

LabEx ReFi Working Paper Series

**L'ARTICLE 1195 DU CODE CIVIL À L'ÉPREUVE DES
INSTRUMENTS DÉRIVÉS**

Vincent Catillon

WORKING PAPER No. WP 2017-8

First draft 10/2017

Founding members of the LabEx ReFi

This work was achieved through the Laboratory of Excellence on Financial Regulation (Labex ReFi) supported by PRES heSam under the reference ANR-10-LABX-0095. It benefitted from a French government support managed by the National Research Agency (ANR) within the project Investissements d'Avenir Paris Nouveaux Mondes (investments for the future Paris-New Worlds) under the reference ANR-11-IDEX-0006-02.

The findings, interpretations and conclusions expressed herein are those of the authors and do not necessarily reflect the view of the LabEx ReFi

L'ARTICLE 1195 DU CODE CIVIL À L'ÉPREUVE DES INSTRUMENTS DÉRIVÉS

Vincent Catillon¹

This draft: October 20, 2017

¹ Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne, (IRJS) - EA 4150, département Sorbonne Affaires/Finance. Membre du Laboratoire d'excellence sur la régulation financière (LabEx ReFi).

L'ARTICLE 1195 DU CODE CIVIL À L'ÉPREUVE DES INSTRUMENTS DÉRIVÉS

1. Chaque étudiant de seconde année de droit a appris que l'articulation du cours des obligations privilégiait la formation plutôt que l'exécution des contrats. Cette construction de prime abord surprenante tient à l'esprit libéral et individualiste qui animait les rédacteurs du Code civil² ainsi qu'à leur défiance à l'égard du juge³. L'esprit du premier alinéa de l'ancien article 1134, aujourd'hui devenu l'article 1103, permet d'en mesurer la portée : les conventions légalement et librement formées doivent être accomplies conformément au respect de la parole donnée⁴. Immanquablement, cette immuabilité des conditions initialement convenues a contraint des parties aux contrats « au long cours » à saisir les juridictions afin de faire réviser des dispositions devenues manifestement inégales. C'est ainsi que la Cour de cassation, dans son célèbre arrêt Canal de Craonne⁵ posa, au visa de l'article 1134 ancien du Code civil, le principe de l'intangibilité des stipulations conventionnelles et de l'interdiction faite aux magistrats de s'ingérer dans les relations contractuelles⁶. Le contrat s'affirme pour lors aux yeux des juristes comme un « acte de prévision⁷ ». On le sait, les juges administratifs, confrontés à des impératifs propres à la matière, s'en tiennent à une position opposée. Amenés à considérer une première espèce dont les bouleversements liés à la Première Guerre mondiale rendaient exorbitant l'approvisionnement en gaz pour l'éclairage de la ville de Bordeaux⁸, ils privilégient depuis, lorsque les circonstances rendent la continuation des contrats très difficile, le maintien des concessions de service public.

2. L'évolution des préceptes du droit, notamment sous l'égide des principes UNIDROIT⁹ et des Principes du droit européen des contrats¹⁰, plus qu'une harmonisation des deux modèles internes¹¹, a conduit le législateur¹² à introduire dans le Code civil, la règle de l'imprévision.

² « De Craonne à Bordeaux », Benoît Plessix, *Droit administratif*, n°5, mai 2016, repère 5, p.1.

³ « Pour une consécration raisonnée de l'imprévision dans le Code civil », Carole Champalaune, *Bulletin juridique des contrats publics*, n°102, sept. 2015, pp.334-339. Il est utile de rappeler que la Révolution française faite suite à l'ancien régime et à un long asservissement du pouvoir judiciaire à la Couronne.

⁴ D'après l'adage latin « *pacta sunt servanda* », les conventions doivent être exécutées conformément à ce qui a été convenu lors de leur formation. On comprend l'importance de ce qui a été décidé initialement et qui s'imposera tout au long de la vie du contrat. Les dispositions de l'article 1134 al.1 sont désormais régies par l'article 1103 du Code civil : « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ce qui les ont faits* ».

⁵ Cass. civ., 6 mars 1876.

⁶ « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », Charles-Édouard Bucher, *CCC*, mai 2016, n°5, dossier 6.

⁷ « *L'entreprise la plus hardie qui puisse se concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision* », v° *Principes de droit public : à l'usage des étudiants en licence (3^e année) et en doctorat ès-sciences politiques*, Maurice Hauriou, Sirey, Paris, 1910 in « Les préventions contractuelles à l'épreuve de la crise économique (Actes du colloque du 22 octobre 2009) », Laurent Aynès, *RDC*, n°1/2010, janv. 2010, pp.380-382.

⁸ Arrêt Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, CE 30 mars 1916, n°59928, publié au recueil Lebon. Commentaires, v° « La guerre de 1914 et les effets de l'imprévision sur l'exécution du contrat public - suite de l'affaire gaz de Bordeaux de 1916 », Maurice Hauriou, Note sous Conseil d'État, 3 août 1917, Compagnie des messageries maritimes c/ Ministre de la marine, *Revue générale du droit on line*, numéro 15668, 2015 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=15668).

