



Université Panthéon-Assas

BANQUE DES MEMOIRES

**Master II Droit privé général
Dirigé par Yves Lequette
2010**

L'aléa dans le droit des contrats

Aurore Boucher

Sous la direction de Denis Mazeaud

- Université Paris II – Panthéon-Assas -

Master II Droit privé général

Mémoire de recherche

L'aléa dans le droit des contrats

par Aurore BOUCHER

sous la direction du Professeur D. MAZEAUD

Année universitaire 2009-2010

Liste des principales abréviations

Bull. Civ.: Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)

CA: Cour d'appel

Cass.: Cour de cassation

Cass. Civ. 1ère: Première chambre civile de la Cour de cassation

Cass. Civ. 2ème: Deuxième chambre civile de la Cour de cassation

Cass. Civ. 3ème: Troisième chambre civile de la Cour de cassation

Cass. Crim.: Chambre criminelle de la Cour de cassation

CCC.: Contrats Concurrence Consommation

TGI: Tribunal de grande instance

D.: Recueil Dalloz

Def.: Répertoire du notariat Defrénois

Gaz. Pal.: Gazette du palais

JCP éd. G.: Juris-Classeur périodique, édition générale

JCP éd. N.: Juris-Classeur périodique, édition notariat

LPA :Les Petites affiches

RCA.: Responsabilité Civile et Assurances

Rép. civ.: Répertoire de droit civil Dalloz

RGDA.: Revue Générale du Droit des Assurances

RLDC: Revue Lamy Droit Civil

RTD. civ.: Revue Trimestrielle de Droit Civil

- Sommaire -

L'aléa dans le droit des contrats

Partie I : Les contours de la notion d'aléa en droit des contrats

Titre I : L'identification de la notion conceptuelle d'aléa

S°I : Les éléments constitutifs de la notion juridique d'aléa

S° II : L'incidence de la notion juridique d'aléa sur le contrat

Titre II : L'émergence d'une notion fonctionnelle d'aléa

S°I : Le dévoiement croissant de la notion juridique d'aléa

S°II : La redéfinition nécessaire de la catégorie des contrats aléatoires

Partie II : Le contournement des effets de l'aléa sur le contrat

Titre I : Le contournement direct: le contrôle en aval de l'équilibre contractuel

S°I : Le principe de l'exclusion des mécanismes de contrôle du déséquilibre contractuel dans les contrats aléatoires

S°II : La résurgence d'un contrôle jurisprudentiel contestable de l'équilibre des prestations dans les contrats aléatoires

Titre II : Le contournement indirect: le contrôle en amont de l'équilibre contractuel

S°I : La réduction du champ conventionnel de l'aléa

S°II : Le contrôle de l'équivalence des chances et des risques

- L'aléa dans le droit des contrats -

Introduction :

Divinité¹ jadis révérée en Arcadie ou coup de dés² de tous temps redouté, les lointaines origines de l'aléa se révèlent un reflet marquant des oscillations entre révérence et méfiance qui depuis toujours animent les rapports de l'Homme à la contingence. L'irruption de cette dernière dans la sphère juridique s'est accompagnée des mêmes paradoxes: tantôt recherché, tantôt combattu, l'aléa se trouve en outre paré d'une obscure clarté à raison tout à la fois de sa familière omniprésence - « en tout il y a aléa et spéculation sur l'aléa »³ - et de son insaisissable identité. Confronté au « mystère impénétrable du hasard »⁴, le droit s'insurge d'abord contre l'arbitraire du variable en multipliant les entreprises de rationalisation et de mathématisation et en régulant les opérations spéculatives, tente ensuite d'appivoiser le fortuit à travers le traitement de la force majeure mais adopte une attitude nuancée face à l'imprévision, puis rejette le doute en s'attachant à mettre en œuvre une scientification des preuves, en fixant des objectifs d'intelligibilité et d'accessibilité des lois ou en imposant des devoirs d'information précontractuels, et tend enfin à accorder une place croissante au probable en prenant en compte la perte de chance ou en traitant le risque dans sa diversité.

Si les mille et une facettes de la contingence semblent globalement assez difficilement s'associer à cette « forme essentielle de certitude »⁵ qu'est le droit, envisagé à travers le prisme de la matière contractuelle cependant, l'objet juridique aléatoire tend à se singulariser et l'irréductible équivocité de l'aléa au sens commun laisser place à une figure à la fois juridiquement identifiable et techniquement identifiée. En effet, sans pour autant définir positivement l'aléa en matière contractuelle, le législateur fournit des indications de nature à mieux le circonscrire. L'article 1104 du Code civil, qui distingue contrat commutatif et contrat aléatoire, permet d'identifier l'aléa sur la base de ses éléments constitutifs. Le second alinéa du texte dispose: « Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est aléatoire ». Il ressort de cet énoncé que le hasard ne devient juridiquement aléa que lorsque l'événement incertain engendre une chance de gain ou un risque de perte. L'article 1964 du Code civil, qui définit à nouveau les contrats aléatoires et en donne quelques exemples⁶,

¹Aléa était le surnom sous lequel Minerve était révérée à Aléa en Arcadie

²Étymologiquement, le terme d'aléa provient du latin *alea*, *ae*: coup de dés

³Ph. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 3ème éd., Defrénois, 2007, n° 972

⁴V. LASSERRE-KIESOW, « L'aléa », *JCP éd. G*, 2009.I.50

⁵M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, PUF, 1992, p. 116

⁶Art. 1964 du Code civil: « Le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain.

vient finaliser cette définition indirecte de l'aléa et confirmer la fonction qualificative de ce dernier en matière contractuelle. De ce fait, l'aléa n'apparaît saisi par le droit des contrats qu'au travers de la catégorie des contrats aléatoires et accède au statut de notion juridique⁷, « outil de juriste »⁸ structurellement identifié et juridiquement finalisé.

Synthétisant ces divers éléments, la doctrine s'est attachée à affiner le tracé des contours de la notion juridique d'aléa, mettant en valeur à la fois la complexité de ses éléments constitutifs et l'idée prégnante d'absence d'équilibre que ce dernier introduit dans l'économie du contrat aléatoire, en définissant celui-ci comme « l'événement de réalisation ou de date incertaine dont les parties à une convention acceptent de faire dépendre le montant de tout ou partie de leurs prestations réciproques de telle sorte qu'il soit impossible de savoir, avant complète exécution, s'il y aura un bénéficiaire ou qui ce sera »⁹.

Pour autant, même ainsi circonscrit à la matière contractuelle et en dépit des tentatives doctrinales de mise en exergue de ses éléments les plus saillants, l'aléa demeure comme indéfectiblement paré de la même obscure clarté du fait de la coexistence de cohérences et incohérences dans son appréhension par le droit des contrats.

Sur le plan de sa définition d'abord, il apparaît en effet que l'aléa oscille entre d'une part la spécialisation marquée d'une notion juridique singulière et assez précisément identifiable sur le fondement des indications légales fournies par les articles 1104 et 1964 du Code civil, et d'autre part des velléités de déformations jurisprudentielles qui tendent à jouer sur le caractère seulement indirect et parfois controversé de sa définition pour en adapter les contours au gré des besoins et des situations, tout en lui conservant sa fonction qualificative. Mettant l'accent sur le caractère fonctionnel de l'aléa, ce mouvement du droit contemporain des contrats tend à en délaissier corrélativement l'aspect conceptuel.

Sur le plan de ses effets ensuite, d'un côté se trouve affirmée avec emphase l'empreinte ineffaçable de l'aléa sur l'économie du contrat aléatoire, dont résulte une conséquence fondamentale, celle de l'absence d'équilibre contractuel qui justifie le régime juridique attaché à cette catégorie de contrats; de l'autre, se multiplient les contournements – directs et indirects - de cette conséquence fondamentale.

Dès lors, vouloir peindre le tableau – clair-obscur - de l'aléa sur la toile contractuelle contemporaine conduit à réexaminer les contours de la notion juridique d'aléa (partie I), avant de se pencher sur le contournement croissant de ses effets sur le contrat (partie II).

Tels sont:

Le contrat d'assurance,

(*al. 4 abrogé par L. n° 2009-526 du 12 mai 2009, art. 10*)

Le jeu et le pari

Le contrat de rente viagère.

(*Dernier al. abrogé par L. n° 2009-526 du 12 mai 2009, art. 10*) »

⁷« La notion est le moyen par lequel les juristes appréhendent des faits en vue de déterminer quelles règles de droit leur sont applicables: la notion permet de qualifier des faits, c'est-à-dire de les faire rentrer dans une catégorie connue et répertoriée, à laquelle ces faits paraissent correspondre et, en conséquence, de leur déclarer applicable le régime juridique établi pour cette catégorie. Ainsi, la notion est l'outil qui permet d'opérer des « qualifications » en vue de procéder à « l'imputation » de régimes juridiques déterminés » indique F.-P. BÉNOIT, « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique: les leçons de la *Philosophie du droit* de Hegel », *Mélanges Peiser*, 1995, p. 23

⁸*Ibid.*

⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 7ème éd., PUF, Paris, 1999, V° Aléa 2.

Partie I: Les contours de la notion d'aléa en droit des contrats

L'entrée de l'aléa – simple incertitude au sens commun – dans la sphère juridique s'est accompagnée d'une spécialisation marquée de sa définition au travers du prisme de la matière contractuelle. Appréhendé de manière étroite par le Code civil au travers de la catégorie des contrats aléatoires, l'aléa prend une coloration singulière: quittant sa place de simple synonyme de la contingence, il accède à celle, plus technique et plus affinée, de notion juridique.

De par l'affirmation et la précision à la fois de son identité et de ses fonctionnalités qualificatives, l'aléa se présente classiquement comme une notion conceptuelle, c'est-à-dire immuable, singulière et autonome. Il apparaît cependant que, loin de toujours respecter l'esquisse législative des contours de la notion juridique d'aléa, la jurisprudence tend parfois à atténuer subtilement ceux-ci voire à en dévier grossièrement les traits au gré des besoins et des situations.

Les conséquences de cette mutation latente apparaissent elles-même loin d'être négligeables: perdant son rôle structurant, mais conservant sa fonction qualificative, l'aléa envisagé sous un aspect purement fonctionnel pourrait bien devenir un facteur de perturbation important des classifications traditionnelles du droit des contrats. L'enjeu d'une identification précise de la notion juridique d'aléa se révèle dès lors significatif.

Afin de mettre en exergue le mouvement qui l'affecte aujourd'hui en droit des contrats, il convient d'identifier d'abord la notion conceptuelle d'aléa (Titre I), avant de souligner l'émergence d'une notion purement fonctionnelle d'aléa (Titre II).

Titre I: L'identification de la notion conceptuelle d'aléa

L'aléa, tel qu'il est appréhendé depuis 1804 par le Code civil, revêt la qualité de notion éminemment conceptuelle, pour une double-raison, tenant d'une part au particularisme marqué de ses éléments constitutifs (section I), et d'autre part à la singularité de son incidence juridique (section II).

s^oI: Les éléments constitutifs de la notion juridique d'aléa

C'est de manière indirecte et extrêmement circonscrite, simplement au travers de la catégorie des contrats aléatoires, que le Code civil envisage la notion juridique d'aléa. A partir de ses articles 1104 et 1964 consacrés à la définition de cette catégorie spécifique du droit des contrats, a pu être dégagée la structure complexe de la notion d'aléa, définie synthétiquement comme étant un « élément de hasard, d'incertitude qui introduit, dans l'économie d'une opération, une chance de gain ou de perte pour les intéressés »¹⁰.

Il appert que l'aléa se caractérise dès lors par un élément matériel d'une part (I), et structurel d'autre part (II), reliés entre eux par un lien de causalité.

¹⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 7ème éd., PUF, Paris, 1999, V° Aléa, 1.

I: L'élément matériel de l'aléa: l'incertitude affectant un événement

L'élément matériel de l'aléa, à savoir un « événement incertain » envisagé par les cocontractants au moment de la conclusion du contrat, se trouve particulièrement mis en exergue par les articles 1104 et 1964 du Code civil. L'incertitude, source du caractère aléatoire de l'événement ainsi prévu par les parties, peut être discernée dans divers aspects de ce dernier. Elle peut avoir pour objet la survenance même d'un événement à la consistance indéterminée (par exemple la réalisation même d'un sinistre d'une certaine importance dans le contrat d'assurance, ou encore la révélation de l'identité reconnue de l'auteur d'une œuvre vendue sous l'empire d'un doute relatif à son authenticité) ou bien affecter simplement la date d'un événement dont la réalisation future ne fait par ailleurs aucun doute (comme c'est le cas, en matière de vente d'un bien contre le versement d'une rente viagère, pour le décès du crédirentier).

Si l'objet de l'aléa peut ainsi être binaire, l'incertitude qui l'affecte doit en revanche être unitaire, en ce sens qu'un seul et même événement doit avoir présidé à la conclusion du contrat pour les deux parties.

Toutefois, qu'il porte sur la survenance même de l'événement ou sur la date de celui-ci, l'aléa envisagé par les parties et caractérisant le contrat aléatoire doit exister lors de la conclusion de ce dernier (A) et reposer tout entier, en cours de contrat, sur le hasard (B).

A/ L'aléa lors de la conclusion du contrat aléatoire

Pour caractériser utilement le contrat aléatoire, l'aléa doit en toute hypothèse exister au moment de la formation de celui-ci. La question se pose toutefois de savoir s'il faut que l'aléa existe objectivement ou s'il suffit que les deux parties aient cru en son existence. Après avoir présenté l'approche objective de l'aléa (1), il conviendra de se pencher sur la prédominance, en droit positif, de la conception subjective de l'aléa (2).

La présentation de la conception objective de l'aléa

La question de l'approche objective de l'aléa s'est posée avec une acuité toute particulière dans le domaine de l'assurance, l'enjeu portant alors plus spécifiquement sur la couverture du risque putatif.

Le risque, c'est-à-dire en matière d'assurance l'événement incertain qui sera le fait générateur d'un sinistre¹¹, est dit putatif lorsque les parties ignorent, lors de l'échange des consentements, qu'il est déjà réalisé. Adoptant une conception radicalement objective, la doctrine classique considérait que l'assurance ne pouvait reposer sur un risque déjà réalisé, même si les parties l'ignoraient¹². Plus nuancés, certains auteurs reconnaissaient toutefois l'assurabilité du risque putatif en théorie¹³. Il rejoignaient cependant la solution classique en pratique, s'appuyant sur deux arguments de texte. Le premier était tiré de l'absence de prise en considération par le droit des assurances terrestres du risque putatif, alors que ce dernier était

¹¹Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, 12ème éd., Précis Dalloz, 2005, n°308, p. 253

¹²PLANIOL et RIPERT, *Traité de droit civil*, t. XI, *Contrats civils*, LGDJ, 1954, n° 1253, p. 615

¹³PICARD et BESSON, *Les assurances terrestres*, t. I, LGDJ, 1982, n° 23, p. 36

quant à lui expressément envisagé par les règles de l'assurance maritime¹⁴. Ces auteurs considéraient alors, au regard de la volonté clairement exprimée par le législateur en cette dernière matière, que le silence gardé dans le domaine des assurances terrestres devait être compris comme un rejet implicite mais certain de l'assurabilité du risque putatif en ce domaine. Le second argument était tiré de la mise en exergue de la lettre même de l'alinéa 1er de l'article L. 121-15 du Code des assurances, lequel paraît poser une règle objective: « L'assurance est nulle si, au moment du contrat, la chose assurée a déjà péri ou ne peut plus être exposée au risque. »

Ces arguments ont pu être critiqués¹⁵.

En premier lieu, il a été avancé que l'existence d'une règle spéciale à l'assurance maritime demeure neutre à l'égard du régime des assurances terrestres, et que devait être au contraire interprétée comme une consécration indirecte de l'assurabilité du risque putatif l'absence de réforme de l'article L. 172-4 du Code des assurances malgré la disparition des considérations historiques ayant présidé à son adoption¹⁶.

En second lieu, il a été soutenu qu'il n'existe aucun obstacle technique, juridique ou moral interdisant de transposer en matière d'assurance terrestre le raisonnement retenu en matière d'assurance maritime et de considérer ainsi qu'au sens de l'article L. 121-15 du Code des assurances, l'ignorance de la réalisation du risque constituait l'incertitude requise pour caractériser l'aléa.

Quant à la jurisprudence, il semble qu'après avoir été sensible à la conception objective de l'aléa, elle ait développé une nouvelle approche, favorable à l'admissibilité du risque putatif, dont témoigne la récurrence depuis le début des années 1990 de l'affirmation selon laquelle « un contrat d'assurance ne peut garantir un risque que l'assuré sait déjà réalisé »¹⁷.

Pour autant, le revirement est longtemps resté incertain. La reconnaissance par la Cour de cassation pendant quelques années du pouvoir souverain des juges du fond quant à l'appréciation de l'existence de l'aléa dans les contrats aléatoires a eu, précisément, une répercussion significative au sujet de l'assurabilité du risque putatif, de nombreuses juridictions du fond retenant une conception objective de l'aléa. La reprise par la Cour de cassation du contrôle normatif de l'aléa en 2003¹⁸ s'est accompagnée du retour à la conception subjective dont on observe, au-delà de la seule question de l'assurabilité du risque putatif, une nette prévalence sur l'ensemble de la matière contractuelle.

1. La prédominance de la conception subjective de l'aléa

De même que l'article 1181 du Code civil relatif à la condition suspensive dispose que cette modalité peut tenir tant à un « événement futur et incertain » qu'à un « événement actuellement arrivé mais inconnu des parties », l'incertitude constitutive d'aléa suppose aujourd'hui par principe qu'un aléa sérieux

¹⁴art. L. 172-4 C. ass.: « Toute assurance faite après le sinistre ou l'arrivée des objets assurés ou du navire transporteur est nulle, si la nouvelle en était connue, avant la conclusion du contrat, au lieu où il a été signé ou au lieu où se trouvait l'assuré ou l'assureur. »

¹⁵J. KULLMANN, *Lamy assurances*, 2006, p. 122

¹⁶A savoir l'idée selon laquelle l'impossibilité technique, compte tenu des moyens de communication de l'époque, de savoir si, au cours de son périple, le navire était ou non perdu, ne devait pas faire obstacle à l'assurance.

¹⁷Par ex., Cass. civ. 1ère, 27 févr. 1990, *Bull. civ.* I, n° 52; Cass. civ. 1ère, 17 déc. 1991, *Bull. civ.* I, n° 352

¹⁸Cass. civ. 1ère, 4 nov. 2003, *Bull. civ.* I, n° 220, *RGDA* 2004, p. 337, note J. KULLMANN

existe « dans l'esprit des parties ».

Ainsi, un pari portant sur une épreuve déjà disputée, mais dont les parties ignorent le résultat est généralement considérée comme valable¹⁹. De même, il a été jugé, dans un arrêt ancien, qu'était également valable la convention par laquelle deux héritiers, ignorant leurs droits respectifs, décident de les mettre en commun et de les partager, alors même que l'un d'eux était déjà saisi de la succession à leur insu²⁰.

Mais le principe selon lequel l'aléa repose sur une incertitude subjective soulève des difficultés relatives à l'établissement de la preuve de la croyance des parties. En outre, comme le souligne A. Bénabent²¹: « il ne faut pas encourager les gens à spéculer sur une ignorance en contractant aléatoirement lorsqu'il pourraient, en se renseignant, dissiper leur incertitude: on irait au rebours du souhait de Portalis, en les incitant à abandonner au hasard ce qu'il pourraient régler par le conseil ».

Dès lors, en matière de rente viagère, la conception subjective cède le pas à la conception objective. En effet, les articles 1974²² et 1975²³ du Code civil subordonnent la validité du contrat de rente viagère à l'existence d'une incertitude objective relative à la durée de vie de la personne sur la tête de laquelle la rente est constituée, et ce non seulement lors de la conclusion du contrat mais encore dans les vingt jours qui suivent sa conclusion. Ainsi que l'exprime A. Morin²⁴: « l'absence d'aléa [...] doit être appréciée objectivement par rapport aux circonstances et indépendamment de la croyance des parties: l'ignorance de la maladie par le débirentier ou la croyance qu'il avait de courir un risque réel s'avèrent donc inopérants. » L'article 1975 du Code civil pose ainsi une présomption irréfragable d'absence d'aléa dès lors que trois éléments sont réunis, à savoir l'existence de la maladie au jour de la constitution de la rente, le décès du créancier dans les vingt jours suivant la conclusion du contrat et l'existence d'un lien de causalité entre cette maladie et le décès.

Il convient cependant de remarquer que ce même article n'interdit pas de constater la nullité d'une vente contre rente viagère même quand le décès du créancier survient plus de vingt jours après la conclusion du contrat, dès lors qu'il est prouvé que le débirentier connaissait, au moment de l'échange des consentements, l'imminence du décès du créancier²⁵, privant ainsi la date de survenance de l'événement de son caractère aléatoire. On observe alors un retour au principe d'appréciation subjective de l'incertitude de l'élément matériel de l'aléa au moment de la conclusion du contrat. Cette solution se trouve justifiée par la nécessité d'assurer une protection complète du créancier dans une opération qui revêt bien souvent pour lui moins le caractère purement spéculatif du pari qu'un aspect alimentaire, les arrérages de la rente viagère permettant à ce dernier d'assurer sa subsistance et sa sécurité jusqu'à ses derniers jours.

Si l'aléa doit, on l'a vu, exister au moment de la formation du contrat, il doit aussi subsister en cours de contrat et reposer de manière exclusive sur le hasard.

¹⁹J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, L.G.D.J., 2006, n° 472, p. 309

²⁰Cass. Req., 19 avril 1882, *D.P.* 1883.I.77

²¹A. BENABENT, *La chance et le droit*, th. Paris, 1973, n° 47

²²Art. 1974 C. civ.: « Tout contrat de rente viagère constitué sur la tête d'une personne qui était morte au jour du contrat, ne produit aucun effet. »

²³Art. 1975 C. civ.: « Il en est de même du contrat par lequel la rente a été créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours de la date du contrat. »

²⁴A. MORIN, *th. précit.*, n° 627, p. 260

²⁵Cass. civ. 3ème, 6 nov. 1969, *JCP* 1970, II, 16502, obs. BENABENT

B/ L'aléa en cours de contrat

Se poser la question de la disparition de l'aléa en cours de contrat, c'est s'interroger sur les sources de l'incertitude pour caractériser le contrat aléatoire, lesquelles se réfléchissent inmanquablement sur les modes de disparition de l'incertitude caractérisant l'élément matériel de l'aléa. Il convient dès lors d'étudier d'une part la disparition fortuite du support de l'aléa (1) puis la disparition volontaire du hasard dans la réalisation de l'événement (2).

1. La disparition fortuite du support de l'aléa

L'aléa placé au cœur de leur contrat par les contractants n'est dans certains cas pas autonome; l'événement sur lequel porte l'incertitude caractéristique du contrat aléatoire dépend parfois pour la possibilité même de sa survenance de l'existence d'un support. Tel est le cas dans l'assurance de dommage où la réalisation du risque prévu dans la police dépend de l'existence de la chose assurée. Il convient de remarquer dans ce cas précis que la subsistance de l'élément matériel de l'aléa nécessaire à la coloration aléatoire du contrat d'assurance est alors étroitement liée à la subsistance de son support – à savoir la chose assurée elle-même – la disparition même fortuite du second pouvant entraîner celle du premier.

A ce titre, l'article L. 121-9 du Code des assurances prévoit qu'« en cas de perte totale de la chose assurée résultant d'un événement non prévu par la police, l'assurance prend fin de plein droit et l'assureur doit restituer à l'assuré la portion de la prime payée d'avance et afférente au temps pour lequel le risque n'est plus couru. » Ayant disparu totalement, la chose ne peut dès lors plus être atteinte par un quelconque événement incertain. Avec elle se trouvent emportés l'élément matériel de l'aléa et le contrat tout entier, l'assurance revêtant au sens de l'article 1964 du Code civil la qualification de contrat essentiellement aléatoire²⁶.

Mais si l'incertitude peut ainsi fortuitement disparaître, elle le peut aussi sous le coup de l'ingérence exacerbée de la volonté d'un contractant.

2. La disparition volontaire du hasard dans la réalisation de l'événement

Pour que la magie du contrat aléatoire opère, il faut abandonner la scène toute entière au hasard. Dès lors que le spectre des volontés individuelles surgit depuis l'arrière du rideau rouge de la sphère contractuelle pour influencer sur le sort, le charme aléatoire né de l'échange des consentements se trouve brisé.

En effet, si l'objet de l'aléa doit, comme on l'a vu, être unitaire, l'incertitude qui l'affecte doit encore être partagée. Ainsi que l'exprime A. Bénabent²⁷: « C'est encore la nécessité d'une incertitude pour les deux parties qui impose que l'événement incertain dont dépend le contrat aléatoire ne ne soit pas à la

²⁶Encore faut-il pour cela que la disparition de la chose soit complète. Si cette dernière peut encore être exposée au risque garanti, l'aléa demeure et le contrat trouve encore application. Selon J. KULLMANN, une inexistance juridique due à une décision judiciaire de démolition d'un bâtiment n'équivaut pas à une perte totale de la chose assurée. (*op. cit.*, p. 129)

²⁷A. BENABENT, « Contrats aléatoires, Généralités », *art. Jurisclasseur*, n° 41

disposition de l'une d'elles. » Le droit des assurances met particulièrement en exergue cette règle selon laquelle la réalisation de l'événement ne doit pas dépendre de la volonté de l'une des parties, en prévoyant que l'assurance ne joue pas quand le dommage est volontairement provoqué. Ainsi, l'article L. 113-1 du Code des assurances prohibe l'assurance des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré, laquelle a pour effet direct de supprimer l'élément matériel de l'aléa. De même pour l'article L 132-7 du même Code relatif au suicide volontaire en matière d'assurance-vie²⁸.

