

COUR DE CASSATION (1^{re} Ch. civ.)

19 décembre 2012

**Société d'économie mixte Botas Petroleum Pipeline Corporation (Botas)
c/ société Tepe Insaat Sanayii AS (Tepe)**

ORDRE PUBLIC. — ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL. — 1°) GRIEF DE VIOLATION PAR LES ARBITRES DU PRINCIPE D'EXÉCUTION DE BONNE FOI DES CONVENTIONS. — ABSENCE DE DÉMONSTRATION DE CE QUE LA SOLUTION RETENUE PAR LES ARBITRES VIOLERAIT L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL. — GRIEF TENDANT À LA RÉVISION AU FOND DE LA SENTENCE. — RÉVISION INTERDITE AU JUGE DE L'ANNULATION. — 2°) CAS D'OUVERTURE À ANNULATION. — ART. 1502 ANCIEN CPC. — VIOLATION ALLÉGUÉE DE LA RÈGLE DE L'ESTOPPEL PAR LE TRIBUNAL ARBITRAL. — VIOLATION INSUFFISANTE EN SOI À CARACTÉRISER UNE CONTRARIÉTÉ À L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL. — EXISTENCE D'UNE FRAUDE PROCÉDURALE NON DÉMONTRÉE.

RECOURS EN ANNULATION. — ARBITRAGE INTERNATIONAL. — ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL. — ART. 1502-5° ANCIEN CPC. — 1°) GRIEF DE VIOLATION PAR LES ARBITRES DU PRINCIPE D'EXÉCUTION DE BONNE FOI DES CONVENTIONS. — ABSENCE DE DÉMONSTRATION DE CE QUE LA SOLUTION RETENUE PAR LES ARBITRES VIOLERAIT L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL. — GRIEF TENDANT À LA RÉVISION AU FOND DE LA SENTENCE. — RÉVISION INTERDITE AU JUGE DE L'ANNULATION. — REJET. — 2°) CAS D'OUVERTURE À ANNULATION. — ART. 1502 ANCIEN CPC. — VIOLATION ALLÉGUÉE DE LA RÈGLE DE L'ESTOPPEL PAR LE TRIBUNAL ARBITRAL. — VIOLATION INSUFFISANTE EN SOI À CARACTÉRISER UNE CONTRARIÉTÉ À L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL. — EXISTENCE D'UNE FRAUDE PROCÉDURALE NON DÉMONTRÉE. — REJET.

En relevant que la demanderesse avait soutenu que la méconnaissance de la règle de l'estoppel constituait une violation de l'ordre public international, la cour d'appel a, sans modifier l'objet du litige, et sans dénaturer, jugé à bon droit que cette violation, à la supposer démontrée, ne caractérisait pas, en l'absence de toute fraude procédurale, l'un des cas d'annulation ouverts par l'article 1502 du Code de procédure civile, de sorte que la reconnaissance et l'exécution de la sentence partielle n'étaient pas contraires à l'ordre public international.

En constatant que la demanderesse ne critiquait les arbitres que pour avoir méconnu le principe d'exécution de bonne foi des conventions, la cour d'appel, qui a procédé à la recherche prétendument omise, en a déduit exactement que, faute de démontrer en quoi la solution adoptée par le tribunal arbitral heurtait l'ordre public international, le moyen d'annulation tendait à une révision au fond de la sentence partielle, interdite au juge de l'annulation.

LA COUR,

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 2 décembre 2010), que la construction de l'oléoduc Bakou-Tbilissi-Ceyhan a été assurée par un consortium de sociétés dénommé « Participants au Principal Pipeline d'exportation » (PPE) et que la réalisation de la section de l'ouvrage située sur le territoire turc a été confiée par PPE à la société d'économie mixte de droit turc Botas Petroleum Pipeline Corporation (Botas) en vertu d'un contrat du 19 octobre 2000 ; que cette dernière a conclu, le 20 septembre 2002, avec la société de droit turc Tepe Insaat Sanayii AS (Tepe), un contrat d'ingénierie, d'approvisionnement et de construction de quatre stations de pompage et d'une station intermédiaire de raclage, l'achèvement des travaux étant prévu au 10 mai 2005 ; que des différends étant survenus entre les sociétés Botas et Tepe quant à l'étendue des prestations respectives des parties, au financement des travaux et au respect des délais, la société Tepe a, le 22 mars 2005, adressé une demande de financement supplémentaire à son cocontractant, lequel a, par lettre du 29 mars suivant, résilié le contrat avec effet immédiat ; que la société Tepe ayant mis en œuvre la clause compromissaire insérée au contrat, un tribunal arbitral a rendu, à Paris le 5 juin 2009, une sentence partielle, aux termes de laquelle il a, notamment, rejeté certaines demandes de la société Tepe et déclaré que la résiliation contractuelle par la société Botas était irrégulière, réservant le surplus des demandes ; que celle-ci a formé un recours en annulation contre cette sentence arbitrale partielle ;

Sur le premier moyen, pris en sa première branche, ci-après annexé :

Attendu que ce moyen n'est pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Sur le premier moyen, pris en sa seconde branche, et le second moyen, pris en ses diverses branches, ci-après annexés :

