

« L'inflation contractuelle »

Mustapha Mekki¹

L'inflation contractuelle renvoie à plusieurs phénomènes : l'inflation verbale du contrat, l'enflure de son contenu, l'inflation des effets normatifs, la densification normative, l'intensité normative... Toutes ces manifestations traduisent une idée commune : le contrat se mêle de tout et probablement s'emmêle dans tout. Il semblerait paradoxalement que ce que le contrat a gagné en densité, il l'ait perdu en intensité. Cette inflation contractuelle n'est-elle pas à l'origine d'une indigestion normative ? Cette inflation contractuelle que des raisons multiples peuvent sinon justifier du moins expliquer (pluralisme juridique, globalisation, règne de l'incertitude dans les domaines de la santé publique et de l'environnement, idéologie dominante du marché, mutation de l'Etat, transformation de l'intérêt général, individualisme exacerbé...) semble en effet avoir entraîné avec elle une dilution normative du contrat amenant à s'interroger sur son avenir. Pour faire état de ce paradoxe contractuel, l'auteur a fait le choix d'une analyse en deux temps : l'inflation contractuelle se manifeste par une extension du champ normatif du contrat qui se traduit en retour par une forme de dilution normative du contrat.

De la force normative à la densification normative. Après avoir embrigadé une équipe de chercheurs sur la notion, désormais moins

¹ Agrégé des Facultés de droit, Professeur l'Université Paris XIII-PRES Parsi Sorbonne Cité, Directeur de l'IRDA

floue, de force normative², Madame Catherine Thibierge s'était attaquée à une notion bien plus opaque : la densification normative. En abordant cette question sous l'angle du contrat, la densification normative prend la forme de ce que l'on pourrait appeler une « inflation contractuelle ».

Notion protéiforme de la densification. Parler d'inflation contractuelle, c'est aborder en droit des contrats la problématique de la densification normative. La densification n'est pas une notion proprement juridique et rend toute définition nécessairement expérimentale³. Seul le droit de l'urbanisme fait exception puisque la notion y est fondamentale⁴. Est dense, du latin *densus*, ce qui est épais. A l'origine, « dan-si-flo'r » est un terme botanique : « Qui porte des fleurs serrées les unes contre les autres ». La densification est un processus qui revient à resserrer, à rapprocher. Le Littré renvoie d'ailleurs à ce premier sens, dit primitif, de la densité : « [...] épais, compact, dont les parties nous paraissent plus épaisses ou plus serrées. Un air dense. Une vapeur dense ». La densification se rapporte à un ensemble d'éléments qui se rapprochent les uns des autres. La densification est, en ce sens, une question d'espace et de volume. Elle est également une question de force et de poids. Selon le deuxième sens du Littré, la densité « [...] se dit d'un corps dont le poids fait supposer que les molécules sont très serrées les unes contre les autres ; l'or, le plomb, le mercure, sont très denses ; le platine est le plus dense des métaux ». Ce lien entre densité et poids se dégage aussi du troisième sens donné par le Littré : « Par comparaison, on nomme dense tout corps qui, sous un même volume, pèse plus qu'un autre. L'eau est plus dense que l'air ; l'hydrogène est moins dense que l'azote ». En somme, la densification mêle l'idée d'espace et de force. En termes

² Catherine THIBIERGE (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, L.G.D.J., Bruxelles, Bruylant, 2010.

³ Les références au seul terme de densification sont rares, v. cep. Catherine THIBIERGE, « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », (2004) *Recueil Dalloz* 577 : « Le développement d'un droit souple favorise l'interface entre l'éthique et le « droit dur ». Ainsi, avec l'émergence des principes de précaution et d'action préventive, assistons-nous, en accéléré, à un processus de création et de densification progressive de la norme juridique ».

⁴ V. par ex. Michel COURTIN, « La densification des centres urbains », (8 février 2003) 39 *Gaz. Pal.* 2.

d'espace, la densification est affaire de rapprochement, de resserrement des éléments d'un ensemble donné. La densification est un processus de concentration des éléments d'un ensemble. La densification est également, affaire de « renforcement ». Selon la formule populaire, l'union fait la force. Ce qui est plus dense devrait être plus intense, lien inextricable qui est souligné par la science de l'électricité. Plus le flux est dense, plus il est intense. *Extension du domaine et intensité des effets, telles sont les deux facettes de la densification.* Reste à en préciser l'objet : la densification normative du contrat.

Le contrat, une procédure et un résultat. Les maisons du contrat sont nombreuses et les définitions multiples. Le contrat demeure au second plan de cette étude dont l'objet principal est la densification normative. Il doit servir de prisme et mettre en lumière les principaux paramètres du processus de densification normative. C'est pourquoi il convient d'adopter une notion compréhensive du contrat. Le contrat est une notion relative et protéiforme⁵. Il constitue à la fois une procédure et un résultat. En sa qualité de procédure, il se définit comme un accord de volontés produisant des effets de droit⁶. En tant que résultat, le contrat est une norme⁷, au bas de la pyramide selon la conception kelsénienne, hiérarchie qu'il convient de relativiser, le contrat pouvant être le support de droits fondamentaux⁸. Ce faisant, toutes les manifestations du contrat sont utiles à l'analyse et confirment que le contrat gagne en densité. Le

⁵ Sur cette idée générale, v. La relativité du contrat, Travaux de l'association Henri CAPITANT, Journées nationales, Tome 4, Nantes-1999, Actes du colloque organisé avec le concours de la Maison des Sciences de l'Homme Ange Guépin, L.G.D.J., 2000.

⁶ Jacques GHESTIN, La formation du contrat, n° 5, Paris, L.G.D.J., p. 5, qui ajoute : « (...) et auquel le droit objectif fait produire de tels effets ».

⁷ Hans KELSEN, La théorie juridique de la convention, A.P.D., Sirey, 1940, p. 33 et s ; J. GHESTIN, La formation du contrat La formation du contrat, n° 5, Paris, L.G.D.J, n° 188 et s., p. 168. Adde Pascal ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », (1999) R.T.D. civ. 771.

⁸ Sur cette inversion de la hiérarchie des normes, v. Pascal PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », (2001) R.T.D. civ. 749. Sur le contrat support de droits fondamentaux, Lucien MAURIN, Contrat et droits fondamentaux, Thèse Aix-Marseille, 2011, spéc. p. 111 et s.

contrat est un lien et une entité⁹. Les contrats-échange¹⁰ coexistent avec les « contrats d'allégeance »¹¹, « aristocratiques »¹² ou « associatifs »¹³. Sont en plein essor, les « contrats-organisation »¹⁴ ou « contrats-institution »¹⁵. Le contrat transactionnel ou d'occasion classique côtoie les « contrats relationnels »¹⁶ ou les « contrats de situation »¹⁷, appartenant à la catégorie des « contrats hybrides »¹⁸ ou « de dépendance »¹⁹. Ces contrats sont pourvus d'une certaine densité temporelle.

