

Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeur à l'Université Paris-Dauphine (Paris IX)

Directeur de l'Institut de droit économique, fiscal et social

1. Le présent propos n'a pour but que d'esquisser le profit que l'on pourrait tirer d'une distinction plus nette et plus systématique à opérer en droit des contrats entre la volonté et le consentement, entre la rencontre des volontés et l'échange des consentements (1), afin d'expliquer plus aisément, c'est-à-dire plus simplement et d'une façon plus cohérente, l'évolution de cette matière, notamment lorsqu'elle prend prise en droit des affaires.

— Echange des consentements ; rencontre des volontés. Sont-ce des locutions fongibles ? Y a-t-il vraiment unicité d'un phénomène ainsi plus ou moins adroitement qualifié ? Quand on ne les confond pas, on considère assez aisément que l'expression d'échange des consentements est impropre et qu'il conviendrait de préférer celle de rencontre des volontés pour désigner ce qui fait le contrat. En effet, il est déjà difficile de sortir de soi-même par une volonté qui va à la rencontre ; il serait vain et faux de croire que l'on peut aller jusqu'à offrir un consentement en échange.

— Pourtant, les mains se rencontrent mais les anneaux s'échangent... La figure du mariage, dans sa dimension mystique, hante toujours le droit des contrats (2), même ce droit des affaires que l'on ressent parfois comme un droit civil au sang froid.

2. Il faut ainsi rappeler et tirer tout profit du fait que volonté et consentement ne peuvent se réduire l'un à l'autre, qu'échange et rencontre ne doivent pas s'assimiler. La volonté est au cœur de l'humanisme et marque l'intériorité incommensurable de l'homme tandis que le consentement est un objet, consé-

(1) Cette perspective, ici esquissée, a été ultérieurement considérablement enrichie par le colloque de l'association Droit et Commerce, *L'échange des consentements (la remise en cause des principes civils par le droit des affaires)*, et les différentes contributions à paraître à la *Rev. juristr. com.* Elle doit être mise en corrélation. C'est néanmoins ce premier état, cette « variété » donc, qui est ici proposé, à travers la problématique beaucoup plus réduite du seul rapport entre le consentement et la volonté.

(2) J. Carbonnier, *On contracte comme on se marie*, in *Droit civil. Les obligations*, t. 4, coll. Thémis, PUF, 1993, n° 22, p. 57.

quence de la volonté, symbole et extériorisation de la volonté, mais distinct de la volonté.

Ainsi, par la volonté, la personne manifeste sa puissance, sa capacité à poser à elle-même sa propre loi, sa liberté. Tandis que le consentement est signe d'une sorte de capitulation. Il y a toujours de l'aliénation dans un consentement. C'est bien ainsi que le définit le *Vocabulaire philosophique* de Lalande : consentir, c'est admettre, donner son assentiment, c'est-à-dire baisser pavillon devant une assertion ou devant une autre personne (3). Tandis que la volonté consiste dans la force de pouvoir toujours ne pas admettre. C'est pourquoi la figure de la liberté est celle du martyr et du héros : celui qui ne s'avoue jamais vaincu, celui qui ne consent jamais.

En Occident, la liberté est dans le « non » ; le consentement est dans le « oui ». Par la volonté, je domine ; par le consentement, je me soumetts. La force est du côté de la volonté ; la faiblesse du côté du consentement.

3. Par le consentement, me voilà obligé, me voilà l'obligé de l'autre. L'article 1108 du code civil s'en donne l'écho, en visant « le consentement de la partie qui s'oblige ». On comprend alors que le consentement puisse être un signe de faiblesse, de vassalité, là où la volonté est signe de puissance et d'autonomie ; que le consentement puisse être donné sous la pression, signe d'une volonté « impressionnée », sans qu'il faille y voir nécessairement violence ; que le contrat-capitulation est concevable, l'hypothèse objective de la lésion étant là pour l'attester. La doctrine classique, telle qu'on nous la présente toute concentrée sur la volonté, aurait pu, si elle avait été plus sensible à cette dimension du consentement, établir ainsi : « qui dit contractuel, dit défaite ». Le droit des contrats en eut été changé, ou du moins changé plus vite.