Si la notion juridique d'aléa se caractérise ainsi par un élément matériel, lequel réside dans l'incertitude le plus souvent subjective affectant un événement nécessairement délié de toute potestativité, elle comporte également un élément que l'on peut qualifier de structurel, résidant dans la création d'une chance de gain et d'un risque de perte.

II: L'élément structurel de l'aléa: la chance de gain et le risque de perte

Comme le met en lumière J. Kullmann²⁹: « L'événement incertain ne constitue un aléa au sens légal du terme que dans la mesure où il engendre une chance de gain ou de perte ». Et de fait, la Cour de Cassation souligne de manière particulièrement nette le lien causal nécessaire entre les éléments matériel et structurel de l'aléa: « L'aléa existe dès lors qu'au moment de la formation du contrat, les parties ne peuvent apprécier l'avantage qu'elles en retireront parce que celui-ci dépend d'un événement incertain »³⁰. Il convient de se pencher sur les caractères de l'aléa (A), ainsi que sur son échelle d'appréciation (B).

A/ Les caractères de l'aléa

L'aspect structurel de l'aléa au cœur du contrat aléatoire au sens du Code civil est marqué par son caractère bilatéral d'une part (1) et réciproque d'autre part (2).

1. Le caractère bilatéral de la chance et du risque

La nécessité du caractère bilatéral de la chance et du risque participant de la notion juridique d'aléa a longtemps fait l'objet de vives controverses, tant doctrinales que jurisprudentielles. La source des interrogations résidait dans l'absence de concordance des articles 1104 et 1964 du Code civil sur la question de savoir si l'aléa doit être couru par chacune des parties ou s'il suffit que celui-ci n'affecte que l'une d'entre elles. Selon l'article 1104 du Code civil en effet, le contrat est aléatoire « lorsque l'équivalent consiste dans une chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain. » Il semble ainsi requérir une bilatéralité effective de l'aléa. Au contraire, l'article 1964 du Code civil paraît se satisfaire d'un aléa unilatéral, qui dispose: « le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les

²⁸Art. L. 132-7 C. ass.: « L'assurance en cas de décès est de nul effet si l'assuré se donne la mort au cours des deux premières années du contrat ». Règne ici une approche objective de l'aléa, critiquée par certains auteurs (V. not. A. MORIN, th. précit., n° 631, p. 271). Sur la question, V. aussi Ph. CASSON, « Suicide et assurance-vie », Colloque de l'Association Henri Capitant, à paraître

²⁹J. KULLMANN, *op. cit.*, p. 131

³⁰Cass. Civ 1, 8 juill. 1994, *Bull. civ.* I, n° 235

effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain ». Ainsi, dès 1804, il s'est agi de déterminer laquelle de ces deux définitions devait être considérée comme la plus exacte.

Selon Mourlon³¹, la préférence allait le plus souvent à l'article 1964 du Code civil et l'on pouvait aisément considérer un contrat comme aléatoire dès lors que déjà une partie reçoit une chance de gain en contrepartie de l'équivalent qu'elle procure. Il s'appuyait pour ce faire sur une lecture particulière du contrat d'assurance: selon l'auteur, l'assureur court la chance de gagner ou de perdre alors qu'il n'existe aucune chance de gain du côté de l'assuré. En cas de sinistre, ce dernier évite de perdre, il ne gagne pas.

Cette analyse se trouve vivement contestée par Demolombe³²: « le vice d'un tel raisonnement est, suivant nous, manifeste! Il ne s'agit pas de savoir si l'assuré gagne ou ne gagne pas de manière absolue, et indépendamment du contrat d'assurance qu'il a fait, ni si son patrimoine se trouve augmenté ou diminué. La question n'est pas là! Il s'agit de savoir si l'assuré ne gagne pas contre l'assureur, par l'effet relatif du contrat qu'il a fait avec lui, la somme représentative de sa chose détruite. Or, [...] cela est de toute évidence. » La majorité des auteurs s'est rangée à cette analyse bilatérale de l'aléa, suivie en ce sens par la Cour de Cassation. Cette dernière a récemment rappelé sa position à l'occasion d'un arrêt en date du 4 juillet 2007³³ relatif à un bail à nourriture.

Outre sa bilatéralité, l'aléa, pour caractériser utilement le contrat aléatoire, doit encore présenter un caractère réciproque sur lequel il convient de se pencher.

2. Le caractère réciproque de la chance et du risque

Le contrat aléatoire se caractérise par la réciprocité nécessaire de la chance et du risque encourus par chacune de parties. Ainsi que l'exprime Y.-M. Laithier³⁴: « Ce que perd l'un des cocontractants, l'autre doit le gagner. » Pour cette raison, le contrat de société ne peut dès lors être analysé comme un contrat aléatoire puisque si les associés ont bien vocation à contribuer aux pertes, participer aux bénéfiques ou profiter de l'économie dépendant des résultats de l'activité de la société, ils courent ensemble la même chance de gain et le même risque de perte.

³¹MOURLON, *Répétitions écrites sur le troisième examen de Code Napoléon*, 8ème éd., Paris, A. Maresque Ainé, 1870, n° 1075 (cité par E. SAVAUX, obs. sous Cass. civ. 3ème, 4 juillet 2007, *Def.* 2007, p. 1737)

³²DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, *Traité des obligations conventionnelles en général*, vol. I, 2ème éd., A. Durand, L. Hachette, 1870, n° 27, p. 28

³³Cass. civ. 3ème, 4 juill. 2007, *Bull. civ.* III, n° 124, CCC 2007, n° 293, note L. LEVENEUR, *Def.* 2007, p. 1535, note Y. DAGORNE-LABBE et p. 1737, obs. E. SAVAUX (En l'espèce, une promesse synallagmatique de vente avait été consentie sur un immeuble pour un prix payable pour partie au comptant et pour le reste converti en obligation viagère de soins au profit d'un tiers. Ce dernier étant décédé avant la signature de l'acte authentique, la bénéficiaire de la promesse assigne la venderesse en exécution forcée de la vente moyennant la partie du prix en capital, ce que les juges du fond lui accordent. Un pourvoi fut cependant formé par la venderesse, arguant de ce que l'aléa lié à la durée de vie du bénéficiaire de l'obligation de soins était sans incidence sur le prix perçu par le vendeur et que, ce faisant, la Cour d'appel avait violé les articles 1104 et 1964 du Code civil dont la lecture combinée conduisait à la nécessité, pour la validité de la convention, du caractère bilatéral du risque de perte et de la chance de gain. Confirmant sa position dans le sens de la bilatéralité de l'aléa mais rejetant l'argumentation développée par la venderesse, la Cour de Cassation rejette le pourvoi en soulignant au contraire que « la Cour d'appel [avait pu déduire] que le caractère indéterminé de cette obligation constituait un aléa librement accepté par les parties comme étant susceptible de profiter à l'une ou à l'autre en fonction de la durée de vie [du bénéficiaire de l'obligation de soins] et que la disparition de celui-ci faisait partie intégrante de cet aléa. » En effet, comme l'exprime L. Leveneur: « En l'espèce, l'aliénatrice risquait une perte, celle qui s'est précisément produite: transférer la propriété de sa maison moyennant en définitive une faible contrepartie si son oncle décédait rapidement; mais elle avait aussi une chance de gains: la satisfaction de voir les soins dont son oncle aurait pu avoir besoin peut-être pendant de longues années prises en charge par l'autre partie. Et si sur celle-ci pesait le risque de perte et la chance de gains exactement inverses. »)

³⁴Y.-M. LAITHIER, « Aléa et théorie générale du contrat », Colloque de l'Association H. Capitant, à paraître

L'exemple tiré du contrat de jeu ou encore celui du contrat de pari permettent au contraire de mettre en relief cette nécessaire réciprocité de la chance et du risque dans le contrat aléatoire: les participants hasardent un bien ou une somme d'argent dans une activité ludique et chacun perd ce que l'autre gagne.

L'appréciation de la chance de gain comme du risque de perte se fait donc eu égard à certains caractères. Elle se fait aussi, on va le voir, selon une certaine échelle.

B/ L'échelle d'appréciation de l'aléa

Si certains contrats envisagés individuellement comportent bel et bien un aléa au sens juridique, en ce sens que leur économie dépend d'une incertitude affectant à la fois la survenance et le résultat d'un événement délié de toute potestativité, ils peuvent par ailleurs reposer sur des techniques de collectivisation et de compensation des risques à une plus large échelle, aboutissant ainsi dans les faits à l'éviction de tout aléa pour la partie organisant cette mutualisation³⁵. Tel est le cas des compagnies d'assurances³⁶, qui recourent à l'évaluation statistique des risques dont elles se chargent afin de calculer les primes en rapport, utilisant la loi des grands nombres pour faire coïncider la réalité avec les évaluations et ainsi supprimer à leur égard la réalité de l'aléa³⁷. Certains jeux collectifs reposent également sur l'utilisation du calcul des probabilités et l'organisation d'une mutualité. A ce titre, la loterie a pu être définie comme étant « l'entreprise organisée en vue de conférer à un très grand nombre de personnes, moyennant certains versements fixes, le droit de prendre part au tirage au sort de sommes ou d'objets appelés lots »³⁸. De par son fonctionnement, la loterie permet à l'entrepreneur d'échapper à l'aléa, puisque son bénéfice – à savoir la valeur totale des billets émis dont est déduite la valeur des lots et frais d'organisation - dépend de la vente des billets³⁹ et non de l'aléa constitué par le tirage au sort.

La question se pose alors de savoir si un tel contrat peut encore recevoir la qualification de contrat aléatoire, alors même que l'une des parties, maîtrisant pour ainsi dire techniquement le risque, organise sa dilution par le recours à un mécanisme extérieur à la relation contractuelle considérée. En d'autres termes, convient-il d'apprécier l'existence de l'aléa à l'échelle simplement contractuelle ou faut-il en vérifier la réalité objective pour chacune des parties à l'échelle macrocontractuelle?

Quels que soient les contrats collectifs envisagés, l'analyse s'est toujours faite dans le sens de la persistance de leur caractère aléatoire. Précisément, le rejet de l'appréciation macrocontractuelle de l'existence de l'aléa se justifie par le constat de ce que si le calcul apporte une certitude quant au résultat

³⁵Ce qui amène R. KAHN à parler de « commerce de risques [...] organisé de manière à n'en présenter aucun ». *La notion de l'aléa dans les contrats*, th. Paris, 1924, n° 23

³⁶L'opération d'assurance se définit comme « l'opération par laquelle un assureur organise en mutualité une multitude d'assurés exposés à la réalisation de certains risques et indemnise ceux d'entre eux qui subissent un sinistre grâce à la masse commune des primes collectées ». (Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 33)

³⁷« L'entreprise d'assurance n'est donc pas aléatoire » concluent MM. STARCK, ROLAND et BOYER, *Obligations – 2 – contrat*, 5ème éd., Litec, 1995, n° 99

³⁸PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t.XI, « Contrats civils », 2ème part. par Rouast, Savatier, Lepargneur et Besson, 2ème éd., LGDJ, 1956, n° 1214

³⁹Vente des billets qui ne peut être en soi considérée comme un aléa, le risque d'inventu existant chez tous les vendeurs. V. J.-L. MOURALIS, *La notion d'aléa et les actes juridiques aléatoires*, th. Grenoble, 1968, n° 102

d'une entreprise fondée techniquement sur un nombre important de contrats, il ne supprime pas l'incertitude afférente à chaque contrat pris individuellement⁴⁰. La préférence est donc donnée à une analyse strictement contractuelle de l'élément structurel de l'aléa.⁴¹

Si la notion juridique d'aléa se caractérise par la dualité et le particularisme de ses éléments constitutifs – matériel et structurel – elle est également marquée par la singularité de son incidence juridique, sur laquelle il convient de se pencher.

s°II: L'incidence de la notion juridique d'aléa sur le contrat

Alors que l'on serait a priori tenté de déduire de l'unicité et de la singularité de sa définition que l'incidence de la notion juridique d'aléa sur le contrat soit identique en toutes circonstances, il convient pourtant de remarquer, ainsi que le souligne A. Morin, que « les contrats ne sont pas tous aléatoires de la même manière ». Sans pour autant en altérer l'unité conceptuelle, la dualité des modes d'insertion de l'aléa dans la structure contractuelle – dont il faut observer qu'elle se réfléchit sur sa nature – permet d'affiner le tracé des contours de la notion juridique d'aléa.

Il convient en effet d'observer que tandis qu'il prend une coloration parfois qualifiée d'« économique » lorsqu'il s'inscrit accidentellement dans un contrat commutatif (II), l'aléa entraîne au contraire une incidence dite purement « juridique » sur les contrats aléatoires dont il relève de l'essence (I).

I: L'incidence juridique de l'aléa dans les contrats essentiellement aléatoires

Si l'aléa peut se trouver inséré de manière accidentelle dans certains contrats, principalement par l'adjonction de stipulations contractuelles à un contrat par nature commutatif, il peut aussi et surtout relever de l'essence de certains contrats, ce qui emporte comme conséquence pratique d'entraîner purement et simplement leur nullité dans les cas où son absence est constatée dans les faits. Relèvent précisément de cette catégorie l'ensemble des contrats énumérés à l'article 1964 C. Civ., soit le contrat d'assurance, le jeu, le pari et le contrat de rente viagère, lesquels ne peuvent subsister en l'absence d'aléa⁴², et ce en raison de l'incidence juridique de celui-ci sur ces derniers. S'y ajoutent le bail à nourriture, la vente d'usufruit ou de nue-propriété de même que la tontine ou clause d'accroissement⁴³.

Précisément, afin de mieux cerner l'incidence de l'aléa sur les contrats aléatoires nommés, qui

⁴⁰V. A. BENABENT, *Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 7ème éd., Montchrestien, 2006, n° 929

⁴¹L'on peut souligner, de manière incidente, que la seule conséquence du constat de la maîtrise technique de l'aléa par l'une des parties se produit non sur le terrain de la requalification de tels contrats mais sur celui du renforcement de leur encadrement. En témoignent la protection légale et jurisprudentielle accrue de l'assuré tant au stade de la conclusion qu'à celui de l'exécution du contrat d'assurance, de même que la prohibition des contrats de loterie et opérations assimilées depuis une loi du 24 mai 1836, dont la violation est assortie de sanctions pénales sur le fondement de la loi n°83-628 du 12 juillet 1983 relative aux jeux de hasard, modifié par la loi n°92-1336 du 16 décembre 1992. (Ce principe d'interdiction souffre toutefois quelques exceptions en faveur notamment des loteries destinées à des actes de bienfaisance, des lotos traditionnels ou loteries organisées sous le contrôle de la Française des jeux.)

⁴²Les articles 1974 et 1975 du Code Civil réputent sans effets les contrats de rente viagère conclus sur la tête de personnes soit déjà mortes au moment de leur conclusion, soit mourantes; l'article L. 121-15 du C. ass. sanctionne par la nullité la convention, dès lors que le sinistre ne peut se réaliser; de même, c'est la nullité qui frappe les contrats de jeux ou de paris dans lesquels la tricherie a supprimé tout aléa.

⁴³En ce sens, A. BENABENT et M.-A. RAKOTOVAHINY, *Jurisl. Civ.*, art. 1964

conduit certains auteurs à le qualifier d' « aléa juridique », on se penchera tour à tour sur l'incidence de son élément matériel dont on observera qu'il a pour cible l'objet de l'obligation essentielle du contrat (A), et sur celle de son élément structurel dont on verra qu'elle porte sur l'intérêt du contrat (B).

A/L'incidence de l'élément matériel sur l'objet de l'obligation essentielle

« Le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets [...] dépendent d'un événement incertain. » La formulation même de l'alinéa 1er de l'article 1964 du Code civil met particulièrement en exergue la singularité de la structure contractuelle du contrat aléatoire, laquelle repose toute entière sur la survenance ou la date d'un événement affecté d'incertitude. Précisément, si l'incidence de l'élément matériel de l'aléa est si prégnante, c'est en raison du fait qu'elle retentit notamment et surtout sur un aspect fondamental de ce dernier, à savoir l'objet de son obligation essentielle.

Les contrats aléatoires par essence voient en effet l'une au moins de leurs obligations essentielles⁴⁴ respectives revêtir une coloration aléatoire en raison de la subordination de la réalité de leur objet à la réalisation de l'événement incertain susmentionné. Plus précisément, la réalisation de cet événement aléatoire suspend l'existence ou la détermination de l'objet de cette obligation essentielle, emportant ainsi une dérogation notable aux exigences de certitude et de déterminabilité de l'objet formulées aux articles 1108 et 1129 du Code civil⁴⁵.

En effet, dans les contrats d'assurance – qu'il s'agisse de contrats d'assurance dommages, de contrats d'assurance en cas de vie ou d'assurance temporaire-décès – si elle n'a aucune incidence sur l'obligation essentielle de l'assuré de payer la prime, la réalisation du risque assuré suspend en revanche la naissance même de l'objet de l'obligation essentielle de l'assureur, à savoir le paiement de l'indemnité. De même, c'est la naissance de l'objet de l'obligation essentielle du perdant de verser l'enjeu qui se trouve suspendue à la réalisation de l'événement incertain qui détermine le résultat du jeu.

En revanche, dans les contrats de rente viagère comme dans les contrats d'assurance en cas de décès « vie entière », la mort du crédirentier comme celle de l'assuré retentit cette fois non sur la naissance mais sur l'étendue de l'objet des obligations fondamentales respectives du débirentier et de l'assuré puisqu'au moment de la conclusion des contrats comme en cours de leur exécution, aucun des deux ne connaît la somme globale de la prestation à laquelle il s'est engagé. Il en est de même dans la vente d'usufruit ou de nue-propriété⁴⁶ et, de manière particulièrement accrue, dans le contrat de bail à nourriture où la prestation du preneur dépend dans sa nature et sa durée de la santé comme de la durée de vie du bailleur. La dérogation à la théorie de l'objet au sein de cette catégorie des contrats essentiellement aléatoires est dès lors patente, comme le souligne A. Morin: « La quotité de l'objet n'est ni déterminée le jour de la formation du contrat, ni déterminable, car elle ne peut l'être le jour de l'exécution du contrat.[...] »

⁴⁴L'obligation essentielle constitue le noyau dur et intangible du contrat. Ainsi que l'indique Ph. JESTAZ: « Ce qui caractérise l'obligation fondamentale, c'est que la convention des parties peut en restreindre – un peu – l'étendue, mais non la priver de tout contenu » (Ph. JESTAZ, « L'obligation et la sanction: à la recherche de l'obligation fondamentale », *Mélanges P. Raynaud*, p. 282)

⁴⁵A. MORIN, *op. cit.*, n° 62, p. 36

⁴⁶Là encore, c'est la durée de vie de l'usufruitier comme du nu-propriétaire qui, déterminant la valeur de l'immeuble, confère un caractère aléatoire auxdits contrats.

L'aléa, en retentissant sur la réalité de l'objet, le rend imparfait eu égard à la théorie de l'objet. »⁴⁷

Affectant ainsi l'existence ou la détermination de l'objet d'une obligation essentielle de tels contrats, l'aléa - dans sa dimension matérielle - imprime dès lors une structure particulière à cette obligation, qui la distingue par ailleurs d'une obligation à modalité. En effet, tandis que la modalité, élément accidentel, affecte une obligation valablement formée, l'aléa, élément essentiel du contrat, rend au contraire elle-même aléatoire l'obligation essentielle qu'il prend pour cible en suspendant la réalité de son objet à sa survenance.

Cette incidence de l'aspect matériel de l'aléa à l'échelle obligationnelle trouve un écho au niveau contractuel qu'il convient d'examiner.

B/L'incidence de l'élément structurel sur l'intérêt du contrat

Le caractère aléatoire de l'une au moins des obligations essentielles du contrat, résultant de l'incidence singulière de l'événement aléatoire sur sa structure, a une portée significative sur l'économie du contrat. En effet, conformément au schéma tracé précédemment, l'aléa envisagé sous son aspect matériel se double d'un aspect structurel en introduisant au sein du contrat une chance de gain et un risque de perte pour chacune des parties, et ce en raison de l'incertitude sur le solde définitif des prestations qu'il engendre.

Cela se vérifie tout particulièrement au travers du contrat de rente viagère, dans lequel l'incertitude relative à la durée de vie du crédientier empêche, lors de la formation du contrat et durant toute son exécution, toute détermination de la balance des prestations: tant que le décès du crédientier n'est pas intervenu, et alors même que la valeur de sa prestation est certaine⁴⁸, l'incertitude persiste quant à la quotité de l'objet de l'obligation essentielle du débirentier. De manière analogue, si l'enjeu se trouve fixé dès la conclusion des contrats de jeu et de pari, le résultat de la partie ne se trouve déterminé qu'au moment de la réalisation de l'événement incertain. Jusqu'à ce dernier, les parties connaissent simplement le résultat de la partie en valeur absolue mais demeurent dans l'ignorance du caractère positif ou négatif du solde de leur prestation. C'est le même procédé qui se trouve au cœur de la tontine ou clause d'accroissement⁴⁹ puisque c'est le prédécès de l'un des acquéreurs qui permet de déterminer la balance finale des prestations, la propriété de l'immeuble ainsi acquis revenant alors dans sa globalité au survivant.

Ce constat a amené F. Grua à souligner que, dans les contrats essentiellement aléatoires, « l'incertitude porte sur le rapport final des obligations des parties. Le gain ou la perte se mesurent en comparant les prestations commandées par le hasard: bref, l'aléa demeure à l'intérieur du contrat. Il est, disons, juridique. »⁵⁰ Le caractère intrinsèque de l'aléa ainsi envisagé sous son aspect structurel se trouve

⁴⁷A. MORIN, *op. cit.*, n° 62, p. 36

⁴⁸Si un débat avait un temps agité la doctrine classique, il est aujourd'hui clairement admis que « le contrat est aléatoire si, en dépit de la certitude qui affecte l'objet de l'une des obligations, toutes les parties courent une chance de gain et un risque de perte ». (Y.-M. LAITHIER, « Aléa et théorie générale du contrat », Colloque de l'Association H. Capitant, à paraître.)

⁴⁹Le mécanisme du pacte tontinier est exposé en ces termes par A. BENABENT: « Deux personnes achetant en commun un bien conviennent que l'acquisition est faite pour le compte du survivant d'entre elles lequel sera ainsi considéré comme ayant toujours été le seul propriétaire du bien depuis le jour de l'acquisition et le prémourant étant réputé n'avoir jamais eu aucun droit sur ce bien. (*Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 7ème éd., Montchrestien, 2006, n° 941, p. 617)

⁵⁰F. GRUA, « Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs », *RTD civ.* 1983, n° 34, p. 282

encore accentué, selon cet auteur, par le fait que ce dernier remplit une fonction causale: « Dans un contrat d'assurance ou de rente viagère, les parties savent bien en s'engageant que les prestations réciproques ne seront pas équivalentes. Il n'empêche qu'au moment où il est conclu, le contrat est en principe équilibré compte tenu des risques et des chances de chacun. L'aléa rétablit la balance entre des obligations qui ont vocation à être disproportionnées. C'est pourquoi [...] il est la cause des engagements. »⁵¹ Cette analyse singulière et peut-être artificielle de l'aléa comme cause « rétrospective » des obligations des parties ne fait pas l'unanimité parmi les auteurs, la doctrine majoritaire soutenant une analyse de l'aléa soit en terme de cause catégorique, soit en terme de cause objective pure et simple.

Selon plusieurs auteurs⁵², l'aléa constituerait en effet simplement la cause catégorique des contrats aléatoires. Dès lors, l'absence de l'élément structurel de l'aléa emporterait simplement la dénaturation et non la nullité du contrat⁵³. Il faut cependant remarquer qu'une telle conception de l'aléa comme cause catégorique dans l'ensemble des contrats aléatoires revient à admettre que les obligations issues du contrat peuvent être valables en l'absence d'aléa, ce que dément l'analyse des contrats aléatoires nommés.