⁹ Sur ce dualisme, Jacques MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé français », dans *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. Savatier (Poitiers, 24-25 octobre 1985), P.U.F., 1986, p. 41, spéc. aux pages 55 et s.

¹⁰ Sur la notion de contrat en tant qu'échange, v. not. Jean-Michel PUGHON, *Histoire doctrinale de l'échange*, Avant-propos J. Ghestin, Préf. J.-P. Baud, Tome 194, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, 1987.

¹¹ Alain SUPIOT, « La relativité du contrat en questions. Conclusion générale », dans *La relativité du contrat*, Travaux de l'association Henri CAPITANT, Journées nationales, Tome 4, Nantes-1999, Actes du colloque organisé avec le concours de la Maison des Sciences de l'Homme Ange Guépin, L.G.D.J., 2000, p. 183, spéc. à la page 198.

¹² Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », (1998) R.T.D. civ. 43, 54, spéc. n° 35.

¹³ V. Georges ROUHETTE, *Encyclopédie Universalis*, V° Contrat, Vol. 4, 1972, p. 961, spéc. à la page 963.

¹⁴ V. Paul DIDIER, « Brèves notes sur le contrat-organisation », dans *L'avenir du droit : mélanges en hommage à François Terré*, Paris, P.U.F, Dalloz, éd. du juris-classeur, 1999, p. 635, spéc. à la page 636.

¹⁵ Laurence BOY, « Les "utilités" du contrat », (10 septembre 1997) 109 P.A. 3, 7 et s.

¹⁶ V. Ian R. MACNEIL, *The New Social Contract: An Inquiry into Moderne Contractual Relations*, New Haven, Yale University Press, 1980. Pour une étude d'ensemble, v. Horiata MUIR-WATT, « Du contrat "relationnel". Réponse à François Ost », dans *La relativité du contrat*, Travaux de l'association Henri CAPITANT, Journées nationales, Tome 4, Nantes-1999, Actes du colloque organisé avec le concours de la Maison des Sciences de l'Homme Ange Guépin, L.G.D.J., 2000, p. 169 : l'auteur oppose le « contrat relationnel, qui se greffe sur un véritable rapport social et comporte une certaine densité dans le temps » et le « contrat discret, éphémère, qui implique un échange aveugle de prestations et disparaît aussitôt épuisée son utilité immédiate ».

¹⁷ Michel CABRILLAC, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », dans *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des sc. soc. de Toulouse, 1978, p. 235, spéc. n° 8 à la page 239.

¹⁸ V. Gunther TEUBNER, *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, trad. N. Boucquey avec la collab. G. Maier, avant-propos N. Boucquey, Bruxelles, L.G.D.J., Coll. Story Scientia, 1994, spéc. p. 267.

¹⁹ Sur les contrats de dépendance, v. Georges J. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, Préf. J. Ghestin, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 190, 1986, spéc. n° 2, p. 10.

La relativité de la notion rejaille naturellement sur son évolution. Inutile cependant de s'exprimer en termes de « crise »²⁰. Il est question d'un « nouvel essor du concept contractuel »²¹, qui s'accompagne d'un renouveau du discours contractuel²². Quelle que soit la « formule contractuelle »²³, toutes ces formes de contrat produisent un effet normatif.

La densification normative du contrat. La normativité est aujourd'hui l'objet de toutes les attentions²⁴, comme en témoigne l'ouvrage dirigé par Mme Catherine Thibierge sur « la force normative »²⁵. Cette force normative peut renvoyer à trois idéaux-types²⁶ : une conception formelle, substantielle et/ou réaliste. Dans une acception formelle, la norme est juridique parce qu'elle est contraignante²⁷. Elle tient aussi sa juridicité de l'organe habilité qui en est l'auteur. Est juridique la norme qui est élaborée et sanctionnée par un organe étatique ou supra-étatique²⁸. Il est ici question de la « valeur normative » de la règle²⁹. A cette conception

²⁰ Henri BATIFFOL, « La "crise du contrat" et sa portée », (1968) A.P.D. Tome XIII Sur les notions de contrat 13.

²¹ Louis JOSSERAND, « L'essor moderne du concept contractuel », dans Recueils d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, Tome II, Les sources générales des systèmes, Paris, Ed. Edouard Duchemin, 1977, p. 333 ; Michel Vasseur, « Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle » (1964) 1 R.T.D. civ. 5.

²² Mustapha MEKKI, « Le discours du contrat. Quand dire, ce n'est pas toujours faire », (2006) 2 Revue des contrats 297.

²³ Sur ce terme, v. L. BOY, « Les "utilités" du contrat », (10 septembre 1997) 109 P.A. 3, spéc. 5.

²⁴ Pour d'autres références, v. Stéphane GERRY-VERNIERES, Les « petites » sources du droit (A propos des sources étatiques non contraignantes), Thèse Paris II, 2010, n° 117, p. 123, note 7.

²⁵ C. THIBIERGE (dir.), La force normative. Naissance d'un concept, Paris, L.G.D.J., Bruxelles, Bruylant, 2010.

²⁶ Sur la notion d'idéal-type de Max Weber, v. Jacques GROSCLAUDE, « Préface », dans Max WEBER, Sociologie du droit, Paris, P.U.F., p. 16.

²⁷ Sur cette approche, v. François OST, « Entre ordre et désordre : le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit », (1986) 31-31 A.P.D. 133.

²⁸ En ce sens, v. par ex. Jean-Luc AUBERT et Éric SAVAUX, Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, Paris, Armand-Colin, 13ème éd., 2011, n° 18, p. 15. Contra, François Terré, Introduction générale au droit, Paris, Dalloz, coll. Précis, 7ème éd., 2010, n° 45, p. 43.

²⁹ Catherine THIBIERGE, « Conclusion », dans C. THIBIERGE (dir.), La force normative. Naissance d'un concept, Paris, L.G.D.J., Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 827.

formelle s'adjoit une conception substantielle de la norme juridique. La forme de la règle paraît insuffisante. Elle doit également satisfaire à un certain nombre de conditions substantielles : conformité à l'intérêt général, conformité à la morale, conformité à une certaine idée de la Justice...³⁰ Enfin, la norme et sa juridicité peuvent être conçues de manière réaliste³¹. L'effectivité serait le signe de la juridicité de la norme³². Cette effectivité désigne tant l'application par les tribunaux de la règle, « garantie normative »³³, que sa réception par les destinataires, qui traduit « la portée normative » de la règle³⁴. Quel que soit l'idéal-type auquel on adhère, il y a un dénominateur commun qui pourrait devenir le critère de la juridicité. Ce critère, proposé dans une thèse récente de Madame Stéphane Gerry-Vernières, est celui de l'effet juridique. Il y a « effet juridique » dès lors que « l'énoncé a des conséquences dans le système juridique »³⁵. A l'auteur d'ajouter que

« l'effet juridique se distingue clairement de l'effet contraignant. Ainsi un énoncé pourtant privé de force obligatoire peut produire des effets juridiques. En second lieu, l'effet juridique se distingue de l'effectivité (car) dire qu'un énoncé produit des effets juridiques ne signifie pas qu'il sera à coup sûr et systématiquement suivi par les acteurs juridiques »³⁶.