Le consentement, donc, ne se réduit pas à la volonté. C'est sans doute pour cela que le droit français n'a pas admis *a priori* l'engagement unilatéral, cet acte de volonté sans consentement (4), cet acte du vouloir créateur pur (5).

4. Dès lors, le consentement est une sorte de gage que l'on donne à l'autre. C'est pourquoi la volonté peut vouloir tout tandis que le consentement ne peut porter que sur le possible, que sur ce que je peux donner. Le consentement a partie liée avec le patrimoine, alors que la volonté y est naturellement étrangère.

Mais quel gage ? Gage d'amour, dirait le droit du mariage, qu'il est décidément bien difficile de chasser. Gage de gratitude, dirait le droit des libéralités. Gage d'équilibre objectif et de sécurité juridique, dira le droit des contrats, du même coup désireux du formalisme qui fait couple avec la sécurité. Ce contrat permet ainsi d'établir un temps un semblant de paix entre les personnes aux intérêts opposés.

(3) A. Lalande, Consentement, in *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, coll. Quadrige, PUF, 1991, vol. 1, p. 117. Sur le lien entre la volonté et la puissance, V. Volonté, *ibid.*, vol. 2, p. 1217 et s.

(4) V. par ex., Ph. Jestaz, L'engagement par volonté unilatérale, in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruylant-Dalloz, 1994, p. 3 et s.

(5) J. Carbonnier, préc. n° 23, p. 60.

5. Car le consentement est donc bien un otage donné : il doit y avoir échange des otages. En cela, le consentement est avant tout anticipation du consentement de l'autre, l'interdépendance restant la marque du contrat. C'est à ce lien essentiel que semble se rattacher la théorie anglaise de la *consideration* (6) : l'accord ne se conçoit pas sans l'échange, au sens de l'admission d'une perte – par mon consentement – dans la perspective d'un avoir – par le consentement de l'autre.

Et avant tout échange de ce type, qui repose sur l'anticipation et l'équilibre des gages, il y a nécessairement ajustement, négociation, palabre. Plus encore, le contrat ne peut plus être un point dans le temps où la volonté, vive comme l'éclair, élit une volonté *alter ego* tout aussi prompte à aller à sa rencontre, dans la joie intemporelle de leur union. Bien plutôt, le contrat, mécanisme méfiant et besogneux, tâtonnant et prudent, est l'instrument pessimiste de cette guerre froide, conflit créateur sur lequel se construit le contrat (7). Il s'étire alors dans le temps ou trace un long trait dans l'espace entre cocontractants éloignés l'un de l'autre.

6. Dans cette perspective, il n'y a pas d'affinité élective entre volontés sœurs, dans cette sorte de romantisme juridique que traduit la théorie classique, mais mise en place d'un échange entre personnes objectivement ennemies puisqu'aux intérêts et visées contradictoires.

Il n'y a plus un envol mystique entre deux volontés, d'autant plus pur qu'il est libre du temps et ne s'encrasse pas de formalité. Au contraire, cette méfiance gage de paix va rendre obsédante la question des procédures, des traces de l'échange, va rendre centrale la perspective des preuves.

7. Ainsi, par mon consentement, je m'abaisse et l'on se souviendra que la tradition asiatique analyse le contrat comme un déshonneur. Je m'abaisse mais c'est à condition que je tienne l'autre pareillement. Je ne donne mon consentement que si je me saisis du consentement de l'autre. Le consentement n'est supportable que par l'échange. Il faut concevoir non pas tant l'échange des consentements que le consentement parce que l'échange.

C'est bien pourquoi l'hypothèse des convergences de consentements, tels que les expriment les pratiques concertées notamment, s'ils créent des accords, suppose l'intérêt commun, cette convergence née de l'agrégation des intérêts. Voilà pourquoi les statuts de sociétés s'accommodent de plus en plus difficilement de la qualification de contrat pour verser vers celle d'un acte collectif créateur d'institution tandis que l'intérêt commun, bien distinct, peut être présenté comme sa loi (8). A ce titre, ils relèvent fondamentalement d'une autre problématique que celle de l'échange : l'agrégat de consentements n'emprunte pas à l'échange l'hostilité première de ce dernier. En cela, l'échange des consente-

(6) V. not. J. A. Weir, *Droit des contrats, in Droit anglais*, sous la direction de J.A. Jolowicz, 2^e éd. Dalloz, 1992, n° 177 et s. p. 127 et s.

