

LES CONTRATS ALÉATOIRES

Livre III - Titre XII

I. — INTRODUCTION

1. — Le bicentenaire du Code civil fournit naturellement l'occasion de vérifier si ce monument historique voué, d'après ses auteurs, à l'éternité, a bien résisté à l'épreuve du temps. A propos des contrats aléatoires, la réponse ne peut être que mitigée.

Les auteurs du Code civil ne pouvaient en effet se douter que la découverte des lois du hasard, révélées déjà par Pascal, Fermat et Huygens au XVII^e siècle et développées ensuite par Bernouilli, allaient fournir les bases d'une nouvelle science, celle des probabilités, et ainsi permettre l'éclosion d'une activité économique nouvelle fondée sur la mutualisation des risques. Sans qu'on puisse leur en faire le reproche, les codificateurs n'ont pas anticipé l'avènement de la société assurantielle. Il faut se rappeler qu'au moment où le titre XII du Code civil est rédigé, les assurances sur la vie et les assurances de responsabilité sont encore réputées contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

Plus généralement, la science des probabilités permet d'examiner les contrats aléatoires sous un jour nouveau. Si le hasard répond à des lois, il est possible d'attribuer une valeur économique à la chance de gain ou de perte qui se situe au centre de ces contrats. Le contrat aléatoire n'est donc plus ce saut dans l'inconnu, qui a influencé la rédaction de plusieurs articles du Code. C'est d'ailleurs cette familiarisation progressive avec les règles du hasard qui a permis le développement remarquable de l'assurance (1).

II. — LES CONTRATS ALÉATOIRES DANS LE CODE CIVIL

2. — Les travaux préparatoires du Code civil vantent largement les mérites des contrats aléatoires, « produits d'une civilisation bien avancée » (2). Comme l'indique Portalis, « Enoncer le principe des contrats aléatoires, c'est avoir suffisamment justifié la légitimité de ces contrats. Quoi de plus légitime que de mettre en commun nos craintes, nos espérances et toutes nos affections, pour ne pas abandonner entièrement au hasard ce qui peut être réglé par le conseil, et pour nous aider mutuellement par des pactes secourables à courir avec moins de danger les diverses chances de la vie? » (3).

Les éloges du rapporteur de la section de législation s'adressent principalement au contrat d'assurance et au prêt à la grosse aventure. Les mêmes vertus ne sont pas reconnues à tous les contrats aléatoires. Bien au contraire, l'article 1964 du Code civil semble les classer dans l'ordre de leur utilité économique et sociale (4). D'abord le contrat d'assurance et le prêt à la grosse aventure, ensuite le jeu, le pari et la rente viagère.

(1) O. Benabent, *La chance et le droit*, Paris, L.G.D.J., 1973, p. 139, n° 179.

(2) Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. 7, Bruxelles, Librairie de jurisprudence, H. Tarlier, 1836, exposé des motifs, p. 341, n° 2.

(3) Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. 7, Bruxelles, Librairie de jurisprudence, H. Tarlier, 1836, rapport fait au Tribunat par M. Siméon, p. 349, n° 1.

(4) L'énumération n'est d'ailleurs pas exhaustive. Il existe bien d'autres contrats aléatoires, comme la tontine et le bail à nourriture, qui ne sont pas cités par l'article 1964. Comme l'observe De Page, tout contrat en vertu duquel l'une des parties s'oblige à des prestations qui ne seront rémunérées qu'en cas de réussite de l'affaire peut être considéré comme aléatoire. H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2^e éd. (mise à jour par R. Dekkers), Bruxelles, Bruylant, 1975, n° 294.

Curieusement, le Code civil ne s'attarde qu'aux deux derniers. Il se désintéresse immédiatement des contrats d'assurance et du prêt à la grosse aventure, contrats réputés commerciaux, pour les renvoyer aux lois maritimes. Il est vrai qu'à cette époque, les assurances terrestres n'en sont qu'à leurs balbutiements. De plus, au même moment, l'assurance de la responsabilité civile et l'assurance vie sont réputées illicites. « On a proscrit avec raison les assurances sur la vie des hommes parce que de pareils actes sont vicieux en eux-mêmes, et n'offrent aucun objet réel d'utilité qui puisse compenser les vices et les abus dont ils sont susceptibles (5).

Assez curieusement, les auteurs du Code civil ne proscrivent pas avec la même vigueur la rente viagère alors qu'elle s'expose pourtant aux mêmes critiques. Cet étrange contrat n'est certes pas regardé avec faveur (6), mais les commentateurs lui découvrent néanmoins, dans certaines circonstances, une utilité économique et sociale qui la rend digne d'intérêt : « on n'aperçoit plus rien de répréhensible dans la rente viagère, si elle n'est qu'un moyen de subsistance pour un homme isolé qui n'a point d'héritiers, ou pour une personne âgée et infirme qui a besoin de recourir à cet expédient de finances pour vivre. Ici, comme ailleurs, il faut savoir distinguer la chose de l'abus que l'on peut en faire » (7).

L'assurance sur la vie aurait sans doute pu bénéficier de la même mansuétude. Mais son heure n'était pas encore arrivée.

La condamnation des jeux et paris est, quant à elle, ferme et sans détour. Même si le Code civil en consacre l'existence, les auteurs du Code civil ne cachent pas leur réprobation : « Comment tolérer dans une société bien ordonnée que les citoyens mettent leur fortune au hasard d'un coup de dé; qu'une épouse, des enfants voient s'évanouir en une heure toutes les ressources et leurs espérances, avec le patrimoine d'un mari ou d'un père dissipateur? » (8).

Et sous la plume de Portalis : « Quelle faveur peuvent obtenir auprès des lois les obligations et les promesses que le jeu produit, que la raison condamne et que l'équité désavoue? Ignore-t-on que le jeu favorise l'oisiveté, en séparant l'idée du gain de celle du travail et qu'il dispose les âmes à la dureté, à l'égoïsme le plus atroce? Ignore-t-on les révolutions subites qu'il produit dans le patrimoine des familles particulières, au détriment des mœurs publiques et de la société générale? » (9).

La complaisance dont bénéficient actuellement les jeux et paris ferait sans doute blêmir les vertueux auteurs du Code civil.

III. — DÉFINITION ET CARACTÉRISTIQUES DES CONTRATS ALÉATOIRES

3. — A bien y réfléchir, tout contrat, quelle que soit sa nature, est soumis dès sa conclusion à de multiples incertitudes. Des événements variés peuvent venir affecter son exécution, qu'il s'agisse du fait même de l'un des cocontractants, ou d'un fait sur lequel ceux-ci n'ont aucune prise. Sous cet angle, le contrat apparaît déjà, en lui-même, comme un instrument permettant de discipliner l'avenir et de prévenir les risques qui s'attachent à son exécution.

(5) Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle*, op. cit., exposé des motifs, p. 344, n° 11.

(6) Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle*, op. cit., rapport fait au Tribunat par M. Siméon, p. 351, n° 17.

(7) Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle*, op. cit., exposé des motifs, p. 344, n° 11; voy. égalem., le discours prononcé par M. Duveyrier, p. 355, n° 6.

(8) Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle*, op. cit., rapport fait au Tribunat par M. Siméon, p. 349, n° 4.

(9) Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle*, op. cit., exposé des motifs, p. 343.

Quelle est alors la spécificité du contrat aléatoire? Celle-ci résulte à notre avis de ce que la chance de gain ou le risque de perte sont placés, dans ce cas, au centre de l'échange économique qui forme la base du contrat.

Sans doute, cette particularité n'apparaît-elle qu'imparfaitement dans les deux articles que le Code civil consacre à la définition du contrat aléatoire. Après avoir défini le contrat commutatif, comme « celui où 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 que l'on fait pour elle », l'article 1104, précise que le contrat est aléatoire « lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain ».

L'article 1964 propose, quant à lui, une définition quelque peu différente. Le contrat aléatoire y est présenté comme 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.

