

LA REMUNERATION AU RESULTAT SERAIT-ELLE ALEATOIRE ?

Réponses appliquées au contrat de révélation de succession et à la convention d'honoraires au résultat passée entre l'avocat et son client

Marc-Olivier Huchet

Maître de conférences à l'Université de Caen Basse Normandie, Membre de l'Institut DEMOLOMBE (EA 967),
Membre associé de l'IODE (UMR CNRS 6262),

Avocat au barreau de Rennes

Puisque « l'aléa refoule les instruments au service de la sauvegarde de l'équilibre contractuel tels que l'erreur, les garanties, la protection du consommateur »¹ ou la rescision pour lésion², la qualification commutatif ou aléatoire d'un contrat est un enjeu de taille.

Un contrat aléatoire ne peut être soumis au pouvoir de révision de la rémunération des professions dites libérales³ que s'est arrogé la jurisprudence. Il importe peu de savoir si la rémunération qu'il prévoit est « excessive »⁴, « exagérée »⁵, « disproportionnée »⁶, voire « exorbitante »⁷, généralement au regard du « service rendu »⁸ et parfois des « diligences »⁹ faites ou encore, de manière toujours plus vague, des « circonstances de la cause »¹⁰, puisque l'aléa fait rentrer cette disproportion dans le champ contractuel.

¹ A. MORIN, *Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, Thèse, PARIS, 1995, P.U.F.D. CLERMONT-FERRANT-LGDJ 1998, Préf. A. GHOZI, p. 9, n° 15.

² PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Revu et complété par G. RIPERT, 2^{ème} éd., t. 2, *Obligations, contrats, sûretés réelles*, LGDJ 1947, p. 31, n° 78. En effet, « l'aléa chasse la lésion » (H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4^{ème} éd., p. 22, n° 15).

³ La première chambre de la Cour de cassation (3 juin 1986, Bull. civ., I, n° 150 ; JCP 1986, II, 20791, note A. VIANDIER ; JCP N 1986, Etudes, n° 14827, note A. VIANDIER) écrivait ainsi en des termes très généraux, visant certainement les professions libérales dans leur ensemble : « attendu que les tribunaux peuvent, quand une convention a été passée en vue de l'exécution de travaux donnant lieu à honoraires, réduire ces derniers lorsqu'ils paraissent exagérés » (le résumé en tête des notes emploie d'ailleurs expressément les termes de « profession libérale »).

⁴ CA PARIS, 28 janv. 1980, D. 1980, Jp., p. 161, concl. M. JEOL ; JCP 1980, II, n° 19332, concl. M. JEOL.

⁵ Cass. 2^{ème} civ., 13 mars 2003, Bull. civ., 2003, n° 59 – Cass. 1^{ère} civ., 3 mars 1998, JCP 1998, II, n° 10116, note J. SAINTE-ROSE ; Defrénois 1998, p. 734, obs. J.-L. AUBERT – Cass. 1^{ère} civ., 3 juin 1986, Bull. civ., I, n° 150 ; JCP 1986, II, 20791, note A. VIANDIER ; JCP N 1986, Etudes, n° 14827, note A. VIANDIER (l'arrêt évoque des honoraires exagérés, sans même préciser qu'ils doivent l'être eu égard au service rendu).

⁶ « Au regard de la petite taille de l'entreprise » cliente (Cass. com., 2 mars 1993, Bull. civ., IV, n° 83 ; D. 1994, Somm., p. 11, obs. J. KULLMANN ; RTD Civ. 1994, p. 346, obs. J. MESTRE – CA RENNES, 17 avr. 1969, RTD Civ. 1971, p. 172, obs. G. CORNU ; Gaz. pal. 1971, Somm., p. 12) – CA PARIS, 28 janv. 1980, D. 1980, Jp., p. 161, concl. M. JEOL ; JCP 1980, II, n° 19332, concl. M. JEOL et Cass. com., 23 janv. 1962, Bull. com., n° 52 (rétribution « hors de proportion avec les services effectivement rendus »).

⁷ Ord. prem. prés. ROUEN, 15 sept. 1992, JCP 1993, II, n° 21981, note R. MARTIN.

⁸ Cass. 2^{ème} civ., 13 mars 2003, Bull. civ., 2003, n° 59 – Cass. 1^{ère} civ., 19 juin 1990, Bull. civ., I, n° 170 (il ne s'agit pas d'une réduction mais de la possibilité d'une fixation) – CA PARIS, 28 janv. 1980, D. 1980, Jp., p. 161, concl. M. JEOL ; JCP 1980, II, n° 19332, concl. M. JEOL – Cass. 1^{ère} civ., 14 janv. 1976, JCP 1976, II, 18388 – Cass. 3^{ème} civ., 20 fév. 1973, Bull. civ., III, n° 145 – Cass. com., 23 janv. 1962, Bull. com., n° 52 – CA COLMAR, 18 nov. 1933, Gaz. Pal. 1934, Jp., p. 194 ; S. 1934, II, p. 186

⁹ Cass. com., 1^{er} avr. 1965, Bull. com., n° 249 – 23 janv. 1962, Bull. com., n° 52.

¹⁰ Cass. 1^{ère} civ., 19 juin 1990, Bull. civ., I, n° 170 – Cass. 1^{ère} civ., 4 oct. 1989, Bull. civ., I, n° 301 – Cass. 3^{ème} civ., 20 fév. 1973, Bull. civ., III, n° 145.

Lorsqu'un contrat stipule que la rémunération du professionnel sera fonction du résultat par lui obtenu, l'incertitude fait irruption dans l'accord des volontés. Est-il pour autant un contrat aléatoire ? Fréquemment soumises aux tribunaux, les conventions relatives aux honoraires des avocats et des généalogistes successoraux serviront de matériau à la présente étude.

Concernant la convention d'honoraires passée entre un avocat et son client, la Cour de cassation vient de poser le principe selon lequel « l'existence d'un aléa ne constitue pas une condition de validité de la convention prévoyant un honoraire de résultat »¹¹. L'article 10 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, au visa duquel est posé ce principe et qui autorise de convenir « la fixation d'un honoraire complémentaire en fonction du résultat obtenu ou du service rendu », n'exige certes pas d'aléa. Ceci ne suffit cependant pas à exclure qu'un contrat prévoyant une rémunération au résultat puisse être par nature aléatoire lorsqu'il est conclu avant que le résultat soit connu, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Pourtant, qu'ils soient de résultat ou non, la jurisprudence réduit les honoraires des avocats lorsqu'elle les estime excessifs, à partir du moment où ils n'ont pas été convenus une fois le service rendu¹².

Les variations de la jurisprudence au sujet du contrat de révélation de succession laissent elles aussi supposer que la réponse à apporter à la question du caractère aléatoire d'un contrat prévoyant une rémunération au résultat n'est pas si simple qu'on pourrait le croire. La qualification de contrat aléatoire a longtemps prévalu pour le contrat de révélation de succession passé entre le généalogiste et un héritier par lui découvert¹³. La doctrine est depuis partagée. Alors qu'elle était initialement majoritairement favorable à cette qualification de contrat aléatoire¹⁴, les opinions « dissidentes »¹⁵ se sont progressivement multipliées¹⁶. Aujourd'hui, sans que les contrats de révélation de succession aient été modifiés par la pratique, la jurisprudence, dans sa volonté de contrôler les honoraires des professionnels, a

¹¹ Cass. 2^{ème} civ., 27 mars 2014, pourvoi n° 13-11.682, P+B, JurisData n° 2014-005923

¹² R. MARTIN, *La réduction des honoraires de l'avocat par le pouvoir judiciaire*, Recherche Archéologique, JCP 1999, I, n° 110.

¹³ Cass. 1^{ère} civ., 3 nov. 1960, Bull. civ., I, p. 386, n° 471 ; JCP 1960, II, n° 11884 ; Gaz. Pal. 1961, Jp., p. 118 – CA PARIS, 17 oct. 1958, D. 1958, Jp., p. 718 – Cass. 1^{ère} civ., 17 avr. 1956, D. 1956, Jp., p. 427 ; Gaz. Pal. 1956, Jp., p. 405 ; JCP 1956, II, n° 9314 ; Journal des notaires et des avocats 1956, art. 45091, n° 607, note P. COURTEAUD ; RTD Civ. 1956, p. 714, obs. MM. MAZEAUD – Trib. civ. SEINE, 14 avr. 1938, Gaz. Pal. 1938, Jp., p. 903 – CA PARIS, 4 avr. 1938, JCP 1938, II, n° 744 – Trib. civ. SEINE, 18 déc. 1933, Gaz. Pal. 1934, Jp., p. 196 – LYON, 1^{er} mars 1911, S. 1912, 2, p. 243 – CA PARIS, 12 mars 1894, S. 1894, II, p. 193 ; D.P. 1894, 2, p. 484 – CA PARIS, 12 août 1880, S. 1880, 2, p. 87. Mme ROEHRIG-SION écrivait même que la jurisprudence était « unanime » en ce sens (*La révélation de succession*, Thèse, PARIS II, 1997, p. 116).

¹⁴ R. DEMOGUE, RTD Civ. 1891, p. 797 – H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Librairie Dalloz, 1923, n° 101, p. 207 – A. ROUAST, *La réduction judiciaire de la rémunération des généalogistes*, JCP N 1954, I, n° 1179 – D. ROEHRIG-SION, *La révélation de succession*, Thèse préc., p. 116 à 130.

¹⁵ D. ROEHRIG-SION, *La révélation de succession*, Thèse préc., p. 118.

¹⁶ A. MORIN, *Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, Thèse préc., p. 128-129, n° 298, p. 245-246, n° 565 – A. BENABENT, *La chance et le droit*, Thèse, PARIS, 1971, n° 178 et s. ; *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 8^{ème} éd., 2008, n° 1319, p. 620 – MM. MAZEAUD, note sous Cass. 1^{ère} civ., 17 avr. 1956, RTD Civ. 1956, p. 714 – J.-Ch. LAURENT, *Le contrat de révélation de succession*, Rev. crit. législ. et jurispr. 1931, p. 397 à 424, spéc. p. 421 à 425.

abandonné cette qualification de contrat aléatoire¹⁷, certes implicitement mais de manière certaine puisqu'elle refuse de revenir sur cette question¹⁸. Elle est d'ailleurs suivie en ce sens par la partie la plus importante de la doctrine à s'être prononcée depuis lors¹⁹.

Alors que le bon sens pourrait conduire à affirmer que l'incertitude d'un résultat induit le caractère aléatoire de la rémunération qui en dépend, la méfiance envers les évidences dicte de caractériser le contrat aléatoire (I) avant de répondre à la question posée en titre (II).

I. La caractérisation du contrat aléatoire

L'article 1104²⁰ du Code civil définit le contrat aléatoire à la suite du contrat commutatif. Par opposition au contrat unilatéral de l'article 1103²¹, le contrat aléatoire est défini en termes d'équivalent. Le contrat est ainsi aléatoire lorsque l'équivalent, qui caractérise le contrat commutatif, est remplacé par la chance²² de gagner ou de perdre d'après un événement incertain²³. Ainsi, dans le contrat aléatoire, l'aléa remplace l'équivalent arithmétique en tant que cause de l'obligation des parties²⁴. Le fait qu'ils soient évoqués dans le même article, met

¹⁷ Cass. 1^{ère} civ., 5 mai 1998, Juris-Data n° 001917 ; JCP N, 1999, p. 24, note L. LEVENEUR ; D. Aff., 1998, p. 1170, obs. V. A.-R. ; Defrénois 1998, art. 36860, n° 106, obs. Ph. DELEBECQUE ; Contrats, conc., consom. 1998, n° 111, obs. L. LEVENEUR ; RTD Civ. 1998, p. 901, obs. J. MESTRE.

¹⁸ Cass. 1^{ère} civ., 21 fév. 2006, Bull. civ., I, n° 100 ; Defrénois 2006, art. 38433, n° 44, p. 1223 et s., note R. LIBCHABER ; RTD Civ. 2007, p. 105, obs. J. MESTRE et B. FAGES. Alors que le pourvoi invoquait le caractère aléatoire du contrat de révélation de succession au soutien de sa demande de maintien de l'honoraire convenu, la Cour de cassation déclare ce moyen « irrecevable », « dès lors qu'il invite la Cour de cassation à revenir sur la doctrine de son précédent arrêt ».

¹⁹ D. LOCHOUARN, *L'évolution juridique de la convention de révélation de succession : le point sur deux revirements récents*, J.C.P. N, n° 1, 8 janvier 1999, p. 20-24., spéc. p. 21 et 22 – D. FENOUILLET, *Le droit de la consommation et la révélation de succession*, RDC 1^{er} avr. 2005, n° 2, p. 331.

²⁰ 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.

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. »

²¹ « Il est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait d'engagement. »

²² Chance qui est d'ailleurs « l'une des manières dont peut se produire un événement aléatoire » (A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 2007, V. « Chance »). L'emploi de ce terme est critiqué par A. BENABENT (*Contrats aléatoires, Généralités*, actualisé par M.-A. RAKOTOVAHINY, Juriscl. Civil, art. 1964, n° 3).

²³ On peut remarquer une certaine redondance des termes employés. En effet, s'il y a chance, il y a nécessairement un événement incertain.

