

Estoppel : rendons à César

Eric Agostini, Agrégé des Faculté de droit - IEP, Avocat à la Cour de Bordeaux

L'arrêt rapporté (1) marque l'accueil de l'*estoppel* en droit français (2). Certes, c'est dans un domaine où il était reçu depuis longtemps (3) que la décision intervient, mais, si, pour la première fois (4), la Haute juridiction emploie le *mot*, c'est qu'elle entend incorporer la *chose* au droit privé français (5). Il est donc désormais interdit de changer brusquement de politique juridique en prenant le partenaire ou l'adversaire à contre-pied.

Quelle sera la portée de cette greffe juridique qu'on pourrait croire anglaise ? L'avenir le dira mais, avant de risquer un pronostic ou, plus exactement, d'émettre un voeu (II), il convient de se livrer à une sorte de recherche de paternité (I) qui va nous démontrer que, ici comme ailleurs, « *Tous les chemins mènent à Rome* » et qu'il faut donc rendre à César ce qui est à César.

I - En présentant le cheminement intellectuel qui allait l'amener à formuler le *promissory estoppel* (6) dans la première décision qu'il rendit au *King's bench* (7), lord Denning (8) rapporte la découverte qu'il fit d'un arrêt oublié (9) rendu juste après la fusion des juridictions de *Common law* et d'*Equity* (10). Lord Cairns y évoquait le « *principe upon which all courts of Equity* » interdisent d'invoquer un droit lorsque son titulaire a laissé croire au contractant qu'il ne l'invoquerait pas (11). C'est donc l'*Equity* et non la *Common law* qui est à la source de « *l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui* » (12). Or, jusqu'à Thomas More qui fut le premier chancelier étranger au clergé (13), cette haute fonction avait toujours été occupée par un ecclésiastique (14). D'où l'influence sur l'*Equity* du droit canonique et du droit romain (15) qui avait pourtant été rejeté en 1236 à l'appel des barons réunis à Merton (16). De plus, comme dans le reste de l'Europe (17), les universités anglaises n'ont longtemps enseigné que ces deux derniers droits et il fallut attendre 1756 pour que Charles Viner (18) finance la première chaire de droit positif à Oxford où, le 25 octobre 1758, sir William Blackstone présenta la *first Vinerian lecture* (19).

Une origine romaine alors ? L'étymologie (20) le donne à penser puisque *estop* et *estoppel* viennent du vieux français et, au-delà du vieux français, du bas latin *stuppa* qui a donné « étoupe », indiquant de ce fait l'idée de colmater, c'est-à-dire de bloquer. Or, c'est justement la vertu de l'*estoppel* que de rendre irrecevable la prétention émise en contradiction avec une attitude antérieure. Dans l'arrêt commenté, par exemple, la Cour de cassation *bloque* un pourvoi visant à faire tomber une procédure arbitrale initiée par son auteur lui-même.

Mais, surtout, à côté de l'histoire et de la sémantique, le droit comparé confirme l'origine romaine de l'*estoppel*. En effet, des droits voisins du nôtre connaissent une règle déduite du Digeste (21) aux termes de laquelle « *venire contra factum proprium nulli conceditur* » (22). Sous la même formulation et avec la même origine avouée, droit allemand (23) et droit espagnol (24) posent l'interdiction de « *venire contra factum proprium* », c'est-à-dire d'aller contre son propre fait.

Ainsi, exactement comme le *trust* (25), l'*estoppel* a, bien sûr, une possession d'état anglaise, mais, en fait, son titre est romain, et une expertise ADN établirait à coup sûr une adoption du droit romain savant par l'*Equity*. Il faut donc le rendre à César, mais, puisque la Cour régulatrice l'a accueilli, il faut aussi le mettre en oeuvre.

