

Recueil Dalloz 2010 p. 285

L'estoppel et les Trois unités (1)

Eric Agostini, Professeur de 1^{re} classe des Universités, IEP-Avocat à la cour

L'essentiel

Ayant failli passer à la trappe, l'estoppel se trouve en apnée... juvénile.

« Qu'en un lieu qu'en un jour un seul fait accompli

Tienne jusqu'à la fin le théâtre rempli »

Boileau, *Art poétique*, III

Après avoir épousé sa coreligionnaire Sarah Mendès-d'Acosta (2) à Londres et en avoir eu trois enfants, le banquier juif bordelais (3) Samuel Peixotto (4) décida de couper les ponts et entreprit à Paris devant le Châtelet une procédure où les époux se livrèrent à un curieux ballet juridique : « dans un premier temps, Peixotto plaide sur la violation de la loi française alors que son épouse invoque la loi juive [puis], dans un deuxième temps, la situation sera inversée, Peixotto réclamant l'application du divorce hébraïque et sa femme la séparation de corps et de biens, remède d'inspiration éminemment canonique » (5).

Que le Parlement de Paris (6) ait rejeté la demande du mari au nom de ce que, aujourd'hui, on appelle l'ordre public, n'empêche pas que, si la joute s'était engagée en Angleterre, la volte-face synallagmatique des litigants les aurait peut-être exposés à une déclaration d'irrecevabilité fondée sur l'estoppel (7) qui interdit de se contredire au détriment d'autrui.

Une doctrine unanime donne à cette notion une origine anglo-anglaise et fait de l'estoppel le fruit de la seule *common law*, au moins relativement à sa naissance. De fait, il est parfaitement exact d'affirmer avec Mme Fauvarque-Cosson (8) que : « Les premiers estoppels apparurent en *common law* dès le XII^e et le XIII^e siècles (*estoppel by record, estoppel by deed, estoppel by matter in pais*) ; enfermés dans des limites plus étroites que les *equitable estoppels*, ils ne jouaient normalement qu'en présence d'une représentation fondée sur des faits réels (telle l'existence d'un contrat) par opposition à une simple déclaration d'intention (*statement of intention*) ». Toutefois, que les premiers *estoppels* se soient effectivement manifestés de la sorte est insuffisant pour les déclarer anglais *jure sanguinis* même s'ils le sont *jure soli*. A cette époque, l'*Equity* qui s'est largement abreuvée au lait de la Louve romaine n'existait bien sûr pas encore, mais c'est justement au XII^e siècle que Vacarius fut appelé en Angleterre pour diffuser les enseignements de l'Ecole de Bologne (9) et il fallut attendre le XIII^e siècle pour voir un spectaculaire phénomène de rejet (10) se manifester à l'encontre du droit romain. Dès lors, dans l'intervalle, la greffe pouvait prendre, pour prospérer une fois l'*Equity* mise en place.

D'ailleurs, dire à ce sujet avec Blackstone (11) que : « *Therefore a man shall always be estopped by his own deed, or not permitted to aver or prove anything in contradiction to what he has once so solemnly and deliberately avowed* », c'est très exactement énoncer à propos de l'*estoppel by deed* la règle de l'article 1341 du code civil qui interdit de prouver « par témoins contre et outre le contenu aux actes ». Or, nul n'a jamais prétendu que cette dernière règle fût d'origine anglaise ; et, sans la déclarer franco-française, on peut lui attribuer une source romano-canonique. En conséquence, si les *estoppels* ancestraux des XII^e et XIII^e

siècles sont bien de *common law*, il est difficile de soutenir qu'ils soient totalement *insulaires* et qu'ils ne doivent rien à César pour le droit romain et à Rome pour le droit canonique. D'ailleurs, à cette époque où les *Year Books* n'existaient pas encore (12), l'autorité doctrinale était Glanville (13) à propos duquel Henri Lévy-Ulmann (14) écrivait, tout en émettant quelque doute sur l'identité de l'auteur réel du *Tractatus* : « Que de mots, que d'institutions romaines dans cet exposé du droit des contrats en Angleterre au XIIe siècle ! Et alors se pose la question redoutable : le premier Traité de droit anglais est-il bien un livre anglais ? » Ainsi, exactement comme avec le *trust* (15), la recherche des origines premières de l'*estoppel* mène tout droit à Rome.