A la différence de l'article 1104, l'article 1964 laisse entendre que la chance de gain ou de perte pourrait bien n'affecter qu'une seule des parties et non les deux. Cette discordance est d'autant plus curieuse que le texte initial sur lequel s'était prononcé la section de législation du Tribunal ne comportait aucune référence aux parties contractantes (10).

Certains attribuent cette différence à une inadvertance, d'autres estiment qu'elle est de toute façon sans conséquence car la chance de gain est nécessairement corrélative à un risque de perte (11). Les travaux préparatoires révèlent qu'il s'agit en réalité d'un malentendu. On y lit en effet à propos de l'article 1964, qu'il existe « des contrats aléatoires dans lesquels une seule des parties contractantes s'expose à un risque au profit de l'autre, moyennant une somme que celle-ci donne pour prix de ce risque. Par exemple, le contrat de rente viagère n'offre d'incertain que les arrérages de la rente qui produiront beaucoup ou se réduiront à rien, selon que la vie du débiteur sera très longue ou très courte, mais le prix que le débiteur a reçu est une chose qui n'a rien ni d'incertain ni de variable » (12).

Par là, les auteurs du Code civil ont seulement entendu souligner que le contrat aléatoire pouvait faire naître un engagement définitif et parfaitement déterminé dans son étendue dans le chef de l'une des parties. Ceci n'altère toutefois en rien la nature du contrat aléatoire ni le fait que l'aléa affecte bien les deux parties.

A la réflexion, l'observation vaut aussi pour le contrat d'assurance. Le fait que le preneur s'engage fermement à payer une prime déterminée n'empêche nullement que les chances de gain et de perte soient également courues par les deux parties. Les comptes seront faits au dénouement du contrat. Si un sinistre survient pendant la période de couverture, l'assuré fera la bonne affaire puisqu'il aura généralement payé une prime inférieure au montant du sinistre. Si rien ne se passe, l'assureur conserve la prime qui aura été payée en pure perte. Cette prime apparaît alors comme le montant que l'assuré a accepté de verser pour le prix de sa sécurité.

On conclura par conséquent que c'est l'existence d'un enjeu dépendant de la réalisation d'un événement incertain et placé volontairement par les parties au centre de l'échange qui fait la spécificité du contrat aléatoire. Celui-ci procède toujours d'un échange de chances de gain et de risques de pertes pour les deux parties. Sa vertu principale est en effet « d'insinuer dans l'économie d'une opération une chance de gain ou de perte pour les intéressés » (13). La définition proposée par l'article 1104 doit donc être préférée à celle prévue par l'article 1964.

(10) Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle*, op. cit., texte des observations de la section de législation du Tribunal, p. 337.

(11) H. De Page, op. cit., t. V (2^e éd.), n^o 291.

(12) Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle*, op. cit., texte des observations de la section de législation du Tribunal, p. 337.

(13) D. Martin, note sous Trib. gde. inst. Villefranche-sur-Saône, 10 nov. 1989, *Dall.*, jur., 1990, p. 9.

4. — Sauf l'hypothèse rare d'un équilibre final des prestations, le dénouement d'un contrat aléatoire s'exprime en principe par une distorsion des valeurs fournies ou assumées au titre de la convention : « l'excédent de l'une sur l'autre représente alors la mesure commune du gain et de la perte respectivement éprouvés par chacune des parties à l'opération » (14).

On ne peut donc suivre De Page lorsqu'il fonde le contrat aléatoire sur la notion ambiguë « d'équivalence casuelle des prestations » (15). Pour l'éminent auteur, le contrat ne deviendrait, en quelque sorte, « commutatif » que si tel événement incertain se réalise. Nous verrons que l'idée d'équivalence peut avoir son importance dans le régime juridique des contrats aléatoires, mais qu'il s'agit alors d'une équivalence entre les chances de gain et les risques de perte encourus par les deux parties à la conclusion du contrat, non d'une équivalence entre les prestations effectuées de part et d'autre lors de son dénouement.

5. — Ainsi défini, le contrat aléatoire se distingue des contrats sous condition. La condition est, elle aussi, un événement incertain qui affecte l'existence ou l'exigibilité d'une obligation, mais il s'agit toujours d'une modalité extérieure à l'obligation ou au contrat lui-même. Dans les contrats aléatoires, l'événement incertain détermine le contrat de l'intérieur (16).

On ajoutera que l'événement incertain est impuissant à caractériser le contrat aléatoire, s'il ne se traduit par une chance de gain ou un risque de perte que les parties acceptent de considérer définitivement comme la contrepartie de leurs engagements respectifs.

La force obligatoire qui s'attache au contrat aléatoire empêche dès lors l'une d'entre elles de demander la résiliation ou la révision du contrat sur la seule constatation que le sort a tourné en sa défaveur (17). L'article 1979 du Code civil le rappelle à propos de la rente viagère : le débirentier doit continuer le service de la rente jusqu'à la mort du créancier, « quelle que soit la durée de vie de la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée et quelque onéreux qu'ait pu devenir le service de cette rente ».

6. — Même si tous les contrats aléatoires reposent sur des fondements identiques, on notera que l'événement incertain n'y joue pas toujours exactement le même rôle. De la réalisation de l'événement incertain peut dépendre tantôt l'exécution de la prestation de l'une des parties (c'est le cas de l'assurance), tantôt uniquement la quotité d'une prestation (c'est le cas de la rente viagère) (18).

Dans la rente viagère, l'aléa résulte de la durée pendant laquelle le débirentier sera tenu au paiement des arrérages (19). Les deux prestations sont dues en tout état de cause. Seule la quotité de l'une des prestations demeure incertaine puisqu'elle dépend de la durée de vie de la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée. D'ailleurs, comme l'observe De Page, la rente viagère à titre onéreux ne constitue pas un acte juridique propre (20). Elle ne fait que revêtir un autre contrat d'un caractère particulier. C'est ce contrat de base qui donne à la rente sa justification économique. Sous cet aspect, la rente se distingue clairement du jeu et du pari qui n'ont d'autre fondement que le hasard.

Au regard des autres contrats aléatoires, la spécificité du contrat d'assurance résulte de ce qu'il opère le transfert d'un risque redouté par l'assuré à une entreprise spécialement organisée pour le prendre en charge (21). La prime d'assurance apparaît alors essentiellement comme le prix

(14) D. Martin, *ibid.*

(15) H. De Page, op. cit., t. V, n^o 290.

(16) Voy., H. De Page, op. cit., t. V, n^{os} 290 et 291; A. Benabent, op. cit., n^o 54.

(17) Voy., Liège, 1^{er} juin 1995, *Rev. rég. dr.*, 1996, p. 60.

(18) H. De Page, op. cit., t. V (2^e partie), n^{os} 290 et 291.

(19) Voy., J. Herbots, D. Clarysse, J. Werckx, « Overzicht van rechtspraak (1977-1982) - Bijzondere contracten », *T.P.R.*, 1985, I, 918.

(20) H. De Page, op. cit., t. V, n^o 336.

(21) En ce sens, Cass., 18 juin 1992, *R.D.C.B.*, 1993, p. 155, note J.-L. Fagnart; *R.W.*, 1992-1993, 641; *R.G.A.R.*, 1993, n^o 12187 et la note critique

de ce transfert. Du point de vue de l'assureur, les chances de gain et de pertes se compensent au sein de la mutualité constituée par l'ensemble des risques couverts, dont certains se réaliseront et d'autres pas. C'est sans doute l'assurance qui a tiré le meilleur parti des sciences des probabilités car c'est grâce à elles que l'entreprise qui consiste à souscrire des contrats aléatoires n'est pas une entreprise totalement aléatoire. Certes, l'aléa subsiste, mais il résulte alors d'un écart toujours possible entre les prévisions et la réalité.

L'assurance se distingue d'un simple pari, parce que l'assuré doit avoir un intérêt à ce que le risque ne se réalise pas (loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, art. 37 pour les assurances à caractère indemnitaire et art. 48 pour les assurances à caractère forfaitaire) (22). C'est en se distinguant progressivement du jeu et du pari, qui ne sont que pure spéculation, que les assurances ont pu justifier de leur importance et prendre leur envol pour devenir un soutien indispensable de la vie économique et sociale.

