R.I.E.J., 2006.56

Demogue et le droit des contrats

Isabelle DHAINAUT
Doctorante à l'Université de Lille 2, Centre René Demogue

1. À l'énoncé du thème abordé, un constat s'impose : il est impossible de restituer l'intégralité du droit des contrats tel qu'envisagé par Demogue. Les publications de l'auteur en la matière sont, en effet, relativement nombreuses : outre des articles de doctrine[1], ce dernier a surtout rédigé un traité des obligations conçu de manière originale. Cet ouvrage fourmille en l'occurrence de développements relatifs au contrat qui révèlent la singularité des opinions de l'auteur. L'originalité de son travail tient notamment à la méthode employée, l'auteur faisant précéder ses commentaires d'une longue énumération de décisions de justice[2]. Notre propos n'est donc pas de procéder à une retranscription de la pensée de l'auteur sur chacune des notions et techniques contractuelles. Cela induirait, en effet, des développements trop importants et détaillés, qui ne permettraient pas d'avoir une vue d'ensemble du sujet. La présente étude, par le choix d'éléments déterminants du droit des contrats, peut se fixer deux objectifs principaux, à savoir : matérialiser la place accordée, par l'auteur, au social, et illustrer sa conception du droit[3].

2. Le Droit, selon Demogue, doit être « une science en harmonie avec les besoins de la vie et non pas un système de déductions

---

[1] Cf., par exemple, R. DEMOGUE, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », in *RTDciv.*, 1907, p. 245 ; ID., « De la violence comme vice du consentement », in *RTDciv.*, 1914, p. 435 ; ID., « La notion de contrat », in *Randuv Jubilejni Pamatnik*, Redigoval Dr. Jan Krcmar, V.Praze, 1934, p. 37 ; ID., « De la classification des sources des obligations », in *Etudes offertes à Giampietro Chironi*, Fratelli Bocca, Rome, 1915, p. 105.

[2] Il faut souligner que Demogue semble accorder une importance toute particulière aux juridictions du fond, car nombre de leurs décisions sont en effet citées.

[3] Comp. BOULAIRE et HIEZ, « Le social chez René Demogue », dans cette revue. Il est également important de situer cette étude au sein de la problématique posée pour ce travail collectif, « Demogue, un juriste nihiliste » ?

logiques faites sans considération des réalités[4] ». L'auteur refuse, en effet, de céder à la tentation d'une systématisation excessive du droit, parce qu'il désire traduire le plus fidèlement possible la complexité de la vie sociale. Le juriste doit être un observateur privilégié du milieu social, et ce dans le but d'adapter le droit aux réalités. Cette flexibilité du droit est jugée primordiale, comme permettant de favoriser la paix sociale. Adoptant cette ligne de conduite, Demogue procède parfois à une analyse des faits et le plus souvent à celle de la jurisprudence[5]. Ce faisant, il sacrifie volontiers les classifications traditionnelles lorsqu'il éprouve quelque difficulté à y introduire les décisions judiciaires ainsi que les solutions admises par la pratique.

Lorsqu'il s'agit d'étudier le contrat, le juriste est, inéluctablement, conduit à percevoir ce dernier à travers le prisme de la théorie générale. Demogue ne nie pas l'utilité d'une telle approche. Toutefois, il en atténue considérablement la portée. Il pense notamment qu'il n'est pas possible d'établir une théorie générale qui ait vocation à perdurer[6]. Celle-ci s'apparenterait ainsi pour une grande part à une construction fictive qui n'aurait d'autre but que de rassurer par sa simplicité et sa solidité, mais elle présenterait l'inconvénient de dissimuler les mutations du droit vivant. Demogue souhaite au contraire les révéler, et prendre acte de l'évolution du droit des obligations. En effet, désirant se départir de la théorie qui enferme le juriste, c'est en tant qu'observateur du milieu social, que Demogue aborde le contrat. Paré de l'objectivité d'un témoin extérieur et

---

[4] R. DEMOGUE, « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », in *RTDCiv*. 1905, p. 723, spéc. p. 749.

[5] Gény formulera à cet égard une critique virulente lors du compte-rendu établi à l'occasion de la parution des *Notions fondamentales du droit privé*. « On peut craindre », dénonce Gény, « que l'auteur ne se soit pas exactement rendu compte des exigences les plus impérieuses de l'ordre juridique, et, qu'à force de vouloir réduire le droit aux faits qui l'expriment, il ait perdu de vue sa notion spécifique. Aussi bien, certains de ses développements (...) nous induisent-ils à penser qu'il lui arrive de confondre la vie juridique avec la vie ordinaire du monde. » (F. GÉNY, « Comptes rendus critiques, Les Notions fondamentales de droit privé, essai critique », in *Nouv. Revue hist. de droit français et étranger*, 1911, p. 110, spéc. p. 120).

[6] « Les dispositions légales relatives aux obligations prétendent abusivement au nom de théorie. Bien qu'elles soient douées grâce à leur généralité d'une longévité spéciale (...), elles ne sont susceptibles que d'applications temporaires. » (R. DEMOGUE, *Le Traité des obligations en général*, A. Rousseau, Paris, tome 1, 1923, n° 1, p. 1).

indépendant, il extirpe le contrat des règles juridiques dans lesquelles le juriste a l'habitude de « l'habiller » et de le cloisonner. Ce rôle d'observateur le conduit le plus souvent à remettre en cause les théories individualistes. Il estime, en ce sens, que l'on ne peut plus percevoir le contrat comme une manifestation de libre volonté. L'idée doit, selon l'auteur, être rectifiée à deux égards.

3. Demogue perçoit tout d'abord le contrat comme étant une nécessité sociale[7] dont il faut favoriser la conclusion. Les contrats sont, en effet, selon ses termes, « chargés du grand service social des appropriations individuelles[8] ». Du fait de la division croissante du travail, chacun est contraint de se procurer, par contrat, presque tout ce qui lui est nécessaire. Le rôle du contrat est, par conséquent, de satisfaire des besoins concrets. Le contrat, c'est avant tout, du point de vue de l'individu, un but matériel à réaliser[9]. « Le but qui domine l'acte juridique », précise Demogue, « est un but de fait : on veut détenir tel objet, on veut habiter telle maison[10]. » Ensuite, considérant le contrat comme un outil indispensable au cœur de l'organisation des rapports humains, l'auteur estime que le contrat a également un dessein social à remplir. Une idée s'impose : le contrat, simple manifestation des volontés, s'efface devant le contrat, instrument de réalisation d'un but social. Ce faisant, Demogue démystifie la volonté au profit de l'utilité du contrat au point d'en faire progressivement le nouveau centre de gravité.

L'observation du milieu social le conduit ensuite à un autre constat. L'état naturel en société n'est pas la liberté, mais la solidarité, la liberté pouvant simplement être considérée comme souhaitable dans une certaine mesure. Demogue souligne que le « droit civil ne doit pas

---

[7] *Le Traité…, op. cit.*, tome 2, 1923, n° 582, p. 236.

[8] *Ibidem.*

[9] Nous pouvons penser que, sur ce point, Demogue est proche des idées exposées par von JHERING, notamment quant à sa loi de finalité. Celle-ci « se formule dans cette règle : nul vouloir sans but. (…) Agir, et agir dans un but, sont termes équivalents » (*L'évolution du droit [Zweck Im Recht]*, trad. par O. de Meulenaere sur la 3e éd., Chevalier-Marescq, Paris, 1901, spéc. p. 7 et 9). Demogue ne cite jamais expressément Jhering, mais l'ouvrage *Zweck Im Recht* est souvent référencé en notes de bas de page. Ce dernier n'est pas le seul, puisque apparaissent, au gré des développements, les ouvrages *Œuvres choisies* et *Esprit du droit romain*. « C'est la loi de finalité qui est l'explication de toutes les obligations » (*Le Traité…, op. cit.*, tome 1, n° 8, p. 18).

[10] *Le Traité…, op. cit.*, tome 1, n°13, p. 27.

exclusivement se préoccuper des nécessités de l'individu et de sa liberté, il doit aussi se préoccuper des nécessités sociales, des avantages généraux à limiter cette liberté[11] ». Il n'y a pas en effet des individus libres et isolés, mais des individus faisant partie d'un groupe. Chaque individu est un individu social, lié à ses semblables. Les hommes étant forcés de vivre en commun, ils ne peuvent se passer de leur aide mutuelle. Ils seront obligés de s'accorder et ils le feront par le biais de conventions. Par conséquent, il devra exister une certaine solidarité entre eux, car les hommes sont interdépendants. L'obligation doit être consacrée comme instrument de coopération sociale[12]. Le contrat, concrétisation de la liberté, ne peut plus être l'emblème de la sphère contractuelle. Ce faisant, Demogue démystifie la liberté au profit de la solidarité.