Pour de nombreux autres auteurs, l'aléa, envisagé plus spécialement sous son aspect matériel, constituerait au contraire purement et simplement la cause même de l'obligation des parties dans les contrats aléatoires. Pour A. Bénabent⁵⁴ par exemple: « dans ce type de contrats, la cause de l'engagement de chacun n'est pas la contre-prestation: en effet, on n'est pas certain qu'il y aura une contre-prestation. Par exemple, dans un contrat d'assurance, si aucun accident n'intervient, les primes versées pour le risque ne sont pas utilisées; la cause existe néanmoins et les primes resteront acquises. La cause est en fait l'existence de l'aléa. A chaque fois que l'aléa existe, le contrat aura une cause normale. »

Pourtant, cette vision apparaît à bien des égards réductrice. Ainsi que l'indique Y.-M. Laithier⁵⁵: « A la réflexion, aucun débiteur ne s'engage pour l'aléa; le débiteur, même lié par un contrat aléatoire, s'engage pour l'obtention d'un « équivalent » (art. 1104 C. civ.). » En effet, si l'on se penche de plus près sur les raisons objectives qui peuvent inciter les contractants à s'engager dans de tels contrats, on observe que l'assuré entend payer des primes pour la couverture d'un risque, et l'assureur apporter sa garantie pour percevoir des primes, le joueur paie sa mise pour remporter la partie, le débirentier s'oblige pour obtenir le transfert de la propriété d'un bien, etc⁵⁶. Et de fait, il a depuis longtemps été souligné que les contrats

⁵¹Cette analyse est reprise par A. MORIN: « l'aléa sert de cause *rétrospective* de l'obligation, parce qu'en rétablissant l'équilibre des prestations a posteriori, il justifie leur interdépendance ». (*op. cit.*, n° 141, p. 69)

⁵²L. BOYER, *La notion de transaction, contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, th. Toulouse, 1947, p. 206 et s. ; J.-L. MOURALIS, *La notion d'aléa et les actes juridiques aléatoires*, th. Grenoble 1968, n° 198 et s.

⁵³A leurs yeux, la nullité jurisprudentielle de la rente viagère dont les arrérages s'avèrent inférieurs aux revenus du bien se fonderait dès lors sur l'erreur commune des parties. Cette erreur porterait sur la nature de l'accord et sur la possibilité de réaliser le but contractuel. Cette analyse n'a pas les faveurs de la jurisprudence, qui prononce généralement la nullité d'un tel contrat pour vileté du prix et non pour erreur. (V. F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 8ème éd., Précis Dalloz, 2007, n° 176, p. 167)

R. KAHN considère également que l'absence d'aléa relève d'un vice du consentement. (*La notion de l'aléa dans les contrats*, th. Paris, 1924, n° 35)

⁵⁴A. BENABENT, *Les obligations*, 10ème éd., Montchrestien, 2005, n°182, p. 136

⁵⁵Y.-M. LAITHIER, « Aléa et théorie générale du contrat », Colloque de l'Association H. Capitant, à paraître.

⁵⁶En ce sens, V. F. CHENEDE, *Les commutations en droit privé, contribution à la théorie générale des obligations*, th. Paris II, 2008, n° 194, p. 177

aléatoires sont une variété des contrats à titre onéreux⁵⁷. Or, dans tout contrat à titre onéreux, la cause de l'obligation du débiteur réside toujours dans l'avantage patrimonial attendu de l'exécution du contrat. Il semble dès lors pour le moins hardi de vouloir s'abstraire de toute prise en compte de la contrepartie pour faire de l'aléa envisagé sous son aspect structurel la cause pure et simple des obligations respectives des parties.

Aussi a-t-il pu être envisagé de combiner aléa et contrepartie. Dans cette perspective, H. Capitant⁵⁸ a soutenu que « la cause [des obligations des parties à un contrat aléatoire] est plus complexe que dans les contrats commutatifs. Sans doute cette cause est toujours la contrepartie promise, mais c'est aussi et en première ligne la perspective d'un aléa dont le contractant entend tirer profit ou contre lequel il veut se prémunir. [...] La chance est la cause de l'engagement [...] ou, si l'on veut, elle se superpose à la cause ordinaire ». ⁵⁹ Cette analyse emporte cependant l'inconvénient d'opérer une distinction qui peut apparaître superflue entre les deux variétés de contrats à titre onéreux que sont les contrats commutatifs et aléatoires. Il semble au contraire opportun, et on en observera plus loin les implications, de s'appuyer précisément sur le caractère onéreux du contrat aléatoire pour aligner parfaitement sur lui la définition de sa cause objective. L'aléa ne se trouverait pas évincé pour autant de l'opération de vérification de la rationalité de l'acte⁶⁰: si la contrepartie reste bien la cause objective dans les contrats aléatoires, l'appréciation de son existence se fait à la lumière de la réalité de l'aléa, lequel demeure cependant techniquement détaché d'elle. En d'autres termes, plus que sur la cause objective elle-même, dont on sait qu'elle est classiquement analysée de façon étroite⁶¹, c'est plus largement sur l'intérêt du contrat que semble plutôt s'opérer l'incidence de l'élément structurel de l'aléa. Prenons l'exemple d'un contrat de vente contre un bail à nourriture constitué sur la tête d'une personne atteinte, au moment de la conclusion du contrat, d'une maladie dont les conséquences fulgurantes et tragiques sont connues⁶², et dont le décès survient très peu de temps après cette dernière (on sait depuis un arrêt en date du 28 janvier 1952 que la nullité exceptionnelle de l'article 1775 C.Civ. n'est pas transposable en cette matière, malgré la proximité entre les mécanismes de la rente viagère et du bail à nourriture). Dans ce cas, bien que l'état de santé du bénéficiaire ne puisse pas être pris en compte de la même manière que pour un crédentier classique puisque précisément le preneur s'engage à prendre en charge ses soins, la circonstance de l'extrême prévisibilité de l'issue rapide de la maladie confine dans les faits à priver le contrat d'aléa réel. La contrepartie existe toujours, car le preneur ne s'est pas trouvé déchargé de ses obligations d'entretien à l'égard du bénéficiaire et il a pu les exécuter pendant les quelques jours qu'a duré le contrat, mais l'absence de chance de gain

⁵⁷DEMOLOMBE, *op. cit.*, n° 26, p. 25: « La division des contrats en commutatifs et aléatoires n'est qu'une sous-division des contrats à titre onéreux. ».

⁵⁸H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, 3ème éd., Dalloz, Paris, 1927, n° 18, p. 52

⁵⁹C'est aussi dans le sens d'une intégration de l'aléa à la cause de l'obligation que se positionne J. GHESTIN, qui s'attache à définir cette dernière au sein des contrats aléatoires comme: « la contrepartie convenue dont l'objet est, par nature ou conventionnellement affecté d'un aléa ». (J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, L.G.D.J., 2006, n°464, p. 304)

⁶⁰Dans sa présentation philosophique et abstraite, le contrat est conçu comme le résultat d'une démarche rationnelle: seule la volonté rationnelle est reconnue (E. KANT, *Critique de la raison pure*, éd. Pléiade, 1ère partie, livre I, chap. I, et *Critique de la raison pratique*, 1ère partie, livre I, t. II.) et protégée par le droit.

⁶¹V. J. ROCHFELD, « Cause », *art. Rép. Civ.*, Dalloz, Chap. 1

⁶²Cass. Req., 15 juin 1933, *D. H.* 1933, p. 377; Cass. Civ. 1ère, 21 janvier 1957, *Bull. civ.* I, n° 33

pour le bénéficiaire qui a transféré la propriété de son bien au preneur prive ce dernier de tout intérêt au contrat, conduisant dès lors nécessairement au prononcé de la nullité de ce dernier.

On a donc vu que l'aléa, véritable cœur du contrat aléatoire, entraînait de larges conséquences juridiques sur ce dernier, amenant ainsi certains auteurs à le qualifier de ce fait d' « aléa juridique ». Il convient d'observer que lorsqu'il s'inscrit au contraire de manière accidentelle dans un contrat par nature commutatif, son incidence prend cette fois une coloration dite « économique », laquelle se réfléchit de même sur les contours de l'aléa.

II: L'incidence économique de l'aléa sur les contrats accidentellement aléatoires

Le contrat commutatif est défini à l'article 1104 alinéa 1er du Code civil comme étant le contrat dans lequel « chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle. » Pourtant, si l'idée d'équivalence (subjective) des prestations paraît intrinsèquement liée à l'idée de commutativité tandis qu'elle semble au contraire se situer à l'opposé de celle de contrat aléatoire, certains auteurs se sont attachés à mettre en exergue la relativité de cette opposition⁶³. Mais si l'aléa peut aussi investir les contrats commutatifs, il n'en conserve pas pour autant les mêmes caractéristiques que celles qu'il revêt au sein des contrats aléatoires dont il relève de l'essence. Les modes d'appréhension de la figure juridique de l'aléa se faisant ici différemment, leur étude permettra de préciser encore l'identification de ce dernier.

Il s'agira d'abord de se pencher sur la nature de l'aléa lorsque ce dernier s'inscrit dans un contrat commutatif (A), puis d'examiner la dénaturación de ce dernier à laquelle il peut procéder (B).

A/ La nature de l'aléa dans les contrats commutatifs

Ainsi que l'exprime A. Bénabent⁶⁴: « Les contrats commutatifs par nature, tels que la vente, peuvent devenir aléatoires par l'effet de certaines clauses qui vont leur conférer ce caractère: par exemple, l'acheteur achètera un bien « à ses risques et périls » en renonçant à tout recours s'il s'avère que ce bien était sans valeur ou appartenait à autrui. » Il remarque encore: « Presque tout contrat peut devenir ainsi aléatoire. » Ainsi, l'adjonction accidentelle d'un aléa sous l'effet des volontés individuelles des contractants peut de même donner à un contrat une coloration aléatoire, laquelle pourra aller jusqu'à donner une nouvelle qualification audit contrat de base. Tel est le cas par exemple de la vente sans garantie d'éviction d'un bien sur lequel les droits du cédant sont incertains, de la vente stipulée sans garantie des vices cachés, de la vente à forfait ou encore de la cession de droits successifs où l'acquéreur prend en charge le passif

⁶³Ainsi d'abord de BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, qui déclarent: « la division des contrats à titre onéreux en contrats à titre commutatifs et contrats aléatoires a été critiquée comme illogique, le second rentrant dans le premier. Les contrats aléatoires, a-t-on fait remarquer, sont essentiellement commutatifs. Cette circonstance que l'équivalent reçu par chacune des parties en retour de la prestation par elle fournie consiste dans une chance de gain ou de perte n'empêche pas que le contrat soit intéressé des deux côtés et, par conséquent, qu'il réponde à la notion de contrat commutatif. » (*Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XII, *Des obligations*, 3ème éd., t. I, Librairie de la société du recueil J.-B. Sirey et du journal du palais, 1906, p. 16, 3ème renvoi); suivis en ce sens par F. GRUA, *art. précit.*, p.263 et s., surtout n° 44 et 45, p. 286 et 287

⁶⁴A. BENABENT, *Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 7ème éd., Montchrestien, 2006, n° 942, p. 618

indéterminé de la succession. Tel est encore le cas de la vente d'une chose future, ou plus largement de la vente d'une chose dont la consistance ou la valeur sont affectées d'une incertitude. Dans ce dernier cas, le caractère aléatoire de la convention ne résulte pas tant de l'adjonction d'une stipulation visant à modifier la répartition des risques entre les parties, mais plus simplement d'une incertitude dans la définition même de son objet, faisant ainsi naître un doute sur la valeur de la prestation. Avant d'examiner de quoi procède précisément cette dénaturation de contrat commutatif en un contrat aléatoire, il convient d'analyser précisément les contours de l'aléa ainsi intégré dans le champ contractuel, et ce dans une perspective comparative par rapport aux contours de l'aléa revêtant la qualité d'élément essentiel.

On l'a vu, lorsqu'il s'insère dans un contrat essentiellement aléatoire, l'aléa retentit d'une part sur l'objet d'au moins une obligation essentielle, et ce plus particulièrement au travers de son aspect matériel, et exerçait d'autre part une incidence sur l'intérêt dudit contrat au travers de sa dimension structurelle. L'incidence de l'aléa avait alors pu être qualifiée de juridique en ce que la réalité même de l'objet d'une prestation se trouvait remise en cause, empêchant alors toute possibilité d'évaluer au moment de la conclusion du contrat le rapport final des obligations des parties. En revanche, lorsqu'il vient s'insérer de manière accidentelle dans un contrat commutatif, l'aléa sous ses aspects matériel et structurel influe non sur la structure même du contrat à laquelle il reste fondamentalement extérieur, mais seulement sur la valeur d'une des prestations que lui donne a posteriori le hasard.

En effet, dans chacun des exemples cités plus haut, une incertitude contemporaine de la formation du contrat empêche les parties de connaître l'opportunité économique de l'opération réalisée, soit en raison de l'incertitude tenant à un aspect de l'objet de l'une des prestations, soit en raison de stipulations bloquant l'appréciation de la valeur réelle de l'une des prestations au moment de la formation du contrat⁶⁵. L'illustration donnée par la vente d'une récolte future permet de mettre en exergue de façon particulièrement nette cette impossibilité: seule la dissipation de l'aléa tenant à la consistance de la récolte révélera la valeur de cette dernière. Antérieurement à la survenance de cet événement, il existe pour chacune des parties une chance de gain et un risque de perte tenant à l'impossibilité pour elles de savoir, au moment même de la formation du contrat, la balance des prestations. En dépit de cette incertitude, les parties ont fixé de manière définitive un prix à ce bien, objet⁶⁶ du transfert de propriété. C'est seulement a posteriori que l'équilibre des prestations ainsi défini se trouvera brisé par le hasard. Il en est de même dans l'hypothèse souvent citée par les juristes romains de la vente d'un coup de filet⁶⁷.

⁶⁵Il convient en revanche de souligner l'indifférence d'une incertitude sur la valeur d'une prestation, *postérieure à l'échange des consentements*, et qui résulterait simplement de l'évolution du contexte économique dans lequel évolue tout contrat dont l'exécution se trouve soit échelonnée, soit repoussée dans le temps. (en ce sens, V. A MORIN, *op. cit.*, n° 238, p. 105)

⁶⁶La circonstance qu'il s'agit d'un objet futur ne fait pas obstacle à la validité de la vente (art. 1130 C.Civ). En outre, ainsi que le souligne F. GRUA: « L'objet de la vente d'une récolte future[...] n'est pas cette récolte [...] mais le cadre juridique destiné à contenir éventuellement ces derniers. [...] Son existence (ou sa licéité) ne dépend pas de ce que le hasard produit; elle doit être appréciée au moment de la conclusion du contrat[...]. Ainsi comprend-on que l'objet survive à la défaillance de la chose, comme un cadre à l'absence de son contenu. » (*art. précit.*, n° 13, p. 271)

⁶⁷Ce qui constitue plus précisément une vente à forfait du produit éventuel d'une pêche. (V. F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 10e éd., Précis Dalloz, 2009, n° 272, p. 288) De la redéfinition de l'objet proposée par F. GRUA et exposée plus haut, il résulte que l'objet d'une telle convention n'est pas constitué par son espérance contrairement l'analyse de Pomponius (*emptio spei*), mais bel et bien par l'objet de la pêche lui-même, simplement ce dernier est envisagé différemment, uniquement à travers ses contours: tandis que l'objet d'un contrat commutatif a un contenu

Lorsque le risque de perte et la chance de gain résultent en second lieu d'une stipulation contractuelle, par exemple une clause de non garantie d'éviction dans une vente, l'aléa revêt de même un contour économique: c'est encore une fois l'évaluation de la valeur de la prestation affectée qui se trouve bloquée au moment de la formation du contrat, parce qu'elle dépend d'un événement incertain, à savoir l'éventualité d'une éviction de l'acheteur. Elle n'empêche pas les parties de considérer leur contrat comme équilibré au moment de sa conclusion, une telle stipulation trouvant bien souvent un écho dans une diminution du prix par rapport à la valeur objective de la chose cédée. Seul le dénouement révélera l'absence d'équivalence des prestations.

Le caractère économique de l'aléa au sein des contrats accidentellement aléatoires, qui s'oppose à son caractère juridique lorsqu'il en constitue un élément essentiel, a pu être résumé en ces termes par F. Grua: tandis que « dans les contrats de l'article 1964, telle l'assurance de dommage, l'aléa détermine l'existence et l'étendue des obligations souscrites et l'incertitude porte sur le rapport final des obligations des parties [...] au contraire, dans les contrats a priori commutatifs qui comportent un aléa, telles les cessions sans garantie, l'existence ou l'étendue des obligations ne dépend plus du hasard. Les engagements sont fixés définitivement lors de l'accord des volontés. Ce qui est indéterminé est seulement la valeur des droits acquis par l'acheteur. [...] L'aléa sort donc de la structure du contrat: il est seulement économique. » Reste à comprendre comment s'opère la dénaturation du contrat commutatif qui peut en résulter.

B/ La dénaturation du contrat commutatif par l'aléa

Deux analyses doctrinales ont été proposées pour expliquer le mécanisme de dénaturation⁶⁸ du contrat commutatif en un contrat aléatoire par introduction accidentelle de l'aléa. Selon la première d'entre elle, la disqualification du contrat reposerait sur un mécanisme d'ordre essentiellement subjectif, la considération de l'aléa par les parties, motif de leur engagement, intégrant le champ contractuel. Ainsi que l'indique F. Terré, c'est « en prenant en considération un aléa ou en suscitant l'apparition de l'aléa [que] les contractants font passer le contrat de la catégorie des contrats commutatifs à celle des contrats aléatoires. Ils y parviennent en modifiant parfois légèrement la cause de leur contrat. »⁶⁹ Revêtant aux yeux des contractants une importance spéciale, l'aléa intégrerait la structure même de ce dernier en s'incorporant à sa cause initiale, ce qui entraînerait dès lors un changement de qualification du contrat.

Outre le fait qu'elle ne trouve aucune assise jurisprudentielle, cette analyse semble devoir se heurter d'une part à l'objection déjà formulée du caractère artificiel de l'analyse causaliste et duale de l'aléa⁷⁰, et d'autre part à la fragilité de son support purement subjectif, lequel a pu apparaître insuffisant à justifier à lui seul un changement de qualification du contrat de base. Tel est le cas tout particulièrement lorsque l'aléa

immédiat, celui d'un contrat aléatoire n'a qu'un contour. (V. *art. précit.*, n°12, p. 270)

⁶⁸Le terme dénaturation est ici entendu dans son sens commun qui désigne le changement de nature du contrat, et non dans son sens technique qui exprime la méconnaissance d'une clause claire et précise d'un contrat par les juges du fond que la Cour de cassation peut à cette occasion sanctionner.

⁶⁹F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, th. Paris, 1955, n° 288, p. 208

⁷⁰Selon Y.-M. LATHIER: « Dans les contrats à titre onéreux, la cause de l'obligation du débiteur réside toujours dans l'avantage patrimonial attendu de l'exécution du contrat [...] et l'aléa peut être un moyen d'apprécier son existence sans qu'il faille distinguer si le contrat est essentiellement ou accidentellement aléatoire. » (*art. précit.*)

introduit n'empêche pas les parties d'apprécier, au moment de la conclusion du contrat, l'avantage qu'elles retireront de son exécution⁷¹. Par exemple, si l'intention spéculative des parties vient se greffer au contrat de base par la simple adjonction d'une clause limitative de responsabilité en cas d'inexécution d'une obligation accessoire, le contrat ne pourra de ce simple fait devenir aléatoire, et ce même si celui à qui la clause s'impose accepte un risque.

Dès lors, pour les tenants de l'approche objective qui a notre faveur, afin de faire passer le contrat de la catégorie des contrats commutatifs à celle des contrats aléatoires, il faut donc que l'intensité de l'aléa ainsi envisagé imprime à l'économie⁷² du contrat de base un caractère aléatoire suffisant. Il existe donc un seuil de basculement, qu'il revient aux juges du fond de déterminer⁷³.

Pour autant, il semble inadéquat de vouloir déduire de l'intensité variable de l'aléa que les contrats aléatoires puissent dans certains cas devenir alors une « variante » du contrat commutatif⁷⁴, en d'autres termes de soutenir qu'il n'existe entre les deux qu'une simple différence de degré. Il apparaît au contraire que la véritable dénaturation du contrat commutatif par l'insertion accidentelle d'un aléa effectif et efficace, laquelle emporte de plus pour conséquence importante l'application du régime juridique très particulier des contrats aléatoires⁷⁵, marque de manière percutante une différence de nature entre ces deux catégories significatives et traditionnelles du droit des contrats.

* * *

De par la fixité et la complémentarité de ses éléments constitutifs de même que la singularité de son incidence juridique au sein des contrats aléatoires, l'aléa peut accéder au statut de notion juridique conceptuelle. En effet, si ce dernier peut prendre un visage soit économique, soit juridique selon la manière dont il investit le contrat, il demeure fondamentalement caractérisé par son identité technique, à savoir la corrélation nécessaire de ses éléments matériel et structurel. Toutefois, alors même que cette analyse de l'aléa trouve ses fondements premiers dans les dispositions qui régissent depuis plus de deux siècles notre droit français des contrats aléatoires, alors également que de ces mêmes textes a pu être dégagée une théorie générale des contrats aléatoires⁷⁶ venant la corroborer, un mouvement semble en marche qui, sous l'impulsion de considérations d'opportunité tant théorique que pratique, vient affaiblir de façon latente l'unité conceptuelle de la notion juridique d'aléa. S'appuyant non plus sur sa définition mais mettant au contraire en exergue ses propriétés qualificatives, un courant jurisprudentiel contemporain tend, en dénaturant la notion de contrat aléatoire, à transformer de manière subséquente celle d'aléa en une notion purement fonctionnelle. La démarche d'identification des contours de la notion juridique d'aléa

⁷¹Or, on sait que la Cour de cassation définit précisément le contrat aléatoire comme celui dans lequel « l'avantage que les parties en retireront n'est pas appréciable lors de la formation du contrat parce qu'il dépend d'un événement incertain ». Cass. com., 10 janv. 1960, *S.* 1961, p. 42, note AUTESSERRE

⁷²Selon S. PIMONT, la notion d'*économie du contrat*, ne se réduisant ni à la cause, ni à l'objet, sous-tend une approche que l'on pourrait qualifier de globalisante de l'opération réalisée par le contrat. (*L'économie du contrat*, th. Aix-Marseille, 2004)

⁷³Cass. Civ. 1ère, 16 juill. 1956, *JCP* 1957.II.10021, note DONNIER; *RTD civ.* 1957, p. 142, obs. CARBONNIER; Cass. Civ. 1ère, 15 nov. 1961, *Bull. civ.* I, n° 46; Cass. Civ. 1ère, 7 janv. 1964, *Bull. civ.* I, n° 17; Cass. Civ. 1ère, 25 mai 1965, *D.* 1965, p. 727; Cass. Civ. 1ère, 12 oct. 1966, *Bull. civ.* I, n° 467

⁷⁴En ce sens, V. F. GRUA, *art. précit.*, n° 44, p. 287, et A. MORIN, *op. cit.*, n° 342 et s., p. 148 et s.

⁷⁵Voir *infra*, partie II

⁷⁶V. A. BENABENT, *Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 7ème éd., Montchrestien, 2006, n° 923, p. 607

semble dès lors devoir requérir l'analyse de cette approche nouvelle de l'aléa en jurisprudence.

* * *

Titre II: L'émergence d'une notion fonctionnelle d'aléa

Mise en exergue sous la plume d'un auteur publiciste avant de conquérir le droit privé, la distinction des notions conceptuelles et fonctionnelles permet d'affiner le tracé des contours de ces dernières. Il a ainsi été posé que les notions conceptuelles « peuvent recevoir une définition complète [...] et leur contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes »⁷⁷. En outre, « l'utilisation de toutes ces notions dépend de leur contenu; le contenu ne dépend pas de leur utilisation ».⁷⁸ A l'opposé, les notions fonctionnelles sont présentées comme « procédant directement d'une fonction qui leur confère seule une véritable unité »⁷⁹.

Précisément, si la notion juridique d'aléa, immuable, singulière et autonome, se présente traditionnellement comme une notion conceptuelle à travers le prisme de la matière contractuelle, on observe cependant une tendance sous-jacente à vouloir la résumer à sa seule vocation qualificative et à voir cette dernière dégénérer en une notion purement fonctionnelle, caractérisée par son adaptabilité au gré des circonstances et l'affaiblissement de son identité sous l'effet du délitement de ses éléments constitutifs (section I). Seule une redéfinition de la catégorie des contrats aléatoires, son milieu naturel, permettrait de lever les ambiguïtés latentes et de préciser utilement l'identification de la notion juridique d'aléa (section II).

s°I: Le dévoiement croissant de la notion juridique d'aléa

Alors que la notion juridique d'aléa se caractérise classiquement par son identité et sa spécialité, est à l'œuvre une mutation regrettable de cette dernière, qui se trouve aujourd'hui à l'inverse parée d'une adaptabilité croissante (I), conduisant par ricochet à une véritable ubiquité de la notion d'aléa (II).

I: L'adaptabilité de l'aléa

L'adaptabilité de l'aléa se manifeste en premier lieu par une régression notable des exigences relatives à son intensité (A), et en second lieu par une désagrégation de sa structure (B).

A/ La régression de l'intensité de l'aléa

Si, après quelques errements jurisprudentiels, la Cour de cassation s'est attachée à montrer qu'elle entendait conserver – ou reprendre – le contrôle de la notion même d'aléa⁸⁰, elle reconnaît néanmoins de façon constante aux juges du fond le pouvoir d'apprécier souverainement l'existence de l'aléa dans

⁷⁷G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP éd. G*, 1950.I.851

⁷⁸*Ibid.*

⁷⁹*Ibid.*

⁸⁰Sur ce point, v. J. KULLMANN, « Le risque », *Lamy assurances*, 2006, p.119

l'ensemble des contrats aléatoires⁸¹. C'est précisément sur cette faculté que se sont appuyés les juges du fond pour jouer sur l'intensité de ce dernier et donner ainsi une géométrie variable à celui-ci en fonction des besoins et des situations. Le droit des assurances fournit de frappants exemples de ce mouvement latent de désagrégation de l'aléa par régression de son intensité.