²⁴ « La cause de l'obligation réside, non pas dans la contre-prestation, mais dans l'existence de l'aléa » (Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations*, Litec, 10^{ème} éd., 2007, n° 308, p. 194). Dans le même sens, V. PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. XI, n° 1231 – H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Librairie Dalloz, 1923, n° 673. F. GRUA indique que l'aléa est la cause des engagements en ce qu'il « rétablit la balance entre les obligations qui ont vocation à être disproportionnées » (*Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs*, RTD Civ. 1983, p. 263 à 287, spéc. p. 283, n° 36). En réalité, il s'agit d'un raccourci de langage car, plutôt que l'aléa, la cause de l'obligation de celui qui conclut un contrat aléatoire est l'espérance d'un gain bien supérieur au seul équivalent de sa propre prestation. En ce sens, F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 11^{ème} éd., 2013, p. 390, n° 343 : « Chaque contractant s'engage non dans l'attente de recevoir une contrepartie d'ores et déjà fixée, mais dans l'espoir de recevoir une contrepartie largement supérieure à la sienne propre ».

en évidence que le contrat aléatoire est le contraire du contrat commutatif. Il s'agit donc de catégories alternatives.

A titre liminaire, constatons que, dans le domaine contractuel, l'exécution des obligations de chacune des parties est toujours incertaine, au moins dans une certaine mesure. Cela peut être dû au manque de diligence des contractants eux-mêmes mais aussi à des événements extérieurs qui sont susceptibles de perturber à n'importe quel moment la bonne exécution du contrat. Ainsi, puisque l'exécution est toujours plus ou moins aléatoire, la chance de gain qui en dépend l'est dans la même proportion. C'est ainsi que l'aléa est de tous les contrats²⁵. Pourtant, ce qui importe n'est pas la part d'incertitude qui existe dans tout contrat. En tenir compte reviendrait à qualifier tous les contrats d'aléatoires, supprimant toute possibilité de distinction entre les contrats aléatoires et les contrats commutatifs donc tout intérêt à la démarche²⁶. Ce qui importe, c'est l'accord des parties. Si les parties ont contracté en faisant rentrer l'aléa dans le champ contractuel, le contrat est aléatoire²⁷. Si, au contraire, les parties ont contracté sans tenir compte du caractère incertain qui affecte l'événement qui rendra obligatoire l'exécution de leur prestation, le contrat ne pourra être qualifié d'aléatoire car les parties ont contracté en posant comme hypothèse que le hasard ne pourrait conditionner le caractère obligatoire de leurs obligations respectives²⁸.

Cela étant, la simple condition de prise en compte de certains éléments dans le champ contractuel ne suffit pas toujours à qualifier un contrat. Avant de vérifier que les parties ont tenu compte de l'aléa, encore faut-il déterminer ce qui est aléatoire en droit. Or, l'aléa est une notion floue²⁹. Peut-être 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 »³⁰. Cette définition doit pourtant être justifiée car les avis sur la question sont nombreux et souvent divergents. La solution au problème (B) doit être précédée d'un exposé de ses données (A).

²⁵ F. GRUA, *Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et commutatifs*, RTD Civ. 1983, p. 263. En ce sens, F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Thèse PARIS, LGDJ, 1956, n° 286, p. 266.

²⁶ En ce sens, F. CHABAS, MAZEAUD (H., L et J.), *Leçons de Droit Civil*, t. II, vol. 1, *Obligations, Théorie Générale*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 1998, p. 95, n° 106.

²⁷ « Les parties à un contrat aléatoire choisissent délibérément de soumettre l'économie de leur contrat aux incertitudes de l'avenir » (A. MORIN, *Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, Thèse préc., p. 231, n° 534). En ce sens, F. LEDUC, Ph. PIERRE, *Assurances placement : une qualification déplacée, à propos des arrêts de Chambre mixte du 23 novembre 2004*, Resp. civ. et ass., fév. 2005, étude, p.7, spéc. p. 9 – D. GRILLET-PONTON, *Essai sur le contrat innommé*, Thèse, LYON III, 1982, n° 43, p. 52.

²⁸ En matière de vente, par exemple, les parties n'entendent pas faire rentrer dans le champ contractuel le fait qu'un événement extérieur puisse détruire le bien objet de la vente ni que le cocontractant puisse être insolvable. Le contrat n'est donc pas aléatoire.

²⁹ A. MORIN, *Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, Thèse préc., p. 5, n° 8.

³⁰ Cass. 1^{ère} civ., 8 juillet 1994, D. 1995, Jp., p. 217, note S. PORCHY. Dans le même sens, V. Cass. com., 10 juin 1960, S. 1961, Jp., p. 42, note J. AUTESERRE.

A. Les données

Dessiner des contours précis de l'aléa exposé dans le Code civil est délicat. Il y est défini deux fois, dans les articles 1104, d'une part, et 1964³¹, d'autre part. Ces deux définitions ne sont que partiellement compatibles. Or, la situation de ces deux textes (2) dans le Code civil ne semble pas suffire à justifier leur contradiction (1).

1. La contradiction textuelle

Les articles 1104 et 1964 ne s'opposent pas en tout. Tous deux évoquent bien un « événement incertain » pour désigner l'aléa. Dans les deux cas, la chance doit entrer en jeu. Il n'y a donc pas ici de contradiction et ce point ne pose pas de difficulté particulière. Tout au plus l'absence de qualificatif devant le terme « incertain » fait-elle comprendre que le moindre aléa, si faible soit-il, devrait être suffisant³². Ainsi, la difficulté ne concerne pas le sens du mot « aléa » en lui-même³³ mais le point de savoir si l'acception juridique de cette notion implique des restrictions et si cet aléa doit concerner toutes les parties au contrat.

En effet, sur ces questions, il ne s'agit pas seulement d'une différence de degré de précision mais plutôt d'une opposition³⁴. Il semble donc délicat de parler d'une définition seulement « légèrement différente »³⁵. D'une part, l'article 1104 évoque le gain ou la perte, alors que l'article 1964 évoque les avantages et les pertes. D'autre part, l'article 1104 dispose que la chance doit exister pour chacune des parties, alors que l'article 1964 dispose que l'aléa doit exister pour une ou plusieurs des parties. Les questions qui se posent au sujet de cette contradiction sont ainsi, pour l'essentiel, les suivantes :

³¹ « 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.

Tels sont :

Le contrat d'assurance,

Le prêt à grosse aventure,

Le jeu et le pari,

Le contrat de rente viagère.

Les deux premiers sont régis par les lois maritimes. »

³² En pratique, le juge du fond détermine souverainement le seuil à partir duquel il estime que l'aléa est significatif (Cass. 1^{ère} civ., 2 mai 1989, Bull. civ., I, n° 177 ; RTD Civ. 1990, p. 68, obs. J. MESTRE).

³³ « Événement imprévisible, tour imprévisible que peuvent prendre les événements » (*Le Petit Robert, Dictionnaire de la langue française*, sous la direction de J. REY-DEBOVE et A. REY, Dictionnaire Le Robert, 1993, V. « Aléa »).

³⁴ R. KAHN, *L'aléa dans les contrats*, Thèse, PARIS, 1925, n° 73 et s. – DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. II, n° 915. Estimant différemment que la contradiction n'est qu'apparente et que l'article 1964 ne présente qu'une inexactitude terminologique inverse à celle de l'article 1104, V. A. BENABENT, *Contrats aléatoires, Généralités*, Juriscl. civ., art. 1964, n° 6.

³⁵ Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations*, Litec, 9^{ème} éd., n° 60, p. 41.

- Les deux parties doivent-elles encourir un risque de perte pour que le contrat soit aléatoire ?

La limitation de cette question à la notion de perte est justifiée par le fait qu'on imagine mal qu'une partie conclue un contrat qui engendrerait pour elle un seul risque de perte. La seule chose qui pourrait le justifier serait son intention libérale. En pratique, il s'agira donc de déterminer si un contrat peut être aléatoire lorsqu'il engendre pour une partie des chances de gagner ou de ne pas gagner mais pas de risque de perdre.

- Les deux parties doivent-elles être concernées par l'aléa pour que le contrat soit aléatoire ?

Cette question peut être divisée en deux autres questions : Est-il possible juridiquement qu'un contrat soit aléatoire pour une seule des deux parties ? Il s'agit alors de savoir si le Code civil le permet. Est-il possible pratiquement qu'un contrat soit aléatoire pour une seule des deux parties ? Il s'agit alors d'examiner la pratique contractuelle pour savoir si elle utilise ou peut imaginer un contrat qui serait aléatoire pour une seule partie.

A elle seule, l'analyse de la situation de ces textes dans le Code civil ne permet pas de répondre de manière certaine.

2. La situation respective des articles 1104 et 1964 du Code civil

L'article 1104 est situé dans les « dispositions préliminaires » du Titre III (Des contrats ou des obligations conventionnelles en général) du Livre troisième du Code civil. Il a donc un caractère général puisqu'il est inscrit dans un corps de règles s'appliquant à tous les contrats. L'article 1964 figure lui dans le Titre XII, « Des contrats aléatoires », du même livre. Il s'agit donc d'un titre particulier aux contrats aléatoires.

Il a été soutenu par MM. LEDUC et PIERRE que, « pour la définition de la notion de contrat aléatoire, c'est l'article 1104 qui doit seul être retenu » parce que « le second, logé dans la partie consacrée au droit spécial des contrats, a pour seul objet de recenser les principales espèces répondant à la définition du genre énoncée par le premier, logiquement inséré dans la partie relative au droit commun des contrats »³⁶. De par sa position, l'article 1104 aurait donc pour vocation de définir la notion de contrat aléatoire, là où le rôle de l'article 1964 serait seulement d'énumérer les différents contrats aléatoires réglementés³⁷.

³⁶ *Assurances placement : une qualification déplacée, à propos des arrêts de Chambre mixte du 23 novembre 2004*, Resp. civ. et ass., fév. 2005, étude, p.7. Plus généralement, à ce sujet, V. H. GROUDEL, F. LEDUC, Ph. PIERRE, M. ASSELAIN, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, Préf. G. DURRY, Litec, 2008.

³⁷ *Ibid.* : « L'article 1104 se situe sur le plan de la définition d'une catégorie juridique » alors que « l'article 1964 [se situe] sur celui de la typologie des différentes espèces relevant de la catégorie ».

S'appuyant sur les travaux préparatoires du Code civil³⁸, les auteurs estiment que l'article 1964 ne fait que distinguer les deux catégories de contrats aléatoires, ceux qui « tendent à procurer la sécurité contre le hasard », comme l'assurance, et « ceux qui tendent à s'enrichir en provoquant le hasard », qui spéculent sur le hasard, comme le jeu. Ainsi, lorsque « une seule des parties »³⁹ est concernée par l'aléa, il s'agit en fait d'évoquer le premier de ces deux types de contrat, celui dans lequel une partie a payé l'autre pour déplacer sur elle le poids du hasard. Le rôle de l'article 1964 n'étant pas de définir, on ne pourrait l'utiliser à cette fin. Les auteurs en concluent qu'il « n'existe aucune contradiction » entre les articles 1104 et 1964, qui « se complètent mais ne s'opposent pas ».

On pourrait au contraire soutenir que l'article 1964 doit prévaloir sur l'article 1104. On sait que la théorie générale des obligations est le droit commun des contrats spéciaux⁴⁰. Comme nous l'enseigne l'article 1107 du Code civil, on sait aussi que les dispositions relatives aux contrats spéciaux, dont font partie les contrats aléatoires, précisent ce droit commun ou lui sont dérogoratoires. Ainsi, s'il y a contradiction entre l'aléa de l'article 1104 et celui de l'article 1964, le second constituant le droit spécial des contrats aléatoires, on pourrait estimer que c'est la règle tirée de cet article qui devrait s'appliquer par priorité sur celle de l'article 1104. Cet argument fondé sur les rapports entre droit commun et droit spécial ne semble pourtant pas déterminant. En effet, si le droit spécial a vocation à s'appliquer par priorité sur le droit commun, c'est parce que le droit commun n'est pas toujours adapté au cas particulier. Il est une norme générale qui régit toutes les situations dans lesquelles son inadéquation n'aura pas nécessité l'intervention d'une règle particulière et différente. Le cas de l'article 1104 est autre. Il n'a pas d'autre raison d'être que de s'appliquer aux contrats aléatoires qu'il définit. Ainsi, en ce qu'ils définissent tous les deux la même catégorie de contrats, à savoir les contrats aléatoires, à l'exclusion de tout autre, on ne peut prétendre que l'article 1964 est le droit spécial de l'article 1104.

Si l'interprétation téléologique du Code civil ne manque pas d'intérêt, on peut douter qu'elle suffise à faire prévaloir définitivement la définition de l'article 1104 sur celle de l'article 1964. Dans l'article 1964, il y a bien une définition : « Le contrat aléatoire est... ». De ces seuls termes, un doute est jeté sur le rôle uniquement énumératif ou illustratif de cette disposition. Il n'est donc pas certain que les termes qui suivent, offrant la possibilité d'un contrat aléatoire pour une seule partie, soient juste une maladresse. Certes, il faudra bien trancher mais il paraîtrait imprudent de le faire dès ce stade de l'analyse.

³⁸ Notamment ceux de PORTALIS (*Présentation au Corps législatif du titre intitulé « Des contrats aléatoires »*, Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t. 14, p. 535 et s.) dont les auteurs retiennent la citation suivante : « Il en est [des contrats] dans lesquels une seule des parties contractantes s'expose à un risque au profit de l'autre partie, moyennant une somme que celle-ci donne pour prix de ce risque. Dans le plus grand nombre, chacune des parties court un risque à peu près égal ».