II - Avant cet arrêt *Golshani*, les tribunaux français n'avaient pas manqué d'occasions pour affirmer la positivité de la règle de l'*estoppel*. Comme on l'a démontré dans ces mêmes colonnes (26), de grands classiques du droit international privé auraient pu y servir. Ainsi,

dans l'affaire *Lizardi* (27), sitôt atteint ses 21 ans, l'interprète du rôle-titre avait acquis auprès de ses cocontractants français toutes les apparences d'une capacité civile dont il abusa sans réserves, au point de se rendre débiteur de 695 495 francs-germinal entre 1852 et 1854, bien qu'il fût encore incapable au regard de sa loi personnelle (28). Alors que son tuteur mexicain avait obtenu l'annulation du plus gros de ces opérations pour défaut de capacité de son pupille (29), ce dernier invoqua la nullité du solde. D'une manière un peu confuse (30), on lui opposa sa capacité apparente (31), alors qu'il aurait suffi de lui opposer l'*estoppel*.

En sondant la jurisprudence allemande et la jurisprudence espagnole puisque les meilleurs auteurs focalisent sur la jurisprudence anglaise (32) qu'il serait redondant de présenter, on peut remarquer la diversité des applications du « *venire contra factum proprium* », c'est-à-dire de la règle de l'*estoppel*.

Tantôt (33) on estimera inopérante la rupture justifiée d'un contrat de travail car auparavant « *l'employeur s'était opposé [...] au départ de son employé en cherchant à le garder coûte que coûte* » (34). Tantôt (35) on refusera au joueur de football blessé sans faute sur action de jeu de « *venire contra factum proprium* » (36). Tantôt (37) on écartera l'usucapion du fait qu'au début de la guerre civile espagnole le *verus dominus* avait donné sa propriété à ses voisins dans l'attente d'un retour au calme. Tantôt (38), le fils légitime qui a gratifié son demi-frère adultérin se verra interdire de demander l'annulation du don en vertu de la « *regula de derecho de no ser licito a nadie, ir ni obrar contra sus propios actos* » (39).

On voit par là la multiplicité des sphères d'application possibles de l'*estoppel* et, sans parler des domaines où il est déjà *présent* sans pour autant être *nommé* (40), il faut signaler la virtualité d'une application généralisée de la règle. Au point que l'on pourrait imaginer une question l'assimilant à la *muscade* du « *repas ridicule* » de Boileau (41) : « *Aimez-vous l'estoppel ? On en a mis partout !* ».

De fait, alors qu'il étudiait le droit à la *Columbia Law School*, le futur juge Cardozo (42) eut le désagrément d'y voir la durée des études prolongée de deux à trois ans. Il en conçut un dégoût viscéral pour toute rétroactivité (43) et fut à l'origine du « *progressive overruling* » (44) qui obvie aux inconvénients de la rétroactivité inhérente à tout revirement jurisprudentiel (45) en ne le faisant jouer que pour le futur (46). Il introduisit de ce fait un *estoppel judiciaire*.

On pourrait également songer à un *estoppel législatif* qui interdirait au législateur, sous le contrôle du Conseil constitutionnel, de se contredire d'un jour sur l'autre comme il le fait malheureusement de plus en plus souvent, avec, entre autres exemples, le retrait penaud des bienfaits de la colonisation proclamés par une loi du 23 février 2005 (47). C'est d'ailleurs de cette idée que procèdent les arrêts de la première Chambre civile (48) qui ont écarté l'effet immédiat de la loi « anti-Perruche » (49) aux instances en cours.

Pour en rester à l'*estoppel juridique* qui est finalement le seul à être (et à pouvoir être) avalisé par la Cour de cassation, on ne peut que saluer son accueil. Les textes ou principes ne manquent pas, qui le justifient amplement (50). Mais peut-être faudrait-il finalement n'en faire qu'une règle subsidiaire, comme avec l'action *de in rem verso* qui en est un peu le pendant inversé, puisque, ici comme là, on vise à équilibrer la balance des intérêts en jeu, en interdisant de la fausser (*estoppel*) ou en la réajustant (*enrichissement sans cause*).

Mots clés :

ARBITRAGE * Arbitrage international * Tribunal arbitral * Convention d'arbitrage * Estoppel * Différend irano-américain

(1) Bull. civ. I, n° 302 ; D. 2005, Pan. p. 3050, obs. T. Clay ; Gaz. Pal., 24-25 févr. 2006, p. 18, obs. F.-X. Train.