³⁰ Sur le fondement axiologique du droit, Mustapha MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris, L.G.D.J., Préf. J. Ghestin, 2004, spéc. n° 222 et s.

³¹ Sur l'empirisme juridique, v. Alf Ross, *Introduction à l'empirisme juridique, textes théoriques*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., Coll. La pensée juridique, 2004.

³² En ce sens, notamment, François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, n° 94, 2002, spéc. p. 380 et s. Adde, Sandrine CHASSAGNARD-BINET *Normalité et norme juridique : d'une force normative à l'autre*, dans C. THIBIERGE (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, L.G.D.J., Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 153 et s.

³³ C. THIBIERGE, « Conclusion », dans C. THIBIERGE (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, L.G.D.J., Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 834.

³⁴ *Id.*, p. 832.

³⁵ S. GERRY-VERNIERES, *Les « petites » sources du droit (A propos des sources étatiques non contraignantes)*, Thèse Paris II, 2010, n° 176, p. 172.

³⁶ *Id.*, n° 185, p. 179 et 180.

La force normative du contrat ne se réduit donc pas à sa force obligatoire et à sa force contraignante. La force incitative, persuasive, directive ou recommandatoire du contrat se densifie.

Contractualisation et densification normative. La densification normative du contrat est étroitement liée à un autre phénomène mieux connu des juristes : la contractualisation du droit et de la société³⁷. La contractualisation désigne, tout d'abord, une « hypertrophie » du contenu contractuel³⁸. Les obligations contractuelles non voulues par les parties et les clauses du contrat sont plus nombreuses³⁹. L'implosion du contrat s'accompagne de son explosion. De « nouvelles » utilités du contrat prolifèrent. Il est un outil de gestion, de structuration, de responsabilisation, d'individualisation, de prescription, d'organisation... Il est également sur le plan rhétorique l'objet d'une inflation verbale. Dans cette optique, la densification normative du contrat renvoie tant à la juridicisation⁴⁰ du contrat au sens où ce dernier est amené à produire des effets juridiques au-delà de la sphère contractuelle traditionnelle et au-delà des seules parties au contrat. La densification normative du contrat devrait s'accompagner d'une intensification de la force obligatoire du contrat. *Or, il semble que ce que le contrat a gagné en extension, par*

³⁷ V. not. Alain SUPIOT, « La contractualisation de la société », dans Yves Michaud (dir.), *Qu'est-ce que l'humain ?*, vol. 2, Université de tous les savoirs, éditions O. Jacob, octobre 2000, p. 157 ; Sandrine CHASSAGNARD-PINET et David HIEZ (dir.), *Approche renouvelée de la contractualisation*, P.U.A.M., 2007. Adde, Mustapha MEKKI, *Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat*, dans S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Paris, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2008, p. 321.

³⁸ Sur ce point, v. Jean-Pascal CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », dans Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, *Thèmes et commentaires*, 2003, p. 99, spéc. aux pages 106 et s.

³⁹ Geneviève HELLERINGER, *Les clauses contractuelles. Essai de typologie*, Thèse, Université Paris I, 2010. Adde, Mustapha MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle », (2006) *R.D.C.* 1051 et 2007, p. 239 et s.

⁴⁰ Comp. Antoine JEAMMAUD, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concepts en jeu », dans Jean CLAM et Gilles MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, L.G.D.J., *Droit et société, Recherches et travaux* n° 5, 1998, p. 47. Le terme juridicisation peut être utilisé pour désigner « une évolution du rapport entre le droit et les relations sociales, soit par extension de l'empire du premier, soit par densification de la couverture qu'il impose aux secondes ».

densification de ses effets juridiques, il l'a perdu en compréhension, en raison d'une dilution de ses effets.

Le paradoxe de la densification du contrat : extension et dilution. En définitive, ce que le contrat a gagné en densité, il semble l'avoir perdu en intensité. Densifier, c'est épaissir, compacter, accroître, alourdir. L'inflation contractuelle se manifeste d'abord de manière quantitative : on observe une extension normative du contrat (I). L'antonyme de la densité, c'est la fluidité, l'inconsistance, la dispersion, la légèreté. Paradoxalement, à l'aune du contrat, la densification coexiste avec un processus de « dédensification ». L'extension entraîne une dispersion. A ce titre, la densification normative fait produire au contrat des effets juridiques d'une grande opacité. Il faut alors être plus critique sur l'inflation contractuelle en terme qualitatif : on observe une dilution normative du contrat (II).

I.L'extension normative du contrat

Le terme d'extension est tout aussi ambivalent que celui de densification normative. Mais ce dernier n'ayant pas de sens juridique précis, il autorise à utiliser des termes qui eux-mêmes n'ont pas un sens juridique prédéterminé. Ainsi en est-il de la notion d'extension normative qui décrit l'idée que le contrat produit des effets juridiques plus étendus qu'à l'habitude. Cette extension des effets juridiques s'observe tant au sein du contrat qu'en dehors du contrat. *En procédant en quelque sorte à une analyse intrinsèque et extrinsèque du processus d'extension, il est possible d'observer une implosion du contenu contractuel et une explosion de la fonction juridique du contrat.* Il existe, de manière complémentaire, une enflure normative du contrat (A) et une inflation normative du contrat (B).

A. L'enflure normative du contrat

L'enflure normative renvoie à l'idée que le contrat ne cesse de voir son contenu s'étendre. *Il s'opère un gonflement normatif du contrat.* Cette densification normative est l'œuvre des parties qui recherchent pour certaines d'entre elles la conclusion d'un contrat sur mesure : conditions générales dont la densité ne cesse de se renforcer⁴¹ ; clauses contractuelles aux fonctions multiples⁴² ; stratégie contractuelle consistant à nuire à l'information nécessaire en densifiant l'information inutile⁴³. Ce n'est pourtant pas cette densification choisie, consentie qui importe ici. L'enflure normative subie ou imposée est plus singulière et se traduit tant par une pulvérisation des obligations contractuelles (1) que par une dispersion des devoirs contractuels (2).

