

Dimitri **Houtcieff**, Agrégé des Facultés de droit, Avocat à la Cour

Que l'on ne puisse faire une chose et le contraire est une règle nécessaire à force d'être triviale. Certaines évidences rendent cependant aveugles à force de crever les yeux : ainsi l'*estoppel* exerce-t-il une curieuse fascination sur le juriste français, qui croit devoir chercher outre-manche ce qu'il pourrait trouver en-deçà. La tentation de l'*estoppel* constitue peut-être le principal obstacle à la formalisation d'une interdiction de se contredire au préjudice d'autrui en droit interne (1), comme tend à en convaincre cet arrêt rendu le 27 février 2009 par l'assemblée plénière de la Cour de cassation.

En mai 2002, la société Sedea a commandé à la société Distratel environ 1 200 récepteurs-décodeurs fabriqués par la société X-Com. A la fin du mois d'août, elle est informée par la société Viaccess, qui fournit les systèmes de contrôle d'accès aux chaînes payantes, que la licence nécessaire à la fabrication et à la commercialisation de l'un des dispositifs de décryptage incorporés aux récepteurs achetés n'a pas été consentie : les décodeurs étaient interdits à la vente. La société Sedea assigna donc la société Distratel en responsabilité devant le tribunal de commerce de Lille afin d'obtenir réparation du préjudice résultant de l'impossibilité de vendre les décodeurs. A la suite d'un jugement d'incompétence de la juridiction lilloise, la société Sedea maintint sa demande d'indemnisation devant le tribunal de commerce de Tours sur le fondement cette fois de la nullité ou de la résolution de la vente.

Par un arrêt rendu le 10 juillet 2007, la cour d'appel d'Orléans rejeta la demande de la société Sedea en raison de l'argumentation que celle-ci avait soutenue... devant une autre juridiction ! Parallèlement à son action contre la société Distratel, la société Sedea avait en effet assigné la société X-Com afin d'obtenir la livraison forcée de plusieurs milliers de décodeurs identiques en exécution d'une autre convention. Or, à suivre la cour d'appel d'Orléans, la société Sedea ne pouvait pas « *dans le même temps se plaindre, à Lille puis à Tours, de l'impossibilité pour elle de commercialiser [les décodeurs], tout en exigeant, à Grenoble, leur livraison* ». Selon le juge du fond, en effet, la société Sedea « *n'a cessé de se contredire au détriment de ses adversaires, en leur réclamant, devant deux juridictions différentes, une chose et son contraire ... ce comportement procédural, qui consiste pour un plaideur, tout en étant parfaitement informé de la situation, à soutenir en même temps deux positions incompatibles sera sanctionné, en vertu du principe suivant lequel une partie ne peut se contredire au détriment d'autrui (théorie de l'estoppel) par l'irrecevabilité des demandes actuelles de la société Sedea* ».

Pour être inconfortable, la position de la société Sedea était compréhensible. L'interdiction de la commercialisation des décodeurs lui était en effet encore inconnue lorsqu'elle introduisit l'instance grenobloise. Elle se serait en outre exposée à se contredire si elle avait tour à tour réclamé au cours de la même procédure l'exécution forcée puis la nullité du contrat. Fallait-il pour autant considérer, à l'instar de la cour d'appel d'Orléans, que son argumentation d'un moment devait être éternellement figée, quelles que fussent l'instance, la juridiction ou les parties en cause ? L'on ne peut qu'approuver la Cour régulatrice d'avoir pensé que non.

La décision des juges du fond est censurée, sous le visa de l'article 122 du code de procédure civile (2) et au motif que « *la seule circonstance qu'une partie se contredise au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement fin de non-recevoir* ». Selon la Cour régulatrice, en statuant comme elle l'a fait, alors « *notamment [que] les actions engagées par la société Sedea n'étaient ni de même nature, ni fondées sur les mêmes conventions, et n'opposaient pas les mêmes parties* », la cour d'appel a violé l'article 122 du code de procédure civile.

