

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

Art.	Articles
Bull. Civ.	Bulletin civil
C. Civ.	Code civil
C. Conso.	Code de la consommation
Civ. (1 ^{ère} , 2 ^{ème} , 3 ^{ème})	Cour de cassation chambre civile (première, deuxième, troisième)
Com.	Cour de cassation chambre commerciale
LTGO	Loi sur la théorie générale des obligations
ibid.	Ibidem (au même endroit)
op. cit.	Opus citatum (ouvrage précité)
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE : LA FORCE OBLIGATOIRE : POINT DE DEPART DE L'EFFET
NORMATIF DES CONVENTIONS

Chapitre I : Effets de la convention

Chapitre II : La force obligatoire appréhendée en soi

DEUXIEME PARTIE : LES MANIFESTATIONS DE L'EFFET NORMATIF DES
CONVENTIONS

Chapitre I : Manifestation à l'égard des parties

Chapitre II : Manifestation à l'égard des personnes autres que les parties

INTRODUCTION

Apparaissant comme une des catégories des sources des obligations, les actes juridiques sont des actes volontaires spécialement accomplis en vue de produire des effets de droit et dont la nature et la mesure sont elles-mêmes voulues¹. La volonté joue alors un rôle prépondérant dans la concrétisation de ces actes juridiques, et c'est d'ailleurs sur ce point que ceux-ci diffèrent des faits juridiques, autre source des obligations. Il existe en principe trois sortes d'actes juridiques : les conventions, les actes juridiques unilatéraux et les actes juridiques collectifs. L'intérêt de leur distinction réside dans le nombre de volontés qui concourt à la naissance de l'acte. Nous nous passerons des deux dernières sortes d'actes dans ce que nous avons à traiter. En réalité, la convention est ici le type d'actes juridiques qui nous intéressera le plus, et d'ailleurs la convention apparaît comme le type le plus répandu. Défini comme un accord de volontés destiné à produire des effets de droit, la convention fait l'objet de plusieurs dispositions dans la loi n°66-003 du 2 juillet 1966 relative à la théorie générale des obligations (LTGO). L'article 123 alinéa 1^{er} de cette LTGO a acquis la popularité de l'ancien article 1134 du code civil français, qui discute de ce qu'est une convention. Si ce dernier dicte que : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », l'article 123 de la LTGO reprend le même sens en ces termes : « Le contrat légalement formé s'impose aux parties au même titre que la loi ». Vieux de plusieurs centaines d'années, cette règle a aussi traversé l'espace et aujourd'hui la plupart des systèmes juridiques étrangers l'ont accueillie, même si sa formulation n'est pas toujours la même. Ce texte traduit en fait le principe de la force obligatoire du contrat, qui en outre, apparaît comme le corollaire de l'autonomie de la volonté au même titre que d'autres principes². Force obligatoire qui signifie que ce que les parties ont voulu, s'imposent à elles définitivement. Cette présentation de la force obligatoire, si elle paraît claire ne peut pas toujours suffire à expliquer le fondement de celle-ci, car elle se focalise surtout sur la conception volontariste de la convention, c'est-à-dire s'accroche uniquement à l'autonomie de volontés alors qu'aujourd'hui, force est de constater le déclin de celle-ci, la volonté originare pouvant être postérieurement être modifiée soit par le juge soit par la loi.

¹ J. FLOUR, J-L. AUBERT, Les obligations L'acte juridique, éd. Armand Colin, p. 53

² Principe de la liberté contractuelle, principe du consensualisme, principe de l'effet relatif du contrat (R. CABRILLAC, Droit des obligations, éd. Dalloz, n°16)

Une autre explication est alors apparue en doctrine afin de donner un fondement différent de la force obligatoire. Il s'agit du courant normativiste : par la force obligatoire, on montre que les parties ne s'obligent pas seulement aux obligations contractuelles ; que le contrat crée ou applique des normes, qui vont au-delà du « faire », « ne pas faire » ou « donner »³. Ce courant normativiste initié par Hans Kelsen, a été mis en lumière par Pascal Ancel dans son article « Force obligatoire et contenu obligationnel »⁴.

Mais qu'entend-on d'abord par norme ? A l'origine, la norme était un outil utilisé par l'homme et qui va progressivement devenir une chose immatérielle⁵. Si l'on regarde le dictionnaire Larousse, la norme y est définie comme un ensemble des règles de conduite qui s'imposent à un groupe social. On y voit alors en la norme une règle, un modèle. Denys de Béchillon la définit comme « l'idée ou le concept d'une situation ou d'un comportement ou d'une chose auquel on veut rapporter une situation, un comportement ou une chose réels par le biais d'une opération de jugement »⁶. Le courant normativiste veut que la convention soit regardée telle qu'une norme et ainsi impose aux parties un modèle de comportement qui s'inscrit comme conséquence de l'engagement de celles-ci. Cela entraîne que la convention, qui se situe au niveau des sources des obligations, et donc source de droits subjectifs, peut par ailleurs être source de droit objectif, celui-ci rappelons-le, étant défini comme l'ensemble des règles et des normes juridiques à caractère obligatoire destinées à organiser la vie des hommes en société. La norme conventionnelle est donc source de droit objectif, règles de droit propre aux parties⁷. Pour arriver à une telle affirmation, il faut néanmoins dégager certaines distinctions. La distinction la plus importante est celle qui est apportée entre le contenu de la convention et les règles qui gouvernent le comportement des parties par rapport à cette convention⁸. Le premier se rapporte, si l'on prend l'exemple du contrat, à la considération de celui-ci comme une opération économique. Généralement, on retrouve le contrat valorisé

³ L. AYNES, Vers une déontologie du contrat, Conférence Cour de cassation, 11 mai 2006

⁴ RTD civ. 1999, p. 771

⁵ Le terme norme est dérivé du mot grec gnomon, en latin norma, qui désignait une règle au sens de « l'instrument de bois, de métal ou de quelque autre matière, qui sert à guider la main quand on veut tracer des lignes droites (L. CHARBONNEL, La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste du contrat, Université d'Avignon 2010, n°43)

⁶ Cité par L. CHARBONNEL, *op. cit.* n°45

⁷ Kelsen situe expressément les conventions individuelles dans l'enchaînement des normes objectives constituant le droit objectif. Il ajoute en effet, la convention aux sources de règles qui, bien que particulières et non générales, n'en sont pas moins des règles de droit propre aux parties... (J. GHESTIN, La notion de contrat, éd. Dalloz 1990, p. 147)

⁸ L. AYNES, *op. cit.*

comme tel dans la Common Law, système guidé par des considérations économiques⁹ (chacune des parties doit avoir fait un effort vers l'autre pour qu'il y ait un avantage économique réciproque). Le second est en réalité le cœur même de ce que nous allons développer ci-après. La convention, dotée de la force obligatoire dès sa formation, n'astreint pas uniquement les parties à l'obligation civile que fera naître celle-ci, mais lui imposera également d'exécuter cette convention de manière à respecter la norme née de la convention. Et d'ailleurs à ce sujet, toutes les conventions ne font pas naître à l'égard des parties des obligations civiles. Conséquemment, il faut aussi distinguer les effets de l'obligation, qui intéresse la création de lien entre le débiteur et le créancier, des effets de la convention. Ceux-ci englobent cette naissance d'obligation et tous les autres effets n'ayant pas rapport à cette dernière.

L'article 123 donne alors le ton : la convention qui respecte les prescriptions légales¹⁰, est dotée de la force obligatoire dès sa formation. Les parties doivent respect, non seulement aux obligations qui en découlent s'il y en a, mais également à tout l'ensemble contractuel. On y décèle la dimension normative de la convention. La question centrale qu'il se doit de poser est donc la suivante : comment doit-on procéder pour percer cette dimension normative de la convention ? Le propos de ce travail tend à qualifier d'une part la force obligatoire comme le point de départ de l'effet normatif (première partie), et d'autre part, essaye d'en tirer les manifestations (deuxième partie).

⁹ Le contrat naît avec un échange économique qualifié de « bargain ». Par un accord mutuel, les parties vont subir un préjudice qualifié de « detriment » avec la considération d'un profit « benefit ».

¹⁰ Afin de répondre à l'exigence de l'article 123 en ce que le contrat doit être légalement formé pour avoir force obligatoire, le contrat doit satisfaire aux conditions posées par la loi à l'instar de l'article 64 de la LTGO (qui se rapporte aux conditions de formation du contrat).

PREMIERE PARTIE : LA FORCE OBLIGATOIRE : POINT DE DEPART DE L'EFFET NORMATIF DES CONVENTIONS

Le fondement de la force obligatoire fait l'objet de nombreuses discussions en doctrine. Si plusieurs auteurs s'accordent à dire que cette force obligatoire se dissout dans l'obligation elle-même, la conséquence directe en est que la force obligatoire de la convention, qui n'est pas toujours créatrice d'obligations semble mise en péril. Si on ne retient que cette conception, qu'en est-il alors de ces conventions dont l'aboutissement n'est pas la création d'obligation ? Le lien obligatoire n'existe-t-il donc pas ? En réalité, la force obligatoire de la convention ne se résout pas uniquement à l'exécution de l'obligation, même si celle-ci constitue un des principaux effets du lien obligatoire entre les parties. La convention fait naître un certain nombre de « conséquences » qui ne se ramènent pas toujours à l'obligation, mais ces « conséquences » seront dotées de la force obligatoire.

Nous ferons d'abord une étude des effets de la convention (Chapitre I), avant d'arguer sur une considération en soi de la force obligatoire (Chapitre II).

Chapitre I : Etude des effets de la convention

La force obligatoire et l'obligation sont deux notions différentes. Si la force obligatoire peut être constatée sans l'obligation, il n'en est pas ainsi de l'obligation, celle-ci ne pouvant se séparer de cette force obligatoire.

Section I : Effet créateur d'obligation

Accord de volontés ayant à son issue des effets juridiques, la convention tient au nombre de ses effets la création d'obligations, et en l'occurrence lorsque la convention en question est un contrat. Dès lors, le problème suivant lequel la convention est assimilée au contrat se pose. Cependant, cette assimilation passe inaperçue lorsqu'il s'agit d'étudier cet effet créateur d'obligations du contrat proprement dit ; un effet qui présente tout son intérêt dans le domaine de prédilection du contrat qui est le droit des obligations.

§1 : L'étendue de la notion de convention

Le langage courant assimile souvent le contrat à la convention. Mais puisque les effets de ces actes ne sont pas toujours les mêmes, il faut apporter une certaine nuance entre les deux. Si l'effet principal du contrat est de créer des obligations, soit à la charge de l'une des parties, soit à la charge de chacune d'elles, suivant que le contrat est unilatéral ou synallagmatique¹¹, celui de la convention ne se borne pas uniquement à cela, d'où nécessité d'apporter une distinction entre le contrat et la convention.

A- Présentation générale du contrat

A la lecture de l'article 63¹² de la LTGO, le contrat est présenté comme une convention qui naît de l'accord des volontés de deux ou plusieurs personnes. Et d'ailleurs la définition la plus répandue de la notion de contrat répond à cette présentation, le contrat étant généralement défini comme une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent

¹¹ J. FLOUR et J-L. AUBERT, *op. cit.* n°373

¹² Art. 63 LTGO : « Il y a deux sortes d'actes juridiques générateurs d'obligations 1° le contrat ou convention qui naît de l'accord des volontés de deux ou plusieurs personnes ; 2° l'engagement unilatéral de volonté. »

envers une ou plusieurs autres à accomplir une prestation. De par cette définition, on observera de prime abord que le contrat est un accord de volontés. Il faut l'opposer à l'acte unilatéral. Celui-ci, bien que pouvant être une source d'obligations n'émane que d'une seule volonté. Subséquemment, lorsqu'on se trouve dans le domaine du contrat, il faut absolument le concours de deux ou plusieurs volontés, et par la suite ce concours produira des effets de droit car la loi lui en donne le pouvoir et lui en fixe en même temps les limites. Il est dès lors important de retenir que de tout contrat découle des obligations. Que renferme alors cette notion d'obligation ?

1- La notion d'obligation

« Obligatio est iuris vinculum quo necessitate astringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis iura ». Cette définition de Justinien¹³ traduite comme suit « L'obligation est le lien de droit par lequel nous sommes astreints d'une manière nécessaire à payer quelqu'un conformément au droit de notre cité » se rapproche des termes de l'article 1^{er} de la loi n°66-003 du 2 juillet 1966 relative à la théorie générale des obligations selon lesquels : « l'obligation est le lien de droit en vertu duquel le débiteur est juridiquement tenu envers le créancier de lui fournir une prestation ou de s'abstenir d'une faculté, prestation ou abstention dont il est responsable sur la valeur des éléments actifs qui composent son patrimoine ». Cette définition explique en outre l'origine étymologique du mot obligation qui est le mot latin « obligare » qui signifie « lier ». Dès lors, l'obligation dont il est question ici, qui est une obligation civile, doit être distinguée des obligations morales et naturelles. Celles-ci sont fondées sur la conscience et l'honneur. Cependant, il faut tout de même noter qu'une obligation naturelle peut se nover en obligation civile dans le cas où il y a promesse d'obligation naturelle¹⁴. On peut prendre l'exemple du devoir d'assistance entre frère et sœur qui devient une obligation civile car l'un aurait accepté de satisfaire au besoin de l'autre. L'exécution de l'obligation issue du contrat est quant à elle sanctionnée par le droit. L'obligation permet alors au créancier d'exiger du débiteur une prestation positive ou négative. Elle exprime l'idée d'un droit sur une personne ou d'un droit contre une personne, et

¹³ Empereur byzantin (527-565)

¹⁴ Civ. 1^{ère}, 10 octobre 1995, Bull. civ. 1995, n°352, p. 246, « la transformation d'une obligation naturelle en obligation civile-improprement qualifiée novation-repose sur un engagement unilatéral d'exécuter l'obligation naturelle ».

plus précisément un droit de nature pécuniaire. Il s'agit ainsi d'un rapport personnel entre deux personnes (créancier et débiteur). L'effet recherché par le contrat réside donc dans la naissance d'obligations, et c'est d'ailleurs ce que l'on appelle obligations contractuelles par opposition aux obligations délictuelles. Ces dernières naissent sans la commune volonté des parties. En bref, il ne peut y avoir de contrats si à l'issu, il n'y a pas d'obligations. Ce rapport d'obligation met en réalité en présence deux parties ; d'une part, il y a le créancier qui sera titulaire d'un droit de créance sur le débiteur, et d'autre part, il y a le débiteur, qui, lui sera titulaire d'une dette envers le créancier. Ce sont les aspects passif et actif de l'obligation.

La conception de l'obligation selon laquelle elle constitue un lien juridique unique unissant le créancier au débiteur est la conception que l'on dénomme « conception moniste », conception du droit français mais que le droit malgache a accueilli dans son système. Il faut toutefois noter l'existence d'autres conceptions de la notion d'obligation. Il en est ainsi de la conception dualiste, qui est la conception allemande¹⁵. Celle-ci prône l'existence de deux rapports juridiques dans l'obligation, et qui peuvent être dissociés (il s'agit du Schuld qui est le devoir juridique d'exécuter l'obligation et le Haftung qui est la contrainte permettant au créancier d'obtenir satisfaction en cas d'inexécution). On peut également citer les conceptions objective et subjective de l'obligation. Si la première oriente l'obligation vers sa valeur patrimoniale, c'est-à-dire un lien entre patrimoines détachable de la personne de ses sujets¹⁶, la seconde définit l'obligation comme essentiellement un droit personnel qui lie le créancier et le débiteur, lien personnel fruit de l'accord de volontés des parties.

2- Les différentes sortes d'obligations contractuelles

Le législateur malgache astreint les parties à un contrat à certaines obligations. Généralement, il peut s'agir soit de l'exécution d'une prestation soit de l'abstention d'une faculté¹⁷. Mais au titre de ces obligations, on peut prendre en premier lieu l'exemple de l'obligation de donner (ou dare). On entend par donner, transférer la propriété d'une chose, et donc une dation. L'obligation porte alors sur un bien matériel à remettre à quelqu'un. Cette obligation de donner est sujette à débat. En effet, l'obligation de donner se confond avec

¹⁵ G. FOREST, Essai sur la notion d'obligation en droit privé, thèse 2012, Ed. Dalloz, n°43 et s.

¹⁶ G. FOREST, *op. cit.*, n°27

¹⁷ Art. 88 al. 1^{er} LTGO : « Les obligations résultant d'un contrat ont pour objet, soit de fournir une prestation, soit de s'abstenir d'une faculté. »

l'acte lui-même. Par exemple, dans un contrat de vente, le transfert de propriété s'opère dès lors que les parties sont convenues de la chose et du prix, et ce même s'il n'y a pas encore eu paiement, ni livraison de la chose objet du contrat. De même, lorsqu'il s'agit de transfert de propriété d'un corps certain, l'obligation de donner offre peu d'intérêt car le contrat est par lui-même translatif de propriété¹⁸. Cependant l'obligation de donner présente un intérêt certain lorsque dans le contrat, on a inséré des clauses de réserves de propriété. Dans ce cas les parties veulent différer le transfert de propriété à un moment autre que celui où les parties ont convenu de la chose et du prix sans qu'il n'y ait encore de paiement ni de livraison de la chose. L'obligation de donner prend également toute son importance lorsque par exemple, la chose objet du contrat n'est pas transférable immédiatement (contrat de vente portant sur des choses futures). L'intérêt de l'obligation de donner se révèle aussi lorsqu'il s'agit de déterminer les charges des risques. En principe, les risques suivent la propriété de la chose vendue, c'est-à-dire que les risques pèseront sur le propriétaire de la chose, en l'occurrence l'acheteur, et non plus le vendeur qui se trouve relégué au simple rang de détenteur de la chose. Cependant les parties peuvent très bien aménager ce transfert des risques¹⁹.