4. S'intéresser au contrat en tant qu'observateur induit en réalité une entreprise de déconstruction. En effet, Demogue procède au démantèlement des deux éléments autour desquels avait été, pendant un temps, savamment orchestré le contrat. Il entreprend, d'une part, la démystification de la volonté (1), d'autre part, la démystification de la liberté (2).

1. La démystification de la volonté : de la volonté à l'utilité

5. Demogue ne désire aucunement nier le rôle de la volonté[13], mais il désapprouve l'omnipotence de celle-ci, notamment lorsqu'il s'agit de la présenter comme étant le fondement de la force obligatoire

---

[11] R. DEMOGUE, « De la classification des sources des obligations », in *Études offertes à Giampietro Chironi*, Fratelli Bocca, Rome, 1915, p. 113

[12] *Le Traité…, op. cit.*, tome 1, n° 10, p. 19. Demogue est indéniablement très proche des idées défendues par Gounot. Selon ce dernier, le contrat a pour « rôle de servir à l'échange, à la dynamique des valeurs, d'effectuer des déplacements de biens en vue de la coopération sociale et de la satisfaction des besoins de tous » (GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique,* thèse Dijon, Rousseau, Paris, 1912, p. 367-368, note 3).

[13] Le contrat nécessite inéluctablement une manifestation de volontés. Cependant, à la définition du contrat, accord de volontés, Demogue préfère le plus souvent lui substituer celle de transaction entre des intérêts opposés. (cf. « La notion du contrat », *op. cit.*, p. 41).

du contrat[14]. Il rappelle, en effet, que l'autonomie de la volonté et le respect de la volonté pour elle-même ne sont plus les idées dominantes[15]. L'auteur regrette que le but social du droit, et plus particulièrement celui du contrat, ne soit pas suffisamment mis en exergue. Jhering formule à peu près le même reproche aux juristes, déplorant que ceux-ci définissent le contrat comme « le concours des consentements » alors que l'élément déterminant réside, selon lui, dans le but[16].

Lorsqu'il s'agit d'expliquer la force obligatoire, Demogue estime que les théories avancées sont, en règle générale, insuffisantes, parce qu'elles sont inspirées de la philosophie individualiste du 19e siècle. Deux fondements sont, en effet, souvent avancés, à savoir la volonté[17] et l'obligation morale de respecter la parole donnée[18]. Pour l'auteur, cela ne reflète pas suffisamment, selon ses termes, le « côté social » de la force obligatoire. Il note que la force obligatoire du contrat a, certes, un fondement individuel - la volonté - mais également, un fondement social - la sécurité. La force obligatoire n'a en fait pour principal objectif que de satisfaire le plus grand besoin de

---

[14] C'est, selon Demogue, le résultat d'une attitude générale qui consiste à négliger le côté exécution (cf. *Le Traité…, op. cit.*, tome 1, n° 7, p. 17).

[15] Cf., pour le contexte, J.-L. HALPÉRIN, « Le fondement de l'obligation contractuelle chez les civilistes français du XIXe siècle », in *Liberté sociale et lien contractuel dans l'histoire du droit et la philosophie (2e symposium franco-allemand du 12 au 15 mars 1997)* sous la dir. de J.F. Kevégan et H. Mohnhaupt, Ed. Vittorio Klostermann, Frankfurt-am-Main, 1999, p. 323.

[16] « La définition est exacte, car l'élément obligatoire du contrat gît dans la volonté. Mais pour nous, dont l'étude porte, non sur la volonté comme telle, mais sur son élément déterminant : le but, la chose se présente sous un autre aspect, plus instructif à mon avis. Si le but détermine la volonté, le fait que les volontés de deux ou plusieurs personnes viennent à se rencontrer sur le même point, prouve la concordance de leurs buts ou de leurs intérêts : l'acte qu'elles ont en vue, acte de l'une d'elles ou de toutes deux, réalisera ce but commun. » (*L'évolution du droit, op. cit.*, p. 48-49.)

[17] Cf., pour récapitulatif sur la philosophie individualiste et la théorie de l'autonomie de la volonté, F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les Obligations*, Dalloz, Précis, Paris, 8e éd., 2002, p. 30 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les Obligations, 1- L'acte juridique*, Armand Colin, Paris, 10e éd., 2002, p. 67 et s.

[18] J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *ibidem*, n°65, p. 38.

la vie sociale, à savoir la sécurité[19]. Revenant ensuite sur l'obligation morale, Demogue affirme que celle-ci repose en fait sur « une obligation sociale », celle de s'assurer de l'utilité sociale du contrat[20]. En effet, l'auteur indique clairement que le législateur n'a accordé force obligatoire aux volontés privées que parce qu'il les a présumées en accord avec l'intérêt général[21], à défaut elles n'ont plus de raison d'être. Demogue définit par conséquent les contrats comme étant non « pas des produits de la libre volonté, mais des moyens pour atteindre dans la liberté, avec la variété qu'elle comporte, des buts d'utilité sociale[22] ». Démystifiant la volonté, Demogue accorde, par conséquent, une large place à l'idée de sécurité (a). L'auteur souhaite, en outre, que soit mise en avant l'utilité sociale du contrat, au point de l'ériger en véritable centre de gravité des conventions (b).

a. La sécurité et la déclaration de volonté.

6. Pour Demogue, la sécurité est le plus grand impératif de la vie sociale et juridique[23]. Il s'agit d'un besoin social primordial en raison de l'interdépendance des individus et de la division sociale du travail[24]. Le contrat permet de répondre à cette aspiration, car il est l'instrument privilégié de la prévision. C'est, en cela, selon l'auteur,

---

[19] « Nous touchons ici peut-être au plus grand desiderata de la vie juridique et sociale, au moteur central, le besoin de sécurité. » (*Les Notions fondamentales du droit,* A. Rousseau, Paris, 1911, p. 63, par la suite cité *NFDP*).

[20] *Le Traité…, op. cit.,* tome 1, n° 15, p. 30.

[21] *Ibidem*. Demogue veut d'ailleurs croire que cette présomption se révèle le plus souvent assez juste. Pour une idée similaire, GOUNOT, *op. cit.,* p. 121 : « Le contrat est-il respecté et sanctionné pour lui-même, parce que librement voulu, ou bien ne tire-t-il sa valeur juridique que de la valeur sociale de son contenu et de la légitimité du but auquel il tend ? La source et la mesure de son efficacité, est-ce la volonté qui la crée ? Est-ce l'intérêt général, auquel il est présumé coopérer ? ».

[22] *Le Traité…, op. cit.,* tome 2, 1923, n° 773, p. 594.

[23] La sécurité juridique est une préoccupation permanente du juriste, mais également de tout acteur économique. Cette importance n'a jamais été remise en question. Cf. A. CRISTAU, « L'exigence de sécurité juridique », in *D.2002*, p. 2814 ; C. LEPAGE, « Le principe de sécurité juridique est-il devenu un principe de valeur constitutionnelle ? », in *Gaz. Pal.* 1999, doct. p. 939.

[24] « Étant donné ce grand phénomène de l'interdépendance des individus, chacun ayant besoin du travail, des produits des autres et, de plus, étant obligé de conformer sa conduite sur ce qu'il croit que sera celle des autres, celle-ci ne doit pas être arbitrairement modifiée. » (*Le Traité…, op. cit.,* tome 1, n°15, p. 32).

un procédé plus perfectionné que le troc primitif. « Ayant voulu d'une certaine façon aujourd'hui », relève Demogue, « je ne puis vouloir le contraire demain, sans léser les tiers qui ont pu tenir compte de ma conduite pour régler la leur[25]. » Il s'agit donc de prendre conscience que le contrat s'apparente également à un fait social. « Qu'il est plongé, noyé dans un milieu de droits ou d'actes humains, il y réagit forcément. Ainsi chacun de nos actes », souligne l'auteur, « produit ses conséquences à l'infini, en longues ondes de répercussion[26]. » Le contractant est donc contraint d'exécuter, non pas simplement parce qu'il l'a voulu, mais parce qu'une fois sa volonté émise, elle a des répercussions dans le milieu social. La sécurité juridique exige qu'elle soit maintenue. Ce qui importe, c'est, par conséquent, le fait que la volonté ait été déclarée. Demogue veut ainsi concilier le système de l'autonomie de la volonté[27] et celui de la déclaration de volonté, sur lesquels nous allons ensuite revenir. Cette approche modifie sensiblement l'analyse de la formation du contrat[28] et celle de son interprétation.

a.1. la formation

7. Quant au moment précis de la formation du contrat, Demogue ne choisit pas entre les différentes théories que sont celles de l'émission, de la réception, de l'information. L'auteur souligne qu'il n'y a pas deux volontés qui, mises en communication, vont par une sorte de déclic donner vie au contrat. Demogue rappelle que le contrat n'est pas une abstraction, et que le plus souvent il se forme progressivement, par tâtonnement, par contre-proposition, par la discussion. L'auteur souligne, en outre, que la volonté unilatérale[29],

---

[25] *Ibidem*.

