

Le consentement

En dépit de l'article 1108 du code civil qui n'exige que le consentement, il est évident qu'un contrat ne peut se former qu'avec le consentement de toutes les parties qui y figurent ; tirant sa force de l'accord de deux ou plusieurs volontés, il implique nécessairement un échange des consentements ; mais aussi il faut que les consentements ainsi échangés aient été donnés de façon libre et éclairée. Voilà pourquoi des règles juridiques concourent à la protection des consentements.

L'échange des consentements

Sur quoi doit-il porter ? Notion d'éléments essentiels.

Eléments essentiels du contrat : العناصر الجوهرية للعقد

Avant d'étudier le processus de l'échange des consentements, on peut se demander ce sur quoi il est indispensable que les parties s'accordent pour que leur contrat soit considéré comme définitivement formé.

Contrairement au BGB¹ (154 et 155) ou aux PECL² (art2 :103) ; le code civil n'a pas réglé la question ; toutefois, la jurisprudence considère que le contrat est réputé formé des qu'il y a accord des parties sur les éléments essentiels ; ce qui signifie, corrélativement³, que l'absence d'accord sur les éléments accessoires ne fait en principe nullement obstacle à la formation du contrat. (cass.com 28 fév. 2006 n°04-14719, RJDA 2006 N°742, RTD.civ 2006).

¹ A l'instar de nombreux systèmes juridiques nationaux, le code civil allemand (burgerliches gesetzbuch ou BGB) forme une base fondamentale du droit allemand puisqu'il comprend la plupart des règles du droit civil

² Principes du droit européen des contrats ; PECL in English the principales of européen contract Law

³ Corrélativement adverbe qui signifie de façon corrélatrice ; corrélatrice adjectif du latin médiéval correlativus se dit de choses ou de termes qui sont en corrélation, qui sont unis par dépendance logique : l'effet et la cause sont corrélatives

le contrat et réputé formé dès qu'il y a accord sur les éléments essentiels ; cependant l'absence d'un accord sur les éléments accessoires ne fait pas obstacle à sa conclusion

Les éléments essentiels, qui constituent donc un minimum nécessaire, peuvent être identifiés de façon objective selon chaque type de contrat : chose et prix dans la vente (art 1583 c.civ) **concessions⁴ réciproques** dans la **transaction⁵** ; **apports** et **répartition des pertes ou des bénéfices** dans le contrat de société, etc.

Cela étant, rien n'empêche les parties de façon subjective, d'ériger en élément essentiel qui, normalement, n'est qu'accessoire : par exemple en subordonnant expressément la formation du contrat à l'accomplissement d'une formalité ou à leur accord définitif et complet sur telle ou telle clause dont la négociation s'avère difficile.

Nous commencerons par étudier la théorie classique de **l'offre** et de **l'acceptation** avant de s'arrêter sur trois hypothèses susceptibles de compliquer ce modèle normal d'échange des consentements : le processus de conclusion des **contrats électroniques**, le mécanisme de **la représentation** et **la promesse de porte-fort⁶** et **la stipulation**

La théorie classique de l'offre et de l'acceptation :

Il est devenue classique de présenter le contrat comme le résultat de la rencontre d'une offre et d'une acceptation : deux manifestations unilatérales de volonté émises par les parties chacune de leur côté, mais qui, dès lors qu'elles sont concordantes, entraînent la conclusion du contrat ; à bien des égards, ce découpage du processus

⁴ Abandon d'un avantage, un droit, d'une prétention

⁵ Transaction nom féminin du latin classique *transactum* ; opération commerciale ou boursière

⁶ La promesse de porte-fort est la convention par laquelle une personne s'engage envers une autre à faire en sorte qu'un tiers accepte de réaliser le fait promis

التعبير عن إرادتين : Manifestations unilatérales de volonté concordante : متطابقتين

de conclusion en une offre et une acceptation, entre lesquelles peuvent de surcroît s'intercaler d'éventuelles **contre-propositions** ; est aujourd'hui dépassé, il ne permet pas de rendre compte du dialogue constructif qui s'instaure entre les négociateurs pendant la phase des **pourparlers** ; et il est impropre à expliquer l'hypothèse, moins rare qu'il n'y paraît, ou c'est, de façon plus diffuse, le **comportement convergeant⁷ des parties** qui concourt à la formation de leur contrat.