La tontine, qui n'est pas citée par le Code civil, trouve, quant à elle, sa spécificité dans le fait que la valeur de l'enjeu est, pour chaque intéressé, exactement déterminée dès la souscription alors qu'elle ne se mesure dans les autres contrats qu'à leur dénouement (23). L'opération se résout lors du décès de l'un des cocontractants en une appropriation exclusive du bien avec effet rétroactif, au profit du survivant. « Le gain et la perte sont dans ce cas de la part d'intérêt personnel du prémourant dans le bien acquis, avant qu'il ne soit évincé » (24).

Le prêt à la grosse aventure, dont le nom fleurit bon le large mais qui a disparu de la pratique, se présente, quant à lui, sous la forme d'un contrat d'assurance inversé. Pour parer aux risques de la navigation, l'affréteur emprunte au prêteur une somme déterminée et celui-ci accepte l'aléa de ne pas être remboursé si le navire vient à périr par fortune de mer au cours du voyage, en échange d'un gros intérêt en cas d'arrivée à bon port (25).

IV. — RÉGIME JURIDIQUE DU CONTRAT ALÉATOIRE

7. — Le Code civil consacre certes un titre particulier aux contrats aléatoires mais il ne décrit pas le régime juridique qui leur serait commun. Renvoyant le contrat d'assurance et le prêt à la grosse aventure aux lois maritimes, il se contente de consacrer quelques règles particulières aux jeux et paris ainsi qu'à la rente viagère. Est-il permis de déduire de ces dispositions des règles générales qui seraient propres aux contrats aléatoires et qui, du même coup, rendraient tout son intérêt à cette classification?

Certains s'y sont employés (26). Partant de l'idée que les parties à un contrat aléatoire acceptent consciemment de courir une chance de gain ou un risque de perte, on a prétendu que la rescision pour lésion, dans les cas exceptionnels où elle est admise en droit commun, ne serait pas recevable dans un tel contrat. *L'aléa chasse la lésion*.

M. Fontaine. Selon cet arrêt, la notion d'assureur implique la prise en charge et la compensation d'un ensemble de risques et ce terme ne peut, dès lors, viser qu'une personne qui fait profession de conclure des contrats d'assurance. Tout contrat aléatoire n'est donc pas nécessairement un contrat d'assurance.

(22) Sur l'intérêt d'assurance, voy., M. Fontaine, *Droit des assurances*, Précis de la Faculté de droit de l'U.C.L., 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 1996, n^{os} 127 et s.

(23) J.-F. Romain, « Observations au sujet de la convention de tontine : de l'aléa au pacte sur succession future », *Mélanges offerts à P. Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 222-225.

(24) D. Martin, note précitée, *Dall.*, jur., 1990, p. 9.

(25) Sur le prêt à la grosse aventure, voy., A. Benabent, *op. cit.*, n^o 53; M. Fontaine, *Droit des assurances*, Précis de la Faculté de droit de l'U.C.L., 2^e éd., Bruxelles, Larcier, p. 9, n^o 4.

(26) Voy. notam., les propos très nuancés de H. De Page, *op. cit.*, t. V, n^o 294.

Le contrat aléatoire exclurait aussi la résolution car l'effet rétroactif qui s'attache à celle-ci priverait l'une des parties du bénéfice de la chance déjà courue. *L'aléa chasse la résolution*.

A ces deux règles dont il importe de vérifier la pertinence, on en ajoutera volontiers une troisième. Si l'aléa est un élément essentiel de ce type de contrats, son inexistence lors de la formation ou sa disparition en cours d'exécution entraînera selon le cas, la nullité ou la caducité du contrat.

1. — L'aléa chasse la lésion

8. — Pour justifier l'article 1976 du Code civil qui prévoit que la rente viagère peut être constituée au taux qu'il plaît aux parties contractantes de fixer, Portalis indique « qu'il ne peut y avoir de mesure absolue pour régler les choses incertaines. C'est pourquoi, poursuit-il, l'action rescisoire a toujours été refusée dans les contrats aléatoires » (27).

Duveyrier confirme ce point de vue. « Le moment qui doit déterminer la perte ou le profit de cette convention parfaitement aléatoire, étant un mystère impénétrable, et les éléments qui la composent n'étant ainsi que le produit arbitraire des plus capricieuses présomptions, il est impossible d'appliquer à la formation même du contrat les notions certaines du juste et de l'injuste pour lui imposer un prix uniforme et légitime » (28).

La science des probabilités permet de remettre en cause la pertinence de ces affirmations.

Dès lors qu'il est possible d'attribuer une valeur objective à la chance courue, on ne voit pas pourquoi les contrats aléatoires devraient être soustraits à l'examen de l'équivalence des prestations réciproques (29). Le calcul des probabilités permet en effet de rendre les contrats aléatoires à une commutativité raisonnable. Cette possibilité n'a pas été aperçue par les auteurs du Code civil pour lesquels la valeur des prestations réciproques découlant du contrat aléatoire relevait d'un mystère insolvable.

Dans les cas où elle est admise, la lésion objective ou qualifiée résultera par conséquent d'une disproportion manifeste entre les chances de gain et les risques de perte encourus respectivement par chacune des parties contractantes. Cette disproportion s'apprécie nécessairement par rapport aux prestations promises au moment de la conclusion du contrat et non par rapport aux prestations effectivement fournies lors de la réalisation de l'événement incertain.

Même si certains tribunaux acceptent d'aborder la question de l'équivalence des prestations sous l'angle de la lésion objective (lésion des sept douzièmes par exemple), voire de la lésion qualifiée (30), il faut reconnaître qu'ils restent généralement réticents à s'en remettre exclusivement aux lois de la statistique. Certains considèrent en effet que les données statistiques ne sauraient faire disparaître le caractère aléatoire d'un contrat aux termes duquel l'importance des prestations stipulées dépend

(27) Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle*, *op. cit.*, exposé des motifs, p. 345, n^o 16.

(28) Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle*, *op. cit.*, t. 7, discours de M. Duveyrier, p. 356, n^o 8.

(29) Voy., H. Méau-Lautour, « Aléa, lésion et vileté du prix », *J.C.P.*, éd. N., 1990-301; D. Martin, note sous Trib. gde inst. Villefranche-sur-Saône, 10 nov. 1989, *Dall.*, jur., 1991, p. 7; A. Benabent, *op. cit.*, n^o 251; J. Herbots, « Vervreemding tegen lijfrente », in *Het onroerend goed in de praktijk*, Antwerpen, Kluwer, 1980; voy. également, les réf. citées par J. Herbots et C. Pauwels, « Overzicht van rechtspraak (1982-1987) - Bijzondere overeenkomsten », *T.P.R.*, 1989, II, n^o 452; J.-F. Romain, *op. cit.*, pp. 225 et 229.

(30) Voy. notam., Bruxelles, 18 mai 1998, note K. Van Eeckhorn, « De vordering o.g.v. benadeling : is de kantmelding van deze vordering verplicht en kan deze vordering worden ingesteld bij verkoop tegen lijfrente? », *A.J.T.*, 1999, p. 50.

de la longueur toujours incertaine de la survie d'un seul individu déterminé (31).

9. — En réalité, la lésion ne fait que s'ajouter à tous les autres moyens juridiques permettant de sanctionner l'absence de contrepartie véritable ou le déséquilibre manifeste du contrat (défaut d'objet, erreur sur la cause ...). Les parties doivent en effet être placées à égalité devant l'incertitude lors de la formation du contrat (32). L'ignorance de l'une d'elles peut par ailleurs entraîner des distorsions qui trouveront leur sanction naturelle dans la théorie des vices de consentement (erreur sur une qualité substantielle, erreur sur la cause, dol ...). Le régime des omissions ou inexactitudes dans la déclaration du risque à la conclusion du contrat d'assurance en fournit un excellent exemple (art. 5 à 7 de la loi du 25 juin 1992).