Attendu que la société Botas fait grief à l'arrêt de rejeter son recours en annulation de la sentence arbitrale partielle ;

Attendu qu'il ressort des énonciations de l'arrêt que le tribunal arbitral a estimé que la résiliation du contrat était irrégulière, faute de respecter le préavis dû à la société Tepe, les manquements invoqués par la société Botas, y compris la menace de résilier le contrat brandi par celle-ci, étant impropres à être qualifiés de violation grave dudit contrat ;

Attendu, d'abord, qu'en constatant que la société Botas ne critiquait les arbitres que pour avoir méconnu le principe d'exécution de bonne foi des conventions, la cour d'appel, qui a procédé à la recherche prétendument omise, en a déduit exactement que, faute de démontrer en quoi la solution adoptée par le tribunal arbitral heurtait l'ordre public international, le moyen d'annulation tendait à une révision au fond de la sentence partielle, interdite au juge de l'annulation ;

Attendu, ensuite, qu'en relevant que la société Botas avait soutenu que la méconnaissance de la règle de l'estoppel constituait une violation de l'ordre public international, la cour d'appel a, sans modifier l'objet du litige, et sans dénaturer, jugé à bon droit que cette violation, à la supposer démontrée, ne caractérisait pas, en l'absence de toute fraude procédurale, l'un des cas d'annulation ouverts par l'article 1502 du Code de procédure civile, de sorte que la reconnaissance et l'exécution de la sentence partielle n'étaient pas contraires à l'ordre public international ; que les griefs ne sont pas fondés ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

M. CHARRUAULT, prés., M. MATET, cons. rapp. — SCP DELAPORTE, BRIARD ET TRICHET, SCP ORTSCHIEDT, av.

(1) *NOTE* — 1. L'arrêt commenté retient une solution qui était inéluctable dans l'état actuel du droit français de l'arbitrage, en raison de la limitation des griefs qui peuvent être invoqués contre une sentence arbitrale et l'interprétation très restrictive de l'ordre public international donnée par la jurisprudence. Elle mérite toutefois d'être commentée car elle permet de mettre en évidence le traitement de la théorie de l'estoppel qui est en train de devenir « un passage obligé de tout jeu de conclusions, sans que personne ne sache véritablement quelle en est la portée exacte » (1).

2. Le litige concernait l'exécution et la résiliation d'un contrat d'entreprise conclu entre la société Botas (entrepreneur principal) et la société Tepe (sous-traitant) et ayant pour objet la livraison de stations de pompage et de raclage dans le cadre du projet de construction de l'oléoduc Bakou-Tbilissi-Ceyhan. Une sentence partielle a été rendue à Paris le 5 juin 2009 par laquelle les arbitres ont rejeté certaines demandes du sous-traitant tout en déclarant irrégulière la résiliation contractuelle prononcée par l'entrepreneur principal.

3. L'entrepreneur principal faisait grief aux arbitres d'avoir méconnu à la fois le principe d'exécution de bonne foi des conventions et la règle de l'estoppel. Le premier grief ne sera pas discuté, ayant été rejeté au motif que l'entrepreneur principal tendait à obtenir une révision au fond de la sentence interdite au juge de l'annulation car il ne montrait pas en quoi la méconnaissance du principe d'exécution de bonne foi des conventions heurtait l'ordre public international. Ce premier grief d'annulation avait été probablement inspiré du droit suisse de l'arbitrage qui retient que fait également partie de l'ordre public international le respect de règles de la bonne foi et l'interdiction de l'abus de droit (2). Depuis plusieurs années, la jurisprudence suisse a toutefois retenu une conception particulièrement restrictive en décidant qu'un tel grief de violation de l'ordre public international ne permet nullement de critiquer l'appréciation par les arbitres de la bonne foi des parties (3).

4. C'est le second moyen tiré de la violation de la règle de l'estoppel qui retiendra surtout l'attention. La lecture de l'arrêt d'appel (4) nous

(1) X. Boucobza, Y.-M. Serinet, *RDC*, 2012.545, note sous Cass. civ. 1^{re}, 26 octobre 2011, *Sté Constructions Mécaniques de Normandie*, *Bull. civ. I*, n° 175.

(2) G. Kaufmann-Kohler, A. Rigozzi, *Arbitrage international, Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, 2^e éd., Weblaw, 2010, n° 847e.

(3) V. par ex. Trib. féd. suisse, 7 mars 2003, arrêt 4P.250/2002, *Bull. ASA*, 2006.76, spéc. p. 81-82.

(4) Paris, Pôle 1, Ch. 1, 2 décembre 2010, en somm. in *Rev. arb.*, 2010.988.

apprend que l'*estoppel* invoqué dans la procédure arbitrale reprochait au sous-traitant d'avoir d'abord considéré que la résiliation unilatérale par l'entrepreneur principal en cas de violation grave ne nécessitait pas de préavis, et d'avoir ensuite soutenu le contraire. Dans le recours en annulation, l'entrepreneur principal reprochait à l'arbitre d'avoir rejeté la fin de non-recevoir précitée puis déclaré la résiliation du contrat irrégulière, après avoir fait sienne l'interprétation proposée par le sous-traitant.