⁹ Principes UNIDROIT, art. 6.2.1.

¹⁰ PDEC, art. 6:111 et s.

¹¹ « Regards croisés droit public / droit privé : théorie de l'imprévision, parle-t-on de la même chose ? », Frédéric Buy, Charles-André Dubreuil, *JCP A*, 27 oct. 2014, n°43, pp.22-26.

¹² Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Aboutissement d'une longue réflexion¹³, le nouvel article 1195 du Code civil précise que « *si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant* » ou à défaut, solliciter du juge, « *si les parties (n'ont pu) convenir de la résolution du contrat [...], de procéder à son adaptation* ». Cette nouvelle disposition apparaît comme une des innovations les plus importantes de la réforme du droit des obligations¹⁴. Le texte propose en effet une nouvelle approche de l'exécution des accords de volontés¹⁵. Il met en contrepois la force obligatoire des conventions qui subsiste sous la même sous-section¹⁶ avec la faculté offerte aux contractants de demander la révision du contrat¹⁷. Il prône en somme « *l'équilibre et la stabilité des relations contractuelles* »¹⁸.

3. Toute réforme suscite son lot d'interrogations. L'imprévision n'échappe pas à la règle¹⁹ d'autant que son admission a longtemps été rejetée par la Cour de cassation. On ne doute guère que son domaine de prédilection demeurera le droit des affaires même si l'adoption de clauses a permis d'adapter les conventions aux évolutions et bouleversements de toute nature²⁰. Il est néanmoins une matière où le changement brutal de circonstances affecte plus particulièrement les cocontractants : le droit financier. Sujette à des variations aussi importantes qu'imprévisibles, l'évolution des cours suit le rythme rarement paisible de nos économies. Assurément, si « *les crises économiques qui secouent le monde contemporain ne peuvent rester sans incidence sur le(s) contrat(s)* »²¹, elles n'en ont que plus d'impact sur les produits financiers²². Or, il est des instruments qui voient l'oscillation de leurs valeurs fluctuer avec plus d'amplitude que la plupart des actifs. Il s'agit de ce que l'on nomme communément les produits dérivés. Leur nature singulière tient du fait qu'il repose sur un sous-jacent²³ dont la valeur « dérive »²⁴. Conçues à l'origine pour réduire les risques tenant à l'instabilité des cours des matières premières et des marchandises, ces opérations de couverture ont fatalement induit des positions spéculatives²⁵. Leur double fonction couvrir et spéculer, leur absence de rôle de financement²⁶, l'objet même, support du dérivé, qui n'a

¹³ Avant projet de réforme du droit des obligations présenté par Pierre Catala, 2005, (art. 1135-1 et s.), *Pour une réforme du droit des contrats*, François Terré, Dalloz, Paris, 2008, (art.92).

¹⁴ *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Journal officiel du 11 fév. 2016, texte n°25, titre 1^{er}, s/titre 1^{er}, chap. IV, sect°1, s/sect°1.

¹⁵ Nouvelle définition du contrat, article 1101 du Code civil : « *le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ».

¹⁶ C. civ., art. 1193 : « *les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise* ». Pour un développement, v° « Le charme discret de l'imprévision à la française », Yves Picod, *AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution*, n°11, nov. 2015, p.441.

¹⁷ Auprès de son cocontractant dans un premier temps, avant de recourir à l'office du juge.

¹⁸ « De Craponne à Bordeaux », Benoît Plessix, *op. cit.*

¹⁹ « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », Charles-Édouard Bucher, *op. cit.*

²⁰ dites de « hardship ».

²¹ « Effets des crises financières sur la force obligatoire des contrats : renégociation, rescision ou révision », Remy Cabrillac, *RIDC*, avr. 2014, n°2, pp.337-344. - V° également « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », Mustapha Mekki, *RDC*, janv. 2010, n°1, pp.383-407.

²² Sur la notion de « produits financiers », v° « Qu'est-ce qu'un produit financier ? », France Drummond, *Bulletin Joly bourse et produits financiers*, sept. 2015, n°9, p.353.

²³ Marchandises, titres financiers, devises, créances, indices boursiers...

²⁴ *Droit des marchés financiers*, Thierry Bonneau, France Drummond, 3^{ième} édition, Economica, Paris, 2010, p.225, n°150.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Contrairement aux actions ou aux obligations par exemple.

quasiment plus vocation à être livré²⁷ et leur modalité de dénouement par simple versement d'une différence²⁸ en font des instruments particuliers qui trouvent difficilement place dans la taxinomie financière²⁹.