Ensuite, les parties peuvent être soumises à une obligation de faire (*facere*) ou à une obligation de ne pas faire (*non facere*). Celles-ci supposent d'une part un fait positif, et d'autre part un fait négatif. En effet, l'obligation de faire consiste pour une partie à exécuter une prestation. Si l'on reprend l'exemple du contrat de vente, l'obligation de faire qui s'y trouve réside dans le paiement du prix, ou encore dans la livraison de la chose due. Est donc une obligation de faire, tout fait positif autre que la dation. Alors que l'obligation de ne pas faire trouve son fondement dans l'abstention du débiteur d'effectuer certains actes. L'exemple type d'une obligation de ne pas faire est l'obligation de ne pas faire concurrence à laquelle est assujetti un vendeur dans un contrat de vente de fonds de commerce. Par cette obligation, le vendeur s'engage envers l'acheteur de ne pas exercer des activités similaires à celles exercées par l'acheteur, obligation qui se trouve limitée dans le temps et dans l'espace mais également dans son objet. Les deux obligations présentent un caractère commun : elles ne peuvent faire l'objet d'exécution forcée. Leur inexécution ne donnera lieu qu'à des dommages et intérêts selon les termes de l'article 56 alinéa 2 de la LTGO (« Si l'exécution en nature est impossible, ou si elle est écartée par le juge, l'obligation de faire ou de ne pas faire se résout en

¹⁸ J. FLOUR, J-L. AUBERT, *op. cit.* n°41

¹⁹ Com. 5 octobre 2010, n° 08-19.408, « Le contrat de vente légalement formé transfère la propriété de la chose vendue à l'acquéreur, et avec elle les risques pesant sur la chose vendue. Si les parties peuvent modifier ce transfert des risques, il n'appartient pas aux juges de le faire en l'absence de stipulation contractuelle en ce sens. »

dommages-intérêts »). On retrouve le corollaire de cette règle dans la maxime « nemo proecise cogi potest ad factum » ou « nul ne peut être contraint directement à faire quelque chose ». En fait par le règlement en dommages et intérêts, le créancier obtiendra toujours à un certain égard satisfaction.

B- Analogie de termes

La convention, l'acte juridique unilatéral et l'acte juridique collectif, étant des actes juridiques, constituent une source de droits subjectifs²⁰ au même titre que les faits juridiques. Le rôle de la volonté des parties est pris en compte pour faire la distinction entre les actes juridiques et les faits juridiques. Si les faits juridiques sont « des évènements qui, volontaires ou non, engendrent des effets de droit directement déterminés par la loi²¹ », les actes juridiques sont quant à eux « des actes volontaires, spécialement accomplis en vue de produire des effets de droit dont la nature et la mesure sont elles-mêmes voulues²² ». A partir de cette dernière définition, on peut d'ailleurs dégager celle de la convention, qui est un accord de volontés en vue de produire des effets de droit. Le contrat apparaît par rapport à la convention comme une espèce d'un genre plus vaste. Elle fait donc partie de cet acte juridique qu'est la convention. A proprement parler, le contrat est donc une convention. Cependant, convention et contrat ne doivent pas continuellement être assimilés. D'où, une nécessité de distinguer les deux termes l'un de l'autre.

S'aventurer sur cet essai de distinction entre convention et contrat s'avère néanmoins difficile, car déjà les deux termes sont utilisés indifféremment, que ce soit par les personnes lambda ou par les auteurs les plus éminents dans le domaine du droit des obligations. Plusieurs auteurs estiment en effet que faire la distinction entre les deux notions ne présente plus d'intérêt. Il en est ainsi par exemple de Jacques Ghestin²³, de François Terré, Philippe

²⁰ Les droits subjectifs désignent l'ensemble des prérogatives, avantages ou pouvoirs particuliers dont bénéficie et peut se prévaloir un sujet de droit.

²¹ J-L. AUBERT, Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, n°215 et s.

²² J. FLOUR et J-L. AUBERT, *op. cit.* p.55

²³ J.GHESTIN, Traité sur la formation du contrat, n°5 « La distinction entre contrat et convention est sans intérêt pratique, car il est d'usage d'employer indifféremment les deux termes, comme l'avaient déjà fait les rédacteurs du code civil. Le régime du contrat, au sens étroit du terme n'offre d'ailleurs par rapport à celui de la convention aucune particularité notable. Le droit commun des contrats est finalement celui de la convention ».

Simler et Yves Lequette²⁴, de Jacques Flour, Jean-Luc Aubert et Eric Savaux²⁵. Le code civil, aussi, si on lit les principaux articles concernant le contrat, s'aligne sur cette même ligne d'idée. En effet, dans la lecture des articles²⁶ que l'on peut considérer comme sièges d'une théorie générale du contrat, on observe que le code civil utilise les deux termes comme synonymes. Mais dans la mesure où une convention n'a pas toujours pour effet de créer des obligations, il est opportun de séparer les deux notions. Et c'est d'ailleurs à partir de cette distinction qu'on pourra dégager l'effet normatif dont cette étude en fait l'objet. En fait, on se trouve dans un rapport de particulier à général. Au bout du compte, tout contrat est une convention, mais toute convention n'est pas forcément un contrat. Si les deux actes sont les fruits d'un accord de volonté en vue de produire des effets de droit, elles s'en différencient par la nature de ces effets. Le contrat n'est présenté que comme une convention génératrice d'obligation. Alors que la convention peut en transmettre, en éteindre, ou encore en déclarer, sans pour autant en créer.

§2 : Importance de l'effet créateur d'obligations

M. Nooman M.K. GOMAA, disait dans sa thèse sur la théorie des sources de l'obligation, que « le contrat n'est pas seulement l'instrument qui engendre des obligations mais c'est aussi l'instrument qui doit engendrer des obligations »²⁷. Cela traduit l'effet premier produit par la conclusion d'un contrat : la création d'obligation. Celle-ci apparaît alors comme l'élément le plus important du contrat. Elle ne peut être séparée de ce dernier sauf si dans certains cas, sa naissance, est subordonnée à des éventualités prévues par le contrat lui-même, ou en considération de la nature du contrat²⁸. Cela est l'interprétation même du fait que le contrat constitue une source d'obligation, l'obligation en soi ne pouvant être séparée de sa source. La définition de l'obligation que l'on retrouve dans l'article 1^{er} de la LTGO met en exergue un élément, le plus important certes, mais pas le seul composant l'obligation. En effet, à la lecture de cet article 1^{er}, on fait ressortir le côté passif de

²⁴ F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, n°49 « la distinction du contrat et de la convention n'a plus guère d'intérêt ».

²⁵ J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *op. cit.* n°79 et 80

²⁶ Les législateurs ont intitulé le titre III du livre III « des contrats et des obligations conventionnelles en général ». Le chapitre II du titre III est intitulé « Des conditions essentielles pour la validité des conventions » et la section III du même chapitre a pour titre « de l'objet et de la matière des contrats ». Tout cela pour dire que le législateur entend utiliser les deux termes de manière interchangeable.

²⁷ N. M.K. GOOMA, Théorie des sources de l'obligation, LGDJ 1968, p. 34 et 35

²⁸ Le développement dans la section II de ce chapitre I fait office d'explication en la matière.

l'obligation : l'une des personnes liées est tenue envers une autre ; elle est débitrice²⁹. Mais à côté de cet élément qu'est la dette du débiteur, il faut savoir qu'à l'obligation est ajoutée un deuxième élément, c'est la créance, élément subjectif qui assure au créancier l'exécution du débiteur. Dans la thèse de M. FOREST sur l'obligation en droit privé, l'obligation est en outre présentée comme un droit subjectif (la créance) à l'exécution d'une norme de comportement (la dette)³⁰.

La création d'obligations reste le contenu le plus important que peut recouvrir un contrat. Important dans le sens où l'obligation offre un régime protecteur aux parties. On sait que les effets du contrat ne se ramènent pas toujours aux seules obligations qui en découlent. Mais ce contenu obligationnel est essentiel, car il présente le contrat tout comme le délit, le quasi-délit ou encore le quasi-contrat tel un fait générateur d'obligations, en ce sens qu'en cas d'inexécution contractuelle, des mesures sont prévues pour y pallier. Par définition, il y a inexécution lorsque l'un des contractants n'exécute pas l'obligation qui lui incombe. Si tel est le cas dans un contrat, il y aura soit application du régime de l'exécution forcée, soit une exécution par équivalent, soit l'application de règles spécifiques lorsqu'on est en présence d'obligations interdépendantes nées d'un contrat synallagmatique³¹. Primo, l'exécution forcée ici suppose que le créancier peut obtenir l'exécution forcée en nature de l'obligation inexécutée (à condition bien sûr que cette exécution reste possible). En effet, en combinant les articles 53³² et 56 de la LTGO, on retient que le débiteur qui ne s'exécute pas au près de son créancier peut y être forcé par ce dernier ; et dans le cas où l'exécution en nature est impossible, l'obligation se résoudra avec l'octroi de dommages et intérêts. En outre, cette conception de l'exécution forcée a été clairement acceptée dans la jurisprudence³³. Secundo, l'exécution par équivalent implique en réalité l'octroi de dommages et intérêts au créancier. Il y a cependant un préalable à cet octroi de dommages et intérêts. Il s'agit de l'enclenchement de la responsabilité contractuelle du débiteur. Cette responsabilité³⁴ permet, outre l'exécution par équivalent de l'obligation contractuelle, l'indemnisation du dommage subi par le créancier du fait de l'inexécution. Et tertio, lorsqu'il s'agit d'inexécution d'obligations nées de contrat

²⁹ H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Obligations : théorie générale*, éd. Montchrestien, n°4

³⁰ G. FOREST, *op. cit.* p. 209 et s.

³¹ R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, éd. Dalloz, p. 99 et s.

³² Art. 53 LTGO : « Lorsque le débiteur n'exécute pas son obligation, le créancier peut l'y contraindre par toutes voies de droit. »

³³ Civ. 1^{ère}, 16 janvier 2007, Bull. civ. 2007, n°19, p. 17, « La partie envers laquelle un engagement contractuel n'a pas été exécuté a la faculté de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsque celle-ci est possible ».

³⁴ Il est nécessaire de rappeler que cet enclenchement de la responsabilité contractuelle du débiteur répond à la satisfaction de la trilogie classique de conditions (faute – dommage - lien de causalité entre faute et dommage).

synallagmatique et que ces obligations sont interdépendantes, des règles spécifiques ont été aménagées à cet effet. En premier lieu, on retrouve l'exception d'inexécution³⁵. Celle-ci s'analyse comme le droit d'une partie à un contrat synallagmatique de suspendre l'exécution de ses obligations tant que son partenaire n'a pas exécuté les siennes³⁶. En effet, dans un contrat synallagmatique, l'obligation de l'une des parties a pour cause l'obligation de l'autre³⁷. En second lieu, à côté de l'exception d'inexécution, une autre règle apparaît lorsqu'il s'agit d'inexécution d'obligations en matière de contrats synallagmatiques. Il s'agit de la résolution pour inexécution. Celle-ci se rapporte, comme son nom l'indique à la résolution du contrat à la demande de l'un des contractants, résolution éventuellement accompagnée de dommages et intérêts. L'article 169 de la LTGO justifierait cette possibilité pour le contractant d'invoquer cette résolution. En effet, cet article dispose que : « Si l'un des contractants n'exécute pas ses obligations dans les conditions convenues, l'autre partie peut demander la résolution ou la résiliation judiciaire du contrat, et éventuellement, des dommages et intérêts ».

Section II : Intérêt de la force obligatoire face à l'effet créateur d'obligation

Lorsque l'article 123 de la LTGO dit que « le contrat légalement formé s'impose aux parties au même titre que la loi », on entre sans aucun doute dans le domaine de la force obligatoire. Ce principe se présente comme l'un des principaux effets du contrat. La force obligatoire coule de source dès lors qu'une convention est formée entre les parties. Elle s'applique à toutes les conventions, et non seulement aux contrats. Cela pour dire que même s'il n'existe pas de rapport d'obligation (on entend ici par obligation le lien unissant le créancier et le débiteur) entre les parties, dès lors que celles-ci sont liées par une convention, à cette convention doit être assujettie la force obligatoire. Ceci signifie que toutes les conventions créées entre les parties doivent être exécutées par elles. Alors, la force obligatoire ne touche pas uniquement les obligations.

³⁵ Art. 171 LTGO : « Si les parties sont tenues à l'exécution simultanée de leurs obligations réciproques, chacune, sans qu'il y ait lieu à résolution ou résiliation, pourra, que l'inexécution soit totale ou partielle, refuser la prestation qu'elle doit, dans la mesure où l'autre n'a pas fourni la sienne ou offert de la fournir. »

³⁶ R. CABRILLAC, *op. cit.* n°173

³⁷ Civ. 5 mai 1920, D.P. 1926, 1, p.37, « dans les contrats synallagmatiques, l'obligation de l'une des parties a pour cause l'obligation de l'autre, de telle sorte que si l'obligation de l'une n'est pas exécutée, quel qu'en soit le motif, l'obligation de l'autre devient sans cause ».

§1 : Absence d'obligation dans la convention

On est souvent tenté de dire que la force obligatoire est ramenée à l'exécution de l'obligation que contient une convention. Pourtant, comme nous l'avons déjà exposé un peu plus haut, la convention n'est pas toujours créatrice d'obligations. M. Ancel disait à ce propos que « la création d'obligations n'est qu'un des contenus possibles du contrat »³⁸. En fait, la convention peut également avoir pour objet d'éteindre ou de transmettre des droits. Mais peu importe l'objet, l'on peut toujours relever la force obligatoire de la dite convention.

A- Conventions extinctives de droit

Ces conventions ont pour objet d'éteindre un droit préexistant. Elles sont conclues dans le but de mettre fin à une situation juridique donnée. En un sens, elles permettent aux parties d'abandonner leurs droits. Les modes alternatifs de règlement de litiges en constituent une illustration. Les modes alternatifs de règlement de litiges offrent aux parties la possibilité de contourner la justice étatique et de procéder moyennant concours de leurs volontés mutuelles à l'extinction d'un droit qui aurait probablement été litigieux. Ces modes alternatifs constituent dans certains cas l'application de clauses se trouvant dans une première convention. C'est le cas des clauses compromissoires. Par ces clauses, les parties à un contrat promettent à l'avance de soumettre les litiges qui peuvent éventuellement naître de ce contrat à l'arbitrage³⁹. Dès lors, pour régler leur conflit, les parties doivent se référer à la procédure d'arbitrage. Le comportement des parties en cas de litiges est alors dicté par la clause compromissoire. Il est imposé aux parties de recourir à l'arbitrage et non plus à la juridiction étatique du moment qu'entre elles existe une convention d'arbitrage, en l'occurrence, une clause compromissoire. Cela procède de la volonté même des parties. La force obligatoire de la clause compromissoire est d'autant plus forte que les parties ne peuvent pas revenir sur leur engagement en saisissant la juridiction étatique. Celle-ci sera incompétente ; cette incompétence est la manifestation de l'effet négatif des conventions d'arbitrage. Quand bien même, il est utile de rappeler que cette incompétence de la juridiction étatique n'est pas absolue. En réalité, on pourra toujours faire appel à cette juridiction en cas d'aide à la mise en place du tribunal arbitral, en cas de prise de mesures conservatoires ou provisoires et en cas de

³⁸ P. ANCEL, Force obligatoire et contenu obligationnel, RTD Civ. 1999, p. 771

³⁹ D. LEGAIS, Droit commercial et des affaires, Ed. Sirey, p. 49

contrôle de la sentence arbitrale⁴⁰. La convention d'arbitrage, et dans l'éventualité qu'on a pris en considération c'est-à-dire la clause compromissoire, la force obligatoire a alors toute sa place. A côté de la clause compromissoire, on peut également prendre comme exemple de modes alternatifs de règlement de litiges, la transaction. La transaction est définie comme la convention par laquelle chacune des parties décide d'abandonner tout ou partie de ses prétentions pour mettre fin au différend qui oppose l'un à l'autre. C'est parce qu'il y a eu transaction que les parties ne peuvent plus contester l'affaire devant un tribunal. L'affaire, elle, est définitivement réglée par l'effet de la transaction.

