique de P. BONASSIES sur l'arrêt de la Cour de cassation civile 1ère chambre, 11 juillet 2006, Andhika, *Droit Maritime Français*, 2007.398, spéc., p.404.

Cass. civ. 23 janvier 2007, *Rev. arb.* 2007.773, note P. MAYER

Cass. 1re civ., 6 mars 2007, *Bulletin civil*, I, n°91.

Cass. 1re civ., 27 mars 2007, *rev. arb.*, 2007.788-804, note J. EL AHDAB

Cass. 2e civ., 11 sept. 2008, n° 07-16972, inédit.

Cass.1re civ., 22 oct. 2008, n° 07-18.744, X. c/ Système U, *Rev. Sociétés* 2009. 363, obs. SAINTOURENS, Bernard.

Cass. 1re civ., 22 oct. 2008, pourvoi n° 07-18.744, arrêt n° 1014 F-D, note C. CHAMPAUD et D. DANET, *RTD* Com. 2009 p.149.

Cass. 1re civ., 22 octobre 2008, « L'extension de la clause compromissoire au dirigeant associé de la société partie au contrat qui la contient », note Th. CLAY, *Petites affiches*, 16 mars 2009, n°53, P.3.

Cass. 1re civ., 22 octobre 2008, « Opposabilité du règlement intérieur d'une société coopérative au dirigeant d'une société associée », *Revue des sociétés* 2009 p.363, note B. SAINTOURENS.

Cass. 1re civ., 22 octobre 2008, n°07-18744.

Cass. 1re civ., 19 nov. 2008, n° 07-18847, Inédit.

Cass. 2e civ., 19 nov. 2009, n°08-19.824.

Cass., 2e civ., 9 juillet 2009, pourvoi n˚08-16513.

Cass. civ. 3e, 6 octobre 2010, *JCP E*, 2010, 1993, n˚4, obs. F. DEBOISSY, et G. WICKER.

Cass. 1re civ., 17 novembre 2010, n°09-12442, *Bull.civ. I*, n°240.

Cass, 2e civ., 2 décembre 2010, n° 09-68.094.

Cass. civ., 27 sept. 2011, 10-21.686, Inédit.

Cass. 1re civ., 10 oct. 2012, Sté Bartin.

Cass., 2e civ., 28 février 2013, n° 12-12813.

Cass. civ., 5 mai 2015, 14-16.644, publié au bulletin.

Cass. 1re civ., 5 mai 2015, n°14-16.644, *D.* 2015. 1046, 1810, obs. P. CROCQ.

Cass. civ., 5 mai 2015, 14-16.644, publié au bulletin.

Cass. civ., *Revue d'arbitrage*, 2015, n°1, p.99.

Cass. civ. Pierres et vacances c/Société Immobilier Monceau Investissements Holding, *Revue d'arbitrage*, n°1, 2015, p.100.

Cass. 1re, 2 février 2016, n° 14-23.921, *Rev. arb.* 2016. 810, note S. BOLLÉE.

F. CEDH :

Rapport Commission EDH, 19 mars 1970, Ringeisin c/ Autriche, req. n°2614/65.

CEDH, 21 fév. 1975, Golder c. /Royaume-Uni, série A, vol. 18.

CEDH, 9 oct. 1979, Aiery c. / Irlande, série A, vol. 32, §24.

CEDH, 28 août 1991, Brandstetter c/Autriche, A.211, §66.

INDEX

Les numéros renvoient aux numéros de page

A

acceptation tacite15, 154, 219, 221, 222, 241, 250, 251, 268
accessoire.... 23, 26, 41, 42, 53, 54, 69, 70, 71, 74, 119, 131, 146, 148, 151, 159, 161, 162, 164, 166, 230, 246
accessoires 159, 160, 162, 163
acquérant..31, 237, 249, 250, 251, 253, 254, 255, 257, 259, 260
acquisition 89, 237
action .. 16, 21, 24, 43, 69, 79, 81, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 102, 107, 114, 158, 160, 164, 175, 178, 179, 185, 187, 197, 198, 203, 237, 259, 282
actionnaires..... 238, 239, 240, 241, 242, 256
ancien associé 31, 234, 235
arbitrage.... 11, 13, 14, 15, 19, 20, 21, 22, 25, 29, 31, 33, 54, 75, 105, 119, 120, 123, 124, 127, 129, 132, 133, 140, 141, 147, 149, 151, 153, 155, 163, 167, 169, 179, 185, 186, 192, 193, 196, 197, 210, 215, 216, 219, 220, 221, 222, 228, 229, 230, 231, 233, 235, 236,242, 246, 254, 255, 263, 269, 279, 281, 284
arbitres 20, 66, 104, 113, 114, 117, 120, 125, 131, 153, 238, 239, 252
arrêt18, 21, 22, 24, 25, 28, 31, 34, 35, 40, 41, 42, 50, 51, 52, 54, 56, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 68, 74, 76, 77, 82, 83, 93, 95, 97, 98, 99, 101, 104, 106, 107, 108, 109, 112, 113, 114, 116, 121, 122, 124, 131, 133, 147, 153, 154, 159, 160, 162, 163, 164, 170, 171, 174, 185, 186, 189, 197, 199, 200, 201, 202, 207, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 218, 220, 221, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 230, 232, 236, 240, 245, 251, 252, 256, 257, 258, 259, 262, 269, 279, 280, 285, 288, 292
associé.....30, 31, 32, 33, 208, 209, 210, 212, 213, 214, 216, 217, 218, 219, 221, 222, 225, 226, 227, 228, 234, 235, 236, 237, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 247, 249, 250, 251, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 273, 278, 279, 284, 292
assurance...11, 13, 14, 28, 29, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 154, 157, 158, 159, 160, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 177, 178, 179, 180, 182, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 194, 195, 199, 200, 203, 204, 269, 273, 284
assuré 22, 28, 29, 41, 52, 140, 141, 142, 143, 144, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 154, 155, 157, 158, 159, 160, 163, 165, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 185, 186, 187, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 199, 200, 201, 203, 204, 207, 269
assureur .. 22, 28, 29, 33, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187,188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 207, 269, 280
assureur non-signataire....137, 149, 156, 184, 191, 206, 207
auteur.... 66, 80, 90, 91, 92, 93, 98, 101, 119, 144, 158, 215, 216, 223

C

caution solidaire ... 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 33, 34, 35, 36, 38, 41, 42, 44, 45, 46, 48, 50, 51, 53, 54, 55, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 79, 83, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 118, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 144, 145, 146, 147, 148, 151, 166, 168, 191, 193, 199, 203, 207, 269, 278, 281, 282, 284, 286
cautionnement 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 39, 41, 42, 43, 44, 51, 53, 54, 55, 59, 63, 69, 70, 71, 75, 76, 77, 101, 103, 105, 106, 113, 114, 115, 120, 127, 136, 145, 146, 147, 148, 151, 166, 167, 191, 199, 273, 274, 282, 283, 284, 285
cédant 113, 114, 163, 214, 243, 245
cession de parts 243
cessionnaire..... 59, 113, 114, 161, 162, 163, 164, 217, 242, 243, 244, 245, 247, 283
clause compromissoire13, 14, 15, 16, 19, 21, 22, 23, 25, 26, 29, 31, 32, 33, 35, 54, 56, 64, 67, 68, 71, 73, 75, 113, 120, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 133, 136, 141, 142, 143, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 178, 181, 183, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 192, 194, 197, 207, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235,