1°/ La pulvérisation des obligations contractuelles

La multiplication des obligations implicites. La densification normative du contrat n'est pas essentiellement le produit de la volonté des parties. Les termes de « convention légalement formée », figurant à l'article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil, rappellent que tout n'est pas contractuel dans le contrat, au sens où tout n'est pas nécessairement voulu par les parties. Cet aphorisme d'Emile Durkheim est d'ailleurs directement lié au phénomène de densification normative car, selon l'auteur, « [...] partout où le contrat existe, il est soumis à une réglementation qui est l'œuvre de

⁴¹ Sur l'influence des conditions générales sur la nature du consentement, v. Francis LIMBACH, Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales. De l'utilité du concept de déclaration de volonté, Préf. Cl. Witz, L.G.D.J., Tome 412, 2004.

⁴² V. not. G. HELLERINGER, Les clauses contractuelles. Essai de typologie, Thèse, Université Paris I, 2010. Adde, M. MEKKI, « Un nouvel essor du concept de clause contractuelle, 1^{re} partie », (2006) 4 Revue des contrats 1051 et « 2^{ème} partie », (2007) 2 Revue des contrats 239.

⁴³ On peut citer, pour illustration, un arrêt rendu par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation du 26 juin 1991. Un bailleur avait envoyé une quantité d'informations largement supérieure à celle que la loi lui imposait ce qui nuisait à la compréhension de son destinataire, Cass. 3^{ème} civ., 26 juin 1991, Bull. civ. III, n° 194.

la société et non celle des particuliers, et qui **devient toujours plus volumineuse et plus compliquée** »⁴⁴. La densification normative subie a pour source le droit imposé qu'il s'agisse de la loi au sens formel de règle générale et abstraite ou de la jurisprudence. Le législateur multiplie les obligations d'information⁴⁵, les mentions obligatoires⁴⁶, les mentions manuscrites⁴⁷, des modèles-type⁴⁸ ou contrats-type⁴⁹ et autre formalisme informatif⁵⁰. Les juges collaborent à ce processus d'enflure normative du contrat. Ils se fondent parfois sur les dispositions de l'article 1135 du Code civil⁵¹. Comme le souligne Denis Mazeaud,

« le juge se livre en s'appuyant sur les art. 1134 et 1135 c. civ. **à une densification des obligations contractuelles**. Procédant par voie d'adjonction, la jurisprudence a ainsi créé de toutes pièces, par souci d'équité, d'équilibre ou au nom de l'impératif d'indemnisation, des obligations d'information, de conseil, de sécurité et de surveillance »⁵².

La densification, terme botanique qui signifie l'opération par laquelle on force les végétaux à donner des fruits avant le temps⁵³, répond ainsi au terme botanique de « forçage du contrat », utilisé quatre-vingts années

⁴⁴ Émile DURKHEIM, De la division du travail social, Paris, P.U.F., Coll. bibliothèque de philosophie contemporaine, 1973, spéc. p. 189.

⁴⁵ V. Yves PICOD, « L'évolution de l'obligation d'information de la caution pendant l'exécution du contrat », dans Études offertes au doyen Philippe Simler, Paris, Litec-Dalloz, 2006, p. 395.

⁴⁶ S'agissant des mentions obligatoires, v. par ex. art. L. 111-1 et s., L. 113-3, L. 121-1, L. 133-2, L. 134-1 C. cons.

⁴⁷ Art. 22-1 loi du 6 juillet 1989, art. L. 341-2 et L. 341-3 C. cons.

⁴⁸ Ex. mandat de protection future sous seing privé devant prendre la forme d'un acte sous seing privé contresigné par un avocat (art. 492 C. civ.) ou utiliser le modèle imposé par décret.

⁴⁹ On se rappelle le rôle supplétif joué par le contrat-type réglementaire de transport de marchandises de moins de 3 tonnes dans l'affaire Chronopost.

⁵⁰ Agathe LEPAGE, « Les paradoxes du formalisme informatif », dans Etudes de droit de la consommation, liber amicorum Jean Calais-Auloy, Paris, Dalloz 2004, p. 597.

⁵¹ Sur cette densification par le canal de l'équité de l'article 1135 du Code civil, v. Philippe JACQUES, Regards sur l'article 1135 du Code civil, Préf. Fr. Chabas, Paris, Dalloz, 2005.

⁵² Denis MAZEAUD, « Constats sur le contrat, sa vie son droit », (1998) 58 Petites affiches 9.

⁵³ Littré, V° Densification, Revue hortic. 1er fév. 1873, n° 3, p. 60.

auparavant par Louis Josserand⁵⁴. Le juge procède, également, à un affinage des obligations légales. A l'obligation d'information il adjoint le devoir de conseil⁵⁵ ou le devoir de mise en garde⁵⁶. Parfois, le juge crée, de toute pièce, des obligations nouvelles. Il y a plus de cent ans, déjà, la Cour de cassation créait l'obligation de sécurité déterminée dans les contrats de transport de personnes. Plus récemment, pléthore d'obligations détachées de toute disposition légale formelle sont apparues : obligation pour un employeur de garantir les actes ou faits de ses salariés⁵⁷ ; obligation de surveillance permanente⁵⁸...

Le trop plein d'obligations. Si la densification normative est subie par les parties, elle n'en est pas moins légitime. Les obligations implicites, même si elles découlent d'une interprétation divinatoire, font du contrat un outil de justice contractuelle. L'effet pervers est un trop plein d'obligations qui nuit à leur efficacité. L'enflure touche alors non seulement le nombre mais également la qualité des obligations contractuelles. L'obligation d'information en est une parfaite illustration : trop d'information tue l'information⁵⁹ !

Cette enflure normative du contrat ne renvoie pas uniquement aux obligations mais également aux devoirs.

⁵⁴ Louis JOSSERAND, Obligation de sécurité et « forçage » du contrat, note sous Cass. req, 1er août 1929, D. 1930, jur. p. 25.

⁵⁵ Devoir de conseil du notaire enrichi par la jurisprudence, pour une vue d'ensemble, v. Mathias LATINA, « Le notaire et la sécurité juridique », (22 Octobre 2010) 42 J.C.P. (N) 1325.

⁵⁶ Devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit, par exemple, Cass. 1re civ. 12 juill. 2005, n° 03-10.770 et n° 02-13.155.

⁵⁷ Cass. soc., 18 octobre 2006, R.D.C., 2007-2, p. 714 et s., obs. Y.-M. Laithier.

⁵⁸ Cass. 1re civ., 1er déc. 1999, Bull. civ. I, n° 330 : à la charge de l'exploitant d'un centre de karting

⁵⁹ Jean CARBONNIER, Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur, 10ème éd., Paris, L.G.D.J., 2001, p. 321 : « trop de transparence tue la transparence ».