On sait en effet qu'en matière d'assurance de dommages, la connaissance du sinistre antérieure à la conclusion du contrat caractérise un défaut d'aléa, privant le bénéficiaire de garantie. Mais pour faciliter l'accès des victimes à l'indemnisation, la jurisprudence s'emploie à déceler - presque à tout prix - l'existence d'une incertitude, si minime soit-elle, avant la conclusion du contrat, dans laquelle elle s'attache à repérer l'aléa nécessaire au jeu de la garantie. Elle s'appuie pour cela sur une lecture de moins en moins exigeante de la définition du sinistre. En effet, il faut remarquer que pour celui qui entend conclure un contrat d'assurance de dommages, l'intensité de l'aléa diminue au fur et à mesure de la survenance des composantes de son élément matériel, à savoir précisément la réalisation du risque. Ce dernier est en effet qualifié de « risque composite » en tant qu'il dépend de la réunion successive du fait générateur du dommage, de la réalisation du dommage, de la manifestation du dommage, de la réclamation de la victime et enfin de la mise en jeu de la responsabilité de l'assuré. Pourtant, les juges ont considéré comme valable le contrat d'assurance conclu par un employeur connaissant, avant sa souscription, le sinistre des victimes (à savoir l'existence des maladies professionnelles affectant ses salariés du fait de leur exposition aux poussières d'amiantes), en considérant que le risque assuré n'était pas la maladie elle-même, mais la mise en oeuvre de la responsabilité de l'employeur⁸². La jurisprudence s'oriente donc vers une conception extrêmement minimaliste de l'élément matériel de l'aléa, et admet ainsi que l'aléa est préservé quand bien même le fait générateur du dommage, le dommage et la réclamation de la victime préexistent à la conclusion du contrat⁸³.

Ce mouvement prétorien de réduction de l'intensité de l'aléa trouve un prolongement d'origine légale en assurance de protection juridique, une loi du 8 février 2007 ayant inséré un nouvel article L. 127-2-1 dans le Code des assurances qui dispose: « Est considéré comme sinistre, [...], le refus qui est opposé à une réclamation dont l'assuré est l'auteur ou le destinataire. » Ainsi que le remarque S. Bertolaso: « Cette définition du sinistre permet concrètement à un justiciable qui constate que le différend qui l'intéresse prend des proportions telles qu'il a besoin du secours d'un assureur, de souscrire une garantie de protection juridique, avant d'émettre un refus ou de procéder à la réclamation qui le provoquera. » De ce fait, la garantie lui sera acquise alors même que l'aléa est quasi-inexistant puisque le contrat est souscrit, dans cette hypothèse, en prévision d'un sinistre dont l'assuré anticipe voire maîtrise la survenance. La stipulation d'un délai de carence apparaît dès lors comme une parade judiciaire pour les assureurs qui se montreraient réticents à vouloir accorder immédiatement une telle garantie au vu d'un aléa à l'intensité si

⁸¹Par exemple, elle a pu affirmer à l'occasion d'un arrêt en date du 20 juin 2000 que: « l'appréciation de l'aléa, dans le contrat d'assurance, relève du pouvoir souverain des juges du fond » (Cass. Civ. 1ère, 20 juin 2000, *Bull. civ.* I, n° 189, *RGDA* 2000, p. 1049, note J. KULLMANN)

⁸²Cass. Civ. 2ème, 14 juin 2006, *JCP éd. G*, 2007.I.148, n° 22, obs. J. KULLMANN; *Resp. civ. et assur.*, 2006, comm. 355, obs. H. GROUDEL

⁸³En ce sens, v. S. BERTOLASO, « L'aléa en droit des assurances: état des lieux et perspectives », *RGDA*, 2009, p.431 et s.

faible.

Si l'adaptabilité de l'aléa se traduit ainsi par une première tendance tenant à la régression de son intensité, elle se marque aussi, et surtout, par un deuxième mouvement, plus grave, opérant une véritable désagrégation de sa structure, sur lequel il convient de se pencher.

B/ La désagrégation de la structure de l'aléa

A deux reprises au moins, la Cour de cassation a admis que la seule présence d'un événement incertain suffisait à emporter la qualification de contrat aléatoire, alors même que ce dernier n'engendrait aucune chance de gain ni aucun risque de perte corrélatifs pour les parties. Résumant ainsi l'aléa à son seul élément matériel et faisant abstraction de son aspect structurel, la Haute Juridiction semble ouvrir la voie à une désagrégation de la définition même de l'aléa. Le coup porté de ce fait au caractère conceptuel de la notion juridique d'aléa a suscité de vives controverses doctrinales et les répercussions techniques de ce délitement prétorien en marche apparaissent loin d'être négligeables.

Première manifestation de la désagrégation de la structure de l'aléa: la série des quatre arrêts en date du 23 novembre 2004 relative à la question de la qualification des contrats d'assurance-vie de la nouvelle génération⁸⁴. En raison du caractère singulier de leur mécanisme, ces contrats avaient longtemps soulevé d'importantes interrogations. En effet, alors que les contrats d'assurance-vie de type classique se dénouent par le paiement d'un capital d'un montant supérieur à celui de la prime si, et seulement si, le risque (de décès ou de survie de l'assuré) se trouve réalisé à la date convenue, il en est différemment dans les nouveaux contrats dont l'examen était soumis à la Haute Juridiction. Dans ces derniers, l'assureur s'engage à verser un capital qui correspond simplement dans les faits à la valeur acquise de l'épargne (il est égal au montant de la prime, majoré des produits financiers et diminué des frais de gestion), et ce en toute hypothèse. La seule alternative engendrée par de tels contrats réside dans l'identité de la personne bénéficiaire des fonds, le capital étant versé soit au souscripteur, soit au tiers bénéficiaire selon que le contrat se dénoue par l'échéance du terme ou par le décès de l'assuré. Il a ainsi pu être remarqué que tandis que les premiers contrats pouvaient être analysés comme des opérations de prévoyance, les seconds répondaient au contraire au schéma technique des opérations de placement⁸⁵.

Dès lors, la controverse autour de ces derniers résidait dans l'identification de leur nature juridique: il s'agissait de savoir si l'on retrouvait en leur sein le même aléa que celui qui est au cœur du contrat d'assurance, de telle sorte qu'ils devaient comme eux être qualifiés de contrats aléatoires. Au travers de quatre percutants arrêts, une Chambre mixte de la Cour de cassation apporte une réponse qui déchaînera

⁸⁴Ch. mixte, 23 novembre 2004, *Bull. CM*, n° 4 (4 arrêts), *GAJC*, 12^e éd., Dalloz, n° 132, obs. TERRÉ et LEQUETTE, *D.* 2005, p. 1905, note BEIGNIER, *Def.* 2005, p. 607, obs. AUBERT, *JCP* 2005, I, 187, n° 13, obs. LE GUIDEC, *RDC* 2005, p. 297, obs. BÉNABENT, *RGDA* 2005, p. 110, note MAYAUX, *RTD civ.* 2005, p. 434, obs. GRIMALDI. V. également, J. GHESTIN, « La Cour de cassation s'est prononcée contre la requalification des contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisation », *JCP éd. G* 2005.I.111 ; F. LEDUC, Ph. PIERRE, « « Assurance-placement » : une qualification déplacée. - (A propos des arrêts de chambre mixte du 23 novembre 2004) », *RC et assur.* 2005, étude n° 3.

⁸⁵V. M. GRIMALDI, *obs. précit.*

longuement les plumes acerbes d'une doctrine presque unanimement défavorable⁸⁶. Selon la Cour en effet: « Le contrat d'assurance dont les effets dépendent de la durée de la vie humaine comporte un aléa au sens des articles 1964 du Code Civil, L. 310-1, 1° et R. 321-1, 20 du Code des assurances et constitue un contrat d'assurance sur la vie. »

Reprise depuis par la deuxième chambre civile⁸⁷, la solution ne laisse pas d'étonner sur le plan juridique, pour deux raisons principales. D'abord parce qu'elle dénature la notion de contrat d'assurance en faisant disparaître toute idée de couverture d'un risque⁸⁸. Ensuite, et c'est le cœur de notre propos, parce qu'elle démembré ce faisant la notion même d'aléa. En effet, de par la formulation de sa motivation « succincte et énigmatique »⁸⁹, la Cour semble faire reposer toute entière le caractère aléatoire de la convention sur un aléa « viager »⁹⁰, soit la durée du contrat déterminée d'après la date de la mort de l'assuré. Il résulte cependant de l'analyse du fonctionnement du contrat exposée précédemment que cette incertitude n'emporte pour autant aucune chance de gain ni aucun risque de perte pour aucune des parties. En effet, ainsi que l'indique V. Heuzé: « Ce à quoi chacune [des parties] s'engage de manière certaine est, non seulement considéré par elles, mais encore strictement calculé pour être l'équivalent de ce qu'elle reçoit ». En outre, il n'existe également aucun « aléa financier » puisque si risque éventuel de perte il y a pour l'assureur, celui-ci n'entretient aucune relation causale avec la durée de la vie de l'assuré précisément évoquée mais relève simplement de l'incertitude purement extérieure au contrat que constitue l'instabilité des marchés financiers ou la pratique de rachats massifs. Il a par ailleurs pu être allégué que l'élément structurel de l'aléa pourrait résider dans l'incertitude relative au patrimoine destinataire de la prestation⁹¹, ce à quoi on oppose que cette incertitude est indifférente puisqu'elle est dépourvue de toute incidence sur l'équilibre économique du contrat⁹². En d'autres termes, il transparaît de cette série d'arrêts que la Cour de cassation tend à considérer comme aléatoire sans l'expliquer « tout contrat dans lequel la mort de l'une des parties emporte pour l'autre – comment en serait-il autrement? – un changement de partenaire, [soit] tout contrat à terme passé avec un mortel »⁹³.

Opérant ainsi une déconnexion entre les éléments matériel et structurel de l'aléa pour justifier l'application d'un régime juridique très spécifique⁹⁴, cette solution dont on a pu regretter qu'elle soit en réalité mue par des considérations d'ordre purement économique⁹⁵ entraîne dans son sillage un véritable délitement de la notion juridique d'aléa qui a par ailleurs trouvé d'autres échos en jurisprudence.

⁸⁶Seules deux opinions se sont déclarées favorables à l'analyse suivie par les juges (J. GHESTIN et M. BILLIAU, « Contre la requalification des contrats d'assurance vie en contrats de capitalisation », *JCP* 2001.I.329)

⁸⁷Cass. civ. 2ème, 12 mai 2005; 8 sept. 2005 (4 arrêts); 14 juin 2006; 5 avril 2007; 4 déc. 2008

⁸⁸J.-L. AUBERT, « L'aléa et l'assurance-vie », *Mélanges Groutel*, p. 20

⁸⁹Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit.*, p. 969

⁹⁰V. HEUZE, « Un monstre et son régime: le contrat commutatif d'assurance-vie », *Mélanges Bigot*, à paraître

⁹¹J. KULLMANN, « Contrats d'assurance sur la vie: la chance de gain ou de perte », *D.* 1996, chr. p. 207

⁹²F. LEDUC, Ph. PIERRE, « Assurance-placement: une qualification déplacée. - (A propos des arrêts de chambre mixte du 23 novembre 2004) », *RC et assur.* 2005, étude n° 3.

⁹³M. GRIMALDI, *obs. précit.*

⁹⁴De la reconnaissance de la qualification de contrat d'assurance à ces conventions résulte en effet l'application des articles L. 132-12 et L. 132-13 du C. Ass., lesquels permettent au bénéficiaire de repousser toute demande de rapport à la succession formulée par ses cohéritiers, de même que toute demande de réduction des héritiers réservataires du souscripteur pour atteinte à leur réserve (sauf si les primes sont manifestement exagérées).

⁹⁵F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 12e éd., Dalloz, 2008, n° 132, spé. p. 748-749

La tontine ou clause d'accroissement⁹⁶ a de même été le théâtre de la désagrégation de la notion d'aléa, tout spécialement à travers un arrêt de la première chambre civile en date du 14 décembre 2004⁹⁷. Voulant éviter la requalification en une libéralité d'une opération de ce type souscrite à l'occasion de l'acquisition d'un immeuble par deux époux, la Haute Juridiction a rappelé dans un attendu percutant que « l'acquisition d'un bien avec une clause d'accroissement constitue un contrat aléatoire et non une libéralité ». Le principe ainsi réaffirmé n'est pas nouveau et la Cour en avait près de cinquante ans plus tôt exposé les raisons: « la clause[d'accroissement] conférant à chaque contractant la chance de devenir seul propriétaire du bien acquis contre le risque correspondant de ne le devenir jamais, une telle convention constitue non une libéralité mais un contrat aléatoire à titre onéreux »⁹⁸, ce dont il résulte notamment que celle-ci n'est pas soumise au régime des libéralités ni sur le plan fiscal, ni du point de vue des régimes matrimoniaux, ni sur le plan successoral⁹⁹.

C'était précisément un conflit d'ordre successoral qui était à la source du litige dans l'affaire soumise à la Cour de cassation en 2004. En l'espèce, la Cour d'appel avait explicitement indiqué que les acquisitions litigieuses n'avaient pu être financées par l'épouse « qu'à l'aide de donations indirectes consenties par son [défunt] mari » et les héritiers sollicitaient de ce fait le rapport à la succession de ce dernier des sommes représentant la moitié de la valeur actuelle des immeubles acquis en tontine. Pourtant, c'est à l'aune de la qualification de contrat aléatoire de principe de la clause d'accroissement que la Haute Juridiction rejette la prétention des héritiers, apportant ainsi une nouvelle pierre à l'édifiant mouvement de délitement de la notion juridique d'aléa, engagé un mois plus tôt en matière d'assurance-vie. Dans la mesure où l'épouse n'avait pas participé financièrement à l'acquisition de l'immeuble, elle n'encourait aucun risque de perte et on ne retrouvait donc pas l'élément structurel de l'aléa. A travers cet arrêt, les magistrats semblaient une fois encore se contenter de l'incertitude tenant à la durée de la vie humaine, donc de l'élément matériel seul de l'aléa pour qualifier d'aléatoire la convention. En outre, le caractère profondément ambigu de la motivation d'un arrêt du 10 mai 2007¹⁰⁰ rendu à l'occasion d'un autre financement unilatéral en matière de tontine apparaît loin de manifester un retour à la conception classique de la notion juridique d'aléa.

Ainsi, selon les circonstances de l'espèce et suivant des considérations bien souvent d'opportunité économiques ou pratiques se met en œuvre une opération de qualification purement téléologique. Abandonnant les contours dualistes classiques de la notion conceptuelle d'aléa, un mouvement jurisprudentiel contemporain déplace le curseur de lecture de l'aléa traditionnellement et exclusivement fondé sur les éléments constitutifs de ce dernier et s'attache à mettre l'accent sur la vocation qualificative de celui-ci, au détriment de l'unité de sa définition. Hier clairement identifiable, l'aléa semble voir

⁹⁶Dont on a vu *infra* qu'elle constituait un contrat essentiellement aléatoire.

⁹⁷Cass. Civ. 1ère, 14 déc. 2004, *Bull. civ.* I, n° 313, *RDC* 2005, p. 693, note A. BENABENT; *Def.* 2005, p. 617, obs. R.

LIBCHABER

⁹⁸Cass. Civ. 1ère, 3 février 1959, *D.* 1960, p. 592; *JCP* 1960.II.11823, note VOIRIN

⁹⁹V. A. BENABENT, *Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 7ème éd., Montchrestien, 2006, n° 941, p. 617

¹⁰⁰Cass. Civ. 1ère, 10 mai 2007, *RDC* 2007, p. 1165, note A. BENABENT, qui met en valeur la double lecture qu'il est possible de faire de cet arrêt (lecture en harmonie ou en contraste avec l'arrêt du 14 décembre 2004).

aujourd'hui ses contours adopter une géométrie variable pour servir artificiellement d'alibi¹⁰¹ qualificatif. Un prolongement inattendu et néanmoins latent de cette mutation apparaît en outre significatif: le délitement de ses contours semble en effet devoir conduire à une ubiquité de l'aléa autant regrettable qu'inappropriée.

II: L'ubiquité de l'aléa

Par la réduction significative des exigences relatives à l'intensité de l'aléa de même que par l'abandon progressif de l'élément structurel de ce dernier, la démarche d'adaptation prétorienne de l'aléa opère un véritable délitement de ses contours. Il résulte de ce mouvement que l'aléa, perdant la singularité et la spécificité de son identité technique, mais conservant sa fonction qualificative - laquelle se trouve on l'a vu placée au premier plan – trouve ainsi le moyen d'élargir son territoire juridique. Puisqu'il n'est plus besoin qu'une dose infime d'aléa pour caractériser un contrat d'aléatoire, puisque la chance de gain et le risque de perte semblent devenir indifférents pour entraîner cette même qualification, l'aléa hier cantonné à une catégorie bien précise des contrats à titre onéreux paraît aujourd'hui pouvoir investir aussi les contrats à titre gratuit. Si bien qu'en ayant modifié les contours de la notion juridique d'aléa, il semble bien qu'on ait consécutivement ouvert la voie à un délitement des catégories fondamentales du droit des contrats. Il convient ainsi d'examiner comment, prenant aussi ses aises dans les contrats à titre onéreux (B), l'aléa ainsi redéfini se lance à la conquête des contrats à titre gratuit (A).

A/ L'aléa dans les contrats à titre gratuit

Ainsi que l'indique Y.-M. Laithier¹⁰²: « L'un des prolongements possibles de l'élargissement jurisprudentiel de la notion d'aléa est le suivant. Si le critère du contrat aléatoire ne réside plus dans l'incidence de l'événement incertain sur le résultat économique du contrat en raison du risque réciproque de perte et de gain qu'il fait courir aux parties, mais qu'il réside dans la seule impossibilité de déterminer à l'avance l'objet exact d'une prestation ou l'identité du bénéficiaire, les donations dont l'objet dépend d'un événement incertain devraient être qualifiées de contrats aléatoires. »

Cette conséquence ne paraît pas choquer outre mesure une partie de la doctrine, qui tient pour non démontrée l'affirmation classique selon laquelle l'aléa est réfractaire à la gratuité¹⁰³. Pourtant, comme on l'a vu, il n'y a pas d'aléa, au sens juridique, sans un risque de perte pour chacune des parties. Dès lors, tout contrat aléatoire se caractérise nécessairement par l'existence d'une mise: si les parties n'ont rien à perdre en contrepartie de ce qu'elles sont susceptibles de recevoir, le contrat ne peut recevoir la qualification de

¹⁰¹S. BERTOLASO, « L'aléa en droit des assurances: état des lieux et perspectives », *RGDA*, 2009, p.431

¹⁰²Y.-M. LAITHIER, « Aléa et théorie générale du contrat », *à paraître*

¹⁰³« L'aléa chasse... la gratuité. Tel est du moins l'enseignement classique, auquel la doctrine dominante [...] semble fermement attachée. On chercherait pourtant vainement dans le Code civil le fondement de cette incompatibilité. Ni l'article 1104, alinéa 2, ni l'article 1964 n'expriment formellement d'opposition entre le contrat aléatoire et le contrat de bienfaisance. A y réfléchir, on ne voit guère en quoi l'aléa serait exclusif du déséquilibre économique et de l'intention libérale, éléments constitutifs de la gratuité », selon M. NICOD, *obs. précit.*

contrat aléatoire¹⁰⁴. Le délitement de la notion juridique d'aléa, notamment et surtout à travers l'abandon de l'exigence de l'élément structurel de ce dernier, paraît toutefois revenir sur ce principe. Il semblerait ainsi que, du seul fait qu'ils reposent sur un événement incertain, la donation d'un coup de filet de même que la rente viagère constituée à titre gratuit ou encore la cession d'usufruit ou de nue-propiété constituée à titre gratuit puissent aujourd'hui être qualifiés de contrats aléatoires, et ce alors même que l'équilibre économique de ces derniers ne dépend aucunement de l'incertitude relative à la détermination de l'étendue de l'objet de ces contrats¹⁰⁵ mais simplement de l'absence de contrepartie intrinsèquement liée à la gratuité. Ainsi que le souligne Y.-M. Laithier: « Le changement est radical et, à la réflexion, l'on ne voit guère les progrès qu'il faut en attendre »¹⁰⁶.

En somme, l'aléa privé de son aspect structurel et réduit à son élément matériel tend de ce fait à se greffer plus facilement sur une structure de base quelconque et à emporter une nouvelle qualification du contrat en contrat aléatoire. En outre, s'il chasse ainsi de plus en plus en plus facilement la gratuité, il chasse aussi de plus en plus aisément la commutativité. Le champ des contrats aléatoires tendrait dès lors à s'élargir aussi dans la catégorie des contrats à titre onéreux.

B/ L'aléa dans les contrats à titre onéreux

De par la modification des critères de qualification du contrat aléatoire qu'il engendre, le délitement de la notion juridique d'aléa semble pouvoir également entraîner une modification de certaines qualifications au sein même des contrats à titre onéreux, en apportant un éclairage nouveau sur les données de problèmes parfois posés. En particulier, cette nouvelle acception de l'aléa comme critère de qualification, si de sa place résiduelle actuelle elle venait à conquérir une portée plus large, pourrait bien venir réduire les termes de la controverse relative à l'analyse de la transaction.

La transaction est définie à l'article 2044 du Code civil comme étant « le contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître », et ce, techniquement, au moyen de concessions réciproques¹⁰⁷. Pour analyser cette dernière en un contrat aléatoire, une partie de la doctrine se fonde sur l'incertitude du contexte antérieur à la conclusion du contrat de transaction, alléguant que celle-ci limite la possibilité pour les parties de mesurer l'avantage qu'elles peuvent retirer de la transaction. En effet, selon A. Bénabent¹⁰⁸: « le rapport entre les sacrifices que consent chaque partie et les avantages qu'elle recueille dépend bien de l'appréciation qu'elles font de leurs chances de gain et risques de perte dans le procès, et ce procès constitue bien un événement incertain. » Un rapprochement est alors fait

¹⁰⁴Ce qui fait dire à A. BENABENT que les courses hippiques ne constituent pas juridiquement des paris lorsque, comme à Dubaï, les tickets sont gratuits. (obs. sous Cass. Civ. 1ère, 14 déc. 2004, *RDC* 2005, p. 695)

¹⁰⁵C'est-à-dire le nombre et la valeur des poissons, le montant global de la rente versée, la valeur de l'usufruit ou de la nue-propiété cédés qui dépend de la durée de la vie de personne sur la tête de laquelle ils sont constitués

¹⁰⁶Y.-M. LAITHIER, *art. précit.*

¹⁰⁷Absentes de la réglementation du Code, elles ont été exigées à partir du moment où la transaction commençait à se développer devant les tribunaux (Cass.Civ., 3 janv. 1883, *DP* 1883, I, p. 457; Cass. Req., 8 nov. 1892, *DP* 1893, I, p. 92) L'idée est progressivement devenue certaine, au point qu'un arrêt de 1965 énonce au visa de l'article 2044 C.Civ.: « attendu qu'en vertu de ce texte, la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation en se consentant des concessions réciproques » (Cass. Soc., 5 mai 1965, *Bull. civ.* IV, n° 359, p. 298)

¹⁰⁸A. BENABENT, *Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 7ème éd., Montchrestien, 2006, n° 1002, p. 655

avec avec la cession de droits litigieux¹⁰⁹, laquelle se définit comme la convention par laquelle le cessionnaire acquiert des créances contestées, pour partie ou en totalité, par le débiteur. Celle-ci comporte un aléa économique au sens exposé plus haut, puisqu'au moment de la cession règne une incertitude sur le quantum exact des droits cédés résultant du doute juridictionnel dont ils sont frappés, doute qui ne se dissipera qu'avec le procès¹¹⁰. La seule différence qui existe, selon l'auteur, avec la transaction est que dans cette dernière, les parties ne sauront jamais si elles ont fait ou non une bonne affaire puisque le procès est précisément éteint par la transaction.

Une critique décisive est cependant soulevée par d'autres auteurs¹¹¹ selon lesquels la transaction, si elle a pour but d'éviter les aléas du procès, ne constitue pas pour autant un contrat aléatoire. La raison en est que les obligations qui résultent de la transaction sont parfaitement formées dès la conclusion du contrat: «leur étendue ou leur existence ne dépend pas d'un événement incertain»¹¹². Il y aurait eu aléa si le procès s'était poursuivi, mais la transaction a justement pour objet de substituer une certitude à une incertitude.

Il est permis de penser cependant que le mouvement de régression notable de l'intensité de l'aléa précédemment évoqué puisse venir retentir sur les termes de ce débat en affaiblissant la portée des arguments convaincants déployés en faveur d'une analyse purement commutative du contrat de transaction. De sorte que l'on pourrait bientôt peut-être se contenter du très haut degré d'abstraction de l'élément matériel de l'aléa – à savoir le résultat hypothétique d'un procès qui, du fait même de la conclusion de la transaction, ne trouvera jamais aucune réalisation concrète – pour reconnaître la qualification de contrat aléatoire de la transaction, et trouver ainsi artificiellement une justification technique à la proximité du régime de cette dernière et des contrats aléatoires, à savoir l'absence de rescision pour lésion (article 2052 alinéa 2 du Code civil) ou encore la nullité pour erreur sur l'objet même de la contestation (article 2053 du Code civil).