236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 250, 251, 252, 253, 254, 257, 259, 267, 269, 270, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 285, 286, 288, 291, 292
clause d'arbitrage.....207
clause de direction de procès 28, 29, 141, 169, 170, 172, 173, 176, 178, 179, 180, 186, 192, 194, 203, 204, 207, 269
cocontractants 140
codébiteurs 27, 38, 39, 40, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 55, 56, 60, 116, 126, 144, 145, 147, 269, 280
consentement 14, 16, 129, 152, 153, 154, 221, 223, 224, 225, 240, 242, 268
contractants.11, 38, 43, 45, 46, 67, 141, 143, 146, 153, 158, 222, 225, 227, 241, 268
controverse17, 29, 76, 82, 90, 189, 190, 198, 203, 249, 253, 255
Convention européenne des droits de l'Homme ..18, 19, 20, 21, 35, 79, 80, 82, 83, 84, 86, 89, 95, 96, 99, 105, 108, 112, 130, 205, 258, 261, 262, 274
coobligés ... 24, 25, 27, 28, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 60, 63, 64, 65, 72, 73, 74, 75, 102, 114, 115, 116, 117, 118, 127, 136, 147, 192, 199, 269, 278
coopérative.....210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 222, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 280, 281, 285, 293
Cour de cassation..17, 18, 21, 22, 23, 24, 25, 27, 28, 31, 33, 34, 35, 36, 40, 41, 42, 50, 51, 52, 54, 56, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 68, 72, 74, 76, 77, 79, 80, 101, 102, 105, 106, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 121, 123, 131, 136, 147, 153, 154, 162, 164, 171, 174, 177, 195, 197, 199, 200, 201, 202, 207, 211, 213, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 232, 238, 252, 256, 257, 258, 259, 260, 269, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 292
créancier ... 22, 23, 24, 25, 26, 27, 41, 42, 44, 45, 46, 47, 50, 53, 54, 55, 60, 61, 62, 63, 64, 66, 67, 68, 71, 72, 73, 101, 106, 107, 109, 112, 113, 114, 115, 118, 122, 127, 129, 131, 133, 144, 145, 146, 148, 162, 163, 166, 167, 168, 258, 269, 282

D

débiteur22, 23, 24, 25, 26, 27, 34, 35, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 53, 54, 55, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 75, 101, 103, 106, 107, 109, 112, 113, 114, 115, 116, 118, 121, 122, 126, 127, 128, 129, 131, 132, 133, 145, 146, 148, 157, 161, 163, 166, 167, 168, 191, 199, 269, 282, 283, 286
débiteur principal..22, 23, 24, 25, 26, 27, 34, 35, 38, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 53, 54, 55, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 75, 103, 106, 107, 109, 112, 113, 114, 115, 116, 118, 121, 122, 127, 128, 132, 146, 148, 166, 191, 269,282, 286
démissionnée..... 211, 231
dettes 43, 44, 50, 53, 60, 64, 67, 69, 122, 148, 251, 258, 259, 261, 273
dirigeant 31, 32, 33, 171, 180, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 231, 232, 233, 234, 279, 280, 281, 285, 292, 293
doctrinal 37, 51, 75, 82, 118, 139
doctrine12, 37, 45, 52, 56, 92, 111, 119, 122, 123, 154, 162, 165, 166, 172, 187, 189, 194, 213, 217, 219, 230, 260
droits de la défense.... 21, 27, 28, 52, 61, 79, 82, 92, 94, 99, 100, 111, 198

E

effets de la clause compromissoire..... 153
ex-dirigeant 217, 221, 226
expresse.....43, 154, 157, 188, 224, 225, 268
extension .14, 15, 16, 17, 25, 27, 31, 39, 54, 63, 76, 77, 136, 156, 157, 174, 187, 188, 211, 213, 214, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 225, 226, 227, 230, 231, 233, 234, 236, 237, 241, 244, 245, 247, 279, 282, 283, 284, 286, 292

F

FUTURS ASSOCIÉS..... 208

G

gérant.....32, 235, 256, 257, 278

H

Haute Cour 32, 57, 58, 66, 74, 110, 218, 224
héritier 237

I

inopposabilité ... 16, 152, 153, 154, 178, 189, 191, 194, 195, 197, 212, 226, 232, 242
instance arbitrale .. 14, 24, 25, 26, 27, 56, 60, 62, 64, 65, 67, 73, 101, 102, 104, 105, 106, 108, 109, 111, 113, 114, 115, 116, 118, 119, 120, 121, 123, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 136, 143, 146, 147, 148, 150, 152, 154, 155, 156, 167, 169, 170, 179, 180, 181, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 195, 196, 199, 203, 250, 252, 254, 269

intervention.....14, 21, 75, 94, 111, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 153, 171, 177, 182, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 191, 192, 194, 195, 203, 215, 278, 282, 284
irrecevabilité . 23, 25, 28, 50, 56, 59, 60, 62, 66, 79, 99, 101, 103, 107, 110, 114, 116, 117, 120, 121, 184, 185, 188, 198, 199, 204, 210, 227, 256, 257, 259, 260, 261, 283

J

jurisprudence .. 22, 24, 25, 26, 27, 30, 32, 34, 38, 48, 49, 50, 55, 56, 57, 60, 66, 68, 70, 72, 74, 77, 79, 81, 82, 84, 85, 93, 95, 99, 102, 105, 106, 107, 109, 110, 111, 114, 115, 118, 119, 121, 122, 123, 133, 147, 153, 154, 159, 160, 161, 162, 181, 187, 193, 195, 199, 203, 212, 214, 215, 217, 220, 222, 224, 226, 228, 230, 237, 249, 250, 255, 256, 258, 259, 261, 262, 269, 273, 285

L

L'assureur ...28, 29, 141, 147, 165, 173, 174, 179, 180, 181, 196, 200
l'effet relatif.....11, 12, 13, 14, 67, 121, 124, 154, 222, 227, 230, 241, 281
la chose jugée.. 14, 16, 17, 18, 25, 26, 28, 35, 39, 48, 60, 61, 63, 67, 68, 72, 77, 91, 104, 105, 115, 117, 121, 144, 150, 180, 190, 192, 193, 194, 196, 198, 202, 250, 251, 252, 253, 254, 262, 273, 281, 283, 284
la théorie de représentation mutuelle . 23, 27, 28, 36, 37, 38, 43, 45, 47, 48, 49, 50, 52, 56, 57, 59, 60, 61, 63, 64, 73, 75, 117, 128, 129, 131, 132, 192
l'effet relatif 14, 26, 120, 121, 122, 153, 185, 224, 225, 227, 228, 241
litiges .. 13, 14, 16, 18, 19, 25, 27, 29, 31, 32, 63, 85, 90, 96, 104, 113, 138, 149, 153, 157, 180, 211, 213, 215, 234, 240, 242, 243, 245, 254, 257, 260, 261, 267, 278

M

mandat tacite.....38, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 55, 57
moyens personnels..... 50, 59, 101, 106, 201

N

non associé.....32, 216
non-signataire ...14, 15, 19, 22, 33, 64, 65, 67, 73, 141, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 162, 164, 168, 169, 170, 178, 180, 181, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 194, 197, 198, 199, 202, 203, 204, 207, 215, 219, 222, 226, 231, 233, 241,250, 251, 252, 253, 257
non-signataires 14, 15, 26, 67, 153, 157, 161, 226, 227, 228, 237, 241, 250, 252, 254, 259, 279