³⁹ Code civil, art. 1964.

⁴⁰ *Generalia specialibus non derogant*, ce qui est général ne déroge pas à ce qui est spécial (H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4^{ème} éd., 1999, n° 152, p. 296 à 299).

B. La solution

Aux deux questions provoquées par la lecture des articles 1104 et 1964 du Code civil, une importante doctrine répond en une seule fois que « le contrat aléatoire soumet au hasard le rapport entre les prestations et crée une chance de gain et un risque de perte corrélatif pour chacune des parties »⁴¹. Cette énonciation implique une possibilité simultanée de risque et de perte supportée par chacune des parties au contrat, le gain de l'une entraînant la perte de l'autre.

Il semble que, si les exigences légales (1) ne sont pas aussi strictes, la réalité contractuelle (2) demande effectivement que l'aléa comprenne la chance de gain et le risque de perte de manière corrélatif pour les deux parties au contrat.

1. Les exigences légales

A titre liminaire et à la seule lecture de la loi, la question de la corrélation entre le gain et la perte ne paraît pas pertinente. Cette corrélation implique un rapport de cause à effet entre le gain procuré à une partie et la perte subie par l'autre. Pourtant, ni l'article 1104, ni l'article 1964 du Code civil ne l'exigent. L'estimer indispensable du seul fait qu'elle est présente dans les exemples figurant à l'article 1964, c'est aller au-delà de la définition de la loi, quelle que soit celle qu'on retienne. Les promoteurs de cette corrélation ont d'ailleurs tendance à l'opposer à l'idée selon laquelle un contrat ne peut être aléatoire que pour l'une des parties⁴².

Cela étant, même à exiger *a priori* ce lien de cause à effet, les questions posées par les différences entre les articles 1104 et 1964 du Code civil demeurent. Plutôt que tenter d'y

⁴¹ A. MORIN, *Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, Thèse préc., p. 117, n° 267. En ce sens, A. BENABENT, actualisé par M.-A. RAKOTOVAHINY, *Contrats aléatoires, Généralités*, Juriscl. civ., art. 1964, n° 55 – F. CHABAS, MM. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, Premier vol., *Obligations, Théorie générale*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 1998, p. 96, n° 107 – PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, *Obligations, contrats, sûretés réelles*, par G. RIPERT, LGDJ, 2^{ème} éd., 1947, p. 31, n° 77, l'auteur emploie les termes de « réciprocité des chances de gain ou de perte ». Ce terme de réciprocité fait directement référence à la « convention réciproque » de l'article 1964 du Code civil (Cf. A. ROUAST, *La réduction judiciaire de la rémunération des généalogistes*, JCP N 1954, I, n° 1179). Il ne paraît cependant pas adapté à décrire le mécanisme du contrat aléatoire. Ce qui est réciproque est en effet ce « qui s'exerce à la fois d'un premier terme au second et du second au premier » (*Le Petit Robert, Dictionnaire de la langue française*, sous la direction de J. REY-DEBOVE et A. REY, Dictionnaire Le Robert, 1993, V. « Réciproque »). La réciproque implique donc un effet identique dans les deux sens, ce qui n'est assurément pas le cas du contrat aléatoire. C'est ainsi que, lorsque l'article 1964 dispose que le contrat de révélation de succession est une convention réciproque, il signifie seulement qu'il est synallagmatique. A notre sens, ce terme n'implique donc pas que les chances de gain et de perte soient réciproques. Dans le même sens, M. LOCHOUARN (*L'évolution juridique de la convention de révélation de succession : le point sur deux revirements récents*, préc., p. 22) évoque pourtant « une relation de réciprocité où l'un gagne ce que l'autre perd ». Le terme de corrélation, utilisé par Mme MORIN, est sûrement plus adapté à décrire cette opinion, dans la mesure où il désigne « le rapport entre deux phénomènes qui varient l'un en fonction de l'autre » (*Le Petit Robert, Dictionnaire de la langue française*, sous la direction de J. REY-DEBOVE et A. REY, Dictionnaire Le Robert, 1993, V. « Corrélation »).

⁴² F. CHABAS, MAZEAUD (H., L et J.), *Leçons de Droit Civil*, t. II, vol. 1, *Obligations, Théorie Générale*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 1998, p. 96, n° 107 – PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, *Obligations, contrats, sûretés réelles*, par G. RIPERT, LGDJ, 2^{ème} éd., 1947, p. 31, n° 77.

répondre en une seule fois, il paraît ainsi nécessaire de traiter distinctement l'étendue de l'aléa (a) et les sujets de l'aléa (b).

a. L'étendue de l'aléa

Il s'agit de déterminer si l'aléa doit obligatoirement consister à la fois dans une chance de gain et de perte ou s'il se suffit d'une seule chance de gain ou d'une seule chance de perte. En d'autres termes, pour que la condition d'existence d'un aléa soit satisfaite, faut-il que la partie concernée par l'aléa ait à la fois des chances de gagner et des chances de perdre ? La possibilité d'un gain et celle d'une perte doivent-elles exister simultanément ? Suffit-il au contraire qu'une partie ait seulement des chances de gagner ou de ne pas gagner, sans avoir de chance de perdre ? Au sens commun, un aléa est en effet toujours présent lorsque la possibilité se situe entre une chance de gagner ou de ne rien gagner. De même est-il toujours présent lorsque cette possibilité se situe entre une chance de perdre ou de ne rien gagner. D'une manière générale, on n'attendra pas d'une partie qu'elle se soumette à un contrat qui engendre pour elle seulement un risque de perte. C'est ainsi qu'en pratique, chaque partie aura toujours des chances de gain justifiant son engagement.

Curieusement, la doctrine⁴³ ne traite pas précisément de cette question, se contentant de l'effleurer parfois en exigeant, un peu hâtivement, la corrélation précitée. Elle mérite pourtant d'être abordée, la différence de rédaction entre les articles 1104 et 1964 du Code civil sur ce point étant sensible.

Les termes de l'article 1104, se contentant d'un gain ou d'une perte, peuvent être compris comme laissant la possibilité d'une qualification de contrat aléatoire lorsque l'acte comporte soit une chance de perte, sans gain espéré, soit une chance de gain, sans perte risquée⁴⁴.

L'article 1964 imposerait une solution différente, puisqu'il évoque « les effets, quant aux avantages et aux pertes » alors qu'il aurait pu se contenter des effets, quant aux avantages ou aux pertes. Cette différence ne résiste pourtant pas à l'analyse. D'une part, il s'agit peut-être d'une inattention des rédacteurs, d'une « inexactitude » comme M. BENABENT estime que l'article en contient au sujet du nombre de parties concernées⁴⁵. Ceci signifierait qu'il ne faut pas accorder au terme choisi un rôle et une importance qu'il n'a pas. Autant le terme « ou » est significatif d'un choix, autant le terme « et » n'est pas systématiquement significatif d'une accumulation mais peut simplement décrire une énumération. D'autre part, l'article 1964 n'est pas rédigé de manière aussi claire que l'alinéa 2nd de l'article 1104 du Code civil. Par l'emploi

⁴³ Pas même les travaux préparatoires du Code civil.

⁴⁴ Dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations préparé par la Chancellerie, l'équivalent de l'article 1104 al. 2 (Projet, art. 6 al. 2) est rédigé en ces termes : « 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 incertain ». Point de corrélation exigée, point de perte non plus.

⁴⁵ A. BENABENT, *Les contrats civils et commerciaux*, 10^{ème} éd., LGDJ, 2013, p. 622, n° 1311.

de la conjugaison du verbe « consister »⁴⁶, l'article 1104 du Code civil affiche ouvertement sa volonté d'expliquer le sens de la notion d'équivalent dans le contrat aléatoire. L'article 1964 procède différemment. Comme on le ferait si l'expression était précédée des termes « à propos de ... », il se contente d'évoquer « les effets, quant aux avantages et aux pertes » pour poser le principe selon lequel, lorsqu'ils dépendent d'un événement incertain, le contrat est aléatoire. Autrement dit, au lieu de poser le principe selon lequel l'aléa consiste dans les avantages et les pertes, l'article 1964 indique que l'aléa est ce qui concerne les avantages et les pertes. Il ne semble pas avoir pour but de poser un principe concernant le caractère simultané ou non des chances de pertes et des chances d'avantages.

En outre, appliquer la qualification d'aléatoire à un contrat présentant soit des chances de gain, soit des chances de perte, n'a rien de contradictoire avec la notion d'aléa au sens commun du terme.

Ainsi faudra-t-il faire prévaloir la rédaction de l'article 1104 sur celle de l'article 1964 et admettre que l'une des parties au contrat aléatoire puisse avoir seulement des chances de gain. Si les chances de gain et les chances de pertes ne doivent pas nécessairement exister simultanément, il ne peut pas être nécessaire qu'il y ait une corrélation entre la chance de gain et le risque de perte de chacune des parties. Appliquée au cas où l'une des parties n'aurait pas de chance de perte, l'exigence de cette corrélation signifierait que l'autre partie n'aurait pas de chance de gain. Sauf intention libérale, elle n'aurait donc pas de raison de contracter.

Cependant, le « ou » de l'article 1104 peut être interprété différemment. On peut en effet considérer qu'il exprime simplement une symétrie de possibilités nécessairement alternatives, le gain ne pouvant être une perte et réciproquement, ce qui ne signifierait pas que l'une et l'autre de ces possibilités ne doivent pas être envisagées par chaque partie. En ce sens, l'article 1104 rejoindrait l'article 1964.

Pour résumer, il semble que la rédaction de l'article 1104 ne s'oppose pas à la possibilité d'un contrat aléatoire dans lequel une des parties encourt seulement des chances de gagner ou de ne rien gagner, sans risque de perte.

b. Les personnes sujettes à l'aléa

Au contraire de la question précédente, celle de la contradiction entre les termes de l'article 1104 al. 2nd et ceux de l'article 1964 à propos des sujets de l'aléa a fait l'objet d'un important débat doctrinal. Il s'agit de déterminer si l'aléa doit exister pour toutes les parties au contrat⁴⁷ pour que le contrat soit aléatoire ou s'il suffit qu'il ne concerne qu'une partie. L'exigence d'une corrélation entre les chances de gain et perte de chacune des parties implique que l'aléa

⁴⁶ Art. 1104 du Code civil : « [...] l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte [...] ».

⁴⁷ En ce sens, V. C. BRULANT, *Aléa, incertitudes et risques dans les obligations contractuelles*, Thèse, PARIS II, 1972, p. 10.

existe pour les deux parties. Nous avons cependant vu que cette corrélation ne peut être exigée si l'on considère qu'il n'est pas obligatoire, d'après la loi, qu'une partie ait à la fois des chances de gain et des chances de perte. Libérée de cette contrainte, l'analyse peut être conduite librement.

Les dispositions de l'article 1104 semblent claires. Elles exigent que l'aléa, c'est-à-dire la chance de gagner ou de perdre, existe pour « chacune » des parties au contrat. On devrait ainsi considérer que, si les chances de gagner ou les chances de perdre n'existent pas pour toutes les parties au contrat, ce qui signifie que l'équivalent est fixe et déterminé dès la conclusion du contrat pour au moins l'une des parties, le contrat devrait être considéré comme commutatif.

Pourtant, un doute persiste. La définition du contrat commutatif, telle qu'elle est exposée à l'alinéa premier de l'article 1104 du Code civil, exige que l'équivalent existe pour les deux parties. De la suite, c'est-à-dire des dispositions de l'article 1104 al. 2nd, on déduit *a contrario* que l'équivalent doit avoir un caractère fixe et déterminé dès la conclusion du contrat pour qu'il soit considéré comme étant commutatif. Quelle sera alors la nature d'un contrat dans lequel l'équivalent est certain pour l'une des parties au moment de la conclusion du contrat et aléatoire pour l'autre ? Il ne devrait être ni commutatif, ni aléatoire. L'interprétation utile de cette disposition impose pourtant de considérer ce contrat comme aléatoire.

Une autre solution serait de considérer que, évoqué dans le même article, le contrat aléatoire n'est qu'une sorte de contrat commutatif⁴⁸. Le texte ne s'y oppose d'ailleurs pas formellement puisque son alinéa 2nd précise bien que la chance de gain ou de perte est ce en quoi consiste l'équivalent dans le contrat aléatoire. Dans le contrat aléatoire, comme dans le contrat commutatif, il y aurait un équivalent. Cependant, argumenter de la sorte ne fait que déplacer le problème. Certes, il y a un équivalent dans les deux types de contrat. Pourtant, à supposer que les contrats aléatoires ne constituent qu'un sous-ensemble des contrats commutatifs, il n'en reste pas moins que la difficulté persiste pour le cas où l'obligation de l'une des parties sera déterminée lors de la conclusion alors que celle de l'autre partie sera aléatoire. Pour finir, quel serait l'intérêt de la catégorie des contrats commutatifs si elle existait seule, sans aucune autre qui lui soit opposée ?

Concernant l'article 1964, il n'est pas possible de relever une imprécision comme cela a pu être fait à propos de la réunion des chances de gain et de perte. En effet, sur la question des parties concernées par l'aléa, l'article 1964 est tout aussi clair que l'article 1104 mais dans un sens opposé, indiquant dans des termes précis que l'aléa peut exister « soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles ». Malgré les réserves émises en raison de sa situation dans le Code civil, ce texte offre quand même la possibilité d'une qualification de contrat aléatoire lorsque l'aléa n'existe que pour une partie.