5. Le moyen est rejeté dans son principe même, la Cour de cassation considérant dans le prolongement de la Cour d'appel que, sauf l'hypothèse de la fraude procédurale, la méconnaissance par l'arbitre de la règle de l'*estoppel* ne constitue pas « l'un des cas d'annulation ouverts par l'article 1502 [aujourd'hui 1520] du Code de procédure civile ».

6. L'apport principal de cet arrêt est donc d'exclure par principe le contrôle de la façon dont les arbitres ont appliqué la règle de l'*estoppel* (I). Cette exclusion nous conduit à nous pencher sur la portée véritable de la règle de l'*estoppel* en droit de l'arbitrage (II).

I. – L'indifférence au regard du contrôle de la sentence de la façon dont les arbitres ont appliqué la règle de l'*estoppel*

7. L'absence de contrôle reconnue par cet arrêt (A) nous conduit à nous interroger sur le contenu de la liberté de l'arbitre dans l'appréciation de l'application de la règle de l'*estoppel* (B).

A) L'absence de contrôle de l'arbitre par les juridictions étatiques

8. La solution semble évidente car en l'espèce ce que l'on reprochait aux arbitres était de n'avoir pas correctement appliqué la théorie de l'*estoppel* à une contradiction procédurale concernant le fond du litige (l'interprétation d'une clause du contrat et la nécessité du respect d'un préavis pour prononcer la résiliation unilatérale). Sanctionner la méconnaissance par l'arbitre de l'*estoppel* aurait par la même occasion conduit le juge du contrôle de la sentence à sanctionner un mal jugé de l'arbitre, ce qui n'entre pas dans ses pouvoirs. Il arrive toutefois à l'arbitre d'être appelé à statuer sur une fin de non-recevoir fondée sur la contradiction procédurale portant sur une question sujette au contrôle de la sentence, auquel cas refuser de contrôler l'appréciation des arbitres constituerait un refus d'apprécier la conformité de la sentence aux hypothèses visées par l'article 1520 du Code de procédure civile. Tel est le cas par exemple d'une contradiction procédurale sur une question de compétence, de pouvoir juridictionnel ou de mission du tribunal arbitral ou même d'application d'une loi de police par l'arbitre, normalement contrôlée au titre du respect de l'ordre public international.

9. Dire comme le fait l'arrêt commenté que la violation par l'arbitre du principe de l'*estoppel* n'est pas un cas d'annulation de la sentence arbitrale revient à affirmer que la théorie de l'*estoppel* n'est pas une

cause d'annulation à elle seule. Ce que les arbitres auraient jugé sur l'*estoppel* invoqué par une partie dans l'arbitrage ne doit pas toutefois, en sens inverse, faire écran et empêcher que la sentence arbitrale soit contrôlée au titre des griefs habituels, par exemple sur le terrain de la compétence, du respect par les arbitres de leur mission, etc.

10. En d'autres termes, l'application de la règle de l'*estoppel* par les arbitres est sans effet (ni invalidante, ni validante) sur la sentence. On comprend en effet aisément que la contradiction procédurale — sanctionnée ou non par l'arbitre — n'est pas susceptible de constituer une violation de l'ordre public international de procédure, qui est réservé par la jurisprudence à des hypothèses de violation de principes procéduraux essentiels protégés par le système juridique français. Une contradiction de l'un des plaideurs dans le développement de ses demandes, moyens ou arguments n'est pas de nature à aboutir à des effets aussi extrêmes, même si elle porte sur des éléments importants de la défense d'une partie. Tel était visiblement le cas en l'espèce où, sur le fond, ce que l'entrepreneur principal reprochait au sous-traitant consistait à ne pas avoir soulevé, dès son premier jeu d'écritures, l'argument tiré de la nécessité de respecter un préavis avant de prononcer la résolution unilatérale du contrat.

11. En procédure civile française, le principe est qu'un plaideur est en droit de changer d'avis à tout moment de la procédure. Ce n'est que par exception qu'on lui interdit de le faire à peine d'irrecevabilité (5). C'est donc tout naturellement que l'arrêt commenté décide que cette exception est exclue du domaine de l'ordre public international, ce qui laisse à l'arbitre une grande liberté d'appréciation.

B) L'étendue de la liberté de l'arbitre

12. L'arbitre demeure donc totalement libre lorsqu'un plaideur avance devant lui une fin de non-recevoir tiré de la contradiction procédurale de l'autre partie. Cette liberté est toutefois limitée à l'hypothèse où la contradiction alléguée ne porte pas sur un élément sujet au contrôle du juge étatique (par ex. la compétence et le respect de la mission de l'arbitre).