2°/ La dispersion des devoirs contractuels

La multiplication des devoirs contractuels. Tout n'est pas obligationnel dans le contrat. Le contrat est également une norme juridique. A la différence de l'obligation, le devoir renvoie à une norme générale de comportement qui se distingue de l'obligation fondamentale du contrat. Ces devoirs sont aujourd'hui nombreux : devoir de cohérence⁶⁰, devoir de vigilance, de délicatesse, de patience, de tolérance, de discrétion, d'honneur, de simplicité, etc.⁶¹. Le plus célèbre d'entre eux est très certainement l'exigence de bonne foi rattachée au devoir de loyauté⁶². A ce titre, le contrat sert de référent aux comportements des parties. La force normative du contrat impose aux parties un comportement plus exigeant que pour les tiers au contrat. Cette affirmation permet de comprendre la différence entre l'article 1382 du Code civil et l'article 1134 du Code civil. Le seuil normatif de la faute contractuelle est différent de celui de la faute extra-contractuelle⁶³. Ce faisant, l'assimilation de l'article 1134 al. 3 à l'article 1382 du Code civil ne peut être envisagée et tout manquement au devoir de bonne foi ne devrait pas être sanctionné par une responsabilité délictuelle⁶⁴. La convention ne se contente pas d'intensifier les relations entre les parties, elle doit également servir de guide à leurs actes et à leurs comportements : « La formation d'une convention ne fait pas que hausser le degré de rigueur attendue du comportement. Elle imprime aux relations des parties une direction, une orientation, qui n'est autre que la réalisation du but qui les a fait s'unir »⁶⁵. Ce sont, enfin, les devoirs eux-mêmes qui se densifient avec une

⁶⁰ Cass. 3ème civ., 28 janvier 2009, pourvoi n° 07-20891.

⁶¹ V. Philippe LE TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXIe siècle*. Essai, Paris, Dalloz-Dunod, 2000, spéc. p. 206 et s.

⁶² La bonne foi est une « exigence », un devoir et non une simple obligation, v. not. Cass. 3ème civ., 18 mai 2011, n° 10-11721.

⁶³ Sur cette idée, v. Philippe BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, 2ème édition, n° 129, 2009, p. 81 et 82.

⁶⁴ Contra, Philippe STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*. Essai d'une théorie, Préf. R. Bout, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 337, 2000, n° 126, p. 116 : la bonne foi est « une exigence de comportement qui joue dans les relations sociales indépendamment de leur caractère contractuel ou extracontractuel ».

⁶⁵ P. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Préf. Fr. Chabas, Paris, Dalloz, 2005, spéc. n° 110.

extension du champ d'action de la bonne foi⁶⁶ : obligation positive de corriger les erreurs du cocontractant⁶⁷ ; obligation d'agir dans l'intérêt du créancier⁶⁸ ; obligation de renégocier les termes du contrat⁶⁹... Le devoir de cohérence lui-même ne cesse de s'étendre : contradiction entre les comportements, contradiction entre les clauses d'un acte ; contradiction entre clauses contractuelles et obligation essentielle du contrat...

Les effets pervers. Renforcer le lien de confiance entre les contractants ne peut être condamné. Cependant, la densification normative peut avoir pour effet pervers d'alourdir à outrance la charge des parties faisant craindre à certains que le contrat, instrument d'échange et support d'intérêt égoïstes, ne se transforme en contrat d'alliance où les intérêts particuliers seraient soumis à un « obscur » intérêt commun contractuel⁷⁰. Le Doyen Carbonnier exprimait ainsi son inquiétude soulignant qu'on a voulu faire du mariage un contrat, on voudrait aujourd'hui faire du contrat un mariage⁷¹. A dire vrai, tout dépend de la nature du contrat conclu. Plus le lien contractuel sera intense, contrat dit relationnel par exemple⁷², plus la densification normative imposée sous la forme de devoirs contractuels sera importante. La densification normative ne peut être homogène et doit dépendre de la nature du contrat, partage qui ne se dégage pas encore clairement de l'analyse du droit positif.

⁶⁶ V. cep., Cass. com., 10 juillet 2007, pourvoi n° 06-14768 ; GAJC, n° 164.

⁶⁷ Cass. 1re civ., 23 janvier 1996, Bull. civ. I, n° 36.

⁶⁸ Cass. 1re civ., 11 juin 1996, Bull. civ. I, n° 245.

⁶⁹ Cass. com., 3 novembre 1992, R.T.D. civ., 1993, n° 7, pp. 125 et 126, obs. J. Mestre.

⁷⁰ François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, Droit civil. Les obligations, 8ème éd., Paris, Dalloz, Coll. Précis, 2002, spéc. n° 42, p. 44 et s.

⁷¹ Jean CARBONNIER, Droit civil, Tome 4, Les obligations, 22ème éd., Paris, P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 2000, n° 114, p. 213.

⁷² François OST, « Temps et contrat, Critique du pacte faustien », dans La relativité du contrat, Travaux de l'association Henri CAPITANT, Journées nationales, Tome 4, Nantes-1999, Actes du colloque organisé avec le concours de la Maison des Sciences de l'Homme Ange Guépin, L.G.D.J., 2000, p. 137 aux pages 146 et s. Pour une approche critique, Yves-Marie LAITHIER, « A propos de la réception du contrat relationnel en droit français », (2006) 15 Recueil Dalloz Chronique 1003.

B. L'inflation normative du contrat

Par inflation normative, il faut comprendre que *le contrat ne se contente pas de créer des obligations ou d'intensifier les devoirs des contractants. Le contrat produit des effets normatifs qui vont au-delà du contrat et ne concernent pas toujours les seules parties au contrat.* Le contrat est plus qu'une addition des obligations et des devoirs. Pour faire état de cette densification de l'effet normatif du contrat, au-delà des obligations et des devoirs, il convient d'en exposer la justification (1) avant d'en exposer les principales manifestations (2).

1°/Les justifications

De l'effet obligatoire à l'effet normatif. Pacsal Ancel a raison de dire que le contrat produit d'autres effets que de créer des obligations⁷³, même s'il faut admettre que la création d'obligations reste « l'effet spécifique du contrat »⁷⁴. La distinction entre force obligatoire et contenu obligationnel, défendue par l'auteur, existe bien avant 1804 mais n'a pas été reprise par les rédacteurs du Code civil et n'a pas influencé la majorité de la doctrine. En droit romain, déjà, la distinction avait été faite, même si elle n'a pas été théorisée, entre le contrat et l'obligation⁷⁵. Après le Code civil, la distinction est dans certains esprits. Ainsi de Charles Demolombe qui expliquait que « autre chose est la convention, autre chose est l'obligation [...]. 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 le lequel le débiteur est engagé envers le créancier ». Distinguer le lien contractuel du lien d'obligation ne revient pas à détacher totalement l'obligation du contrat. Le contrat demeure le cadre normatif

⁷³ Comp. Rémy LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », dans *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit : mélanges offerts à Jean-Luc Aubert Mélanges*, Dalloz, 2005, p. 211, spéc. n° 25, à la page 233.