⁴⁸ Cette question a été largement développée par F. GRUA (*Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs*, RTD Civ. 1983, p. 263 à 287). L'idée est principalement fondée sur le fait que l'aléa existe dans la plupart des contrats.

La clarté des termes de l'article 1964 associée à une interprétation utile de l'article 1104 al. 2 permettrait de soutenir que le contrat aléatoire peut se suffire de l'aléa pour une seule des deux parties.

Cependant, la réalité du contrat n'est pas aussi conciliante que le texte.

2. La réalité contractuelle

On peut estimer sans outrager la loi qu'elle semble se contenter d'un aléa résidant dans le gain ou la perte et pour une seule des parties. Pourtant, la doctrine fait prévaloir l'article 1104 al. 2nd sur l'article 1964, exigeant l'aléa pour les deux parties⁴⁹.

Les auteurs concernés⁵⁰ fondent leur solution sur l'observation de la pratique, constatant qu'à chaque fois, « l'événement qui profite à l'un entraîne une perte pour l'autre »⁵¹. Exigeant, au-delà des textes, une corrélation entre le gain de l'un et la perte de l'autre, cette solution implique l'exigence d'un aléa pour les deux parties au contrat. Certains des exemples cités, comme le contrat d'assurance ou le contrat de rente viagère⁵² vérifient cette position.

Cependant, c'est la démarche intellectuelle qui peut être discutée. Si puiser dans des exemples pour déterminer une règle de fait est admissible, puiser dans des exemples pour en déduire le sens de la loi peut apparaître contestable. La loi ne semble pas avoir le sens souhaité par ces auteurs et ce n'est pas parce que les exemples qu'elle cite correspondent à leur interprétation que cela vaudrait nécessairement pour tous les contrats.

Justement, est-il possible de concevoir un contrat dans lequel l'obligation de l'une des parties serait déterminée de manière invariable lors de la conclusion du contrat, alors que celle de l'autre partie dépendrait d'un événement incertain ?

Cette situation a été envisagée concernant la vente aléatoire, dans laquelle le prix de vente est fixé lors de la conclusion du contrat alors que la valeur du bien ne l'est pas. Malgré cette unique indétermination, il est généralement soutenu qu'un aléa persiste pour les deux parties,

⁴⁹ R. KAHN, *L'aléa dans les contrats*, Thèse, PARIS, 1925, n° 73 et s. – DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. II, Paris, 1923, n° 915 – A. BENABENT, *Contrats aléatoires, Généralités*, Juriscl. civ., art. 1964, actualisé par M.-A. RAKOTOVAHINY, n° 55 – PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, par ESMEIN (P.), LGDJ, 2^{ème} éd., 1952, n° 40, note 2 – F. CHABAS, MAZEAUD (H., L et J.), *Leçons de Droit Civil*, t. II, vol. 1, *Obligations, Théorie Générale*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 1998, n° 107, p. 96 – A. MORIN, *Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, Thèse préc., p. 117 et s., n° 267 et s – F. LEDUC, Ph. PIERRE, *Assurances placement : une qualification déplacée, à propos des arrêts de Chambre mixte du 23 novembre 2004*, préc., spéc. p. 8 et 9.

⁵⁰ Hormis F. LEDUC, Ph. PIERRE (*Assurances placement : une qualification déplacée, à propos des arrêts de Chambre mixte du 23 novembre 2004*, préc., spéc. p. 8 et 9) qui fondent leur argumentation sur la place respective des articles 1104 et 1964 dans le Code civil, Cf. *supra*.

⁵¹ F. CHABAS, MAZEAUD (H., L et J.), *Leçons de Droit Civil*, t. II, vol. 1, *Obligations, Théorie Générale*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 1998, n° 107, p. 96

⁵² Figurant d'ailleurs tous deux dans les contrats énumérés à l'article 1964 du Code civil.

au motif qu'il « affecte [...] l'équilibre final des prestations ». « Même en ayant touché définitivement une somme fixe, le vendeur court donc un aléa : il aura réalisé un gain si les droits vendus se révèlent d'une valeur inférieure au prix de vente, et il aura subi une perte dans le cas contraire »⁵³. Il faut alors admettre que l'aléa existe pour les deux parties.

Il est cependant un autre contrat dans lequel l'aléa n'existe pas pour toutes les parties. Même un auteur soutenant la nécessité d'un aléa réciproque a pu l'admettre. « L'exigence que l'aléa soit couru par toutes les parties n'est pas toujours vérifiée en pratique. Et il est des contrats qui ne contiennent d'aléa que pour certaines parties et non pour d'autres : ainsi l'acte par lequel un propriétaire vend à deux personnes différentes la nue-propriété et l'usufruit est-il aléatoire pour les acquéreurs, et commutatif pour le vendeur »⁵⁴. En effet, payé par les deux acquéreurs, le vendeur percevra une somme totale correspondant à la valeur marchande et convenue du bien cédé. Il n'y a donc pas d'aléa le concernant. En revanche, les acquéreurs de l'usufruit et de la nue-propriété encourent chacun un aléa réciproque, la chance de gain de l'un étant un risque de perte pour l'autre. Cet exemple démontrerait qu'il est possible que l'aléa n'existe pas pour toutes les parties. Cependant, selon M. CHABAS, « sans doute, par la réunion des deux ventes qui lui retire la pleine propriété, le vendeur supprime-t-il tout aléa ; mais chaque vente, considérée isolément, encore qu'elles soient l'une et l'autre relatées dans un même écrit, est aléatoire à l'égard des deux contractants ». Qu'il soit possible ou non de considérer qu'il y ait deux contrats de vente et non un seul contrat, au moins faut-il admettre que ce dernier est un contrat tripartite et qu'en cela il est particulier. Mettons-le donc de côté.

Peut-on imaginer d'autres contrats aléatoires de ce type qui ne seraient pas tripartites ?

Sans anticiper sur la suite de nos développements, on peut concevoir un contrat de révélation de succession dans lequel la rémunération du généalogiste successoral serait fixe, quel que soit le résultat de l'opération. Dans un premier temps, on pourrait soutenir que le contrat ne présente aucun aléa pour le généalogiste successoral qui percevrait une rémunération déterminée à l'avance, quelle que soit la valeur de l'actif successoral revenant à son client. On soutiendrait qu'il présenterait au contraire un aléa pour l'héritier. Si sa part de l'actif net successoral se révélait être d'une valeur supérieure à la rémunération du généalogiste successoral, l'héritier serait gagnant. Si sa part de l'actif net successoral se révélait être d'une valeur inférieure au montant de la rémunération du généalogiste, l'héritier serait perdant. Notons que le risque de perte encouru par l'héritier impliquerait qu'une condition originale soit vérifiée. L'obligation d'information pesant sur le généalogiste professionnel au moment de la conclusion du contrat serait étendue. Il faudrait que l'actif successoral normalement

⁵³ A. BENABENT, *Les contrats civils et commerciaux*, 10^{ème} éd., LGDJ, 2013, p. 625-626, n° 1319.

⁵⁴ A. BENABENT, *Contrats aléatoires, Généralités*, Juriscl. civ., éd. 2006, art. 1964, n° 32. L'auteur citait en exemple les décisions suivantes : Cass. civ., 26 avr. 1948, S. 1949, 1, p. 31 ; Gaz. Pal. 1948, 2, p. 50 ; RTD Civ. 1948, p. 479, obs. J. CARBONNIER – CA LYON, 21 nov. 1945, JCP 1946, II, n° 3128, note R. VOUIN – F. CHABAS souligne ce qu'il estime être « une erreur » de la Cour de cassation. Selon lui, ce type de vente n'est pas un contrat aléatoire car il faut l'analyser en deux contrats distincts, à savoir une vente de l'usufruit et une vente de la nue-propriété, qui sont tous deux aléatoires (*Leçons de Droit Civil*, t. II, vol. 1, *Obligations, Théorie Générale*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 1998, p. 96, n° 107). La mise à jour du fascicule du Juris-Classeur précité, réalisée en 2007 par Mme RAKOTOVAHINY, ne reprend pas l'analyse de M. BENABENT.

prévisible au moment de la formation du contrat de révélation de succession soit supérieur à celui de la rémunération contractuellement prévue. Dans le cas contraire, le professionnel aurait manqué à ses obligations d'information et de bonne foi. Le contrat pourrait même être annulé pour défaut de cause, aucun aléa n'existant en réalité pour l'héritier qui se serait engagé à verser au généalogiste une rémunération dont ce dernier savait qu'elle serait de toute façon supérieure à la contrepartie que percevrait son client.

Dans un second temps, on pourrait se demander si, en définitive, ce contrat n'est pas aléatoire aussi pour le généalogiste, en utilisant une argumentation voisine de celle exposée au sujet de la vente aléatoire. Pour une rémunération donnée, le généalogiste ferait une bonne affaire si la succession est de faible valeur. Il en ferait une mauvaise si la succession est d'une valeur importante.

Dans un troisième temps, il faut admettre que les raisonnements précédents sont erronés. La raison en est simple. L'obligation du généalogiste n'est pas de faire percevoir un héritage à l'héritier. Elle est simplement de lui révéler son droit. Ainsi, la cause de l'obligation de payer de l'héritier ne peut-elle se trouver dans la perception de cet héritage mais seulement dans la révélation du secret par le généalogiste. Dans le contrat envisagé ci-dessus, la rémunération que le client versera au généalogiste devra être comparée, non pas avec l'héritage perçu, mais avec la valeur réelle des diligences et frais exposés par le généalogiste pour l'exécution de son obligation. Si un événement aléatoire existe bien dans le cadre de l'opération considérée, il a volontairement été exclu du cadre contractuel par les parties. En effet, il n'y a aucun aléa dans le rapport que les obligations de l'héritier et du généalogiste entretiennent, leurs valeurs respectives étant déterminées dès la conclusion du contrat, en fonction d'éléments extérieurs à la question de l'héritage qui sera éventuellement perçu. Le contrat n'est donc aléatoire pour personne, même si le résultat de l'opération dans sa globalité pourra être aléatoire pour l'héritier.

La situation est donc étonnante.

D'un côté, l'analyse des articles 1104 et 1964 ne permet pas de conclure à l'exigence de risques de perte et de chances de gain corrélatifs.

De l'autre, la mise en pratique fait apparaître qu'on ne parvient pas à concevoir un aléa contractuel qui n'entraîne pas de risques de perte et de chances de gain corrélatifs.

L'inclusion de l'aléa dans le champ contractuel ne peut se faire concernant une seule partie. Le contrat se conclut à deux. C'est ainsi que, si l'aléa n'a pas été envisagé par les deux parties, le contrat ne sera pas aléatoire. Au contraire, si l'aléa a été envisagé par les deux parties, il ne pourra concerner l'une seulement d'entre elles mais aura aussi nécessairement un effet sur l'autre. « Quand un contrat est aléatoire, il l'est nécessairement pour toutes les

personnes qui y ont pris part »⁵⁵. Le caractère synallagmatique du contrat explique pourquoi l'aléa encouru par une partie entraîne un aléa pour l'autre partie. L'exécution des obligations respectives des parties étant la cause l'une de l'autre, fussent-elle aléatoires, l'intérêt qu'une partie va retirer de l'exécution de l'obligation de l'autre partie va nécessairement être fonction de ce que lui coûte l'exécution de sa propre obligation. L'analyse d'un contrat aléatoire synallagmatique ne peut conduire à une solution différente.

Dans le Code civil, il ne semble pas exclu que l'aléa puisse être relatif uniquement au gain et qu'il ne concerne pas les deux parties au contrat. Cette analyse n'est pas conforme à la doctrine dominante.

Dans la pratique, l'aléa doit être corrélatif, ce qui correspond aux contours déterminés par la définition classique de la jurisprudence⁵⁶.

L'analyse n'aura cependant pas été vaine. Si les conclusions auxquelles elle permet d'aboutir sont identiques à ce qui est habituellement soutenu, leur fondement est différent. Alors que la doctrine estime que le caractère corrélatif de l'aléa provient des textes du Code civil relatifs à l'aléa, il apparaît qu'il résulte plutôt des exigences de la logique, la théorie de la cause ne permettant pas de concevoir un contrat synallagmatique pour une seule partie.

Ceci étant acquis, rallions-nous à la position de MM. LEDUC et PIERRE pour résumer les éléments qualificatifs de l'aléa contractuel. Il doit comporter « un aléa événementiel : un événement incertain est introduit par les parties au cœur de l'économie du contrat. Un aléa économique : le rapport final qui s'établira entre les effets produits par le contrat à l'égard de l'une et l'autre partie est, au moment de la conclusion du contrat, ignoré des contractants. Un lien de causalité entre les deux : le ratio final des prestations respectives dépend de l'événement incertain entré dans le champ contractuel »⁵⁷.

⁵⁵ PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, *Obligations, contrats, sûretés réelles*, par G. RIPERT, LGDJ, 2^{ème} éd., 1947, p. 31, n° 77.

⁵⁶ Cass. 1^{ère} civ., 8 juillet 1994, Bull. civ. I, n° 235, p. 172 ; D. 1995, Jp., p. 217, note S. PORCHY : « 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 ». Dans le même sens, V. Cass. com., 10 juin 1960, Bull. com., n° 225 ; S. 1961, Jp., p. 42, note J. AUTESERRE : « Un contrat est aléatoire quand 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 ».