4. Il est vrai que l'introduction de l'imprévision en droit³⁰ des contrats ne manque pas d'interpeller le juriste³¹. Ces interrogations apparaissent avec encore plus d'acuité à l'égard des produits dérivés. Certes, cette question n'a d'intérêt que si l'on fait abstraction des stipulations qui auraient pour objet d'écarter l'exercice du texte en raison de sa nature supplétive « supposée »³², voire de dispositions législatives qui en excluraient la mise en œuvre³³. Cette réflexion a néanmoins le mérite d'envisager plus largement à travers l'analyse des propriétés spécifiques de ces instruments à l'aune des exigences de l'article 1195 du Code civil, l'application de l'imprévision aux contrats à exécution instantanée ou au contraire, sa non-application à ceux dont l'objet relève de la couverture d'un risque. Il convient par conséquent d'étudier alternativement les caractéristiques de ces instruments qui autorisent le jeu de l'imprévision et celles qui rejettent cette perspective.

I – L'APPLICATION DE L'IMPRÉVISION AU REGARD DE LA NATURE CONTRACTUELLE DES DÉRIVÉS

²⁷ et qui n'est même plus identifié ou individualisé, *Le contrat financier, un instrument financier à terme*, Pauline Pailler, IRJS édition, Paris, 2011, p.11.

²⁸ *Droit commercial : Instruments de paiement et de crédit, Titrisation*, Paul Le Cannu, Thierry Granier, Richard Routier, Michel Jeantin, 9^{ième} édition, Précis Dalloz, Paris, 2016, p.620, n°816.

²⁹ *Les dérivés*, Antoine Gaudemet, Economica, Paris, 2010, n°4 et s. ; *Le contrat financier, un instrument financier à terme*, Pauline Pailler, *op. cit.*, p.28 ; *Droit commercial : Instruments de paiement et de crédit, Titrisation*, Paul Le Cannu, Thierry Granier, Richard Routier, Michel Jeantin, *op. cit.*, p.620, n°815.

³⁰ privé.

³¹ Figure en premier lieu, la transposition en droit privé des règles jurisprudentielles administratives alors même que les finalités s'avèrent différentes. Effectivement, l'imprévision en droit public s'est essentiellement construite autour de la notion de concession de service public, « Regards croisés droit public / droit privé : théorie de l'imprévision, parle-t-on de la même chose ? », Frédéric Buy, Charles-André Dubreuil, *op.cit.* pp.22-26. - Tandis que c'est une intention exclusivement économique qui est recherchée en droit privé, « La réforme du Code civil et les contrats publics : vers la consécration d'un droit commun des contrats ? », Caroline Gilles, *Contrats et marchés publics*, fév. 2017, n°2, p.5.

³² Même si le doute persiste, deux dispositions semblent faire état du caractère supplétif de l'article 1195 du Code civil : les propos du Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 qui énoncent à titre liminaire et pour l'ensemble du texte, le caractère supplétif des dispositions de la réforme. On ne retrouve nullement le libellé « *sauf dispositions contraires* » dans la rédaction dudit article ; et la fin du premier alinéa de l'article 1195 qui indique qu'« *une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque* », ce qui laisse penser que les cocontractants peuvent librement aménager la répartition des risques ou exclure telle ou telle circonstance imprévisible -tels que le prévoient les clauses de « *hardship* »-. Cette hypothèse est au demeurant corroborée par les précisions dudit rapport concernant cet alinéa : « *comme l'implique la rédaction retenue, ce texte revêt un caractère supplétif, et les parties pourront convenir à l'avance de l'écarter pour choisir de supporter les conséquences de la survenance de telles circonstances qui viendraient bouleverser l'économie du contrat* », « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », Philippe Stoffel-Munck, *RDC*, avr. 2016, n°2016/HS, pp.30-38 - Sur le risque de voir requalifier en clause excessive, une stipulation attribuant l'ensemble des risques à une seule partie, v° « Réforme des contrats et des obligations : l'imprévision », Mustapha Mekki, *JCP N*, 20 janv. 2017, n°3, pp.5-8.

³³ L'article 8 du projet de loi du Sénat ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations propose d'introduire dans le Code monétaire et financier un nouvel article L.211-40-1 qui écarterait du jeu de l'article 1195 du Code civil, les instruments financiers. Celui-ci dispose que « *nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui résultent des I à III de l'article L. 211-1 du présent code, se prévaloir de l'article 1195 du Code civil, alors même que ces opérations se résoudraient par le paiement d'une simple différence* ».

5. Ce n'est qu'en présence de changement de circonstances imprévisible rendant l'exécution d'un contrat excessivement onéreuse que peut être exercée une action sur le fondement de l'imprévision³⁴. La mise en œuvre des prescriptions de l'article 1195 du Code civil impose donc au préalable, l'existence d'un contrat. Elle commande également que celui-ci s'accomplisse pendant un laps de temps suffisamment long pour que des circonstances imprévisibles en rendent l'exécution excessivement onéreuse.

A - Les produits dérivés : des contrats

6. L'objectif ambitieux de la réforme du droit des contrats est de clarifier notre droit positif, de rendre ses évolutions accessibles dès la lecture des articles du Code³⁵. Cette nouvelle codification ne s'est pas pour autant opérée à droit constant. Comme son titre l'indique, cette réforme a apporté son lot de dispositions inédites, mais aussi de nouvelles rédactions. La définition du contrat n'y a pas échappé. Désormais, l'article 1101 du Code civil précise que « *le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ». D'une acception plus large, ce nouveau libellé à vocation à étendre le champ contractuel à une plus grande sélection d'engagements³⁶.