L'interdiction de se contredire n'est pas une exigence de fixité. La censure doit donc être approuvée, d'autant qu'elle consacre utilement la fin de non-recevoir comme sanction ordinaire de la contradiction. La facture de l'arrêt est cependant trop sibylline pour accoucher d'une règle claire, ce qu'explique largement l'inutile détour par la règle de l'*estoppel* (I) : il eût mieux valu ici suivre la voie pointée par le droit interne d'un « principe de cohérence » (II).

I - Le détour de l'*estoppel*

En voulant ne pas exclure une interdiction de se contredire sans pour autant l'admettre tout à fait, la Cour régulatrice suscite une certaine confusion : il y a là une conséquence d'un détour à la fois inadéquat (A) et inopportun (B) par la « doctrine » de l'*estoppel*.

A - Un détour inopportun

Selon la Cour régulatrice, « *la seule circonstance qu'une partie se contredise au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement fin de non-recevoir* ». S'il faut en croire le communiqué publié ¶(3), « *sans exclure l'application de la règle dite de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, ou estoppel, en matière procédurale, la Cour de cassation se réserve ainsi le droit d'en contrôler les conditions d'application* ». L'on croit ainsi comprendre qu'il existerait, selon cet arrêt, des « degrés » de contradiction, ou encore des « contradictions légitimes » ¶(4) : après tout, il est vrai, les variations et autres atermoiements ne méritent pas tous d'être sanctionnés. Pareil raisonnement échoue cependant à ériger la contradiction au rang de notion débouchant sur un régime ferme. La Cour de cassation ne parle-t-elle d'ailleurs pas de « circonstance » ? L'on eût préféré que fussent posés les jalons d'une définition de l'incohérence sanctionnée, la seule qui mérite à la vérité d'être *qualifiée* de contradiction et d'entraîner la fin de non-recevoir. L'arrêt commenté affadit ainsi la règle qu'il prétend admettre : il n'est pas certain que l'habituelle démarche des petits-pas ne fera pas ici reculer l'interdiction de se contredire.

Certes, la consécration d'un principe de cohérence n'était pas facilitée par l'espèce : l'évocation de la contradiction était inopportune, tant elle jurait avec les circonstances de l'arrêt. Interdire qu'une partie se contredise est une chose, la contraindre à maintenir une position pour l'avenir et quel que soit le litige, par une sorte d'arrêt de règlement au petit-pied, en serait une autre. Si la loyauté procédurale de celui qui soutient à la fois la thèse et l'antithèse en fonction de ses adversaires peut parfois être discutée, elle ne blesse pas leur confiance légitime : la contradiction suppose un unique « autrui » qui subit le revirement d'une partie à son préjudice parce qu'il s'est légitimement fié à sa première attitude.

Largement contrainte par les juges du fond et le pourvoi, la Cour de cassation a ainsi dû répondre à une question qui ne se posait pas. Il lui était d'autant moins facile de cerner les contours d'une contradiction qui n'existait pas qu'elle a elle-même succombé aux charmes d'un vénéneux inconnu : l'*estoppel*.

B - Un détour inadéquat

Inspirant les auteurs ¶(5) et la jurisprudence - notamment en matière d'arbitrage ¶(6) et de droit international privé ¶(7) - voici quelques années que « *l'estoppel* est dans l'air du temps » ¶(8). Le présent arrêt est dans ce vent, qui tente d'extraire l'interdiction de se contredire de l'épais brouillard anglais de l'*estoppel* ¶(9). Si, contrairement aux juges du fond, la Cour de cassation n'emploie pas le mot pour dire la chose ¶(10), elle cède néanmoins à la tentation en évoquant la contradiction « au détriment d'autrui » propre à ce mécanisme.