⁵⁷ F. LEDUC, Ph. PIERRE, *Assurances placement : une qualification déplacée, à propos des arrêts de Chambre mixte du 23 novembre 2004*, préc., spéc. p. 9.

II. Application au contrat de rémunération au résultat

Envisager le contrat de rémunération au résultat comme un contrat aléatoire n'est pas démarche courante. On le constate concernant le contrat prévoyant la rémunération de l'avocat ou des autres professionnels libéraux, qui ne sont jamais qualifiés d'aléatoires. L'idée n'est pourtant pas saugrenue. Le cas du contrat de révélation de succession, qualifié ou non, selon les époques, de contrat aléatoire, en atteste.

Malheureusement, la jurisprudence qui le concerne n'est pas d'un grand secours pour permettre de justifier que le contrat de rémunération au résultat soit ou non un contrat aléatoire. Jusqu'à une période récente et sans pour autant définir de manière explicite la notion de contrat aléatoire⁵⁸, elle semblait se contenter de constater un risque pesant sur le généalogiste successoral pour justifier le caractère aléatoire de la convention⁵⁹. La solution était admise, même par le Ministère de la Justice⁶⁰. Il admet aujourd'hui le contraire, sans plus de difficulté ni de justification⁶¹ et ceci depuis le revirement opéré par la Cour de cassation, revirement dont on ne peut déterminer précisément la justification juridique⁶², les arrêts offrant sur ce point une réponse implicite.

⁵⁸ Mme ROEHRIG-SION s'abstient d'ailleurs de se prononcer sur cette définition, au motif que « la jurisprudence dans son ensemble reste fluctuante et [que] l'on ne peut donc retenir une conception uniforme de l'aléa » (*La révélation de succession*, Thèse préc., p. 118).

⁵⁹ Cass. 1^{ère} civ., 3 nov. 1960, Bull. civ., I, p. 386, n° 471 ; JCP 1960, II, n° 11884 ; Gaz. Pal. 1961, Jp., p. 118. La Cour de cassation rejette le pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel de PARIS (CA PARIS, 17 oct. 1958, D. 1958, Jp., p. 718) qui a constaté le caractère aléatoire du contrat en relevant le risque pour le généalogiste de ne pas être rémunéré et supporter les frais exposés. Dans le même sens, V. Cass. 1^{ère} civ., 17 avr. 1956, D. 1956, Jp., p. 427 ; Gaz. Pal. 1956, Jp., p. 405 ; JCP 1956, II, n° 9314 ; Journal des notaires et des avocats 1956, art. 45091, n° 607, note P. COURTEAUD ; RTD Civ. 1956, p. 714, obs. MM. MAZEAUD. La Cour de cassation constate le caractère aléatoire du contrat de révélation de succession en se fondant sur le « risque [...] encouru » par le généalogiste successoral. En 1938, Le Tribunal civil de la Seine estimait que l'aléa existait pour « chacune » des parties mais sans déterminer la consistance de l'aléa pour l'héritier (14 avr. 1938, Gaz. Pal. 1938, Jp., p. 903 – CA PARIS, 4 avr. 1938, JCP 1938, II, n° 744).

⁶⁰ Question de M. le Député G. HAGE, n° 139, JO 10 avr. 1993, p. 1219 et réponse du Ministre de la Justice, JO 28 juin 1996, p. 1836, *Err.* JO 12 juil. 1993, p. 2034 : « Il est généralement admis que le caractère aléatoire de ce type de contrat ne permet pas, en principe, au juge de réduire le montant des honoraires réclamés, lesquels sont librement négociables au moment de la conclusion du contrat ».

⁶¹ Question de M. le Député W. DUMAS, n° 48626, JOAN 12 oct. 2004, p. 7892, et réponse du Ministre de la Justice, n° 48626, JOAN 23 nov. 2004, p. 9253 ; JCP N 2004, n° 49.

⁶² L'arrêt du 5 mai 1998 (Juris-Data n° 001917 ; JCP N, 1999, p. 24, note L. LEVENEUR ; D. Aff., 1998, p. 1170, obs. V. A.-R. ; Defrénois 1998, art. 36860, n° 106, obs. Ph. DELEBECQUE ; Contrats, conc., consom. 1998, n° 111, obs. L. LEVENEUR ; RTD Civ. 1998, p. 901, obs. J. MESTRE) pose le principe selon lequel « les tribunaux peuvent, quand une convention a été passée en vue de la révélation d'une succession en contrepartie d'honoraires, réduire ces derniers lorsque ceux-ci paraissent exagérés au regard du service rendu ». Or, le caractère aléatoire s'oppose par principe à la réduction des honoraires. Il a donc été déduit de cette décision que la Cour de cassation réfutait le caractère aléatoire du contrat qui lui était soumis. Cette solution concernait-elle tous les contrats de révélation de succession ou seulement celui-ci, qui avait pour particularité de prévoir une rémunération forfaitaire ? La jurisprudence postérieure (Cass. 1^{ère} civ., 21 fév. 2006, Bull. civ., I, n° 100 ; Defrénois 2006, art. 38433, n° 44, p. 1223 et s., note R. LIBCHABER), sans donner plus d'explication quant au fondement choisi, a confirmé la généralité de cette solution en l'appliquant à un contrat prévoyant une rémunération au pourcentage de l'actif net successoral.

Qu'elle fût soutenue par une doctrine de renom⁶³ expliquait peut-être que la jurisprudence qualifie le contrat de révélation de succession d'aléatoire sans chercher à justifier sa solution de manière rigoureuse. Les positions tenues par cette doctrine n'étaient pourtant pas incontestables. M. CAPITANT estimait par exemple que, si le contrat était aussi aléatoire pour l'héritier, c'était parce que, « sans la révélation, il n'aurait pas chance de connaître l'ouverture de la succession »⁶⁴. Cette remarque désigne tout au plus le caractère aléatoire de la dévolution successorale en général, à savoir la possibilité qu'un héritier ne soit pas retrouvé. Elle ne concerne pas l'accomplissement du contrat de révélation de succession.

Aujourd'hui, l'application des critères du contrat aléatoire tels qu'ils sont dégagés par la doctrine désormais majoritaire conduit les auteurs qui s'intéressent au contrat de révélation de succession à lui refuser le plus souvent la qualification de contrat aléatoire⁶⁵. Cette solution semble pourtant discutable.

Nous verrons que les discussions sur la nature aléatoire du contrat de révélation de succession s'articulent en général autour de l'idée selon laquelle la chance de gain pour l'héritier résiderait dans l'appréhension d'un actif successoral⁶⁶. Selon que l'on voit ou pas un aléa dans cet événement, le contrat serait aléatoire ou non. Transposé à la convention d'honoraire des avocats, l'aléa résiderait dans le résultat des diligences accomplies par l'avocat : le litige sera-t-il résolu au bénéfice de son client ? C'est une erreur. L'aléa réside dans le rapport de valeur entre les prestations réciproques. Or, rechercher l'aléa dans ce rapport, en ignorant volontairement la question de l'actif successoral ou du résultat du litige, permet d'élargir l'enjeu de la réflexion à tous les contrats de rémunération au résultat.

C'est ainsi que l'analyse de l'aléa du point de vue du généalogiste ou plus généralement du professionnel (A) et de celui de l'héritier ou plus généralement du client (B) permet d'établir que le contrat de rémunération au résultat est aléatoire pour les deux parties au contrat.

⁶³ PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, *Obligations*, par P. ESMEIN, LGDJ, 2^{ème} éd., 1952, n° 524 – DEMOGUE, *RTD Civ.* 1891, p. 797. Plus récemment, V. F. CHABAS, MAZEAUD (H., L., J.), *Leçons de Droit Civil*, t. II, vol. 1, *Obligations, Théorie Générale*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 1998, p. 96 et 97, n° 106 : Le contrat de révélation de succession est « aléatoire si, la rémunération du généalogiste étant subordonnée à l'attribution et au montant de la succession, on n'a encore aucune certitude sur l'absence d'héritiers d'un rang préférable, ni sur l'existence d'un testament, ni sur l'importance respective de l'actif et du passif ».

⁶⁴ *De la cause des obligations*, Librairie Dalloz, 1923, p. 207, n° 101.

⁶⁵ D. LOCHOUARN, *L'évolution juridique de la convention de révélation de succession : le point sur deux revirements récents*, préc., spéc. p. 21 et 22 – D. FENOUILLET, *Le droit de la consommation et la révélation de succession*, *RDC* 1^{er} avr. 2005, n° 2, p. 331 – A. MORIN, *Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, Thèse préc., p. 128-129, n° 298, p. 245-246, n° 565 – A. BENABENT, *La chance et le droit*, Thèse, PARIS, 1971, n° 178 et s. Déjà, bien auparavant, V. MM. MAZEAUD, note sous Cass. 1^{ère} civ., 17 avr. 1956, *RTD Civ.* 1956, p. 714 – J.-Ch. LAURENT, *Le contrat de révélation de succession*, *Rev. crit. légis. et jurispr.* 1931, p. 397 à 424, spéc. p. 421 à 425. Contra, D. GRILLET-PONTON, *Essai sur le contrat innommé*, Thèse préc., n° 123, p. 133, note 4 : « Il ne fait pas de doute que la fraction du contrat correspondant à la révélation des droits présente un caractère aléatoire, même si cette classification est parfois discutée au sujet de l'ensemble de l'opération ».

⁶⁶ Le fait que ce critère de l'appréhension de l'actif successoral soit spécifique au contrat de révélation de succession explique d'ailleurs que les autres contrats prévoyant la rémunération au résultat ne sont pas qualifiés d'aléatoires.

A. L'aléa du point de vue du professionnel

Même par les auteurs refusant au contrat de révélation de succession la qualification de contrat aléatoire, il est généralement admis que le contrat de révélation de succession est aléatoire du point de vue du généalogiste⁶⁷, comme tout contrat de rémunération au résultat est aléatoire pour le professionnel. En effet, la conclusion du contrat de rémunération au résultat fait naître pour lui des chances de gain (1) mais aussi des chances de perte (2).

1. Les chances de gain

Le mode de calcul de la rémunération du professionnel (a) rend l'obtention d'un gain incertain tant dans son principe que dans son montant mais lui permet d'espérer des bénéfices parfois élevés (b).

a. Le calcul de la rémunération du professionnel

Le gain du généalogiste successoral sera acquis à condition que l'héritier perçoive son héritage. Ce principe acquis, les honoraires que le généalogiste successoral percevra seront prélevés sur le montant net dudit héritage et en représenteront un pourcentage. Ce pourcentage est généralement fonction du degré de parenté entre l'héritier et le *de cuius*, d'une part, et le montant précité, d'autre part. Plus la parenté est proche et plus le montant de l'héritage est élevé, plus faible sera ce pourcentage. Il sera au contraire d'autant plus important que le degré de parenté est éloigné et que le montant de l'héritage est faible. Parfois, le pourcentage est seulement fonction du montant de l'actif successoral.

C'est ainsi que les pourcentages varient en général de 15 à 45 % T.T.C.⁶⁸ de l'actif net, c'est-à-dire une fois déduit le passif, revenant à l'héritier⁶⁹.

Concernant les avocats, la rémunération au résultat n'est pas la règle⁷⁰. Le pacte *de quota litis*, c'est-à-dire la convention fixant « exclusivement l'intégralité de ses honoraires en fonction du

⁶⁷ « Dans ce contrat, c'est tout au plus l'activité du généalogiste qui présente un caractère aléatoire » (A. MORIN, *Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, Thèse préc., p. 129, n° 298). En ce sens, avec des réserves, Cf. D. LOCHOUARN, *L'évolution juridique de la convention de révélation de succession : le point sur deux revirements récents*, préc., spéc. p. 22.

⁶⁸ Les honoraires du généalogiste successoral sont effet soumis à la T.V.A. au taux de 20 %. La somme qu'il percevra finalement sera donc amputée d'autant.

⁶⁹ En 1950, J.-Ch. LAURENT relevait que « le taux de 50 % s'était [...] généralisé » (Note sous RIOM, 20 juin 1950, JCP 1950, II, n° 5827) mais il semble que le pourcentage moyen soit aujourd'hui largement inférieur.

⁷⁰ Les principes encadrant la rémunération des avocats figurent pour l'essentiel à l'article 11 de leur Règlement Intérieur National, issu de l'article 10 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, des articles 10, 11

résultat judiciaire de l'affaire », est même prohibé⁷¹. Néanmoins, parmi d'autres critères, la rémunération de l'avocat peut être fixée en tenant compte des « avantages » et du « résultat obtenu au profit du client par son travail, ainsi que le service rendu à celui-ci »⁷². En conséquence, l'avocat peut convenir avec son client d'un honoraire de résultat, à la condition que la convention prévoise aussi un honoraire fixe. En pratique, l'honoraire fixe représente souvent une modeste partie de la rémunération que l'avocat espère et sa rémunération finale sera d'autant plus variable que l'honoraire fixe est limité. Le pourcentage appliqué au résultat obtenu est parfois unique et parfois dégressif ; il sera alors d'autant plus réduit que la tranche est élevée.

b. L'éventuelle obtention d'un gain très supérieur à la valeur économique de sa prestation

Alors même qu'un grand nombre de dossiers se soldent par des échecs et que d'autres ne rapportent qu'un maigre bénéfice, l'activité des généalogistes successoraux est en général prospère et les entreprises qui l'exercent sont, pour les plus importantes, florissantes.