A côté de ces modes alternatifs de règlement de litiges, on peut également relever comme convention extinctive de droit la remise de dette. Celle-ci se définit comme l'acte par lequel le créancier accorde une réduction totale ou partielle de la dette à son débiteur⁴¹. Ici, on n'est pas en présence d'obligation mise à la charge d'une des parties, on n'est pas en présence ni de prestation ni d'abstention. Par contre, la remise de dette est obligatoire en ce sens que le créancier doit tenir ses engagements, et donc, est obligé de renoncer en totalité ou en partie à sa créance. En conséquence, il ne pourra plus réclamer cette créance, sinon il portera atteinte à la force obligatoire de la convention qu'est la remise de dette. Cette force obligatoire dans ce cas, se traduit par le fait que le créancier n'est plus en droit de réclamer l'exécution de l'obligation par le débiteur.

Il faut retenir que tant qu'il s'agit de convention qui a pour objet d'éteindre un droit, il ne s'agit nullement pour les parties d'exécuter une obligation telle qu'il est défini en matière de contrat, puisqu'effectivement, la convention ici n'a pour objet que de produire un effet extinctif de droit, que ce soit un droit réel, un droit personnel ou un autre droit.

B- Conventions translatives

On entend par convention translatrice de droit, toute convention ayant pour objet le transfert d'un droit d'un sujet à un autre. Ici encore, il n'est nullement question de création d'obligation. La convention se borne à les transmettre. On peut prendre l'exemple de la

⁴⁰ La reconnaissance (lorsqu'il s'agit d'arbitrage international) et l'exequatur constituent à ce titre des moyens de contrôle de la sentence arbitrale par la juridiction étatique.

⁴¹ R. CABRILLAC, *op. cit.*, n°519 et s.

cession de créance⁴². La cession de créance peut être définie comme la convention par laquelle un créancier appelé le cédant, cède à un tiers cessionnaire ses droits et actions qu'il a contre un débiteur, le débiteur cédé. La convention emporte dès l'échange de consentement entre le cédant et le cessionnaire, transfert d'une créance de la tête du premier sur la tête du second. Certes, il y a l'obligation que le cédé devait initialement acquitter auprès du cédant et qu'il devra désormais acquitter auprès du cessionnaire, mais cela ne signifie pas que la convention fait naître une nouvelle obligation. Il y a seulement ici transport d'une obligation qui existe déjà. La force obligatoire de la cession de créance entre les parties contractantes de la convention, c'est-à-dire le cédant et le cessionnaire, est étendue afin d'imposer au cédé la substitution de créancier. Désormais, le débiteur cédé aura pour créancier le cessionnaire.

On peut également prendre comme exemple de convention translatrice de droits la subrogation. La subrogation apparaît en premier lieu comme un mode d'extinction des obligations⁴³. La subrogation suppose en fait, la substitution d'une personne à une autre dans un rapport de droit en vue de permettre à la première d'exercer tout ou partie des droits qui appartient à la seconde. Le droit malgache⁴⁴ prévoit trois catégories de subrogation, à savoir la subrogation au profit d'une personne tenue à la dette (telle que par exemple le coobligé à une dette ou encore la caution), la subrogation consentie par le créancier *ex parte creditoris*, et la subrogation consentie par le débiteur *ex parte debitoris*. Cette catégorisation importe peu dans la détermination de l'effet même de la subrogation car celui-ci restera le même pour ces trois cas de subrogation. En réalité, la force obligatoire de la subrogation réside dans le fait que le subrogé va prendre la place du créancier, il acquièrera l'ensemble des prérogatives de celui-ci. L'article 347 de la LTGO énonce d'ailleurs que « la subrogation emporte au profit du subrogé cession de la créance avec tous ses accessoires et actions jointes ». Le transfert des droits du subrogeant au profit du subrogé caractérise alors l'effet obligatoire de la subrogation, et ce sans même que les parties concourent à cette transmission.

Enfin, mais non le moindre, on peut expliquer la force obligatoire de ces conventions translatrices de droit à travers le contrat de vente, que l'on a déjà évoqué précédemment. En effet, le contrat de vente, en plus d'assujettir une obligation civile aux parties, emporte

⁴² La cession de créance a pour fonction initiale et naturelle la réalisation d'une transmission. Mais une créance peut également être cédée soit à titre de paiement, c'est sa fonction nouvelle et détournée de sa fonction normale, soit à titre de garantie, c'est sa fonction la plus récente et la plus originale. (P. MALAURIE et L. AYNES, Droit civil. Les obligations, 7^{ème} éd. 1997, n°1220).

⁴³ Dans le code civil, la subrogation est présentée comme une variété particulière de paiement (mode d'extinction de l'obligation).

⁴⁴ Art. 344, art. 346 et art. 350 LTGO

également transfert de la propriété de la chose. Dès lors que les parties ont convenu du prix et de la chose, celles-ci ne peuvent plus se prévaloir de leurs anciennes qualités, c'est-à-dire que le vendeur ne peut plus se considérer comme propriétaire de la chose vendue. Désormais, seul l'acheteur possède cette qualité. Il y a donc ici transfert *solo consensu*⁴⁵ c'est-à-dire qu'il y a transfert automatique de la propriété de la chose dès lors que les conditions susmentionnées ont été satisfaites. Le transfert de propriété peut cependant être analysé dans certains cas comme un effet de l'obligation, et dans d'autres comme un effet du contrat. Dans ces derniers cas, le transfert de propriété est complètement autonome

§2 : Disparition ou suspension de l'obligation

L'on sait dorénavant que lorsqu'on parle de contrat, des obligations naissent à l'égard des parties. Il peut s'agir de prestation positive ou d'abstention. Pourtant, certains cas démontrent que même si on est en présence d'un contrat, l'obligation elle-même ne se trouve pas exécutée ou même peut être absente. L'exécution de l'obligation peut par exemple être suspendue. D'où il est difficile d'opter pour la solution que choisit bon nombre d'auteurs d'appréhender la force obligatoire par rapport aux obligations qui découlent du contrat. Par ailleurs, toujours est-il que l'obligation se trouve éteinte, la force obligatoire de la convention peut survivre.

A- Exécution du contrat

Le contrat créateur d'obligation peut être amené à être dénué de ce rôle, du moins pendant une durée qui sera déterminée par la nature même de l'obligation que les parties ont souscrite, soit parce que celle-ci est affectée d'une modalité (ici condition suspensive), soit parce cette obligation se trouve sur un plan secondaire afin de garantir une obligation préexistante. Mais dans les deux cas, on observe que l'obligation en soi « se trouve dans une phase de sommeil », mais cela n'empêche pas que le contrat produise des effets, et que les parties soient tenues aux termes de ce contrat.

1- L'exemple de l'obligation assortie de condition suspensive

⁴⁵ D. MANGUY, Contrats spéciaux, éd. Dalloz, p. 114

Le principe veut que l'obligation soit pure et simple⁴⁶ en ce que le créancier peut exiger du débiteur l'exécution immédiate de ce à quoi le débiteur s'est engagé. Mais une modification de ce caractère pur et simple est possible par la mise en place de modalités particulières. Ceci découle du principe même de l'autonomie de la volonté, de la liberté conventionnelle. L'exemple de la condition suspensive explique le mieux cet effet non obligationnel. La condition suspensive suppose un événement futur et incertain qui suspend la naissance de l'obligation. Le rapport d'obligation entre les parties s'efface alors au détriment de cette modalité. Toutefois, il est faux de croire qu'entre le créancier et le débiteur, en dépit de cette « absence » de rapport d'obligation, il n'y ait aucun lien contractuel. Le lien existe bel et bien. Donc, la force obligatoire, elle aussi, doit s'appliquer. Comment se manifeste alors cette force obligatoire du contrat dans le cas d'obligation souscrite sous condition suspensive? Comme le contrat prend son cours, mais c'est seulement la naissance de l'obligation qui se trouve retardée, les parties ne peuvent se dégager unilatéralement des engagements qu'ils ont pris lors de la conclusion du contrat. En premier lieu, pendant la période dite « pendente conditione », c'est-à-dire pendant la période où l'on ne sait pas encore si la condition va se réaliser ou non, période d'incertitude donc, le débiteur de l'obligation ne doit rien au créancier. En conséquence, s'il paie par erreur le créancier, il disposera de l'action en répétition de l'indu⁴⁷. Le créancier quant à lui, disposera d'un droit en germe qui accèdera à la vie juridique à la réalisation de la condition. Il ne pourra pas demander au débiteur l'exécution immédiate de l'obligation. Mais comme il dispose déjà d'un droit, nonobstant que ce droit peut ne pas devenir pur et simple, il pourra prendre des mesures conservatoires⁴⁸ ou obtenir des garanties telles qu'une caution, une hypothèque ou un gage, afin de protéger ce droit, aussi conditionnel qu'il soit. L'article 14 de la LTGO énonce par ailleurs une sanction à l'encontre du débiteur lorsque celui-ci, par son attitude, a empêché la réalisation de la condition. Il énonce à cet égard que « si la partie qui s'est obligée empêche l'accomplissement de la condition, celle-ci sera réputée accomplie ». En second lieu, si la condition se réalise, l'obligation devient pure et simple, c'est-à-dire qu'elle existe rétroactivement⁴⁹ au jour où

⁴⁶ Art. 4 LTGO « L'obligation est pure et simple lorsque la prestation qu'elle implique n'est subordonnée à aucun événement prévu par les parties ni différée dans son exécution. »

⁴⁷ Cela signifie que le débiteur pourra obtenir du créancier le remboursement de ce qu'il lui a payé par erreur, puisque par ce paiement, ce dernier s'est enrichi au détriment du débiteur.

⁴⁸ On s'est alors demandé si une créance conditionnelle pouvait faire l'objet d'une saisie-arrêt. Dans certains cas, la Cour de cassation se contentait, en effet, d'une créance certaine dans son principe ou d'un « principe certain de créance », dans d'autres, elle a exigé « une créance certaine dans son existence ». (H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.*, n°1033)

⁴⁹ Cependant, il faut noter qu'il existe un certain nombre d'exceptions à cette rétroactivité. Par exemple, l'article 16 de la LTGO prévoit que cette rétroactivité ne joue pas sur l'attribution des risques. Cette

l'engagement a été souscrit. Dès lors, tous les actes (tels que les actes de disposition) entrepris par le titulaire de l'obligation conditionnelle seront validés. En conséquence, lorsqu'il y a réalisation de la condition, la force obligatoire du contrat sera pour ainsi dire dissoute à l'exécution de l'obligation qui y était attachée. Mais qu'en est-il de la force obligatoire du contrat en cas de non réalisation ou de défaillance⁵⁰ de la condition suspensive? En principe lorsque la condition défaille, le contrat est censé jamais n'avoir existé, l'obligation n'accédant pas à la vie juridique. De cette manière, ne fait-on tout simplement pas disparaître la force obligatoire du contrat? Pourtant, d'une certaine manière, cette disparition ne peut être légitime. D'abord parce que les parties elles-mêmes ont voulu conditionner la naissance de l'obligation. Elles s'y sont engagées pour. Et dès lors que la convention est formée, les parties y sont tenues, elles doivent s'y conformer. Leurs agissements sont dictés par la convention. C'est dans la perspective de l'assujettissement des parties à l'effet obligatoire du contrat que ne se réalise pas effectivement la condition suspensive.

2- L'exemple du cautionnement :

L'article 4 de la loi n° 2003-041 du 3 septembre 2004 sur les sûretés définit le cautionnement comme « un contrat par lequel, un tiers, appelé caution, s'engage envers le créancier à exécuter l'obligation du débiteur principal si celui-ci n'y satisfait pas lui-même ». La caution ne sera alors actionnée que dans le cas où le débiteur principal serait défaillant. On dira donc que dans le cautionnement il existe deux phases, une première phase passive, dans laquelle il y a absence d'obligation civile à l'égard de la caution, et une deuxième phase, phase génératrice d'obligation civile envers la caution suivant la défaillance du débiteur principal⁵¹. Un problème surgit alors lorsqu'il s'agit d'un cautionnement de dette future. Ce type de cautionnement est défini par leur caractère indéterminé. Plus exactement, l'obligation ne naît pas au jour où le cautionnement est souscrit mais à un moment ultérieur (exemples : cautionnement d'un compte courant, cautionnement d'un contrat de bail à durée indéterminée...). Il faut souligner que ce type de cautionnement est parfaitement valable car la

rétroactivité est également écartée lorsqu'il s'agit de fruits produits par le bien, car ceux-ci restent à celui qui les a perçus.

⁵⁰ Cette défaillance peut être le résultat de l'arrivée du terme d'un délai que les parties ont fixé pour la réalisation ou la non-réalisation de la condition. Mais elle peut également être consécutive au fait qu'on ait établi qu'il est certain que la condition a défailli, car les parties n'ont prévu aucun délai. Et enfin, la condition peut défailir du fait même du débiteur (dans ce cas, la condition est réputée accomplie).

⁵¹ D. MARIGNALE, L'effet normatif des conventions, Université Paris XII – Mémoire Master 2 recherche en droit privé, n°12

loi le permet. Ici apparaît la problématique liée à l'obligation de couverture et à l'obligation de règlement dont la distinction a fait l'objet d'une thèse⁵². Cette problématique apparaît car l'objet du contrat n'est qu'une éventualité alors que le service existe immédiatement au moment de l'engagement. D'où la nécessité de distinguer d'une part le cadre de la garantie consentie, défini par le contrat de cautionnement lui-même, il s'agit de l'obligation de couverture, et d'autre part, l'obligation de règlement qui naît en même temps que les dettes apparaissent à la charge du débiteur⁵³. M. Ancel, caractérisait dans son article précité cette obligation de couverture comme la traduction de la force obligatoire. Pour lui il est assez difficile de mettre l'obligation de couverture dans le moule d'une obligation civile. Et cela est vraie en ce sens que l'obligation de couverture n'est ni prestation ni abstention. La caution est juste appelée à respecter son engagement. On ne pourrait alors voir en l'obligation de couverture une obligation civile entre le créancier et la caution. L'utilité de l'obligation de couverture repose seulement dans la détermination de la prise d'effet du contrat de cautionnement ; et à cette prise d'effet est attachée à l'égard de la caution une certaine conduite.

B- Après extinction de l'obligation

L'extinction de l'obligation peut être définie comme le dénouement du lien juridique entre le créancier et le débiteur. Il existe plusieurs manières d'éteindre une obligation. En premier lieu, l'obligation s'éteint par son exécution c'est-à-dire par le paiement, qui se présente comme le mode normal d'extinction de l'obligation. Le paiement consiste au sens juridique du terme à exécuter une obligation quelle qu'elle soit⁵⁴. Il opère satisfaction directe du créancier, et d'ailleurs l'origine étymologique du mot payer, qui est le mot latin *pacare* explique cet attribut du paiement⁵⁵. En effet, *pacare* signifie apaiser, et donc apaiser le créancier. A côté du paiement, on rencontre également d'autres causes d'extinction de l'obligation. On peut citer à cet égard, d'une part, la dation pour paiement et la compensation, qui opèrent toutes deux, satisfaction indirecte du créancier, et d'autre part, des modes d'extinction qui n'entraînent pas satisfaction du créancier. Il peut s'agir de remise de dettes ou

⁵² Thèse de Christian MOULY, Distinction entre obligation de couverture et obligation de règlement, 1978

⁵³ P. SIMLER, P. DELBECQUE, Les sûretés La publicité foncière, éd. Dalloz, n°110

⁵⁴ H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.* n°716

⁵⁵ H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *ibid*

de prescription. A juste titre, il faut noter que c'est le titre cinquième de la loi sur la théorie générale des obligations qui traite de l'extinction des obligations.

A l'extinction de l'obligation, le contrat prend fin. Mais on ne pourrait pas toujours en dire autant de certains effets du contrat, qui, eux persistent. On peut à cet égard prendre l'exemple de la garantie des vices cachés en matière de contrat de vente. L'article 1641 de l'ancien code civil dispose que : « le vendeur reste tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminueraient tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus ». Cela suppose que même si le contrat est entièrement exécuté, c'est-à-dire que le prix payé et la chose livrée, le contrat peut toujours produire des effets. La garantie décennale⁵⁶ octroyée au bénéfice d'un maître d'ouvrage peut également expliquer la subsistance d'un effet obligatoire issu du contrat même si celui-ci a déjà pris fin. Cette subsistance d'effet obligatoire, et donc d'une certaine manière de la force obligatoire du contrat après extinction de l'obligation dont a fait l'objet ce contrat, peut expliquer l'effet normatif du contrat. En effet, si une partie de la doctrine estime que le contrat n'est qu'un instrument qui engendre des obligations⁵⁷, le fait que ce contrat survive par certains de ses effets à l'extinction de l'obligation ne suffit-il pas faire tomber cette position ? Les parties doivent adopter un comportement qui s'inscrit dans le respect des termes du contrat qu'elles ont conclu même si celui-ci se trouve déjà accompli. Ceci pour dire également que la force obligatoire survit à la disparition du contrat.