⁷⁴ *Id.*, spéc. à la page 215.

⁷⁵ Jean GAUDEMET, *L'obligation*, Paris, Dalloz, 2000, spéc. p. 24 et s.

de l'obligation. Pour utiliser une formule propre au pluralisme juridique, l'obligation reste « relevante » par rapport au contrat⁷⁶. Cela revient à considérer l'obligation comme autonome tout en exigeant d'elle qu'elle soit toujours sinon conforme à, du moins compatible avec la norme contractuelle. Pascal Ancel considère ainsi que le contrat est une norme, conception inspirée de l'analyse Kelsénienne. Cela explique, selon l'auteur, que tout ne soit pas contractuel, au sens de voulu par les parties, dans le contrat. A dire vrai, il se détache quelque peu de l'analyse kelsénienne qui réduit le contrat, acte créateur de règles, à un acte créateur de règles de conduite donc d'obligations, de permissions et d'interdictions⁷⁷. Pour Pascal Ancel, les normes créées par le contrat ne se réduisent pas uniquement à des règles déontiques, de conduite, mais renvoient à l'idée de modèle. « Ces normes vont servir de référence pour organiser les relations des parties, qu'elles prennent ou non la forme de rapports créancier-débiteur. »⁷⁸

En définitive, en adaptant quelque peu la terminologie de Pascal Ancel, le contrat a une force normative. Parmi ces effets normatifs, il faut distinguer la création d'obligations, ce sont les effets obligationnels, et les « autres »⁷⁹ effets normatifs (règles de conduite, création d'une zone de distribution, organisation d'une activité ou d'une procédure de règlement des différends, ...).

2°/ Les manifestations

⁷⁶ Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, traduction de la 2ème édition de *Ordinamento giuridico* par L. Francois et P. Gothot, introduction de P. Francescakis, Dalloz, Coll. « Philosophie du droit », Paris, 1975, Chap. II, § 34, p. 106.

⁷⁷ V. sur ce point, les critiques de Vincent MAZEAUD, *L'obligation de couverture*, Préf. P. Jourdain, Paris, IRJS, bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne, 2010, n° 115, p. 145 et s.

⁷⁸ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », (1999) R.T.D. civ. 771, n° 9.

⁷⁹ Sur l'idée que l'obligation serait aussi un effet normatif du contrat, v. V. MAZEAUD, *L'obligation de couverture*, Préf. P. Jourdain, Paris, IRJS, bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne, 2010, n° 116, p. 149.

Parmi les manifestations des « autres » effets normatifs du contrat, signes d'une inflation normative, il est possible de s'attarder sur trois hypothèses : l'ordre juridique contractuel, le contrat outil d'organisation et le contrat outil de résolution des conflits.

L'ordre juridique contractuel. En adhérant au pluralisme juridique⁸⁰, au sens de pluralisme des ordres juridiques⁸¹, il devient possible de concevoir l'existence d'un ordre juridique contractuel. L'ordre juridique contractuel ne doit cependant pas contrarier l'ordre juridique étatique. L'ensemble donne l'image de « poupées gigognes »⁸². Les contrats de longue durée sont des illustrations topiques. Même si l'idée d'ordre juridique contractuel est rarement évoquée par la doctrine⁸³ et semble ignorée par le droit positif, elle peut être défendue à l'analyse de certains contrats, notamment les contrats de longue durée. Le secteur de la distribution est le plus propice au développement de ces ordres juridiques contractuels⁸⁴.

Fonction para-juridictionnelle du contrat. Le contrat, sans créer d'obligations ou de devoirs, peut aussi être un instrument de résolution des conflits. En ce sens, il remplit une fonction para-juridictionnelle. Certes, dès 1804 se développent la transaction et le compromis⁸⁵. Aujourd'hui, cependant, une banalisation du contrat, dans ce domaine,

⁸⁰ Sur la notion d'ordre juridique, v. Jacques CHEVALLIER, « L'ordre juridique », dans *Le droit en procès*, C.U.R.A.P.P., P.U.F., 1983, p. 7, spéc. à la page 8.

⁸¹ Pour une étude générale du phénomène, Georges GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, Pédone, 1935.

⁸² Jean-Guy BELLEY, *Le contrat entre droit, économie et société*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, spéc. p. 307.

⁸³ V. cep. Martine BEHAR-TOUCHAIS et Georges VIRASSAMY, *Les contrats de la distribution*, 2ème éd., L.G.D.J., 2001, n° 885 et s., p. 467 et s.

⁸⁴ Sur l'institutionnalisation des réseaux de distribution, v. Laurence AMIEL-COSME, « La théorie institutionnelle du réseau », dans *Aspects actuels du droit des affaires, mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 1.

⁸⁵ Art. 2044-2058 C. civ. pour la transaction et art. 2059-2061 C. civ. pour le compromis.

peut être soulignée⁸⁶. Le contrat assure une fonction para-juridictionnelle car, qu'il soit un complément au processus de décision de justice ou un substitut, il permet de dire le droit en réglant un conflit individuel ou collectif⁸⁷.

Manifestement le contrat a gagné en densité normative tant sur le plan interne, par une densification de son contenu, que sur le plan externe, par une densification de ses effets juridiques au-delà des parties. Cependant, cette extension normative du contrat a un coût et ce qu'il a gagné en extension le contrat semble l'avoir perdu en compréhension⁸⁸. En effet, cette extension normative du contrat s'est accompagnée de sa dilution normative.

II. La dilution normative du contrat

La dilution⁸⁹ normative est un phénomène naturel. Plus le champ d'action d'une force est important moins le flux de cette force est intense. A dire vrai, la réalité est plus complexe. La densification est à l'origine d'un double mouvement au cœur duquel se trouve l'effet normatif du contrat. *L'effet normatif traditionnel du contrat, à savoir sa force contraignante et sa force obligatoire, a certes gagné en volume, a pris de la densité mais au prix d'un affaiblissement de son intensité.* En retour, cependant, le contrat a développé une autre forme d'effet normatif plus incitatif, plus recommandatoire, qui n'en reste pas moins un effet juridique, donc normatif. Il s'est ainsi opéré, en complément de l'affaiblissement de

⁸⁶ En ce sens, Loïc CADIET, « Une justice contractuelle, l'autre », dans *Le contrat au début du XXIe siècle - Études offertes à Jacques Ghestin*, L.G.D.J., 2001, p. 177, spéc. n° 4, aux pages 186 et 187.