De manière générale, l'*estoppel* est constitué lorsqu'une personne (*representor*), par la *representation* qu'elle a faite, en a induit une seconde (*representee*) à croire en l'existence d'un certain état de fait et à modifier sa position à son préjudice ¶(11). Dans sa variante « équitable » la *representation* consiste en une simple promesse, non pas un état de fait ¶(12) : certaines rétractations sont ainsi inefficaces sur le fondement de la « *detrimental reliance* » ¶(13). L'évocation d'une contradiction « au détriment d'autrui » doit ainsi apparaître pour ce

qu'elle est : une traduction qui, malgré ses faux-airs de brocard, n'a pas la maturité d'une règle juridique. Qui peut, par exemple, dire ce qu'il faut entendre par « détriment » ? Se confond-il au préjudice ou au dommage, ou s'agit-il d'une notion tierce ? Il est vrai que « l'attrait *des adages juridiques est inversement proportionnel à leur précision* » (14)...

A la vérité, l'acculturation de l'*estoppel* serait périlleuse, ne serait-ce qu'en raison de sa pluralité. Il en existe plus d'une dizaine de variantes, sans compter les distinctions qu'emportent les différents systèmes juridiques de *common law*. Chacune de ces variantes est plus ou moins précise, voire admise. Songeons que la doctrine anglaise, qui discute encore de sa consécration, n'est pas même parvenue à s'accorder sur une terminologie univoque désignant l'*equitable estoppel* (15)... L'on comprend que le juge français éprouve quelque peine à retirer une notion de cette gangue : nul doute, soit-dit en passant, qu'aucun juriste anglais n'aurait cependant songé à faire application de l'*estoppel* aux faits de l'espèce...

Sur un plan plus général, l'incorporation de l'*estoppel* en droit interne induirait un forçage de nos concepts, tant cette règle est essentiellement liée aux droits de *common law* (16) : n'a-t-on pas parlé de « concept inexportable » (17) ? S'il fallait se résoudre à l'importation, d'autres mécanismes issus de systèmes plus proches du notre permettraient d'ailleurs de parvenir à des résultats similaires (18). L'*estoppel* n'est pas la matrice de la sanction de la contradiction : elle est une manifestation parmi d'autres d'un principe qui la dépasse. Au moment même où divers projets de textes - qui proposent parfois la consécration de l'interdiction de se contredire au préjudice d'autrui (19) - tentent de restaurer le rayonnement du droit français, l'accueil d'un mécanisme *essentiellement* anglo-saxon serait une inutile capitulation en rase campagne : notre droit dispose en effet des instruments utiles à sanctionner la contradiction, pour peu que l'on suive la voie d'un « principe de cohérence ».

II - La voie de la cohérence

La sanction de l'incohérence dans le comportement doit certainement passer par la fin de non-recevoir (B). Il est en revanche inutile de rechercher au loin le remède à la contradiction : il suffit de porter un regard attentif sur le droit interne pour discerner les stigmates d'un principe vivant de cohérence (A).

A - La contradiction sanctionnée

Tout système juridique porte en lui les instruments d'une sanction de l'incohérence (20). Le sujet de droit français n'est pas plus naturellement cohérent que son cousin anglais : l'un comme l'autre s'exposent, le cas échéant, à la sanction de leurs contradictions. Quoi qu'elle n'ait longtemps pas éprouvé le besoin de recourir à l'*estoppel*, voire de nommer la règle qu'elle appliquait, la jurisprudence stigmatise déjà l'incohérence dans le comportement. L'irrecevabilité du moyen incompatible avec les écritures précédentes est ainsi acquise depuis loin (21). Très au-delà du domaine processuel, la jurisprudence admet également la paralysie des clauses résolutoires lorsque le créancier, après avoir toléré une absence de paiement durant une longue période, tente brusquement de s'en prévaloir (22). De même, nombre de prétendues renonciations tacites, fondées sur des volontés artificielles, ne tendent en réalité qu'à sanctionner ceux qui prétendent brusquement invoquer un droit qu'ils ont jusque-là laissé s'ensommeiller (23). Récemment, encore, la Cour de cassation n'a-t-elle pas considéré que le créancier qui a laissé croire qu'il ne se prévaudrait pas de la clause d'unité de compte ne pouvait s'en prévaloir de manière intempestive (24) ?