O

obligation in solidum.....38, 44, 45, 147
obligations . 12, 24, 35, 38, 39, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 53, 54, 57, 60, 70, 71, 86, 98, 118, 140, 141, 142, 143, 144, 147, 148, 151, 154, 157, 159, 161, 168, 199, 218, 224, 225, 227, 247, 273, 274
opposabilité 15, 16, 17, 18, 23, 26, 27, 31, 32, 73, 104, 116, 117, 118, 121, 126, 149, 152, 154, 155, 156, 160, 163, 164, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 201, 202, 209, 210, 211, 215, 216, 217, 219, 220, 221, 223, 224, 225, 226, 227, 231, 232, 233, 234, 235, 237, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 251, 252, 253, 254, 259, 263, 283
opposable . 15, 17, 18, 27, 32, 35, 60, 72, 74, 104, 113, 117, 121, 125, 131, 143, 146, 147, 152, 154, 155, 156, 159, 190, 191, 193, 195, 196, 198, 201, 202, 213, 223, 226, 232, 234, 236, 243, 251, 253, 270
opposants..... 25, 51, 52

P

partie ...11, 12, 13, 14, 15, 17, 19, 21, 22, 24, 25, 27, 29, 31, 33, 34, 39, 45, 52, 54, 62, 63, 64, 66, 67, 68, 69, 71, 72, 73, 75, 81, 86, 91, 93, 100, 104, 108, 109, 112, 113, 119, 122, 123, 126, 128, 129, 130, 131, 133, 136, 138, 146, 148, 150, 152, 159, 160, 162, 164, 166, 168, 169, 170, 173, 174, 175, 176, 179, 180, 181, 182, 183, 185, 186, 191, 192, 193, 194, 195, 197, 198, 199, 201, 202, 203, 213, 218, 222, 223, 225, 227, 232, 236, 240, 241, 242, 243, 250, 252, 258, 260, 261, 268, 269, 279, 281, 282, 283, 292
parties signataires..... 149, 220, 227
partisans 38, 45
perdant.... 209, 217, 249, 250, 251, 253, 254, 255, 257, 259, 260
procédure arbitrale 14, 15, 21, 22, 26, 27, 29, 31, 35, 64, 73, 74, 75, 115, 118, 120, 122, 124, 125, 126, 127, 128, 130, 138, 139, 140, 143, 148, 150, 155, 162, 169, 178, 190, 191, 194, 195, 199, 204, 207, 208, 224, 231, 237, 239, 240
procédure équitable 95
procès équitable... 19, 20, 28, 56, 59, 64, 65, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 95, 96, 97, 98, 102, 106, 108, 110, 113, 114, 262, 285

Q

qualification 12, 17, 21, 22, 25, 32, 58, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 88, 126, 135, 136, 139, 144, 146, 150, 169, 170, 172, 175, 179, 180, 181, 182, 190, 192, 199, 203, 205, 206, 207, 216, 260, 263, 268
qualité . 12, 14, 16, 25, 28, 29, 31, 32, 40, 64, 68, 69, 75, 94, 102, 108, 115, 119, 128, 139, 140, 141, 146, 151, 155, 169, 173, 178, 180, 181, 182, 183, 186, 191, 192, 193, 199, 201, 204, 205, 209, 210, 212, 213, 214, 216, 217, 218, 219, 220, 222, 223, 225, 231,234, 235, 236, 237, 240, 242, 243, 246, 249, 250, 251, 253, 254, 255, 257, 258, 259, 260, 267, 269

R

raisonnement. 28, 34, 39, 58, 61, 74, 90, 100, 117, 121, 126, 127, 168, 216, 238
recevabilité ... 25, 33, 36, 58, 61, 64, 65, 66, 68, 90, 91, 104, 111, 116, 118, 122, 126, 130, 131, 177, 188, 198, 199, 201, 202, 203, 204, 205, 249, 255, 257, 259, 261, 262, 269
représentant..... 12, 34, 35, 39, 40, 45, 49, 50, 55, 116, 128, 156, 172, 174, 177, 204, 210, 226, 229, 250, 251, 254, 256, 259, 260, 261
revirement..... 25, 39, 63, 74, 77, 112, 262, 283

S

sentence arbitrale .. 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 25, 26, 27, 28, 31, 34, 49, 59, 61, 62, 63, 64, 67, 68, 74, 75, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 112, 113, 114, 116, 117, 118, 121, 125, 128, 130, 133, 136, 155, 180, 184, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 202, 203, 204, 208, 215, 232, 241, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 259, 260, 267, 268, 269, 282, 283, 285, 286
sociétés . 14, 21, 22, 29, 31, 32, 33, 114, 210, 212, 214, 217, 218, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 227, 228, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 239, 242, 243, 244, 250, 251, 261, 274, 278, 279, 280, 281, 282, 285, 287, 292, 293
solidarité ... 22, 23, 24, 35, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 55, 57, 144
solidarité active..... 38, 43
solidarité passive..... 38, 47, 48, 49, 57, 144
solution 12, 14, 21, 22, 23, 25, 34, 52, 54, 55, 56, 58, 59, 61, 63, 64, 66, 74, 77, 90, 93, 102, 105, 111, 112, 114, 115, 116, 124, 129, 136, 138, 139, 144, 154, 155, 160, 193, 197, 200, 207, 211, 219, 224, 227, 228, 233, 252, 253, 258, 262, 269
statutaire .. 32, 209, 213, 216, 220, 235, 236, 242, 243, 244, 245, 247, 278
statuts ... 29, 31, 32, 138, 210, 212, 213, 214, 216, 218, 220, 223, 226, 231, 232, 233, 234, 235, 237, 238, 240, 241, 243, 244, 245, 253, 257, 267, 270, 285
subrogation..... 154, 158, 159, 160, 161, 162
subrogé..... 154, 158, 160, 161, 162, 165, 201

T

tacitement..... 55, 62, 65, 114, 157, 192, 199, 213, 218, 222, 240, 254, 256, 257
tierce opposition... 16, 17, 21, 23, 25, 27, 28, 33, 34, 35, 36, 45, 48, 49, 50, 52, 55, 56, 58, 59, 60, 61, 62, 64, 65, 66, 67, 68, 70, 72, 79, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 121, 126, 127, 129, 130, 131, 133, 136, 181, 182, 190, 193, 194, 196, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 249, 250, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 267, 269, 278, 280, 282, 283, 284, 286
tierce personne 14, 21, 35, 52, 53, 56, 67, 69, 73, 75, 76, 110, 116, 129, 147, 202, 222, 244, 269
tiers.....14, 15, 16, 17, 18, 26, 59, 63, 64, 66, 67, 72, 73, 75, 104, 116, 117, 120, 124, 125, 126, 127, 128, 130, 131, 136, 151, 152, 156, 165, 169, 180, 181, 182, 185, 190, 192, 193, 196, 198, 200, 201, 202, 203, 204, 207, 220, 222, 232, 233, 241, 244, 257, 269
traditionnelle 19, 24, 35, 56, 57, 136, 254, 268
transmission 15, 112, 133, 153, 154, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 226, 230, 244, 245, 247, 279, 282, 283, 291
tribunal arbitral..... 21, 26, 64, 100, 102, 113, 114, 116, 120, 123, 125, 130, 131, 132, 153, 155, 165, 188, 189, 192, 194, 195, 212, 217, 239, 240, 243, 250, 251, 262
tripartite..... 42, 145