2. — L'aléa chasse la résolution

10. — Les contrats aléatoires font-ils obstacle à la résolution? La lecture de l'article 1978 du Code civil pourrait le laisser croire. A propos de la rente viagère, il prescrit en effet que « le seul défaut de paiement des arrérages n'autorise point celui en faveur de qui elle est constituée, à demander le remboursement du capital, ou à rentrer dans le fonds par lui aliéné : il n'a que le droit de saisir et de faire vendre les biens de son débiteur, et de faire ordonner ou consentir, sur le produit de la vente, l'emploi d'une somme suffisante pour le service des arrérages ».

En d'autres termes, le créancier n'a que le droit de procéder à l'exécution forcée, il ne peut demander la résolution du contrat. Les travaux préparatoires s'en expliquent très brièvement. A en croire Portalis, « s'il en était autrement, il n'y aurait point de solidité dans les contrats, ils seraient dissous par la plus légère infraction de la part de l'un des contractants » (33).

Même si la justification n'apparaît pas convaincante puisque la résolution requiert en principe un manquement grave, on ne trouvera dans cette affirmation aucune trace d'une incompatibilité manifeste entre le contrat aléatoire et la résolution. D'autant moins que l'on a songé à indiquer clairement dans cet article que les parties avaient le pouvoir de déroger par convention à la règle énoncée. La proposition ne fut toutefois pas retenue « parce qu'une telle stipulation n'étant contraire ni à l'ordre public ni aux bonnes mœurs, elle se trouve suffisamment autorisée par le principe de la liberté des conventions » (34). Le pacte commissaire exprès était donc admis dès l'adoption du Code civil (35).

On ajoutera que l'article 1977 du Code civil consacre expressément une exception au principe, puisqu'il admet clairement la résolution au profit du créancier si le débiteur ne fournit pas les sûretés promises.

11. — Il n'existe donc dans les travaux préparatoires aucune indication formelle qui autoriserait à penser que la résolution doit être écartée dans les contrats aléatoires. D'où vient alors cette idée que de tels contrats feraient obstacle à la résolution? Selon certains auteurs, ceci

s'expliquerait par le fait que la résolution aurait pour effet de priver l'une des parties du bénéfice de la chance qu'elle a déjà effectivement courue (36). On sait que l'effet traditionnellement rétroactif de la résolution entraîne des difficultés pratiques considérables dans les contrats à prestations successives. Il est normal qu'il n'en aille pas différemment dans les contrats aléatoires, tout au moins lorsque ceux-ci ont un caractère successif.

Sans doute, les auteurs du Code civil ont-ils aussi été influencés par l'idée qu'il était impossible de procéder aux restitutions réciproques dans ces contrats, à défaut de pouvoir attribuer une valeur économique à la chance déjà courue. On sait cependant que cette idée est fautive. Un calcul actuariel permet d'attribuer une valeur patrimoniale aux prestations marquées d'un aléa.

En réalité, les restitutions réciproques ne suscitent pas de difficultés plus grandes pour les contrats aléatoires que pour tout autre contrat successif. On doit constater néanmoins que la jurisprudence belge reste très divisée sur la question de la restitution des arrérages en cas d'annulation ou de résolution d'une rente viagère (37). Il est vrai que le débat se trouve fréquemment obscurci par la présence fréquente de clauses pénales attribuant les arrérages déjà perçus au vendeur, à titre de dommages et intérêts forfaitaires. Il y a lieu pourtant de distinguer clairement la question des restitutions réciproques de celle des dommages et intérêts (38). La première est une conséquence de la résolution, la seconde dépend de la responsabilité. Si le contrat aléatoire ne fait pas obstacle à la résolution, sa mise en œuvre appelle par conséquent des réponses nuancées (39).

(36) Voy. les références citées par H. De Page qui, dans son *Traité*, énonce la règle mais en limite immédiatement la portée, *op. cit.*, t. V, 2^e partie, p. 282, n^o 294.

(37) En faveur de la restitution, Gand, 5 nov. 1968, *Tijds. Not.*, 1969, p. 236; Civ. Marche-en-Famenne, 7 nov. 1985, *Rec. gén. enr. not.*, 1986, p. 154, n^o 23318, note A.C.; Civ. Neufchâteau, 21 oct. 1988, *Rev. rég. dr.*, 1989, p. 496; Liège, 18 nov. 1994, *J.T.*, 1995, p. 240; Liège, 12 sept. 2001, *Rev. rég. dr.*, 2002, p. 195, note T. Starosselets; contre la restitution, Liège, 20 avril 1977, *J.L.*, 1976-1977, p. 277; Civ. Neufchâteau, 26 oct. 1988, *Rev. rég. dr.*, 1989, p. 20.

(38) Sur l'ensemble de la question, voy. la note fort intéressante de T. Starosselets, « Les conséquences de la dissolution rétroactive d'une rente viagère », *Rev. rég. dr.*, 2002, p. 200.

(39) La doctrine récente a démontré que l'affirmation selon laquelle la résolution des contrats successifs ne pourrait avoir lieu qu'*ex nunc* à la date de la demande en justice, au prétexte que les prestations déjà effectuées ne seraient pas restituables est incorrecte (T. Starosselets, « Effets de la dissolution *ex nunc* », dans *La fin du contrat*, C.U.P., 2001, pp. 203210; M. Fontaine, « La rétroactivité de la résolution des contrats pour inexécution fautive », note sous Cass., 8 oct. 1987, *R.C.J.B.*, 1990, p. 398, n^o 44; S. Stijns, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Maklu, 1994, spéc., pp. 261-272). Comme le rappelle T. Starosselets cette affirmation procède d'une confusion entre l'obligation de restitution et la possibilité d'exécution en nature (T. Starosselets, *op. cit.*, p. 205). Si la restitution en nature des prestations déjà accomplies n'est pas possible, rien n'empêche en effet de procéder à une restitution par équivalent. La doctrine précitée propose dès lors d'organiser les restitutions selon le critère de la divisibilité du contrat en tenant compte de l'utilité économique des prestations échangées pour chacune des parties contractantes. Or il semble difficile de considérer l'exécution d'un contrat de rente viagère pendant un temps limité comme satisfaisant pour les deux parties contractantes et conforme à l'économie de la convention. Dans les rentes viagères, l'équivalence des prestations se conçoit en effet dans la durée. Rien ne paraît donc s'opposer à la restitution des arrérages en cas de résolution du contrat (T. Starosselets, *ibid.*). Il est vrai que le contrat constituant la rente viagère élide souvent la difficulté en prévoyant que tous les termes d'arrérages échus resteront acquis au créancier à titre de dommages et intérêts sans recours ni répétition contre lui de ce chef (F. Logghe, note précitée, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 815). Ces clauses qui attribuent les arrérages au vendeur à titre de réparation forfaitaire du préjudice subi du fait de la résolution sont cependant soumises au régime général des clauses pénales (voy. Liège, 18 nov. 1994, *J.T.*, 1995, p. 240). Elles peuvent être annulées si elles apparaissent manifestement excessives par rapport au préjudice prévisible (Mons, 4 mai 1982, *Rec. gén. enr. not.*, 1985, n^o 23230, p. 348; Civ. Marche-en-Famenne, 7 nov. 1985, *Rec. gén. enr. not.*, 1986, n^o 23318, p. 154, note A.C.; Bruxelles, 26 janv. 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1564).

(31) Bruxelles, 3 avril 1999, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 812, noot F. Logghe et réf. cit.; Civ. Liège, 22 janvier 2001, *Bull. Ass.*, 2003, p. 138 et Liège, 12 nov. 2002, *Bull. Ass.*, 2003, p. 143.

(32) Voy. *infra*, n^o 16, l'inexistence ou l'insuffisance d'aléa.

(33) Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle*, *op. cit.*, exposé des motifs, p. 345, n^o 18.