C'est peut-être ce qui explique l'exportabilité du premier (16) comme du second (17). Bien sûr, la réception de l'un ou de l'autre ne sera jamais pure et simple et se fera toujours sous bénéfice d'inventaire. Ainsi, la contrefaçon que l'ordre juridique anglais (18) pourrait reprocher à un système étranger qui s'en inspirerait se fera en principe *par imitation* plutôt que *par reproduction*. En conséquence, avec l'arrêt *Golshani* (19), il était impensable de franciser d'un coup l'intégralité des variantes que présente l'*estoppel* dans les pays de *common law* (20). Il eût même été dangereux de le faire, car un accueil désordonné de cette institution protéiforme aurait pu entraîner une pandémie juridique imposant un immobilisme absolu. Peut-être aurait-ce eu l'avantage de bloquer la prolifération des facultés de rétractation légalisant la condition purement potestative (21), mais le risque de tétanisation du droit était réel.

On comprend donc que l'assemblée plénière (22) ait décidé de mettre un bémol capital à la position de la première chambre civile et qu'elle ait posé l'exigence d'une SPÉCIALITÉ de l'*estoppel* en subordonnant son application à ce que la contradiction se soit produite dans la même procédure opposant les mêmes parties sur le fondement des mêmes conventions. Était-ce le bémol qu'il fallait ? Sera-t-il affecté d'un bécarre ou se transformera-t-il en dièse (23) ? En tout cas, malgré les secousses (24), l'*estoppel* tient toujours (25) et Boileau, comme l'article 1351 du code civil, peuvent au moins se réjouir de voir l'arrêt de l'assemblée plénière lui avoir imposé le respect de la règle des Trois unités.

Mots clés :

PROCEDURE CIVILE * Fin de non-recevoir * Estoppel * Origine

(1) Le lecteur désireux de savoir la différence qu'il y a entre un professeur de 1re classe des Universités et un professeur de classe exceptionnelle consultera successivement la chronique à la RTD civ. 1997. 106 (1) et la note au D. 1997. Jur. 576 (2).

(2) Cf. J. Hudault, Le divorce hébraïque devant les juridictions du roi très chrétien : l'affaire *Peixotto* (1778)..., Mélanges Szramkiewicz, p. 529 à 539.

(3) Chassés de leur pays par Philippe II, les Juifs portugais s'établirent pour certains à Bayonne et pour la majorité à Bordeaux avec des illustrations notables comme la famille Mendès-France dont les quatre « universités » bordelaises ont laissé Grenoble s'approprier le nom.

(4) La maison familiale des Peixotto est le siège actuel de la mairie de Talence dans l'immédiate banlieue bordelaise.

(5) J. Hudault, préc., spéc. p. 533.

(6) *Ibid.*, p. 538 et 539.

(7) V. entre autres les références citées par D. Houtcieff au D. 2009. Jur. 1245 (3), notes 1, 5, 9, 12, 13, 15, 16 et 18.

(8) La confiance légitime et l'*estoppel*, Société de législation comparée 2007, rapport général,

p. 9 à 61, spéc. p. 16.

(9) V. H. Lévy-Ullmann, *Le système juridique de l'Angleterre*, Paris, 1928, rééd. 1999, p. 290.

(10) Dans ma note au D. 2006. Jur. 1424 , je datais ce rejet à 1236. Lévy-Ullmann indiquait quant à lui (préc.) 1235 au texte et 1234 en note de bas de page. Mais Blackstone (*Commentaries*, t. I, 8e éd., 1778, p. 456, note K) donne 1253. A cette date incertaine, les barons anglais réunis à Merton rejetèrent la légitimation *post nuptias* du droit romain, comme favorisant la bâtardise.

(11) *Commentaries*, t. 2, p. 295.

(12) H. Lévy-Ullmann, préc., spéc. p. 186.