⁵⁶ L'application combinée des articles 2270 ("On ne peut pas prescrire contre son titre, en ce sens que l'on ne peut point se changer à soi-même la cause et le principe de sa possession") et 1792 du c.civ. ("Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination. Une telle responsabilité n'a point lieu si le constructeur prouve que les dommages proviennent d'une cause étrangère") permet de conférer cette garantie décennale au maître d'ouvrage. (D. MARIGNALE, *op. cit.*, n°16)

⁵⁷ R. LIBCHABER, *Réflexions sur les effets du contrat*, in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Mélanges offerts à J.-L. AUBERT, éd. Dalloz 2005, p. 211 et s. M. LIBCHABER a tenté de démontrer que le contrat n'est qu'un instrument destiné à la création d'obligations. N. M. K. GOMAA, *Théorie des sources de l'obligation*, LGDJ 1968, p. 34 «Un contrat n'engendre pas de situation objective, il n'engendre que des situations subjectives ».

Chapitre II : La force obligatoire appréhendée en soi

La force obligatoire est présentée comme étant un effet de la convention. Mais quelle en est réellement la portée ? Que signifie cette force obligatoire ? Et qu'emporte-t-elle comme conséquence ?

Section I : Convention, loi des parties

Les termes de l'article 123 de la LTGO expriment de façon non équivoque la force obligatoire d'une convention. Cette force obligatoire impose aux parties de respecter la convention (les obligations qui en résultent lorsqu'on se réfère uniquement à la lecture traditionnelle dudit article) au même titre qu'ils auraient respecté la loi, règle générale et abstraite. Néanmoins, la convention ne doit pas être placée au même niveau que la loi. De préférence, il faudrait plutôt dire qu'elle s'y superpose. Par conséquent, il faut déjà relever que la convention n'est pas la loi stricto sensu. Elle est seulement la « loi des parties ». Pourrait-on dire d'une autre manière qu'à côté de la loi générale et abstraite, il y a une loi particulière et concrète, créée à l'initiative de personnes privées. Cela représente un petit aperçu de la signification de « loi » dans l'article 123. Dans ces conditions, en tant que loi, la convention se doit d'être exécutée par les parties.

§1 : Teneur de la notion de « loi » dans l'article 123

La loi est ici entendue comme la règle régissant les rapports entre les individus. Pourquoi dit-on donc que le contrat tient lieu de loi ? Pour répondre à cette question, il faudrait mener une étude comparative entre la loi étatique et la loi contractuelle. Mais, il faut aussi savoir que la loi dont il est ici question, est une loi construite à l'échelle de l'autonomie de la volonté dont est dotée toute personne physique.

A- Loi « norme légale » et loi « norme contractuelle »

La notion globale de loi recouvre toutes les dispositions émanant de l'autorité publique, et qui présentent un caractère général, impersonnel et obligatoire⁵⁸. Ce dernier caractère est sans doute celui qui rapproche la convention de la loi. Toutes deux sont obligatoires ; mais si le caractère obligatoire de la seconde est *erga omnes*, celui de la première est *inter partes*. Il faut par ailleurs noter que la loi contractuelle ne peut exister que sous l'égide de la loi édictée par les autorités publiques ou la loi étatique⁵⁹. Les parties ne peuvent créer leur propre loi que parce que l'Etat le leur autorise⁶⁰. Cela signifierait que la loi permet à des personnes privées de créer leur propre loi, loi qui régira les rapports que vont entretenir ces personnes. Ce serait donc une véritable loi privée. La convention, ce que les parties y ont convenu, s'impose à elles comme la loi étatique s'impose à tout citoyen, et cela sans qu'il ait besoin de l'intervention d'autres règles ou normes existantes. Cela pourrait signifier, si l'on suit à la lettre le fait que le contrat constitue la loi des parties, que le contrat peut être source du droit, et donc par conséquent, le contrat pourrait se présenter comme une source concurrente de la loi étatique elle-même. Mais il n'en est guère ainsi. Elle ne pourra pas se présenter comme telle alors même que c'est la loi qui permet au contrat d'avoir force obligatoire. La force obligatoire du contrat est la suite logique de la délégation de pouvoir consentie par la loi aux sujets de droit. Et d'ailleurs, la loi contractuelle peut dans certains cas être subordonnée au respect de certaines lois impératives qui imposent le contenu du contrat, et dans d'autres cas, comme dans l'article 124⁶¹ de la LTGO par exemple, au contrat peut être suppléé le recours aux usages et à l'équité. Tout cela pour démontrer que la loi étatique et la loi contractuelle ne peuvent se trouver sur un même pied d'égalité. Si l'on suit le raisonnement de Kelsen, la seconde se trouverait dans un rang hiérarchique inférieur par rapport à la première. Cependant, cette conception selon laquelle le contrat ne peut exister que sous l'égide de la loi, et donc n'oblige que parce que la loi l'a voulu, peut cependant être critiquée. L'exemple le plus proche est le cas des contrats dans les relations internationales. En effet, dans ce domaine

⁵⁸ J-L. AUBERT, *op. cit.* p. 61

⁵⁹ Si on se réfère au point de vue de Kelsen, dans l'ordre juridique, le contrat puise sa force dans une autorisation de la loi qui lui est supérieure, car la norme contractuelle prend place au dernier échelon de la pyramide des normes. (« Le contrat, loi des parties », www.conseil-constitutionnel.fr)

⁶⁰ Pascal ANCEL disait à ce propos dans son article « Force obligatoire et contenu obligationnel », qu'« il n'est pas question de nier que la loi contractuelle est une loi inférieure, subordonnée à la loi étatique. Considérer le contrat comme acte normateur, ne revient pas comme semblent le supposer certains auteurs, à l'élever à loi d'Etat, à admettre que les personnes privées ont une sorte de blanc-seing pour créer du droit. Tout au contraire, le normativisme aboutit à reconnaître clairement cette subordination des normes étatiques aux normes supérieures posées par l'Etat : les contractants n'ont le pouvoir de créer des normes que parce que, et dans la mesure où l'Etat le leur reconnaît ».

⁶¹ Art. 124 LTGO : « Le contrat comporte, outre les clauses qui y sont exprimées, celles qui découlent de la loi, de l'équité et de l'usage, à moins que les parties n'aient convenu d'y déroger. »

le contrat est obligatoire sans loi. Loi est alors utilisée dans l'article 124 afin uniquement de doter le contrat de la même force obligatoire que celle de la loi étatique et non d'instaurer une analogie entre la loi et la loi contractuelle. En réalité, loi est ici utilisée comme synonyme de « mesure ». Laurent Aynès dans son article « Contrat, loi des parties »⁶² a reformulé l'ancien article 1134 du code civil, siège de la force obligatoire, comme suit : « les conventions, pourvu qu'elles soient valablement formées, constituent la mesure des obligations respectives des parties ». Ce que l'on peut en conclure, c'est que la loi contractuelle est fabriquée à l'échelle de personnes privées et cela est autorisé en raison du droit fondamental de l'homme à se gouverner tout seul. Le contrat acquiert force obligatoire en raison de ce droit fondamental. La loi étatique n'a alors par conséquent qu'un caractère supplétif à l'égard de la norme contractuelle. Vu ainsi, celle-ci ne procède dès lors plus de la loi étatique mais du pouvoir des parties de la créer elles-mêmes par la promesse faite et reçue.

B- Quid de l'autonomie de la volonté ?

L'article 64 de la LTGO consacre comme condition de validité du contrat le consentement des parties. Par ce consentement, les parties s'engagent à être liées entre elles, et par conséquent à s'exécuter de manière à respecter les termes du contrat. A partir du moment où les parties donnent leur consentement, la force obligatoire du contrat tient lieu d'être et le contrat doit alors être imposé aux parties, et cette imposition a même force que celle qui accompagne la loi étatique. A priori, l'entrée en jeu de la force obligatoire dépendrait de la volonté des parties. L'autonomie de la volonté apparaît cependant en amont de l'expression même de cette volonté qu'est le consentement ; la loi que les parties veulent assujettir à leurs relations personnelles ne peut exister sans leur propre volonté à faire naître cette loi. C'est ici l'explication individualiste de l'autonomie de volonté. Etymologiquement, l'autonomie vient du mot grec « auto » qui signifie soi-même et « nomos » qui veut dire « la règle ». Emmanuel KANT auteur des « Fondements de la métaphysique des mœurs », définissait l'autonomie de la volonté comme « cette propriété que possède la volonté d'être à

⁶²<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-17/le-contrat-loi-des-parties.51956.html>

elle-même sa loi (indépendamment de la nature des objets du vouloir) »⁶³. C'est à partir de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle qu'on a vu apparaître ce courant individualiste⁶⁴ ; en effet, à partir de cette période, la théorie de l'autonomie de la volonté a affirmé que la volonté est la source des droits subjectifs, qu'elle est « l'organe créateur du droit »⁶⁵. La volonté des parties constituerait alors le socle de l'obligation qui les lie⁶⁶. Selon les auteurs, cette théorie de l'autonomie de la volonté débouchait sur des idéologies philosophique et économique⁶⁷. D'une part, par le principe du « pacta sunt servanda », l'accord des volontés des parties est considéré comme l'élément créateur de droit dans le contrat. C'est la volonté qui, aux yeux des philosophes du XVIII^e siècle, est la source de tous les droits⁶⁸. Les parties qui ont contracté sont tenues parce qu'elles l'ont voulu, et elles sont tenues dans la limite de ce qu'elles ont voulu. C'est là toute la portée de l'autonomie de la volonté. En outre, l'autonomie de la volonté est rattachée à la liberté naturelle de l'homme. Et cette liberté lui confère le pouvoir de restreindre sa propre liberté en contractant avec d'autres personnes. D'autre part, si l'on regarde l'autonomie de la volonté d'un point de vue économique, elle s'attacherait au libéralisme qui permet à l'homme de contracter librement afin de promouvoir l'initiative d'entreprise ainsi que la concurrence. Par l'autonomie de la volonté, les parties pourraient créer des règles particulières qui apparaîtraient comme limitative de leur propre liberté. Ces règles dicteront ce qu'ils doivent faire, c'est-à-dire que ce que les parties ont décidé dans le contrat s'imposera définitivement à elles. Cependant, force est de constater le déclin contemporain de cette autonomie de la volonté. Cette autonomie de la volonté ne peut pas toujours jouer, c'est-à-dire que ce que les parties ont décidé ne peuvent pas toujours être obligatoire. D'ailleurs, lorsque l'article 123 alinéa 1^{er} impose que « le contrat légalement formé s'impose aux parties au même titre que la loi », ce sont uniquement les conventions légalement formées qui peuvent être dotées de la force obligatoire. Ceci peut s'expliquer de la manière suivante : l'exercice de l'autonomie de la volonté est confronté au respect de l'ordre

⁶³ Cité par L. CHARBONNEL dans « La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste du contrat », Thèse, 2010, n°116. Il faut cependant noter que cette définition de l'autonomie de la volonté donnée par Kant est une définition purement morale et non juridique.

⁶⁴ Cette théorie est issue de la philosophie des Lumières, mais surtout de la conception Kantienne de la volonté, fondée sur les idées de morale et de devoir.

⁶⁵ E. GOUNOT, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Thèse Paris 1912, p. 3

⁶⁶ En fait, la théorie de l'autonomie de la volonté veut affirmer que toute obligation doit être fondée sur la volonté et n'est légitime qu'à ce prix. Dire que la volonté est autonome, ce n'est pas dire, seulement, qu'elle est libre de créer tels droits et telles obligations qu'il lui plaît. C'est dire, aussi, que, là où elle n'en a pas créé, il n'en existera pas. (J. FLOUR, J-L. AUBERT, *op. cit.* n°94)

⁶⁷ R. CABRILLAC, *op. cit.* p. 14 et s., H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.* n°116

⁶⁸ H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *ibid*

public et des bonnes mœurs⁶⁹. Et donc ces derniers se présentent comme des limites à cette autonomie de la volonté.

Il faut noter que lorsqu'on évoque cette théorie de l'autonomie de la volonté, certainement, on écarte toute normativité du contrat. Et donc, on ne pourrait même pas parler de l'effet normatif. Comme on l'a dit, l'autonomie de la volonté fait ressortir le courant individualiste, et évoque le contrat comme la conséquence d'une volonté autonome qui fait face à la loi. Le contrat ne pourra pas alors être intégré dans un ordre juridique, et donc de cette manière, l'autonomie de la volonté elle-même fausse l'idée que le contrat aurait un quelconque effet normatif⁷⁰. Mais du fait que cette théorie a été progressivement mise à l'écart, qu'aujourd'hui, la volonté n'est plus perçue comme créatrice de droit⁷¹, nous réconforte dans notre développement, que le contrat en soi a un effet normatif. Ce déclin de l'autonomie de la volonté peut se manifester par la multiplication des lois impératives d'ordre public⁷² auxquelles on ne peut déroger par le contrat, la multiplication des lois qui imposent la conclusion de contrat. L'exemple type est l'exemple d contrat d'assurance automobile. Ces contrats sont considérés comme des contrats forcés et portent ainsi atteinte à la liberté contractuelle. Il existe également des lois qui imposent ou règlementent le contenu de certains contrats. Ce sont le cas des contrats dirigés. L'autonomie de la volonté perd également de sa valeur à cause des lois qui imposent le formalisme pour certains contrats, il y a ici atteinte au principe du consensualisme dans un but de protection de la partie faible.

§2 : Exécution du contrat

L'exécution du contrat suppose en amont la présence des parties contractantes qui ont voulu que ce contrat existe. Il est alors nécessaire de déterminer au préalable, qui sont ces parties. Ensuite, l'exécution du contrat suppose l'irrévocabilité du contrat, mais également son exécution de bonne foi. Quelles sont les portées de ces « principes » ?

⁶⁹ Art. 90 LTGO : « la prestation ou l'abstention ne doit en rien être contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public. »

⁷⁰ L. CHARBONNEL, *op. cit.* n° 121 et s.

⁷¹ Selon Hans KELSEN, l'autonomie de la volonté ne pouvait pas constituer une explication suffisante de la force obligatoire du contrat. Pour lui, il faut faire intervenir une norme supérieure à la volonté, source véritable des effets produits

⁷² Cette notion d'ordre public est très diversifiée mais on fait généralement deux distinctions : la première concerne l'ordre public de protection (protège en général une partie faible, exemple : le consommateur) et l'ordre public de direction (protège les intérêts généraux de la collectivité). La seconde s'agit de l'ordre public interne et de l'ordre public international

A- Détermination des parties

Le lien d'obligation unit le créancier au débiteur. « Il ne peut y avoir de contrats et parties à un contrat, liées en tant que telles par les effets obligatoires de celui-ci, que dans la mesure où ce lien obligatoire a fait l'objet d'une manifestation de volontés ». Cela signifie que sont obligées les seules parties au contrat, créancières ou débitrices, c'est-à-dire, celles qui ont exprimé la volonté d'être liées par le contrat⁷³. Néanmoins, il faut noter que ces parties, au moment de la conclusion du contrat, peuvent faire l'objet d'une représentation. Mais même dans ce cas, c'est sur la personne du représenté que naîtront directement les créances ou les dettes issues du contrat, car celui-ci demeure l'autre partie au contrat, le représentant ne faisant que le remplacer pour la conclusion du contrat ; en quelque sorte il sera le porte parole du représenté. Le gérant ou le président d'une société, par exemple joueront ce rôle de représentant. La société, elle, est la véritable partie au contrat, et est seule débitrice ou seule créancière des contrats conclus par ses représentants. Voilà donc ce qui en est de ceux qui ont réellement, que ce soit de manière directe ou indirecte, concouru à la conclusion du contrat. Mais, il est des personnes qui deviennent parties sans avoir participé à la conclusion du contrat en soi. En effet, en cas de décès de l'une des parties, le légataire universel ou l'héritier de celle-ci reçoit tout ou partie de son patrimoine. A ce légataire seront soumis les mêmes effets que ceux qui auraient dus être appliqués au de cujus. Le mécanisme en est toujours ainsi sauf dans le cas où il y a renonciation à la succession⁷⁴ de la part de l'héritier. Le cessionnaire dans une cession de créance peut également devenir partie en prenant la place du créancier dans le rapport d'obligation liant celui-ci avec le débiteur. Ce que l'on peut retenir est donc que le contrat tient lieu de loi d'abord entre les parties contractantes lors de la conclusion du contrat, mais cette force obligatoire du contrat peut être étendue à d'autres personnes qui n'étaient pas parties mais le deviennent en cours d'exécution du contrat⁷⁵. Ces personnes seront par la suite tenues d'un devoir être en vertu du contrat, tout comme les parties contractantes originaires le sont.

⁷³ J-L. AUBERT, A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers, RTD civ. 1993, p. 263

⁷⁴ La renonciation à la succession est opérée par l'ayant cause universel dans le but d'échapper aux dettes de la succession.