(34) Voy., Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. 7, Bruxelles, Librairie de jurisprudence, H. Tarlier, 1836, commentaire de l'article 1978, p. 331.

(35) La Cour de cassation considère depuis longtemps que l'article 1978 n'est pas d'ordre public. Cass., 28 mai 1964, *Pas.*, 1964, I, 1017. Les pactes commissaires sont fréquents et considérés comme valides. Voy., Liège, 18 nov. 1994, *J.T.*, 1995, p. 240; Bruxelles, 3 avril 1999, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 810, noot F. Logghe; Bruxelles, 26 janv. 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1564.

3. — L'absence ou l'insuffisance d'aléa

A. — Absence d'aléa

12. — Si les contrats aléatoires ne se singularisent pas par une allergie particulière à la lésion ou à la résolution, il n'en demeure pas moins que des conséquences juridiques importantes s'attachent à l'absence ou à l'insuffisance d'aléa lors de la formation ou en cours d'exécution du contrat.

13. — *Le risque putatif.* — L'aléa doit-il être apprécié objectivement en fonction de la réalité des choses ou subjectivement en fonction de ce que les parties en connaissaient au moment de la conclusion du contrat?

L'article 1974 du Code civil traduit en tout cas une vision objective de l'aléa. Il précise en effet que tout contrat créé sur la tête d'une personne qui était morte au jour du contrat ne produit aucun effet. Sur ce point, le Code civil ne brille pas toujours par sa cohérence. On rappellera que l'article 1181 permet de stipuler comme condition un événement actuellement arrivé mais encore inconnu des parties (40).

L'article 24 de la loi du 25 juin 1992 sur les assurances terrestres opte, lui aussi, pour une conception objective de l'aléa : l'assurance est réputée nulle si le risque n'existe pas ou s'est déjà réalisé au moment de la conclusion du contrat. Cet article exclut donc implicitement la couverture du risque putatif. Le risque est dit « putatif » lorsque les parties ignoraient de bonne foi qu'il s'était déjà réalisé au moment de la formation du contrat. En assurances maritimes, la couverture d'un tel risque est pourtant autorisée de longue date (art. 219 et 220 de la loi du 21 août 1879).

Au plan théorique, on s'explique mal l'exclusion de la couverture du risque putatif, car l'incertitude n'a de sens que par rapport à la perception que les parties en ont au moment de la conclusion du contrat. C'est bien dans la volonté des parties que le contrat aléatoire prend sa source. Sans doute a-t-on voulu, en donnant à l'aléa une coloration objective, ne pas encourager l'ignorance et éviter les fraudes.

14. — *Le risque potestatif.* — L'événement incertain dont dépend la chance de gain ou le risque de perte ne doit pas être à la disposition d'une des parties contractantes. En d'autres termes, il ne doit pas être au seul pouvoir de l'une d'elles de le faire arriver.

La partie qui aurait volontairement pesé sur la réalisation de l'événement incertain ne pourra donc prétendre au gain escompté (41).

Même si le Code civil ne le prévoit pas explicitement, il va de soi que le créancier ne saurait revendiquer le bénéfice du contrat s'il a lui-même mis fin aux jours de la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée (42). Pour le même motif, on refusera aussi la réversion d'une rente viagère au profit du cocrédancier qui a tué l'autre.

En matière de jeux et paris, l'article 1967 oblige le gagnant à restituer ses gains en cas de dol, de supercherie ou d'escroquerie.

On peut voir une application du même principe dans l'article 8 de la loi du 25 juin 1992 sur les assurances terrestres, qui prescrit que l'assureur ne peut être tenu de fournir sa garantie à l'égard de quiconque a intentionnellement causé le sinistre. Cette disposition est réputée d'ordre public.

On notera cependant que depuis l'arrêt *Automedon* rendu par la Cour de cassation de France en 1876, l'on admet qu'une personne puisse se couvrir par une assurance des conséquences de ses propres négligences ou imprudences. L'assurance de la responsabilité civile a depuis lors largement démontré son utilité économique et sociale. L'article 8 de la loi du 25 juin 1992 autorise même la couverture de la faute lourde qu'il se re-

fuse à assimiler au dol. L'assureur peut toutefois s'exonérer de ses obligations en cas de faute lourde, mais uniquement dans les hypothèses déterminées expressément et limitativement dans le contrat.

15. — *Le risque inexistant.* — L'apparition sur le marché de produits d'assurance vie centrés davantage sur le rendement de l'épargne constituée que sur la couverture d'un risque est à la source d'un vaste débat sur la qualification (43). La disqualification de ces produits pourrait en effet entraîner la perte de certains privilèges civils et fiscaux que la loi accorde à l'assurance vie (44). A tel point que certains se demandent si le contrat d'assurance doit nécessairement répondre à toutes les caractéristiques du contrat aléatoire pour pouvoir porter ce titre (45).

Remarquons d'emblée que la loi de contrôle des activités d'assurance autorise clairement les compagnies d'assurance à effectuer des opérations qui n'ont aucun caractère aléatoire, telles les opérations de capitalisation. De telles opérations sont dépourvues d'aléa puisque chacune des parties connaît, dès la formation du contrat, l'étendue et la durée de ses engagements. Elles ne comportent d'ailleurs aucun élément viager.

L'essentiel n'est pas là. Le problème de la qualification concerne principalement l'assurance sur la vie. L'article 97 de la loi du 25 juin 1992 définit cette assurance comme un contrat dans lequel la survenance de l'événement ne dépend que de la durée de la vie humaine. Mais il apparaît que cet élément est insuffisant, à lui seul, pour attribuer à ces contrats un caractère aléatoire au sens défini ci-dessus.

Bornons-nous aux assurances en cas de vie qui focalisent toutes les attentions. Les assurances de capital différé sont incontestablement des contrats aléatoires. La capitalisation du rendement dégagé par le placement des sommes collectées pendant la durée du contrat, intègre en effet une probabilité de décès du souscripteur avant le terme du contrat : les primes versées par les assurés décédés bénéficient aux assurés survivants. C'est pourquoi, à taux identiques, le rendement d'une assurance à capital différé est légèrement supérieur à celui d'une opération de capitalisation. Le moindre coût du contrat d'assurance résulte des bénéfices de mortalité.

Afin d'éviter que l'assuré ne soit privé de l'épargne constituée en cas de décès prématuré, les assureurs ont alors proposé des assurances de capitaux différés avec contre-assurance des primes versées, puis avec contre-assurance de l'épargne acquise. Dans cette dernière hypothèse, en cas de prédécès, l'assureur s'engage alors à payer le solde du compte épargne qui est égal à la réserve mathématique du contrat. Si on fait abstraction de la pénalité de rachat généralement prélevée en cas de sortie anticipée (46), le résultat de l'opération n'est guère différent de celui qui procède d'un rachat.

C'est à propos de ces contrats que la qualification assurance a été mise en doute car, dans ces conditions, on ne voit plus très bien où se cache la chance de gain ou le risque de perte pour les deux parties. Comme l'indique J. Aulagnier, « la clause de contre-assurance décès portant sur l'intégralité de la provision mathématique du contrat a pour effet de faire disparaître tout effet de levier attaché aux "bénéfices de mortalité" et de réduire celui-ci aux seuls intérêts garantis majorés éventuellement des participations bénéficiaires » (47).

(43) Sur l'ensemble du problème, voy. B. Dubuisson et C. Jaumain (éd.), *Les nouveaux produits d'assurance vie en droit civil et en droit fiscal*, Bruxelles, Academia - Bruylant, 2000.

(44) Voy., notre article « Les nouveaux produits d'assurance vie face au droit - La fin des privilèges? », *Rev. gén. dr. civ.*, 1997, pp. 342 à 371; M. Grimaldi, « Réflexions sur l'assurance vie et le droit patrimonial de la famille », *Rép. De-frénois*, 1994, p. 737, n° 30.

(45) C. Devoet, « L'assurance vie est-elle un contrat aléatoire? », *Bull. ass.*, 2002, pp. 552-589 et les nombreuses références citées.