V

voie de recours 101, 102, 105, 106, 117, 118, 127, 194, 196, 199, 201, 255, 260, 261, 262
voie de recours extraordinaire 105, 199, 255, 260, 261

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION **10**

I- LES ENJEUX THEORIQUES 10

1°) Les notions de partie 10

§1) La notion classique de partie 11

§2) La notion élargie de partie 11

2°) La notion de tiers en matière d'arbitrage 12

3°) Les problématiques suscitées par la confrontation des tiers et de l'arbitrage 14

§1) Les effets de la clause compromissoire sur les tiers 14

§2) L'effet de la sentence arbitrale à l'égard des tiers 15

a) La notion d'opposabilité de la décision juridictionnelle et son application dans le domaine de l'arbitrage 15

b) L'opposabilité de la sentence arbitrale à l'égard des tierces personnes 16

§3) Le tiers et son droit de l'accès au juge consacré par l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme 17

a) Le procès équitable 18

b) Les droits de la défense et la tierce personne 20

II- LES ENJEUX PRATIQUES **20**

1°) L'arbitrage et le contexte triangulaire du cautionnement : point de départ de la réflexion 21

§1) La solidarité en cautionnement et la relation caution- débiteur 22

§2) La théorie de la représentation mutuelle des coobligés 23

§3) L'effet de la clause compromissoire à l'égard de la caution solidaire 25

§4) L'opposabilité de la sentence arbitrale à la caution solidaire 25

§5) Le rejet récent de l'irrecevabilité de la tierce opposition de la caution solidaire 27

2°) L'arbitrage et le contexte triangulaire : assureur-assuré-victime 27

3°) L'arbitrage sur les questions de l'organisation des sociétés 28

§1) Le domaine de validité des clauses compromissoires figurant dans les statuts ou conclues à propos de l'organisation de la société 28

§2) L'effet de la procédure arbitrale à l'égard des associés en cas de changement de qualité 28

§3) L'effet de la clause compromissoire statutaire à l'égard du dirigeant d'une société 31

PLAN 32

PARTIE 1. L'AVENEMENT DE LA PROTECTION DE LA CAUTION SOLIDAIRE DE L'ARBITRAGE LIANT LES PARTIES **32**

PARTIE 2. LES TRANSPOSITIONS SOUHAITEES **32**

PARTIE 1 : L'AVENEMENT DE LA PROTECTION DE LA CAUTION SOLIDAIRE À L'ÉGARD DE L'ARBITRAGE LIANT LES PARTIES **33**

TITRE 1 : LE REJET DE L'APPLICATION DE LA THEORIE DE REPRESENTATION MUTUELLE DES COOBLIGES A LA CAUTION SOLIDAIRE 36

PLAN : **36**

- CHAPITRE 1 : LA VISION HISTORIQUE DE LA THEORIE DE REPRESENTATION MUTUELLE DES COOBLIGES **36**

- CHAPITRE 2 : LE REFUS REVOLUTIONNAIRE PAR LA COUR DE CASSATION DE LA THEORIE DE LA REPRESENTATION MUTUELLE DES COOBLIGES 36

CHAPITRE 1 : LA VISION HISTORIQUE DE LA THÉORIE DE REPRÉSENTATION MUTUELLE DES COOBLIGÉS 37

SECTION 1 : LA PRESENTATION DES SOUTIENS CLASSIQUES DE LA THEORIE DE REPRESENTATION MUTUELLE DES COOBLIGES 37

SOUS-SECTION 1 : LA DOCTRINE FAVORABLE A LA THEORIE DE LA REPRESENTATION MUTUELLE 37

1°) La représentation mutuelle des coobligés et solidarité 38

§1) La solidarité passive 38

§2) La solidarité entre caution et débiteur 40

§3) La solidarité active 43

§4) L'obligation in solidum 44

2°) Les effets de la solidarité et la théorie de représentation mutuelle des coobligés 45

§1) L'effet principal de la solidarité 46

§2) Les effets secondaires de la solidarité 46

3°) La théorie de la représentation mutuelle des coobligés et le mandat tacite 47

SOUS-SECTION 2 : LES JURISPRUDENCES AYANT ACCUEILLI LA THEORIE DE LA REPRESENTATION MUTUELLE 49

1°) L'acceptation par la jurisprudence de la solidarité comme base à la théorie de représentation mutuelle 49

§1) La solidarité passive 49

§2) La solidarité entre débiteur principal et caution 50

2°) L'acceptation par la jurisprudence de l'hypothèse du mandat tacite 50

SECTION 2. LES OPPOSANTS A LA THEORIE DE LA REPRESENTATION MUTUELLE DES COOBLIGES 51

SOUS-SECTION 1 : LA DOCTRINE CONTESTANT LA THEORIE DE LA REPRESENTATION MUTUELLE DES COOBLIGES 52

1°) La critique apportée sur la solidarité comme base de la théorie de représentation mutuelle des coobligés 52

2°) Le refus du lien entre la théorie de la représentation mutuelle et le mandat tacite 54

SOUS-SECTION 2 : LES ARRETS AYANT ECARTE LA THEORIE DE LA REPRESENTATION MUTUELLE 56

CONCLUSION DU CHAPITRE 1 58

CHAPITRE 2 : LE REFUS RÉVOLUTIONNAIRE PAR LA COUR DE CASSATION DE LA THÉORIE DE REPRÉSENTATION MUTUELLE DES COOBLIGÉS 59

SECTION 1 : LE RAISONNEMENT DE LA COUR DE CASSATION 59

SOUS-SECTION 1 : LE RAISONNEMENT DE LA COUR D'APPEL DE PARIS 59

1°) La présentation des faits des arrêts de la Cour d'appel de Paris rendu le 23 mai 2013 et de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 5 mai 2015 60

2°) La réflexion sur les positions convergentes des deux tribunaux 61

SOUS-SECTION 2. LE RAISONNEMENT DE LA COUR DE CASSATION ET SON ANALYSE 62

1°) La solution de la Cour de cassation basée sur les droits de la défense 62

2°) Le refus de la Cour de cassation d'appliquer la théorie de la représentation mutuelle 67

§1) Le lien entre l'application de la théorie de la représentation mutuelle et l'irrecevabilité de la tierce opposition de la caution solidaire 67

§2) Le refus de la Cour de cassation d'appliquer la théorie de la représentation mutuelle menant à la recevabilité de la tierce opposition de la caution solidaire 69

SECTION 2 : LA QUALIFICATION DE LA CAUTION SOLIDAIRE AU REGARD DE L'ARBITRAGE CREANCIER-DEBITEUR 69

SOUS-SECTION 1 : LA QUALIFICATION DE TIERS OU DE PARTIE DE LA CAUTION SOLIDAIRE 70

1°) Les arguments en faveur de la qualification de partie de la caution solidaire 70

§1) Les arguments 70

§2) Leur appréciation 71

2°) Les arguments en faveur de la qualification de tiers de la caution solidaire 71

SOUS-SECTION 2 : LA POSITION DE LA JURISPRUDENCE SUR LE SUJET DE LA QUALIFICATION DE LA CAUTION SOLIDAIRE .. 73

1°) L'effet de l'application de la théorie de la représentation mutuelle sur la qualification de la caution solidaire 73

2°) La dissemblance de qualification de la caution solidaire aux deux niveaux, contractuel et procédural 74