La sanction de l'incohérence n'est ni une inconnue, ni une étrangère. Tout au plus se dissimule-t-elle souvent sous le vêtement de mécanismes tels que la bonne foi ou la renonciation. Il est temps de fédérer des solutions apparemment disparates sous une même bannière, qui peut aisément être saisie dans le droit interne. Les manifestations de l'interdiction de se contredire sont suffisamment nombreuses pour permettre leur systématisation autour d'un « principe de cohérence » (25), selon lequel - à schématiser un tantinet - nul ne peut inciter un tiers à tirer les conséquences d'un comportement puis adopter brutalement et à son préjudice une attitude objectivement contradictoire. L'attitude incohérente ainsi définie doit déboucher sur une fin de non-recevoir.

B - La sanction consacrée

S'il est évident que la sanction adéquate de la contradiction consiste dans une restauration de la cohérence, son fondement demeurerait obscur. Taiseuse s'agissant, par exemple, des fondements de la paralysie des clauses résolutoires, la jurisprudence n'était guère explicitée par une doctrine considérant « *assez indifféremment que le juge contrôle, limite, écarte, empêche, paralyse ou neutralise le jeu de la clause* » (26). Il faut donc se satisfaire de ce que la Cour de cassation ait précisément qualifié la sanction de la contradiction en recourant à la fin de non-recevoir (27).

Selon l'article 122 du code de procédure civile « *constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande sans examen au fond* » (28). Cette notion permet « *d'étouffer le débat au fond d'une manière préalable et d'entraîner l'échec de la demande sans qu'il soit besoin de rechercher si elle est fondée ou si elle ne l'est pas ; l'idée d'un obstacle anticipé reste sous-jacente à la notion de fin de non-recevoir* » (29). Quoique les deux mécanismes aient souvent été comparés, la consécration d'une fin de non-recevoir pour sanctionner la contradiction n'implique pas celle de l'*estoppel* (30). La fin de non-recevoir est en effet souvent l'instrument qui permet de parachever la conceptualisation de mécanisme en suspension dans le droit positif (31). Elle permet en l'occurrence une élégante systématisation de la jurisprudence au-delà de la variété des hypothèses (32). La fin de non-recevoir est en effet une notion plurielle pouvant déboucher sur une paralysie tantôt définitive et tantôt temporaire (33). Elle permet ainsi, non seulement de rendre compte des hypothèses où le demandeur voit sa prétention irrévocablement rejetée, comme en l'espèce, mais également de celles où il peut se saisir à nouveau de la prérogative un temps paralysée, comme en matière de clauses résolutoires.

Somme toute, la présente décision inspire des sentiments contradictoires. L'on se réjouira qu'elle admette l'idée - sinon le principe - d'une sanction de la contradiction par la fin de non-recevoir. L'on regrettera qu'elle se soit un tantinet enlisée dans les méandres de la théorie de l'*estoppel*, cependant qu'il lui suffisait de consacrer un principe de cohérence dont le droit interne porte tous les stigmates. Il est vrai qu'il eût été incohérent de consacrer ce qui existe déjà...

Mots clés :

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

(1) Sur laquelle, *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, ss. la dir. de M. Behar-Touchais, Economica, 2001.

(2) Art. 122 c. pr. civ. : « *Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée* ».

(3) <http://www.courdecassation.fr>.

(4) M. Boval, conseiller rapporteur, qui note « - *ce qui paraît évident - qu'il existe des contradictions expressément autorisées ou simplement légitimes qui ne sauraient être interdites* » (<http://www.courdecassation.fr/>).

(5) V. en particulier H. Muir Watt, Pour l'accueil de l'*estoppel* en droit français, in *Mélanges Y. Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 303 s.

(6) Civ. 1re, 6 juill. 2005, Bull. civ. I, n° 302 ; D. 2006. Jur. 1424, note E. Agostini, et 2005. Pan. 3050, obs. T. Clay (1) ; RTD com. 2006. 309, obs. E. Loquin (2) ; JCP 2005. I. 179, note J. Ortscheidt ; Gaz. Pal. 24-25 févr. 2006, note F.-X. Train ; RDC 2006. 1279, obs. B.