[26] *Ibidem*, tome 7, 1933, n° 709, p. 76-77.

[27] « La théorie de l'autonomie de la volonté, sans être complètement fausse, apparaît comme pleine d'exagération, surtout à mesure que ses conséquences sont mieux aperçues. » (*ibidem*, tome 1, n° 28, p. 84).

[28] Cf. également DEREUX, « Étude des diverses conceptions actuelles du contrat », in *Revue de jurisprudence* 1901, p. 513 et s., spéc. p. 530. Le contrat, souligne Dereux, « ce n'est pas la simple coïncidence de deux volontés intérieures, c'est-à-dire de deux faits individuels : c'est la coïncidence de deux déclarations de volonté, c'est-à-dire de deux faits sociaux, de deux faits connaissables pour tout le monde, et qui, par suite, ont chance, quand on les invoquera, de ne surprendre personne ».

[29] Cf. WORMS, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligation*, th. Paris, 1891.

une fois émise, peut être source d'obligation. Demogue pense, à titre d'exemple, que le droit conféré au créancier sans son assentiment est valable bien qu'il puisse y renoncer. Son plein effet ne se produira que par le consentement au moins tacite du bénéficiaire[30]. De la même manière, une offre doit être maintenue si une autre volonté en a pris connaissance[31], et ce en raison des répercussions engendrées sur le milieu social[32].

8. S'agissant des désaccords pouvant exister quant à la portée et à la valeur de la volonté, la question suivante se pose : faut-il rechercher la volonté réelle, psychologique, interne des auteurs de l'acte ou bien la volonté « socialisée » par son extériorisation, telle qu'elle s'est manifestée objectivement aux tiers et a été comprise par eux ? Schématiquement, Demogue distingue sur ce point la sécurité statique[33] et la sécurité dynamique[34]. Cette différenciation matérialise notamment la divergence de conception existant entre la théorie de la volonté et la théorie de la déclaration de volonté exposée notamment

---

[30] Selon Demogue, « en attendant, il constitue un de ces demi-droits qu'on appelle droits éventuels, mais un droit qui survit à la volonté du promettant : à ses regrets, à son incapacité, à son décès » (*Le Traité…, op. cit.*, tome 1, n° 20, p. 63). Demogue reconnaît également que la volonté unilatérale du créancier peut être source d'obligation. Il adopte de ce point de vue une conception originale du quasi-contrat sur laquelle nous reviendrons. Dans ce cas, la volonté du débiteur n'est pas indispensable pour être engagé, l'intérêt social l'exigeant parfois.

[31] S'agissant de la révocation de l'offre, Demogue estime que tant que la personne n'a pas pris connaissance de l'offre, celle-ci peut être retirée, car aucun préjudice n'en résultera. La solution est tout autre si l'intéressé en est informé.

[32] Pour l'offre, voir également Saleilles : « Avant de parler d'acceptation, ce qui concerne la réalisation même du contrat, il y a lieu de parler de réception consciente de l'offre.(…) Donc cette déclaration ne devrait être définitivement acquise qu'au moment où celui à qui elle est destinée s'en est, en quelque sorte, emparé par la prise de connaissance » (SALEILLES, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand,* F. Pichon, Paris, 1901, p. 121).

[33] Selon Demogue, cette idée de sécurité statique traduit la réalité suivante : « quand une personne est titulaire d'un droit, elle ne doit pas pouvoir en être privée juridiquement par le fait d'un tiers » (*NFDP*, p. 72). Elle représente « la sécurité des titulaires de droits »(*NFDP*, p. 73).

[34] Elle correspond, selon Demogue, à « la sécurité des acquéreurs de droit ». Les développements qui suivent illustrent cette idée.

par Saleilles[35]. Cette dichotomie emporte des conséquences quant à l'admission des vices de volonté.

La théorie de la volonté est fondée sur le respect de la volonté réelle ou interne, au bénéfice de ce que Demogue nomme la sécurité statique[36]. Dans ce cas, une personne n'est obligée que si elle le veut et dans la mesure où elle le veut. Cependant, cela n'est pas sans présenter des dangers du point de vue de la sécurité dynamique. En effet, la volonté, phénomène psychique, n'est connue dans le milieu social que par des apparences, ce sont donc à ces apparences que les tiers doivent se fier[37]. Pour l'auteur, la sécurité dynamique est celle qui « pousse à l'action[38] », car « celui qui fait un acte juridique pour acquérir un droit y sera évidemment poussé, s'il sait que, certaines apparences se présentant, tout se passera comme si elles étaient conformes à la réalité[39] ». Au fond, la question est la suivante : qui doit assumer la responsabilité d'une erreur, d'un malentendu ? Qui doit supporter ce risque contractuel ? Est-ce « le déclarant » ? Faire prévaloir la volonté déclarée présente cet avantage de répondre aux nécessités du crédit et donc aux nécessités pratiques. Demogue estime néanmoins que cette théorie peut se révéler dangereuse, car l'erreur ne serait plus admise au prétexte que celui qui l'a commise aurait dû

---

[35] « Il s'agit d'une thèse scientifique, qui domine toute le conception de l'acte juridique et tout le domaine des transactions d'ordre économique. La question est de savoir, au point de vue du crédit et au point de vue des tiers, quelle est, pour celui qui fait une déclaration juridique, la responsabilité résultant de sa déclaration et au sujet de cette déclaration elle-même. Dans quelle mesure va-t-il être obligé de subir l'interprétation normale de sa propre déclaration, même si le sens apparent ne correspond pas au sens réel. » (SALEILLES, *De la déclaration de volonté, op. cit.*, Préface, p. VII). Cf., pour une étude récente, F. LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales. De l'utilité du concept de déclaration de volonté,* préface Claude Witz, LGDJ, Paris, 2004, spéc. p. 36 et s.

[36] *Le Traité…, op. cit.*, tome 1, n° 30, p. 86.

[37] *Ibidem.*

[38] *NFDP*, p. 72.

[39] « Si je sais que l'on prendra pour base de mes droits telle déclaration de volonté qui m'a été faite, j'ai plus de tranquillité que si on devait rechercher la volonté secrète du déclarant.(…) La sécurité ainsi obtenue est donc un levier d'activité, une prime faite aux individus agissants, prime aussi importante que peut l'être une prime à l'exportation des marchandises ou à leur fabrication .» (*NFDP*, p. 71).

mieux se renseigner[40]. Il ne souhaite pas, par conséquent, que l'opposition entre deux conceptions de la sécurité se résolve par le triomphe exclusif de l'une ou l'autre[41]. Selon l'auteur, « il ne reste que le moyen de la transaction à proposer[42]. »

Concernant les vices de volonté, qui sont, par nature, individualistes comme tenant compte de l'état psychologique du déclarant[43], Demogue constate que des nécessités pratiques ont empêché de consacrer tout ce qu'impliquait le dogme de l'autonomie de la volonté. À titre d'exemple, la jurisprudence n'annule pas un acte pour erreur sur les motifs[44] et ceci pour des raisons de sécurité dynamique. Quant aux erreurs matérielles d'expression, de transcription[45], Demogue note que, de manière générale, la jurisprudence opte pour la volonté déclarée. Le déclarant a commis une faute en s'exprimant mal, il en supporte les conséquences. À l'évidence, c'est un impératif de sécurité qui amène à privilégier la volonté déclarée au stade de la formation du contrat, il en est de même au stade de l'interprétation.

---

[40] La théorie des vices permet en outre parfois de corriger l'égalité purement formelle entre les contractants. Il ne faut donc pas trop la réduire (cf. *Le Traité…, op. cit.*, tome 1, n° 217 bis, p. 358).

[41] Cf. F. LIMBACH, *thèse préc.*, pour la réception par la doctrine française antérieure à 1900, spéc. p. 35 et, pour la place actuelle, spéc. p. 59 et s. Demogue n'est pas mentionné par l'auteur. Voir également J.-J. BIENVENU, « De la volonté interne à la volonté déclarée : un moment de la doctrine française », in *Revue Droits*, n° 28, 1999, p. 3 et s.