Convergeant : du verbe converger qui signifie dans la même direction (الاتفاق) antonyme de divergeant (الاختلاف)

Il reste que chaque fois la question se pose de savoir si, oui ou non, un contrat a bien été conclu, la théorie de l'offre et de l'acceptation constitue une grille de raisonnement qui peut s'avérer très utile.

Le régime de l'offre

Acte unilatéral : alors que dans le langage courant le terme d'offre s'emploie pour désigner toute espèce de proposition il correspond en droit à une réalité plus étroite ; **l'offre** ou **pollicitation⁸**, est la manifestation unilatérale de volonté par laquelle une personne, **l'offrant**, émet une proposition de conclure suffisamment **ferme et précise** pour que son acceptation entraîne à elle seule la formation du contrat.

⁷ Participe présent du verbe converger ; converger verbe intransitif : avoir la même direction se diriger vers un même point , antonyme diverger : s'opposer comme des ponts de vue divergeant

⁸ Offre exprimée mais non encore acceptée.

Notion de l'offre, en droit c'est une sollicitation ferme et précise.

Ainsi définie ; l'offre se distingue d'autres propositions qui n'ont pas un caractère aussi abouti, et notamment de l'invitation à entrer en pourparlers par laquelle l'auteur entend simplement ouvrir des négociations, ou encore de la procédure d'appel d'offres imposée par les textes préalablement à la conclusion de certains marchés publics et qui vise non à proposer mais à recueillir différentes propositions.

Distinction d'une part ; entre l'offre et les pourparlers et négociations et d'autre part de l'appel d'offre à la conclusion de marchés publics.

En revanche, dans l'échelle des actes marquant le processus de conclusion du contrat, l'offre se situe un cran en dessous de la promesse unilatérale de contrat en effet elle ne constitue pas comme la promesse unilatérale, un avant-contrat supposant un accord de volontés ; mais un acte unilatéral qui procède de la seule volonté de l'offrant.

L'offre est un acte unilatéral cependant la promesse de contrat ou avant-contrat est un accord entre deux volontés.

L'offre peut être expresse ou simplement tacite (ex : marchandises à l'étalage, taxi en station), elle peut être adressée à une personne déterminée ou au public (ex : l'offre par le biais d'une annonce).

Les différentes formes de l'offre (expresse ou tacite ; à une personne déterminée ou au public)

L'essentiel est qu'elle soit ferme et précise.

Le régime de l'offre tourne au tour de deux conditions ; il doit être ferme (1) et précis (2)

Fermeté et précision :

Une proposition de contracter ne constitue une offre que si elle est suffisamment ferme et précise.

1- L'offre est considérée comme ferme lorsqu'elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation, tel n'est généralement pas le cas de l'offre assortie de réserves, du moins lorsque ces réserves, qu'elles soient expresses ou tacites, portent sur la personne même de l'acceptant ; ainsi ne se trouve pas en position d'offrant, au sens juridique du terme, le commerçant qui dans ces conditions générales de vente indique expressément que ses offres ne deviennent définitives et ne constituent des engagements qu'après ratification de sa part ; de même, l'offre d'emploi parue dans un journal ou sur un site internet ne constitue pas une véritable offre de contracter car elle est faite sous la réserve tacite, mais évidente compte tenue de l'intuitus personae qui caractérise le contrat de travail, que l'employeur pourra refuser d'embaucher les personnes qui y répondent.

2- **L'offre doit être suffisamment précise** pour qu'en venant se joindre à elle , l'acceptation (qui peut tenir en un simple « oui » ou « ok » suffise à former le contrat ; il est donc nécessaire que l'offre indique la nature du contrat et en détermine les éléments essentiels ; c'est ainsi qu'une offre de vente devra comporter l'indication de la chose et du prix ; ou qu'une offre de bail devra mentionner la chose louée, le montant du loyer ainsi que la date d'entrée en jouissance a défaut la proposition sera qualifiée de simple invitation à rentrer en pourparlers.