7. Si la qualification des produits dérivés fait parfois controverse³⁷, certains points de convergence demeurent. L'ordonnance du 8 janvier 2009³⁸ a procédé à une nouvelle hiérarchisation des instruments financiers et a ordonné la matière entre titres³⁹ et contrats financiers⁴⁰. Ces derniers, également qualifiés d'« instruments financiers à terme » s'avèrent être comme leur nom l'indique des contrats à terme⁴¹. Leur énumération relève d'une liste fixée par l'article D.211-1 A du Code monétaire et financier⁴². Pour l'essentiel, les dérivés représentent l'ensemble des contrats financiers⁴³ auxquels sont joints certains titres⁴⁴. Or, le

³⁴ « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat [...]* ».

³⁵ « *afin de moderniser, de simplifier, d'améliorer la lisibilité, de renforcer l'accessibilité du droit commun des contrats* », in *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016*.

³⁶ « *La réforme du Code civil et les contrats publics : vers la consécration d'un droit commun des contrats ?* », Caroline Gilles, *op. cit.* - Il peut en outre modifier, transmettre ou éteindre des obligations, v° *Droit civil, Les obligations*, Yvaine Buffelan-Lanore, Virginie Larribau-Terneyre, 15^{ème} édition, Sirey Université, Paris, 2017, n°817.

³⁷ Pour une synthèse, voir notamment *Droit financier*, Alain Couret, Hervé Le Nabasque, Marie-Laure Coquelet, Thierry Granier, Didier Poracchia, Arnaud Raynouard, Arnaud Reygrobellet, David Robine, 2^{ème} édition, Précis Dalloz, Paris, 2012, pp.668 et s., n°932 et s.

³⁸ Ordonnance n°2009-15 du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers. Aujourd'hui, codifiée à l'article L.211-1 du Code monétaire et financier. V° « *La réforme des instruments financiers* », Bruno Dondero, Paul Le Cannu, *RTD Com*, avr. 2009, pp.380-381.

³⁹ Les titres financiers comprennent les titres de capital émis par les sociétés par actions, les titres de créance et les parts ou actions d'organismes de placement collectif, *CMF*, art. L.211-1 II. Ils sont émis en exécution d'un contrat, matérialisés par une inscription en compte, négociables et transmissibles par virement de compte à compte. V° *Droit des marchés financiers*, Thierry Bonneau, France Drummond, *op. cit.*, p.89, n°81-1.

⁴⁰ Les contrats financiers sont élaborés par une entreprise de marché ou un établissement financier. Ils ne sont pas inscrits en compte et ne circulent pas par virement. V° Thierry Bonneau, France Drummond, *ibid.*, p.89., n°81-1.

⁴¹ *CMF*, art. L.211-1 III.

⁴² La doctrine considère dans sa majorité que l'inventaire des contrats financiers au sein de l'article D.211-1 A dénote l'incapacité du législateur à proposer une définition « *conceptuelle, générale et abstraite* » de ces instruments, *Les dérivés*, Antoine Gaudemet, *op.cit.*, n°4 et s.

⁴³ « *Instruments dérivés* » qualification effectuée par le législateur européen, *Droit des marchés financiers*, Thierry Bonneau, France Drummond, *op. cit.*, p.222, n°148.

rattachement des instruments financiers et plus spécialement des instruments dérivés à la notion de contrat peut parfois paraître difficile, notamment si l'on s'en « tenait⁴⁵ » à une définition littérale du Code civil. Comme l'expose clairement pour les contrats financiers⁴⁶ le professeur France Drummond, l'étude du droit financier démontre que « *le contrat est l'instrument juridique de réalisation du marché financier* » même si « *en retour, plus qu'une autre, la matière paraît avoir altéré le contrat* »⁴⁷. En effet, le particularisme « *de la nature financière des choses [...] et le caractère inédit des finalités des opérations ont bouleversé les qualifications traditionnelles et semblent avoir affecté le concept lui-même en faisant du contrat un simple instrument négocié sur les marchés* »⁴⁸. Mais même si la finance a modelé le contrat pour en faire un produit des marchés financiers, les instruments à terme n'en demeurent pas moins des contrats⁴⁹. La formulation employée par la loi du 2 juillet 1996⁵⁰ rappelle l'intégration au concept général de contrat des opérations convenues sur les marchés financiers à terme : contrat, parties, exigence d'une cause et d'un objet licite⁵¹. Certes, ils « *ne sont pas des contrats ordinaires, et la loi, en les nommant, consacre leur spécificité* »⁵².

8. Par ailleurs, la rédaction du nouvel article 1105 du Code civil pose le principe de hiérarchisation des dispositions légales⁵³. L'alinéa 3 précise que les règles générales s'appliquent sous réserve des règles particulières à certains contrats. Il convient dès lors de vérifier si des mesures spécifiques du Code monétaire et financier ou du Code de commerce pourraient évincer les produits dérivés du jeu de l'imprévision⁵⁴. Nos propos introductifs sur le rejet de l'imprévision par les juridictions de l'ordre judiciaire ainsi que sa récente introduction en droit civil confirment si besoin que le mécanisme était absent de l'ordonnancement juridique de droit privé avant la réforme. Conséquemment, on conçoit mal l'existence de ces dispositions dans notre droit positif.