Ceci suppose naturellement que, sur les dossiers couronnés de succès, certains aient rapporté un bénéfice très important. Dans ces situations, les honoraires facturés à l'héritier en fonction des modalités prévues au contrat de révélation de succession auront été importants. En termes de valeur globale, ils auront été beaucoup plus importants que, ensemble, les frais exposés et la valeur du temps passé dans le simple cadre de l'exécution de l'obligation de révélation du secret.

Dans une moindre mesure peut-être, les pratiques étant très diversifiées, les avocats, ainsi que tous les professionnels rémunérés au résultat, ont le même espoir au moment de la conclusion de la convention. Un cabinet peut par exemple être spécialisé dans le contentieux sériel de l'indemnisation des victimes de l'amiante et percevoir des honoraires de résultat très importants pour des actions en réalité répétitives donc ayant nécessité des diligences et des frais limités.

C'est la chance de gain du professionnel. Cette chance de gain est comparable à celle qui se rencontre dans de nombreux contrats aléatoires, au moins ceux dans lesquels les contractants ont « défié »⁷³ le hasard pour obtenir un gain (jeu, pari, prêt à la grosse aventure et rente

et 12 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 et des articles 174 et suivants du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991.

⁷¹ R.I.N., préc., § 11.3. Dans le même sens, V. L. n° 71-1130 du 31 décembre 1971, art. 10, al. 3 : « Toute fixation d'honoraires, qui ne le serait qu'en fonction du résultat judiciaire, est interdite ».

⁷² R.I.N., préc., §11.2. Dans le même sens, V. L. n° 71-1130, *op. cit.*, art. 10, al. 3 : « Est licite la convention qui, outre la rémunération des prestations effectuées, prévoit la fixation d'un honoraire complémentaire en fonction du résultat obtenu ou du service rendu ».

⁷³ F. LEDUC, Ph. PIERRE (*Assurances placement : une qualification déplacée, à propos des arrêts de Chambre mixte du 23 novembre 2004*, préc., spéc. p. 8). Les auteurs opposent ces contrats aléatoires à ceux qui protègent contre le hasard.

viagère). Le professionnel aura en effet risqué une perte en frais et en temps, dans le but atteint d'obtenir une valeur beaucoup plus importante que celle de l'investissement réalisé.

2. Les risques de perte

Parmi les aléas subis par le professionnel, certains doivent être exclus (a) parce que non contractuels. Cependant, un certain nombre de risques persistent à l'intérieur de la sphère contractuelle et doivent être à ce titre retenus (b).

a. Les risques exclus

Il a parfois été dit que l'essentiel de l'aléa pour le généalogiste successoral consistait dans le fait qu'il entreprend souvent des recherches d'héritier qui se révéleront infructueuses. Il aura alors éventuellement passé beaucoup de temps et engagé d'importants frais sans que ses recherches aient abouti.

Cette situation est spécifique au généalogiste successoral, l'avocat n'intervenant que sur sollicitation du client avec lequel il conclut la convention d'honoraires.

Cet aléa ne peut être pris en compte pour la qualification du contrat de révélation de succession. En dehors du fait qu'il est pratiquement exclu en pratique qu'un généalogiste de retrouve pas d'héritier, cet aléa est en effet extracontractuel et « par hypothèse, au moment où le contrat est conclu, ces risques n'existent plus puisque les héritiers ont été découverts »⁷⁴. Cette exclusion est, à juste titre, reprise de manière unanime par la doctrine⁷⁵, y compris par Mme ROEHRIG-SION⁷⁶, même si cette dernière fait, dans un second temps, figurer l'absence d'héritiers parmi les éléments contribuant à rendre le contrat de révélation de succession aléatoire.

C'est ainsi que l'aléa subi par le généalogiste successoral avant la conclusion du contrat de révélation de succession rend son activité aléatoire mais ne rend pas le contrat de révélation de succession aléatoire.

⁷⁴ L. LEVENEUR, *Une application du concept de bien-information : pour un renouvellement de l'approche du contrat de révélation de succession*, Mélanges en l'honneur de M. P. CATALA, Litec, 2001, p. 777, n° 12.

⁷⁵ D. FENOUILLET, *Le droit de la consommation et la révélation de succession : question écrite et réponse du ministre de la justice*, JO 25 nov. 2004, p. 2696, RDC avr. 2005, p. 331 : « Le risque de non-conclusion du contrat que court le généalogiste est antérieur et extérieur au contrat : il rend l'activité du généalogiste aléatoire mais pas le contrat lui-même ».

⁷⁶ *La révélation de succession*, Thèse préc., p. 124 : « Ces aléas sont inhérents à son activité et ne constituent pas des aléas juridiques ».

Selon certains auteurs, cette exclusion suffit à ôter tout caractère aléatoire au contrat de révélation de succession. Il a en effet été soutenu que, hormis ce risque de recherches infructueuses, le généalogiste successoral ne subit aucun aléa⁷⁷. C'est inexact. Même une fois le contrat de révélation de succession signé, plusieurs événements peuvent anéantir les espoirs du généalogiste successoral. En ne percevant aucune rémunération, ou une rémunération trop faible, le généalogiste successoral ne retirera aucun bénéfice du contrat de révélation de succession. Plus encore, ce contrat lui causera une perte correspondant aux frais engagés et au temps passé depuis la signature du contrat.

b. Les risques retenus

Il a été écrit qu'au moment de la conclusion du contrat de révélation de succession, « le généalogiste a connaissance de la succession »⁷⁸, que « le risque qu'accepte parfois de prendre le généalogiste en s'obligeant à assumer le passif éventuel est le plus souvent inexistant »⁷⁹ ou encore que les généalogistes se sont groupés « en un petit nombre d'entreprises traitant suffisamment d'affaires pour opérer une compensation éliminant l'aléa »⁸⁰. Cette dernière objection, qui a aussi été opposée au contrat d'assurance et qui pourrait l'être à l'avocat, n'est pas recevable. En effet, « pour savoir si un contrat est aléatoire, il faut l'examiner isolément »⁸¹. On ne peut donc pas déduire de la rentabilité globale de l'activité d'un généalogiste successoral ou d'un avocat le fait que chacun des contrats qu'il conclut n'est pas aléatoire⁸².

Concernant le généalogiste successoral, certaines circonstances postérieures à la conclusion du contrat de révélation de succession sont bien de nature à le priver purement et simplement de rémunération. D'autres peuvent générer à sa charge des sommes si importantes que sa

⁷⁷ J.-Ch. LAURENT, *Le contrat de révélation de succession*, Rev. crit. légis. et jurisp., 1931, p. 397 à 424, spéc. p. 423 – H. L. et J. MAZEAUD, note sous Cass. Civ. 17 avr. 1956, RTD Civ. 1956, p. 715 : « Quel est le risque couru par le généalogiste qui stipule un pourcentage contre la révélation d'une succession ? Il ne court, quand il signe le contrat, aucune chance de gain ni de perte : il connaît d'une part l'existence de la succession et approximativement son importance, d'autre part les frais qu'il a engagés pour retrouver l'héritier. S'il existe un risque pour lui, c'est quand il engage des frais pour rechercher les héritiers : il ne sait pas s'il aboutira et il ignore si les héritiers, une fois découverts, accepteront de passer le contrat ».

⁷⁸ H. L. et J. MAZEAUD, note sous Cass. Civ. 17 avr. 1956, RTD Civ. 1956, p. 715. En ce sens, J.-J. BARBIERI, note sous Cass. 3^{ème} civ., 19 mai 1981, D. 1982, Jp., p. 161, qui propose même, pour cette raison, d'« annuler le contrat pour absence d'aléa » ; Adde A. LECOURT, *Retour sur le contrat de révélation de succession*, note sous CA PAU, 5 déc. 2005, D. 2006, Jp., p. 2020.

⁷⁹ D. FENOUILLET, *Le droit de la consommation et la révélation de succession : question écrite et réponse du ministre de la justice*, JO 25 nov. 2004, p. 2696, RDC avr. 2005, p. 331.

⁸⁰ A. BENABENT, *La chance et le droit*, Thèse, PARIS, 1971, n° 178 et s.

⁸¹ F. CHABAS, MAZEAUD (H., L et J.), *Leçons de Droit Civil*, t. II, vol. 1, *Obligations, Théorie Générale*, 9^{ème} éd., Montchrestien, 1998, p. 96, n° 107.

⁸² D. ROEHRIG-SION, *La révélation de succession*, Thèse préc., p. 120 : « Il faut noter qu'avant d'arriver à cette compensation, espoir légitime pour tout un chacun, des frais très importants ont dû être réalisés. La compensation s'opère souvent sur une longue période et c'est pour cette raison que chaque contrat, aussi maigre que soit sa rémunération, a son poids ».

rémunération en sera très largement amoindrie, au risque que le bilan de l'opération, au terme du contrat, soit négatif. Mme ROEHRIG-SION a détaillé ces éléments⁸³.

Le risque réside premièrement dans l'existence d'un testament⁸⁴. Ce testament, qui sera souvent découvert à l'occasion de l'inventaire, est la crainte principale des généalogistes successoraux. Ce n'est pas un risque seulement théorique⁸⁵. En ôtant purement et simplement la qualité de successible au client du généalogiste, il prive ce dernier de toute rémunération.

Deuxièmement, si le généalogiste successoral a découvert un possible héritier, il est tout aussi possible qu'un nouvel héritier fasse irruption au cours des opérations de succession. S'il vient en concurrence avec le client du généalogiste successoral, la rémunération de ce dernier se trouvera diminuée. Si, « plus rapproché »⁸⁶, il évince purement et simplement le client du généalogiste successoral, ce dernier ne percevra aucune rémunération.

Troisièmement, lorsqu'il s'engage dans la recherche d'héritier, puis conclut un contrat de révélation de succession, le généalogiste successoral ne connaît que grossièrement la valeur de la succession. Or, « une bonne apparence cache parfois une mauvaise situation financière ; tel est le cas lorsque les biens immobiliers sont largement hypothéqués, ou qu'un passif jusqu'alors inconnu se révèle »⁸⁷. Les biens immobiliers peuvent aussi être occupés sans droit ni titre. Des dettes peuvent se révéler tardivement. Des pénalités importantes peuvent être dues à l'administration fiscale en raison du dépôt hors délai de la déclaration de succession. Mme ROEHRIG-SION remarque aussi que l'incertitude peut tout autant concerner les valeurs mobilières du patrimoine. Ces valeurs mobilières peuvent être fragiles et l'incertitude financière est d'autant plus grande que « les droits de succession sont calculés sur la valeur du portefeuille au jour du décès »⁸⁸. L'actif net revenant à l'héritier pourra alors être largement inférieur à la somme initialement espérée, ce qui diminuera d'autant la rémunération du généalogiste successoral. Si, pire encore, la succession se trouve alors déficitaire, l'héritier y renoncera. S'il n'y renonce pas, le déficit sera contractuellement mis à la charge du généalogiste successoral. Dans les deux cas, le généalogiste subira une perte.

Quatrièmement, il faut compter avec le coût des procédures et démarches que devra parfois engager le généalogiste successoral pour permettre à son client d'hériter effectivement. Par exemple, l'occupant sans droit ni titre précédemment évoqué devra être expulsé. Le généalogiste sera chargé de la procédure. S'il est nécessaire que les intérêts du client du généalogiste successoral soient défendus en justice, par exemple contre des héritiers

⁸³ D. ROEHRIG-SION, *La révélation de succession*, Thèse préc., p. 124 à 130. Retenant les mêmes aléas, A. ROUAST, *La réduction judiciaire de la rémunération des généalogistes*, JCP N 1954, 1179.

⁸⁴ Cf. LYON, 1^{er} mars 1911, S. 1912, 2, p. 243 : « Le contrat [...] comporte un aléa, consistant notamment dans la découverte d'un testament ».

⁸⁵ Pour des exemples, Cf. M. COUTOT, *Ces héritiers que je cherche*, éd. Laffont, 1974, p. 206.

⁸⁶ CAPITANT, *De la cause des obligations*, Librairie Dalloz, 1923, p. 207.

⁸⁷ D. ROEHRIG-SION, *La révélation de succession*, Thèse préc., p. 125.

⁸⁸ D. ROEHRIG-SION, *La révélation de succession*, Thèse préc., p. 126.

concurrents, là encore le généalogiste successoral suivra les opérations. Certes, ces actions d'assistance et de représentation de son client sont effectuées par le généalogiste successoral en vertu de mandats spéciaux. Cependant, c'est en application du contrat de révélation de succession qu'elles restent financièrement à la charge du généalogiste en cas d'échec. Or, pour ne parler que d'elles, les procédures judiciaires représentent une charge financière⁸⁹ d'autant plus importante qu'elles peuvent durer longtemps. Même en cas de succès donc de remboursement de ses frais au généalogiste successoral, en tout ou partie, l'actif pourra s'en trouver anéanti.

Dans ces situations, le client du généalogiste n'héritera en fin de compte pas. Bien qu'il ait accompli sa mission sans faillir, le généalogiste ne percevra alors aucune rémunération et conservera à sa charge les frais exposés depuis la signature du contrat.

Concernant l'avocat, le risque est lui aussi présent. Au moment de la conclusion de la convention d'honoraires, il ne peut nourrir qu'un espoir relatif au résultat à venir. Son expérience ou l'évidence de la solution peuvent renforcer cette espérance au point qu'elle confine à l'assurance mais le résultat ne sera pas certain.