L'offre est présumée précise si elle est déterminante de tous éléments essentiels du contrat ; ces éléments diffèrent selon le type du contrat

Révocation⁹ de l'offre :

L'offrant peut-il librement révoquer son offre ?

En théorie, il pourrait être répondu que tant qu'elle n'a pas été acceptée, l'offre est « insuffisante pour lier par elle-même celui qui l'a faite » et qu'elle peut donc toujours être rétractée ; mais il faut aussi protéger la sécurité du destinataire ; voilà pourquoi la jurisprudence contemporaine adopte une position plus nuancée. **L'offre obligatoire**

- **Lorsque l'offre est assortie d'un délai**, imposé par la loi ou donné par l'offrant, expressément ou implicitement elle doit être considérée comme irrévocable pendant toute la durée de ce délai
- **Lorsque** l'offre est faite sans indication de délai, l'offrant est tenu de la maintenir pendant un délai raisonnable afin que le destinataire ait le temps de l'examiner ; ce délai est souverainement apprécié par les juges du fond en fonction des usages et des circonstances ; il est généralement bref.

La révocation de l'offre tourne autour d'une problématique qui tend à vérifier si l'offrant a une liberté absolue pour la rétractation ; la jurisprudence contemporaine nuance entre deux cas de figures : l'offre assortie d'un délai d'une part et d'autre part l'offre sans indication de délai.

- **Comment sanctionner la révocation prématurée de l'offre ?** en l'absence de jurisprudence ayant clairement pris parti sur la question, il y a deux solutions :

⁹ Action de révoquer ; acte par lequel l'auteur d'un acte juridique décide de l'anéantir, ou l'auteur d'une offre de la retirer

***tenir la révocation pour inefficace** et permettre à l'acceptant pourvu qu'il se soit manifesté dans le délai, d'obtenir la conclusion forcée du contrat

*** ou bien lui accorder uniquement des dommages-intérêts**

L'acceptation :

L'acceptation est l'acte unilatéral par lequel le destinataire manifeste sa volonté de conclure le contrat aux conditions indiquées dans l'offre ; elle entraîne normalement la formation définitive du contrat ; mais pour lui reconnaître cet effet, il faut tout de même vérifier que :

- L'acceptation est intervenue dans le délai ;
- L'acceptation est pure et simple ; en effet, si elle modifie substantiellement les termes de la proposition initiale, elle constitue une contre-proposition ; elle vaut alors rejet de l'offre et formulation d'une nouvelle offre, et le contrat n'est pas formé (cass 1^{re} civ du 12 mars 1985, n° 83-16875, RTD civ 1986).

L'acceptation produit ces effets (la formulation définitive du contrat) si elle :

- Intervenue dans les délais
- Si elle ne modifie pas l'offre

En revanche, il est normalement indifférent que l'acceptation soit expresse ou tacite (ex : commencement d'exécution du contrat)

Le silence vaut-il acceptation ? contrairement à l'adverbe populaire *qui ne dit mot, consent*, le droit privé part du principe que le silence ne vaut pas à lui seul acceptation.

- 1) Justifié par l'**équivoque** qui s'attache au silence (il peut vouloir dire oui comme non), le principe a été posé par la jurisprudence à la fin du 19^{ème} siècle (cass ,1^{re} civ 25 mai 1870).

Aussi lorsque le destinataire d'une offre conserve une attitude totalement passive (ex : défaut de réponse à un courrier ou de protestation à la réception d'une

facture, absence de retour d'un objet livré sans commande préalable, etc.).

Il n'est pas permis d'en **déduire** une acceptation de sa part et, dans la foulée, la naissance d'un contrat.

Ce principe trouve aussi à s'appliquer dans la **période d'exécution du contrat**.