(7) Sur l'aspect créateur du conflit, au cœur du droit, V. J. Freund, *Sociologie du conflit*, PUF, 1983, et F. Terré, Au cœur du droit, le conflit, *in La justice (l'obligation impossible)*, coll. Morales, Autrement, 1994, p. 100 et s.

(8) D. Schmidt, De l'intérêt commun des associés, *JCP* 1994.éd.E.I.204, V. aussi P. Didier, *RJC* à paraître.

ments est sans doute l'expression juridique la plus conforme de la réalité des rapports humains.

8. Continuons dans cette perspective d'une défense de l'adéquation théorique et pratique de l'échange des consentements. La rencontre des volontés est bien éthérée ; instant magique, elle fait le contrat sans autre forme de procès et semble s'épuiser dans cette satisfaction. L'échange des consentements, formule plus lourde, méfiance concrétisée entre partenaires, évoque davantage l'autre échange, éminemment intéressé : l'échange économique dont le contrat est la forme juridique. C'est pour avoir le bien que je capture le consentement de l'autre ; c'est parce qu'il faut bien que je paie pour l'avoir que je me contrains. Le potlatch n'est pas loin. Ainsi et là encore, la doctrine classique n'aurait sans doute pas relégué l'échange économique comme la boîte noire du droit des contrats si elle avait donné tout son sens à l'expression parfois décriée d'échange des consentements.

9. Cela aurait permis sans doute aussi un plus facile rapprochement entre la théorie juridique du contrat et la théorie économique du marché (9). Dans le cadre de cette dernière, il est assez difficile d'évoquer l'idée de volontés autonomes dans la mesure où la loi économique du marché dicte aux agents rationnels leur comportement. Plus encore, si un agent retrouve une puissance, une autonomie de la volonté par rapport à l'ajustement mécanique des prix par l'offre et la demande, l'abus de position dominante peut être constitué. En revanche, ce qui s'échange, ce sont bien des consentements mécanisés entre personnes aux intérêts contradictoires, comme autant de formes juridiques des échanges des biens et services gouvernés par les lois du marché. Et l'on observera que le refus de vente, qui n'est jamais qu'un refus de consentement, un refus de laisser circuler un consentement qui doit être disponible pour être saisi par qui le veut, est effectivement sanctionné au nom des lois du marché et ce sans nécessité d'un abus démontré (10).

10. On peut alors soutenir que la volonté est une matrice de consentements qu'elle débite et met sur le marché comme autant de doubles juridiques des biens économiques. La volonté reste en dehors du marché – le contraire en troublerait le jeu et le marché lui fait barrière – mais c'est par sa puissance qu'elle lui fournit les consentements dont il doit se nourrir autant que de biens économiques. En cela, la volonté est la source mais une source extérieure de la circulation économique. Fondement et extériorité peuvent très bien aller de pair. Au regard de cette puissance à créer des objets autonomes de soi, la véritable génération donc, l'analogie peut alors se faire entre, d'une part, ce lien

(9) V. par ex. J. Hauser, L'apport du droit économique à la théorie de l'acte juridique, *Mélanges Derruppé*, 1991, p. 1 et s. mais aussi, dans un mouvement inverse, V. la théorie économique des conventions : A. Orléan (dir.), *Analyse économique des conventions*, coll. Economie, PUF, 1994.

(10) Même si l'on peut exprimer des réserves par ailleurs sur cette disposition de l'ord. du 1^{er} déc. 1986. V. par ex. J.-Ch. Serna, Le refus de vente dans l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 359 et s.

entre volonté et consentement, et d'autre part, celui que la jurisprudence a opéré entre nom patronymique et nom commercial (11).

Le consentement est ainsi un objet dont on dispose sur un marché (12). Se dégage par cela l'adéquation de l'échange des consentements avec le principe du libéralisme marchand. On relèvera au passage que la théorie des cessions de contrat serait plus admissible sous le premier angle du consentement que sous le second angle de la volonté. Peut-on aller jusqu'à suggérer qu'il existe des marchés de consentements mécanisés ? Cela éclairerait peut-être sous un nouveau jour le marché financier.