⁷⁵ La substitution des parties aux ayants-cause universels n'est cependant pas systématique. Ce principe peut être combattu par des stipulations contractuelles. En effet, une clause contraire peut par exemple décider dans une S.A.R.L qu'en cas de décès d'un associé, la société continuera ou ne continuera pas avec ses héritiers. En dehors même de toute clause particulière, la loi s'oppose à la continuation par l'héritier de contrat, tels le mandat ou l'entreprise, qui ont été conclus en considération de la personne du défunt. (P. MALINVAUD, *op. cit.* n°54)

B- Mesure de l'obligation

Par la force obligatoire du contrat, les parties ne peuvent échapper aux obligations qu'elles ont souscrites. En d'autres termes, elles ne peuvent se désengager des obligations qu'elles ont fait naître par la conclusion du contrat. Il est ici question de l'irrévocabilité du contrat. Pourtant, on peut relever l'existence du *mutuus dissensus*, qui constitue un tempérament à cette irrévocabilité du contrat. Le *mutuus dissensus* ou dissentiment mutuel signifie que pour révoquer un contrat, il faut le consentement mutuel de ceux qui ont été à l'origine de ce contrat⁷⁶ (ce que le consentement a fait, seul le consentement peut le défaire). Les parties peuvent donc, par consentement mutuel mettre fin au contrat (au demeurant, les parties peuvent soit révoquer le contrat pour l'avenir soit l'anéantir rétroactivement). Sauf pour certains contrats⁷⁷, les parties auront toujours la possibilité de recourir à une résiliation conventionnelle. L'irrévocabilité du contrat se heurte également à la possibilité pour l'une des parties contractantes de résilier unilatéralement le contrat. Le législateur lui-même se trouve à l'origine de cette faculté. Effectivement, la loi autorise de manière exceptionnelle la résiliation unilatérale. Il en est ainsi par exemple du contrat de travail stipulé pour une durée indéterminée. S'il est de principe qu'on ne peut être lié par un engagement perpétuel⁷⁸, ce contrat de travail à durée indéterminée pourra toujours faire l'objet d'une résiliation unilatérale sous réserve d'un préavis⁷⁹. Il en est de même pour un contrat de société à durée indéterminée ; celui-ci pourra être rompu par tout associé, à la condition que la résiliation soit faite de bonne foi et non à contretemps⁸⁰. Certains contrats à durée déterminée peuvent également faire l'objet d'une résiliation unilatérale tel le contrat de mandat⁸¹ ou encore le

⁷⁶ P. MALAURIE, L. AYNES, *op. cit.* n°614

⁷⁷ Exception à la règle de la résiliation amiable : contrat de mariage et contrat-règlement. Pour le premier, la modification ou le changement d'un commun accord ne peut intervenir que trois ans au moins après la date du mariage (art. 108 de la loi 2007-022 du 20 août 2007 relative au mariage et aux régimes matrimoniaux). Pour le second, l'explication peut être donnée par la force des conventions collectives de travail, qui s'imposent à toute la profession ; et qui empêcherait celles qui sont parties à ces conventions collectives de modifier leurs obligations en cours d'exécution de la convention (H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.* n°725)

⁷⁸ L'engagement perpétuel est contraire à l'ordre public

⁷⁹ Art. 18 al. 1 de la loi n°2003-044 du 28 juillet 2004 : « Le contrat de travail à durée indéterminée peut cesser par la volonté de l'une des parties. Cette résiliation est subordonnée à un préavis donné par la partie qui prend l'initiative de la rupture »

⁸⁰ P. MALINVAUD, *op. cit.* n°55

⁸¹ Art. 2003 c.civ. « Le mandat finit : par la révocation du mandataire, par la renonciation de celui-ci au mandat, par la mort, la tutelle des majeurs ou la déconfiture, soit du mandant, soit du mandataire. »

contrat de prêt⁸². Le législateur accorde également à une partie de revenir sur un engagement ; en matière de vente et de démarchage à domicile, un délai de rétractation de sept jours est accordé au client⁸³. Par ailleurs, l'irrévocabilité du contrat peut être mise en cause par des stipulations contractuelles qui permettent aux parties de se dégager de leurs engagements. Il peut s'agir de clause de résiliation dans un contrat à exécution successive. Dans le contrat de bail, autrefois très courant, dit bail 3-6-9, il était prévu que chacun des contractants pouvait mettre fin au contrat à l'expiration de chaque période triennale. De même on retrouve cette clause de résiliation dans l'exemple de la clause de dédit que l'on retrouve dans la vente avec arrhes. Mais même si cette irrévocabilité du contrat peut, dans les cas que l'on a cités, être mise en cause, cela ne signifie pas, sauf dans le cas où le contrat est anéanti rétroactivement, que les parties doivent faire comme si le contrat n'avait pas existé. Bien au contraire, les comportements des parties doivent être dictés en fonction de ce qu'elles ont voulu dans le contrat.

C- Exécution de bonne foi du contrat

L'alinéa 2 de l'article 123 de la LTGO stipule qu' « elles doivent l'exécuter de bonne foi dans le sens qu'elles ont entendu lui donner ». De cette manière, le législateur interdit aux contractants certaines attitudes qui seraient abusives ou de nature à induire en erreur l'autre partie. L'exigence de l'exécution de bonne foi se manifeste alors soit au nom de la sanction de l'abus, soit au nom de la sanction de la mauvaise foi. Le contractant, pour le respect de la bonne foi dans l'exécution du contrat, ne peut alors demander de ne pas exécuter ses engagements vis-à-vis de son cocontractant. Aucune tromperie ne doit venir entacher l'exécution. Toutefois, en considération du contrat en soi, la bonne foi en constitue un impératif qui domine toute sa vie et pas uniquement lors de son exécution comme le stipule cet alinéa 2. Le contrat doit aussi, en d'autres termes, être négocié, conclu et terminé de bonne

⁸² Art. 1944 c.civ. « Le dépôt doit être remis au déposant aussitôt qu'il le réclame, lois même que le contrat aurait fixé un délai déterminé pour la restitution ; à moins qu'il n'existe, entre les mains du dépositaire, une saisie ou une opposition à la restitution et au déplacement de la chose déposée. »

⁸³ Art. 3 de la loi du 22 déc. 1972 sur le démarchage et la vente à domicile : « Dans les sept jours, jours fériés compris, à compter de la commande ou de l'engagement d'achat, le client a la faculté d'y renoncer par lettre recommandée avec accusé de réception »

foi⁸⁴. En réalité, la bonne foi peut être définie comme « l'attitude traduisant la conviction ou la volonté de se conformer au Droit qui permet à l'intéressé d'échapper à la rigueur de la loi ⁸⁵ ». Le droit allemand, qui le dénomme la *Treu und Glauben*, la définit comme « le comportement loyal que requiert, notamment l'exécution d'une obligation ». La question se pose cependant de savoir si cette obligation de bonne foi est une obligation contractuelle ou non. Si nul ne peut contester que vu cet article 123 de la LTGO, l'origine de la bonne foi est bel et bien contractuelle⁸⁶, il serait néanmoins trop facile de la qualifier d'obligation contractuelle. Déjà le régime applicable à l'inexécution de l'obligation contractuelle ne saurait être applicable lorsqu'il s'agit de manquement à l'exigence de bonne foi. L'exécution forcée par exemple, est ici inconcevable. Si l'obligation dans le contrat a une valeur patrimoniale, il n'en est pas ainsi de la bonne foi. Celle-ci répond en fait à des exigences de loyauté, de solidarité. Elle se fonde sur une idée d'altruisme⁸⁷ c'est-à-dire de la considération d'autrui, et donc a plutôt une valeur morale.

L'exigence de bonne foi traduit en réalité un devoir pour les parties d'adopter un certain comportement, un comportement qui dans certains cas exige des parties l'assujettissement à des devoirs, et ce même si ces parties ne l'ont pas voulu. Il peut s'agir notamment du devoir de mise en garde ou du devoir de renseignement, ou encore du devoir de conseil... Mais selon la jurisprudence, l'obligation de bonne foi traduit trois obligations : d'abord un devoir de transparence⁸⁸, ensuite une obligation de décence⁸⁹, et enfin un devoir de cohérence⁹⁰. De

⁸⁴ Les parties doivent adopter un comportement honnête à tous les stades du contrat. Par exemple, au niveau des pourparlers, rompre les négociations sans motif valable constituerait un comportement contraire à la bonne foi ; au moment de la formation du contrat, profiter de sa position économique pour imposer à l'autre partie des obligations déséquilibrées serait également contraire à la bonne foi ; est également contraire à la bonne foi lorsqu'à l'exécution du contrat, l'on profite d'un manquement sans gravité et qui ne cause aucun préjudice pour suspendre l'exécution de ses propres obligations, et il en est de même lorsqu'on profite de ce manquement pour prétendre que le contrat a pris fin. (« L'exécution de bonne foi des conventions », <http://socialsante.wallonie.be/surendettement/professionnel/?q=informations-sources-obligations-contractuelles-contrat-principes-execution>)

⁸⁵ G.CORNU, Vocabulaire juridique, éd. PUF

⁸⁶ Le lien contractuel justifie le comportement des parties, un comportement conforme à la confiance qu'a pu faire naître l'échange de consentements. S'il n'y avait pas eu de lien contractuel entre les parties, les personnes concernées auraient bien pu agir de manière à ne pas conserver l'harmonie avec le but recherché en concluant le contrat.

⁸⁷ R. LOIR, Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats, Mémoire de DEA droit des contrats, Ecole doctorale n°74-Lille 2, p. 97 et s.

⁸⁸ Exemple : obligation précontractuelle d'information destinée à compenser l'inégalité des partenaires.

⁸⁹ L'obligation de décence signifie que le contractant qui se trouve en position de force doit veiller au respect d'un équilibre contractuel. Par exemple, une clause résolutoire ne peut être invoquée en présence d'inexécution seulement partielle par son débiteur.

⁹⁰ Com. 22 octobre 1996, Bulletin 1996 IV, n°261, p.223, Arrêt Chronopost : la clause limitative de responsabilité insérée dans le contrat Chronopost en cas de livraison tardive du colis remis est considérée comme non écrite.

cette manière la bonne foi s'apparenterait donc à une norme de comportement dans la norme contractuelle. Elle se délie en outre de la force obligatoire, mais se présente au même titre que celle-ci, comme un effet du contrat, et plus encore, constitue un effet normatif du fait même qu'elle dicte aux parties un certain devoir être, un devoir être qui survit également à la fin du contrat. Puisqu'elle suppose un comportement loyal et honnête, elle pourrait alors être présentée comme une « éthique de comportement ». Toute personne entrant dans une relation contractuelle avec une autre personne est appelée à se plier devant l'exécution de bonne foi du contrat, ou plus précisément devant les exigences de la bonne foi. De cette manière, la bonne foi a plus une dimension morale.

L'obligation de bonne foi suppose par exemple que l'obligation ne doit pas être exécutée de façon volontairement défavorable au créancier. La Cour de cassation considère également que le débiteur d'une obligation doit exécuter son obligation en ayant un comportement compatible avec l'application de la convention, du contrat. L'arrêt de la chambre commerciale du 8 mars 2005⁹¹ en fait office d'illustration. Il s'agissait en fait d'une clause dans le contrat entre un banquier et son client prévoyant une unité monétaire. Le banquier a accepté des transactions qui s'opéraient parfois en francs parfois en dollars. Mais il fut un moment où il a refusé ces transactions car elles violaient l'unité monétaire prévue dans le contrat. La Cour de cassation estime qu'il y a mauvaise foi du banquier car son comportement était incohérent et incompatible avec l'application de la convention.

Il faut noter à titre de remarque qu'en cas d'exécution de mauvaise foi par le débiteur de son obligation, la Cour de cassation estime que ce débiteur ne peut invoquer à son profit les clauses limitatives de responsabilité⁹².

Section II : Force obligatoire comme explication de la normativité du contrat

Nécessaire est de rappeler que la force obligatoire implique pour les parties de se conformer au respect de la parole donnée. Loysel ne disait-il pas « On lie les bœufs par les cornes et les hommes par leur parole ». On est sans aucun doute dans l'application de l'adage « pacta sunt servanda ». Tout cela pour dire que tout ce que le contrat a prévu (prévision résultant elle-même de la volonté des parties) s'impose aux parties. On parlera de la stabilité

⁹¹ Com. 8 mars 2005, Bulletin 2005 IV n°44, p. 48

⁹² Civ. 29 juin 1948 JCP 1949, IIe partie, Ass. Plén. 30 juin 1998 JCP 98.II.10146, note Delebecque

ou de l'intangibilité du contrat. Tout ici inclue non seulement l'obligation, principal effet du contrat mais également les effets propres au contrat lui-même. A cet égard, M. Atias disait : « L'ensemble ne peut être toujours réduit à la somme de ses composantes. Le contrat pourrait être plus et d'avantage qu'une somme d'obligations. Réunies, associées, elles ne donnent pas seulement un contenu au contrat. Elles le composent mais sans absorber tout le contractuel. Le lien contractuel va au-delà des obligations »⁹³. Le contrat apparaît alors telle une promesse d'un ensemble de comportement de la part de parties. Et c'est effectivement, cet ensemble de comportement qui fait la normativité du contrat. Le contrat produit à la fois un effet normatif et un effet obligationnel qui sont distincts mais qui se complètent.

§ 1 : Obligation et norme contractuelle : deux choses distinctes

L'obligation est un effet du contrat, mais le contrat n'entraîne pas uniquement la naissance d'obligations. Un certain nombre d'effets qui ne répondent pas à la définition de l'obligation peut également en découler. La formule de Demolombe suivant laquelle : « Autre chose est la convention, autre chose est l'obligation, et il est essentiel de distinguer l'une avec l'autre. La convention a pour effet de créer ou d'éteindre des obligations ou des droits réels ; tandis que l'obligation n'a pour effet que de créer le lien par lequel le débiteur est engagé envers le créancier »⁹⁴ est explicite en séparant d'abord la convention de l'obligation. Extraire les effets du contrat des effets de l'obligation sera alors un moyen nécessaire pour pouvoir distinguer la norme contractuelle de l'obligation elle-même. Pour simplifier, on pourrait d'abord présenter le contrat comme suit : une procédure, du respect de laquelle découle la création d'une norme qui elle-même produit des effets⁹⁵. La force obligatoire du contrat s'applique non seulement à l'obligation née du contrat mais également à l'ensemble des effets que fait naître ce contrat. L'appréhension de la distinction peut partir dès lors de la définition de l'obligation selon son aspect passif, c'est-à-dire la dette. Celle-ci incombe au débiteur de s'exécuter auprès du créancier. Si le débiteur ne s'exécute pas, quid du sort de cette obligation. On a vu précédemment le cas d'inexécution de l'obligation. Soit, le débiteur sera

⁹³ Cité par G. FOREST, *op. cit.* n°352

⁹⁴ Cité par P. ANCEL, *op. cit.*

⁹⁵ G. FOREST, *op. cit.* n°354

amené à exécuter l'obligation, et notamment de force (exécution forcée), soit on le condamnera à réparer le préjudice causé par l'inexécution de son obligation. L'inexécution, ou la mauvaise exécution des obligations contenues dans le contrat, ne pourra cependant être identifiée à l'inexécution de la norme contractuelle. Nonobstant l'inexécution de l'obligation, la norme contractuelle demeure. Déjà, pour engager ces procédures de réparation ou d'exécution forcée, les parties doivent toujours se référer aux termes du contrat, et ce sont d'ailleurs ces termes qui les permettent d'engager ces procédures. Tout est ici affaire de distinction, car on est encore amené à distinguer la sanction de l'inexécution de l'obligation de la sanction de l'inexécution de la norme contractuelle elle-même. Cette dernière tranchera soit de la continuité du contrat soit de la fin du contrat. On pourra à cet égard faire entrer dans le champ d'application de cette sanction, les exceptions d'inexécution ou encore les possibilités de résolution du contrat. On voit bien ici la différence entre les sanctions de telles inexécutions. La sanction de l'obligation ne porte pas forcément conséquence au devenir du contrat. Par contre, une sanction telle que la résolution du contrat emporte disparition de l'obligation. Tout cela pour dire que ces sanctions quant à l'inexécution, et de l'obligation et de la norme contractuelle, sont indépendantes en ce sens que le sort du contrat diffère du sort de l'obligation en cas d'inexécution de celle-ci, et que dans certains cas, cette indépendance doit être mise à l'écart, comme le cas que l'on vient de citer, car la disparition du contrat emporte celle de l'obligation. Par conséquent, la norme contractuelle et l'obligation sont distinctes l'une de l'autre. Si la seconde peut être considérée comme l'un des effets de la première, il serait cependant faux de croire qu'à l'obligation sera ramenée toute la portée de la norme contractuelle.

§2 : Obligation et norme contractuelle : deux choses qui se complètent

Le contrat emporte création d'obligations à l'égard des parties. Il est maintenant indéniable qu'outre cette création d'obligations, le contrat produit également un effet normatif à l'égard de ces mêmes parties, car leur impose un certain modèle de comportement que ce soit au stade de la formation, de l'exécution ou de la fin du contrat, voire même après la fin dudit contrat. Ensemble, « l'obligationnel » et « le normatif » recouvrent l'intégralité des effets d'une convention. Ces deux effets ne sont pas sans lien. En effet, ils se complètent mutuellement. Ce à quoi l'obligationnel est dû peut être expliqué par le normatif, et

l'affirmation inverse est tout aussi possible. Par exemple, pour les obligations dont la date d'exécution a été aménagée par les parties (les exemples qu'on a pris plus haut sont l'obligation assortie de condition suspensive et le contrat d cautionnement), pendant toute la durée du contrat, et jusqu'à l'avènement des obligations, les parties qui ont aménagé leur relation, sont tenues par cet aménagement préalablement établi. Cette organisation des parties quant à la réalisation du contrat, implique un effet normatif. Les parties sont tenues à un modèle de comportement, à un devoir-être dans leur rapport contractuel. Ce lien contractuel est voué à l'échec, et transgressera ainsi la norme contractuelle si les parties tendent à ne pas se conformer à ce modèle de comportement dicté par le contrat et voulu par elles-mêmes. L'obligation naîtra parce ce à quoi les parties se sont engagés, toutes les manœuvres qu'elles devaient prendre compte pour ce faire ont été respecté. Tout cela constitue en fait l'effet normatif du contrat. Et donc cet effet normatif contribue à l'édification de l'ensemble des règles juridiques qui gouvernent l'exécution de l'obligation⁹⁶.