13. Mais même dans l'hypothèse où l'arbitre ne fait pas l'objet d'un contrôle, il sera confronté à un certain nombre de questions, parmi lesquelles la question de la loi applicable à l'*estoppel*. L'arbitre devra en premier lieu déterminer la règle de conflit de lois applicable. Sur la question il existe une vraie difficulté qui a trait à la qualification de la règle de l'*estoppel* : est-ce une règle de fond ou de procédure ? Si cette seconde qualification est retenue par l'arbitre qui est libre de choisir la règle de conflit, il convient de rappeler que le fait que le siège de l'arbitrage soit en France ne suffit nullement à entraîner l'application de la

(5) V. sur le sujet, G. Bolard, « Le moyen contraire aux précédentes écritures », *Mélanges en l'honneur de J. Buffet*, éd. LPA, 2004, p. 51 et s.

règle de l'*estoppel* dans ses conditions et effets retenus par le droit français (v. art. 1509 CPC).

14. Il en découle que quelle que soit la nature de la règle de conflit en la matière, l'application du droit français n'est pas automatique, dès lors que la Cour de cassation a indiqué dans l'arrêt commenté que son éventuelle méconnaissance par l'arbitre n'est pas contrôlée par le juge étatique. Un tel contrôle aurait eu lieu par référence au concept français de l'*estoppel* et non pas par référence à d'autres conceptions.

15. On pourrait toutefois se demander si la question de la loi appliquée par l'arbitre à l'*estoppel* ne pourrait pas faire renaître le contrôle car il est admis que l'arbitre doit trancher le litige « conformément aux règles de droit que les parties ont choisies » (art. 1511 CPC) et qu'une sentence appliquant un droit étatique autre que celui que les parties auraient choisi pourrait être annulée en application de l'article 1520-3° du Code de procédure civile (6). Ce motif d'annulation reste cependant assez théorique. Seule une violation frontale par l'arbitre de la clause de choix de loi pourrait justifier l'annulation. On sait en effet que lorsque l'arbitre s'inspire d'un autre droit que celui choisi par les parties, pour l'interpréter ou le préciser, sa sentence n'encourt pas l'annulation (7). D'ailleurs, lorsque l'arbitre invoquera l'*estoppel* au titre des principes généraux du droit du commerce international (8), on ne voit pas quelle voie pourrait alors être empruntée sur ce terrain, tant le choix d'une loi nationale par les parties ou l'arbitre ne saurait priver ce dernier de recourir à de tels principes.

16. L'analyse précitée que l'arbitre mènera, lorsqu'en matière d'arbitrage international une allégation d'*estoppel* sera avancée, explique pourquoi dans l'arrêt commenté la Cour de cassation a refusé d'imposer sa propre lecture de la règle de l'*estoppel* qui, outre le fait qu'elle ne présente pas encore des contours certains (9), n'est pas universellement reconnue par les systèmes juridiques, certains l'adoptant de façon particulièrement étendue alors qu'elle est complètement étrangère à d'autres. Imposer la conception française seulement parce que l'arbitrage international se déroule en France reviendrait parfois à contredire les attentes des parties qui l'ignoraient au moment du choix du siège ou au moment de la survenance du litige.

(6) En ce sens, Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n° 1637.

(7) V. par ex. Paris, 10 mars 1988, *Rev. arb.*, 1989.269, note Ph. Fouchard ; Paris, 16 janvier 2003 et 29 avril 2003, *RTD com.*, 2003.487.

(8) Cf. E. Gaillard, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du commerce international (le principe de l'*estoppel* dans quelques sentences arbitrales récentes), *Rev. arb.*, 1985.241 ; Ph. Pinsolle, « Distinction entre le principe de l'*estoppel* et le principe de bonne foi dans le commerce international », *JDI*, 1998.905.

(9) V. par ex. S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, *Procédure civile*, 31^e éd., Dalloz 2012, n° 331.

17. On comprend toutefois avec plus de difficulté la référence faite par l'arrêt à la fraude procédurale, comme exception à l'absence de contrôle de la mise en œuvre par les arbitres de la règle de l'*estoppel* au titre de l'ordre public international. On sait en effet que la fraude procédurale fait partie de l'ordre public international, mais aussi que de prime abord la différence entre les deux concepts semble tellement importante qu'il est permis de se demander pourquoi la Cour de cassation en fait le rapprochement.

18. La fraude procédurale est aujourd'hui précisément définie par la jurisprudence et « suppose que des faux documents aient été produits, que des témoignages mensongers aient été recueillis ou que des pièces intéressant la procédure aient été frauduleusement dissimulées aux arbitres, de sorte que la décision de ceux-ci a été surprise » (10). L'hypothèse de fraude procédurale est donc aux antipodes d'un *estoppel* qui a permis l'introduction en droit français d'un devoir de « cohérence procédurale » interdisant, dans certaines hypothèses (11), à une partie de se contredire au détriment de son adversaire. Non seulement la nature du comportement du plaideur (faux et mensonges d'un côté et le fait de se contredire de l'autre), mais aussi ses conséquences (tromper (12) le juge ou l'arbitre d'un côté et causer un préjudice à l'adversaire de l'autre) sont opposées, si bien qu'en théorie le fait pour un plaideur de se contredire au détriment d'autrui ne saurait jamais dégénérer en fraude procédurale, laquelle ne sanctionne sur le plan procédural que des comportements d'une particulière gravité qui constituent souvent en même temps des infractions pénales.