Au moment de la conclusion de la convention d'honoraires, le résultat de l'éventuelle phase de négociation précédant le conflit judiciaire est par hypothèse inconnu, la position adverse ne pouvant être devinée tant qu'une demande ne lui a pas été adressée et qu'elle n'y a pas répondu.

Le procès qui suit l'échec des négociations est quant à lui soumis à l'aléa judiciaire, qui, bien qu'étant un « lieu commun »⁹⁰, n'a que peu intéressé la doctrine. On peut en avoir une conception restrictive ou extensive. Dans le premier cas, l'aléa judiciaire résidera dans les personnalités qui composent le Tribunal. Les éléments pouvant affecter l'objectivité d'un juge, dont l'identité n'est pas connue au moment de la conclusion de la convention, étant si nombreux, du plus infime au plus significatif, qu'il serait vain de prétendre ici en dresser la liste. Dans le second cas, l'aléa judiciaire ne sera pas limité aux variations des magistrats mais comprendra aussi la qualité de l'argumentation adverse, tant à l'écrit qu'à l'oral, ou encore la pertinence des pièces qu'elle versera au débat et qui peuvent causer des surprises malheureuses. Du point de vue de l'avocat, ces surprises seront souvent le fait de la partie adverse mais peuvent aussi consister en des éléments qui lui ont été dissimulés par son propre client, ce qui pourrait alors sérieusement atténuer l'aléa qui caractérise l'opération.

B. L'aléa du point de vue du client

⁸⁹ Constituée des dépens, lorsque le procès est perdu (Nouveau Code de procédure civile, art. 696), qui comprennent les éléments énumérés à l'article 695 du Nouveau Code de procédure civile, mais aussi des frais irrépétibles, essentiellement les honoraires de l'avocat. Le perdant garde naturellement les siens à sa charge mais devra aussi payer à l'adversaire une somme forfaitairement déterminée par la juridiction sur le fondement de l'article 700 du Nouveau Code de procédure civile. Pour celui qui gagne le procès, cette somme n'est très généralement pas suffisante pour compenser le montant de ces honoraires.

⁹⁰ P. BAILLY, *Indemnisation et aléa judiciaire*, D. 1992, chron., p. 202.

Il est généralement exposé que le seul aléa que subit l'héritier est relatif à ses chances de gain, puisqu'il ne peut pas perdre⁹¹. Pour certains auteurs, le contrat de révélation de succession reste malgré cela un contrat aléatoire⁹². D'autres en déduisent que, dans le contrat de révélation de succession, l'aléa « ne crée pas de risque contradictoire et corrélatif entre les parties »⁹³ donc que le contrat de révélation de succession n'est pas aléatoire⁹⁴.

Concernant le client de l'avocat, la rhétorique est la même. Si l'honoraire fixe est modeste, le client n'a rien à perdre en signant la convention d'honoraires.

Ces solutions sont le résultat de conceptions différentes de l'aléa. Pourtant, la pratique impose que l'aléa soit corrélatif. Le contrat de révélation de succession serait-il l'exception à cette règle ? Créerait-il un aléa pour le généalogiste seulement ? Si tel était le cas, le principe ne vaudrait plus, puisqu'il semble qu'il soit imposé par la réalité de la pratique mais non par les textes du Code civil relatifs au contrat aléatoire.

En réalité, le contrat de révélation de succession est bien aléatoire pour les deux parties au contrat et l'aléa est bien corrélatif. En effet, si l'héritier ou le client a bien des chances de gain (1), gain qui n'est pas celui qu'on croit, il supporte aussi des risques de perte (2).

1. Les chances de gain

Il est communément admis que le gain qu'est susceptible de percevoir l'héritier consiste dans l'héritage espéré. Pour le client de l'avocat, il s'agirait de sortir victorieux du litige. Il semble au contraire que ce gain doive être exclu (a) pour caractériser l'aléa. Même si cela peut paraître étonnant au premier abord, le gain qui doit être retenu (b) implique l'échec de

⁹¹ L. LEVENEUR, *Une application du concept de bien-information : pour un renouvellement de l'approche du contrat de révélation de succession*, Mélanges en l'honneur de M. P. CATALA, Litec, 2001, p. 771 et s., spéc. p. 777 : « Le contractant du généalogiste n'a que des chances de gain, il ne court aucun risque de perte » – J.-Ch. LAURENT, *Le contrat de révélation de succession*, Rev. crit. légis. et jurispr., 1931, p. 397 à 424, spéc. p. 422 : « La conclusion du contrat de révélation de succession peut procurer un gain à l'héritier mais ne peut le faire perdre ».

⁹² A. ROUAST, *La réduction judiciaire de la rémunération des généalogistes*, JCP N 1954, I, n° 1179 : « Si le contrat n'est pas un contrat aléatoire pour les deux parties, il n'en reste pas moins qu'il l'est pour le généalogiste », De manière indirecte, Mme ROHRIG-SION a une position voisine, lorsqu'elle qualifie le contrat de révélation de succession de contrat aléatoire alors qu'elle reconnaît que l'opinion selon laquelle « à l'égard de l'héritier, le contrat n'est pas aléatoire dans la mesure où celui-ci ne court aucun risque de perte » ne « semble pas contestable » (*La révélation de succession*, Thèse préc., p. 119).

⁹³ A. MORIN, *Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, Thèse préc., p. 128, n° 297.

⁹⁴ A. BENABENT, *Les contrats spéciaux*, préc., n° 1319, p. 620 – L. LEVENEUR, *Une application du concept de bien-information : pour un renouvellement de l'approche du contrat de révélation de succession*, Mélanges en l'honneur de M. P. CATALA, Litec, 2001, p. 771 et s., spéc. p. 777 – A. MORIN, *Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, Thèse préc., p. 129, n° 298 – J.-Ch. LAURENT, *Le contrat de révélation de succession*, Rev. crit. légis. et jurispr., 1931, p. 397 à 424, spéc. p. 421 et 422.

l'opération menée par le généalogiste successoral ou l'obtention d'un résultat décevant par l'avocat.

a. Le gain exclu

Pour tous les auteurs s'étant exprimés sur le sujet⁹⁵, le gain pour l'héritier réside dans l'obtention de l'héritage. Il est d'abord exact que, à compter de la signature du contrat de révélation de succession, l'héritier espère percevoir l'héritage. Il est ensuite tout aussi exact que l'héritier percevra l'héritage au moins en partie grâce au travail du généalogiste. A tout le moins ne l'aurait-il pas perçu sans l'intervention du généalogiste⁹⁶. Il est enfin toujours exact que l'obtention de cet héritage par l'héritier présente un caractère aléatoire, pour les causes mêmes qui rendent la rémunération du généalogiste successoral aléatoire.

Pour autant, l'héritage n'est pas un élément à prendre en compte pour définir l'aléa contractuel subi par l'héritier. Même si le contrat de révélation de succession donne à l'héritier la possibilité de faire valoir ses droits, ce n'est pas lui qui lui donne le droit d'hériter. L'héritage est dû à l'héritier grâce aux règles de la dévolution successorale. Lorsque le parieur ou le joueur perçoivent le montant de leurs gains ou lorsque l'assuré perçoit son remboursement, ces sommes sont acquises en vertu du contrat de pari, de jeu ou d'assurance. Elles représentent l'exécution de son obligation par l'autre partie. Au contraire, l'héritage n'est pas perçu par l'héritier en vertu du contrat de révélation de succession. Il n'est pas un gain contractuel.

Dans le même ordre d'idée, ce n'est pas la convention d'honoraires au résultat qui procure au client de l'avocat la résolution victorieuse d'un litige. En cas de procès, c'est la décision rendue par le tribunal en application de la règle de droit qui permet un succès. En cas de négociations, ce succès est dû à l'application du droit convenue par les parties, éventuellement rectifiée par un rapport de force. Là encore, le succès n'est pas un gain contractuel.

Il ne faut pas déduire de cette situation que le contrat de révélation de succession ou la convention d'honoraires au résultat ne sont pas susceptibles de procurer un gain aux clients

⁹⁵ J.-Ch. LAURENT, *Le contrat de révélation de succession*, Rev. crit. législ. et jurispr., 1931, p. 397 à 424, spéc. p. 401: « Si la dévolution a eu lieu en faveur de l'héritier, le gain est certain et a été procuré par le contrat ».

⁹⁶ Lorsque, sans l'intervention du généalogiste, l'héritier aurait quand même perçu l'héritage, cela signifie que ce qu'a révélé le généalogiste successoral n'était pas un secret. En l'absence de révélation d'un secret, le contrat de révélation de succession est frappé de nullité pour absence de cause (Par ex. : CA BORDEAUX, 18 juil. 1898, S. 1899, II, p. 235 – CA ROUEN, 15 mai 1909, D.P. 1910, II, p. 167 ; S. 1909, II, p. 207 ; gaz. Pal. 1909, II, p. 160 – CA PARIS 29 nov. 1919, D. 1921, II, p. 117 – CA PARIS, 31 janv. 1938, JCP 1938, II, n° 569, note J.L. – Cass. civ., 1^{ère} sect. Civ., 18 avr. 1953, Bull. civ. 1953, I, n° 128 ; RTD Civ. 1953, p. 724 ; JCP 1953, II, n° 7761 – CA CAEN, 30 janv. 1992, Juris-data n° 041572 – CA VERSAILLES, 26 nov. 1992, Gaz. Pal. 1993, Somm., p. 165 – CA PARIS 12 déc. 2000, Juris-Data n° 2000-138486 – Cass. 1^{ère} civ., 5 juin 2008, Pourvoi n° 07-14922, Inédit).

du généalogiste et de l'avocat. Il y a bien une chance de gain mais elle réside autre part que dans le gain successoral ou celui du litige.

b. Le gain retenu

Ce n'est pas lorsqu'il héritera que l'héritier percevra un gain contractuel, puisqu'il devra alors payer des honoraires. Au contraire, c'est dans l'échec de l'opération entreprise conjointement par le généalogiste successoral et son client, c'est-à-dire lorsque ce dernier n'héritera pas, qu'il sera contractuellement gagnant.

De la même manière, ce n'est pas sortant victorieux d'un litige que le client de l'avocat percevra un gain contractuel, puisqu'il devra payer des honoraires parfois très élevés à son avocat. C'est au contraire lorsqu'il n'obtiendra pas gain de cause à la hauteur de ses espérances qu'il sera contractuellement gagnant.

En effet, que l'issue de l'opération communément envisagée par le professionnel et son client soit un succès ou non, le professionnel aura accompli des diligences et exposé des frais dans l'intérêt de son partenaire contractuel en exécution du contrat.

Si l'opération envisagée est un échec, le client ne lui paiera rien et, bien souvent, ne le remboursera pas des frais exposés. C'est dans cette gratuité de l'intervention du professionnel que se situe le véritable gain contractuel de son client. En effet, l'échec de l'opération commune ne prive pas pour autant l'intervention du généalogiste successoral de toute valeur, pas plus que la prestation de l'avocat qui perd un procès n'est privée de valeur. Le travail intellectuel accompli par le professionnel et les frais qu'il a exposés ont une valeur, même si elle est délicate à déterminer.

Il a été écrit que la gratuité de l'intervention du généalogiste successoral en cas d'échec n'est pas de l'essence du contrat de révélation de succession⁹⁷. Pourtant, le contrat de révélation de succession n'étant pas un contrat réglementé, ses éléments constitutifs ne peuvent être délimités avec précision. Il paraît donc fort délicat de prétendre que la gratuité en cas d'échec ne serait pas de son essence. Surtout, les contrats de révélation de succession comportent toujours cette clause. Il est donc justifié d'en tenir compte pour déterminer le caractère aléatoire ou commutatif du contrat en question.

Concernant la convention d'honoraires au résultat passée entre l'avocat et son client, on pourrait opposer que, justement, la gratuité est exclue par la loi, l'avocat étant ainsi rémunéré même en cas d'inefficacité de ses diligences. Pourtant, la partie fixe de la rémunération

⁹⁷ L. LEVENEUR, *Une application du concept de bien-information : pour un renouvellement de l'approche du contrat de révélation de succession*, Mélanges en l'honneur de M. P. CATALA, Litec, 2001, p. 777 et 778, n° 12. Dans le même sens, Cf. CA PARIS, 25 janv. 1954, RTD Civ. 1954, p. 299, n° 2 ; Gaz. Pal. 1954, 1, p. 113 ; JCP 1954, II, N° 8055, note G.-R. LEYGUES ; D. 1954, Jp., p. 155, relevant que « le généalogiste subit un certain risque, qui n'est d'ailleurs pas de l'essence de ce contrat »

prévue au contrat est généralement insuffisante à couvrir ses frais et exclut donc toute rémunération de son travail. Ce ne serait que si cette rémunération fixe était élevée au regard de la réalité des diligences accomplies qu'elle interdirait au client toute chance de gain, ôtant ainsi à la convention d'honoraires son caractère aléatoire.

Ce gain n'est pas envisagé comme tel par la doctrine. Il est pourtant le seul gain contractuel pouvant être retenu, c'est-à-dire à prendre en compte pour la détermination du caractère aléatoire ou commutatif du contrat de révélation de succession. Précisément, il est exactement la corrélation de la chance de perte du professionnel⁹⁸. Ce que le généalogiste successoral ou l'avocat aura perdu en ne pouvant être rémunéré de ses services et indemnisé de ses frais représentera le gain de son client.