(46) Cette pénalité peut avoir pour objectif de compenser la moins-value résultant de la réalisation des actifs nécessaires à la liquidation.

(47) J. Aulagnier, « L'assurance vie est-elle un contrat d'assurance? », *Droit et patrimoine*, décembre 1996, p. 53.

(40) Voy. A. Benabent, *op. cit.*, n° 47 à 49.

(41) A. Benabent, *op. cit.*, n° 43.

(42) Dans son *Traité*, De Page y voit une application de la faute aquilienne, *op. cit.*, t. V, 2^e partie, n° 349.

En France où le débat est plus passionné parce qu'il conditionne l'exemption des droits de succession, certains auteurs se sont évertués à trouver dans ces contrats la petite parcelle d'aléa qui aurait permis de justifier la qualification d'assurance (48).

On a invoqué tout à tour, l'incertitude relative au moment du dénouement du contrat et au bénéficiaire final de la prestation, l'absence possible de bénéficiaire ou d'héritier à l'échéance du contrat, l'existence d'un risque financier pour l'assureur lié à une garantie du taux d'intérêt ou du rendement, l'exposition de l'assureur au risque de résiliation anticipée du contrat...

Aucun de ces arguments ne semble convaincant car ils perdent de vue que dans un contrat aléatoire le gain escompté par l'une des parties doit être la contrepartie d'une perte redoutée par l'autre (voy. *supra*). Il ne suffit pas d'identifier un risque quelconque à charge de l'une des parties. Le risque financier, par exemple, est le risque propre de l'entreprise, il ne saurait conférer au contrat un caractère aléatoire car il se situe en dehors du champ contractuel. Il faut trouver dans la prime globale une partie censée représenter le prix du risque transféré à l'assureur.

Sans entrer dans le détail de la question, avouons que les contrats d'assurance décrits ici présentent des particularités troublantes. Tout d'abord ces contrats ne requièrent pas nécessairement l'utilisation des tables de mortalité. Il est bon de rappeler que l'ancienne loi de contrôle de 1930 indiquait clairement que pour relever de l'assurance vie, l'opération devait être soumise aux lois de la mortalité humaine (49). Ensuite, on ne manquera pas de noter que ces contrats ne comportent pas de capital sous risque. Le capital sous risque est en effet égal au capital décès moins la réserve mathématique.

2004 Faut-il s'étonner dans ces conditions que certaines décisions de jurisprudence, sur la base d'une motivation il est vrai souvent obscure, aient considéré ces contrats comme de purs produits d'épargne, et les aient exclus des avantages accordés à l'assurance vie (50)? Les assureurs n'ont-ils pas une part dans leur propre malheur en présentant eux-mêmes leurs produits comme des produits d'investissement où tout risque de perte même partielle est écarté et où la garantie décès, lorsqu'elle existe, est offerte gratuitement?

Sans doute, la voie de la disqualification n'est-elle pas la meilleure ni la plus fiable. Il est si facile d'injecter une parcelle de risque dans un produit d'assurance! Celle de la discrimination est sans doute plus prometteuse. On ne voit pas en effet pourquoi les résultats de cette épargne devraient être traités différemment de ceux des autres produits d'investissement. Il n'est pas normal qu'au bénéfice d'une législation initialement conçue pour des contrats d'assurance vie traditionnels, une épargne souvent consistante puisse échapper aux revendications légitimes du conjoint, des héritiers et des créanciers du preneur d'assurance. La Cour d'arbitrage a d'ailleurs condamné comme contraire au principe d'égalité les articles 127 et 128 de la loi du 25 juin 1992 qui déclarent propres sans récompense toutes les prestations d'assurance vie versées à un époux commun en biens, sans distinguer selon qu'elles sont versées pendant le mariage ou après sa dissolution. Une adaptation des dispositions de la loi du 25 juin 1992 s'impose donc d'urgence (51).

(48) Voy. notam., J. Kullmann, « Contrats d'assurance sur la vie : la chance de gain ou de perte », *Dall.*, chron., 1996, p. 25; J. Bigot, note sous Colmar, 19 mars 1993, *J.C.P.*, éd. G, 1996, II, 22595; L. Mayaux, « L'assurance vie est-elle soluble dans la capitalisation? », *R.G.D.A.*, 2000, pp. 767-793; J. Ghestin, « L'incidence du décès du conjoint de l'assuré sur l'assurance vie », *J.C.P.*, 1995, I, 3881; V. Nicolas, « Contribution à l'étude du risque dans le contrat d'assurance », *R.G.D.A.*, 1998, pp. 637-655; on peut difficilement suivre cet auteur lorsqu'il affirme que l'assurance en cas de vie ne couvrirait jamais un risque car la survie ne constituerait pas un événement redouté.

(49) Voy. à cet égard C. Devoet, *op. cit.*, p. 560.

(50) Liège, 3 févr. 2003, *J.T.*, 2003, p. 386, note Y.-H. Leleu; *Bull. ass.*, 2003, p. 580 et la note critique C. Devoet; Civ. Bruges, 15 janv. 2002, *Bull. ass.*, 2002, p. 679; Civ. Bruges, 20 mars 2002, *Bull. ass.*, 2002, p. 686.

(51) C.A., 26 mai 1999, *Bull. ass.*, 1999, p. 483 et la note Y.-H. Leleu et D. Schuermans, « Une nouvelle qualification pour certaines prestations d'assu-

B. — L'insuffisance d'aléa

16. — Comme on l'a déjà observé, le contrat aléatoire repose, comme le contrat commutatif, sur un équilibre. Mais dans le contrat aléatoire cet équilibre doit exister entre les chances de gain et les risques de perte courus respectivement par les deux parties. Celles-ci doivent partir à armes égales (52).

A cet égard, l'article 1975 du Code civil se fonde sur une conception objective de l'aléa puisqu'il prive de tout effet la rente constituée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours de la date du contrat. Il importe peu que les parties aient connu ou non la maladie dont est morte cette personne. Par contre, il faut qu'elle soit décédée de la maladie dont elle était atteinte lors de la formation du contrat.

En tout état de cause, l'hypothèse paraît trop limitativement définie. Au-delà de celle-ci, il devrait y avoir place pour un contrôle marginal de l'équivalence des chances de gains et des risques de pertes encourues par les deux parties. Le calcul des probabilités permet désormais cette comparaison. Le contrat ne saurait subsister si l'une des deux parties a toutes les chances de perte et quasiment aucune chance de gains. Des moyens juridiques permettent de sanctionner un tel déséquilibre. Outre la lésion dont on a déjà parlé, on songe à l'absence d'objet ou à l'erreur sur l'objet ou sur la cause, à condition de comprendre cette dernière dans son acception objective (53).

Ce contrôle doit être exercé en fait compte tenu de toutes les circonstances. Une différence d'âge ne saurait à elle seule suffire. Le grand âge du créancier ne saurait en effet faire disparaître le caractère aléatoire de la vente consentie moyennant le versement d'une rente viagère, à moins qu'il ne s'accompagne d'autres circonstances de fait : comme un état de santé déjà déficient, la survenance du décès peu de temps après la vente et l'existence d'un lien direct entre le décès et l'âge avancé du vendeur. Dans ces conditions, l'annulation de la rente viagère devrait pouvoir être obtenue même après l'expiration du délai de vingt jours prévu par l'article 1975 du Code civil. Il est permis dès lors de s'interroger sur l'utilité de cet article.

L'on pourrait raisonner de la même manière dans une tontine, si les circonstances permettent d'attribuer objectivement une probabilité très différente au prédécès de chacune des parties et que cette différence n'est pas compensée par une mise de fonds plus importante de la part de celui qui bénéficie d'une espérance de vie manifestement plus longue. Cette constatation n'entraîne pas nécessairement la nullité de la convention. Celle-ci pourrait subsister sous une autre qualification. Si l'aléa fait défaut, l'opération apparaît alors pour ce qu'elle est, à savoir une libéralité indirecte et doit être traitée comme telle (54).