19. Le seul apport de l'*obiter dictum* de l'arrêt sur la fraude procédurale est d'indiquer que les juridictions françaises seraient susceptibles de contrôler l'appréciation et les conséquences que les arbitres tireront d'une fraude procédurale découverte au cours de l'arbitrage. Jusqu'à présent les cas de fraude procédurale connus étaient, depuis l'affaire *Westman* (13), découverts après que la sentence avait été rendue et c'est

(10) Paris, Pôle 1, Ch. 1, 1^{er} juillet 2010, *Société Thalès c/ société Brunner Sociedad Civil de Administracao Ltda et autres*, *Rev. arb.*, 2010.856, note B. Audit.

(11) Cass. ass. plén., 27 février 2009, *Bull. ass. plén.*, n° 1 ; pourvoi n° 08-21288 ; *JCP*, 2009 II 10073, note P. Callé, *ibid.*, 2009 I 142, n° 7 obs. Y.-M. Serinet ; *D.*, 2009, 1245, note D. Houtcief : « la seule circonstance qu'une partie se contredise au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement fin de non-recevoir ». V. aussi Cass. civ. 1^{re}, 3 février 2010, *Sté Merial c/ sté Klocke Verpackung-service GMBH*, *Bull. civ. I*, n° 25 ; pourvoi n° 08-21288 ; *Rev. arb.*, 2010.93, note L. Weiller ; *Gaz. Pal.*, 28-29 mai 2010, p. 39, note F.-X. Train ; *Cah. arb.*, 2011.119, note P. Rosher ; *Bull. ASA*, 2010.406, note S. Adeline.

(12) Si la jurisprudence exige la preuve d'une tromperie réussie, un auteur a récemment défendu l'idée que la seule volonté de tromper le juge ou l'arbitre devrait suffire à caractériser une fraude procédurale, L.C. Delanoy, *Cah. arb.*, 2012.647 note sous Paris, Pôle 1, Ch. 1, 1^{er} avril 2010, Cass. civ. 1^{re}, 9 mars 2011, *High Court* 20 décembre 2011, rendus dans l'affaire *Sté Chantiers de l'Atlantique SA c/ sté Gaz Transport et Technigaz*.

(13) Paris, 1^{re} Ch. C., 30 septembre 1993, *Société European Gaz Turbines SA c/ société Westman International Ltd*, *Rev. arb.*, 1994, 359, note D. Bureau ; Cass. civ. 1^{re}, 19 décembre 1995, *même affaire*, *Bull. civ. I*, n° 463 ; pourvoi n° 93-20863 ; *Rev. arb.*, 1996, note D. Bureau ; *RTD com.* 1996, 667 obs. E. Loquin.

bien cette hypothèse que vise le nouveau droit de l'arbitrage en permettant que la demande de révision soit, lorsque c'est possible, portée devant les arbitres eux-mêmes (art. 1502 CPC). L'arrêt commenté semble en revanche viser l'hypothèse inédite à notre connaissance où la fraude procédurale — qui n'est donc qu'une tentative de fraude — a été découverte pendant la procédure arbitrale. Ce serait alors la réaction inadéquate des arbitres face à cette tentative de fraude qui serait sanctionnée par l'annulation de la sentence sur le fondement de l'ordre public international. Il restera à déterminer si le contrôle de la jurisprudence se limitera aux violations présentant un caractère flagrant, effectif et concret alors qu'il s'agit de déterminer si la réaction des arbitres a été adéquate (14).

20. Si la Cour de cassation, comme la Cour d'appel, procède au rapprochement du concept de fraude procédurale avec celui de l'*estoppel* c'est probablement parce qu'elle entend donner un domaine très étroit au contrôle de l'ordre public international en la matière. Il n'en demeure pas moins qu'une telle comparaison est de nature à troubler encore davantage le concept et le domaine de la règle de l'*estoppel*. Cela nous conduit à nous poser la question de son rôle réel en matière d'arbitrage. On s'aperçoit que celui-ci est finalement assez limité.

II. – Le rôle de l'*estoppel* dans l'arbitrage

21. Le rôle de la règle de l'*estoppel* dans l'arbitrage est finalement assez limité. Effectuer un tour d'horizon de la jurisprudence permet de s'apercevoir que ce sont généralement des cas de faux *estoppel* dans lesquels le recours à la règle ajoute peu au droit positif (A). Les cas où la règle présente une véritable utilité, autonome par rapport à d'autres concepts, sont finalement rares, et son application se révèle parfois même critiquable (B).

A) Le recours inutile à la règle de l'*estoppel*

22. La jurisprudence depuis quelques années a recours à la règle de l'*estoppel* pour caractériser des renoncements à invoquer des irrégularités de la procédure arbitrale dès lors que celles-ci pouvaient être alléguées à un stade plus précoce de la procédure. Or la jurisprudence n'a pas attendu l'introduction de la règle de l'*estoppel* pour sanctionner de tels comportements (15).

23. Le lien entre la règle de la renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure d'arbitrage et l'*estoppel* est parfois explicite

(14) V. sur la question du rôle des arbitres qui découvrent la vérité, E. Geisinger, P. Ducret, « The Uncomfortable Truth: Once Discovered, What to Do with It? », dans M. Wirth, Ch. Rouvinez, J. Knoll (dir.), *The Search for « Truth » in Arbitration, ASA Special Series*, n° 35, 2011, p. 113 et s.