[42] *Le Traité…, op. cit.*, tome 1, n° 28, p. 92.

[43] *Ibidem*, n° 217, p. 357.

[44] « Mais il ne faut pas exagérer la théorie subjective au point de tenir compte de motifs internes. Il faut donc ne tenir compte que des éléments voulus de façon suffisamment nette. » (*ibidem*, n° 239, p. 392).

[45] Concernant l'erreur de transmission commise par l'expéditeur, Demogue estime que ce dernier doit en être responsable. Il ne consacre pas sur ce point la conception solidariste. « Sans doute, dans une affaire commune, il se produit un dommage, que la perte s'en partage entre les intéressés. Mais nous sommes encore trop peu habitués à ces idées solidaristes pour accepter cette solution. » (*ibidem*, n° 260, p. 426). Notons que le tome 1 a été publié en 1923. Par la suite, les idées solidaristes auront été développées par nombre d'auteurs.

a.2. Interprétation

9. Quant à l'interprétation des volontés, Demogue estime qu'il n'est pas bon de trop rechercher des volontés implicites ou présumées, lesquelles en réalité n'existent pas. Il souligne, en effet, que la théorie de l'autonomie de la volonté exagère la portée de la volonté, car « elle ne tient aucun compte de la limite moyenne de l'intelligence humaine d'ordinaire hypnotisée sur un point spécial d'une affaire, ne prévoyant pas toutes les séries de phénomènes qui peuvent en résulter[46]». L'auteur approuve, par conséquent, la tendance de la collectivité à réglementer par des textes ou par la jurisprudence tous les points non réellement prévus par les contractants, en s'inspirant de l'utilité sociale. Demogue confie donc volontiers ce rôle au juge. Il souligne, en effet, que « les actes juridiques n'ont de valeur que s'ils sont en harmonie avec les intérêts généraux, les besoins du moment. Or le juge, placé de façon impartiale, est en mesure d'apprécier l'utilité sociale[47] ». Derrière le système de la déclaration répondant aux nécessités du crédit se cachait en réalité l'utilité sociale. Il s'agit en l'occurrence d'une notion fondamentale, car l'utilité sociale constitue, selon l'auteur, le nouveau centre de gravité du contrat et le fondement de sa force obligatoire.

b. L'utilité sociale

10. Demogue définit les contrats comme étant, non « pas des produits de la libre volonté, mais des moyens pour atteindre dans la liberté, avec la variété qu'elle comporte des buts d'utilité sociale[48] ». Demogue institue, en ce sens, l'utilité sociale comme étant le véritable élément constitutif du contrat.

L'utilité sociale pourrait être identifiée à l'intérêt général, car Demogue les confond parfois. Cependant, elle illustre davantage cette idée que le contrat doit absolument satisfaire les nécessités pratiques.

---

[46] *Ibidem*, n° 31, p. 87.

[47] *Ibidem*, tome 2, n° 740, p. 516 et n° 724, p. 493.

[48] *Ibidem*, n° 773, p. 594. Il précise cette idée : « chaque contractant est comme un poste de direction sociale où il agit par sa volonté de contracter. Il doit avoir à honneur de s'y adapter à des intérêts généraux ». Cf. également von JHERING pour un vocabulaire similaire quant à la profession : « La vocation est une forme déterminée d'activité, par laquelle l'individu se met d'une façon durable à la disposition de la société, par laquelle il occupe son poste de service social. » (*L'évolution du droit, op. cit.*, p. 97-98).

Les rapports contractuels doivent, de ce fait, apparaître équilibrés[49], et ce dans le but de participer à l'harmonique développement des forces sociales. C'est alors un moyen de réaliser l'utile, sans se départir de l'idée du juste[50]. La difficulté réside cependant dans sa concrétisation. En effet, pour Demogue, la concordance entre les intérêts privés et l'intérêt général est aléatoire, ou du moins approximative. Il estime que « la transaction faite entre des personnes ayant des intérêts opposés (...) a certaines chances d'être conforme à l'intérêt général, d'établir une sage moyenne[51]». L'auteur refuse, par conséquent, de souscrire « à la théorie individualiste qui suppose l'harmonie préétablie de l'intérêt d'un seul ou de quelques-uns avec celui de tous[52] ». Il admet toutefois que « cette présomption générale » contient « une large part de vérité mais pas toute la vérité[53] ». Nous pouvons en déduire que Demogue n'est pas totalement séduit par la thèse libérale ; or l'utilité sociale est souvent associée à cette dernière[54]. Nous pouvons au contraire établir une comparaison avec la philosophie

---

[49] Sur l'importance de l'équilibre, cf. « La notion de contrat », *op. cit.*, p. 43 : « Car à mesure qu'un monopole s'affirme plus net, on est obligé de constater que ce qui faisait la caractéristique du contrat, c'est-à-dire cet équilibre entre les intérêts opposés, s'atténue. »

[50] Cf., pour une étude complète, *L'utile et le juste*, Arch. Philo. Droit., tome 26, Sirey, Paris, 1981 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprévision, Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, PUAM, coll. du Laboratoire de Théorie juridique, 1994, spéc. p. 43 pour le fondement moral (le juste) et p. 47 pour le fondement économique (l'utile). Pour une critique contemporaine, voir J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 119, p. 80 (L'utile et le juste dans les contrats. Le solidarisme contractuel).

[51] *Le Traité...*, *op. cit.*, tome 1, n° 22, p. 65.

[52] *Ibidem*, tome 2, n° 743, p. 526.

[53] *Ibidem*.

[54] Cf., pour une possible convergence entre le libéralisme économique et l'utilité sociale, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 68, et, pour contradiction possible entre liberté contractuelle et utilité sociale, *op. cit.*, p. 74. Cf., pour de nouveaux modes d'évaluation de l'utilité sociale et son rapport à l'économie sociale et solidaire, *L'utilité sociale*, Alternatives économiques, Hors-série pratique, n° 11, sept. 2003, avec le soutien de la Caisse des dépôts et consignations. À notre époque, il faut souligner que, le plus souvent, l'utilité sociale sert de critère pour bénéficier d'avantages fiscaux ou de financements publics.

utilitariste[55], même si celle-ci s'avère délicate tant les courants de pensée sont nombreux[56]. À titre d'exemple, la philosophie utilitariste de Bentham pose le principe fondamental suivant : « Chercher le bonheur du plus grand nombre en identifiant toujours l'intérêt de l'individu à l'intérêt universel[57] ». Si Demogue adhère à l'idée selon laquelle le particulier, songeant à ses affaires, collaborera en même temps à des intérêts collectifs, il refuse de croire à la stricte identité entre les intérêts particuliers et l'intérêt général. En outre, il juge parfois les explications de Bentham insuffisantes[58]. Demogue est sans doute plus proche des idées utilitaristes de John Stuart Mill. Celui-ci est, dans un premier temps, le disciple docile de Bentham, puis il élabore sa propre doctrine utilitariste[59]. Mill pense notamment que « chaque individu possède la conviction bien enracinée qu'il est un être social et cette conviction tend à lui faire apparaître comme besoin naturel la mise en harmonie de ses sentiments et de ses buts avec ceux de ses semblables[60] ». Demogue et Mill ont certainement en commun[61] l'idée de relativiser cette harmonie spontanée. Ils ne

---

[55] Cf. D. BARANGER, v° « Utilitarisme (Utilitarisme classique et droit) », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de Alland (D.) et Rials (D.), Lamy-PUF, Quadridge, Paris, 2003, p. 1498 et s. « L'utilitarisme est une doctrine relative à la morale, c'est-à-dire à la question du bien et du mal dans l'action humaine. Cette doctrine a été élaborée par un ensemble d'auteurs, principalement britanniques, entre le milieu du XVIIIe s. et le milieu du XIXe s. » Le père fondateur est Jeremy Bentham (1748-1832).

[56] Cf. *Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique, Le bonheur et l'utile,* sous la dir. Caillé (A.), Lazzeri (C.) et Senellart (M.), La Découverte et Syros, Paris, 2001.

[57] J.S. MILL, *L'utilitarisme,* 4e éd., 1871, Flammarion, Paris, 1988, p. 41.

[58] *Le Traité…, op. cit.,* tome 1, n° 14, p. 29. Il fait en l'espèce référence à l'ouvrage de BENTHAM, *Principes de droit civil.*

[59] Cf. J.-P. CLÉRO, « John Stuart Mill (1806-1873): un utilitariste anti-utilitariste ? », in *Histoire raisonnée de la philosophie…, op. cit.,* p. 567 et s.