V. — LES JEUX ET PARIS

17. — Stigmatisant l'absence d'utilité économique et sociale des jeux et paris (55) les codificateurs leur refusent purement et simplement la

rance vie entre époux communs en biens ». Voy. également, E. de Wilde d'Estmael, « Essai de transposition prospective : les assurances vie et le droit des libéralités à la lumière de l'arrêt du 26 mai 1999, dans la Cour d'arbitrage et le droit privé », *Rev. dr. U.L.B.*, 2002, pp. 157-158.

(52) Voy. D. Martin, note sous Trib. gde inst. Villefranche-sur-Saône, 10 nov. 1989, *Dall.*, jur., 1990, p. 9; A. Benabent, *op. cit.*, n^{os} 41 et 45.

(53) Les travaux préparatoires invoquent la théorie de l'erreur sur une qualité essentielle de la chose.

(54) D. Martin, note précitée, *Dall.*, jur., 1990, pp. 9 et 10; J.-Fr. Romain, *op. cit.*, p. 225.

(55) Le jeu se distingue du pari en ce que dans le premier, l'événement incertain est un fait à accomplir par les parties, alors que dans le second, celles-ci n'ont aucun rôle actif dans la réalisation de l'événement. Voy. C. Goux, « Exception de jeux et paris hippiques », *J.T.*, 1998, p. 375, n^o 2.

protection de la loi civile, sans préjuger bien entendu de l'application de la loi pénale (56).

Aucune action ne sera donc accordée pour le règlement d'une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari (art. 1965, C. civ.). Il n'y pas d'avantage d'action dans l'autre sens, puisque le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, à moins qu'il n'y ait eu, de la part du gagnant, dol, supercherie ou escroquerie (art. 1967, C. Civ.) (57).

La justification de ce régime sévère est clairement indiquée dans les travaux préparatoires : « le jeu n'est pas une cause licite d'obligation, parce qu'il n'est pas nécessaire, qu'il n'est pas utile et qu'il est extrêmement dangereux... Mais si le joueur, plus sévère à lui-même que sa loi, s'est tenu pour obligé; si, fidèle à sa passion et délicat dans son égarement, il a acquitté ce qu'il avait témérairement engagé, il ne sera pas reçu à répéter ce qu'il a payé » (58). Comme tous les joueurs sont coupables d'une même faute, aucun ne mérite donc protection (59).

Seuls les jeux qui font appel à l'adresse et à l'exercice du corps échappent à la réprobation générale, de même semble-t-il, que les paris relatifs à de tels jeux (art. 1966, C. civ.) (60) (61). La demande peut néanmoins être rejetée si les sommes engagées paraissent excessives. D'aucuns trouveront cette exception inappropriée et quelque peu obsolète. On ne voit pas en quoi les paris effectués en masse sur les épreuves sportives seraient propres à inciter à l'exercice physique ni même à favoriser la pratique des sports.

18. — Les travaux préparatoires incitent donc à voir dans les articles 1965 et 1967 du Code civil une simple application aux jeux et paris des deux adages romains : *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* et *In pari causa turpitudinis cessat repetitio* (62). C'est dire que ces deux articles n'ajoutent pas grand-chose à la théorie de la cause illicite dans les contrats. On sait que le premier interdit l'exercice d'une action en exécution forcée sans préjudice toutefois de l'action en nullité, alors que le second suggère de sanctionner l'une des parties contractantes en lui refusant la restitution de ce qu'il a volontairement payé. On ne peut donc voir dans l'article 1967, comme certains l'ont prétendu, la reconnaissance implicite d'une obligation naturelle dans le chef du joueur ou du parieur qui s'est exécuté volontairement (63).

A la différence du premier adage, rappelons que le second ne s'impose pas au juge (64). Ce dernier peut faire procéder aux restitutions s'il voit là un meilleur moyen de sauvegarder l'ordre public et les bonnes mœurs. Il nous semble que le juge devrait conserver ce pouvoir d'appré-

ciation en dépit de la formulation sans équivoque de l'article 1967. Lorsqu'on sait que la participation au jeu ou au pari nécessite le plus souvent l'engagement d'une mise initiale, refuser au joueur ou au parieur le remboursement de cette mise n'est certainement pas le moyen le plus efficace pour lutter contre le fléau du jeu. Cette sanction revient en effet à sanctionner le joueur, pour le plus grand profit de l'exploitant qui l'a pris dans ses rets.

19. — Quoi qu'il en soit, il est certain que ces sanctions civiles ne sont pas parvenues à extirper le jeu de la vie sociale. L'extraordinaire développement des casinos virtuels sur Internet en atteste (65). Il est vrai que le désaveu des jeux, paris et loteries, si solennellement affirmé par les codificateurs, s'est considérablement atténué depuis que les autorités publiques ont compris tout le parti que l'on pouvait tirer des bénéfices qu'ils procurent.

De la réprobation générale, on est peu à peu passé à une compréhension bien mercantile. Sans crainte de se contredire, le fisc taxe en effet les jeux et paris sans se préoccuper de leur illicéité. L'alimentation des caisses de l'Etat a ses raisons que la raison ne connaît point. De Page, dans son *Traité*, s'insurgeait déjà vigoureusement contre cette attitude qui s'est confirmée au fil du temps : « on perçoit donc sur l'immoralité sans la combattre, voilà la réalité » (66).

20. — Même s'ils subsistent toujours dans leur état initial, les articles 1965 et 1967 du Code civil ne sortent pas indemnes de cette duplicité. A défaut de pouvoir entrer dans le détail de ces législations particulières, on s'en tiendra à l'essentiel.

L'article 4 de la loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard, les établissements de hasard et la protection des joueurs prévoit ainsi que nul ne peut exploiter un ou plusieurs jeux de hasard sans licence écrite préalablement octroyée par la commission des jeux de hasard (67). En vue de mettre fin à une jurisprudence chaotique qui étendait la nullité à tous les contrats favorisant directement ou indirectement la pratique du jeu, même si leur objet n'avait rien à voir avec le jeu (68), l'article 5 de cette même loi précise que la seule illicéité d'un jeu ou d'un établissement de jeux ne suffit plus à entraîner la nullité des contrats conclus en vue de leur exploitation.

Ceci signifie que l'illicéité éventuelle du jeu ou de l'établissement de jeux au regard de la loi pénale, ne permettra pas de faire obstacle à une action civile en exécution forcée de la convention concernée pourvu que celle-ci ne soit atteinte par aucun autre motif d'illicéité (69). Mais le jeu ou le pari, lui-même, reste frappé d'une cause illicite!

Revenant au principe, l'article 58 de la même loi, tel que modifié par l'article 145 de la loi-programme du 17 avril 2003, interdit à quiconque de consentir aux joueurs ou aux parieurs toute forme de prêt ou de crédit, de conclure avec eux une transaction matérielle ou financière en vue de payer un enjeu ou une perte (70). L'article 1965 retrouve ici tous ses droits puisqu'il n'y a ni action en exécution forcée ni obligation de restituer ce qui a été prêté. Le texte porte cependant les traces d'un com-

(56) Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle*, op. cit., t. 7, discours de M. Duveyrier, p. 354.

(57) On notera qu'en droit romain et dans l'ancien droit, le régime était celui de la nullité avec répétition.

(58) Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle*, op. cit., t. 7, rapport fait au Tribunat par M. Siméon, p. 349, n^{os} 4, 5 et 6.

(59) A. Benabent, op. cit., n^o 64.

(60) Quant à sa validité et à ses effets, le Code civil assimile le pari au jeu au motif peu convaincant que les jeux et paris produits par les mêmes causes et dirigés par les mêmes motifs doivent être soumis aux mêmes règles.

(61) Voy. C. Goux, « Exception de jeux et paris hippiques », *J.T.*, 1998, p. 375. La question de savoir si cette exception peut être étendue aux jeux qui font appel aux facultés intellectuelles est controversée. Certains passages des travaux préparatoires sont ambigus à ce sujet. Voy. dans le sens de la négative, H. De Page, op. cit., t. V, 2^e partie, n^{os} 297 et 298.