(15) L. Cadiet, « La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale », *Rev. arb.*, 1996.3 et la jurisprudence citée.

comme dans l'affaire de la *Banque Delubac* qui a donné lieu à deux arrêts de la Cour de cassation datés du 22 septembre 2010 (16) où il est affirmé, concernant la renonciation alléguée au droit de se prévaloir de l'absence de convention d'arbitrage pour une sentence rendue hors délai, que la Cour d'appel « a exactement déduit [...] qu'aucune renonciation à se prévaloir de l'irrégularité ni contradiction dans son comportement, constitutive d'un estoppel, ne pouva[it] [...] être imputée au plaideur ». La Cour de cassation l'a même explicitement relevé dans l'affaire *Selafa MJA* (17) pour ne pas sanctionner la Cour d'appel qui pour confirmer une ordonnance d'exequatur s'était fondée sur la règle de l'*estoppel*, alors que seule la renonciation à se prévaloir d'irrégularités de la procédure avait été débattue contradictoirement, en considérant que « les domaines d'application respectifs de la règle de l'*estoppel* et du principe de la renonciation peuvent, dans certains cas, être identiques ».

24. Il est d'ailleurs révélateur que parfois la Cour de cassation fait à la fois état de l'absence de contradiction procédurale et de l'absence de renonciation à contester des irrégularités (18), ce qui témoigne du fait que les deux concepts font parfois double emploi et que la règle de l'*estoppel* n'ajoute rien à la règle de renonciation (19), qui est désormais inscrite dans le Code de procédure civile depuis la réforme du 13 janvier 2011 (v. art. 1466 « La partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir »).

25. Outre le cas de renonciation unilatérale — renonciation qui peut être faite par un plaideur seul — la jurisprudence a également eu l'occasion de faire appel à la notion d'*estoppel* dans des cas où la renonciation conventionnelle (proposée par une partie et acceptée par l'autre) aurait parfaitement suffi pour fonder la solution qui a été retenue.

26. Il est topique de remarquer un raisonnement similaire dans l'arrêt *Golshani*, celui-là même qui a introduit en droit français de l'arbitrage le concept de l'*estoppel* (20). Dans cette affaire un plaideur avait

(16) Cass. civ. 1^{re}, 22 septembre 2010, *Banque Delubac* (deux arrêts), *Bull. civ. I*, n° 176 et non pub. *Bull.*; pourvois n° 09-17410 et n° 09-17405; *Rev. arb.*, 2011.152, note J.-G. Betto et A. Reynaud.

(17) Cass. civ. 1^{re}, 6 mai 2009, *Société MJA c/ société International Company For Commercial Exchanges Income*, *Bull. civ. I*, n° 86; pourvoi numéro 08-10281; *Rev. arb.*, 2010.299, note D. Cohen; *JCP*, 2009 II 534, note G. Bolard; *RTD com.*, 2009.546, obs. E. Loquin; *D.*, 2009.2959, obs. Th. Clay.

(18) Cass. civ. 1^{re}, 3 février 2010, *Sté Merial c/ sté Klocke Verpackungs-Service GmbH*, préc.

(19) Dans le même sens, F.-X. Train, note préc. sous l'arrêt *Sté Merial c/ sté Klocke Verpackungs-Service GmbH*, *Gaz. Pal.*, 28-29 mai 2010, p. 39.

(20) Cass. civ. 1^{re}, 6 juillet 2005, *Bull. civ. I*, n° 302; *Rev. arb.*, 2005, 993, note Ph. Pinsolle; *Rev. crit. DIP*, 2006.602, note H. Muir Watt; *JDI*, 2006, 608, note M. Behar-Touchais; *JCP*, 2005 I 179, n° 6, obs. J. Ortscheidt; *Gaz. Pal.*, 24-25 févr. 2005, p. 18, obs. F.-X. Train.

introduit une instance arbitrale devant le Tribunal des différends irano-américains pour ensuite invoquer devant les juridictions françaises l'absence de convention d'arbitrage afin de tenter de s'opposer à l'exequatur de la sentence qui avait été rendue et qui ne faisait pas droit à sa demande au fond. Les parties avaient donc renoncé à la compétence juridictionnelle — renonciation qui ne peut pas être unilatérale, mais qui ne peut qu'être conventionnelle — pour accepter la compétence du Tribunal des différends irano-américains. La renonciation à la convention d'arbitrage et plus généralement à la clause de compétence juridictionnelle stipulée dans le contrat, est en réalité moins une renonciation, laquelle est unilatérale, qu'un nouvel accord de volonté, en sens inverse (un *mutuus dissensus*, art. 1134, al. 2, C. civ.), en vue d'effacer l'accord créant la compétence arbitrale ou judiciaire, si bien que la matière est régie par le droit des contrats (21). On sait que dans l'arrêt *Golshani* la Cour de cassation s'est fondée sur la règle de l'*estoppel*, mais cela n'était pas strictement nécessaire (22). Pour rejeter le recours contre l'ordonnance d'exequatur fondé sur l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage, il aurait en effet suffi aux juridictions françaises de constater l'existence d'un accord des parties en faveur de la compétence arbitrale au moment de l'introduction du litige devant le Tribunal des différends irano-américains, accord toujours possible concernant des droits dont les parties ont la libre disposition (23).