Fauvarque-Cosson. Selon cette décision « *la partie qui a formé une demande d'arbitrage et a participé sans aucune réserve pendant plus de 9 ans à la procédure arbitrale est irrecevable en vertu de la règle de l'estoppel à soutenir que le tribunal arbitral a statué sans convention d'arbitrage ou par une convention nulle* ».

(7) Comp. Crim. 11 juin 1996, D. 1997. Jur. 576, note E. Agostini, et 1998. Somm. 286, obs. B. Audit  ; RTD civ. 1997. 106, obs. J. Hauser  ; RSC 1998. 109, obs. R. Ottenhof .

(8) L. Cadiet, La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale, Rev. arb. 1996. 25 s.

(9) Sur cette notion, V. not. : G. Spencer Bower A.K. Turner, *Estoppel by representation*, 3rd ed., Butterworths ; O. Moréteau, *L'estoppel et la protection de la confiance légitime*, th. Lyon III, 1990 ; B. Fauvarque-Cosson, L'estoppel du droit anglais, in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, ss. la dir. de M. Behar-Touchais, Economica, coll. Etudes juridiques, 2001, p. 3 s.

(10) Le communiqué publié sur internet (préc.) fait cependant expressément référence à l'estoppel.

(11) G. Spencer Bower, A.K. Tuner, *op. cit.*

(12) G. H. Treitel, *The law of contract*, 9th ed., Sweet & Maxwell 1995, p.109 : « la plus importante est celle relative à la nature de la *representation* requise pour sa mise en oeuvre. Une *representation* d'intention ou une promesse suffisent à cette *doctrine* équitable » (trad. de l'auteur).

(13) V. not. en droit américain, *Drennan v. Star Paving Co.*, 51 Cal. 2d 409, 333 P.2d 757 (1958).

(14) C. Atias, Nul ne peut se prévaloir..., D. 1999. Chron. 218 .

(15) Quand certains auteurs parlent donc de *quasi-estoppel*, d'autres évoque le *promissory estoppel*, quand d'autres font référence à l'*equitable estoppel*, Spencer Bower Turner, *Estoppel by representation*, 3rd ed, Butterworths, p. 26, n° 19.

(16) Comp. P. le Tourneau, RTD civ. 2001. 716, spéc. 719, qui remarque « *L'estoppel est nécessaire en droit anglais parce que ce dernier ne connaît pas la bonne foi. Mais là où celle-ci existe comme moyen de contrôle, il est inutile d'ajouter un nouveau principe* ». Adde sur les liens entretenus par le « *promissory estoppel* » et la doctrine de *consideration* : P.-S. Atiyah, *Consideration : a restatement in Essays on contract*, Clarendon, 1986, p. 180 s., spéc. 234 s.

(17) B. Fauvarque-Cosson, obs. ss. Civ. 1re, 6 juill. 2005, préc.

(18) L'on songe par exemple à la *rechtsverwerking*, qui conduit à l'extinction d'un droit subjectif lorsque son titulaire a un comportement *objectivement* inconciliable avec lui, et que le droit belge a semblé près d'admettre. Sur ce principe, X. Dieux, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, préf. P. Van Ommeslague, Bruylant, 1995, n° 87, p. 211 s. ; P. Van Ommeslague, *Rechtsverwerking an afstand van rechts*, TPR. 1980. 735 ; I. Moreau-Margrève, A propos de la *rechtsverwerking* - une procession d'*Echternach*, Actualités du droit, 1991. 205 ; I. Moreau-Margrève, *Rechtsverwerking* : réflexion pour un requiem, Ann. dr. Liège 1990. 269 ; J. Heenen, A propos de l'extinction d'un droit subjectif par suite du comportement de son titulaire, RCJB 1990. 599 ; obs. RTD civ. 1992. 830, spéc. 840  ; La « *rechtsverwerking* » : la fin d'une attente (dé)raisonnable, JT 1990. 684 ; P. Henry et Y. Jeunhomme, *Rechtsverwerking* - révolution ou restauration, Jur. Liège, Livre du centenaire, p. 210 s.