[60] J.S. MILL, *L'utilitarisme, op. cit.,* p. 98.

[61] Peut-être ont-ils également en commun ce trait de caractère : « (…) l'histoire de la pensée hésite à ranger John Stuart Mill : libertarien ou presque socialiste, disciple de Bentham ou de Comte (…) D'autant que sur un certain nombre de questions la pensée de Mill a évolué, au point parfois de paraître se contredire. Faut-il alors conclure, avant même de le lire, que John Stuart Mill n'est qu'un miroir de savoirs éclatés encore à la recherche de leurs frontières et de leurs règles, le réceptacle des opinions de son temps, bref, un irréductible touche-à-tout définitivement

peuvent croire que celle-ci soit absolue, car ils ont conscience de l'égoïsme individuel qui la rend parfois vaine. La politique a justement pour fonction de tenter de réaliser une coïncidence entre les intérêts particuliers et l'intérêt général. En matière contractuelle, ce rôle revient principalement à la loi.

11. Pour garantir l'utilité sociale, il faut par conséquent guider davantage les contractants[62] et instaurer des contrôles. Selon Demogue, le législateur effectue ce contrôle par le biais des théories de l'objet et de la cause[63]. L'auteur confie également volontiers au juge le rôle de veiller à la réalisation concrète de l'utilité sociale car, selon lui, la loi ne peut tout. Le contrat lui échappe parfois[64]. L'utilité sociale peut, selon Demogue, être envisagée à deux points de vue, un point de vue individuel et un point de vue social[65]. La théorie de l'objet assure le contrôle de l'utilité subjective de l'obligation alors que la théorie de la cause assure celui de l'utilité objective de l'obligation, c'est-à-dire celui de l'utilité sociale[66].

b.1. Utilité subjective

12. Concernant l'utilité subjective, « l'obligation ne doit pas être exécutée lorsqu'elle est manifestement inutile pour celui qui l'assume[67] ». Demogue mentionne, sur ce point, l'art.1129 du Code civil. Cette disposition poursuit deux objectifs : la protection du débiteur, d'une part, afin qu'il ne soit pas engagé sans connaître la portée de son engagement et la protection du créancier, d'autre part, afin que le débiteur ne se libère pas par une prestation infime.

éclectique », in P. BOURETZ, « Préface », *John Stuart Mill. De la liberté,* Gallimard, Folio essais, 1990, p. 14. Et si au fond Demogue était également ce personnage éclectique, perméable à toutes les idées de son temps qu'il cherchait surtout à véhiculer…

[62] Cf. également von JHERING : « Même en admettant que tout individu ait l'intuition exacte de la solidarité qui existe entre l'intérêt général et l'intérêt particulier ; en supposant que les exigences du premier fussent si bien hors de conteste qu'un doute même sur leur légitimité ne fût pas permis, encore la loi resterait-elle indispensable. » (*L'évolution du droit, op. cit.*, p. 375).

[63] *Ibidem*.

[64] Demogue estime que la loi ne parvient pas à rendre le contrat totalement "prisonnier". Lire *NFDP*, p. 596.

[65] *Le Traité…, op. cit.*, tome 2, n° 746, p. 540.

[66] *Ibidem*, n° 744, p. 535.

[67] *Ibidem*, n° 746, p. 540.

Demogue souligne surtout que la prestation peut avoir été prévue comme devant être fixée par un tiers ou l'une des parties. Si le montant de la prestation est indéterminé, il sera fixé selon la prévision des parties tantôt par le débiteur, tantôt par le créancier. « En ce cas », il note que « la fixation doit toujours avoir lieu en s'inspirant de l'équité, sinon les tribunaux pourraient rectifier cette estimation. » Il précise qu'« aucune partie ne peut abuser de son droit[68]». Le juriste contemporain ne peut, quant à lui, s'abstenir de songer au problème de l'indétermination du prix[69].

b.2. Utilité objective

13. Le contrôle se poursuit ensuite d'un point de vue social car, comme le souligne Demogue, « l'obligation quoique profitable aux intéressés (...) peut être condamnable[70] ». On peut alors procéder à une longue énumération de toutes les activités que la loi et, de manière plus générale, la société réprouvent[71]. L'auteur relève que les tribunaux, gardiens de l'ordre social[72], ont nettement entrepris de lutter contre les conventions qui contribuent à un résultat illicite ou immoral. À titre d'exemple, Demogue note que la jurisprudence « entend sauvegarder la liberté sexuelle, c'est la raison pour laquelle est nulle toute promesse, remise d'argents ou d'objets qui est le prix de relations de concubinage ».

---

[68] *Ibidem*, n° 767, p. 584.

[69] Demogue opterait certainement pour le contrôle de l'abus, solution aujourd'hui consacrée par la Cour de cassation. Cf. Cass. Ass. Plén., 1 déc.1995, in *JCP* 1996, G., II, 22565. Il n'est pas rare que Demogue affirme comme relevant de l'évidence une solution qui fut âprement discutée au cours des décennies suivantes.

[70] *Le Traité..., op. cit.*, tome 2, n° 746, p. 541.

[71] L'utilité sociale reflète inévitablement les mœurs d'une société à une époque donnée. On apprend ainsi sous la plume de Demogue que « si les contrats en vue d'encourager les relations hors mariage sont nuls, inversement ceux qui visent à détourner de ces mêmes relations sont licites. Ainsi la jurisprudence a validé les promesses de primes faites par une société industrielle aux seuls ouvriers ne vivant pas en concubinage. Il faudrait valider de même toute autre promesse en vue de détourner du concubinage. De façon plus générale, on peut peser sur la liberté des individus lorsqu'on le fait pour favoriser une conduite honnête (...) » (*Le Traité..., op. cit.*, tome 2, n° 805 bis, p. 657).

[72] *Ibidem*, n° 746, p. 542.

Globalement, les différentes théories de l'objet et de la cause[73] laissent pourtant Demogue indifférent. Ce qui est important, c'est le fait qu'elles permettent au pouvoir social d'intervenir dans les contrats privés. La surveillance de la société sur l'utilité et la moralité est ainsi assurée. Il ne faut donc pas chercher à rationaliser les décisions de jurisprudence pour découvrir quelle théorie elle entend consacrer. La jurisprudence fait œuvre souple, hésitante, pour remplir au mieux son rôle de collaboratrice dans les conventions privées. Elle analyse concrètement si le contrat permet de satisfaire des nécessités pratiques, le contrat doit avoir un but normal. C'est ainsi que la jurisprudence passe sous le filtre de l'utilité certaines ententes entre professionnels[74] ou encore des clauses de non-concurrence[75] en tentant de concilier les intérêts en présence. Un dernier exemple concret et ludique relevé par Demogue est celui du contrat de claque. C'est un contrat par lequel une personne s'engage à assurer des applaudissements. Ce contrat, auparavant illicite, a reçu l'approbation des tribunaux au début du siècle dernier. L'auteur approuve la solution car la claque peut, selon lui, se révéler socialement utile : elle peut permettre d'encourager les acteurs, vaincre une sorte de nonchalance du public qui renâcle à applaudir[76] !

14. Demogue confère au juge un rôle important, puisqu'il institue ce dernier gardien de l'utilité sociale. Il appelle, en outre, de ses vœux un renforcement de son implication dans la vie du contrat. Le juge pourrait, selon l'auteur, aider le contrat « à mieux se former et à vivre »[77]. C'est la raison pour laquelle Demogue souhaite que le juge

---

[73] Seule la conception de Venezian a son approbation, parce que celui-ci « avait déjà fait sentir le caractère social de la cause, en observant qu'elle a pour source non pas la volonté de chaque contractant, mais la coopération qui se réalise de sorte que l'antécédent de l'effet juridique est non pas une première et une seconde volonté, mais les deux combinées, la volonté commune » (*ibidem*, p. 544).

[74] « Elle cherche à séparer les ententes qui ont un but utile : en empêchant la concurrence effrénée, en adoucissant les effets d'une crise, en maintenant des prix raisonnables, et les ententes qui ne visent qu'à dominer le marché pour exploiter le public, faire céder de gré ou de force les concurrents qui résistent. » (*ibidem*, p. 673).

[75] *Ibidem*, p. 667 (interdiction licite si limitée à un commerce ou une industrie et durée, lieux limités).

[76] La perception pragmatique des choses qui caractérise, selon nous, Demogue trouve ici à s'illustrer.