27. Le même cas de faux *estoppel* a présidé à l'arrêt *Baste* (24) qui décide « *qu'en vertu de la règle de l'estoppel, la société Baste est irrecevable à soulever l'absence de convention d'arbitrage après avoir excipé devant le juge étatique de l'existence d'une telle convention [...]* ». Dans cette affaire, l'autre partie avait acquiescé au jugement du juge étatique qui s'était déclaré incompétent et accepté de participer à l'arbitrage ayant abouti à la sentence objet du recours, si bien que plus qu'une contradiction procédurale de la société *Baste*, les parties avaient accepté la compétence arbitrale par une convention postérieure à la naissance du litige : elles avaient par leur accord conclu un compromis d'arbitrage.

28. Un acquiescement empêchant un comportement procédural incohérent se remarquerait aussi dans l'hypothèse où, à la suite de

(21) Pour cette exigence dans la renonciation à la convention d'arbitrage qui est la réciproque de la renonciation, au profit des arbitres, à la compétence des juridictions étatiques, v. Paris, 1^{re} Ch. suppl., 7 juin 1984, *Société Belin c/ société d'Aide Technique et de Coopération SATEC*, *Rev. arb.*, 1984, 504 note E. Mezger. Le premier arrêt ayant décidé en ce sens semble être Paris, 1^{re} Ch., 14 mars 1957, *Services des Importations c/ Ducreux*, *Rev. arb.*, 1957, 64.

(22) Pour une analyse plus nuancée, v. Ph. Pinsolle, note précitée sous l'arrêt *Golshani*, *Rev. arb.*, 2005, spéc. n° 16-22.

(23) Comp. l'accord procédural en droit international privé, comme en toute matière d'ailleurs, qui a un double effet de renonciation et de substitution, v. B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, LGDJ, Bibl. dr. privé., t. 272, 1996, Préf. Y. Lequette.

(24) Paris, 1^{re} Ch. C., 20 septembre 2007, *Sté Baste SA c/ sté Lady Cake Feine Kuchen GmbH*, *Rev. arb.*, 2008, 324 note M. Danis et B. Siino ; *LPA*, 24-25 mars 2008, p. 25, note S. Clavel ; *D.*, 2008, 188, obs. Th. Clay.

l'annulation d'une première sentence rendue à l'étranger, une partie déciderait de commencer une seconde procédure arbitrale. Si celle-ci donnait lieu à une sentence moins favorable, cette même partie ne pourrait pas « ressusciter » la première sentence en recherchant, sur le fondement de la jurisprudence *Hilmarton* et *Putrabali*, à en obtenir l'exequatur en France (25). Ce n'est pas tant l'*estoppel* qui s'opposerait à l'exequatur de la première sentence en France, mais plutôt le fait que l'introduction de la deuxième procédure d'arbitrage, sans réserve, vaudrait acquiescement de la décision judiciaire annulant la première sentence arbitrale. Par le passé, la jurisprudence française s'est, dans des situations similaires, fondée sur les seules principes régissant l'acquiescement au lieu de se référer à la règle de l'*estoppel* (26).

29. Dans toutes les hypothèses précitées, le recours à la règle de l'*estoppel* fait doublon avec des règles établies de longue date en droit français, au point qu'il est légitime de se poser la question de savoir si l'*estoppel* est d'une véritable utilité pratique.

B) L'utilité autonome de la règle de l'estoppel

30. Un seul arrêt de la Cour de cassation a fait application de la règle de l'*estoppel* de façon semble-t-il autonome lorsque aucune des règles sur la renonciation, unilatérale ou conventionnelle, ne pouvait trouver application. Il s'agit de l'affaire *Société Constructions Mécaniques de Normandie* qui a donné lieu à un arrêt du 26 octobre 2011 (27), dans lequel la Cour de cassation s'est fondée sur cette règle pour interdire à un entrepreneur principal de critiquer une ordonnance de référé le condamnant à verser une provision au sous-traitant de second rang en se fondant sur l'existence d'une clause compromissoire, alors qu'il avait lui-même assigné au fond le même sous-traitant de second rang devant le juge étatique et contesté la validité de la clause compromissoire à son égard, dans un arbitrage lancé par le sous-traitant de premier rang.

31. L'arrêt ne nous dit pas si les autres parties au litige (le sous-traitant de premier rang et le sous-traitant de second rang) avaient accepté la compétence du juge étatique, auquel cas il y aurait eu la conclusion d'un accord en faveur de la compétence des juridictions étatiques et la renonciation conventionnelle à la convention d'arbitrage. Si tel était le cas, le recours à la règle de l'*estoppel* aurait fait double emploi avec la règle traditionnelle de la renonciation à la convention d'arbitrage (v. *supra*).

(25) Ce n'est pas une hypothèse d'école, v. Paris, Pôle 1 — Ch. 1, 26 mars 2013, *Egyptair c/ Peninsula*, RG n° 11/09601.