Erigée en norme, le contrat produit à l'égard des parties, mais également à l'égard des personnes autres que les parties, un effet similaire à celui de la loi. On ne peut en ignorer l'existence, ou faire comme si il n'avait pas été passé. Dès lors que le contrat est conclu, il entre dans l'ordonnancement juridique et lie les parties de manière à leur imposer les lignes directrices de ce qu'on attend d'elles. Si le lien d'obligation impose aux parties, ou plus précisément au débiteur, de fournir une prestation ou de s'abstenir d'une faculté, l'effet normatif du contrat consiste à donner aux parties toute latitude dans l'optique de la réalisation de ce lien obligationnel.

⁹⁶ D. MARIGNALE, *op. cit.* n°30

DEUXIEME PARTIE : LES MANIFESTATIONS DE L'EFFET NORMATIF DES CONVENTIONS

Dictant ce à quoi les parties doivent se conformer, la convention manifeste alors sa dimension normative d'abord à l'égard des parties. Elle leur tient lieu de loi si on suit à la lettre le texte de l'article 123 de la LTGO. Les parties doivent agir en respectant la norme qu'elles ont créée. En quoi exactement ces agissements consistent-ils ? (Chapitre I) Mais l'effet normatif des conventions ne s'oppose pas uniquement aux parties contractantes. La convention entrant dans l'ordonnement juridique peut susciter des conséquences à l'égard d'autres personnes. L'effet normatif se manifeste également à l'égard des personnes autres les parties (Chapitre II).

Chapitre I : Manifestation à l'égard des parties

La manifestation de l'effet normatif de la convention à l'égard des parties peut d'abord être dégagée par l'observation du rapport d'obligation qui existe entre elles. Mais principalement, cet effet normatif se manifeste par l'assujettissement des parties à la convention considérée en tant que telle.

Section I : Les comportements des parties dans le lien obligationnel

La force juridique de l'obligation est représentée par le schéma selon lequel le lien unissant le débiteur au créancier se manifeste par la division de cette obligation en deux composantes qui quelque part constituent les règles de conduite de chaque partie. Si au débiteur est impartie un devoir qui est la dette, le créancier, lui dispose d'un pouvoir de contrainte.

§1 Existence d'un devoir

Le dictionnaire Larousse définit le devoir d'une part, comme une obligation morale, considérée sous sa forme la plus générale et d'autre part, comme une obligation particulière imposée par la morale, la loi, un règlement, les conventions sociales... On aperçoit que dans son sens commun, il est donné au devoir le synonyme d'obligation. Dans un sens juridique, cette affirmation est tout aussi admise. Ainsi par exemple, dans un contrat de bail, le bailleur a le devoir de laisser l'immeuble en la possession du locataire en contre partie du paiement du loyer par ce dernier. Mais ici, il faut apporter un éclaircissement. Le devoir du débiteur se distingue du simple devoir légal, lequel est accompli sans créancier. On songe par exemple au devoir du citoyen d'aller voter. Le devoir dont il s'agit est une des deux faces de l'obligation, car il est acquis que l'obligation comporte deux éléments (passif : la dette et actif : la créance). Ici donc c'est celle qui établit un rapport en vertu duquel une partie doit accomplir

une prestation en faveur d'une autre⁹⁷. Généralement, c'est ce que l'on nomme le *debitum* ou tout simplement la dette (plus précisément ce qui est dû au sujet actif de l'obligation c'est-à-dire au créancier). On retrouve ce *debitum* lorsque le débiteur est dans l'obligation de fournir une prestation ou de s'abstenir d'une faculté. Est alors créé un rapport de dette, dépourvu, il faut le noter de tout rapport de contrainte. En vertu d'une « immixtion illégale du débiteur dans le droit d'autrui ou bien d'une promesse de ce débiteur »⁹⁸, celui-ci sera amené à exécuter une prestation, c'est l'exécution de cette prestation qui est analysée en tant que devoir du débiteur et ceci est l'aspect passif du rapport de dette. L'aspect actif du rapport est perçu quant à lui comme l'attente du créancier d'un tel accomplissement⁹⁹. La dette est alors ce que doit faire le débiteur. Le contrat déploie son effet normatif à l'égard du débiteur dans la substance même de la dette en ce que le débiteur doit exécuter la prestation ou s'abstenir d'une faculté. Il y a là un modèle de comportement circonscrit, et que le débiteur doit suivre. La prestation ou l'abstention consistent en un comportement, et plus encore en un comportement humain que le débiteur peut accomplir en remplissant son devoir, devoir qui lui est imposé par la loi. Certes, dans la matière du contrat, l'obligation naît parce qu'elle est voulue par les parties, (dans les faits juridiques, elle naît sans le concours des volontés des parties), mais son accomplissement qui est soumis au débiteur en est ainsi parce que la loi le dicte. Ce modèle de comportement traduit alors l'objet de l'obligation (chose sur laquelle porte l'obligation et en l'occurrence, le devoir du débiteur qui consiste à exécuter cette obligation, c'est-à-dire à acquitter sa dette). Ici, on fait ressortir la distinction entre l'objet de l'obligation et l'objet du contrat. Ce dernier s'exprime tout simplement par l'opération juridique considérée dans sa globalité, voulue par les parties. On rapproche cet objet du contrat à la notion de cause, qui elle, peut être définie comme la raison pour laquelle les parties ont contracté afin de réaliser l'opération objet du contrat. Prenons l'exemple du contrat de vente. L'objet du contrat est tout simplement la réalisation de la vente alors que l'objet de l'obligation c'est la livraison de la chose pour le vendeur et le paiement du prix pour l'acheteur, la livraison étant la prestation caractéristique. C'est la raison pour laquelle on prend la vente comme étant l'objet du contrat et non l'achat que souhaite effectuer l'acquéreur.

⁹⁷ F.K. COMPARATO, Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé, Thèse Paris, Dalloz 1963, n°17

⁹⁸ G. FOREST, *op. cit.* n°50, La dette en droit allemand est le schuld.

⁹⁹ G. FOREST, *op. cit.* n°77

§2 Pouvoir de contrainte

L'autre composante de l'obligation est décelée dans l'aspect coercitif du droit. La contrainte est nécessaire à l'obligation civile. Faute de contrainte, on ne pourrait pas dire qu'il y ait obligation civile mais plutôt obligation naturelle. En effet, l'obligation naturelle est dépourvue de sanction, car le créancier ne dispose pas de pouvoir de contrainte. Dans l'obligation naturelle, on ne retrouve alors que le *debitum*, le devoir du débiteur. La notion même de l'obligation naturelle se trouve à l'origine de cette absence de pouvoir de contrainte. Celle-ci peut être décrite selon deux théories. La première, objective, fait de cette obligation naturelle une obligation imparfaite en ce sens que l'obligation en question est éteinte, ou nulle. La seconde conception de l'obligation naturelle est une conception subjective selon laquelle, l'obligation est un devoir moral qui n'est pas sanctionné par le droit. Ce pouvoir de contrainte dont l'obligation civile fait alors l'objet, et qui est mis à la disposition du créancier, se traduit par l'assujettissement du débiteur. M. Comparato de dire que « Le second élément de l'obligation, pris en soi-même, consiste donc en une maîtrise en vertu de laquelle le créancier a, dans certains cas bien déterminés, un droit d'agression contre l'objet assujetti¹⁰⁰ ». Si à l'origine la contrainte s'exerçait sur la personne même du débiteur, aujourd'hui, la contrainte s'exerce toujours sur le débiteur mais désormais indirectement, et plus précisément c'est à travers ses biens. Par ce pouvoir de contrainte, il est admis que le créancier ait alors un droit de gage général sur le patrimoine du débiteur¹⁰¹. Ce droit de gage lui permet alors d'exercer plusieurs mesures sur le patrimoine du débiteur. Ainsi, il peut par exemple saisir ces biens. Mais cependant, ce droit de gage général n'est pas totalement sûr pour les créanciers quant à l'exécution de l'obligation. Il arrive que le débiteur dissimule ses biens ou les dilapide. Une protection plus efficace des droits du créancier se manifeste alors par la possibilité pour celui-ci de prendre des mesures de conservation telles que le gage, l'hypothèque ou encore le privilège. D'autres actions sont également mises à la disposition du créancier dans le cas où le débiteur néglige de faire valoir des droits et des actions qui lui appartiennent¹⁰². Le créancier pourra alors exercer ces droits et actions. Il peut également

¹⁰⁰ F.K. COMPARATO, *op. cit.* n°30

¹⁰¹ Art. 58 LTGO : « Le créancier, muni d'un titre exécutoire, peut exercer ses droits sur tous les biens de son débiteur, lesquels constituent son gage général. »

¹⁰² Il s'agit de l'action oblique définie à l'art. 61 de la LTGO qui énonce que « Il peut exercer tous les droits et actions de son débiteur à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne. Le débiteur doit être mis en cause par le créancier poursuivant auquel son action ne confère aucun droit préférentiel. »

attaquer les actes d'appauvrissement que le débiteur a exercé en fraude de leurs droits¹⁰³. Mais encore, le créancier peut outre ces mesures précédemment citées, exercer des mesures d'exécution c'est-à-dire des mesures qui consistent à mettre les biens du débiteur entre la main des juges pour que le créancier puisse les faire vendre et se le faire payer sur le prix. On rencontre généralement les saisies exécutions (sur les meubles corporels), les saisies immobilières (sur les immeubles), et enfin les saisies arrêt qui sont des saisies entre les mains d'un tiers des sommes que celui-ci doit au débiteur. Dès lors, « tantôt le créancier agit directement sur la personne ou sur les biens de celui-ci (pouvoir stricto sensu) tantôt il est en droit de modifier ou de supprimer par sa seule manifestation de volonté, le rapport de créance et de dette qui l'unit au responsable : c'est le droit potestatif »¹⁰⁴

Le pouvoir de contrainte joue alors un rôle prépondérant dans la réalisation de l'obligation. Il permet au créancier d'obtenir satisfaction en lui procurant un pouvoir de domination et de contrainte sur le débiteur¹⁰⁵. Dans le cas où le débiteur défaille, ce pouvoir de contrainte lui permet d'engager la responsabilité de celui-ci. Succinctement, le pouvoir de contrainte est garanti par l'engagement du débiteur, c'est-à-dire son assujettissement au créancier.

Section II : Soumission des parties à la convention elle-même

Comme il a été mainte fois répété, la convention ne se limite pas à l'obligation qu'elle fait naître. L'effet normatif déploie toute sa force par rapport à la convention considérée dans son ensemble, et les parties s'en trouvent assujettis à cet ensemble et non uniquement à une partie de la convention.

§1 Délimitation de l'ensemble doté de l'effet normatif

¹⁰³ Ici, il s'agit par contre de l'action paulienne prévue par l'art. 59 de la LTGO qui édicte que : « Le créancier, même sans titre exécutoire peut demander que tout acte fait par le débiteur en fraude de ses droit lui soit déclaré inopposable. Si l'acte frauduleux a causé au créancier un dommage direct et immédiat, celui-ci peut en demander réparation au débiteur d'abord, puis subsidiairement au tiers ayant participé à la fraude. »

¹⁰⁴ F.K. COMPARATO, *op. cit.* n°11

¹⁰⁵ G. FOREST, *op. cit.* n°74

L'ensemble contractuel dont il est ici question, est formé par les obligations contractuelles, qu'il s'agisse d'obligations principales ou d'obligations accessoires voulues par les parties. Ces obligations contractuelles forment le contenu du contrat. A ce juste titre, l'obligation de donner, l'obligation de faire et l'obligation de ne pas faire en sont des exemples. Font également partie du contenu du contrat, les obligations qui résultent de dispositions impératives ou supplétives de volontés. Ce à quoi les parties se sont engagées, et qui résultent des documents contractuels s'analyse également en un contenu du contrat. Par extension, les obligations issues du forçage du contrat viennent remplir le rang du contenu du contrat. Il s'agit d'obligations découvertes par la jurisprudence à partir du XX^{ème} siècle. On peut citer à cet égard, l'obligation de sécurité ou encore l'obligation d'information ou de conseil et de mise en garde des personnes ou des biens¹⁰⁶. Il pouvait également s'agir de clauses de non concurrence¹⁰⁷. Il peut également s'agir de convention d'assistance lorsqu'une personne porte secours à autrui, afin de mettre à la charge de l'assisté une obligation contractuelle de résultat de réparer les dommages corporels. Le contenu de la convention ne concerne pas uniquement ce à quoi les parties se sont engagées.

§2 Sujétion des parties à la norme contractuelle

L'effet normatif de la convention signifie que les parties doivent se conformer à la règle de droit qu'elles ont créée. S'il s'agit de contrat, non seulement les parties doivent exécuter les obligations qui s'y trouvent mais elles doivent également respecter la convention en ce que celle-ci dicte ce qui doit être dans leurs relations. Dans le cas d'un contrat donc, celui qui s'est engagé peut exiger l'exécution de la prestation. Cela nous ramène à ce qui a été déjà dit auparavant, le contrat est irrévocable sauf dans certains cas, il ne doit pas faire l'objet d'une inexécution, ni d'une mauvaise exécution, et doit faire l'objet d'une exécution de bonne foi. Pour les parties, le contrat doit expressément recevoir exécution, c'est-à-dire que l'un des contractants ne peut pas se dispenser de s'acquitter de ses obligations sauf à engager sa responsabilité civile contractuelle. Ainsi l'inexécution de l'obligation principale née du contrat engage la responsabilité de celui qui n'a pas exécuté cette obligation. Le bailleur qui ne met pas les locaux loués à la disposition du locataire commet une faute puisque l'obligation principale dans le contrat n'a pas été exécutée. On peut dès lors engager la

¹⁰⁶ Obligation de surveillance des personnes dans les établissements scolaires ou les cliniques : civ. 1^{ère} 15 décembre 2011, Bulletin 2011, I, n°219

¹⁰⁷ Civ. 3^{ème}, 3 mai 2007, Les Petites Affiches, n°128, 27 juin 2007, p.15

responsabilité contractuelle de celui-ci. Par l'inexécution des obligations accessoires au contrat on peut également engager la responsabilité contractuelle de celui qui s'y est adonnée à cette inexécution. Tel l'exemple de l'obligation de sécurité ou encore l'obligation de renseignement.

La responsabilité contractuelle prévoit les dommages et intérêts dus par le débiteur au créancier. Ces dommages et intérêts sont en fait conçus comme un effet de l'obligation contractée par le débiteur défaillant. La responsabilité contractuelle apparaît alors comme la sanction du non respect de la norme contractuelle entre les parties. La responsabilité contractuelle est seule retenue lorsqu'un contrat a été conclu entre les parties.

Concernant les obligations légales, c'est-à-dire celles qui sont imposées par la loi, il est difficile d'imaginer que ces obligations ne soient pas exécutées, puisqu'elles naissent de la loi elle-même. La possibilité pour les parties de s'y soustraire serait tout simplement inenvisageable.

La soumission des parties à la norme contractuelle peut également s'observer lorsqu'on est en présence de simulation. La simulation suppose en fait que les parties ont caché leur volonté réelle derrière un acte apparent. En réalité, elles ont conclu un acte ostensible. Celui-ci correspond à la véritable volonté des parties mais caché par un acte secret que les parties font apparaître aux yeux des tiers. A l'égard des parties, les effets de la simulation sont les suivants : d'abord, c'est l'acte secret qui prévaut entre elles sous réserve que toutes les conditions de fond qui lui sont propres et les conditions de forme de l'acte apparent ont été remplies. Dans certaines matières, le législateur intervient pour faire échec à la simulation et notamment lorsqu'il s'agit de simulation frauduleuse. Le droit civil annule parfois l'acte apparent et l'acte secret (article 911 de l'ancien code civil français relatif à une donation faite au profit d'une personne incapable de la recevoir et déguisée sous un contrat à titre onéreux ou réalisée par personne interposée). A l'égard des tiers, « les contre lettres n'ont point d'effet » en principe¹⁰⁸. Sont envisagés ici comme tiers les créanciers chirographaires des parties ou les ayant causes à titre particulier. Cependant, il a été admis en jurisprudence que si les parties ne peuvent pas se prévaloir de l'acte secret vis-à-vis des tiers, ceux-ci peuvent s'en prévaloir vis-à-vis des parties s'ils y ont intérêt¹⁰⁹. Il a également été tranché en jurisprudence

¹⁰⁸ Civ. 3^{ème}, 8 juillet 1992, JCP 1993 II. 21982, note G. Wiederkehr. Seul doit jouer à l'égard des tiers l'acte apparent à condition que le tiers soit de bonne foi c'est-à-dire qu'il ne devrait pas être en connaissance de la contre lettre.