La mutation de l'aléa par rapport à ses composantes classiques semble ainsi constituer l'élément déclencheur d'une progressive désagrégation des catégories traditionnelles du droit des contrats. Transcendant le clivage traditionnel et percutant qui existe entre les contrats à titre gratuit et les contrats à titre onéreux, l'aléa devient un outil presque artificiel de qualification, qui emporte en outre pour conséquence de brouiller le sens de la distinction entre les contrats commutatifs et les contrats aléatoires. Tendrait à devenir aléatoire désormais tout contrat reposant sur un événement affecté d'une incertitude dont l'intensité requise est en outre de moins en moins significative, sans emporter nécessairement pour chacune des parties une chance de gain ni un risque de perte corrélatifs. Dès lors, une redéfinition de la catégorie des contrats aléatoires s'impose afin de fixer de manière plus nette les contours de la notion juridique d'aléa que ne le font à ce jour les articles 1104 et 1964 du Code civil.

¹⁰⁹En ce sens, V. R. LIBCHABER, note sous Cass. Civ. 1ère, 6 déc. 2007, *Def.* 2008, p. 693

¹¹⁰En ce sens, V. A. MORIN, *op.cit.*, n° 213, p. 96

¹¹¹En ce sens, V. A. MORIN, *op.cit.*; L. BOYER, *Rép. Cim.*, V° Transaction, n° 31; MM. MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, t. III, 2ème vol., 2ème part., 5ème éd., Montchrestien, 1985, n° 1637; J.-F. CESARO, *Le doute en droit privé*, th. 2003, n° 655

¹¹²A. MORIN, *op. cit.*, n° 262, p. 115

s°II: La redéfinition nécessaire de la catégorie des contrats aléatoires

Ainsi que l'indique P. Catala¹¹³: « La qualification, essentiellement classificatrice, doit pour aboutir rattacher l'acte considéré à une catégorie qui peut être générique [...] ou spécifique [...]. Plus précis sont les critères distinctifs de la catégorie, plus sûre est la qualification ». Parce qu'il semble que ce soit en partie en raison de l'ambiguïté des dispositions du Code Civil consacrés à la définition de la catégorie des contrats aléatoires, et surtout du fait de la mise en concordance difficile de ces derniers que résultent les multiples incertitudes relatives à l'acceptation de la notion juridique d'aléa, il semble aujourd'hui nécessaire de retracer les contours de cette catégorie. Chacun des actuels avant-projets de réforme du droit des obligations s'attelle à cette tâche, l'un proposant une définition qu'il est possible de qualifier de positive des contrats aléatoires, les deux autres faisant le choix, à l'image de l'article 1104 du Code Civil, d'une définition négative mais rénovée de ces derniers. La méthode adoptée diffère ainsi sensiblement, entraînant de larges conséquences sur le plan de l'interprétation des énoncés proposés: la définition proposée par l'avant-projet résultant des travaux d'un groupe de travail relevant de l'Académie des Sciences morales et politiques présidée par F. Terré peut être qualifiée de positive en ce qu'elle se place comme référence, et voit la lecture des éléments qui la caractérisent se faire de manière autonome, et non par référent ou par opposition (I). Les avant-projets élaborés l'un par le groupe de travail dirigé par P. Catala, l'autre par la Chancellerie proposent quant à eux une définition des contrats aléatoires qui s'inscrit en négatif d'une autre définition, celle des contrats commutatifs, qui la précède et par rapport à laquelle elle se singularise du fait des contrastes mis en exergue par leur exposé successif (II).

I: La proposition de définition positive des contrats aléatoires

En bonne place au sein du chapitre I de l'avant-projet Terré consacré aux « dispositions générales », la catégorie des contrats aléatoires se trouve définie dans un article 9 qui lui est exclusivement consacré et qui suit l'énoncé des définitions d'abord génériques du contrat unilatéral et du contrat bilatéral, puis de la définition spécifique du contrat bilatéral synallagmatique. Tant par son contenu renouvelé que par l'approche positive qui est adoptée pour la définir, la catégorie des contrats aléatoires se trouve sensiblement reprécisée par la proposition ainsi formulée (A). Mais la méthode adoptée pour y parvenir emporte cependant d'autres inconvénients qui ne doivent pas être passés sous silence (B).

A/ Analyse de l'article 9 de l'avant-projet Terré

L'article 9 de l'avant-projet Terré énonce: « Le contrat synallagmatique est aléatoire lorsqu'il est convenu que les avantages ou les pertes qui en résultent dépendront d'un événement incertain. Dans les autres cas, le contrat est commutatif. » De cette définition, il résulte d'abord que le contrat aléatoire se trouve très minutieusement catégorisé: il est un contrat bilatéral (il fait naître des obligations à charge des deux parties) et synallagmatique (car ces obligations sont corrélatives). Le choix est fait d'accentuer la

¹¹³P. CATALA, « Interprétation et qualification dans l'avant-projet de réforme des obligations », *Mélanges Viney*, 2008

présentation faite par la matrice que constitue le Code civil, qui insère la définition du contrat aléatoire après l'exposé de l'opposition entre les contrats synallagmatiques (imparfaitement définis par les rédacteurs de 1804 qui les assimilent aux contrats bilatéraux, ce que rectifie l'avant-projet) et les contrats unilatéraux.

Pourtant, si la définition de l'article 9 de l'avant-projet semble ainsi ne pas s'écarter de la présentation traditionnelle établie par la loi, il est nécessaire de souligner que la pratique s'est depuis longtemps éloignée de cette lecture linéaire des articles du Code, le contrat aléatoire étant classiquement analysé d'abord comme une sous-distinction des contrats à titre onéreux¹¹⁴, et non d'abord comme un contrat synallagmatique. La différence entre les deux, certes tenue à première vue, est néanmoins certaine: ainsi que l'exposait Demolombe¹¹⁵, « il faut, pour que le contrat soit à titre onéreux, qu'il impose la nécessité, non pas précisément d'*obligations*, mais du moins de *prestations réciproques*; c'est, en un mot, qu'il soit le contre-pied du contrat de bienfaisance, et que chacune des parties [...] y recherche son propre avantage; et voilà comment Pothier définissait, bien plus exactement, les contrats à titre onéreux ceux *qui se font pour l'utilité réciproque de chacune des parties* ». Ainsi, un contrat à titre onéreux peut être ou synallagmatique (ex.: la vente) ou unilatéral (ex.: le prêt à intérêt). Par ailleurs, un contrat à titre gratuit peut être ou unilatéral (ex.: la donation) ou synallagmatique (ex.: la donation avec charges)¹¹⁶. Techniquement, le critère le plus lisible pour classer les contrats aléatoires serait davantage celui de l'avantage recherché par chaque partie; il ne s'agit que d'un élément secondaire que celle-ci se manifeste sous la forme d'une obligation à proprement parler. D'ailleurs, ainsi que le souligne A. Bénabent¹¹⁷ qui s'appuie pour ce faire sur un arrêt en date du 4 octobre 1977¹¹⁸: « Un prêt d'argent peut devenir aléatoire, si le prêteur accepte de lier [...] le service d'intérêts à un événement incertain ». Or, on se trouve précisément dans le cas d'un contrat unilatéral qui, parce qu'il entre dans la catégorie des contrats à titre onéreux en raison de la stipulation d'un intérêt, peut revêtir la qualification de contrat aléatoire¹¹⁹. Sur ce point donc, il est possible de formuler des réserves relatives au contenu de l'article 9 de l'avant-projet.

Sur le fond encore, cet article reprend de la disposition initiale un autre élément prêtant à débat, à savoir la formulation en termes d' « avantages *ou* de pertes ». Or, on l'a vu, l'élément structurel de l'aléa devant nécessairement revêtir un caractère corrélatif, ce qui est « avantage » pour l'un constitue nécessairement une « perte » pour l'autre, de sorte qu'il eût été préférable d'apporter une correction et de substituer à la formulation critiquée « les avantages *et* les pertes ». Toujours à propos de l'élément structurel, il est patent que l'article 9 élude en son sein le débat relatif au caractère bilatéral ou unilatéral de la chance et du risque. Ayant vocation cependant à remplacer l'article 1104 du Code civil, il supprime l'un des termes de la controverse précédemment relatée, et laisse donc libre cours à la conception unilatérale de

¹¹⁴ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n°69, p. 81

¹¹⁵ DEMOLOMBE, *op. cit.*, p. 24

¹¹⁶ En ce sens, V. Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 3e éd., 2007, n° 414

¹¹⁷ A. BENABENT, *Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 7ème éd., Montchrestien, 2006, n° 945, p. 619

¹¹⁸ Cass. Com., 4 octobre 1977, *Bull. IV*, n° 128; *D.* 1978.IR.168, obs. VASSEUR pour la stipulation d'un pourcentage sur les recettes d'un film

¹¹⁹ En outre, ce critère est précisément celui qui se trouve mis en exergue par le C. civ dans ses art. 1968 et 1969 et utilisé pour justifier la différence de régime entre la rente viagère constituée à titre onéreux et la rente viagère constituée à titre gratuit.

l'aléa sous-tendue par l'article 1964 restant. Or, on l'a vu, ce choix peut être critiqué¹²⁰.

S'il apparaît que l'article 9 de l'avant-projet se révèle sur certains points quelque peu imparfait sur le fond, et ce en dépit du choix qui a été fait d'en donner une définition positive et donc élaborée de manière autonome, la forme elle-même peut également susciter quelques réserves.

B/ Critique du choix d'une définition positive du contrat aléatoire

L'article 9 de l'avant-projet Terré choisit de faire des contrats aléatoires une catégorie fermée de la classification des contrats. Le contrat commutatif est quant à lui relégué à la position de simple antonyme (« Dans les autres cas, le contrat est commutatif. »), et constitue donc une catégorie ouverte. Bien qu'il puisse paraître louable de vouloir renforcer ainsi une opposition entre ces deux catégories de contrats dont le critère – l'équivalence - se trouve bien souvent à l'origine de frappantes hésitations¹²¹, le moyen employé entraîne cependant certaines conséquences qui sont loin d'être négligeables. En particulier, il apparaît regrettable de sacrifier ce faisant le caractère subjectif de l'appréciation de la contrepartie dans le contrat commutatif à une question de présentation. Ce dernier constitue au contraire le cœur véritable de l'alinéa 1er de l'actuel article 1104 du Code civil qui dispose: « Il [le contrat] est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose *qui est regardée* comme l'équivalent de ce qu'on lui donne ou de ce qu'on fait pour elle. » Pour éviter cette conséquence, il apparaît dès lors souhaitable de s'orienter plutôt vers une définition négative du contrat aléatoire.

II: Les propositions de définition négative du contrat aléatoire

Contrairement à l'avant-projet Terré, les avant-projets Chancellerie et Catala proposent deux définitions négatives du contrat aléatoire, qui se marquent chacune par le souci de souligner l'originalité de la structure contractuelle de celui-ci par rapport à celle des contrats commutatifs dont elle constituerait une déformation. Les éléments de définition sur lesquels l'accent est mis apparaissent dans ces deux avant-projets en négatif de ceux qui sont mis en exergue pour le contrat commutatif, qui revêt de par sa place en tête de chacun des articles, l'aspect d'une catégorie principale, de référence.

Il conviendra d'analyser successivement les articles 8 de l'avant-projet Chancellerie (A) et 1102-3 de l'avant-projet Catala (B).

A/Analyse de l'article 8 de l'avant-projet Chancellerie

L'article 8 de l'avant-projet élaboré par la Chancellerie énonce: « (al.1) Le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit. (al.2) Il est aléatoire lorsque les parties, sans rechercher l'équivalence de la contrepartie convenue, acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages attendus, d'un événement

¹²⁰ V. *supra* les développements de la section première du titre premier.

¹²¹ V. *supra* les développements de la deuxième partie.

incertain. »

Situé dans son contexte – utile à la démarche d'interprétation – cet énoncé suit l'exposé de la distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux (article 6), et celle des contrats onéreux et gratuits (article 7). Du parallélisme de la formulation adoptée pour définir les contrats onéreux¹²² et du fait que la définition de ces derniers précède immédiatement l'article 8, il semble possible d'inférer que les rédacteurs ont entendu opportunément consacrer l'appartenance des contrats aléatoires à la catégorie générique des contrats à titre onéreux.

En outre, dans le souci de clarifier la réalité de l'opposition entre les contrats commutatifs et les contrats aléatoires (dont on a vu qu'elle avait pu être remise en cause par certains auteurs¹²³), le second alinéa de l'article 8 choisit de souligner l'indifférence de l'équivalence des prestations au sein du contrat aléatoire, tandis que l'article 1104 du Code civil n'apportait pas cette précision. Il en comportait cependant une autre dont on observera qu'elle s'avère dans les faits primordiale, à savoir le déplacement précisément de l'équivalence au niveau des chances de gain et risques de perte¹²⁴. Au contraire, l'absence de toute référence dans l'article 8 à l'élément structurel de l'aléa, qui confine donc à jeter le trouble sur la persistance de sa bilatéralité comme de sa réciprocité, apparaît regrettable. Cet abandon s'explique par la volonté d'analyser le contrat aléatoire non plus en amont, c'est-à-dire au regard des chances de gain et risques de perte encourues par les parties, mais désormais exclusivement en aval, au niveau de la « contrepartie convenue », c'est-à-dire des effets du contrat envisagés subjectivement. Cette lecture exclusive semble cependant dangereuse car, on le verra, il est nécessaire de conserver la perspective de l'équivalence des chances et des risques dans tout contrat aléatoire, afin de donner corps à un contrôle nécessaire et opportun de la justice contractuelle au sein du contrat aléatoire. Précisément, l'article 1102-3 de l'avant-projet Catala se démarque sur ce point.

B/ Analyse de l'article 1102-3 de l'avant-projet Catala

L'article 1102-3 de l'avant-projet Catala énonce: « (al.1) Le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit. (al.2) Il est aléatoire lorsque les parties, sans rechercher l'équivalence de la contrepartie convenue, acceptent une chance de gain ou de perte pour chacune ou certaines d'entre elles, d'après un événement incertain. »

Outre l'avantage qu'elle présente de combiner une analyse à la fois en amont de l'aléa à travers la référence à l'élément structurel de l'aléa et en aval avec la référence bienvenue à la « contrepartie convenue », cette définition a également le mérite de s'inscrire dans le sillage de la définition donnée immédiatement avant elle du contrat à titre onéreux, lequel est défini à l'article 1102-2 alinéa 1er comme étant celui dans lequel « chacune des parties entend recevoir de l'autre un avantage en contrepartie de celui

¹²² Article 7 al. 1er de l'avant-projet Chancellerie: « le contrat à titre onéreux est celui en vertu duquel chacune des parties entend recevoir de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure. »

¹²³ V. *supra* les développements relatifs à la dénaturation du contrat commutatif par l'aléa.

¹²⁴ V. *infra* les développements de la deuxième partie

qu'elle procure. » En effet, dès lors que la définition du contrat aléatoire présente un aspect négatif, et donc qu'elle doit se lire par référence et par contraste avec la définition du contrat commutatif qui la précède, la mention dans cette dernière de la recherche d'un avantage inscrit nécessairement la typologie des contrats commutatifs et aléatoires au sein de la catégorie générique des contrats à titre onéreux.

Cependant, en raison de ce qu'il apparaît utile de souligner le caractère bilatéral et réciproque de l'élément structurel de l'aléa, il aurait été préférable une nouvelle fois de s'écarter de la lettre actuelle de l'article 1104 du Code civil sur chacun de ces points, ce qui rejoint les critiques formulées à l'encontre de l'avant-projet Terré. Dès lors, la définition du contrat aléatoire ainsi affinée (et au regard de certains caractères tenant aux effets du contrat qui seront développés par la suite) serait la suivante: « Il [le contrat] est aléatoire lorsque les parties, sans rechercher l'équivalence de la contrepartie convenue, acceptent une chance de gain et un risque de perte quantitativement et qualitativement équivalents pour chacune d'entre elles, d'après un événement incertain. »

* * *

Ainsi, l'examen de la notion d'aléa en droit contemporain des contrats tend à mettre en exergue l'existence d'un double mouvement qui en affecte la lisibilité. En effet, alors qu'elle était classiquement fondée sur la permanence et la fixité de ses éléments constitutifs, la notion d'aléa voit aujourd'hui son unité conceptuelle s'affaiblir au profit d'une mise en avant de ses propriétés qualificatives. Si cette approche nouvelle de l'aléa comme outil malléable de qualification venait à se développer, elle risquerait d'entraîner de profondes perturbations sur le droit des contrats, en venant notamment bouleverser ses classifications traditionnelles. Ce séisme latent n'est pas l'unique mouvement tendant à affaiblir l'aléa en droit des contrats. Il convient en effet d'observer qu'outre la définition même de l'aléa, ses effets tendent aussi à être contournés.

* * *

Partie II: Le contournement des effets de l'aléa sur le contrat

« La spéculation est l'âme des contrats aléatoires »¹²⁵. Leur philosophie est en effet singulière puisqu'il s'agit bien souvent de faire reposer l'opération économique sous-tendue par le support contractuel sur le hasard, de l'abandonner toute entière aux caprices de la fortune. D'où la structure particulière de ces derniers, caractérisée par l'idée prégnante d'absence d'équivalence: parce qu'il retentit sur l'objet d'une obligation fondamentale du contrat, ou affecte la valeur d'une des prestations lors de la conclusion du contrat, l'aléa qu'il soit juridique ou économique empêche fondamentalement les parties

¹²⁵ J. DEPREZ, « La lésion dans les contrats aléatoires », *RTD civ.*, 1955, p. 1, n° 3

d'évaluer le solde de leurs prestations. C'est précisément ce que souligne la Cour de Cassation lorsqu'elle juge que: « l'aléa existe dès lors qu'au moment de la formation du contrat les parties ne peuvent apprécier l'avantage qu'elles en retireront parce que celui-ci dépend d'un événement incertain »¹²⁶. La contingence est au cœur des contrats aléatoires, ce dont il résulte que s'attache à ces derniers un régime juridique spécifique, marqué par l'exclusion de tout contrôle du déséquilibre contractuel. Et de fait, ainsi que l'exprime H. Méau-Lautour¹²⁷: « l'aléa est incompatible avec une discussion sur l'équilibre contractuel instauré par les parties. » Pour autant, le droit s'il semble laisser un assez libre champ au cours du hasard dans le mécanisme contractuel, n'abandonne pas totalement la convention au déséquilibre le plus sauvage. Il faut en effet constater que le législateur parfois, et le juge souvent, opèrent un contournement des effets attachés à la qualification de contrat aléatoire.

Lorsqu'il s'exerce en aval, à travers un contrôle de l'équilibre des prestations, ce contournement direct vient heurter de front les principes pourtant habituellement attachés à la qualification de contrat aléatoire. En cela, il apparaît contraire à la philosophie même de cette catégorie spécifique du droit des contrats.

Mais ce contournement peut également s'opérer de manière plus directe, en amont du contrat c'est-à-dire au niveau de l'élément structurel de l'aléa. Ce dernier devient alors le support d'une forme particulière de contrôle de la justice contractuelle, dont on peut penser qu'à raison de ses vertus protectrices, elle ne doit pas être absente de la catégorie des contrats aléatoires.

Il convient de se pencher tour à tour sur le contournement direct des effets du contrat aléatoire parfois opéré, qui passe par l'exercice discutable d'un contrôle en aval de l'équilibre contractuel (Titre I), et sur le contournement indirect qui apparaît quant à lui une manifestation autant judicieuse qu'opportune de la justice contractuelle, exercée cette fois au niveau des chances de gain et risques de perte encourus par les parties au contrat aléatoire (Titre II).

Titre I: Le contournement direct: le contrôle en aval de l'équilibre contractuel

Parce que « ses effets, quant aux avantages et aux pertes, dépendent d'un événement incertain », le contrat aléatoire est doté d'un régime spécifique, caractérisé par l'exclusion des mécanismes de contrôle du déséquilibre contractuel (section I). Toutefois, bien que cette exclusion ait valeur de principe, il faut observer que les tribunaux appliquent à titre exceptionnel, et de manière plus ou moins justifiée, un contrôle de l'équilibre des prestations (section II).

s^oI: Le principe de l'exclusion des mécanismes de contrôle du déséquilibre contractuel dans les contrats aléatoires

¹²⁶ Cass. Civ. 3ème, 4 juillet 2007, *Bull. Civ.* III, n° 124, CCC 2007, obs. L. LEVENEUR; *Defr.* 2007, p. 1535, note Y. DAGORNE-LABBE, et p. 1737, note E. SAVAUX; Cass. Civ. 1ère, 8 juillet 1994, *Bull. Civ.* I, n° 235

¹²⁷ H. MEAU-LAUTOUR, « Aléa, lésion et vileté du prix », *JCP. éd. N.*, 1990, p. 301

Expressément désigné comme l'une des finalités de la jurisprudence de la Cour de cassation¹²⁸, l'équilibre contractuel est parfois présenté comme une précision de la notion de justice commutative. Selon L. Fin-Langer¹²⁹, l'idée de d'équilibre contractuel traduit « la volonté d'avoir un échange juste et une composition harmonieuse du contenu du contrat, entre les prestations ainsi qu'entre les droits et les obligations ». L'équilibre contractuel voit sa protection assurée par une combinaison de plusieurs mécanismes. Certains d'entre eux visent en premier lieu à corriger les déséquilibres affectant la consistance des prestations. D'autres, comme la lésion ou dans une certaine mesure l'erreur sur les qualités substantielles de l'objet, visent au contraire à sanctionner le déséquilibre du contrat.

Mais parce que la conclusion du contrat aléatoire sous-tend l'acceptation par les parties d'une incertitude sur le résultat du contrat, la mise en œuvre de ces mécanismes se révèle incompatible avec l'économie même de celui-ci. Les effets du contrats étant régis par le hasard, il s'agit de ne pas remettre en cause le résultat ainsi obtenu, de sorte que tant les mécanismes destinés à corriger le déséquilibre contractuel (I) que ceux ayant vocation à le sanctionner (II) se trouvent chassés par l'aléa.

I: L'exclusion des mécanismes de correction du déséquilibre contractuel

« Par définition, l'idée d'acceptation d'un risque est antinomique de celle de garantie », écrit A. Bénabent¹³⁰. En effet, il apparaît presque naturel d'admettre qu'un contractant ayant accepté de courir un risque sur la réalité d'un droit ou sur l'utilité d'une chose ne puisse ensuite se prévaloir d'une garantie en cas d'éviction ou d'inutilité de cette dernière sans que son engagement se trouve par là même contredit. Cette intuition se trouve corroborée par de multiples solutions jurisprudentielles, ayant pour siège tant la garantie des vices cachés (A) que la garantie d'éviction (B).

A/ L'aléa chasse la garantie des vices cachés

Il est en effet constant en jurisprudence que celui qui achète à ses risques et périls une chose susceptible d'être affectée par un événement incertain et connu au moment de l'engagement ne puisse invoquer la garantie des vices cachés. Est ainsi écartée la garantie du vendeur d'un immeuble à la suite du refus postérieur à la conclusion du contrat d'accorder le permis de construire pour surélever ce dernier¹³¹. Dans le même sens, il a été jugé que l'acquéreur professionnel d'un animal destiné à la boucherie et conscient du risque de saisie de ce dernier en raison d'une réaction positive à la tuberculine ne pouvait solliciter le remboursement du prix car « le contrat présentait dès lors à son égard un certain caractère aléatoire. »¹³²

¹²⁸ Gh. DE MONTEYNARD, « La recherche d'un équilibre contractuel au travers de la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation », *Rapport de la Cour de Cassation 2000. La protection de la personne*, La documentation française, 2001, p. 237

¹²⁹ L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, th. Orléans, 2002, n° 130

¹³⁰ A. BENABENT, *Droit civil, les contrats spéciaux: civils et commerciaux*, 7ème éd., Montchrestien, 2006, n° 950, p. 623

¹³¹ Cass. Civ. 3ème, 15 oct. 1974, *Bull. civ.* III, n° 538

¹³² Cass. Civ. 1ère, 15 nov. 1961, *Bull. civ.* I, n° 532

B/ L'aléa chasse la garantie d'éviction

La garantie d'éviction est pareillement écartée à l'égard de l'acquéreur à ses risques et périls d'un bien d'occasion. Il a dès lors été jugé que la clause d'un acte de vente stipulant que l'acquéreur prend possession d'une source vendue dans son état actuel et à ses risques et périls implique que les parties ont connaissance du caractère incertain des droits qui font l'objet du contrat. Résulte de cette analyse la nécessaire exclusion de la garantie d'éviction au détriment de l'acquéreur¹³³. Il en est de même pour l'acheteur d'un droit litigieux dans la mesure où son caractère douteux était connu de lui lors de la formation du contrat¹³⁴.

Outre l'exclusion des mécanismes régulateurs de la justice contractuelle, qui n'ont de sens que lorsque le contrat repose sur l'idée de commutativité, la présence de l'aléa entraîne aussi l'éviction des mécanismes de sanction du déséquilibre contractuel.