[77] « Donner aux juges un rôle très important dans la conclusion des contrats, c'est s'acheminer directement au socialisme. (...) Mais sans aller aussi loin, on peut se

puisse s'immiscer dans le contrat afin de l'adapter aux circonstances nouvelles lorsque cela s'avère socialement utile. En effet, selon l'auteur, « le contrat est une chose vivante. Il faut tout en conservant son but essentiel l'adapter aux circonstances[78] ». Le contrat qui se déroule dans le temps peut devenir, selon ses termes, un « anachronisme » et engendrer des anomalies ou des situations choquantes qu'il faut réduire au minimum[79]. Dans ce cas, il ne mérite plus sa force obligatoire, car il est contraire à l'intérêt général[80]. Demogue plaide pour l'admission de l'imprévision[81], le juge devant procéder au règlement amiable des situations nouvelles[82]. Notre conviction selon laquelle Demogue ne veut pas se focaliser sur les grands principes fondateurs du droit des contrats afin de privilégier une démarche pragmatique se trouve ici renforcée[83].

En résumé, le contrat n'est qu'un instrument que le droit sanctionne parce qu'il permet des opérations socialement utiles[84]. L'utilité sociale canalise la volonté ; ce faisant, elle bride, par le contrôle qu'elle instaure, la liberté des contractants. Dès lors, au-delà

---

demander si notre jurisprudence ne pourrait pas être moins timide. Les actes juridiques n'ont de valeur que parce qu'ils sont en harmonie avec les intérêts généraux, avec les besoins du moment. Le juge, placé de façon impartiale pour apprécier l'utilité sociale, ne pourrait-il pas aider le contrat à se former et à vivre ? » (*Le Traité…, op. cit.*, tome 2, n° 740, p. 516).

[78] *Ibidem*, tome 6, 1932, n° 146, p. 155.

[79] *Ibidem*, p. 247.

[80] « Le contrat n'est pas une chose respectable en elle-même, parce qu'elle est un accord de volontés. […] Une convention qui ne peut plus aboutir qu'à des conséquences en contradiction certaine avec l'intérêt général cesse telle qu'elle est de mériter une force obligatoire. » (R. DEMOGUE, « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », in *RTDCiv.* 1907, p. 246).

[81] Cf. Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, spéc. p. 49 (Souplesse contractuelle et bien commun) et p. 52 (Utilité sociale et révision).

[82] « Les buts, au moins les buts essentiels, ne peuvent pas toujours être atteints par la voie rectiligne que les contractants avaient conçue. La voie à suivre se transformera par la volonté des parties, par décision du juge. » (Le *Traité…, op. cit.*, tome 6, n° 3, p. 9). Voir également *NFDP*, p. 300-301.

[83] Nous pouvons noter que cette idée fait toujours débat au sein de la doctrine contemporaine.

[84] J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », in *D.* 1982, Chron., p. 1, spéc.p. 4.

du démantèlement du mythe de la volonté, Demogue préconise l'abolition du mythe de la liberté.

2. La démystification de la liberté : de la liberté à la solidarité

15. « L'état naturel en société, affirme Demogue, est la solidarité, la liberté peut simplement être considérée comme souhaitable dans une certaine mesure[85]. » L'auteur illustre ici le changement total de paradigme qui se produit à la fin du XIXe siècle, c'est-à-dire le passage de l'individuel au social[86], mettant en évidence la problématique de la liberté et de la solidarité[87]. L'auteur est, nous l'avons d'ores et déjà compris, très attentif « au point de vue social ». C'est souvent l'occasion, pour ce dernier, d'exprimer son rejet des théories individualistes. Cette réaction anti-individualiste trouve principalement son origine dans le camp de la sociologie[88], celle-ci formulant une philosophie de la solidarité sociale qui influencera la plus grande partie de la doctrine du XIXe et du début du XXe siècles[89].

La liberté n'est plus, en ce sens, considérée comme l'idéal de l'édifice juridique. Il s'agit, au contraire, de soumettre cette liberté aux impératifs économiques et sociaux de la collectivité. Ce faisant, on confère au droit la finalité de poursuivre l'intérêt général et le bien commun. L'utilité sociale prônée par l'auteur est un pas en ce sens. L'individu isolé et libre, titulaire de droits, a laissé place à l'individu social et solidaire, titulaire de droits, mais aussi de devoirs à l'égard de la société[90]. Demogue insiste, de manière insidieuse, sur ces devoirs parce qu'il s'imprègne des idées de solidarité sociale véhiculées par nombre d'auteurs[91] tels Duguit[92], Gounot[93], ou Saleilles[94]. On cite

---

[85] *Le Traité…, op. cit.*, tome 1, n° 10, p. 19.

[86] Cf. notamment J. DONZELOT, *L'invention du social,* Seuil, Paris, 1994 ; F. EWALD, *L'État-providence,* Grasset, Paris, 1986.

[87] Cf. notamment C.U.R.A.P. P., *La solidarité : un sentiment républicain ?,* P.U.F., Paris, 1992.

[88] Cf. notamment L. MUCCHIELLI, *La découverte du social, naissance de la sociologie en France,* Éd. La Découverte et Syros, Paris, 1998.

[89] Cf. notamment J.-F. NIORT, « La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité », in *R.R.J.* 1994-3, p. 773 et s.

[90] *Ibidem*, p. 777.

[91] Pour être exhaustif, d'autres auteurs devraient être nommés, notamment Tarde et Fouillée, mais également Lévy.

également le plus souvent Durkheim[95] pour le courant sociologique et Léon Bourgeois[96] pour le projet de société[97]. En raison du contexte de dépendance créé par la division du travail, nous ne pouvons être totalement libres. Nous devons, en effet, obligatoirement collaborer si nous voulons satisfaire l'ensemble de nos besoins. Le sort de chaque individu est par conséquent lié à celui de ses semblables. Demogue insiste sur l'interdépendance des hommes vivant en société. C'est la raison pour laquelle, selon ce dernier, il faut parvenir à un

---

[92] Cf. notamment *L'État, le droit objectif et la loi positive* ; *Les transformations générales du droit privé depuis le Code napoléonien* ; *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État.*

[93] Cf. *thèse préc.*

[94] SALEILLES est incontestablement souvent cité par Demogue. Il l'est de manière régulière tout au long des travaux de l'auteur. Ses articles, parus notamment à la *Revue trimestrielle de droit civil*, sont référencés ainsi que ses ouvrages, parmi lesquels *De la déclaration de volonté (op. cit.)* mais également *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand.*

[95] Cf. notamment *De la division du travail social,* 1893, PUF, Paris, 1998, p. 194. Nous pouvons remarquer que le vocabulaire employé par Demogue pour désigner le contrat, notamment celui de « fait social » ou encore celui de « chose vivante », est proche de celui usité par les sociologues. Nous ne pouvons pas établir de similitude quant à la méthode (voir notamment DURKHEIM, *Les Règles de la méthode sociologique,* paru pour la première fois en 1937), mais Demogue semble toutefois y être réceptif. Peut-être ont-ils également en commun de croire à un idéal évolutif subordonné au temps et aux lieux (cf. DEMOGUE, *Notions...,* p. 24 et s., et DURKHEIM, *De la division du travail social, op. cit.,* p. 336).

[96] Léon BOURGEOIS (1851-1925), juriste de formation, exerça des fonctions ministérielles sous la IIIe République. Il fut notamment Président du Conseil en 1895 et l'un des fondateurs du Parti Radical-Socialiste.

[97] Il publie *La solidarité* en 1896 (pour une réédition de la 5e éd. parue en 1906, Presses universitaires du Septentrion, 1998). Il élabore la doctrine politique du solidarisme en développant l'idée que tout individu naît débiteur de la société humaine en vertu d'un quasi-contrat social. Plus généralement, le solidarisme s'efforce de dégager une troisième voie entre le socialisme et le libéralisme. Voir notamment, pour une étude détaillée, C.U.R.A.P. P., *op. cit.* et P. DUBOIS, *Le solidarisme,* Thèse Lille II, dactyl., 1988. Les travaux de Bourgeois, mais également ceux de l'un de ses disciples, Célestin BOUGLÉ, sont bien connus de Demogue (*Le solidarisme,* 1907, et *Les idées égalitaires, étude sociologique,* 1925).

« harmonique développement des forces sociales[98] ». Il s'agit d'une préoccupation que l'auteur partage avec Durkheim[99].