(26) V. pour un exemple d'acquiescement à la sentence arbitrale s'opposant à la recevabilité du recours en annulation contre celle-ci, Paris, Pôle 1 — Ch. 1, 14 mai 2009, *Société Groupe Antoine Tabet SAL SA c/ République du Congo*, en somm. in *Rev. arb.*, 2009, 651.

(27) Cass. civ. 1^{re}, 26 octobre 2011, *Sté Constructions Mécaniques de Normandie, RDC*, 2012, 545 obs. X. Boucobza et Y.-M. Serinet ; *JDI*, 2012, 661, note S. Sana-Chaillé de Néré ; *Cah. arb.*, 2013, 63, note S. Bonnard.

32. Alors que rien n'est dit à l'égard du sous-traitant de second rang auquel la provision a été accordée, l'arrêt nous indique que le sous-traitant de premier rang avait introduit une procédure d'arbitrage sur la base de la même clause compromissoire, ce qui laisse entendre que le sous-traitant de premier rang n'avait pas accepté la compétence des juridictions étatiques. Il faut donc exclure toute renonciation conventionnelle à la clause compromissoire en l'espèce, ce dont il résulte que la Cour de cassation n'aurait pas pu se fonder sur une renonciation pour rejeter le recours contre l'ordonnance.

33. Celle-ci s'est fondée sur la règle de l'*estoppel* pour déclarer le recours irrecevable. La règle de l'*estoppel* a donc seule fondé la solution retenue, indépendamment des concepts déjà connus en droit français dont il a été question plus haut (renonciation unilatérale, renonciation conventionnelle, acquiescement). Indirectement, son application autonome pourrait avoir pour conséquence de transformer, au moins partiellement, les principes qui président à la renonciation à la convention d'arbitrage, en aboutissant à la solution selon laquelle lorsqu'une partie offre de renoncer à cette convention d'arbitrage, elle ne saurait plus se rétracter, l'offre demeurant valable aussi dans d'autres procédures, libre à l'autre partie de la refuser ou de l'accepter au moment de son choix.

34. L'arrêt rendu dans l'affaire *Constructions Mécaniques de Normandie* apparaît critiquable (28) et contraire au droit positif. En effet, jusqu'à présent la jurisprudence laissait entendre que l'offre de renoncer à la clause compromissoire ne pouvait rester en vigueur que tant que l'instance était pendante, si bien qu'une fois invoquée la compétence des juridictions étatiques, le plaideur ne pouvait plus invoquer la compétence arbitrale (29). L'offre devenait caduque, une fois l'instance éteinte sans qu'elle ait fait l'objet d'une acceptation. Une fois le jugement rendu sans acceptation par l'autre de l'offre de renoncer à la clause compromissoire, il est traditionnellement considéré que le plaideur peut se fonder à nouveau sur la compétence arbitrale. L'arrêt du 26 octobre 2011 pourrait toutefois contredire cette solution sur le fondement de la règle de l'*estoppel*.

35. La modification du droit positif susceptible de résulter de l'arrêt rendu dans l'affaire *Constructions Mécaniques de Normandie* ne saurait pourtant qu'être partielle. Tout dépend en effet de savoir à quel titre est invoquée la clause d'arbitrage dans le cadre de la procédure subséquente. Si celle-ci est invoquée pour contredire la décision qui a été rendue, comme dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 26 octobre 2011, la théorie de l'*estoppel* pourrait effectivement trouver à s'appliquer. Si

(28) V. X. Boucobza, Y.-M. Serinet, *RDC*, 2012.545, note préc.

(29) Cass. civ. 2^e, 11 mars 1999, *Société Project XI 220 c/ Audoin de Dampierre*, pourvoi n° 96-16418, *Rev. arb.*, 1999.853, obs. J. Pellerin : « la société, ayant dans un premier temps invoqué la compétence d'une juridiction étatique, n'était plus recevable à se prévaloir ultérieurement d'une convention d'arbitrage ».

au contraire elle est invoquée pour défendre la décision (d'incompétence par définition), l'*estoppel* ne saurait lui être opposé pour la simple raison qu'en procédure civile tout plaideur est libre d'acquiescer à un jugement, acquiescement qui « est toujours admis, sauf disposition contraire » (article 409 CPC), ce dont il résulte que le droit de changer d'avis est le principe et que l'interdiction de se contredire ne peut être qu'une exception très encadrée. Reconnaître l'application de la théorie de l'*estoppel* dans cette hypothèse reviendrait à obliger un plaideur à contester un jugement alors même qu'il souhaiterait (quoique ayant perdu) se soumettre aux chefs de celui-ci.

36. Les juristes de *Common Law* retiennent une solution ayant la même inspiration lorsqu'ils n'admettent l'utilisation de la théorie de l'*estoppel* que comme un bouclier (permettant au plaideur de se défendre lorsqu'il est attaqué) et nullement comme une épée (30).

Andrea PINNA
Docteur en Droit
Avocat au Barreau de Paris
Bredin Prat

(30) V. la maxime « *estoppel is to be used as a shield and not as a sword* » de la décision *Combe v. Combe*, [1951] 2 KB 215.