II: L'exclusion des mécanismes de sanction du déséquilibre contractuel

Parce que l'aléa inséré dans le contrat est le vecteur d'une incertitude sur la balance des prestations, il empêche de mettre en œuvre les procédés destinés à sanctionner le déséquilibre de celles-ci. Faisant ainsi disparaître l'équilibre contractuel, l'aléa chasse la lésion (A) comme l'erreur sur la valeur résultant d'une erreur sur la substance (B).

A/ L'aléa chasse la lésion

La lésion se définit comme « le déséquilibre en valeur qui atteint l'égalité de l'échange économique projeté »¹³⁵. Elle résulte de la confrontation de plusieurs éléments: le prix d'une part, c'est-à-dire la contrepartie d'une prestation dans un contrat à titre onéreux, qui matérialise l'appréciation de sa valeur commune par les parties, et la valeur de la prestation telle qu'elle résulte de l'estimation commune, d'autre part. La lésion matérialise donc une rupture de la justice commutative, l'une des parties au contrat recevant moins que ce qu'elle donne. De manière surprenante, ainsi que le souligne G. Chantepie¹³⁶, si l'on songe aux rares cas dans lesquels l'action en rescision pour lésion est admise en droit positif¹³⁷, l'exclusion de la lésion est bien souvent présentée comme le principal intérêt de la distinction opérée par l'article 1104 du Code civil.

Cette exclusion de la rescision pour lésion dans le contrat aléatoire repose sur un double fondement, mis en exergue sous la plume de J. Carbonnier¹³⁸. D'abord un fondement mathématique, à savoir l'impossibilité d'évaluer et de comparer les prestations réciproques. En effet, l'aléa juridique affectant

¹³³ Cass. Civ. 1ère, 16 déc. 1963, *Bull. civ.* I, n° 557

¹³⁴ Cass. Civ., 24 nov. 1869, *D.P.* 1870, I, p. 19

¹³⁵ G. CHANTEPIE, *La lésion*, th. Paris I, 2006, n° 792, p. 502

¹³⁶ G. CHANTEPIE, *op. cit.*, n° 450, p. 298

¹³⁷ Article 1118 du Code Civil: « La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats et à l'égard de certaines personnes. » Sur ce point, v. F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 308, p. 320

¹³⁸ « On sait que l'aléa exclut la lésion, sans qu'on sache bien au juste pourquoi il l'exclut. Est-ce, mathématiquement, parce qu'il empêche la comparaison des prestations? Est-ce, psychologiquement, parce que celui qui joue ne peut se plaindre de perdre? » (J. CARBONNIER, obs. sous Cass. Req., 6 mai 1946, *RTD. civ.* 1946, p. 324)

la réalité de l'objet de l'une des obligations au moins, il empêche toute connaissance du solde des prestations au moment de la conclusion du contrat. Dès lors, la rescision est exclue pour les contrats de vente d'immeuble moyennant rente viagère¹³⁹, ou contre bail à nourriture¹⁴⁰. De même, l'aléa économique faisant planer une incertitude sur la valeur d'une des prestations, retentit a posteriori sur la balance des prestations, et rend donc impossible la sanction de la lésion dans les contrats à l'origine commutatifs et devenus accidentellement aléatoires. Ainsi, la rescision pour lésion de plus des sept douzième ne peut trouver application dans le cas de la vente d'immeuble grevé d'un droit viager¹⁴¹ où l'incertitude de la valeur du bien se répercute sur la valeur de la prestation qui porte ce bien et constitue un aléa économique¹⁴².

Ensuite, l'exclusion de la rescision pour lésion dans le contrat aléatoire repose sur un fondement psychologique, qui prend appui sur le fait que les parties ont entendu courir le risque de ne pas obtenir l'équivalent de leur propre prestation. Si la règle selon laquelle « l'aléa chasse la lésion » ne trouve pas de support textuel général en droit français¹⁴³, c'est précisément cette justification subjective qui se trouve mise en avant par les Principes du droit européen du contrat ou l'avant-projet de Code européen des contrats pour prévoir l'exclusion de la rescision pour lésion dans les contrats aléatoires¹⁴⁴.

Outre la lésion entendue strictement, l'aléa chasse pour les mêmes raisons les formes parfois présentées comme « secondaires » de la lésion, c'est-à-dire les autres sanctions de l'équivalence des prestations, mises en place par la jurisprudence et par la loi. Ainsi, échappent au plafond de l'usure les intérêts d'un prêt aléatoire¹⁴⁵ soit juridiquement - parce que l'aléa affecte l'obligation de remboursement du capital - soit économiquement - parce que l'aléa atteint seulement le montant de l'intérêt lié à un événement incertain. De même, devient irrecevable toute révision judiciaire des honoraires des mandataires dans le cas d'un mandat accidentellement aléatoire, par exemple en raison de la stipulation d'une clause de du croire¹⁴⁶ ou bien du caractère forfaitaire de sa rémunération¹⁴⁷ (incluant sa rémunération et la charge des pertes éventuelles).

¹³⁹ Cass. Civ. 1ère, 17 févr. 1964, *D.* 1964, p. 266; Cass. Civ. 3ème, 26 mai 1992, *Defr.* 1992, p. 1544, obs. G. VERMELLE

¹⁴⁰ Cass. Req., 6 mai 1946, *RTD. civ.* 1946, p. 324, obs. J. CARBONNIER

¹⁴¹ Par exemple, sur l'exclusion de la rescision pour lésion dans le cas de la vente de nue-propiété: Cass. Civ. 3ème, 16 juin 1968, *Bull. civ.* III, n° 281; de la cession d'usufruit: Cass. Req., 20 juin 1913, *D.P.* 1913, I, p. 216; de la vente d'immeuble grevé d'un droit d'usage et d'habitation: Cass. Civ. 1ère, 19 juill. 1983, *Bull. civ.* I, n° 212

¹⁴² Sur ce point, v. A. MORIN, *Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, th. Clermont-Ferrand, 1998, n° 555, p. 241

¹⁴³ Certains auteurs soulignent toutefois que si le principe général ne repose sur aucun fondement textuel exprès, on peut s'interroger sur l'éventuelle induction d'un tel principe d'articles spéciaux comme l'article 1976 du Code civil et l'ancien article 889 du même Code qui excluait la rescision pour lésion dans le cas de la vente de droits successifs faite sans fraude à l'un des cohéritiers, à ses risques et périls, par ses autres cohéritiers ou par l'un d'eux (disposition abrogée en 2006 et remplacée par le nouvel article 891, qui prohibe toute action en complément de part dans ces mêmes circonstances entre les coindivisaires.)

¹⁴⁴ V. not. les commentaires relatifs à l'art. 4:109 des *Principes du droit européen du contrat* visant le profit excessif ou l'avantage déloyal, qui excluent tout recours « quand un contrat apparemment déséquilibré résulte de ce qu'une partie a joué et perdu. Si le contrat a mal tourné pour cette partie, il n'était pas inéquitable au moment de sa conclusion » (p. 223). V. aussi l'article 156-5° de l'*avant-projet de Code européen des contrats*, lequel prévoit également une exclusion de la rescision pour lésion dans les contrats aléatoires.

¹⁴⁵ Cass. Req., 6 déc. 1886, *D.* 1887, I, p. 132

¹⁴⁶ Le mandataire devient alors garant envers son mandant de la bonne exécution du contrat conclu avec le tiers-contractant, ce qui ne se limite pas à la solvabilité de ce dernier, mais couvre le paiement effectif. V. A. BENABENT, *Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 7ème éd., Montchrestien, 2006, n° 658, p. 443

¹⁴⁷ Il faut alors que la clause soit dépourvue d'ambiguïté: Cass. Com., 17 déc. 1991, *Bull. civ.* IV, n° 393

Si l'aléa chasse ainsi la lésion largo sens, elle chasse aussi l'erreur sur les qualités substantielles de l'objet, qui constitue une autre technique de sanction du déséquilibre des prestations lorsque celle-ci est à l'origine d'une erreur sur la valeur.

B/ L'aléa chasse l'erreur

En principe indifférente, l'erreur sur la valeur peut toutefois constituer une cause de nullité du contrat lorsqu'elle résulte d'une erreur sur les qualités substantielles de l'objet. Dans ce cas, à travers la sanction du vice du consentement apparaît dans une certaine mesure une sanction du déséquilibre des prestations¹⁴⁸. Mais une fois encore, cette forme de justice contractuelle se heurte à la structure singulière du contrat aléatoire, de sorte que certains auteurs – s'appuyant sur la formulation de l'adage classique relatif à la lésion – ont récemment formulé cette règle constante en jurisprudence selon laquelle « l'aléa chasse l'erreur ». Cette dernière, principalement appliquée en matière de vente d'œuvre d'art dont l'authenticité¹⁴⁹ est incertaine, trouve des justifications à la fois techniques et psychologiques.

Sur le plan technique d'abord, l'exclusion de l'erreur s'explique par le fait que l'acceptation de la qualité douteuse et substantielle de l'objet est incompatible avec la nécessité de mettre en évidence la croyance erronée des parties, qui constitue l'une des conditions de l'erreur. En effet, « il y a erreur sur la substance, notamment quand le consentement de l'une des parties a été déterminé par l'idée fausse que cette partie avait des droits dont elle croyait se dépouiller ou qu'elle croyait acquérir par l'effet du contrat »¹⁵⁰. Or, précisément, la conviction du contractant ne peut être tenue pour erronée puisque, par hypothèse, les parties au contrat aléatoire se sont engagées en connaissance du caractère douteux de la qualité de l'objet. En d'autres termes, ainsi que l'indique un auteur: « Celui qui a accepté un aléa en connaissance de cause, l'intégrant ainsi dans le champ contractuel ou la définition contractuelle de l'objet, ne peut invoquer ensuite son erreur, une fois l'incertitude dissipée »¹⁵¹. L'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 24 mars 1987¹⁵² met particulièrement en évidence cette incompatibilité. En l'espèce, était remise en cause par les ayants cause du vendeur la vente d'un tableau intitulé « Le Verrou », lequel avait été mis en vente aux enchères publiques sous la mention « attribué à Fragonard », et dont l'authenticité fut reconnue ultérieurement. Mais l'existence d'un doute sur l'origine exacte du tableau, qui pouvait être déduite de la formulation même de la mention accompagnant ce dernier¹⁵³, au moment de la vente pour les parties, montrait que ces dernières avaient accepté un aléa sur

¹⁴⁸ Y.-M. LAITHIER, *art. précit.*, à paraître

¹⁴⁹ L'authenticité d'une œuvre d'art ne s'entend pas exclusivement de la paternité de son auteur ou éventuellement de son ancienneté, mais encore de divers facteurs tels que l'état de conservation de l'œuvre, la présence de restaurations, l'existence d'une réplique, l'intervention d'une main étrangère, la caractère original d'un tirage ou encore l'usage de matériaux différents de ceux annoncés. En cela, elle a pu être analysée comme étant constitutive d'une notion complexe et incertaine (S. LEQUETTE-DE KERVENOËL, *L'authenticité des œuvres d'art*, th. Paris I, 2006, n° 99, p. 95), voire même éminemment volatile (N. DUCHON-DORIS, *L'acquisition de l'objet d'art*, th. Aix, 1996, p. 408)

¹⁵⁰ Cass. Civ., 17 nov. 1930, *D.* 1932, I, 161, note J. CH. LAURENT

¹⁵¹ J. GHESTIN, « L'authenticité, l'erreur et le doute », *Mélanges P. Catala*, 2001, p. 459

¹⁵² Cass. Civ. 1ère, 24 mars 1987, *Bull. civ.* I, n° 105, *D.* 1987, p. 489, note J.-L. AUBERT; *RTD civ.* 1987, p. 743, obs. J. MESTRE; *JCP éd. G* 1989.I. 21300, note M.-F. VIEVILLE-MIRAVETTE

¹⁵³ A contrario, « La mise en vente sans réserves d'un tableau d'une œuvre d'art portant une signature constitue une affirmation d'authenticité ce qui exclut le caractère aléatoire du contrat. » (Cass. Civ. 1ère, 7 nov. 1995, *Bull. civ.* I, n° 401)

l'authenticité de l'œuvre. Ce dernier étant de ce fait entré dans le champ contractuel, la Haute Juridiction approuva le rejet par la Cour d'appel des prétentions du vendeur qui ne démontrait pas qu'il avait conclu le contrat sous l'empire d'une croyance erronée dans la mesure où la qualité authentique du tableau avait formé une des branches de l'alternative constitutive de la croyance des parties¹⁵⁴.

L'exclusion de l'erreur se justifie également par des considérations d'ordre psychologique, formulée en ces termes par A. Morin: « La qualité incertaine chasse la qualité substantielle ». En effet, l'erreur ne vicie le consentement que si elle porte sur les qualités substantielles de l'objet, c'est-à-dire sur celles en vertu desquelles le contractant a déterminé son consentement. Par conséquent, le consentement n'a pu s'établir en considération d'une qualité substantielle dès lors qu'il s'est porté sur une chose dont le caractère douteux était connu et accepté au moment de la conclusion du contrat.

Ainsi, la présence d'un aléa a pour effet de chasser par principe l'ensemble des mécanismes régulateurs classiques de la justice contractuelle. Acceptant de courir un risque, les parties ne doivent pas pouvoir remettre en cause leur convention lorsque la survenance de l'événement aléatoire les a données perdantes. Reposant tout entier sur l'aléa, le contrat aléatoire postule le déséquilibre des prestations. Si la jurisprudence dominante semble accepter cette philosophie du risque, cet esprit de spéculation qui guide intrinsèquement le contrat aléatoire, elle tente cependant d'en limiter parfois la portée, au prix bien souvent d'une regrettable contradiction.

s°II: La résurgence d'un contrôle jurisprudentiel contestable de l'équilibre des prestations dans les contrats aléatoires

S'appuyant sur deux critiques essentielles relatives au bien-fondé de l'exclusion de la lésion au sein des contrats aléatoires, la jurisprudence a progressivement atténué la force du principe d'exclusion des mécanismes destinés à prévenir ou à sanctionner le déséquilibre des prestations. Ce faisant, elle opère un contournement direct de la règle selon laquelle l'aléa chasse l'équilibre des prestations et rétablit de manière plus ou moins justifiée un contrôle de la justice commutative en aval du contrat. Il convient de se pencher sur les fondements de cette résurgence du contrôle de l'équilibre des prestations dans les contrats aléatoires (I), avant d'en dresser un tableau critique (II).

I: Les raisons invoquées au soutien de la renaissance de la lésion dans les contrats aléatoires

La renaissance de la rescision pour lésion dans les contrats aléatoires en jurisprudence trouve sa source première dans la critique formulée à l'encontre des justifications classiques de son exclusion par une partie de la doctrine (A). Outre ces arguments négatifs, ce mouvement prétorien trouve également un soutien positif dans la mise en lumière faite par certains auteurs de l'utilité selon eux certaine de la rescision pour lésion dans les contrats aléatoires (B).

¹⁵⁴ V. aussi Cass. Civ. 1ère, 31 mars 1987, *Bull. civ.* I, n° 105; *RTD civ.* 1987, p. 743, obs. J. MESTRE: achat d'une statuette « très restaurée », la Cour estime que l'acquéreur a « délibérément accepté le risque que présentait une telle acquisition ».

A/ La remise en cause des justifications classiques de l'exclusion de la lésion

Si la force des arguments à la fois psychologiques et mathématiques précédemment exposés a pendant longtemps permis le règne absolu en jurisprudence de l'adage classique selon lequel « l'aléa chasse la lésion », la montée en puissance de leur contestation en a progressivement affaibli l'hégémonie. A tel point que J. Deprez¹⁵⁵, consacrant en 1955 un article à « la lésion dans les contrats aléatoires », écrit: « On peut s'interroger sur la valeur véritable d'une règle qui semble surtout justifiée par la tradition ».

En effet, selon plusieurs auteurs¹⁵⁶, aucun des deux fondements dégagés n'échappent complètement à la critique. D'une part, il peut être avancé contre l'argument dit « psychologique » que toutes les parties à un contrat aléatoire ne sont pas forcément animées d'un esprit de spéculation. Et de fait, il existe une différence sensible entre les contrats de jeu ou de pari et ceux de rente viagère ou de bail à nourriture. Tandis que, dans les premiers, le refus de sanctionner la lésion se trouve assez opportunément justifié par cet argument traditionnel, il apparaît au contraire inopportun de vouloir dans les seconds sanctionner de la même manière la témérité des parties. Précisément parce que les contrats viagers sont souvent un moyen pour des personnes peu fortunées ou isolées, mais détentrices d'un capital immobilier, d'assurer leur subsistance jusqu'à la fin de leurs jours, il semble inapproprié de refuser au vendeur toute protection contre la lésion. Ainsi que le souligne J. Deprez¹⁵⁷: « Certes, il existe bien dans ses calculs un pari sur l'avenir, sur la durée de sa propre existence. Mais fort peu préoccupé des gains futurs que peuvent lui procurer les lois du hasard en le faisant survivre très longtemps, il recherche surtout la sécurité immédiate de son existence. Et s'il espère une longue vie, c'est moins pour gagner aux dépens de l'acquéreur que par obéissance à un instinct de conservation bien naturel ».

D'autre part, il a été avancé que, sans pour autant rendre possible l'organisation de sa disparition en pratique, le recours aux statistiques pouvait par ailleurs permettre de cerner précisément le risque et reléguer ainsi l'aléa à l'état simplement théorique. Les tables de mortalité rendent ainsi possible la détermination précise des chances en jeu dans les contrats dont l'aléa dépend de la durée de la vie humaine, tels que les contrats de rente viagère ou encore la cession de nue-propriété. Au reste, les activités des organismes spécialisés dans les contrats d'assurance-vie ou de rente viagère avec les particuliers reposent sur ces outils mathématiques¹⁵⁸. Aussi, lorsqu'un crédientier verse un capital à ses entreprises, ces dernières recourent aux tables de mortalité pour déterminer la probabilité de durée de vie de leur client et le rapport entre le capital reçu et les arrérages à verser. Dès lors, il est bien souvent avancé que le recours aux statistiques permettant l'évaluation du juste prix, il ne constitue plus un véritable obstacle à l'appréciation du caractère lésionnaire d'une prestation, ce qui permet donc sa sanction.

A ces arguments contestataires ont pu être ajouté des arguments complémentaires, tenant pour l'essentiel à l'utilité de la rescision pour lésion dans les contrats aléatoires, et qu'il convient d'examiner.

¹⁵⁵ J. DEPREZ, « La lésion dans les contrats aléatoires », *RTD civ.*, 1955, n° 5, p. 7

¹⁵⁶ Not. J. DEPREZ, *art. précit.*; J.-L. MOURALIS, *La notion d'aléa et les actes juridiques aléatoires*, th. Grenoble, 1968; G. KLEIN, « Aléa et équilibre contractuel dans la formation du contrat de vente d'immeuble en viager », *RTD civ.*, 1979, n° 14, p. 24

¹⁵⁷ J. DEPREZ, *art. précit.*, n° 5, p. 8

¹⁵⁸ A. BENABENT, *La chance et le droit*, th. Paris, 1973, n° 179.

B/ L'utilité de la rescision pour lésion dans les contrats aléatoires

Selon une partie de la doctrine, bien que marquant le refus de contrôler l'équilibre contractuel en aval des contrats aléatoires, le rejet classique de la rescision pour lésion n'a jamais emporté pour autant toute exclusion du contrôle de la justice commutative au niveau des prestations engendrées par de tels contrats. Elle l'a simplement considérablement réduit. En effet, principalement en matière de vente d'immeuble et à l'époque même où la rescision pour lésion était écartée de manière pratiquement systématique par les tribunaux, la solution s'était imposée aux interprètes que le contrat, en dépit de son caractère aléatoire, pouvait être annulé pour défaut de prix sérieux. Ainsi que le souligne J. Deprez¹⁵⁹, l'exigence d'un prix sérieux en tant que condition de validité de la vente n'est certes inscrite dans aucun texte de loi, mais les règles relatives au contrat de vente impliquent que le prix en est un élément essentiel et constitue la cause de l'obligation du vendeur. La coloration aléatoire du contrat de vente ne pouvait nullement venir en outre justifier l'exclusion du contrôle du caractère sérieux du prix. Cependant, l'auteur s'attache à mettre en exergue que la nullité pour défaut de prix sérieux, utilisée pour sanctionner les insuffisances de prix, n'a toutefois jamais pu combler complètement le vide causé par la carence de la rescision pour lésion: « Destinée à frapper les contrats dans lesquels le prix stipulé est nul, dépourvu de sérieux, la sanction ne pouvait donc atteindre qu'un nombre limité de cas, ceux de lésion énorme, mais non pas tous les cas qui peuvent, dans les conditions de l'article 1974 du Code Civil, donner lieu à rescision. »

Ainsi, dès lors qu'il devient possible de surmonter l'obstacle tiré de l'argument mathématique ainsi qu'on a pu le voir, la lésion devient selon l'auteur un utile complément à la nullité pour défaut de prix dans la mesure où le champ d'application de ces deux notions, s'il coïncide parfois, demeure le plus souvent distinct.

Il convient d'observer que la jurisprudence, s'est un moment laissée convaincre par l'ensemble des arguments ainsi déployés en faveur de l'admission de la rescision pour lésion dans les contrats aléatoires.

II: Les circonvolutions jurisprudentielles relatives au contrôle de la lésion

Le débat doctrinal vigoureux relatif à l'admission de la lésion en matière de contrat aléatoire n'est pas resté sans effet sur une jurisprudence déchirée entre d'une part le désir de préserver le régime spécifique attaché à cette catégorie singulière du droit des contrats en raison du déséquilibre des prestations presque postulé par la présence de l'aléa, et d'autre part le souci de ne pas bannir de celle-ci toute idée de justice contractuelle. Valse hésitation donc, pour une jurisprudence qui, d'un rejet total, a paru un moment céder à la tentation d'une admission généralisée de la rescision (A), avant de poser des limites à cette dernière (B).

A/ La jurisprudence antérieure à 1938: la tendance à l'admission généralisée de la rescision

¹⁵⁹ J. DEPREZ, *art. précit*, n° 21, p. 24

Dans sa thèse consacrée à *La notion de l'aléa dans les contrats*, R. Kahn écrivait en 1924¹⁶⁰: « Il serait [...] à souhaiter que les sciences juridiques fassent un plus large profit des conceptions élaborées par les sciences modernes. D'ailleurs les unes comme les autres poursuivent le même but, qui est d'unir, par le moyen de l'Art, la souplesse des applications et la rigueur de la pensée ». Entendant l'invitation qui leur était ainsi faite de ne pas négliger le recours aux statistiques en matière de contrats aléatoires, les juges dessinèrent une nouvelle tendance en multipliant les cas d'admission de la rescision pour lésion en ce domaine qui lui était pourtant resté bien longtemps étranger.

Le climat favorable à la rescision pour lésion qui s'installe au-dessus de la sphère juridique avant 1938 trouve ainsi un appui significatif dans l'utilisation inédite et notable du calcul des probabilités par la jurisprudence. En effet, la Cour de cassation ne craint pas d'affirmer que, pour se trouver à l'abri de cette sanction, « il ne suffit pas qu'une vente contienne un élément aléatoire; que, dans cette hypothèse, la rescision reste possible lorsque les circonstances donnent au juge le moyen de déterminer la valeur des obligations soumises à l'aléa »¹⁶¹. L'existence de statistiques, principalement en matière de contrats viagers, constituait précisément pour la jurisprudence une circonstance autorisant le juge à déterminer la valeur des obligations.

Ce « cantonnement de l'aléa »¹⁶² à travers l'utilisation de la loi dite des grands nombres, ne constitue cependant qu'un épisode dans l'évolution des rapports entre l'aléa et la lésion.

B/La jurisprudence postérieure à 1938: le cantonnement relatif de la rescision

Après s'être orientée largement en faveur de l'utilisation de l'outil statistique pour accueillir la rescision pour lésion en matière de contrat aléatoire, la Cour de cassation opère à travers une arrêt de sa Chambre des requêtes en date du 27 décembre 1938 un cinglant revirement: « les résultats de la statistique, certains quand il s'agit de la détermination de la durée moyenne de la vie d'un grand nombre de personnes, ne sauraient faire disparaître le caractère aléatoire d'un contrat isolé aux termes duquel l'importance des prestations stipulées dépend de la longueur, toujours incertaine, de la survie d'un seul individu désigné »¹⁶³.

Prenant conscience du danger de s'appuyer sur une méthode de calcul assise sur la loi des grands nombres à des cas isolés, la Haute Juridiction entend ainsi marquer sa volonté de considérer la « vie réelle » des individus et non seulement leur « existence mathématique »¹⁶⁴. Pour autant, elle ne condamne pas par principe l'utilisation de l'outil statistique, seulement son utilisation exclusive. De fait, la méthode se trouve validée dès lors que la référence à cet instrument d'évaluation se fait de manière combinée avec une référence à d'autres éléments tels que l'âge et la santé de l'individu afin d'apprécier la lésion, par exemple dans le cas d'une vente avec réserve d'usufruit¹⁶⁵.