(19) V. not., *Pour une réforme du droit des contrats*, Groupe de travail de l'Académie des sciences morales et politiques, ss. la dir. de F. Terré, Dalloz, 2009, art. 6 : « *Une partie ne*

peut agir en contradiction avec ses déclarations et comportements antérieurs sur la foi desquels son cocontractant s'est légitimement fondé ».

(20) V. H.-A. Schwarz-Liebermann Von Wahlendorf, *Fondements et principes d'un ordre juridique naissant*, Mouton Lahaye, Paris, 1971, p. 307. Selon cet auteur, il est « naturel que l'interdiction du "venire contra factum", le principe de l'estoppel, soit un principe général du droit par excellence. On pourrait même dire (...) qu'il est le principe général du droit ».

(21) V. récemment, Com. 5 avr. 1994, n° 92-13.491 ; 21 nov. 1966, Bull. civ. III, n° 441 ; Req. 6 janv. 1869, DP. 1869. 1. 224 ; V. cep. Civ. 1re, 1er févr. 1954, Bull. civ. I, n° 42.

(22) V. not., Civ. 3e, 8 avr. 1987, n° 85-17.596, RTD civ. 1988. 146, obs. P. Rémy ; JCP 1988. II. 21037, note Y. Picod.

(23) Sur cette question, V. P. Godé, *Volonté et manifestations tacites*, préf. J. Patarin, PUF, 1977, n° 140 ; adde D. Houtcieff, th. préc. n° 989 s.

(24) Com. 8 mars 2005, D. 2005. AJ. 883, obs. X. Delpech, Pan. 2836, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson, et 2006. Pan. 155, obs. D. R. Martin et H. Synvet ☞ ; RTD civ. 2005. 391, obs. J. Mestre et B. Fages ☞ ; RTD com. 2005. 397, obs. D. Legeais ☞ ; RDC 2005. 1015, obs. D. Mazeaud ; RLDC juill.-août 2005. 5, note D. Houtcieff.

(25) Sur lequel, D. Houtcieff, th. préc. Adde D. Mazeaud, Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, *in L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, n° 12, p. 615 ; B. Fages, *Le comportement du contractant*, préf. J. Mestre, PUAM, 1997, n° 644.

(26) B. Fages, *Le comportement du contractant*, préc., spéc., n° 765 ; V. cep. notre note préc. ss. Com. 8 mars 2005, optant pour la fin de non-recevoir. Adde, D. Houtcieff, th. préc.

(27) V. sur la sanction de la contradiction par le biais d'une fin de non-recevoir, G. Wicker, La légitimité de l'intérêt à agir, *Mélanges Y. Serra*, Dalloz, 2006, p. 455 s., spéc n° 6 s.

(28) Sur cette notion A.-M. Omar, *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé*, préf. R. Perrot, LGDJ, 1967, n° 133 ; J.-P. Béguet, Etude critique de la notion de fin de non-recevoir en droit privé, RTD civ. 1947. 133, spéc. n° 3 s.

(29) A.-M. Omar, *op.cit.*, *loc.cit.* Comp. J.-P. Béguet, art. préc., spéc. n° 15 s.

(30) En faveur de l'assimilation de l'estoppel à une fin de non-recevoir, V. J. Dargent, *La doctrine de l'estoppel, une théorie originale du droit anglais en matière de preuve*, Grenoble, 1945 ; et, plus récemment, M.-C. Cauchy-Psaume, *L'estoppel by representation - étude comparative de droit privé français et anglais*, th. Paris XI, 1999.

(31) A.-M. Omar, n° 157.

(32) J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, 24e éd., Dalloz, 1996, n° 146, p. 127 ; Adde H. Muir Watt, *Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français, op.cit.*, *passim*.

(33) A.-M. Omar, *op. cit.*, *loc. cit.* Adde J. Vizioz, obs. RTD civ. 1947. 81.