¹⁰⁹ S. PORCHY-SIMON, Droit civil 2^{ème} année Les obligations, Dalloz, 5^{ème} édition, n°388

que s'il y avait conflit entre deux catégories de tiers, l'une se prévalant de l'acte apparent, l'autre de l'acte ostensible, la faveur sera donnée aux tiers qui se prévalent de l'acte apparent¹¹⁰.

¹¹⁰ Civ. 25 avril 1939, Grands arrêts, vol 2, n°169

Chapitre II : Manifestation à l'égard des personnes autres que les parties

On touche à l'effet normatif des conventions lorsqu'à l'égard des tiers, du juge ainsi que du législateur, le contrat peut être invoqué. Ainsi, on évoquera l'opposabilité de la norme contractuelle aux tiers, mais la norme peut également être invoquée par le juge ou par le législateur.

Section I : Opposabilité de la norme contractuelle aux tiers

L'effet normatif des conventions montre le contrat sous un autre angle obligatoire que celui qui existe entre les seules parties contractantes. Cet effet normatif englobe tous les effets qui se rapportent à la convention. Et à ce titre, l'effet relatif constitue un des autres effets de la convention. Lorsqu'on évoque cet effet relatif des conventions, forcément apparaît l'autre principe qui est l'opposabilité de ces conventions (aux tiers et par les tiers). La normativité des conventions peut dès lors être expliquée par ces deux principes, dont l'évocation de l'un fait subséquemment ressortir l'autre.

§1 : Le principe de l'effet relatif du lien obligatoire

L'effet relatif du contrat est défini par les termes de l'article 129 alinéa 1^{er} de la LTGO suivant lesquels : « Les contrats ne produisent d'effets qu'entre les parties contractantes ». Ce principe ainsi énoncé ne signifie pas que la convention formée, n'a guère d'effets à l'égard des tiers. Est dès lors posé l'autre principe, celui de l'opposabilité du contrat aux tiers, posé par l'alinéa 2 dudit article. (« Toutefois les situations juridiques qu'ils créent doivent être respectés par les tiers. Cette opposabilité peut être subordonnée à certaines formalités de publicité notamment »).

Reprise de la maxime *Res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*, la relativité des conventions signifie que la convention formée n'a d'effets qu'entre les parties qui ont contribué à la formation de ce contrat. Il est à remarquer que cet effet relatif s'applique à toutes les obligations, et non pas uniquement aux obligations conventionnelles

telle qu'envisagée par l'article 124. Ce principe a été pendant longtemps présenté comme la conséquence logique de l'autonomie de la volonté, ce que les parties ont voulu, c'est être elles-mêmes et elles seules débitrice et créancière. Autrement dit, on ne pourrait rendre débitrice ou créancière (sauf dans le cas de stipulation pour autrui¹¹¹) une personne qui n'a pas donné son consentement¹¹². Apparaît alors la problématique de la détermination des parties qu'on a déjà soulevée plus haut. Il est néanmoins opportun d'appréhender cette relativité du contrat par rapport à la notion de tiers, puisque par cette relativité, le lien obligatoire n'atteint pas les tiers qui ne peuvent ni exiger l'exécution de l'obligation ni être tenus de l'exécuter¹¹³. Qui sont les tiers ? En principe, ce sont les personnes qui sont étrangères au contrat, qui ne sont ni débitrice ni créancière de l'obligation née du contrat, qui n'ont pas concouru par un accord de volontés à la formation du contrat, car seules ces personnes sont liées par les liens contractuels, et peuvent ainsi en tirer des prérogatives. Ainsi, lorsqu'un franchisé passe un contrat de fourniture avec un fournisseur, ce contrat pourrait intéresser indirectement le franchiseur (vu qu'il est dans un rapport de distribution avec le franchisé) mais lorsque ce contrat de fourniture est mal exécuté ou inexécuté par le franchisé, le fournisseur ne pourra pas agir contre le franchiseur. Ce contrat n'a et ne peut avoir d'effets à l'égard du franchiseur. Des tiers peuvent cependant devenir parties au contrat, il en est ainsi des ayants cause universels, ou encore de la société immatriculée qui reprend les actes et les engagements conclus par les fondateurs de cette société lorsque cette société n'était pas encore immatriculée et donc était encore à naître. On peut également mettre dans la catégorie des tiers les créanciers chirographaires. Ceux-ci sont les créanciers qui sont dépourvus de sûretés. Mais néanmoins ils disposent d'un droit de gage général sur le patrimoine de leur débiteur. Par conséquent, le fait que le débiteur conclue des contrats avec d'autres personnes les concernent car cela peut modifier leur droit de gage général. Il y a enfin la catégorie des tiers « penitus extranei » c'est-à-dire les tiers absolus qui n'ont pas pris part au contrat (ni partie, ni représenté, ni successeur). On observe donc deux catégories de tiers, les tiers absolus et une catégorie intermédiaire c'est-à-dire qui ne sont pas véritablement parties, mais ne sont pas non plus véritablement tiers. En tout état de cause, par l'effet relatif du contrat, on ne pourra pas

¹¹¹ La stipulation pour autrui est une exception à l'article 1119 du code civil qui stipule qu'« on ne peut, en général, s'engager, ni stipuler en son propre nom, que pour soi-même ». Elle est définie par l'article 1121 qui dispose ainsi « On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre ». Pour faire simple, la stipulation pour autrui est l'opération juridique par laquelle le stipulant obtient par un contrat, du promettant que celui-ci exécutera une prestation au profit d'un tiers appelé tiers bénéficiaire.

¹¹² D. MANGUY, *op. cit.* n°22

¹¹³ H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.* n°744

mettre ces tiers dans le lien obligatoire qui lie uniquement les parties. Et donc ils ne peuvent ni exiger l'exécution de l'obligation ni être tenus de l'exécuter. Cependant, il faut apporter la nuance entre effet relatif et opposabilité du contrat.

§2 : Opposabilité : conséquence de la normativité du contrat

L'effet relatif des conventions ne signifie pas que l'existence du contrat n'a d'importance qu'aux yeux des parties, et que les tiers peuvent l'ignorer. Certes, l'obligation qui naît de la convention ne peut être mise à la charge des tiers, ni lui donner droit, mais les tiers ne peuvent pas faire comme si l'obligation et le droit qui en résulte, n'existaient pas. Cette opposabilité est traduite par M. Ancel comme la force obligatoire du contrat à l'égard des tiers. Il disait en effet que « le contrat a force obligatoire aussi bien à l'égard des tiers que pour les parties elles-mêmes, et que c'est cette force obligatoire à l'égard des tiers qu'on appelle habituellement opposabilité »¹¹⁴. La situation juridique créée par la convention des parties ne peut être ignorée par les tiers. Puisque placée à l'échelle des normes, la convention ainsi créée peut être opposée par les parties aux tiers, mais les tiers peuvent également opposer la convention aux parties. Ainsi par exemple, dans un contrat de vente, le transfert de la propriété de la chose joue à l'égard des parties, mais les tiers au contrat sont également tenus de tenir acte de ce transfert. D'une part, pour rapporter la preuve de son droit de propriété, une partie peut opposer ce contrat à un tiers¹¹⁵, mais d'autre part, les créanciers de l'acheteur, qui sont, faut-il le rappeler, des tiers au contrat, peuvent se prévaloir de la norme contractuelle pour pouvoir exercer une saisie de la chose transmise dans le patrimoine de leur débiteur. Dans ces cas, le contrat joue le rôle de preuve. On dit qu'il y a opposabilité probatoire. A l'inverse, lorsque l'opposabilité du contrat est invoquée dans les effets qu'a créés ce contrat et dont on demande le respect, on parle d'opposabilité substantielle. Cette opposabilité substantielle permet aux parties ainsi qu'aux tiers de se défendre en invoquant la nullité de l'acte. Cependant si les parties peuvent invoquer les causes de nullité absolue et celles de la nullité relative, les tiers, eux, ne peuvent demander la nullité de la convention qu'en alléguant les causes de nullité absolue du fait que eux-mêmes ne sont pas parties à la convention.

¹¹⁴ P. ANCEL, *op. cit.* n°54

¹¹⁵ Cass. Civ. 22 juin 1864, « Lepère », Bulletin ARRETS Cour de Cassation Chambre civile N° 101 p.166

Si on se réfère aux termes de l'article 129 qui imputent les effets du contrat aux seules parties contractantes, et donc écartent la possibilité de production d'effets à l'égard des tiers au contrat, l'opposabilité de celui-ci semble néanmoins affirmer d'une certaine manière le contraire. En effet, on peut dire que les conventions nuisent et profitent aux tiers.

Nuisent d'abord aux tiers car on l'a dit, les tiers ne peuvent pas méconnaître l'existence des obligations entre les contractants, et se permettre d'agir de manière à porter une atteinte à ces obligations. La jurisprudence a par exemple admis qu'il y a fraude de la part d'un acquéreur, lorsque celui-ci connaissait l'existence d'une promesse de vente consentie par le vendeur à un tiers. Cette fraude entraîne alors la nullité du contrat entre le vendeur et l'acquéreur, et la nullité de la publicité de la vente si la chose vendue était un immeuble. La jurisprudence a également conforté cette idée que les tiers ne peuvent porter atteinte aux conventions conclues entre les parties contractantes dans un arrêt statuant sur la nullité de la convention en violation d'un pacte de préférence et la substitution du bénéficiaire dans les droits du tiers-acquéreur (Ch. Mixte, 26 mai 2006, pourvoi n° 03-19376, bull. Ch. Mixte, n°4). Dans cet arrêt, le propriétaire d'un bien immobilier, tenu par un pacte de préférence, a tout de même vendu le bien en question à un tiers acquéreur. Le bénéficiaire du pacte de préférence a alors demandé sa substitution dans les droits de l'acquéreur et subsidiairement, l'allocation de dommages et intérêts. La Cour de cassation a prononcé la nullité de la convention entre le tiers-acquéreur et le vendeur, et a admis la solution de la substitution du bénéficiaire aux droits du tiers-acquéreur. Cette solution, si elle paraît contradictoire, en ce sens qu'en prononçant la nullité la Cour anéantit rétroactivement le contrat, et donc que les droits qui doivent être substitués n'existent même plus, peut tout de toutefois s'expliquer. En effet, le tiers-acquéreur est en connaissance du pacte de préférence. En principe, il n'a pas le droit de le méconnaître mais il décide quand même de contracter la vente. Cette attitude traduit une transgression de sa part de la norme contractuelle née du pacte de préférence, d'où on conclue qu'il y a fraude de sa part. La substitution se justifie alors parce que la fraude rend inopposable au bénéficiaire les effets de la convention passée entre le tiers-acquéreur et le vendeur, mais ne l'écarte pas de possibilité d'acquérir le bien.

Ensuite les conventions peuvent tout aussi bien profiter aux tiers. Le principe de l'opposabilité permet aux tiers d'invoquer l'existence d'un contrat et d'une obligation¹¹⁶. Bien évidemment, ils ne peuvent demander l'exécution de l'obligation née de la convention mais

¹¹⁶ H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.* n°760

« ils peuvent invoquer à leur profit, comme un fait juridique, la situation créée par le contrat¹¹⁷ ». Le contrat est alors considéré aux yeux des tiers comme un évènement, un fait historique. Ainsi, le tiers qui est victime de l'inexécution du contrat peut engager la responsabilité du contractant défaillant. Si aujourd'hui, il est admis que la responsabilité délictuelle d'un contractant peut être invoquée par un tiers en vertu d'une inexécution contractuelle¹¹⁸, il n'en a pas toujours été ainsi. En effet, il a été demandé aux tiers de démontrer que la faute du contractant qui lui a causée préjudice, était une faute qui ne dépendait pas de l'inexécution contractuelle¹¹⁹.

Section II : Cas du juge et du législateur

Bien admis en tant que loi entre les parties dont les tiers ne peuvent ignorer, à l'égard du juge et de la loi étatique, la convention ne perd pas ces pouvoirs pour autant. Il est bien évidemment des cas où cela ne peut jouer mais ceux-ci ne se présenteront qu'à titre d'exceptions.

§1 : La loi contractuelle s'impose au juge

Les conventions légalement formées font la loi des parties qui ont concouru à la naissance de ces conventions. Ce que les parties ont voulu s'imposent définitivement à elles. Mais cette force du lien obligatoire peut également se manifester à l'égard du juge lorsque celui-ci est appelé à trancher sur un litige intervenu sur la substance du contrat. En principe, le juge, en traitant le différend, doit prendre en considération ce que les parties ont voulu faire entendre ; il appliquera le contrat, même s'il dispose d'une plus grande marge de manœuvre que s'il s'agissait de l'application de la loi. Mais ce principe souffre cependant de certaines exceptions qui permettront au juge de passer sous silence la force obligatoire de la convention.

¹¹⁷ Cass. Com, 22 octobre 1991, Bulletin 1991 IV N°302 p.209

¹¹⁸ Com. 16 janvier 1973, Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre commerciale n° 28, p. 22 ; Civ. 1^{ère} 15 décembre 1998, bulletin 1998, n°368, p.253

¹¹⁹ Com. 17 juin 1997, Bulletin 1997 IV N° 187, p.164

A- Présentation du principe

Appliqué au juge, les termes de l'article 123 signifient que lorsque le contrat lui est présenté (et donc a priori, il y a un litige), la force obligatoire lui indique que pour résoudre le litige, il doit se conformer à ce qui a été convenu dans le contrat. Autrement dit, il devra appliquer la norme contractuelle comme il appliquerait la loi. Il doit se référer à cette norme pour prendre sa décision. Le contrat se présente comme la règle de droit applicable aux parties en cas de litige et donc le fait que le juge se réfère à cette norme contractuelle répondrait aux exigences posées par l'article 12 alinéa 1^{er} du code de procédure civile¹²⁰. Ceci est aussi la traduction de l'intangibilité du contrat à l'égard du juge. Le rôle du juge doit être conforme au respect de la force obligatoire du contrat, et de là même au respect de la norme contractuelle. A cet égard, un rôle d'interprétation du contrat est conféré au juge lorsque le contrat en lui-même est ambigu. Mais bien encore au regard de la force obligatoire, en interprétant le contrat, le juge ne doit pas en dénaturer les termes. Car en procédant ainsi, il ôtera la convention de toute force normative et obligatoire. Ainsi, les juges doivent procéder selon des méthodes d'interprétation propres à protéger la force obligatoire du contrat. L'interprétation doit être fondée sur la commune intention des parties¹²¹. En l'occurrence, le juge peut se fonder sur tout un faisceau d'indices : les termes du contrat, le comportement antérieur ou même postérieur des parties¹²². Il faut remarquer que le juge, en fonction du contrat que lui présentent les parties, peut opérer soit une interprétation subjective et en ce sens, clarifier le contrat et son contenu, soit une interprétation créatrice d'obligation. Dans cette dernière hypothèse, le juge va dégager des obligations qui n'ont pas été prévues par les parties dans le contrat. Il s'agit du forçage du contrat. Le juge complètera les lacunes du contrat en cherchant la volonté présumée des parties. Le juge fondera ce forçage du contrat sur la base de l'article 124 de la LTGO. Cet article soumet les parties aux obligations nées de la convention mais également aux obligations découlant de l'équité, de l'usage et de la loi. La norme contractuelle s'impose également au juge en ce sens qu'il est formellement interdit à celui-ci de modifier le contrat. On songe immédiatement à l'hypothèse de l'imprévision. Celle-ci

¹²⁰ Art. 12 c.p.c : « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. »

¹²¹ Art. 125 LTGO : « La commune intention des parties détermine leurs engagements réciproques. Toutefois, les termes du contrat sont présumés l'exprimer ». Lorsque le juge va rechercher la commune intention des parties : en cas de doute, la convention s'interprète en faveur du débiteur (art. 126 LTGO), en cas de silence, on privilégiera les usages (art. 124 LTGO), et en cas d'ambiguïté, si une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelconque effet que dans le sens avec lequel elle ne pourrait en avoir aucun

¹²² R. CABRILLAC, *op. cit.*, n°122

suppose qu'en cours d'exécution du contrat, une évolution des circonstances provoque un déséquilibre des prestations voulues par les parties. Le principe veut que le juge ne puisse pas réviser le contrat. Le célèbre arrêt Canal de Craponne¹²³, se veut être le précurseur de cette interdiction imposée au juge. La Cour de cassation rappelle que l'équilibre des stipulations et des prestations contractuelles n'est pas l'affaire du juge à qui la force obligatoire du contrat est aussi appliquée, mais uniquement celle des contractants. Et notamment, pour garder cet équilibre, les parties peuvent insérer des clauses de hardship ou d'indexation¹²⁴. Ces clauses contractuelles permettront aux parties de renégocier le contrat. Par ailleurs, les parties, en vertu de l'exécution de bonne foi du contrat, duquel découle la loyauté contractuelle, se trouvent dans l'obligation de renégocier le contrat en cas de déséquilibre manifeste du contrat¹²⁵.