Les contrats peuvent apporter leur contribution au développement harmonieux de ces forces sociales. Les contrats ne sont respectables, affirme Demogue, qu'en raison de la solidarité humaine. L'auteur avance ainsi l'idée d'une solidarité contractuelle[100] se traduisant par une collaboration entre contractants[101]. « Tout ceci », souligne-t-il, « se rattache à l'idée de solidarité entre créancier et débiteur dans l'intérêt social, et au point de vue des textes cela découle de l'art.1134 al.3[102] ». Ensuite, d'un point de vue plus général, la conscience de n'être que la partie d'un tout, implique pour l'homme un devoir moral d'assistance envers autrui. On se doit alors de développer la solidarité sociale. Demogue remarque qu'en permettant notamment des interventions pour autrui, le droit des contrats met en œuvre cette idée de solidarité sociale. Deux « lignes de conduite contractuelle » sont, de ce fait, à souligner, à savoir la solidarité contractuelle, d'une part (a), la solidarité sociale, d'autre part (b).

---

[98] Cf. *Le Traité…, op. cit.*, tome 1, n° 395, p. 614 et développements ultérieurs sur la lésion.

[99] « Si, en principe, la société lui prête une force obligatoire, c'est qu'en général l'accord de volontés particulières suffit à assurer, sous les réserves précédentes, le concours harmonieux des fonctions sociales diffuses. Mais s'il va contre son but, s'il est de nature à troubler le jeu régulier des organes, si, comme on dit, il n'est pas juste, il est nécessaire que, étant dépourvu de toute valeur sociale, il soit destitué de toute autorité. » (DURKHEIM, *De la division du travail social, op. cit.*).

[100] Cf., pour les développements contemporains, notamment : C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », in *RTDCiv.* 1997, p. 369 ; D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz-PUF-Juris classeur, Paris, 1999, p. 603 ; C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXIe siècle. Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001 ; *Le solidarisme contractuel,* sous la dir. L. Grynbaum et M. Nicod, Economica, coll. Études juridiques, Paris, 2004.

[101] « De l'obligation résulte à la fois des devoirs pour le débiteur et des devoirs pour le créancier. Le caractère mutuel de l'obligation a été à peine dégagé jusqu'ici. Il touche cependant au fondement même de l'obligation. La loi ne consacre l'obligation que pour des raisons d'utilité sociale. Il est donc exagéré de dire que le débiteur est seul obligé comme on l'a fait implicitement par une vue trop unilatérale des choses. » (*Le Traité…, op. cit.*, tome 6, p. 17).

[102] *Ibidem*, n° 12, p. 17-18.

a. La solidarité contractuelle : la collaboration

16. Demogue a pleinement conscience de la rivalité des intérêts entre contractants, au point d'ailleurs de faire de la présence d'intérêts opposés[103] le critère du contrat. Cependant, l'auteur estime que les contrats doivent constituer une transaction raisonnable[104] entre ces intérêts. Parce que liberté ne signifie pas égalité, la solidarité se révèle indispensable. Elle constitue en quelque sorte un devoir-être normatif. Elle permet ainsi au contrat d'être socialement utile. Demogue souhaite, par conséquent, instaurer une collaboration entre les contractants. Il y consacre vingt-cinq pages dans le tome 6 de son traité. Cette collaboration s'adapte à la physionomie des rapports contractuels. Elle est d'une intensité plus importante dans les contrats de longue durée. L'auteur invite, en outre, à la vigilance à l'égard des contrats d'adhésion, car ils se singularisent par le défaut de collaboration et la présence d'un professionnel.

17. Concernant les contrats de longue durée, il convient de citer le texte qui a contribué à la célébrité[105] de Demogue, selon lequel « les contractants forment une sorte de microcosme. C'est une sorte de petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans une société civile ou commerciale[106]». À l'image des contractants n'ayant que des intérêts opposés[107], se substitue celle de deux associés qui doivent collaborer en vue de partager des bénéfices.

---

[103] Cf. « La notion de contrat », *op. cit.*, p. 41.

[104] « Le contrat met en jeu la volonté du débiteur et du créancier. Ici, la loi, dans une large mesure, ne fera que consacrer cet accord de leurs volontés qui, étant par hypothèse opposées, doit consacrer une transaction raisonnable (...) » (*Le Traité...*, *op. cit.*, tome 1, n°17, p. 45).

[105] Cette citation se trouve à l'origine de nombreuses controverses, car une partie de la doctrine conteste cette vision du contrat. Voir notamment, F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op.cit.*, p. 43 et s. : l'avènement d'un « monde contractuel meilleur » ; on cite également très souvent la formule de CARBONNIER « L'outrance peut perdre une idée juste. On s'étonnera qu'à une époque où le mariage s'était peut-être trop transformé en contrat, certains aient rêvé de transformer tout contrat en mariage » (*Droit civil,* tome 4, *Les obligations,* PUF, Paris, 22e éd. refondue, 2000, n° 114, p. 227).

[106] *Le Traité...*, *op. cit.*, tome 6, n° 3, p. 9.

[107] Nous ne sommes plus, en effet, dans ce cas, au moment de la formation du contrat, mais au moment de l'exécution.

Comme dans une société, tout associé a intérêt à la bonne marche de la société. Il en déduit qu'il peut se substituer une certaine union entre les intérêts et un devoir de collaboration. En ce sens, « le contrat moderne, estime Demogue, peut être conçu d'une façon plus vivante et plus complexe en faisant sortir de l'idée de bonne foi de nouveaux rameaux[108] ». Se dessine à l'évidence l'image d'un auteur visionnaire… À titre d'exemple, le créancier ne doit pas, par sa conduite, surcharger le débiteur[109], il doit par des actes positifs faciliter l'exécution de l'obligation. En outre, chaque contractant a l'obligation d'avertir l'autre, en cours de contrat, des évènements qu'il a intérêt à connaître pour l'exécution de celui-ci. L'obligation de collaboration ne constitue pour l'auteur qu'une application de cette « idée plus générale qu'il ne doit pas y avoir d'abus dans l'exécution du contrat[110] ». Dans d'autres types de contrats, c'est au moment de la formation qu'il faut être vigilant.

18. Concernant les contrats d'adhésion, l'auteur considère qu'il y a défaut de collaboration, car ces derniers ne se forment pas par une transaction. « Ce qui choque ici », remarque Demogue, « c'est qu'il n'y a pas assez contrat[111]. » Mettant en relation un professionnel et un non-professionnel, l'auteur met à la charge du professionnel une obligation de renseignement. Si le professionnel est créancier, il doit avertir, au moment de la rédaction du contrat, l'autre partie « des déclarations qu'elle a à faire pour lui éviter des déchéances[112] ». Il peut également la renseigner sur la portée exacte du contrat[113], en lui remettant la liste des clauses qu'elle a intérêt à connaître. Demogue juge, en outre, que certaines de ces clauses sont parfois sévères. Ce dernier estime que l'on peut lutter contre celles-ci par une simple méthode d'interprétation des conventions, c'est-à-dire « par le pouvoir du juge qui ne se contentera pas d'annuler les clauses dolosives, mais

---

[108] *Le Traité…, op. cit.,* tome 6, n° 3, p. 8-9. Cf. notamment, pour le développement contemporain de la notion, Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat,* Thèse Dijon, 1987, LGDJ, 1989. Il existe dorénavant une multitude de travaux en la matière ; nous ne pouvons pas, malheureusement, tous les citer.

[109] *Le Traité…, op. cit.,* tome 6, n°12, p. 17.

[110] *Ibidem,* n° 12, p. 18. Demogue fait figurer, sur ce point, JOSSERAND en note de bas de page (*Esprit des droits).*

[111] *Le Traité…, op. cit.,* tome 2, n°631, p. 336.

[112] *Ibidem,* tome 6, n° 12, p. 18.