Si la condamnation du calcul statistique comme seul mode d'évaluation des prestations a ainsi

¹⁶⁰ R. KAHN, *La notion de l'aléa dans les contrats*, th. Paris, 1924, n° 88, p. 104

¹⁶¹ Cass. Req., 22 nov 1937, *D.P.* 1939, I, p. 81, 1ère espèce, note R. SAVATIER; *RTD civ.* 1938, p. 265, obs. G. MARTY

¹⁶² G. MARTY, *obs. précit.*

¹⁶³ Cass. Req., 27 déc 1938, *D.P.* 1939, I, p. 81, 3ème espèce, note R. SAVATIER, *RTD civ.* 1939, p. 489, obs. G. MARTY

¹⁶⁴ J. DEPREZ, *art. précit.*, n° 11, p. 14

¹⁶⁵ Cass. Civ. 1ère, 16 juill. 1957, *Bull. civ.* I, n° 341; Cass. Civ. 1ère, 13 avril 1988, *Bull. civ.* I, n° 99, *JCP éd. N*, 1990.I.301, sous chronique de H. MEAU-LAUTOUR, « Aléa, lésion et vétété du prix »

fortement infléchi la tendance antérieure¹⁶⁶, elle n'a pas pour autant signé l'abandon définitif du contrôle de la lésion dans les contrats aléatoires¹⁶⁷; la jurisprudence semble rester fidèle à cette méthode pourtant controversée de rétablissement de la justice contractuelle par un contrôle en aval de l'équilibre des prestations, et s'appuie pour ce faire sur de multiples outils techniques. Ainsi, la mention d'un prix en capital insérée dans l'acte de vente peut, dans certaines circonstances, être appréciée souverainement par les juges du fond et autoriser une évaluation des prestations dans le but de sanctionner la lésion. Tel est le cas lorsque les parties n'opèrent qu'une simple conversion en rente viagère d'un prix fixé à titre principal en capital et mentionné dans l'acte¹⁶⁸. De même, la jurisprudence n'hésite pas à comparer le taux d'une rente viagère au montant annuel qui serait servi en rémunération du capital correspondant à la valeur des biens aliénés pour en déduire l'existence d'une lésion si ce montant lui apparaît supérieur ou égal¹⁶⁹.

Pour autant, si c'est bien la rescision pour lésion qui est appliquée à titre de sanction du déséquilibre des prestations ainsi déterminé par les juges, la méthode demeure fondamentalement différente de celle retenue antérieurement à 1938. En effet, plus que le simple déséquilibre même lésionnaire des prestations, c'est une absence d'aléa effectif qui est en réalité déduite de ces circonstances, et plus précisément, une absence de risque de perte pour l'acquéreur ou le débirentier dans les exemples précités. En d'autres termes, c'est parce que le contrat perd son caractère aléatoire que la rescision pour lésion trouve à s'appliquer¹⁷⁰, ce qui marque le retour en grâce en jurisprudence de la règle selon laquelle « l'aléa chasse la lésion ».

L'on peut ici souligner de manière incidente que le résultat auquel cette méthode aboutit n'est pas exempt de toute critique. En effet, la rescision pour lésion ne paraît pas toujours la sanction la plus appropriée de l'absence d'aléa effectif, notamment lorsqu'il s'agit de rétablir la justice contractuelle au sein d'un contrat essentiellement aléatoire¹⁷¹, comme par exemple la rente viagère. On sait que dans ce type de contrat, l'aléa peut être qualifié de « juridique », et qu'il constitue en outre un élément essentiel de ce dernier, sans lequel il ne peut donc subsister¹⁷². Le contrat ne peut dès lors aucunement subir de disqualification. Ainsi, le choix de la sanction par la rescision – sanction exceptionnellement réservée par la loi à certains contrats commutatifs et réputée pour sa souplesse¹⁷³ – semble inapproprié; seule la nullité du contrat devrait être accueillie pour les contrats essentiellement aléatoires, et ce en raison de la nature même de l'aléa qui les caractérise. Dès lors, se révèle contestable le raisonnement suivi par les juges qui consiste, pour appliquer la rescision pour lésion, à analyser la rente viagère insuffisante comme une simple modalité

¹⁶⁶ L'attendu précité édicté par la Chambre des requêtes de la Cour de cassation le 27 décembre 1938 a été repris de nombreuses fois: v. not. Cass. Civ., 21 fév. 1939, *RTD civ.* 1939, p. 489, note G. MARTY; Cass. Civ. 1, 15 mai 1956, *Bull. civ.* I, n° 192; Cass. Civ. 1, 24 févr. 1970, *Bull. civ.* I, n° 67; Cass. Civ. 3ème, 12 déc. 1973, *Bull. civ.* III, n° 629

¹⁶⁷ Sur ce point, v. J. DEPREEZ, *art. précit.*, n° 13, p. 15

¹⁶⁸ Cass. Req., 2 janv. 1975, *GP.* 1935, I, 361; Cass. Civ. 1ère, 1er févr. 1960, *Bull. civ.* I, n° 66, p. 54. (En outre, cette conversion ne doit pas être simplement liée à la nécessité de mentionner le prix pour des raisons fiscales liées à l'enregistrement du contrat.)

¹⁶⁹ Cass. Civ. 1ère, 18 nov. 1975, *Bull. civ.* I, n° 334, *Defr.* 1976, art. 31198, p. 1074, n° 26, note J.-L. AUBERT

¹⁷⁰ En ce sens, F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 10e éd., Précis Dalloz, 2009, n° 316, p. 330

¹⁷¹ En ce sens, v. A. MORIN, *th. précit.*, n° 695, p. 300

¹⁷² V. Partie I, Titre I, section II, I sur l'incidence juridique de l'aléa dans les contrats essentiellement aléatoires.

¹⁷³ En ce sens, J.-L. AUBERT, *obs. Defr.* 1976, art. 31198, p. 1076, qui souligne, au regard de l'article 1681 du Code Civil, que le régime de la rescision n'aboutissant pas forcément à l'anéantissement automatique du contrat, se concilie mieux avec la sécurité des transactions.

de paiement du prix¹⁷⁴, en d'autres termes à réputer économiquement aléatoire un contrat qui l'est en réalité juridiquement.

* * *

Ainsi, bien que le déséquilibre des prestations soit bien souvent présenté comme l'un des principaux effets de l'aléa caractérisant les contrats aléatoires, la jurisprudence ne renonce pas toujours à appliquer à ces derniers les mécanismes régulateurs de la justice contractuelle. Contrôlant un temps l'équilibre contractuel en aval même du contrat, en s'appuyant simplement sur une évaluation statistique des prestations, les juges sont venus heurter de manière frontale les règles applicables aux contrats aléatoires. Mais l'abandon en 1938 de cette stratégie destinée à se soustraire directement au principe selon lequel le déséquilibre entre les prestations échangées ne doit pas pouvoir être sanctionné parce que le contrat aléatoire porte en lui, pour ainsi dire, le risque de déséquilibre a de nouveau laissé place à une appréhension plus orthodoxe des effets de l'aléa en droit des contrats.

Pour autant, il ne faut pas voir dans cet abandon un recul significatif de l'idée maîtresse de justice ou d'équité inhérente aux contrats à titre onéreux. Délaissant l'inopportun contrôle en aval de l'équilibre contractuel, la jurisprudence s'emploie à rétablir sous une autre forme le contrôle de l'équivalence au sein des contrats aléatoires. Il convient de se pencher sur ces autres « stratégies d'évitement »¹⁷⁵ mises en place par la jurisprudence: opérant un contournement seulement indirect des principes gouvernant les contrats aléatoires, elle s'attache à mettre en œuvre un contrôle en amont de l'équilibre contractuel.

* * *

Titre II: Le contournement indirect: le contrôle en amont de l'équilibre contractuel

Ainsi que l'indique G. Chantepie: « Le déplacement de la recherche de l'équivalence, des prestations réciproques aux chances de gain et risques de perte, marque le passage du commutatif à l'aléatoire »¹⁷⁶. En effet, si le principe d'exclusion des mécanismes correcteurs de l'équilibre contractuel conduit à écarter toute légitimité de contrôle en aval de l'équilibre contractuel, il n'en demeure pas moins que le contrat aléatoire demeure un contrat à titre onéreux, et en tant que tel marqué par le critère finaliste de la recherche de l'équivalence¹⁷⁷. Celle-ci ne doit pas être recherchée au niveau des prestations mais au niveau de l'aléa lui-même. Se déplaçant en amont du contrat, le contrôle de l'équilibre contractuel se manifeste d'une part à travers l'analyse de la réduction du champ conventionnel de l'aléa (section I), et d'autre part à

¹⁷⁴ Cass. Req., 12 nov. 1930, *Gaz. Pal.* 1930, II, p. 941; Cass. Req., 2 janv. 1935, *Gaz. Pal.* 1935, I, p. 361; Cass. Civ. 1ère, 8 févr. 1955, *Bull. civ.* I, n° 63; Cass. Com., 9 déc. 1958, *Bull. civ.* III, n° 427; Cass. Civ. 1ère, 1er janv. 1960, *Bull. civ.* I, n° 66; Cass. Civ. 1ère, 5 janv. 1971, *Bull. civ.* I, n° 8

¹⁷⁵ Y.-M. LATHIER, *art. précit.*, à paraître.

¹⁷⁶ G. CHANTEPIE, *La lésion*, th. Paris I, 2006, n° 454, p. 301

¹⁷⁷ En ce sens, H. MEAU-LAUTOUR, « Aléa, lésion et vileté du prix », *JCP. éd.N.*, 1990, I, p. 301, n° 12

travers l'appréciation de l'équivalence des chances et des risques (section II).

s°I: La réduction du champ conventionnel de l'aléa

« Le contrat aléatoire apparaît [...] comme celui où les parties acceptent que l'équilibre des prestations soit déterminé par le hasard; elles abdiquent entre les mains de la fatalité la détermination du volume comparé de leurs prestations, c'est-à-dire du solde de leur valeur » a-t-il pu être écrit¹⁷⁸. Pour autant, les parties n'ont pas nécessairement entendu abandonner toute entière leur convention au hasard. Tout en donnant une coloration aléatoire à leur contrat en raison de l'incidence suffisante de l'aléa qu'elles y ont introduit, elles ont pu vouloir circonscrire le champ d'action de ce dernier. Il convient ici d'observer que cette réduction implicite (I) ou explicite (II) du champ conventionnel de l'aléa, qui ne peut se manifester que par une analyse en amont du contrat, emporte de larges conséquences sur le plan de la mise en oeuvre des mécanismes de protection de l'équilibre contractuel au sein des contrats aléatoires.

I: La réduction explicite du champ conventionnel de l'aléa

Après avoir exposé le mécanisme relatif à la réduction explicite du champ conventionnel de l'aléa (A), il conviendra de se pencher sur ses conséquences (B).

A/ Exposé du mécanisme

Le plus souvent, la réduction du champ conventionnel de l'aléa par les parties s'opère explicitement, à travers des stipulations contractuelles qui permettent par leur seul examen de connaître l'étendue de l'aléa accepté par elles.

Par exemple, lorsque les parties à un contrat de vente portant sur un bien sur lesquels les droits sont incertains ont entendu exclure toute garantie d'éviction du fait d'un tiers¹⁷⁹ au détriment de l'acquéreur, la vente prend alors une coloration aléatoire en raison du fait qu'y est accidentellement intégré un aléa économique retentissant sur la valeur de la prestation du vendeur empêchant ainsi d'évaluer, au moment de la conclusion du contrat, le solde des prestations des parties. Mais si l'équilibre final du contrat se trouve ainsi affecté, il convient d'observer que la qualification de contrat aléatoire conférée au contrat n'entraîne pas pour autant l'éviction de l'ensemble des mécanismes régulateurs de la justice contractuelle précédemment exposés. En effet, le risque d'éviction étant le seul risque conventionnellement accepté, l'acquéreur doit pouvoir continuer à jouir d'une protection contre les vices cachés s'il en est victime et ainsi conserver la possibilité d'exercer contre son auteur l'action rédhibitoire ou estimatoire¹⁸⁰.

Ainsi, la détermination de l'étendue de l'aléa accepté par les parties ouvre la voie à une résurgence opportune cette fois des mécanismes régulateurs de la justice contractuelle.

¹⁷⁸ J.-L. MOURALIS, *La notion de l'aléa et les actes juridiques aléatoires*, th. Grenoble 1968, n° 93, p. 143

¹⁷⁹ La garantie du fait personnel est en revanche d'ordre public, sur le fondement de l'article 1628 du Code Civil, qui dispose: « Quoiqu'il soit dit que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie, il demeure cependant tenu de celle qui résulte d'un fait qui lui est personnel: toute convention contraire est nulle. »

¹⁸⁰ En ce sens, V. Y.-M. LAITHIER, *art. précit.*, à paraître

B/ Conséquences du mécanisme

Parce que les parties ont expressément borné le champ conventionnel de l'aléa économique qu'elles ont greffé à une convention de base de type commutatif, le contrat qui conserve sa qualification de contrat aléatoire se trouve de nouveau soumis au contrôle de l'équilibre des prestations. Ainsi s'opère-t-il bien un contournement indirect des effets de l'aléa sur le contrat: un contournement d'une part car le mécanisme aboutit à un contrôle en aval de l'équivalence appliqué à un contrat qui conserve sa qualification de contrat aléatoire, indirect d'autre part car il est nécessaire d'en passer pour ce faire par une analyse en amont du contrat, centrée sur la délimitation du champ conventionnel de l'aléa.

Mais ce cantonnement du déséquilibre contractuel par cantonnement de l'aléa s'envisage ici d'autant plus facilement que l'étendue de l'aléa était expressément prévue. La démarche s'avère en revanche beaucoup plus délicate lorsque cette réduction est seulement implicite.

II:La réduction implicite du champ conventionnel de l'aléa

On a vu que l'aléa ne justifie une dérogation au jeu des garanties que dans la mesure du champ d'incertitude accepté par les parties, et qui résulte le plus souvent de stipulations contractuelles expresses. Lorsque le caractère accidentellement aléatoire du contrat résulte non de limitations expresses au jeu des mécanismes régulateurs de la justice contractuelle, mais des caractères attachés à son objet et qui se réfléchissent sur la valeur de l'une des prestations au moment de la formation du contrat, la réduction éventuelle du champ conventionnel de l'aléa par les parties devient plus difficile à cerner. Le rôle du juge dans la résurgence du contrôle de l'équilibre contractuel prend alors une dimension nouvelle que ce dernier entend exercer pleinement, ce qui transparaît de l'examen de solutions jurisprudentielles récentes (A). Les conséquences de la mise en oeuvre de ce mécanisme sont une nouvelle fois loin d'être négligeables (B).

A/ Exposé du mécanisme

On a vu que le doute sur l'authenticité d'une œuvre d'art, dès lors qu'il est accepté par les parties, empêche par principe la victime d'une mauvaise affaire d'invoquer l'erreur sur les qualités substantielles pour obtenir la nullité du contrat de vente portant sur cette œuvre. Encore faut-il cependant que les parties n'aient pas entendu enserrer dans certaines limites l'aléa affectant l'authenticité. Précisément, après avoir d'abord retenu sans nuance la règle selon laquelle «l'aléa chasse la nullité pour erreur»¹⁸¹, la Haute Juridiction adopte depuis un arrêt en date du 29 mars 2008 une analyse plus fine de l'erreur sur la substance en présence d'un doute sur l'authenticité entré dans le champ contractuel, en redéfinissant de façon plus pointue les termes de la comparaison entre la croyance des parties et la réalité. En d'autres termes, la Cour s'attache à identifier précisément le champ conventionnel de l'aléa par une analyse en amont du contrat, afin de faire ressurgir en aval le mécanisme protecteur de la nullité pour erreur.

En l'espèce, un tableau avait été vendu comme étant un portrait de Monet dû au pinceau du peintre américain Sargent. Un doute étant ultérieurement apparu sur l'authenticité de l'oeuvre, l'acquéreur

¹⁸¹ J. MESTRE, obs. sous Cass. Civ. 1ère, 24 mars 1987, *RTD cin.* 1987, p. 743

voulut remettre en cause le contrat pour erreur mais une transaction vint mettre fin au litige, par laquelle les parties confirmaient la vente mais réduisaient de moitié le prix de la toile. Cependant, découvrant dix ans plus tard que l'acquéreur présentait ledit tableau comme un autoportrait de Monet, le vendeur agit à son tour en nullité de la vente et de la transaction pour erreur sur la substance et pour dol. La Cour d'appel le déboute cependant de sa demande aux motifs principalement qu'en confirmant la vente intervenue alors que l'attribution à Sargent était incertaine, les parties étaient convenues de ne pas faire de cette attribution une qualité substantielle du bien et qu'ayant accepté l'aléa sur l'auteur du tableau objet de la vente, le vendeur ne pouvait pas prétendre avoir contracté dans la conviction erronée que le tableau ne pouvait pas être de la main de Claude Monet, l'attribution à ce peintre, intervenue postérieurement n'étant en rien exclue. Au visa des articles 1109 et 1110 du Code civil, l'arrêt d'appel est censuré par la première Chambre civile de la Cour de cassation, qui décide « qu'en se déterminant ainsi, sans expliquer en quoi la réduction du prix n'était pas exclusive de l'attribution possible du tableau à un peintre d'une notoriété plus grande que celle de Sargent, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

Ainsi, l'aléa accepté ne chasse pas nécessairement l'erreur sur la substance. Il relève de la mission des juges du fond de déterminer précisément le champ conventionnel de l'aléa implicitement fixé par les parties au moment de la conclusion du contrat, pour éventuellement faire ressurgir les mécanismes protecteurs de l'équilibre contractuel. Ainsi que l'exprime G. Vivien¹⁸²: « si l'aléa interdit l'erreur, ce n'est que dans la mesure des réalités envisagées de la sorte par la partie ». En l'espèce, le vendeur avait accepté plusieurs attributions possibles (le tableau était peut-être de Sargent, peut-être pas), mais la réduction de prix consentie par lui au moment de la transaction laissait supposer que dans son esprit, le tableau ne pouvait être que d'un peintre à la notoriété moins importante que Sargent. Or, puisqu'il s'était avéré que le tableau semblait en réalité être de Monet, il y avait bien une inadéquation entre le champ de l'aléa accepté par le vendeur et l'incertitude entachant aujourd'hui la réalité quant à la paternité réelle de l'œuvre.

B/ Conséquences du mécanisme

Ainsi, comme le soulignait déjà F. Grua en 1983¹⁸³: « pour que l'aléa exclue l'erreur, celle-ci doit se situer dans la zone d'incertitude qui a servi de base à l'accord des parties ». S'opère donc une nouvelle fois un cantonnement de l'aléa, dans un contrat qui conserve néanmoins sa qualification de contrat aléatoire, cantonnement qui requiert une analyse subtile par les juges du fond de l'étendue du doute dans l'esprit des parties. Un tel contrôle en amont du contrat préalable à la mise en œuvre d'un mécanisme protecteur de la justice contractuelle met en exergue la singularité du contrat aléatoire dont l'équilibre ne peut être juridiquement assuré que de manière indirecte. Car en effet, ainsi que le souligne Y.-M. Laithier¹⁸⁴, l'erreur sur les qualités substantielles de l'objet étant le plus souvent à l'origine d'une erreur sur la valeur, c'est l'équilibre du contrat aléatoire qui est discrètement contrôlé.

Cette solution se trouve consacrée par l'ensemble des avant-projets de réforme du droit des

¹⁸² G. VIVIEN, « De l'erreur déterminante et substantielle », *RTD civ.* 1992, p. 305, n° 21

¹⁸³ F. GRUA, *art. précit.*, n° 28

¹⁸⁴ Y.-M. LAITHIER, *art. précit.*, à paraître

contrats, qui s'attachent à souligner que « l'acceptation d'un aléa sur une qualité de la chose exclut l'erreur relative à cette qualité »¹⁸⁵. La formule choisie souligne de manière particulièrement nette le lien étroit entre l'aléa et la volonté, le caractère circonscrit de l'aléa accepté venant simplement faire échec à l'erreur « relative à cette qualité ».

Ainsi, l'opération de réduction du champ conventionnel de l'aléa apparaît un moyen judicieux et opportun de faire ressurgir les mécanismes de justice contractuelle dans le contrat aléatoire. Judicieux d'une part car le contournement du principe d'exclusion du contrôle de l'équilibre des prestations au sein de cette catégorie singulière du droit des contrats ne s'opère que de manière indirecte: il passe d'abord par une analyse en amont de l'aléa et ne heurte pas de front le principe d'exclusion des mécanismes régulateurs de la justice contractuelle au sein des contrats aléatoires; opportun d'autre part car la solution obtenue est respectueuse de la volonté des parties qui, en cantonnant expressément ou implicitement le champ d'action de l'aléa introduit par elles dans leur convention, n'ont par hypothèse pas souhaité lui laisser toute latitude pour investir leur contrat et en particulier les priver de tout recours contre certains déséquilibres criants hors de prise avec le caractère aléatoire de leur convention.

Si l'analyse en amont, ici par circonscription de l'aléa, constitue en l'occurrence une étape intermédiaire essentielle et judicieuse à la résurgence d'un contrôle en aval de l'équilibre contractuel dans certains contrats aléatoires – à savoir les contrats accidentellement aléatoires –, elle peut aussi devenir le siège même d'un contrôle renouvelé de l'équivalence, adapté cette fois à la structure de l'ensemble des contrats relevant de la catégorie des contrats aléatoires, et exclusivement fondé sur l'analyse des chances et des risques courus par chacune des parties.

S°II: Le contrôle de l'équivalence des chances et des risques

Ainsi que le souligne G. Chantepie: « L'absence de toute lésion dans les contrats aléatoires résulte du déséquilibre entre les prestations inhérent à cette catégorie. Pourtant, le défaut d'équivalence entre les prestations réciproques n'interdit pas d'envisager d'autres formes d'équilibre. L'équilibre ressurgit alors dans l'appréciation des chances et des risques courus par les parties »¹⁸⁶. Précisément, il apparaît nécessaire de s'abstraire du schéma traditionnel de la commutativité qui envisage l'équilibre contractuel essentiellement en aval du contrat, c'est-à-dire au niveau des prestations réciproques des parties. La prise en compte de la spécificité du contrat aléatoire requiert en réalité le déplacement du contrôle de l'équivalence en amont de ce dernier (I), proposition dont la consécration future serait opportune (II).

I: Le déplacement du contrôle de l'équivalence dans les contrats aléatoires

« L'âme des contrats aléatoires réside dans l'égalité des parties devant les risques de gain, non

¹⁸⁵ Formulation commune aux avant-projets Catala (art. 1112-2 al.3) et de la Chancellerie (art. 53 al.3); formulation proche retenue par l'avant-projet Terré dont l'article 38 al.3 énonce quant à lui: « L'acceptation d'un aléa sur une qualité de la chose interdit d'invoquer l'erreur relative à cette qualité ».

¹⁸⁶ G. CHANTEPIE, *th. précit.*, n° 451, p. 298

devant l'égalité arithmétique des prestations », a-t-il pu être écrit¹⁸⁷. La philosophie même du contrat aléatoire réside dans ce constat que seule l'égalité dans les chances justifie l'inégalité dans l'échange. Avant que leur contrat ne soit abandonné tout entier aux caprices de la fortune, il convient de s'assurer que le sort des parties au contrat aléatoire ne se trouve pas biaisé; de sorte que loin d'être entièrement soustraite à toute idée d'équilibre, la convention doit au contraire respecter une forme spécifique d'équivalence, non en aval et de manière exceptionnelle, mais en amont et de façon générale. Cette idée peut en outre être décelée de la formulation même de l'article 1104 du Code civil, aux termes duquel : « Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est aléatoire ».

Cependant, s'il oriente sur la piste du déplacement du contrôle de l'équivalence dans les contrats aléatoires, cet article se révèle lacunaire quant à la méthode à adopter pour réaliser ce contrôle, plongeant ainsi la jurisprudence elle-même dans l'incertitude. Cherchant ses marques, celle-ci oscille entre deux pôles: tandis qu'elle s'attache le plus souvent à mettre en œuvre un judicieux contrôle de l'équivalence qualitative des risques et des chances (A), elle oublie parfois d'y adjoindre un contrôle pourtant nécessaire de leur équivalence quantitative (B).

A/ L'équivalence qualitative des risques et des chances

Pour apprécier l'équivalence qualitative des risques, la jurisprudence a recours à divers indices, qu'elle n'hésite pas à cumuler afin d'accroître la précision de la balance des risques et des gains pour chacune des parties. Ainsi, pour comparer les chances et risques des parties à un contrat de rente viagère et en prononcer la nullité pour défaut d'aléa, elle prend en compte non seulement l'âge parfois avancé du créancier mais aussi son état de santé au moment de la conclusion du contrat¹⁸⁸. Mais parfois, la simple mise en exergue d'un indice important suffit à emporter la nullité du contrat pour absence d'aléa. Ainsi dans le cas d'un contrat de bail à nourriture de la paralysie du bailleur, atteint depuis la veille d'une hémorragie cérébrale dont il est décédé le lendemain¹⁸⁹.

Pour autant, le seul contrôle de l'équivalence qualitative des risques et des chances des parties au contrat aléatoire apparaît parfois insuffisant pour déterminer le caractère non pas lésionnaire mais plutôt léonin¹⁹⁰ du contrat en cause. Les juges sont alors amenés à combiner leur analyse avec un contrôle de l'équivalence quantitative des risques et des chances.