CONCLUSION DU CHAPITRE 2 75

CONCLUSION DU TITRE 1 76
TITRE 2. LA CONSÉCRATION PAR LA COUR DE CASSATION DU DROIT DE LA CAUTION SOLIDAIRE À L'ACCÈS AU JUGE 78
CHAPITRE 1. LA RECONNAISSANCE DE LA VIOLATION DU DROIT DE LA CAUTION SOLIDAIRE À L'ACCES AU JUGE 80
SECTION 1. L'APPLICATION DE LA COUR DE CASSATION DE L'ARTICLE 6 PARAGRAPHE 1 DE LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME DANS LE CADRE DE LA PROTECTION DU DROIT D'ACCES AU JUGE DE LA CAUTION SOLIDAIRE 81
SOUS-SECTION 1 : LE CONCEPT GENERAL DU DROIT D'ACCES AU JUGE CONSACRE A L'ARTICLE 6 PARAGRAPHE 1 DE LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME 81
1°) Le procès judiciaire au sens large du terme 81
§1) La définition du procès judiciaire 81
§2) Les principes des égalités des armes et du contradictoire au procès équitable 82
2°) Le procès équitable au sens de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme 83
§1) Le contenu du procès équitable et sa source d'origine 84
§2) L'explication rapide du contenu de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme 87
SOUS-SECTION 2 : LE DROIT D'ACCES AU JUGE 89
1°) La distinction entre plusieurs notions 90
§1) Le droit d'accès au tribunal 90
§2) L'action en justice 90
a) La controverse doctrinale sur la notion de l'action en justice 91
b) L'expression légale sur la notion de l'action en justice 92
§3) Le droit d'agir en justice 95
2°) Le droit d'accès au juge au sens de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme 96
3°) Les affaires de principe consacrant le droit d'accès au juge 97
§1) L'affaire RINGEINSIN 97
§2) L'affaire GOLDER 98
4°) La déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen communiquée le 26 août 1789 99
SECTION 2 : L'IRRECEVABILITE DE LA TIERCE OPPOSITION FORMEE PAR LA CAUTION SOLIDAIRE CONFRONTEE AUX DROITS DE LA DEFENSE 100
SOUS-SECTION 1 : LE CONCEPT GENERAL DES DROITS DE LA DEFENSE APPLIQUE A LA QUESTION DE LA TIERCE OPPOSITION DE LA CAUTION SOLIDAIRE 100
1°) Les auteurs soutenant la tierce opposition de la caution solidaire et l'appréciation de leur position 101
§1) Une acceptation basée sur des observations objectives 102
§2) Une acceptation basée sur l'idée de la protection de la caution solidaire 102
§3) Une acceptation exceptionnelle consacrée à la caution solidaire 102
2°) Les auteurs approuvant le refus de la tierce opposition de la caution solidaire et l'appréciation de leurs arguments 104
§1) Un refus basé sur la fonction juridique de la caution solidaire 104
§2) Un refus basé sur la représentation forcée de la caution solidaire par le débiteur principal 104
SOUS-SECTION 2 : LA JURISPRUDENCE ET LE SUJET DE LA TIERCE OPPOSITION DE LA CAUTION SOLIDAIRE 106
1°) La position de la jurisprudence sur le sujet de la tierce opposition de la caution solidaire 106
§1) La jurisprudence acceptant la tierce opposition de la caution solidaire 107
§2) La jurisprudence refusant la tierce opposition de la caution solidaire 108
2°) L'admission de la tierce opposition de la caution solidaire, par application de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme 109
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 111
CHAPITRE 2. LA SOLUTION APPORTÉE PAR LA COUR DE CASSATION POUR PROTEGER LE DROIT D'ACCES AU JUGE DE LA CAUTION SOLIDAIRE 112
SECTION 1. LA CONSECRATION DES DROITS DE LA DEFENSE DE LA CAUTION SOLIDAIRE 112
SOUS-SECTION 1 : LA POSITION DE LA COUR DE CASSATION 112
1°) Les fondements avancés par la Cour de cassation pour consacrer le droit de l'accès au juge de la caution 113

§1) L'énoncé et les fondements ... 113
§2) L'analyse de la solution donnée par la Cour de cassation dans son arrêt du 5 mai 2015 ... 113
2°) Les justifications doctrinales de la position de la Cour de cassation sur le droit de la caution solidaire à l'accès au juge ... 116
SOUS-SECTION 2. L'APPROBATION DE LA RECEVABILITE DE LA TIERCE OPPOSITION DE LA CAUTION SOLIDAIRE ... 117
1°) La tierce opposition contrepoids nécessaire à l'opposabilité de la sentence ... 117
2°) La présentation de l'argument du Professeur JARROSSON fondée sur l'opposabilité de la sentence ... 118
3°) Les raisons de l'approbation de l'argument ... 118
SECTION 2 : L'HYPOTHESE DE L'INTERVENTION DE LA CAUTION SOLIDAIRE A L'INSTANCE ARBITRALE ... 119
SOUS-SECTION 1 : L'AVIS DOCTRINAL ET JURISPRUDENTIEL SUR LE SUJET DE L'INTERVENTION DE LA CAUTION SOLIDAIRE A L'INSTANCE ARBITRALE ... 119
1°) L'avis de la doctrine sur l'intervention en matière d'arbitrage ... 120
2°) La position de la jurisprudence à propos de l'intervention en matière d'arbitrage ... 122
§1) La jurisprudence opposée aux demandes d'intervention ... 122
§2) La jurisprudence acceptant les demandes d'intervention ... 123
a) Les raisons limitant les demandes d'intervention ... 124
1) Le principe d'égalité entre les parties ... 124
2) La nature contractuelle de l'arbitrage ... 124
b) Les arguments s'opposant à ces raisons ... 125
1) La position de la Cour d'appel de Paris ... 125
2) La vision antagoniste des auteurs ... 125
SOUS-SECTION 2 : NOTRE VISION SUR LE SUJET DE L'INTERVENTION DE LA CAUTION SOLIDAIRE A L'INSTANCE ARBITRALE ... 126
1°) Le débiteur solidaire et l'intervention ... 127
2°) La caution solidaire et l'intervention ... 128
§1) La caution solidaire, partie représentée à l'instance arbitrale ... 129
§2) La caution solidaire, tiers imparfait ... 129
§3) La caution solidaire, tiers absolu ... 130
§4) L'ouverture de la porte d'intervention à la caution solidaire ... 130
a) L'intervention volontaire de la caution solidaire dans l'instance arbitrale ... 131
b) L'intervention forcée de la caution solidaire dans l'instance arbitrale ... 133
CONCLUSION DU CHAPITRE 2 ... *135*
CONCLUSION DU TITRE 2 ... 135
CONCLUSION DE LA PARTIE 1 ... 137
PARTIE 2 : LES TRANSPOSITIONS SOUHAITÉES ... 139
PLAN : ... 139
- TITRE 1 : UNE TRANSPOSITION TOTALE A L'ASSUREUR ... 139
- TITRE 2 : L'EFFET DE LA PROCEDURE ARBITRALE A L'EGARD DES ANCIENS ET FUTURS ASSOCIES OU DIRIGEANTS ... 139
TITRE 1 : UNE TRANSPOSITION TOTALE À L'ASSUREUR ... 140
CHAPITRE 1 : UNE QUALITÉ DUALE DE L'ASSUREUR ... *141*
SECTION 1 : LA QUALITE DE TIERS DE L'ASSUREUR EN L'ABSENCE DE CLAUSE DE DIRECTION DE PROCES ... 142
SOUS-SECTION 1 : L'ETUDE COMPARATIVE ENTRE L'ASSUREUR ET LES AUTRES CONTRACTANTS GARANTS D'UNE DETTE : UNE SPECIFICITE DE L'ASSUREUR CONDAMNANT UNE TRANSPOSITION AUTOMATIQUE DU REVIREMENT ... 142
1°) L'assureur et sa relation avec le contrat d'assurance ... 142
§1) Le contrat d'assurance ... 143
§2) Les obligations de l'assureur et la clause compromissoire insérée dans le contrat de l'assuré ... 143