9. S'il ressort de l'analyse que les produits dérivés ont la nature de contrat, l'application de l'imprévision impose en outre un engagement qui s'exécute sur la durée.

⁴⁴ « *L'instrument dérivé n'est pas forcément un instrument financier à terme : si tous les dérivés se construisent à partir d'un sous-jacent et sont donc des dérivés, tous les dérivés ne sont pas des instruments financiers à terme. L'opposition titres et contrats se retrouvent aussi chez les dérivés* », *Le contrat financier, un instrument financier à terme*, Pauline Pailler, op.cit., n°6. - V° également *Droit des marchés financiers*, Thierry Bonneau, France Drummond, op. cit., pp.213 et s., n°139 et s.

⁴⁵ La nouvelle rédaction de l'article 1101 du Code civil (v° *supra*) a élargi le domaine contractuel.

⁴⁶ Mais nous pensons que cette démonstration doit également être étendue aux titres dérivés.

⁴⁷ « *Le contrat comme instrument financier* », France Castres Saint-Martin-Drummond, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Presse universitaire de France, Dalloz, Éditions du Juris-classeur, Paris, 1999, p.662.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières, art.46-I. Devenu *CMF*, art. L.432-20 avant son abrogation par l'ordonnance n°2009-15 du 8 janvier 2009.

⁵¹ « *Le contrat comme instrument financier* », France Castres Saint-Martin-Drummond, *ibid.*, p.664.

⁵² *Ibid.*

⁵³ Consacrant l'adage *Specialia generalibus derogant*. Précédemment, cette règle n'était pas affirmée dans le Code civil et il revenait aux juges de vérifier au cas par cas son application.

⁵⁴ Monsieur Lasserre Capdeville précise à propos des contrats bancaires, que « *toutes les dispositions du Code monétaire et financier ou du Code de la consommation s'appliquant à différents contrats passés par le banquier (convention de compte, contrat de crédit, cession par bordereau Dailly, etc.) continueront à s'imposer* », « *Conséquences de la réforme du droit des obligations sur le droit bancaire* », Jérôme Lasserre Capdeville, *JCP E*, 21 juill. 2016, n°29, pp.40-46.

B - Les produits dérivés : des contrats à exécution différée ou échelonnée

10. Contrairement à la lésion qui correspond à un profond déséquilibre des prestations au moment de la formation du contrat⁵⁵, l'imprévision consiste en un changement des conditions d'exécution rendant la réalisation de la convention excessivement onéreuse. Par déduction, l'article 1195 du Code civil requiert que le contrat s'effectue sur une certaine période. Une des questions fréquemment posée⁵⁶ est de savoir si l'imprévision ne s'applique qu'aux obligations qui s'exercent en plusieurs prestations échelonnées dans le temps⁵⁷ ou également à celles qui peuvent s'accomplir en une prestation unique⁵⁸ ?

11. Une rapide analyse démontre que l'imprévision en droit administratif concerne les concessions de service public et les demandes devant les juridictions de droit privé ont essentiellement pour sujet les contrats de bail ou de louage d'ouvrage. D'où le constat que « *le domaine de prédilection du mécanisme (s'avère être) le contrat à exécution successive*⁵⁹ ». Partant, l'imprévision aurait pour ambition « *de lutter contre le coût d'exécution devenu excessivement lourd d'une obligation qui se renouvelle*⁶⁰ ». Les faits relatifs aux deux arrêts les plus célèbres de la matière illustrent ce raisonnement : celui de 1876⁶¹ a trait au coût d'entretien et à la fourniture d'eau du canal de Craponne qui étaient devenus prohibitifs au regard des conséquences de l'érosion monétaire et celui de 1916⁶² évoque l'envolée du tarif du charbon du fait de la Première Guerre mondiale qui avait rendu ruineux l'éclairage de la ville de Bordeaux⁶³. Par opposition, les contrats à exécution instantanée s'accomplissent en un trait de temps. L'imprévision dans ce contexte ne devrait pas recevoir application. La difficulté tient à ce que cette catégorie de contrats peut être assortie d'un terme ou d'une prestation fractionnée, de sorte que l'exécution s'en trouve différée ou étalée. Peut-on invoquer dans ce contexte, l'article 1195 du Code civil ? Certains auteurs s'appuyant sur le contrat de vente, considère que ce type d'engagements donne naissance à « *deux obligations uniques*⁶⁴ » et le terme stipulé n'est « *qu'une modalité de leur exécution*⁶⁵ ». Ainsi, ce ne serait pas le montant de la prestation qui varierait avec le temps, mais bien la « valeur de l'objet » lui-même⁶⁶.