⁸⁷ Sur cet aménagement, v. Marie LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants. Recherche sur un possible imperium des contractants*, Préf. J. Mestre, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2006.

⁸⁸ Alain Caille parle en ce sens de « contractualité » qui devient « la forme sociale générale », Alain CAILLE, « De l'idée de contrat. Le contrat comme don à l'envers (et réciproquement) », dans *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 27, spéc. à la page 32.

⁸⁹ Terme emprunté à Michel VASSEUR, « Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle » (1964) 1 R.T.D. civ., 5, n° 27, à la page 46.

l'intensité des effets normatifs classiques, un déplacement de l'effet normatif du contrat vers de nouvelles sphères. Affaiblissement de l'intensité des effets normatifs traditionnels (A) et déplacement de l'intensité des effets normatifs du contrat (B) contribuent à cette impression de dilution normative du contrat.

A. Un affaiblissement de l'intensité

L'affaiblissement de l'intensité normative traditionnelle du contrat est un effet inévitable de l'extension du champ contractuel. *Plus le champ est étendu moins la force est intense*. Cet affaiblissement de l'intensité peut être observé tant à l'égard du contenu du contrat qu'à l'égard de la force obligatoire du contrat.

Les obligations contractuelles. Le contenu renvoie aux obligations et aux clauses contractuelles. S'agissant de l'affaiblissement de l'intensité des obligations contractuelles, un exemple peut suffire : l'obligation de sécurité. Créée par un arrêt rendu par la Chambre civile de la Cour de cassation du 21 novembre 1911 en matière de transport terrestre de personnes⁹⁰, l'obligation de sécurité était initialement une obligation déterminée c'est-à-dire de résultat. On ne pouvait concevoir qu'elle devienne un jour une obligation de moyens car elle avait été justement créée pour faciliter l'indemnisation des victimes et les dispenser d'avoir à prouver une faute. Cependant, devant la pulvérisation des obligations de sécurité gagnant tous les contrats sans lien avec la fonction de transport et ne comportant pas un danger pour les parties, la jurisprudence a eu tendance à réduire l'intensité des obligations de sécurité⁹¹. La plupart d'entre elles sont aujourd'hui de simples obligations de moyens supposant de la victime la preuve d'une faute contractuelle. Gagnant en densité, elle a perdu en intensité.

⁹⁰ Cass. civ., 21 novembre 1911, D.P., 1913, I, 249, note Sarrut.

⁹¹ V. Geneviève VINEY et Patrice JOURDAIN, Les conditions de la responsabilité, 3ème édition, 2006, L.G.D.J., n° 550 et s., p. 542 et s.

Les clauses non contractuelles. La même idée se dégage de l'analyse des nombreuses clauses contractuelles qui, pour certaines d'entre elles, viennent polluer la force obligatoire du contrat. L'idée se résume à l'affirmation suivante : toutes les clauses du contrat ne sont pas des clauses contractuelles. En ce sens, le contenu contractuel est parfois « pollué » par un grand nombre de clauses qui ne créent pas d'obligations nouvelles et ne peuvent alors être régies par le droit des contrats⁹² : « clauses légales », mentions obligatoires imposées par la loi⁹³, « clauses indicatives », rappelant aux parties leurs obligations⁹⁴. Pour illustration, le contrat de travail se compose de nombreuses clauses dites informatives qui brouillent les frontières de la sphère contractuelle⁹⁵. La nature contractuelle de la clause est pourtant un enjeu de taille : intangibilité de la clause en cas de modification de la loi ou de la convention collective, notamment. Un arrêt récent offre un exemple récent de cet embarras⁹⁶ à propos d'une clause rappelant la possibilité de réaliser un rapport en moins prenant en nature plutôt qu'en valeur en matière de libéralités. En intégrant dans la donation les dispositions relatives au rapport en moins prenant, avait-on affaire à une clause contractuelle interdisant au donataire de rapporter en nature ou était-ce un simple rappel de la loi ? La Cour de cassation a alors jugé que

« [...] si l'acte de donation peut écarter la faculté offerte à l'héritier de rapporter en nature, la cour d'appel, après avoir relevé que l'acte litigieux se bornait à reproduire les dispositions légales du rapport en moins prenant, a, par une recherche nécessaire de la commune intention des parties à

⁹² Pour une vue d'ensemble, v. M. MEKKI « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle », (2006) R.D.C. 1051.

⁹³ Thierry REVET, « La clause légale », dans Mélanges R. Cabrillac, Litec, 1999, p. 277, spéc. n° 2.

⁹⁴ Géraldine ARBRANT-MICHEL Les relations entre les clauses et le contrat, Université de Montpellier I, thèse microfiche, 2001, n° 344 et s., p. 127 et s.

⁹⁵ Jean PELISSIER, « Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail », (2004) 1 R.J.S. 3.

⁹⁶ Cass. 1re civ., 12 janv. 2011, n° 09-15.298, D. 2011. 239 ; AJ famille 2011. 164, obs. C. Vernières ; R.T.D. civ., 2001, p. 573, obs. M. Grimaldi.

l'acte, estimé que le donateur n'avait pas entendu imposer le rapport en valeur ».

La porosité des effets obligatoires du contrat. Le contenu du contrat n'est pas le seul à subir un déclin de son intensité. La force obligatoire du contrat a pour complément le principe de l'effet relatif des conventions de l'article 1165 du Code civil. Cette force du contrat, notamment, ne profite qu'aux parties et ne peut profiter aux tiers. On observe pourtant une dilution de cette force obligatoire au-delà des parties au contrat, signe d'une atténuation du principe de l'effet relatif des conventions. Le contrat n'est, en effet, plus étanche depuis que la Cour de cassation a consacré le principe d'identité entre faute contractuelle et faute délictuelle. En d'autres termes et selon la formule retenue par la Cour de cassation réunie en Assemblée plénière le 6 octobre 2006 : tout manquement contractuel peut fonder une action en responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle dès lors qu'il a causé un préjudice⁹⁷. Ce faisant, un tiers victime de l'inexécution d'une obligation de résultat, obligation de sécurité ou autre, pourrait se prévaloir de ce manquement pour engager la responsabilité extra-contractuelle d'une partie au contrat sans que celle-ci ne puisse lui opposer d'éventuelles clauses restrictives de responsabilité figurant dans son propre contrat. Le tiers profite du contrat mais n'en supporte pas les éventuelles limites. La solution peut choquer en ce qu'elle porte atteinte à la prévisibilité des parties et rend plus poreuse les frontières du contrat. La norme contractuelle, dont le seuil d'exigence est plus élevé, vient ainsi profiter aux tiers en toute impunité. La densification normative se traduit ici par l'effondrement des frontières du contrat au profit de tiers pouvant bénéficier d'obligations contractuelles tirées d'un contrat auquel ils n'ont jamais été parties.