[113] Cf. *NFDP, op. cit.,* p. 116.

annulera les pièges tendus aux adhérents, les clauses léonines[114]». Demogue est apparemment attentif au déséquilibre entre les parties[115]. C'est la raison pour laquelle il conçoit également une obligation de conseil[116]. « Le professionnel se trouvant en face d'un non-professionnel ignorant les choses de la profession à laquelle il doit avoir recours (...) doit », préconise l'auteur, « se refuser à passer certains contrats désastreux pour le client[117]. » Il est ainsi possible de promouvoir une solidarité contractuelle par l'instauration d'un minimum de collaboration ; il en sera de même pour la solidarité sociale.

b. La solidarité sociale

19. La solidarité pénètre notre droit des obligations, notamment en ce qu'elle permet d'intervenir pour autrui. Demogue fait référence, en l'espèce, au quasi-contrat. Selon l'auteur, ce dernier « répond à une réalité que le développement des idées individualistes a longtemps obscurci[118] ». En effet, la conception individualiste implique que nul ne puisse être engagé sans l'avoir voulu. Or, dans le cas du quasi-contrat, le débiteur n'a pas voulu l'obligation et, pourtant, il peut être tenu. On a eu recours à la loi ou à l'équité pour justifier cette obligation. En réalité, pour Demogue, l'obligation naît par la volonté du créancier, c'est-à-dire le gérant d'affaires qui a voulu s'immiscer dans les affaires d'autrui. Selon l'auteur, la loi reconnaît cette obligation en raison de la solidarité sociale[119]. « Socialement, le quasi-contrat ainsi compris », souligne ce dernier, « repose sur cette idée que, dans un intérêt de solidarité, une personne peut agir par rapport au patrimoine d'autrui et réclamer certains droits, sauf à assumer certaines obligations. Cette conception sociale du quasi-contrat est l'opposé de celle qui se dégage du Code civil où on considère surtout la volonté de l'obligé.[120] » En résumé, une personne devient créancier sans l'assentiment du débiteur, car l'intérêt social l'exige. Il est donc

---

[114] *Le Traité..., op. cit.*, tome 2, n° 618, p. 314.

[115] Le juriste contemporain fera aisément le parallèle avec la législation réglementant les clauses abusives et le pouvoir du juge en la matière.

[116] En suggérant d'imposer des obligations de renseignement et de conseil, Demogue préfigure l'évolution contemporaine du droit des obligations.

[117] *Le Traité..., op. cit.*, tome 6, n° 22, p. 28.

[118] *Ibidem*, tome 1, n° 17, p. 46.

[119] *Ibidem*.

[120] *Ibidem*, tome 3, 1923, n° 3, p. 5.

inutile de parler pour le débiteur de consentement présumé. Demogue désire éviter des explications alambiquées qui n'auraient comme seul mérite de ne pas sacrifier les mythes de la volonté et de la liberté. « Cette activité pour autrui et dans le domaine d'autrui », ajoute l'auteur, « est recommandée par l'utilité sociale. Il faut que chacun soit incité à s'occuper non pas seulement de ses intérêts, mais encore de ceux d'autrui[121]. »

20. La solidarité sociale justifie également que l'on puisse agir sur le patrimoine d'autrui par le biais de la représentation[122]. En effet, estimer que le mandant n'est engagé que parce qu'il l'a voulu n'est valable que dans le cas du mandat conventionnel. Cela ne permet cependant pas d'expliquer la représentation légale, ou encore le fait que le représentant soit engagé en cas d'abus de pouvoir ou en cas de gestion d'affaires, comme nous l'avons déjà signalé. L'idéologie individualiste se révèle insuffisante, il faut avoir recours à la conception solidariste[123]. Selon l'auteur, la représentation se matérialise d'une part, par une solidarité active entre le représentant et le représenté et, d'autre part, par une solidarité vis-à-vis du dehors, c'est-à-dire des tiers. Demogue relève, en effet, qu'il y a entre le représentant et le représenté « comme une solidarité active, mais qui ne concerne que la gestion, le profit et les dettes n'intéressant pas le représentant[124] ». Le représentant n'est donc pas tenu du passif. L'idée de solidarité active implique, au contraire, que le représenté soit solidaire de la gestion du représentant. Demogue estime que, bénéficiant des avantages, il ne peut se plaindre de supporter certains inconvénients. Les actes du représentant qui dépassent ses pouvoirs se verront, en effet, parfois validés dans un souci de sécurité vis-à-vis des tiers. Il s'agit cette fois « de la solidarité vis-à-vis du dehors ». L'idée de sécurité dynamique réapparaît ici. En effet, « la conception corporative de la société », remarque Demogue, « reprend de plus en plus de terrain à mesure que les idées de notre Révolution française (sapées notamment par les théories solidaristes de M. Léon Bourgeois) en perdent : dans tout groupe social, naturel ou factice, il doit y avoir

---

[121] *Ibidem*, n° 4, p. 9.

[122] « Le représentant est une personne qui, pour des raisons de solidarité sociale, a un pouvoir sur le patrimoine d'autrui » (*ibidem*, tome 1, n°150, p. 243).

[123] Cf. E. GAILLARD, « La représentation et ses idéologies en droit privé français », in *Revue Droits*, n° 6, 1987, p. 91.

[124] *Le Traité…*, *op. cit.*, tome 1, n°150, p. 243.

une certaine solidarité vis-à-vis du dehors[125] ». L'auteur souligne, à cet égard, que tout acte a des répercussions sur « le dehors », c'est-à-dire sur les tiers[126]. Il qualifie souvent le contrat de « fait social ». Il n'est donc pas étonnant qu'il prône une admission large de la stipulation pour autrui, notamment lorsqu'il s'agit d'une stipulation avec charges. L'auteur avance sur ce dernier point l'idée d'un contrat pour autrui[127]. Dans une conception moderne du contrat, celui-ci n'est pas l'affaire des seules parties. Demogue accorde, le plus souvent, une portée limitée à l'effet relatif des contrats[128].

21. Pour en terminer, nous l'avons signalé, Demogue estime que chacun doit être incité à s'occuper non pas seulement de ses propres intérêts mais également de ceux d'autrui, car cette attitude est socialement utile. L'auteur souhaite, en outre, selon ses propres termes, favoriser le bon marché dans les contrats[129]. Les conventions ne doivent pas être trop déséquilibrées[130], c'est la raison pour laquelle il pense que la lésion pourra éventuellement être plus largement admise, si toutefois celle-ci se révèle grave. « Si chaque contractant », souligne en ce sens Demogue, « cherche à réaliser un grand bénéfice, il ne faut pas que cela soit au point qu'il ruine son contractant et le réduise à la misère[131]. » « Une inégalité telle qu'elle risque d'atteindre profondément un contractant, une classe, en déduit l'auteur, est contraire à l'harmonique développement des forces sociales[132]. » C'est

---

[125] *Ibidem*, n°150, p. 244.

[126] « Une obligation, par cela seul qu'elle existe dans un milieu social, a certaines répercussions à l'égard des tiers » (*ibidem,* tome 7, 1933, n° 703, p. 68-69).

[127] *Ibidem*, n° 865, p. 236.

[128] « La formule nette de l'article 1165 convenait à une civilisation individualiste comme celle de 1804. S'il plaît à deux personnes de contracter, cela ne peut avoir de conséquences favorables ou défavorables pour autrui. Mais cette conception est très étroite. » (*ibidem*, n° 703, p. 68).

[129] *Ibidem,* tome 2, n° 583, p. 237.

[130] Cf. également, pour une admission large du vice de violence, « De la violence comme vice du consentement », *op. cit.*, spéc. p. 457 : « Une question délicate est de savoir s'il y a nullité au cas où, une personne ayant intérêt à passer un contrat, on lui a refusé de le passer à moins qu'elle n'accepte des conditions très onéreuses. (...) Il serait ici naturel de tenir compte de la violence consistant à exploiter le besoin où se trouve une personne de passer un contrat, pour lui imposer des conditions exorbitantes. »

[131] *Le Traité...*, *op. cit.*, tome 1, n° 394, p. 613.

[132] *Ibidem*, n° 395, p. 614.

certainement l'une des raisons qui conduit également Demogue à avancer l'idée d'une répartition des pertes entre contractants[133]. Mais il ne s'agit plus alors de simplement promouvoir un monde contractuel meilleur[134], mais un monde contractuel chimérique auquel il nous faut renoncer !

Un destin moins ambitieux et plus réaliste se dessine pourtant sous la plume de l'auteur : favoriser le bon marché dans les contrats afin de réaliser l'harmonie des différentes forces sociales, telle est peut-être l'idée directrice qui matérialise l'importance que revêt le social dans l'étude du contrat chez Demogue, et qui explique pourquoi la volonté et la liberté doivent parfois céder devant une nouvelle exigence, celle de la solidarité.

---

[133] Voir développements sur l'article 1150 du Code civil (*ibidem,* tome 6, p. 307 et s.). Autre extrait : « Deux personnes, vendeur et acheteur, se sont engagées dans une affaire qui a tourné mal ; au lieu de ces systèmes qui, par raisonnement abstrait, font porter toute la perte d'un côté, ne serait-il pas moins mauvais de faire des deux contractants, que la circonstance a groupés en une société restreinte, des personnes devant partager la perte par moitié. » (*ibidem*, n° 124, p. 134). Et voilà le « microcosme » mis en application…

[134] Cf. *infra* note 103.