2) Plusieurs exceptions assortissent le principe selon lequel le silence ne vaut pas à lui seul acceptation ; elles peuvent découler de la loi qui, dans certains cas précis, pose une **présomption**¹⁰ **irréfragable**¹¹ de volonté en décidant que le silence conservé par une partie équivaut à une acceptation ; mais les plus importantes et les plus générales sont d'origine jurisprudentielle. En jurisprudence, trois séries de circonstances permettent d'attribuer au silence la signification d'une acceptation :

- Lorsqu'il existe entre les parties des **relations d'affaires antérieures** et que **le contrat projeté** est conforme à ceux habituellement proposés, ainsi, lorsqu'un client commande des marchandises auprès de son fournisseur habituel, le silence de celui-ci vaut acceptation de la commande, mais cette exception doit être maniée avec précaution ; l'existence d'un contrat en cours, notamment, ne suffit pas à conférer au silence valeur d'acceptation dès lors que l'offre a pour objet une modification de ce contrat ou un changement de contractant.
- Lorsque **les usages de la profession** à laquelle appartiennent les parties le prévoient ; à titre plus général, on estime aussi qu'entre commerçants le fait de ne pas répondre à la

¹⁰ Action de présumer, opinion fondée seulement sur les vraisemblances synonymes : hypothèse supposition

¹¹ Irréfragable adjectif : qu'on ne peut contredire, *récuser*.

réception d'une lettre de confirmation, par laquelle l'offrant récapitule les propositions auxquelles sont parvenues les parties après négociation, vaut acquiescement de ses termes.

- Lorsque l'offre est faite dans l'intérêt exclusif du destinataire, comme par exemple l'offre d'une remise de dette. Cette liste d'exceptions n'est pas limitative ; c'est d'ailleurs en termes très généraux que la cour de cassation a récemment affirmé que si le silence ne vaut pas à lui seul acceptation « il n'en est pas de même lorsque les circonstances permettent de donner à ce silence la signification d'une acceptation » ces circonstances peuvent donc être diverses.

A quel moment l'acceptation forme-t-elle le contrat ? (le problème des contrats par correspondance)

Lorsque l'offrant et l'acceptant sont présent dans un même lieu ou lorsque bien qu'éloignés, ils communiquent de façon quasiment instantanée par téléphone ou internet, la question ne se pose pas de savoir à quel moment l'acceptation forme le contrat : celle-ci est prise en compte dès qu'elle est formulée, sans aucun problème de décalage entre son émission et sa réception, mais si l'échange des consentements a lieu par correspondance les délais d'acheminement du courrier compliquent la situation, soit par exemple une acceptation postée le 5 du mois et parvenue chez l'offrant le 8 : le contrat est-il formé le 5 (date d'émission) ou le 8 (date de réception) ?

Les rédacteurs du code civil ont ignoré la question ; d'où les vives et très abstraites controverses ayant agité la doctrine classique ; en substance ; deux théories se sont affrontées :

- **La théorie de l'émission** considère que le contrat est formé au moment et au lieu où l'acceptant a expédié son acceptation ; c'est le cachet de la poste qui fait foi ; passé ce moment, l'acceptant ne peut plus revenir sur son acceptation ; et le contrat est censé être conclu, même dans l'hypothèse où l'acceptation ne parvient jamais à l'offrant ; cette théorie s'appuie sur l'argument selon lequel c'est l'acceptation de l'offre qui réalise la convention : il n'y a pas besoin de condition supplémentaire
- **La théorie de la réception** estime au contraire que le contrat n'est véritablement formé qu'au moment où l'acceptation est parvenue à l'offrant, sans doute plus réaliste que la première, elle part du principe que pour qu'un contrat soit conclu il faut que l'offrant ait eu, sinon une connaissance effective de la volonté de l'acceptant, du moins la possibilité de la connaître, c'est elle que retiennent les PECL (art 2 :205(1)) ainsi que dans le commerce international la CVIM (art 18) et les principes d'uni-droit(art2.1.6(2)).
Qu'en est-il de la jurisprudence ? afin de ménager aux juges du fond une certaine liberté d'appréciation leur permettant de faire dépendre la solution des intérêts en présence, la cour de cassation n'a jamais tranché la question par un grand arrêt de principe, il semble néanmoins qu'elle penche plutôt pour la théorie de l'émission.