- (2) Et accède ainsi au vœu de H. Muir Watt, Pour l'accueil de l'*estoppel* en droit français, L'internationalisation du droit, *Mélanges Y. Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 303 à 309. - V. aussi les réf. citées par O. Berg, L'influence du droit allemand sur la responsabilité civile française, RTD civ. 2006, p. 53 s., spéc. p. 61, texte et notes 82 à 86 📖.
- (3) V., par ex., Cass. 1re civ., 6 juin 1978, Bull. civ. I, n° 214 ; JDI 1978, p. 908, note B. Oppetit ; Rev. arb. 1979, p. 230, note P. Level.
- (4) Mille mercis à M. le conseiller Doyen Pluyette des indications qu'il a données aux étudiants de Master I de mon Université (et à leur professeur).
- (5) Sans qu'il y soit nommé, le changement de doctrine de l'administration fiscale (art. L. 80 A LPF) ou le principe de confiance légitime du droit communautaire procèdent du même esprit que l'*Estoppel*.
- (6) V. Lord Denning, *The discipline of law*, Londres, Butterworths, 1979, p. 203-206.
- (7) *Central London Property Trust v. High Trees House Ltd* [1947] 1 KB 130.
- (8) *Op. cit.*, p. 201.
- (9) « *That case had been overlooked for 50 years. None of the textbooks had noticed it* ».
- (10) *Judicature Acts* de 1873-1875.
- (11) *Hughes v. Metropolitan Railway Co* [1877] 2 AC 439.
- (12) V. sous ce titre, E. Gaillard, Rev. arb. 1985, p. 421 s.
- (13) V. Lord Denning, *Landmarks in the law*, Londres, Butterworths, 1984, p. 68-80. Outre cette particularité (qui ne l'empêcha pas d'être canonisé par le pape Pie XI), c'était un *common lawyer* formé à Lincoln's Inn, où son grand-père et son père avaient été « *butler* » (chef du personnel).
- (14) V. H. Lévy-Ullmann, *Le système juridique de l'Angleterre*, Paris, 1928, rééd. Les Introuvables 1998, p. 451-515. L'état sacerdotal n'était cependant pas une garantie d'excellence. - V. le portait sans complaisance que lord Denning (*Landmarks*, p. 59-67) fait du cardinal Wolsey.
- (15) V. H. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 511-515.
- (16) V. Blackstone, *Commentaries*, t. 1, p. 18, texte et note (f).
- (17) Au moins, pour nous, dans les pays de droit écrit où ce n'est qu'en 1679 que « *l'enseignement du droit français* » fut rendu obligatoire (V. la thèse de C. Chêne, *L'enseignement du droit français dans les pays de droit écrit*, Genève, 1982).
- (18) V. Lord Denning, *What next in the law*, Londres, Butterworths, 1982, p. 15. - V. aussi, G. Augé, Aspects de la philosophie juridique de sir William Blackstone, Arch. phil. droit 1970, p. 71 s., spéc. p. 75. En p. 28 du t. 1 des *Commentaries*, Blackstone rapporte que l'émolument était de 200 livres sterling par an.
- (19) V. H. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 42. Cette leçon inaugurale est reproduite en introduction du t. 1 des *Commentaries*.
- (20) Le *Concise Oxford Dictionary of current English* (Oxford at the Clarendon Press, 1964) indique en p. 414 pour le verbe *estop* une origine française (= *estoper, estoupe*) et latine (*stuppa*).

(21) D.1.7.25 interdit au père de contester le testament de la mère gratifiant leur fille « *adversus factum suum* ».

(22) « *Nul n'est admis à venir contre son propre fait* ».

(23) V. C. Witz, *Droit privé allemand*, Paris, Litec, 1992, n° 664-666 ; F. Ranieri, *Verwirkung* et renonciation tacite, *Mélanges Bastian*, t. 1, Litec, 1974, p. 427 s. La jurisprudence allemande se fonde sur le § 242 BGB. - V. M. Pédamon, *Le contrat en droit allemand*, 2e éd., LGDJ, 2004, n° 167-170, p. 131-135.

(24) V. L. Diez-Picazo, *La doctrina de los propios actos*, Barcelone, 1963.