§3) Les obligations de l'assuré 144
2°) L'étude comparative entre l'assureur et autres contractants garants d'une dette 144
§1) La distinction entre l'assureur et le codébiteur : la mise en avant de l'absence de communauté d'intérêt 145
§2) La distinction entre l'assureur et la caution solidaire : la mise en avant d'une différence de nature 146
c) La convergence entre le contrat d'assurance et le cautionnement : une relation tripartite avec un débiteur central 146
d) La divergence entre le contrat d'assurance et le cautionnement : une différence de nature 147
1. La différence de qualification entre la caution et l'assureur 147
2. La différence de nature des contrats d'assurance et de cautionnement 148
SOUS-SECTION 2. UNE ETUDE NECESSAIRE DE LA RELATION ENTRE L'ARBITRAGE ET L'ASSUREUR 150
1°) L'analyse de différentes hypothèses relatives à la clause compromissoire et son effet à l'égard de l'assureur non-signataire 150
§1) La détermination des hypothèses délicates : la clause compromissoire ne figurant pas dans le contrat d'assurance 151
§2) La qualification de « tiers » de l'assureur non-signataire en raison de l'autonomie de son engagement. 151
a) Le tiers absolu 152
b) Le tiers intermédiaire 152
2°) L'opposabilité de la clause compromissoire à l'assureur non-signataire 153
§1) Les arguments en faveur de l'inopposabilité de la clause compromissoire à l'exception du consentement du tiers 153
§2) Les arguments en faveur d'hypothèses d'opposabilité de la clause compromissoire à l'assureur tiers 156
a) La thèse à écarter du mandat 157
1) La présentation de la thèse du mandat 157
2) La réfutation de la thèse du mandat 157
b) La thèse à écarter de l'extension de la clause compromissoire à l'assureur non-signataire 158
c) La transmission de la clause compromissoire à l'assureur non-signataire 158
1) La subrogation 159
1.1) La transmission de la clause compromissoire à l'assureur par effet de la subrogation 160
i) La transmission de la clause compromissoire en tant que modalité de la créance 162
ii) La transmission de la clause compromissoire en raison de son inséparabilité de l'économie du contrat 162
1.2) Le refus de la transmission de la clause compromissoire à l'assureur par effet de la subrogation 163
2) La cession de créance ou de contrat 163
3) La chaîne de contrats 164
§3) La clause compromissoire invoquée par l'assureur non-signataire 166
a) L'invocation de la clause compromissoire par l'assureur envers le responsable du sinistre : une nécessaire distinction 166
b) Les arguments de la doctrine opposée à l'invocation de la clause compromissoire par l'assureur 167
1) La transposition analogique des exceptions inhérentes à la dette 167
2) La clause compromissoire comme exception de procédure, non inhérente à la dette 168
SECTION 2 : LA QUALITE DE PARTIE DE L'ASSUREUR NON-SIGNATAIRE EN PRESENCE DE LA CLAUSE DE DIRECTION DE PROCES 170
SOUS-SECTION1 : LA QUALIFICATION DE L'ASSUREUR NON-SIGNATAIRE EN TANT QUE PARTIE A L'INSTANCE ARBITRALE EN PRESENCE D'UNE CLAUSE DE DIRECTION DE PROCES 171
1°) La définition et la qualification de la clause de direction de procès 171
§1) Une promesse de mandat 173
§2) Un mandat 173
a) Les aspects du mandat 174
b) L'assureur, un mandataire 174
2°) La position processuelle de l'assureur en présence de la clause de direction du procès : une jurisprudence non unifiée 175

§1) La qualification du représentant de l'assuré par un arrêt d'appel contemporain 175
§2) La qualification de la partie au procès à la suite de l'extension des droits de l'assuré par un arrêt ancien de la Cour de cassation 175
3°) La critique de la qualification de l'assureur en tant que mandataire 176
4°) Les effets classiques de l'application de la clause de direction du procès par l'assureur 177
§1) La renonciation des exceptions 177
§2) La direction du procès 177
a) La direction externe du procès 177
b) L'interdiction de l'immixtion de l'assuré 178
SOUS-SECTION 2 : L'EFFET DE LA CLAUSE DE DIRECTION DU PROCES SUR LA QUALITE DE L'ASSUREUR NON-SIGNATAIRE 179
1°) La direction de la procédure d'arbitrage en présence d'une clause de direction du procès insérée dans le contrat d'assurance : une transposition pure et simple 180
2°) La qualification de l'assureur à l'égard de l'instance arbitrale en présence de la clause de direction du procès dans le contrat d'assurance 181
§1) La position de principe : L'assureur non-signataire, tiers à l'instance arbitrale 181
§2) La possibilité de renoncer à sa qualité de tiers 181
§3) Les arguments en faveur de l'assureur non-signataire, partie à l'instance arbitrale 182
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 ..... *184*
CHAPITRE 2 : LE DÉROULEMENT ET LES EFFETS DE LA PROCÉDURE ARBITRALE À L'ÉGARD DE L'ASSUREUR NON-SIGNATAIRE *185*
SECTION1 : L'IRRECEVABILITE DE PRINCIPE DE L'INTERVENTION DE L'ASSUREUR NON-SIGNATAIRE DANS L'INSTANCE ARBITRALE 185
SOUS-SECTION 1 : LE DROIT POSITIF RESTRICTIF : L'INTERVENTION DE L'ASSUREUR NON-SIGNATAIRE 186
1°) Le principe de l'irrecevabilité totale de l'intervention de l'assureur non-signataire dans l'instance arbitrale. 186
2°) L'intervention de force de l'assureur non-signataire dans l'instance arbitrale dans le cas de l'inclusion d'une clause de direction du procès dans le contrat d'assurance 187
SOUS-SECTION 2 : LES EXPLICATIONS DOCTRINALES ET JURISPRUDENTIELLES DU SUJET DE L'INTERVENTION DE L'ASSUREUR NON-SIGNATAIRE DANS L'INSTANCE ARBITRALE 188
1°) Les avis doctrinaux en faveur de l'intervention de l'assureur dans l'instance arbitrale et leurs arguments 188
§1) L'intervention dans l'instance arbitrale de l'assureur en raison de son approbation personnelle 189
§2) L'intervention de l'assureur dans l'instance arbitrale en raison de l'accord des parties à cette fin 189
§3) L'acceptation de l'intervention de l'assureur suite à l'extension de la clause compromissoire en vue d'un règlement global 189
2°) La position jurisprudentielle sur le sujet de l'intervention de l'assureur non-signataire dans l'instance arbitrale : le refus 190
SECTION 2 : LES EFFETS DE LA SENTENCE ARBITRALE RENDUE A L'EGARD DE L'ASSUREUR NON-SIGNATAIRE 190
SOUS-SECTION 1 : L'EFFET DE LA SENTENCE ARBITRALE A L'EGARD DE L'ASSUREUR NON-SIGNATAIRE 190
1°) Le principe : l'opposabilité de la sentence arbitrale à l'égard de l'assureur tiers à l'instance arbitrale 191
2°) La controverse doctrinale sur le sujet de l'effet de la sentence arbitrale à l'égard de l'assureur non-signataire 191
§1) L'opposabilité de la sentence arbitrale à l'égard de l'assureur non-signataire 192
a) L'opposabilité de la sentence causée par la représentation tacite de l'assureur par son assuré 192
b) L'opposabilité tenue par la qualité de tiers de l'assureur non-signataire 193
1) La qualité de tiers de l'assureur aux cas exceptionnels de son intervention forcée dans l'instance arbitrale ou l'appel en garantie 193
2) La qualité de tiers de l'assureur dialoguée par la direction externe du procès arbitral 194
§2) L'inopposabilité de la sentence arbitrale à l'égard de l'assureur non-signataire 195
a) L'inopposabilité de la clause compromissoire à l'assureur 195
b) L'analyse de cette thèse 196