(62) Voy. C. Goux, *ibid.* et réf. cit. *Contra* : A. Benabent, *Droit civil - Les contrats spéciaux*, Paris, Montchrestien, 1993, n^o 958.

(63) Voy. l'avertissement de R. Dekkers, dans le n^o 295 du *Traité* de H. De Page, op. cit., t. V, 2^e éd., p. 283.

(64) Cass., 8 mai 1966, *Pas.*, 1967, I, 434; Cass., 24 sept. 1976, *Pas.*, 1977, I, 101; Cass., 25 mai 1989, *R.C.J.B.*, 1992, p. 348; le juge du fond a la faculté de rejeter la répétition, soit parce qu'il considère que l'avantage ainsi reconnu à l'un des contractants compromettrait le rôle préventif de la sanction de nullité absolue prévue à l'article 1131 du Code civil, soit parce qu'il estime que l'ordre social exige que l'un des contractants soit plus sévèrement frappé, mais il n'est pas tenu de le faire.

(65) Th. Verbiest, « Les casinos virtuels - Les jeux de hasard et de loteries sur Internet », *J.T.*, 1999, p. 17. Ces jeux qui drainent des sommes considérables font l'objet de toutes les critiques, non seulement parce qu'ils sont dangereux et incontrôlables, mais aussi et surtout, parce qu'ils échappent à la taxe sur les jeux et paris.

(66) H. De Page, op. cit., t. V, p. 306, n^o 310.

(67) Sur cette loi, voy., A. Kohl, « La loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard, les établissements de jeux de hasard et la protection des joueurs », *J.T.*, 2001, p. 201.

(68) Voy. Bruxelles, 10 déc. 1998, *J.T.*, 1999, p. 211; Gand, 7 sept. 1999, *Dr. aff.*, 1999, p. 125; Liège, 8 oct. 1997, *Bull. Ass.*, 1999, p. 92, note D. De Mas-seneire.

(69) Voy. A. Kohl, op. cit., p. 203, n^o 5.

(70) Sur cette disposition avant sa modification, voy. A. Kohl, op. cit., p. 204, n^o 6.

promis tardif, puisque depuis l'adoption de la loi-programme précitée, l'utilisation des cartes de crédit et des cartes de débit est autorisée dans les établissements de jeux de hasard de classe I. Leur usage s'impose même, lorsque la somme s'élève à 10.000 € ou plus.

En ce qui concerne les concours de paris sur les résultats d'épreuves sportives, l'article 6 de la loi du 26 juin 1963 supprime, quant à lui, la possibilité pour les organisateurs de ces concours d'opposer aux gagnants l'exception de jeu (71). On retire donc le bénéfice de l'exception à l'exploitant, ce qui paraît logique dès lors que ces concours sont autorisés, sans prendre aucune mesure corrélative au bénéfice du parieur, ce qui relève d'un pur cynisme.

On ne sait pas trop bien ce que les auteurs du Code civil auraient pensé de telles concessions. Il semble en tout cas que le Code civil ne soit plus véritablement le reflet du droit commun en la matière. Bien plus, l'indignation si fortement exprimée lors des travaux préparatoires, ne semble plus correspondre à l'esprit du temps.

VI. — CONCLUSION

21. — On reconnaîtra volontiers que les articles 1964 à 1976 du Code civil ne sont pas de ceux qui ont laissé les traces les plus profondes dans le droit civil belge. A défaut de pouvoir exploiter l'enseignement des sciences des probabilités, les codificateurs ne sont pas parvenus à proposer une définition claire et cohérente des contrats aléatoires, ni à élaborer un régime juridique commun à ces contrats.

2004

334

Les dispositions consacrées à la rente viagère sont ainsi tatillonnes et marquées par la méfiance. Celles consacrées aux jeux et paris n'ajoutent en définitive que peu de chose à la théorie moderne de la cause illicite. Un droit de l'aléa reste donc à construire.

Bernard DUBUISSON
Professeur à l'U.C.L.

DU CAUTIONNEMENT

Livre III - Titre XIV

DU NANTISSEMENT

Livre III - Titre XVII

DES PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES

Livre III - Titre XVIII

1. — Le cautionnement est la sûreté personnelle par excellence. Conçu comme tel par le Code civil, il est resté la garantie traditionnelle la plus communément utilisée, sans qu'il paraisse jamais nécessaire ou utile de réformer ou d'adapter les dispositions qui l'organisent depuis l'origine.

Si les textes initiaux n'ont guère posé de difficultés d'application, hormis quelques nuances que nous examinerons plus loin, cela ne signifie pas qu'aucune évolution de la matière ne se soit fait sentir. Loin de là. La pratique, au contraire, puisant sa vigueur dans le principe de l'autonomie des volontés et exploitant énergiquement la large liberté laissée par le caractère supplétif, pour l'essentiel, du titre XIV consacré au cautionnement, s'est employée à tirer le droit des garanties personnelles vers toujours plus d'abstraction, de solidarité des garants, de rapidité d'exécution; en un mot, de sécurité pour le créancier. Le phénomène s'observe tant en matière commerciale que, dans une moindre mesure certes, en matière civile.

2. — En réalité, les principales sources de contentieux liés à la mise en œuvre d'un cautionnement sont rattachées à d'autres domaines du droit. Ainsi, il arrive qu'une contestation surgisse, élevée par le conjoint de la caution, sur le fondement de l'article 224 du Code civil, qui prévoit l'annulation, sans préjudice de l'octroi de dommages-intérêts, des « sûretés personnelles données par l'un des époux et qui mettent en péril les intérêts de la famille ».

La Cour de cassation a été amenée plusieurs fois à se pencher sur la portée de ce texte, relevant davantage du régime primaire des époux, voire de l'état des personnes, que de celui du cautionnement.

3. — La même remarque vaut pour les exceptions tirées de l'*instrumentum* du cautionnement. L'on sait que le cautionnement, bien que présentant le caractère d'accessoire à une obligation principale, n'en emprunte pas la commercialité s'il échet et demeure de nature civile s'il se trouve émis par un non-commerçant. C'est alors des exigences posées par l'article 1326 du Code civil — et donc du droit de la preuve — qu'il s'est agi en jurisprudence, jusqu'à ce que l'arrêt de la Cour de cassation du 26 février 1993 affirme que la formalité dite du « bon pour », prévue par cet article, « ne concerne pas le contrat de cautionnement, même s'il a pour objet un engagement unilatéral, si le montant ou la quantité ne sont pas connus au moment de l'engagement et qu'ils ne peuvent s'exprimer par un chiffre » (*Pas.*, 1993, I, 220).

4. — Cela nous amène à relever la transformation, sans doute la plus fondamentale, depuis l'entrée en vigueur du Code civil du droit des sûretés et général et du cautionnement en particulier : une sûreté peut être consentie en garantie de créances futures, même non déterminées pourvu qu'elles soient déterminable au moment de la conclusion de la convention accessoire (*Cass.*, 28 mars 1974, *Pas.*, 1974, I, 776; *Simont et Bruyneel*, « Le cautionnement donné en garantie de toutes les obligations d'un débiteur envers son créancier », *R.C.J.B.*, 1974, pp. 204 et s.).

5. — Pour le surplus, le droit de la responsabilité a offert aux cautions les outils leur permettant parfois de se forger diverses exceptions, généralement en vain, il faut bien le dire. Il a pu cependant être reproché à un dispensateur de crédit d'avoir négligé d'informer la caution sur la situation exacte du débiteur principal ou sur l'évolution de la dette garantie. Dans ce cas, une décision judiciaire peut priver le créancier, en ré-

(71) Sur ce texte, voy. en particulier, C. Goux « Exception de jeux et paris hippiques », *J.T.*, 1998, p. 375, n^{os} 14 et s. Cette disposition s'applique également aux organisateurs de paris sur les courses de chevaux.