(25) La parenté entre le *trust* et la *fiducia cum amico* est manifeste et l'on peut penser que la résurrection de cette dernière par les ordres mendiants du Moyen-Age a permis son développement en Angleterre. - V. M. Villey, La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam, *Arch. phil. droit* 1964, p. 97 s. ; V. aussi, H. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 496-507.

(26) V. la note, D. 1997, Jur. p. 576, spéc. p. 577 📖.

(27) Cass. req., 16 janv. 1861, B. Ancel et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4e éd., Dalloz, 2001, n° 5, et les réf.

(28) Le droit mexicain fixait initialement la majorité à 25 ans. Le code fédéral de 1928 (art. 646) l'avait réduite à 21 ans. Un décret du 31 déc. 1969 l'a ramenée à 18 ans. - V. J. Lisbonne, J.-Cl. Droit comparé, t. 2, v° Mexique, n° 16.

(29) La note de G. Massé (S. 1861, 1, Jur. p. 305) reproduit les décisions intervenues dans cette affaire et permet de chiffrer au franc près le trou creusé par le « jeune » Francis de Lizardi.

(30) Pillet (*Traité juridique de droit international privé*, t. 1, Paris, 1924, n° 241) qualifiait cette jurisprudence de « *doctrine, non de jurisconsultes, mais de marchands* ».

(31) Au tome V, n° 1538, p. 525-530 de son *Traité de droit international privé français*, Niboyet étudie l'arrêt *Lizardi* sous le titre : « La théorie de la capacité apparente ou théorie de l'intérêt national ».

(32) V. Lord Denning, *supra* note 6, p. 203-222.

(33) *Bundesarbeitsgericht*, 8 juin 1972, NJW 1972.1878.

(34) C. Witz, *supra* note 23, spéc. n° 665, p. 525, qui cite les décisions ci-avant et ci-après.

(35) *Bundesgerichtshof*, 5 nov. 1974, BGHZ 10.140.

(36) Tant en Allemagne qu'en Espagne, on a tendance à rogner la maxime.

(37) T. supremo, 25 juin 1966, Aranzadi 3.550.

(38) T. supremo, 7 mai 1919, Col. Leg. NO 40, p. 227.

(39) = « *règle qui interdit à quiconque d'aller ou d'oeuvrer contre ses propres actes* ».

(40) Ainsi les renonciations et autres actes unilatéraux de droit privé comme de droit public.

(41) Satire III.

(42) M. Krauss, *Réflexions sur la rétroactivité des lois*, Rev. gén. droit, vol. 14, 1983, p. 287

s., spéc. p. 304-305, note 67.

(43) Qualifiée de « *bombe juridique* » (Cardozo, *The nature of the Judicial Process*, New Haven 1921, p. 142).

(44) *Great Northern Railway v. Sunburst Oil* (1932), 287 US 358.

(45) P. Voirin, Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences, JCP 1959, I, 1467.

(46) V. Y. Chartier, *Les revirements de jurisprudence à la Cour de cassation*, L'image doctrinale de la Cour de cassation, La Doc. fr., p. 149 s. ; C. Mouly, *ibid.*, p. 123 s. ; Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement ?, LPA 1994, n° 53, p. 9 ; Le revirement pour l'avenir, JCP 1994, I, 3776 ; rapp. Canivet, *Les revirements de jurisprudence*, Groupe de travail présidé par N. Molfessis, Paris, Litec, 2005 ; T. Bonneau, Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement, D. 1995, Chron. p. 24, et les réf. ☞ ; S. Amrani Mekki et *alii*, A propos de la rétroactivité de la jurisprudence, RTD civ. 2005, p. 293 s. ☞ ; J. Rivero, Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle, AJDA 1968, p. 15 s. ; et *Pages de Doctrine*, t. 1, LGDJ, 1980, p. 165 s.

(47) Juridiquement convaincant, mais historiquement partisan, V. T. Le Bars, La méthode législative et l'histoire de la colonisation, D. 2005, Point de vue p. 788 ☞.

(48) Cass. 1re civ., 24 janv. 2006 [3 arrêts], LPA 2006, n° 65, p. 13, note S. Prigent.

(49) L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, D. 2002, Lég. p. 1022.

(50) V. la note préc., D. 1997, spéc. p. 577.