⁵⁵ L'article 1168 nouveau du Code civil rappelle l'absence de sanction de la lésion : « *dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement* ».

⁵⁶ « Réforme des contrats et des obligations : l'imprévision », Mustapha Mekki, *op. cit.*, p.6.

⁵⁷ C. civ., art. 1111-1, al.2 : « *Le contrat à exécution successive est celui dont les obligations d'au moins une partie s'exécutent en plusieurs prestations échelonnées dans le temps* ».

⁵⁸ C. civ., art. 1111-1, al.1 : « *Le contrat à exécution instantanée est celui dont les obligations peuvent s'exécuter en une prestation unique* ».

⁵⁹ « De quelques incidences majeures de la réforme du droit des contrats sur les cessions de droits sociaux », Jacques Moury, Bénédicte François, *Recueil Dalloz*, 10 nov. 2016, n°38, pp.2225-2236.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Arrêt canal de Craponne, *op. cit.*

⁶² Arrêt Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, *op. cit.*

⁶³ « *Si l'on interprète l'article 1195 à la lumière des projets européens, le DCFR rapporte l'onérosité à la dévalorisation de la créance comme à celui de l'alourdissement de la dette* », « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », Philippe Stoffel-Munck, *op. cit.*, pp.30-38.

⁶⁴ « De quelques incidences majeures de la réforme du droit des contrats sur les cessions de droits sociaux », Jacques Moury, Bénédicte François, *op. cit.* - « La délimitation du champ de l'article 1195 du code civil, notamment en matière de cessions de droits sociaux », Jacques Moury, *Revue des sociétés*, sept. 2017, n°9, p.472-476.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*

12. Il convient cependant de tempérer cette argumentation. Les effets du temps dans les contrats à exécution successive ne doivent pas faire oublier que les frais d'exploitation viennent à dépasser les redevances ou plus généralement les revenus parce que le prix, contrepartie de la prestation n'a pas et ne peut évoluer⁶⁷. Les actions⁶⁸ fondées sur la survenance d'un événement imprévisible affectant l'économie du contrat aboutissent principalement à une demande en réévaluation du prix⁶⁹, voire accessoirement en une révision de la prestation elle-même. Symétriquement, pour les contrats à exécution instantanée, ne doit-on pas considérer que la « valeur de l'objet » correspond à son prix ? Et ce prix n'est-il pas susceptible de subir de brusques changements lorsque l'exécution de l'obligation unique s'inscrit dans la durée. Ce parallèle permet de se demander si dans le mécanisme de l'imprévision, « valeur de l'objet » et « montant des prestations » ne sont pas qu'une seule et même condition des conventions : le prix de l'obligation, voire plus globalement l'objet de l'obligation lorsque la demande en révision porte non plus sur le prix, mais sur la prestation. D'où la proposition que l'imprévision serait moins une altération des conditions d'exécution de l'accord, que plus largement, une atteinte substantielle à l'objet de l'obligation, intégré depuis la réforme dans le concept plus vaste de contenu du contrat⁷⁰. C'est du reste l'intérêt de cette nouvelle notion au-delà des obligations de l'engagement qu'elle comprend, qui inclut dorénavant l'intégralité des stipulations. Cette globalité des éléments du contrat a pour finalité de permettre aux parties de parvenir au résultat économique décidé initialement⁷¹. Toutefois, à décharge, si cette conception a le mérite de ne plus distinguer contrats à exécution instantanée et successive au regard du concept de l'imprévision, le contrôle du contenu du contrat, notamment à réaliser sa finalité économique, procède non pas de l'article 1195 du Code civil, mais du pouvoir du juge de sanctionner les contrats déséquilibrés par la nullité ou en le rééquilibrant⁷².

13. Sur un fondement différent, la notion d'équilibre contractuel⁷³ pourrait également justifier une application de l'imprévision à ces deux types de contrats. Si l'article 1195 du Code civil ne fait pas expressément référence à ce concept, une partie de la doctrine considère que

⁶⁷ « Par suite, il faut vraisemblablement comprendre « l'onérosité » comme un rapport coût/avantage négatif. Elle serait caractérisée par la différence entre la valeur de ce que l'on fournit et la valeur de ce que l'on reçoit. Par suite, l'exécution du contrat deviendrait « onéreuse » au sens de l'article 1195 aussitôt qu'elle coûterait plus qu'elle ne rapporte », « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », Philippe Stoffel-Munck, *op. cit.*, pp.30-38.

⁶⁸ Que ce soit sur le fondement d'une clause de « hardship », de l'article 1195 du Code civil ou auprès des tribunaux administratifs.

⁶⁹ « En droit administratif, où la pérennité contractuelle est essentielle [...], le juge condamnera l'administration au versement d'une indemnité (un complément de prix) qui permettra l'exécution du contrat. [...] Devant le juge judiciaire, la révision du contrat impliquera très souvent une révision du prix », « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », Charles-Édouard Bucher, *op. cit.* - Quant aux clauses qui permettent de se prémunir contre un déséquilibre significatif du contrat lié à la dépréciation monétaire, elles prévoient une modification du prix de la prestation évoluant en fonction d'un indice de référence.