SOUS-SECTION 2 : LA SOLUTION JURISPRUDENTIELLE CONDITIONNEE DU SUJET DE L'EFFET DE LA SENTENCE ARBITRALE A L'EGARD DE L'ASSUREUR NON-SIGNATAIRE 198
SECTION 2 : LA TIERCE OPPOSITION DE L'ASSUREUR NON-SIGNATAIRE CONTRE LA SENTENCE ARBITRALE 199
SOUS-SECTION 1 : LA CONTROVERSE JURISPRUDENTIELLE SUR LE SUJET DE LA TIERCE OPPOSITION DE L'ASSUREUR 199
1°) L'irrecevabilité de la tierce opposition de l'assureur : hypothèse de la représentation 199
2°) La recevabilité conditionnée de la tierce opposition de l'assureur 200
§1) L'opposabilité des jugements contre l'assureur, sauf cas de fraude 200
§2) La recevabilité de la tierce opposition contre la sentence arbitrale prononcée à l'encontre de l'assureur non-signataire 203
SOUS-SECTION 2 : LA CONTROVERSE DOCTRINALE SUR LE SUJET DE LA TIERCE OPPOSITION DE L'ASSUREUR NON-SIGNATAIRE 204
1°) La recevabilité de la tierce opposition de l'assureur, tiers à l'instance arbitrale 204
2°) La tierce opposition de l'assureur après inclusion d'une clause de direction du procès dans le contrat d'assurance 205
§1) L'irrecevabilité de la tierce opposition de l'assureur après inclusion d'une clause de direction de procès 205
§2) La recevabilité de la tierce opposition de l'assureur après inclusion d'une clause de direction de procès 205
CONCLUSION DU CHAPITRE 2 ..... *207*
CONCLUSION DU TITRE 1 208
TITRE 2 : L'EFFET DE LA PROCÉDURE ARBITRALE À L'ÉGARD DES ANCIENS ET FUTURS ASSOCIÉS OU DIRIGEANTS 209
CHAPITRE 1. L'EFFET DE LA PROCÉDURE ARBITRALE PRÉVUE PAR LES STATUTS OU RÈGLEMENT À L'ÉGARD D'UN DIRIGEANT OU D'UN EX OU FUTUR ASSOCIÉ *210*
SECTION 1 : L'EFFET DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE STATUTAIRE A L'EGARD D'UNE PERSONNE PERDANT LA QUALITE DE DIRIGEANT OU D'ASSOCIE 210
SOUS-SECTION 1 : L'OPPOSABILITE DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE A L'EGARD D'UN EX- DIRIGEANT D'UNE SOCIETE 211
1°) Le cas d'un dirigeant d'une société retirée d'une coopérative 212
§1) La Cour de cassation approuvant l'opposabilité de la clause compromissoire à l'égard d'un dirigeant d'une société retirée d'une coopérative 212
§2) L'extension de la clause compromissoire au dirigeant d'une société retirée d'une coopérative 214
a) L'hypothèse de l'extension de la clause compromissoire au dirigeant de la société retirée dans le cadre de sa qualité de dirigeant - associé de la coopérative 214
b) La critique de l'hypothèse de l'extension de la clause compromissoire au dirigeant de la société retirée d'une coopérative 215
§3) L'opposabilité de la clause compromissoire à l'égard du dirigeant d'une société retirée d'une coopérative à la suite de sa bonne gestion 216
§4) L'intuitus personae explique l'opposabilité de la clause compromissoire au dirigeant de la société retirée d'une coopérative 217
2°) Le cas d'un dirigeant cédant ses parts dans une société coopérative 218
§1) La Cour de cassation approuvant l'opposabilité de la clause compromissoire à l'égard du dirigeant cédant ses parts dans une société coopérative 218
§2) L'avis des auteurs sur l'opposabilité de la clause compromissoire à l'égard du dirigeant cédant ses parts dans une société coopérative 220
a) L'opposabilité de la clause d'arbitrage selon sa qualité des personnes contractantes 221
b) L'opposabilité réalisée par l'extension de la clause compromissoire à l'ex-dirigeant associé 222
1) L'extension de la clause compromissoire à l'ex- dirigeant au sein d'une société 222
2) L'extension de la clause compromissoire au dirigeant tiers par le biais de son acceptation tacite 223
3) L'extension de la clause compromissoire à l'ex-dirigeant par application du concept de liaison à la vie sociale 224
4) L'extension de la clause compromissoire à l'ex-dirigeant par le fait de son adhésion à la société 224