B- Remise en cause de la norme contractuelle par les juges

Le juge, au demeurant de son pouvoir de passer outre la volonté des parties en introduisant en l'occurrence dans le contrat des éléments que les parties n'ont pas elles-mêmes prévu, est investi de la possibilité de porter atteinte à la force obligatoire de la norme contractuelle. En effet, il est investi du pouvoir de prononcer des sanctions en cas d'abus de la part des contractants. Cet abus est en fait la manifestation d'une faute de la part du contractant qui l'exerce. On songe aux clauses abusives insérées par les parties dans le contrat. Le code de consommation français définit la clause comme abusive « si elle a pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ¹²⁶ ». Le juge intervient, et refusera la force obligatoire du contrat dans le cas où un tel abus dans les rapports contractuels est opéré par l'une des parties, puisque la clause abusive en question rompt l'équilibre entre les contractants, et de ce fait constitue une faute délictuelle que le juge sanctionnera par la nullité.

¹²³ Civ. 6 mars 1876, D.1876, 1, p. 193, note Giboulot A. Il est essentiel de rappeler que les faits de cet arrêt n'étaient pas d'imprévision. Mais par cet arrêt la Cour de cassation pose le principe : « dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants. »

¹²⁴ Les clauses de hardship se retrouvent surtout dans les contrats internationaux et elles présupposent que dès lors qu'il y a coup dur, les clauses du contrat peuvent être rediscutées entre les parties. La clause d'indexation quant à elle, suppose que des valeurs de référence vont être prises par les parties, telle que la valeur de l'or par exemple.

¹²⁵ Com. 3 novembre 1992, RTD Civ, 1993 p.124, Com. 24 novembre 1998, RTD Civ. 1999 p. 98

¹²⁶ Art. L. 132-1 C. Conso.

La remise en cause par le juge de la force obligatoire du contrat peut également se manifester par son pouvoir de modérer ou d'augmenter une clause pénale¹²⁷. La révision de ces clauses pénales excessives est alors légalement possible pour les juges et par conséquent, ce que les parties ont voulu initialement peut être modifié par le juge du fait de la faute commise (ici, le caractère excessif de la clause constitue la faute). L'abus peut également consister en un cautionnement disproportionné¹²⁸. Le juge interviendra en diminuant le cautionnement et en le ramenant à sa juste mesure. Il est à remarquer que ces possibilités pour le juge de toucher le contrat en refusant la force obligatoire de celui-ci relèvent du pouvoir que le législateur lui accorde. Et d'ailleurs, cette force obligatoire ne s'efface que parce qu'il y a abus, c'est-à-dire une faute délictuelle de la part de l'un des contractants. On pourrait dire que le juge intervient afin de rétablir l'équilibre du contrat. En dehors de ces cas, il n'est pas certain que les conventions aient cessé d'être à l'égard du juge la loi des parties contractantes, et en conséquence, il devra respect aux termes de ces conventions.

§2 : La norme contractuelle mise en cause par le législateur

Il est indéniable que le contrat parce que résultant du consentement des parties, ne peut être modifié que par le consentement de ces mêmes parties. Cependant, certains cas démontrent que le contrat, et plus précisément la force obligatoire de ce contrat, est mise à mal par la loi elle-même. La loi impose ainsi dans certaines circonstances la résiliation forcée du contrat¹²⁹. La loi peut également modifier le contrat. La non rétroactivité de la loi nouvelle est certes admise en droit positif malgache, c'est-à-dire que la loi nouvelle ne régit pas les effets antérieurs à sa promulgation, mais cette non rétroactivité n'est pas toujours de mise, et notamment lorsqu'il s'agit des effets futurs d'un contrat en cours. Le contrat conclu sous une loi ancienne est en cours d'exécution lorsqu'une loi nouvelle est promulguée. En principe, les effets de ce contrat sont régis directement par la loi nouvelle. Mais il est dérogé à ce principe. Et notamment, en matière de contrat de vente, celui-ci échappe à la loi nouvelle. Cependant, il

¹²⁷ L'ancien article 1152 du code civil français disposait ainsi : « Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite. »

¹²⁸ Art. L. 341-4 C. Conso. français

¹²⁹ Le législateur résilie ou modifie parfois automatiquement le contrat, sans même s'en remettre de ce soin au juge. Les contrats conclus intuitu personae sont résiliés par le décès de la personne en considération de laquelle le contrat a été passé. En ce cas d'ailleurs, il s'agit davantage d'une résiliation conventionnelle tacite que d'une résiliation forcée. (H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.* p. 866-865).

est toujours possible pour le législateur d'appliquer au contrat en cours la loi nouvelle dans un souci d'intérêt général mais également dans l'intérêt personnel des contractants dans le contrat de vente. Ainsi le législateur règle cette question en posant par une disposition transitoire spéciale que la loi nouvelle s'applique au contrat en cours¹³⁰. Dans les cas que l'on a cités quant à la remise en cause de la norme contractuelle par les juges, on remarque que la plupart d'entre eux proviennent de la faculté que la loi offre aux juges. La loi ici intervient et interfère dans la force obligatoire du contrat.

Lorsque l'article 90 énonce que « la prestation ou l'abstention ne doit en rien être contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public », le législateur tend déjà à conformer les parties à des impératifs qui restreindraient la volonté des parties à établir la norme contractuelle. Entre autres la conclusion du contrat est soumise à un certain nombre de conditions devant être remplies par les parties afin de donner vie à la norme contractuelle. A la lecture de l'article 64 de la théorie générale des obligations, on retrouve quatre principales conditions de validité du contrat auxquelles on a ajouté les prescriptions de l'article précédemment cité c'est-à-dire l'article 90. Aux titres de ces conditions, on retrouve le consentement des parties, leur capacité, un objet et une cause licite¹³¹. A défaut de respect de ces conditions, une sanction est alors prévue afin de priver le contrat de ses effets ou de détruire l'état de fait que ce contrat a créé. On pourrait expliquer ces préalables à la formation du contrat par le fait que le contrat, étant inscrit parmi les normes, elles se trouveraient à la base de la pyramide. Ainsi s'impose à elle la hiérarchie des normes. La loi se trouvant à une échelle hiérarchique supérieure, la norme contractuelle se doit de la respecter, et en l'occurrence, respecter la lettre des conditions de formation du contrat, mais également tout ce qui se rapporte au contrat. La norme contractuelle existe parce que la loi donne le pouvoir aux parties de la faire naître. Et elle existera en respectant la loi et n'entrant pas en contradiction avec elle. A contrario, elle disparaîtra de l'ordonnement juridique par le fait de la nullité car elle aurait transgressé une norme qui lui est supérieure et d'où lui vient toute sa force.

D'autres cas démontrent l'intervention du législateur ayant pour but de rétablir l'équilibre dans le contrat. Il en est ainsi, lorsqu'il y a un décalage entre la volonté réelle

¹³⁰ A. F. S. SENIADJA, La protection des parties dans le contrat de vente civile, Université catholique d'Afrique de l'Ouest, Maîtrise 2006

¹³¹ Ces conditions de formation sont dominées par le principe de l'autonomie de la volonté, la volonté est envisagée de divers points de vue et c'est ce qui a donné naissance à ces quatre conditions (J. FLOUR, J.-L. AUBERT, *op. cit.* n°128)

d'une partie contractante et celle qu'elle a exprimée. Dans ce cas, la loi décide que la théorie de l'apparence va jouer.

CONCLUSION

Il est consenti à tout un chacun de par la loi elle-même de restreindre sa liberté en concluant des contrats avec d'autres personnes. Par ce fait, de vraies règles s'imposent afin d'atteindre le but recherché par la conclusion de tels contrats. La lettre de l'article 123 de la loi sur la théorie générale des obligations se révèle comme la justification de cela. Par la convention, les parties s'astreignent à un devoir-être car est imposée à eux la norme contractuelle. L'effet normatif de la convention suppose que la force obligatoire du contrat contraint toute personne, que ce soit les parties, les tiers ou les personnes intermédiaires entre tiers et parties à prendre acte de cette norme contractuelle, puisque cette norme dès qu'elle naît s'insère dans l'ordonnement juridique et par conséquent est susceptible d'apporter des changements quant à la situation de chacun. En fait, ce travail s'inscrit dans le souci d'expliquer la force obligatoire de la convention sous un autre angle que celui de la conception selon laquelle la force obligatoire est ramenée à l'exécution de l'obligation souscrite dans la dite convention. Bien évidemment, l'exécution de l'obligation est facteur de réalisation de la force obligatoire, mais ce n'en est qu'une facette. Elle semble insuffisante pour en expliquer le contenu. La force obligatoire de la convention peut alors être expliquée par le fait que la convention en tant que *negotium*, doit être respectée par les parties dans tous ses termes, et pour ce faire les parties doivent se comporter de manière à faire du *negotium* sa loi, et ainsi se voir dicter par celui-ci tous les comportements nécessaires pour sa réalisation afin de pouvoir l'invoquer comme *instrumentum* dans les cas où cela leur est demandé.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX :

- AUBERT Jean-Luc, Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, 7^{ème} édition, Armand Colin 1998, 342 pages
- CABRILLAC Rémi, Droit des obligations, 8^{ème} édition, Dalloz 2008, 389 pages
- CARBONNIER Jean, Droit civil Tome 4 Les Obligations, 18^{ème} édition, PUF 1994, 594 pages
- FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, Droit civil Les obligations L'acte juridique, 4^{ème} édition, Armand Colin 1990, 427 pages
- FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, SAVAUX Eric, Les obligations 3. Le rapport d'obligation, 6^{ème} édition, Sirey 2009, 459 pages
- GHESTIN Jacques, Traité de droit civil. Les obligations. Les effets du contrat, Paris, LGDJ, 1992, 1048 pages
- LARROUMET Christian, Droit civil tome III Les obligations Le contrat, 2^{ème} édition Economica 1990, 928 pages
- LEGEAIS Dominique, Droit commercial et des affaires, 18^{ème} édition, Sirey 2009, 578 pages
- LEGIER Gérard, Droit civil Les obligations, 19^{ème} édition, Mémentos Dalloz 2008, 220 pages
- MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, Cours de Droit civil, Tome VI Les obligations, 7^{ème} édition 1997, Edition Cujas, 824 pages
- MALINVAUD Philippe, Les mécanismes juridiques des relations économiques. Droit des obligations, 2^{ème} édition, Librairies techniques 1975, 308 pages
- MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Obligations : théorie générale, 8^{ème} édition, Montchrestien 1991, 1355 pages
- PORCHY-SIMON Stéphanie, Droit civil 2^{ème} année les obligations, 5^{ème} édition, Dalloz 2008, 555 pages
- TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, Droit civil, Les obligations, 5^{ème} édition, Précis Dalloz, 1070 pages
- WEILL Alex, TERRE François, Droit civil : les obligations, 3^{ème} édition, Dalloz, 1980, 1200 pages

OUVRAGES SPECIAUX, MONOGRAPHIES, THESES ET MEMOIRES :

- CHARBONNEL Lionel, La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste du contrat, Thèse, Université d'Avignon 2010, 368 pages
- COMPARATO Fabio Konder, Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé, Paris, Librairies Dalloz 1964
- DUPONT DELESTRAINT Pierre, Droit civil les biens, 8^{ème} édition, Mémentos Dalloz 1983, 120 pages
- FOREST Grégoire, Essai sur la notion d'obligation en droit privé, Nouvelles bibliothèque de thèses volume 116, Dalloz 2012, 549 pages
- M. K. GOOMA Nooman, Théorie des sources de l'obligation, LGDJ, Paris 1968, 307 pages
- MAINGUY Daniel, Contrats spéciaux, Dalloz, 6^{ème} édition, 2008, 622 pages
- RECEVEUR Bee, La force obligatoire du contrat de société : contribution à l'étude des relations entre droit des contrats et droit des sociétés, Thèse, Université de Cergy-Pontoise, 2013, 590 pages
- SIMLER Philippe, DELBECQUE Philippe, Droit civil Les sûretés La publicité foncière, Dalloz, 5^{ème} édition, 2009, 841 pages

ARTICLES, CHRONIQUES, RAPPORTS ET MELANGES :

- ANCEL Pascal, Force obligatoire et contenu obligationnel, RTD civ. 1999, p. 771
- BARMANN Johannes, Pacta sunt servanda. Considérations sur l'histoire du contrat consensuel, In Revue internationale de droit comparé, Vol. 13 N°1, Janvier-Mars 1961, pp. 18-53
- BELLEY Jean-Guy, Max Weber et la théorie du droit des contrats, In Droit des sociétés n°9, 1988. Max Weber. Réception, diffusion de sa sociologie du droit, pp. 281-300
- SUPIOT Alain, Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? In Droit social 2003, pp. 59-71

TEXTES JURIDIQUES :

- Code civil

- Code de procédure civile
- Code de consommation français
- Loi n°66-003 du 2 juillet 1966 relative à la théorie générale des obligations
- Loi n°2003-044 du 28 juillet 2004 portant code du travail
- Loi n°2003-041 du 3 septembre 2004 sur les sûretés
- Loi 2007-022 du 20 août 2007 relative au mariage et aux régimes matrimoniaux

WEBOGRAPHIE

- AYNES Laurent, « Le contrat, loi des parties » (mars 2005)
Disponible sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/français/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-17/le-contrat-loi-des-parties.51956.html>
- DELANGLE Charline et WATERLOT Maxence, « Le contrat en France et en Allemagne : pour dépasser les divergences » (8 mars 2013)
Disponible sur <http://anglesdroit.hypotheses.org/834>
- HEL Sophie, « Les promesses de vente en droit français et espagnol »
Disponible sur http://www.juripole.fr/memoires/compare/Sophie_Hel/partie2.html
- MARIGNALE Dany, (2007) « L'effet normatif des conventions »
Disponible sur http://www.memoireonline.com/01/08/872/m_l-effet-normatif-des-conventions0.html
- « La notion de contrat en droit comparé franco-britannique » Luka Maxted-page, MBDE/ Droit des contrats (30 novembre 2011)
Disponible sur <http://blog.u-paris10.fr/content/la-notion-de-contrat-en-droit-comparé-franco-britannique>
- « Le principe de la convention-loi. Portail sur le surendettement »
Disponible sur
<http://socialsante.wallonie.be/surendettement/professionnel/?q=obligations-contrat-generalites-principes-convention>
- « Principes fondamentaux relatifs à l'exécution du contrat administratif »
Disponible sur
http://fr.jurispedia.org/index.php/Principes_fondamentaux_relatifs_à_l'exécution_du_contrat_administratif

TABLE DES MATIERES

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	I
SOMMAIRE	II
INTRODUCTION	1
PREMIERE PARTIE : LA FORCE OBLIGATOIRE : POINT DE DEPART DE L'EFFET NORMATIF DES CONVENTIONS	4
Chapitre I : Etude des effets de la convention	5
Section I : Effet créateur d'obligation	5
A- Présentation générale du contrat	5
B- Analogie de termes	9
§2 : Importance de l'effet créateur d'obligations	10
Section II : Intérêt de la force obligatoire face à l'effet créateur d'obligation	12
§1 : Absence d'obligation dans la convention	13
A- Conventions extinctives de droit	13
B- Conventions translatives	14
§2 : Disparition ou suspension de l'obligation	16
A- Exécution du contrat	16
1- L'exemple de l'obligation assortie de condition suspensive	16
2- L'exemple du cautionnement :	18
B- Après extinction de l'obligation	19
Chapitre II : La force obligatoire appréhendée en soi	21
Section I : Convention, loi des parties	21
§1 : Teneur de la notion de « loi » dans l'article 123	21
A- Loi « norme légale » et loi « norme contractuelle »	21
B- Quid de l'autonomie de la volonté ?	23
§2 : Exécution du contrat	25
A- Détermination des parties	26
B- Mesure de l'obligation	27
C- Exécution de bonne foi du contrat	28
Section II : Force obligatoire comme explication de la normativité du contrat	30

§ 1 : Obligation et norme contractuelle : deux choses distinctes.....	31
§2 : Obligation et norme contractuelle : deux choses qui se complètent	32
DEUXIEME PARTIE : LES MANIFESTATIONS DE L’EFFET NORMATIF DES CONVENTIONS	34
Chapitre I : Manifestation à l’égard des parties.....	35
Section I : Les comportements des parties dans le lien obligationnel.....	35
§1 Existence d’un devoir.....	35
§2 Pouvoir de contrainte	37
Section II : Soumission des parties à la convention elle-même.....	38
§1 Délimitation de l’ensemble doté de l’effet normatif	38
§2 Sujétion des parties à la norme contractuelle.....	39
Chapitre II : Manifestation à l’égard des personnes autres que les parties.....	42
Section I : Opposabilité de la norme contractuelle aux tiers	42
§1 : Le principe de l’effet relatif du lien obligatoire.....	42
§2 : Opposabilité : conséquence de la normativité du contrat	44
Section II : Cas du juge et du législateur.....	46
§1 : La loi contractuelle s’impose au juge.....	46
A- Présentation du principe	47
B- Remise en cause de la norme contractuelle par les juges	48
§2 : La norme contractuelle mise en cause par le législateur	49
CONCLUSION	52
BIBLIOGRAPHIE	III
WEBOGRAPHIE	VI
TABLE DES MATIERES.....	VII