⁷⁰ La notion de « contenu du contrat », plus large, introduite par la réforme, englobe désormais celle d'objet : C. civ., art. 1162 à 1171. - Le concept d'« objet de l'obligation » demeure quant à lui et continue à faire référence à la prestation, *Droit civil, Les obligations*, Yvaine Buffelan-Lanore, Virginie Larribau-Terneyre, *op. cit.*, n°1259.

⁷¹ *Ibid.*, n°1260. - Pour une analyse plus ancienne, v°, *L'équilibre contractuel*, Laurence Fin-Langer, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Paris, 2002, pp.157 et s., n°227 et s.

⁷² Pour un développement, v° *Droit civil, Les obligations*, Yvaine Buffelan-Lanore, Virginie Larribau-Terneyre, *op. cit.*, n°1261 et s..

⁷³ C'est l'analyse que développe le professeur Fin-Langer dans ses travaux de thèse : « *L'équilibre contractuel peut représenter un concept utile permettant au contrat de conserver une certaine continuité tout en autorisant l'adaptation de ce contenu. Le maintien de l'équilibre peut représenter l'idée directrice de l'adaptation du contrat. Cette idée n'est plus le respect absolu de l'accord de volonté, mais le maintien de l'équilibre contractuel* », *L'équilibre contractuel*, Laurence Fin-Langer, *op. cit.*, pp.122 & 145 et s., n°169 et 204 et s.

l'imprévision est établie sur la notion d'équilibre contractuel. En effet, pour ces tenants, « *la théorie de l'imprévision est fondée sur un postulat inexact. Elle met l'accent sur la cause d'un phénomène, alors que c'est l'effet produit sur l'équilibre du contrat qui est essentiellement pris en considération. [...] C'est le déséquilibre objectif des prestations, apparu après coup, qui pose la question du maintien intégral ou de la révision du contrat et non la survenance d'une circonstance nouvelle et imprévisible* ⁷⁴ ». Peu importe que ce bouleversement affecte des prestations uniques ou échelonnées, c'est l'équilibre même du contrat, son économie qui s'en trouve déstabilisée. L'imprévision vise dès lors à rétablir l'équilibre entre les prestations que « *l'instabilité des conditions économiques est venue bouleverser* ⁷⁵ » plutôt que de restaurer ce qui avait été initialement décidé ⁷⁶.

14. Un dernier critère associé à notre avis l'article 1195 du Code civil aux contrats à exécution immédiate et successive : la notion de bonne foi. Antérieurement à la réforme du droit des contrats, la Cour de cassation a plusieurs fois décidé que l'exigence de bonne foi imposait sous peine de caducité, une obligation de renégociation aux parties lors de circonstances ayant entraîné la perte de l'équilibre économique des prestations ⁷⁷. Bien que la haute juridiction n'ait pas exigé plus qu'une simple obligation de renégocier les termes de la convention ⁷⁸, d'aucuns estiment qu'elle aurait pu consacrer l'imprévision sur ce fondement ⁷⁹. La nouvelle rédaction du Code civil ⁸⁰ consacre désormais le principe de bonne foi à toutes les phases du contrat. On conçoit mal qu'il ne puisse s'imposer qu'à une catégorie d'engagements, discriminant les prestations à exécution unique de celles à exécution échelonnée.

15. La globalité des stipulations du contenu du contrat, l'équilibre contractuel ou la bonne foi procèdent tous du solidarisme contractuel. L'évolution des préceptes du droit positif contribue à asseoir cette nouvelle appréhension de la matière au sein de la théorie générale des contrats. Au stade de l'exécution, « *les effets du respect par les parties de la conciliation des intérêts rendent compte de la tendance récente du droit positif à préserver l'équilibre contractuel et à sauver le contrat* ⁸¹ », au détriment de la force obligatoire du contrat. L'intronisation de l'imprévision confirme si besoin, cette nouvelle conception du droit des contrats.

⁷⁴ *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, Jacques Ghestin, LGDJ, Paris, 1994, n°298.

⁷⁵ *Lésion a posteriori et imprévision dans les contrats*, B. Margo, Thèse Paris, 1949, p.3.

⁷⁶ *L'équilibre contractuel*, Laurence Fin-Langer, *op. cit.*, n°210. - Pour certains, la pérennité contractuelle ne serait pas un des préceptes sur lequel se serait appuyé le législateur au motif que la réforme n'offre aucune possibilité au juge de réviser le prix abusivement fixé dans les contrats (*C. civ.*, art. 1164), « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », Charles-Édouard Bucher, *op. cit.*

⁷⁷ Concernant l'arrêt Huard introduisant le concept de bonne foi eu égard l'obligation de renégociation du contrat en présence de changement affectant l'économie du contrat, Cass. com. 3 novembre 1992, *RTD Civ.*, 1993, p.124, obs. J. Mestre. Ou plus récemment, « la perte de l'équilibre économique des prestations pouvait entraîner la caducité du contrat » au regard de l'exigence de bonne foi, Cass. com., 29 juin 2010, *D.* 2010. 2481, note D. Mazeaud, v° « L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit de la construction », Hugues Périnet-Marquet, *RDI*, 2015, p.251. Pour une décision de Cour d'appel, CA Nancy, 2^{ème} chbre com., 26 sept. 2007, n°2073/07. - Pour une étude en droit comparé, « La bonne foi, l'imprévision, et le rapport entre le général et le particulier », Hugo Barbier, *RTD Civ.*, janv. 2017, n°1, pp.138-143.