§3) La critique sur la décision de l'opposabilité de la clause d'arbitrage à l'égard de l'ex-dirigeant 226
a) L'inopposabilité de la clause compromissoire à l'ex-dirigeant de la société 227
b) La violation des principes contractuels, sociétaires et contractuels 228
1) La violation du principe de l'effet relatif des contrats 228
2) La violation du principe de l'autonomie de la personnalité juridique de la société et ses associés .. 229
3) La violation du principe de l'autonomie de la clause d'arbitrage 230
3°) L'effet de la clause compromissoire à l'égard d'un président du conseil d'administration d'une société démissionnée de la société coopérative de commerçants détaillants 232
§1) La contestation par le président du conseil d'administration non-signataire de la procédure arbitrale à son encontre 232
§2) La reconnaissance prétorienne de l'opposabilité de la clause compromissoire à l'égard du président du conseil d'administration vendeur de ses parts sociales 233
§3) L'appréciation de l'extension de la clause compromissoire au président du conseil d'administration vendeur de ses parts sociales 234
SOUS-SECTION 2 : L'OPPOSABILITE DE LA CLAUSE D'ARBITRAGE A L'EGARD D'UN ANCIEN ASSOCIE 235
1°) La qualité d'un ancien associé 235
2°) Le cas d'un ancien vétérinaire dans une société de participation 236
SECTION 2 : L'EFFET DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE STATUTAIRE A L'EGARD D'UNE PERSONNE ACQUERANT LA QUALITE D'ASSOCIE 238
SOUS-SECTION 1 : L'OPPOSABILITE DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE A L'EGARD DES HERITIERS D'UN ASSOCIE DANS UNE SOCIETE HOLDING 238
1°) L'acquisition d'un héritier d'une action dans une société holding et les effets de la clause compromissoire des statuts à son égard 238
2°) La qualité de partie des héritiers de l'associé quant à la procédure arbitrale 241
3°) La qualité de tiers des héritiers de l'associé quant à la procédure arbitrale 241
4°) L'admission prétorienne de l'opposabilité de la clause compromissoire à l'égard des héritiers d'un associé 242
SOUS- SECTION 2 : L'OPPOSABILITE DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE A L'EGARD DU CESSIONNAIRE D'UNE PART SOCIALE 243
1°) Le cessionnaire est un associé 244
2°) Le cessionnaire est un tiers 245
§1) L'extension de la clause compromissoire statutaire au cessionnaire -tiers 245
§2) L'opposabilité exceptionnelle de la clause compromissoire statutaire à l'égard du cessionnaire-tiers 246
§3) La transmission de la clause compromissoire statutaire à l'égard du cessionnaire-tiers 246
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 248
CHAPITRE 2 : L'EFFET DE LA SENTENCE ARBITRALE À L'ÉGARD D'UN EX OU FUTUR DIRIGEANT OU ASSOCIÉ ET LES VOIES DE RECOURS CONSACRÉES À SA PROTECTION 250
SECTION 1 : LES DIFFERENTES POSITIONS JURISPRUDENTIELLES ET DOCTRINALES SUR LE SUJET DES EFFETS DE LA SENTENCE ARBITRALE A L'EGARD DES PERSONNES ACQUERANT OU PERDANT LA QUALITE D'UN ASSOCIE 250
SOUS-SECTION 1 : LA POSITION DE LA JURISPRUDENCE SUR L'EFFET DE LA SENTENCE ARBITRALE A L'EGARD D'UNE PERSONNE ACQUERANT OU PERDANT LA QUALITE D'UN ASSOCIE 251
1°) L'effet substantiel de la sentence arbitrale marque son autorité de la chose jugée à l'égard des personnes acquérant ou perdant la qualité d'un associé 251
2°) L'acceptation tacite du représentant d'une société de la clause compromissoire justifie l'autorité de la chose jugée de la sentence arbitrale à l'égard des personnes acquérant ou perdant la qualité d'un associé 252
SOUS-SECTION 2. LA CONTROVERSE DOCTRINALE SUR LES EFFETS DE LA SENTENCE ARBITRALE A L'EGARD DES PERSONNES ACQUERANT OU PERDANT LA QUALITE D'UN ASSOCIE 254
1°) L'opposabilité de la sentence arbitrale à l'égard des personnes acquérant ou perdant la qualité d'un associé par le biais de son effet substantiel 254
2°) L'opposabilité de la sentence arbitrale en tant que fait juridique à l'égard des personnes acquérant ou perdant la qualité d'un associé 255
3°) L'autorité de la chose jugée de la sentence arbitrale à l'égard des personnes acquérant ou perdant la qualité d'un associé dans le cadre du contentieux exogène et endogène 255

SECTION 2 : LA CONTROVERSE JURISPRUDENTIELLE ET DOCTRINALE SUR LE SUJET DE LA RECEVABILITE DE LA TIERCE OPPOSITION FORMEE PAR LES PARTIES ACQUERANT OU PERDANT LA QUALITE D'ASSOCIE 256
SOUS-SECTION 1 : LA POSITION DE LA JURISPRUDENCE SUR LA TIERCE OPPOSITION FORMEE PAR LES PARTIES ACQUERANT OU PERDANT LA QUALITE D'ASSOCIE 256
1°) La jurisprudence refusant la tierce opposition formée par les associés 257
§1) L'irrecevabilité de la tierce opposition fondée sur la représentation tacite de l'associé par le mandataire social 257
§2) L'irrecevabilité de la tierce opposition formée par les associés à cause de la dissolution de la société ... 258
2°) La jurisprudence favorisant la tierce opposition formée par un associé afin de conserver son droit d'accès au juge 259
SOUS-SECTION 2 : LES DIFFERENTS AVIS DES AUTEURS RELATIFS A LA RECEVABILITE DE LA TIERCE OPPOSITION FORMEE PAR LES PARTIES ACQUERANT OU PERDANT LA QUALITE D'ASSOCIE NON-SIGNATAIRES D'UNE CLAUSE COMPROMISSOIRE 260
1°) Les auteurs refusant l'irrecevabilité de la tierce opposition formée par les parties acquérant ou perdant la qualité d'associé dans le cadre de leur représentation tacite par le mandataire social 261
§1) L'irrecevabilité de la tierce opposition prive l'associé de ses droits procéduraux 261
§2) Le mandataire social représente uniquement la société à l'instance 262
2°) Les auteurs approuvant la recevabilité de la tierce opposition des associés pour conserver son droit d'accès au juge 262
§1) La recevabilité de la tierce opposition par application de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme 263
§2) L'insuffisance de la tierce opposition formée par un associé pour protéger son droit d'accès au juge 263
CONCLUSION DU CHAPITRE 2 ..... *265*
CONCLUSION DU TITRE 2 266
CONCLUSION DE LA PARTIE 2 ..... **267**
CONCLUSION GÉNÉRALE **269**
BIBLIOGRAPHIE **272**
PLAN: **272**
INDEX **295**
TABLE DES MATIÈRES **299**

Titre et résumé en français : L'incidence de l'arbitrage et les situations triangulaires : étude à la lumière de l'évolution du sort de la caution solidaire

La Cour de cassation a mis fin aux controverses jurisprudentielles et doctrinales sur la qualité de la caution solidaire quant à la clause compromissoire, et cela en refusant l'application de la théorie de la représentation mutuelle des coobligés et en la qualifiant de « tierce personne », ouvrant par ce fait la porte à la tierce opposition.

La transposition de la solution avancée par la Haute Cour, a été parfaitement appliquée à l'assureur non-signataire de la clause compromissoire insérée dans un contrat liant son assuré à une autre personne, même en présence de la clause de direction de procès dans le contrat d'assurance.

Enfin, la possibilité de l'application de cette solution a été étudiée au cas par cas sur l'effet de la clause compromissoire statutaire à l'égard d'un futur ou ex- associé.

Titre et résumé en anglais : The impact of arbitration and triangular situations : study in the light of the evolution of the fate of the joint and several surety

The Court of Cassation put an end to the jurisprudential and doctrinal controversies on the quality of the joint and several sureties regarding the compromise clause, and this by refusing the application of the theory of mutual representation of the co-owners and by characterizing it as "third party", thereby opening the door to the third-party opposition.

The transposition of the solution proposed by the High Court was perfectly applied to the insurer who did not sign the arbitration clause inserted in a contract binding his insured person to another person, even in the presence of the trial management clause in the insurance contract.

Finally, the possibility of applying this solution has been studied on a case-by-case basis on the effect of the statutory arbitration clause on a future or ex-partner.

Discipline :

Droit privé et sciences criminelles

Mots-clés :

Arbitrage, théorie de la représentation mutuelle des coobligés, tiers, tierce opposition, caution solidaire, assureur non-signataire, clause de direction de procès, clause compromissoire, futurs associés, anciens associés, sentence arbitrale.

Arbitration, theory of mutual representation of co-owners, third parties, third party proceedings, joint and several sureties, non-signatory insurer, trial management clause, arbitration clause, future partners, former partners, arbitral award.

Intitulé et adresse de la Faculté ou du Laboratoire :

Université de Montpellier - UFR Droit - Laboratoire de Droit privé, 14 rue du Cardinal de Cabrières, 34 060 MONTPELLIER, Cedex 2.