B/ L'équivalence quantitative des risques et des chances

¹⁸⁷ Ph. JOUARY, « La lésion dans le Code civil de 1804. Étude sur l'influence du libéralisme économique sur le Code civil », *Droit*, 2005, n° 466 (cité par G. CHANTEPIE, *th. précit.*, n° 452, p. 299)

¹⁸⁸ Cass. civ. 1ère, 23 juin 1981, Bull. civ. I, n° 231 (qui souligne que les juges du fond ne peuvent pas retenir uniquement le grand âge du créancier pour fonder l'absence d'aléa.)

¹⁸⁹ Cass. Req., 15 juin 1933, D.H. 1933, p. 377

¹⁹⁰ Les contrats léonins, appelés ainsi en souvenir de la fable antique de la société de chasse que le roi lion avait formée avec d'autres animaux, sont ceux qui sont agencés de telle manière que tous les profits à en attendre soient pour l'un des contractants ou toutes les pertes pour l'autre. Ainsi que l'a suggéré le Doyen CARBONNIER: « on pourrait qualifier semblablement de combinaisons léonines les contrats dans lesquels les chances de gain ne sont pas égales des deux côtés ». (J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, PUF, Thémis, 22e éd., 1998, n° 993, p. 2052)

Si bien souvent les solutions prétoriennes ne précisent pas la manière dont elles opèrent leur contrôle et les éléments qu'elles s'attachent à prendre en compte, de sorte que l'évaluation des chances et des risques encourus apparaît comme le résultat d'une analyse globale, un jugement rendu le 10 novembre 1989 par le Tribunal de grande instance de Villefranche-sur-Saône souligne quant à lui avec précision les éléments du contrôle de l'équivalence, en énonçant que le contrat d'acquisition par deux personnes d'un bien en commun avec stipulation d'une clause d'accroissement n'est valable « qu'à condition que le contrat soit aléatoire, à savoir que l'acquisition ait été faite par un financement à peu près équivalent de part et d'autre, de façon à ce que chacun ait sa chance d'une façon quantitativement égale, et que chacun court sa chance de façon qualitativement égale ». En l'espèce, fut annulée l'acquisition en tontine dès lors non seulement que la différence d'âge de quinze années entre les deux coacquéreurs s'accompagnait d'une disparité dans les chances de survie de ces derniers puisque l'un des coacquéreurs présentait un pronostic vital très réservé, mais encore que le financement du bien était lui-même encore loin d'être équilibré.

Cette combinaison des critères quantitatifs et qualitatifs, peu souvent mise en évidence par la jurisprudence, apparaît à bien des égards judicieuse. D'une part en effet, le critère quantitatif de l'aléa ne doit pas être négligé pour la mise en balance des chances et des risques; il s'avère d'autant plus nécessaire que le caractère léonin pourtant frappant de l'acquisition avec clause d'accroissement en présence d'un financement unilatéral se trouve parfois regrettamment perdu de vue¹⁹¹. D'autre part, la combinaison des critères, si elle permettra le plus souvent de mieux déceler le déséquilibre éventuel des chances et des risques encourus, pourra aussi et surtout constituer parfois un outil précieux pour sauver certaines conventions d'une nullité ou d'une requalification. Tel sera le cas par exemple s'il s'avère qu'en réalité les parties à un contrat d'acquisition avec clause d'accroissement apparemment déséquilibré en raison de la différence d'âge significative existant entre les coacquéreurs, ont compensé ce défaut d'équivalence qualitative par un financement plus important de la part du coacquéreur le plus jeune, de sorte que l'équivalence globale des risques et des chances se trouve rétablie.

Ainsi, alors que le contrôle en aval de l'équilibre contractuel dépend de l'étendue explicitement ou implicitement donnée à l'aléa par les parties dans leur contrat aléatoire, le contrôle en amont de celui-ci par la mise en balance des risques et des chances courus par les parties s'avère une méthode à la fois plus large et plus judicieuse d'application de la justice contractuelle au sein des contrats aléatoires. Il convient d'observer cependant que les avant-projets de réforme du droit des contrats semblent rester assez globalement attachés à un contrôle plus en aval de l'équivalence.

II: La consécration souhaitable du déplacement du contrôle de l'équivalence

Si l'on a pu mettre en exergue la nécessité de déplacer le contrôle de l'équivalence vers l'amont et souligner les insuffisances de l'article 1104 du Code civil qui ne fait que le suggérer sans donner véritablement les clés de sa mise en œuvre, les avant-projets de réforme du droit des contrats dans leur ensemble paraissent plutôt peu soucieux de remédier pas à cette carence. Au contraire, certains indices

¹⁹¹ V. *supra* les développements de la première partie relatifs à la désagrégation de la structure de l'aléa.

laissent même à penser qu'ils resteraient assez largement attachés au contrôle en aval de l'équilibre contractuel. En effet, l'article 86 de l'avant-projet de la Chancellerie¹⁹² n'envisage la justice contractuelle que sous son mode majeur, reprenant l'analyse commutative classique du contrat et suggérant un contrôle généralisé en aval de l'équilibre contractuel. De même, mais de manière cette fois peut-être plus nuancée, l'article 1125-2 de l'avant-projet Catala¹⁹³ s'oriente vers un contrôle de la contrepartie convenue, tout en faisant cependant référence à l'aléa, dont l'absence engendre un défaut de cause. L'article 62 de l'avant-projet Terré¹⁹⁴ demeure quant à lui plus neutre, ne faisant aucune référence à la contrepartie convenue mais mettant au contraire plutôt l'accent sur le défaut d'aléa, source de nullité relative du contrat. Si l'ensemble de ces énoncés traduit le souci de protéger les contractants de l'absence d'aléa réel, il apparaît néanmoins regrettable de ne pas souligner plus clairement les outils pour le détecter.

* * *

Conclusion:

Au seuil de cette étude, nous relevions les paradoxes qui agitaient l'aléa dans ses rapports avec la sphère juridique envisagée dans sa globalité. Tantôt apprivoisé, tantôt combattu par le droit, il était possible de constater que l'aléa passait facilement de l'ombre à la lumière. Il apparaît à l'issue de cette étude que le même clair-obscur accompagne l'aléa en matière contractuelle.

L'ensemble des interrogations sur la place actuelle de l'aléa dans le droit des contrats nous a invités à examiner la notion d'aléa elle-même avant de nous pencher sur ses effets.

Voulant d'abord retracer les contours de l'aléa en matière contractuelle, notion classiquement ancrée avec solidité dans la dualité de ses éléments constitutifs comme dans l'unité de son incidence juridique sur le contrat, on a observé une tendance sous-jacente à voir cette notion juridique extraite de ses fondements et recentrée sur sa vocation qualificative. De sorte qu'il est possible de souligner qu'en droit contemporain des contrats, l'aléa semble osciller entre les caractères d'une notion conceptuelle au tempérament affirmé et ceux d'une notion fonctionnelle seulement timidement identifiable et marquée par son adaptabilité au gré des circonstances. De ce constat, il est possible de redouter tout à la fois une perte d'identité de l'aléa en tant que notion juridique et une ubiquité croissante de celui-ci dans la sphère juridique qui, poussée à son paroxysme, tendrait à entraîner de profondes perturbations au sein des classifications traditionnelles du droit des contrats. Il apparaît dès lors nécessaire de repenser l'aléa en matière contractuelle et notamment de repreciser ses contours, ce qui passe par une utile redéfinition de sa

¹⁹² Art. 86 APG: « Un contrat à titre onéreux est nul lorsque dès l'origine la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire ».

¹⁹³ Art. 1125-2 APC: « Les contrats aléatoires sont dépourvus de cause réelle lorsque, dès l'origine, l'absence d'aléa rend illusoire pour l'un des contractants la contrepartie convenue ».

¹⁹⁴ Art. 62 APT: « Lorsque, dans un contrat aléatoire, l'aléa fait défaut lors de la conclusion du contrat, le contrat est nul de nullité relative ».

source, à savoir le contrat aléatoire. On a vu que les multiples avant-projets de réforme du droit des contrats s'attellent à cette tâche de façon globalement convaincante.

L'on a ensuite observé que le dévoiement à l'œuvre de la notion même d'aléa trouve un certain pendant du côté de ses effets. Dès lors, des contours de la notion d'aléa, il a paru nécessaire de se pencher également sur les multiples contournements des effets de l'aléa en droit contemporain des contrats. On a pu observer que le contournement pouvait d'abord être direct et heurter alors de front les principes mêmes qui gouvernent les contrats aléatoires, à savoir précisément l'exclusion des mécanismes régulateurs de la justice contractuelle. Mais ce contournement peut aussi être plus indirect, et se manifester par une analyse préalable en amont du contrat permettant une réduction de son champ conventionnel et grâce à elle une résurgence du contrôle de l'équilibre des prestations. Participe en outre de ce mouvement de contournement indirect la tendance remarquée au déplacement du contrôle de l'équilibre contractuel vers l'amont du contrat, à travers la mise en œuvre d'un contrôle de l'équivalence des risques et des chances de chacune des parties au contrat aléatoire. Il apparaît cependant regrettable que cette esquisse de justice contractuelle, pourtant adaptée aux spécificités du contrat aléatoire, ne trouve pas d'écho suffisant au sein de la jurisprudence comme des avant-projets de réforme du droit des contrats.

S'il a pu récemment être conclu à l'existence d'une véritable et étonnante crise de l'aléa dans le monde du droit¹⁹⁵, il semble tout aussi curieusement possible de faire aujourd'hui remarquer qu'en matière contractuelle cette fois, on semble aboutir à ce frappant paradoxe que l'incertitude paraît aussi affecter l'aléa...

¹⁹⁵ A. BENABENT, *Rapport de synthèse au Colloque sur l'aléa organisé par l'Association H. Capitant*, à paraître

- Table des matières -

L'aléa dans le droit des contrats

Partie I: Les contours de la notion d'aléa en droit des contrats

Titre I: L'identification de la notion conceptuelle d'aléa

S°I: Les éléments constitutifs de la notion juridique d'aléa

I: L'élément matériel de l'aléa: l'incertitude affectant un événement

A/ L'aléa lors de la formation du contrat

1. La présentation de la conception objective de l'aléa
2. La prédominance de la conception subjective de l'aléa

B/ L'aléa en cours de contrat

1. La disparition fortuite du support de l'aléa
2. La disparition volontaire du hasard dans la réalisation de l'événement

II: L'élément structurel de l'aléa: la chance de gain et le risque de perte

A/ Les caractères de l'aléa

1. Le caractère bilatéral de la chance et du risque
2. Le caractère réciproque de la chance et du risque

B/ L'échelle d'appréciation de l'aléa

S° II: L'incidence de la notion juridique d'aléa sur le contrat

I: L'incidence juridique de l'aléa dans les contrats essentiellement aléatoires

A/ L'incidence de l'élément matériel sur l'objet de l'obligation essentiellement

B/ L'incidence de l'élément structurel sur l'intérêt du contrat

II: L'incidence économique de l'aléa sur les contrats accidentellement aléatoires

A/ La nature de l'aléa dans les contrats commutatifs

B/ La dénaturaion du contrat commutatif par l'aléa

Titre II: L'émergence d'une notion fonctionnelle d'aléa

S°I: Le dévoiement croissant de la notion juridique d'aléa

I: L'adaptabilité de l'aléa

A/ La régression de l'intensité de l'aléa

B/ La désagrégation de la structure de l'aléa

II: L'ubiquité de l'aléa

A/ L'aléa dans les contrats à titre gratuit

B/ L'aléa dans les contrats à titre onéreux

S°II: La redéfinition nécessaire de la catégorie des contrats aléatoires

I: La proposition de définition positive des contrats aléatoires

A/ Analyse de l'article 9 de l'avant-projet Terré

B/ Critique du choix d'une définition positive du contrat aléatoire

II: Les propositions de définition négative du contrat aléatoire

A/ Analyse de l'article 8 de l'avant-projet Chancellerie

B/ Analyse de l'article 1102-3 de l'avant-projet Catala

Partie II: Le contournement des effets de l'aléa sur le contrat

Titre I: Le contournement direct: le contrôle en aval de l'équilibre contractuel

S°I: Le principe de l'exclusion des mécanismes de contrôle du déséquilibre contractuel dans les contrats aléatoires

- I: L'exclusion des mécanismes de correction du déséquilibre contractuel
 - A/ L'aléa chasse la garantie des vices cachés
 - B/ L'aléa chasse la garantie d'éviction
- II: L'exclusion des mécanismes de sanction du déséquilibre contractuel
 - A/ L'aléa chasse la lésion
 - B/ L'aléa chasse l'erreur

S°II: La résurgence d'un contrôle jurisprudentiel contestable de l'équilibre des prestations dans les contrats aléatoires

- I: Les raisons invoquées au soutien de la renaissance de la lésion dans les contrats aléatoires
 - A/ La remise en cause des justifications classiques de l'exclusion de la lésion
 - B/ L'utilité de la rescision pour lésion dans les contrats aléatoires
- II: Les circonvolutions jurisprudentielles relatives au contrôle de la lésion
 - A/ La jurisprudence antérieure à 1938: la tendance à l'admission généralisée de la rescision
 - B/ La jurisprudence postérieure à 1938: le cantonnement relatif de la rescision

Titre II: Le contournement indirect: le contrôle en amont de l'équilibre contractuel

S°I: La réduction du champ conventionnel de l'aléa

- I: La réduction explicite du champ conventionnel de l'aléa
 - A/ Exposé du mécanisme
 - B/ Conséquences du mécanisme
- II: La réduction implicite du champ conventionnel de l'aléa
 - A/ Exposé du mécanisme
 - B/ Conséquences du mécanisme

S°II: Le contrôle de l'équivalence des chances et des risques

- I: Le déplacement du contrôle de l'équivalence dans les contrats aléatoires
 - A/ L'équivalence qualitative des risques et des chances
 - B/ L'équivalence quantitative des risques et des chances
- II: La consécration souhaitable du déplacement du contrôle de l'équivalence

- Bibliographie -

I: Ouvrages généraux, traités, cours et manuels

- BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XII, *Des obligations*, 3ème éd., t. I, Librairie de la société du recueil J.-B. Sirey et du journal du palais, 1906
- A. BENABENT, *Les obligations*, 10ème éd., Montchrestien, 2005
- A. BENABENT, *Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 7ème éd., Montchrestien, 2006
- A. BENABENT et M.-A. RAKOTOVAHINY, *Juriscl. Civi.*, art. 1964
- L. BOYER, *Rép. Civi.*, V° Transaction
- J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, PUF, Thémis, 22e éd., 1998
- F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 8ème éd., Précis Dalloz, 2007
- G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 4ème éd., Quadriga, PUF, 2003
- DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, *Traité des obligations conventionnelles en général*, vol. I, 2ème éd., A.Durand, L.Hachette, 1870
- M. FABRE- MAGNAN, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Thémis droit, 2008
- J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, les obligations*, t. I, *L'acte juridique*, Sirey, 12e éd., 2006
- E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Dalloz, rééd. 2004
- J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ, 3e éd., 2001
- T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, 1894
- J. KULLMANN, *Lamy assurances*, 2006
- Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, 12ème éd., Précis Dalloz, 2005
- C. LARROUMET, *Droit civil*, t. III, *Les obligations, le contrat*, Economica, 6e éd., 2007
- Ph. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 3ème éd., Defrénois, 2007
- Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 3e éd., 2007
- Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations*, Litec, 10e éd., 2007
- H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil, Les obligations*, par F. CHABAS, t. II, 1er vol., Montchrestien, 9e éd., 1998
- PICARD et BESSON, *Les assurances terrestres*, t. I, LGDJ, 1982, n° 23, p. 36
- PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t.XI, « Contrats civils », 2ème part. par Rouast, Savatier, Lepargneur et Besson, 2ème éd., LGDJ, 1956
- J. ROCHFELD, « Cause », *art. Rép. Civi.*
- MM. STARCK, ROLAND et BOYER, *Obligations – 2 – contrat*, 5ème éd., Litec, 1995
- F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 10e éd., Précis Dalloz, 2009
- F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 12e éd., Dalloz, 2008

II: Ouvrages spéciaux, thèses, monographies

- A. BENABENT, *La chance et le droit*, th. Paris, 1973
- L. BOYER, *La notion de transaction, contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, th. Toulouse, 1947
- H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, 3ème éd., Dalloz, Paris, 1927
- J.-F. CESARO, *Le doute en droit privé*, th. Paris II, 2003
- G. CHANTEPIE, *La lésion*, th. Paris I, 2006
- F. CHENEDE, *Les commutations en droit privé, contribution à la théorie générale des obligations*, th. Paris II, 2008
- L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, th. Orléans, 2002
- J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, L.G.D.J., 2006, n° 472
- R. KAHN, *La notion de l'aléa dans les contrats*, th. Paris, 1924
- S. LEQUETTE-DE KERVENOAEL, *L'authenticité des oeuvres d'art*, th. Paris I, 2006
- A. MORIN, *Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, th. Clermont-Ferrand, 1998
- J.-L. MOURALIS, *La notion d'aléa et les actes juridiques aléatoires*, th. Grenoble, 1968
- S. PIMONT, *L'économie du contrat*, th. Aix-Marseille, 2004
- J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, th. Paris I, 1997
- F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, th. Paris, 1955
- M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, PUF, 1992

III: Articles, chroniques et rapports

- J.-L. AUBERT, « L'aléa et l'assurance-vie », *Mélanges Groutel*, p. 20
- Ph. BAILLOT, « Les aléas de l'aléa en assurance-vie », Colloque de l'Association Henri Capitant, *à paraître*
- F.-P. BÉNOIT, « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique: les leçons de la *Philosophie du droit* de Hegel », *Mélanges Peiser*, 1995, p. 23
- S. BERTOLASO, « L'aléa en droit des assurances: état des lieux et perspectives », *RGDA*, 2009, p.431
- Ph. CASSON, « Suicide et assurance-vie », Colloque de l'Association Henri Capitant, *à paraître*
- P. CATALA, « Interprétation et qualification dans l'avant-projet de réforme des obligations », *Mélanges Viney*, 2008
- J. DEPREZ, « La lésion dans les contrats aléatoires », *RTD civ.*, 1955, p. 1
- J. GHESTIN, « La Cour de cassation s'est prononcée contre la requalification des contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisation », *JCP éd. G* 2005.I.111
- J. GHESTIN, « L'authenticité, l'erreur et le doute », *Mélanges P. Catala*, 2001, p. 459
- M. GRIMALDI, « Réflexions sur l'assurance vie et le droit patrimonial de la famille », *Defrénois* 1994, art. 35841, p. 737
- F. GRUA, « Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs », *RTD civ.* 1983, p. 282
- V. HEUZE, « Un monstre et son régime: le contrat commutatif d'assurance-vie », *Mélanges Bigot, à paraître*

- Ph. JESTAZ, « L'obligation et la sanction: à la recherche de l'obligation fondamentale », *Mélanges P. Raynaud*, p. 282
- G. KLEIN, « Aléa et équilibre contractuel dans la formation du contrat de vente d'immeuble en viager », *RTD civ.*, 1979, p. 13
- J. KULLMANN, « Contrats d'assurance sur la vie: la chance de gain ou de perte », *D.* 1996, chr. p. 207
- Y.-M. LAITHIER, « Aléa et théorie générale du contrat », Colloque de l'Association H. Capitant, à paraître
- F. LEDUC, Ph. PIERRE, « « Assurance-placement » : une qualification déplacée. - (A propos des arrêts de chambre mixte du 23 novembre 2004) », *RC et assur.* 2005, étude n° 3.
- V. LASSERRE-KIESOW, « L'aléa », *JCP éd. G*, 2009.I.50
- H. MEAU-LAUTOUR, « Aléa, lésion et vileté du prix », *JCP. éd. N.*, 1990, p. 301
- Gh. DE MONTEYNARD, « La recherche d'un équilibre contractuel au travers de la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation », *Rapport de la Cour de Cassation 2000. La protection de la personne*, La documentation française, 2001, p. 237
- Ph. PIERRE, « Aléa et qualification du contrat d'assurance sur la vie », Colloque de l'Association Henri Capitant, à paraître
- G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP éd. G*, 1950.I.851
- G. VIVIEN, « De l'erreur déterminante et substantielle », *RTD civ.* 1992, p. 305

IV: Notes, observations, rapports et conclusions jurisprudentielles

J.-L. AUBERT

- note sous Cass. Civ. 1ère, 18 nov. 1975, *Defr.* 1976, art. 31198, p. 1074, n° 26
- note sous Cass. Civ. 1ère, 24 mars 1987, *D.* 1987, p. 489
- obs. sous Ch. mixte, 23 novembre 2004, *Def.* 2005, p. 607

J. AUTESSERRE

- note sous Cass. com., 10 janv. 1960, *S.* 1961, p. 42

B. BEIGNIER

- note sous Ch. mixte, 23 novembre 2004, *D.* 2005, p. 1905

A. BENABENT

- obs. sous Cass. civ. 3ème, 6 nov. 1969, *JCP* 1970, II, 16502
- obs. sous Ch. mixte, 23 novembre 2004, *RDC* 2005, p. 297
- note sous Cass. Civ. 1ère, 14 déc. 2004, *RDC* 2005, p. 693
- note sous Cass. Civ. 1ère, 10 mai 2007, *RDC* 2007, p. 1165

J. CARBONNIER

- obs. sous Cass. Req., 6 mai 1946, *RTD. civ.* 1946, p. 324
- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 16 juill. 1956, *RTD civ.* 1957, p. 142

Y. DAGORNE-LABBE

- note sous Cass. civ. 3ème, 4 juill. 2007, *Def.* 2007, p. 1535

I. DAURIAC

- note sous Cass. Ass. Plén., 4 avril 2008, *RDC* 2008

M. GRIMALDI.

- obs. sous Ch. mixte, 23 novembre 2004, *RTD civ.* 2005, p. 434

H. GROUDEL

- obs. sous Cass. Civ. 2ème, 14 juin 2006, *Resp. civ. et assur.*, 2006, comm. 355

J. KULLMANN

- note sous Cass. Civ. 1ère, 20 juin 2000, *Bull. civ. I*, n° 189, *RGDA* 2000, p. 1049

- note sous Cass. civ. 1ère, 4 nov. 2003, *Bull. civ. I*, n° 220, *RGDA* 2004, p. 337

- obs. sous Cass. Civ. 2ème, 14 juin 2006, *JCP éd. G*, 2007.I.148, n° 22

Y-M. LAITHIER

- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 28 mars 2008, *RDC* 2008, p. 727

J. CH. LAURENT

- note sous Cass. Civ., 17 nov. 1930, *D.* 1932, I, 161

R. LE GUIDEC

- obs. sous Ch. mixte, 23 novembre 2004, *JCP* 2005, I, 187, n° 13

L. LEVENEUR

- note sous Cass. civ. 3ème, 4 juill. 2007, *CCC* 2007, n° 293

R. LIBCHABER

- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 14 déc. 2004, *Def.* 2005, p. 617

- note sous Cass. Civ. 1ère, 6 déc. 2007, *Def.* 2008, p. 693

D. R. MARTIN

- note sous TGI Villefranche-sur-Saône, 10 nov. 1989, *D.* 1991, p. 7

G. MARTY

- note sous Cass. Req., 22 nov 1937, *RTD civ.* 1938, p. 265

- obs. sous Cass Req. 27 déc 1938, *RTD civ* 1939, p. 489

- obs. sous Cass. Civ., 21 fév. 1939, *RTD civ.* 1939, p. 489

Y. MAYAUX

- note sous Ch. mixte, 23 novembre 2004, *RGDA* 2005, p. 110

J. MAZEAUD

- note sous Cass. Civ. 1ère, 8 oct. 1968, *D.* 1969, p. 157

J. MESTRE

- obs. sous Cass. Civ. 1ère, 24 mars 1987, *RTD civ.* 1987, p. 743

- obs sous Cass. Civ. 1ère, 31 mars 1987, *RTD civ.* 1987, p. 743

A. MORIN

- note sous CA Paris, 21 sept. 2005, *JCP* 2006, II, 10115

M. NICOD

- note sous Cass. Civ. 1ère, 14 déc. 2004, *D.* 2005, p. 2122

R. SAVATIER

- note sous Cass. Req., 22 nov 1937, *D.P.* 1939, I, p. 81, 1ère espèce

- note sous Cass Req. 27 déc 1938, *D.P.* 1939, I, p. 81, 3ème espèce

E. SAVAUX

- note sous Cass. civ. 3ème, 4 juill. 2007, *Def.* 2007, p. 1737

Y.-M. SERINET

- note sous Cass. Civ. 1ère, 28 mars 2008, *JCP* 2008, II, 10101

E. TREPPOZ

- note sous Cass. Civ. 1ère, 28 mars 2008, *D.* 2008, p. 1866

M. VASSEUR

- obs. sous Cass. Com., 4 octobre 1977, *D.* 1978.IR.168

G. VERMELLE

- obs. sous Cass. Civ. 3ème, 26 mai 1992, *Defr.* 1992, p. 1544

M.-F. VIEVILLE-MIRAVETTE

- note sous Cass. Civ. 1ère, 24 mars 1987 *JCP éd. G* 1989.I. 21300

P. VOIRIN

- note sous Cass. Civ. 1ère, 3 février 1959, *D.* 1960, p. 592