Il n'y a cependant pas qu'au sujet du gain que la position de la doctrine majoritaire semble discutable. En effet, les risques de perte existent aussi.

2. Les risques de perte

Il est commun de dire que, dans le cadre du contrat de révélation de succession, l'héritier ne court aucun risque de perte (a). Il en irait de même lorsque le client rémunère son avocat essentiellement au résultat. Ceci semble discutable. Le client court en effet le risque de payer la prestation du professionnel plus cher que sa valeur réelle (b).

a. Sur la prétendue absence de risque

Même concernant les auteurs prônant le caractère aléatoire du contrat de révélation de succession⁹⁹, la doctrine est unanime¹⁰⁰ sur le fait que « la conclusion du contrat de révélation de succession peut procurer un gain à l'héritier, mais ne peut le faire perdre »¹⁰¹.

L'habitude consistant à dire que le client du généalogiste successoral ne court aucun risque de perte provient en partie de ce que sa situation est différente de celles rencontrées à l'occasion

⁹⁸ Il n'est donc pas possible d'approuver A. MORIN lorsqu'elle écrit que « le risque d'échec du généalogiste n'implique pas un enrichissement corrélatif de son cocontractant » (*Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, Thèse préc., p. 129, n° 298). Dans le même sens que Mme MORIN, V. D. LOCHOUARN, *L'évolution juridique de la convention de révélation de succession : le point sur deux revirements récents*, préc., p. 22 – D. FENOUILLET, *Le droit de la consommation et la révélation de succession : question écrite et réponse du ministre de la justice*, JO 25 nov. 2004, p. 2696, RDC avr. 2005, p. 331).

⁹⁹ D. ROEHRIG-SION, *La révélation de succession*, Thèse préc., p. 119.

¹⁰⁰ D. LOCHOUARN, *L'évolution juridique de la convention de révélation de succession : le point sur deux revirements récents*, préc., p. 22.

¹⁰¹ J.-Ch. LAURENT, *Le contrat de révélation de succession*, Rev. crit. législ. et jurispr., 1931, p. 397 à 424, spéc. p. 402. L'auteur ajoute que « l'héritier ne pourra être en perte que si, le contrat n'intervenant pas, il était destiné à toujours ignorer que la succession était ouverte en sa faveur. Ainsi donc le contrat de révélation de succession ne crée pour le successible une chance de perte qu'autant qu'il n'a pas existé ».

des contrats aléatoires classiques que sont par exemple le jeu ou l'assurance. Dans le contrat de jeu, le joueur risque de perdre sa mise. Dans le contrat d'assurance, l'assuré risque de perdre le montant des primes versées. Dans ces deux contrats, en cas d'échec, l'intéressé aura dépensé une somme donnée en l'investissant, puis en la perdant. La perte sera facilement visible. En présence du contrat de révélation de succession, à aucun moment, l'héritier n'aura à investir une somme dans le but de voir ses espoirs aboutir. Mieux encore, on l'a vu, il ne devra même pas avancer les frais de règlement successoral et n'aura pas à les rembourser en cas d'échec. De plus, même en cas de succès, l'opération envisagée dans sa globalité ne lui fera pas ressentir de perte, puisque les honoraires du généalogiste successoral seront directement déduits de la part de la succession lui revenant et en tout état de cause inférieurs au solde lui revenant¹⁰². Il ne peut que sortir gagnant de cette opération.

Le client de l'avocat se situe dans la même logique. En cas d'échec, il ne paiera pas d'honoraire de résultat et l'opération aura été pour lui sinon gratuite, au moins indolore. En cas de succès et tout comme l'héritier, il ne ressentira pas de perte, puisqu'il sera généralement convenu que l'avocat prélèvera son honoraire de résultat directement sur les sommes déposée en CARPA¹⁰³.

Il court pourtant un risque de perte. Prendre en compte la globalité de l'opération pour évaluer l'existence de risques de perte pour l'héritier est une erreur¹⁰⁴.

Dans le jeu, l'aléa événementiel, qui est introduit par les parties dans le champ contractuel et va déterminer le ratio final de leurs prestations, est par exemple le résultat du tirage des cartes. Il ne crée pas un gain ou une perte directement mais seulement indirectement, parce qu'il entre dans le champ contractuel. Dans l'assurance, l'aléa événementiel est par exemple l'inondation. Ici encore, il crée un gain ou une perte seulement indirectement : une maison n'a pas plus de valeur parce qu'elle est remplie d'eau. Dans le contrat de révélation de succession, l'aléa événementiel est la perception de l'héritage et dans la convention d'honoraires au résultat, l'aléa événementiel est le succès dans le litige. Or, à la différence des deux exemples précédents, tout en créant pour les deux parties indirectement un gain ou une perte, il peut aussi créer un gain directement pour le client. Il peut d'ailleurs créer un gain pour le client qu'il soit intégré ou non au champ contractuel. Ceci explique la confusion opérée par la doctrine. Son analyse qui conclut à l'absence de l'aléa pour le client tout en admettant un aléa pour le généalogiste ou l'avocat, chose en principe impossible, se trouve faussée par la prise en compte du gain successoral ou du succès dans le litige. La prise en compte de l'héritage ou du gain du litige dissimule la perte contractuelle subie par l'héritier.

¹⁰² Sauf un pourcentage supérieur à 50 %, ce qui ne se rencontre pas.

¹⁰³ Caisse des règlements pécuniaires des avocats par laquelle doivent transiter tous les fonds maniés par un avocat pour le compte de son client (cf. Loi n° 85-99 du 25 janvier 1985).

¹⁰⁴ Tout comme prendre en compte la rentabilité de l'activité d'assurance pour en déduire que le contrat d'assurance n'est pas aléatoire.

D'ailleurs, ce gain étant extracontractuel, il ne cause bien évidemment aucune perte au généalogiste ou à l'avocat comme le fait le gain contractuel de l'héritier. Au contraire, il crée la possibilité de son propre gain puisqu'il correspond à la situation de perte contractuelle subie par le client.

b. Le risque de payer la prestation du professionnel plus cher que sa valeur réelle

Pour évaluer les risques de perte supportés par le client, il faut se limiter à l'analyse du risque contractuel.

Nous avons vu que, paradoxalement, le gain du client se réalisera lorsque l'opération envisagée n'aboutit pas telle qu'espérée. A l'inverse, c'est lorsque l'opération envisagée est un succès que le risque se réalise pour le client. Mieux encore, plus le succès est important, plus la perte pour le client est importante. En effet, les barèmes figurant dans les contrats de rémunération au résultat prévoient que l'honoraire est un pourcentage de l'actif net successoral ou du gain du litige. Même si ce pourcentage est dégressif, il n'en reste pas moins que, plus la somme revenant au client sera importante, plus les honoraires dus au professionnel seront élevés. La prestation du professionnel n'aura pas nécessairement été plus importante : il n'y a aucune règle de proportionnalité entre, d'un côté, l'importance des frais engagés par le généalogiste successoral ou l'avocat et les diligences qu'il a accomplies, et, de l'autre, celle de la succession ou du gain du litige. Sauf cas exceptionnel¹⁰⁵, la valeur réelle des frais engagés et du travail accompli (par exemple calculée à l'aide d'un taux horaire) postérieurement à la signature du contrat de révélation de succession ou de la convention d'honoraires au résultat sera inférieure à celle de l'honoraire perçu.

C'est d'ailleurs en opérant des gains très importants sur quelques dossiers que l'activité professionnelle du généalogiste successoral est viable. Si les honoraires perçus sur une opération couronnée de succès étaient systématiquement limités à la valeur des frais engagés et du travail accompli, les entreprises de généalogie successorale ne seraient pas rentables, les recherches infructueuses et pourtant coûteuses étant nombreuses¹⁰⁶. Une telle généralisation ne peut être faite concernant les avocats, dont les modes de rémunération, loin d'être limités à l'honoraire au résultat, sont très divers.

C'est ainsi que le risque qui pèse sur le client de payer l'intervention du professionnel plus cher que sa valeur réelle est en corrélation avec la chance de ce professionnel de percevoir une rémunération supérieure à celle qui serait due en comptabilisant simplement le temps passé et les frais exposés.

¹⁰⁵ Il s'agit de la situation où la part de la succession ou du gain du litige revenant au client du généalogiste successoral sera d'une valeur si faible que l'honoraire du généalogiste sera lui-même négligeable. L'aléa aura alors joué en faveur du client qui paiera l'intervention du professionnel en dessous de sa valeur.

¹⁰⁶ « Il est bien évident que celui-ci ne connaît pas que des succès, et que ces derniers doivent permettre d'amortir, au sens comptable du mot, les échecs, ce qui n'est pas réalisable par le seul remboursement des frais avancés » (J.-Ch. LAURENT, note sous. CA RIOM, 20 juin 1950, JCP 1950, II, n° 5827).

Si l'on prend comme hypothèse de départ que l'existence de chances et de risques corrélatifs pour les deux parties n'est pas exigée par le Code civil lui-même, de deux choses l'une : soit on considère que des chances et des risques pour une partie créent nécessairement des chances et des risques corrélatifs pour l'autre, ce qui impose de ne pas prendre en compte un gain extracontractuel. Le contrat de rémunération au résultat est alors aléatoire. Soit on accepte de prendre en compte un gain extracontractuel qui vient compenser le risque contractuellement encouru par l'une des parties. Un contrat peut alors créer des chances et des risques pour une partie, sans nécessairement que l'opération crée des risques pour l'autre. Le contrat de rémunération au résultat est alors aussi un contrat aléatoire.

Cela étant, la jurisprudence sur l'existence de la cause de l'obligation de l'héritier conduit à exclure toute prise en compte du gain extracontractuel. En effet, si l'héritage était pris en compte pour déterminer l'aléa subi ou non par l'héritier, cela signifierait que la cause de son obligation serait la perception de l'héritage (et que l'objet de l'obligation du généalogiste serait de faire percevoir un héritage à l'héritier). En revanche, si la valeur qui sera fixée à la révélation est prise en compte pour déterminer l'aléa subi ou non par l'héritier, cela signifie que la cause de l'obligation de l'héritier est la révélation du secret par le généalogiste (et que l'objet de l'obligation du généalogiste est de révéler un secret à l'héritier). Or, à travers l'existence du secret en lui-même, c'est bien l'existence de la révélation d'un secret que vérifie la jurisprudence lorsqu'elle recherche la cause de l'obligation de l'héritier. L'aléa contractuel pour le client doit donc bien être situé dans la contrepartie financière qui sera fixée ou non aux diligences du professionnel et non pas dans la perception de l'héritage (ou le gain du litige).

Pour que le contrat de rémunération au résultat ne soit pas aléatoire, il faudrait que le principe de la rémunération du professionnel ne soit pas fonction de l'effectivité de la perception d'un gain successoral ou du litige par le client mais au contraire certain dès la signature du contrat. Le client paierait alors des diligences et des frais à un prix convenu. Le professionnel percevrait le remboursement de ses frais et le paiement de ses honoraires dans les mêmes conditions. L'aléa événementiel qu'est l'héritage ou le gain du litige se trouverait exclu du champ contractuel. Le contrat serait alors commutatif. Là n'est pas la pratique en matière de généalogie successorale mais ce type de contrat est courant chez les avocats.

On ne saurait conclure sur ce point sans ajouter que refuser le caractère aléatoire du contrat de rémunération au résultat au motif que le client ne court pas de risque semble profondément injuste. La notion de contrat aléatoire et la notion de lésion sont profondément mêlées¹⁰⁷, l'idée étant qu'il serait contraire à la volonté des parties de sanctionner un déséquilibre contractuel, dans la mesure où les contractants ont consciemment pris ce risque en espérant un

¹⁰⁷ « La possibilité d'une lésion est même de l'essence » du contrat aléatoire (H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4^{ème} éd., 1999, V. « L'aléa chasse la lésion », n° 15, p. 22).

gain d'autant plus important. Il convient donc de ne pas sanctionner celui qui, l'ayant couru, se retrouve avantagé. Au contraire, si celui qui prétend avoir pris un risque n'en a pas réellement couru, il doit pouvoir être sanctionné par l'application des règles de la lésion¹⁰⁸, l'aléa n'existant pas. Dans le cas du contrat de révélation de succession, la démarche utilisée par la jurisprudence est opposée. Se fondant sur la prétendue absence de risque de perte pour l'héritier, elle réfute le caractère aléatoire du contrat pour sanctionner, non pas l'héritier, mais son cocontractant, alors que ce dernier supporte un risque en général non contesté. Appliquer de cette manière les conditions du contrat aléatoire est en contradiction avec la philosophie même de cette catégorie contractuelle.

La reconnaissance du caractère aléatoire du contrat de révélation de succession par la jurisprudence serait un retour à la solution précédente donc un nouveau revirement conduisant à l'impossibilité pour le juge de réviser les honoraires des généalogistes successoraux.

Concernant la convention d'honoraire au résultat et, plus généralement, les contrats de rémunération au résultat, ce serait une révolution.

Or, la solution actuelle semble être au moins autant le résultat de considérations consuméristes favorisant l'intervention judiciaire dans le contrat que de considérations juridiques. Les chances d'une évolution paraissent donc limitées.

¹⁰⁸ V. par ex., le cas d'un contrat de rente viagère conclu sur la tête d'une personne morte (Code civil, art. 1974) ou mourante (Code civil, art. 1975).