Mais le consentement est toujours un objet né de la volonté : il y a un lien de génération entre la volonté et le consentement, le consentement est fils de la volonté et ce lien ne doit être brisé, faute de quoi un vice du consentement est constitué. Le contrat résulte alors de cette dialectique entre le subjectif de la volonté et l'objectif du consentement. Le consentement est un objet que l'on donne et qui circule tandis qu'on conserve toujours et par principe sa volonté, ne serait-ce que pour qu'elle produise d'autres consentements.

11. Fondamentalement, la distinction entre la volonté et le consentement est formidablement porteuse d'une réconciliation. En effet, on conçoit une articulation entre une puissance conservée, souveraine et *a priori* de la volonté, qu'on ne devrait soumettre à aucune autorisation, et qui n'a nul besoin du droit positif pour exister, et un consentement né de la volonté mais détaché d'elle et qui circule. Il peut ainsi y avoir objectivisme contractuel, par la considération du consentement, sans nécessairement dirigisme contractuel, lequel voudrait porter sur la volonté. Peut enfin être brisée cette alternative à deux branches, subjectivisme et absence de cette sorte de circulation juridique qu'exigent pourtant les principes économiques du marché, d'une part, objectivité et source réglementaire de l'instrument contractuel à laquelle répugnent les mêmes principes, d'autre part. Cette alternative est une aporie. En effet, la théorie classique du droit des contrats n'est pas « dépassée » par le droit du marché et l'objectivité du contrat n'entraîne pas par fatalité l'emprise de la loi et de l'administration sur le phénomène contractuel.

Le droit des contrats peut ainsi revendiquer le classicisme de la source - volonté, individualisme et subjectivité - tout en devenant harmonieux avec le mécanisme du marché, par la qualification de ce qui naît de la volonté, - consentement, masse et fongibilité, voire liquidité des consentements, objectivation. Ce qui est aisément perçu comme des tensions peuvent trouver alors des explications plus cohérentes : il en est ainsi de cette exigence conjuguée et à première vue paradoxale d'une mondialisation des rapports juridiques et économiques, relevant donc du couple que forment le consentement et le marché, et d'une personnalisation des normes juridiques, contractuelles notamment, relevant alors du couple que forment la volonté et l'extériorité par rapport au

(11) Jurispr. *Bordas*, Civ. 1^{re}, 15 mars 1988, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 10^e éd. F. Terré et Y. Lequette, n° 20, p. 97 et s., et les réf. citées.

(12) On comprend dès lors plus facilement que le droit pénal ait appliqué la loi de 1905 relative à la fraude aux conventions de prestation de service, plus adéquate dans cette optique objective que la théorie du vice des consentements. V. J.-H. Robert, *JCP* 1989.II.21258.

marché. Les deux mouvements peuvent ainsi aller dans le même temps, sans engendrer de discordances.

12. Ainsi, il y a tout à la fois rupture sémantique entre volonté subjective et consentement objectif, et dialectique créatrice entre les deux. Il faut bien que les volontés se rencontrent pour que les consentements s'échangent. C'est encore user de la liberté que de me soumettre à ce que me dicte ma raison pratique. Ainsi l'aliénation, renoncement à la liberté, atteste cette dernière dans le même instant et l'on ressent plus sereinement la contrainte du consentement lorsqu'elle est née de la volonté, comme on admet mieux le renoncement lorsqu'il vient de la puissance.

13. Dès lors, l'isolement de l'échange des consentements et son articulation dans le même temps avec la rencontre des volontés a pouvoir peut-être de donner une meilleure mesure d'une évolution du droit des contrats à première vue assez chaotique. En effet, peut donner l'unité à l'ensemble la qualification du consentement comme objet autonome dont on dispose et que l'on donne pour fabriquer un contrat qui est lui-même un objet autonome. La volonté n'est de cette technique qu'une sorte de norme fondamentale a-juridique qui fonde le système mais qui n'a pas vocation à y participer d'une façon dominatrice. La circulation économique des biens et des services et le phénomène des contrats de masse seraient sans doute mieux servis par cette représentation d'ensemble que recèle la distinction première de la volonté et du consentement.