(13) Personnage fascinant du XIIe siècle anglais - dont pourtant lord Denning ne dit rien - et dont l'activité débordante s'acheva en 1190 par un décès sous les murs de Saint-Jean-d'Acre où l'hostilité que lui vouait Richard Coeur de Lion lui valut peut-être une fin comparable à celle du malheureux Urie, mari de Bethsabée, laquelle était convoitée par le roi David (V. Samuel II.XI de la Bible hébraïque et Rois II.XI de la Bible chrétienne).

(14) Préc., spéc. p. 237.

(15) Le lien que je devinais depuis longtemps entre le *trust* et la *fiducia cum amico* de l'ancien droit romain (V. mon *Droit comparé*, PUF, *Droit fondamental*, 1988, n° 122) est carrément avoué par Blackstone (t. II, p. 328) : « *This notion was transplanted into England from the civil law about the close of the reign of Edward III by means of the foreign ecclesiastics* ». Pour les prémisses de la démonstration, V. M. Villey, *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam*, Arch. phil. droit, 1964, p. 97 s. ; O.-E. Tellegen-Couperus et J.-W. Tellegen, *Le caractère hybride du fideicommiss en droit romain*, Mélanges Sturm, t. 1, p. 453 s.

(16) Sans parler de l'accueil de la *fiducie* en France, il n'est que de rappeler la convention de La Haye du 1er juill. 1985 relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance ; V. l'état des signatures, Rev. crit. DIP 2009. 181.

(17) Ainsi, dans un système juridique marqué par le « métissage » (formule d'Y. Daudet *in* La formation du droit national dans les pays de droit mixte, PUAM, 1989, p. 227 s., spéc. p. 228) comme le droit mauricien, on a vu un accueil jurisprudentiel de l'*estoppel* avec *Bardin v. Brousse de Gersigny* (1864) MR90 et une consécration législative du *trust* avec le *Trust Act* n° 25 et le *Trust Companies Act* n° 26 du 12 août 1989, *Mauritius Laws* 1990, t. 4, p. 610 et 634.

(18) Tout en pointant de lointaines sources romano-canoniques, il n'est aucunement question d'ignorer que ce sont les juridictions anglaises qui ont acclimaté les deux institutions romaines au *fog* londonien.

(19) Civ. 1re, 6 juill. 2005, D. 2005. Pan. 3060, obs. T. Clay, et 2006. Jur. 1424 , note E. Agostini ; Rev. arb. 2005. 993, note P. Pinsolle ; JDI 2006. 608, note M. Behar-Touchais ; Gaz. Pal. 24-25 févr. 2006, note F.-X. Train ; RTD com. 2006. 309 , note E. Loquin ; JCP G 2005. I. 179, note J. Ortscheidt ; RDC 2006. 1279, obs. B. Fauvarque-Cosson.

(20) Cf. *supra*, note 7, et les références que donne D. Houtcieff.

(21) V., par ex., De l'autonomie de la volonté à la sauvegarde de justice, D. 1994. Chron. 235 .

(22) 27 févr. 2009, *Sté Sédéa électronique*, D. 2009. AJ. 723, obs. X. Delpech, et Jur. 1245, préc., note D. Houtcieff ; Gaz. Pal. 18-19 mars 2009, note T. Janville ; JCP G 2009. II. 10073, note P. Callé, et I. 142, n° 7, obs. Y. Serinet.

(23) Dans ma note sous l'arrêt *Golshani* (préc.), j'avais suggéré de faire de l'*estoppel* une règle subsidiaire. Le principe de spécialité est un autre moyen de prévenir les débordements.

(24) J'aurais parlé de « turbulences » si des plumes éminentes (P. Delmas-Saint-Hilaire, *in* RCA, févr. 1999, chron. n° 4, et G. Loiseau, D. 1999. Chron. 245 ) n'avaient antérieurement recouru à cette métaphore aéronautique.

(25) Cf. Civ. 1re, 6 mai 2009, D. 2009. AJ. 1422 , obs. X. Delpech ; RTD com. 2009. 546 , obs. E. Loquin. A noter cependant que l'*estoppel* n'a même pas été évoqué dans l'affaire tranchée par Civ. 1re, 1er juill. 2009, Gaz. Pal. 2-3 sept. 2009. 12, note G. Huchet ; D. 2009. AJ. 1899 , obs. I. Gallmeister ; JCP G 2009. 123, obs. E. Cornut. Pourtant, il y avait matière.