En définitive, la force contraignante du contrat est mise à l'épreuve : les obligations contractuelles perdent en intensité, les clauses figurant dans le contrat n'ont pas la même intensité et la frontière qui sépare les parties

⁹⁷ Cass. ass. plén., 6 oct. 2006, G.A.J.C., n° 177 ; R.D.C., 2007/2, p. 269, obs. D. Mazeaud ; p. 279, obs. S. Carval ; p. 379, obs. J.-B. Seube.

et les tiers n'est plus étanche. Malgré tout, il serait erroné de croire que la normativité du contrat est, elle-même, en déclin. Certes, l'intensité normative traditionnelle du contrat s'est affaiblie au sens où la force obligatoire des obligations, la force contraignante des clauses et l'effet relatif des conventions sont moins intenses. En revanche, une nouvelle forme de normativité a pris le relais. L'effet normatif du contrat ne se réduit pas à l'effet obligatoire. L'affaiblissement de l'intensité normative du contrat s'accompagne d'un déplacement de l'intensité normative du contrat.

B. Un déplacement de l'intensité

La densification normative est inextricablement liée à la force normative⁹⁸. *La densification normative a entraîné une baisse d'intensité de l'effet obligatoire et contraignant du contrat mais a aussi contribué à créer une autre forme de normativité du contrat.* En effet, l'effet juridique du contrat ne se réduit pas à son effet contraignant. Les clauses contractuelles et le contrat produisent des effets normatifs nouveaux. Parmi les principaux effets juridiques du contrat, on peut observer un effet incitatif et un effet pédagogique du contrat et de ses clauses.

L'effet incitatif et pédagogique des clauses contractuelles et du contrat. Sans créer des obligations ou imposer de manière contraignante un comportement, certaines clauses contractuelles ou certains contrats peuvent avoir un effet incitatif. Cet effet incitatif est flagrant en présence de clauses venant constater certains actes ou faits. Ces clauses de constatation ou clauses déclaratives peuvent produire indirectement des effets probatoires⁹⁹. Ces clauses de reconnaissance (reconnaissance d'un défaut, d'une information, d'un paiement, ...) dissuadent d'une

⁹⁸ V. supra, n° 4.

⁹⁹ En ce sens, Joël MORET-BAILLY, « Les stipulations de constatation », (2001) R.R.J. 489 ; M. LAMOUREUX, L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants. Recherche sur un possible imperium des contractants, Préf. J. Mestre, P.U.A.M., 2006, n° 201 et s., p. 204 et s.

contestation ultérieure : « La constatation chasse la contestation »¹⁰⁰. Par ces clauses, le contrat permet de rendre un « fait contractuellement constant » qui ne peut plus être contesté, dès lors que le consentement est libre et éclairé.

Au-delà des clauses de ce type, le contrat lui-même peut être un relais législatif. C'est alors une fonction pédagogique qui est attribuée au contrat selon la formule de Madame Judith Rochfeld¹⁰¹. La force normative du contrat n'est pas d'imposer une règle nouvelle mais de renforcer l'efficacité et l'effectivité d'une règle préexistante. Cette fonction pédagogique se double d'une fonction rhétorique du contrat¹⁰². Le mot contrat est imprégné d'une force incantatoire, d'une force symbolique¹⁰³. Se développe aujourd'hui un discours contractuel sans formation d'un contrat¹⁰⁴. C'est le mot qui est ici pourvu d'un effet juridique qui consiste essentiellement à convaincre et à obtenir l'adhésion des destinataires, « portée normative » du contrat selon la terminologie retenue par Madame Catherine Thibierge. Ce faisant, le contrat gagne en densité mais il perd en compréhension. Cette rhétorique contractuelle n'est pas sans danger comme peut l'illustrer « l'affaire des recalculés »¹⁰⁵. Dans cette affaire, les chômeurs devaient signer un « contrat individuel » avec l'ASSEDIC, accord signé dans le cadre d'un plan d'aide au retour à l'emploi (PARE). Après changement de la législation en vigueur, s'est posée la question de savoir si ce contrat PARE était un vrai contrat faisant naître

¹⁰⁰ *Id.*, p. 205.

¹⁰¹ Judith ROCHFELD, « Le PARE ou les virtualités du "contrat pédagogique" », (2005) 2 R.D.C. 257, spéc. à la page 261.

¹⁰² Ce qui amène certains auteurs à parler de « paradigme du contrat », en ce sens, v. François COLLART-DUTILLEUL, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique ? », dans *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 225, spéc. à la page 227.

¹⁰³ M. MEKKI, « Le discours du contrat. Quand dire, ce n'est pas toujours faire », (2006) 2 *Revue des contrats* 297.

¹⁰⁴ Contrat d'accueil et d'intégration (art. L. 311-9 Ceseda), contrat de responsabilité parentale (F. Rollin, « Les visages menaçants du nouveau contractualisme : le contrat de responsabilité parentale », (2007) 1 R.D. sanit. soc. 38).

¹⁰⁵ V. not. Alain SUPIOT, « La valeur de la parole donnée (à propos des chômeurs "recalculés") », (2004) Dr. Soc. 541.

des obligations réciproques entre le chômeur et l'Assedic ou s'il s'agissait d'un simple rappel de la loi. Dans la première hypothèse, le changement de législation ne devait alors avoir aucun effet sur les contrats PARE en cours. La Chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 31 janvier 2007, a jugé, après de nombreuses controverses, que cet accord n'était pas un contrat¹⁰⁶ car il s'agissait d'un simple rappel des exigences légales du régime d'assurance-chômage sans création d'obligations nouvelles et distinctes des dispositions légales et réglementaires. On avait donc affaire à un simple « contrat pédagogique », à un simple relais informatif¹⁰⁷. De ce fait, les frontières entre loi et contrat se brouillent et l'effet normatif du contrat se dilue.

L'inflation contractuelle est en définitive étroitement liée à la notion de force normative. L'atténuation de la force contraignante, valeur normative du contrat, s'accompagne d'une intensification de sa portée normative, force qui réside dans la réception des destinataires de la norme contractuelle.

¹⁰⁶ Cass. soc., 31 janvier 2007, D., 2007, p. 1469, note P. Morvan.

¹⁰⁷ En droit du travail, v. Jean PELISSIER, « Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail », (2004) 1 R.J.S. 3. Comp. en droit des baux, Cass. ass. plén., 17 mai 2002, Bull. A.P., n° 1, p. 1.