⁷⁸ « De l'imprévisible changement de circonstances à l'imprévisible immixtion du juge ? Analyse du nouvel article 1195 du Code civil », Mustapha Mekki, *BRDA*, 31 mai 2016, n°10, pp.15-18.

⁷⁹ « Le recours au juge », Jean-Pierre Ancel, *RDC*, janv. 2010, n°1/2010, pp.485-486.

⁸⁰ *C. civ.*, art. 1104, al.1 et 2 : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ».

⁸¹ *Le solidarisme contractuel*, Anne-Sylvie Courdier-Cuisinier, Litec Lexis-Nexis, Paris, 2006.

16. Les produits dérivés impliquent par essence, un décalage dans le temps entre l'instant où l'instrument est élaboré ou émis et celui où les droits souscrits sont mis en œuvre⁸², d'où leur qualification d'instruments à terme⁸³. Ils sont donc des contrats à exécution différée⁸⁴, c'est à dire des contrats à exécution instantanée assortis d'un terme⁸⁵. Ils peuvent toutefois être des contrats à exécution successive lorsque les prestations s'échelonnent dans le temps⁸⁶. Les dérivés relèvent sur ce fondement du champ de l'imprévision. Selon l'acception retenue par un auteur à propos de la cession de droits sociaux, mais qui peut être transposée aux instruments dérivés, l'imprévision est une perturbation qui est liée à la durée de la relation contractuelle, que l'obligation soit différée ou échelonnée⁸⁷. Rien en effet ne peut exclure que des circonstances imprévues modifient profondément l'équilibre du contrat durant le délai de réalisation du terme.

17. Le caractère contractuel assorti d'un terme des dérivés confirme leur éligibilité aux dispositions de l'article 1195 du Code civil. Pour autant, leur rôle singulier associé à l'évolution de leur mode d'exécution remettent en question cette assertion.

II – L'EXCLUSION DE L'IMPRÉVISION AU REGARD DE LA NATURE PARTICULIÈRE DES DÉRIVÉS

18. L'invention puis le développement des contrats à terme découlent essentiellement de la pratique. Les besoins des marchés agricoles, puis plus généralement des matières premières ont incité producteurs et industriels à conclure des accords garantissant aux uns et aux autres, constance des prix et approvisionnement suffisant. Fort d'une technique alliant sécurité et stabilité, leur domaine s'est progressivement étendu à de nouveaux sous-jacents de plus en plus dématérialisés, devises, taux d'intérêt, indices boursiers, puis enfin à tout actif soumis à un risque⁸⁸. Cette « désincarnation de leur objet » a transformé leur nature contractuelle pour en faire des contrats dépersonnalisés⁸⁹. La vocation des produits dérivés a consisté dès l'origine à prévenir la survenance d'un risque. Mais ces opérations de « couverture » n'ont pu et ne peuvent être conclues qu'à la condition qu'une contrepartie accepte de s'engager inversement, c'est-à-dire de spéculer sur le risque de son cocontractant⁹⁰. Couverture et

⁸² La mise en œuvre peut résulter de la livraison du sous-jacent ou plus généralement, du paiement de la différence entre le cours du sous-jacent au jour du dénouement de l'opération et le prix convenu à l'origine.

⁸³ *Droit financier*, Alain Couret, Hervé Le Nabasque, Marie-Laure Coquelet, Thierry Granier, Didier Poracchia, Arnaud Raynouard, Arnaud Reygrobelle, David Robine, *op. cit.*, pp.669-670, n°933. – Si la notion d'instruments financiers à terme correspond à l'ensemble des contrats financiers, les « titres dérivés n'en sont pas moins des instruments financiers à terme. [...] Les titres dérivés sont des instruments financiers à terme titrisés », *Droit des marchés financiers*, Thierry Bonneau, France Drummond, *op. cit.*, n°139.

⁸⁴ Sur le terme d'« exécution différée », v° « L'imprévision et les cessions de droits sociaux », Hervé Le Nabasque, *BMIS*, sept. 2016, n°9, pp.538-544.

⁸⁵ Pour une définition relative aux cessions de droits sociaux : « une cession de droits sociaux peut donc rester un contrat à exécution instantanée si les obligations essentielles qu'elle comporte (le transfert de la propriété des titres, leur livraison, le règlement du prix) sont exécutées d'un seul trait, au moment du closing », *ibid.*

⁸⁶ et de poursuivre, « elle peut aussi devenir un contrat à exécution successive lorsque la chose vendue est délivrée successivement, par factions par exemple, le prix payé en plusieurs termes, ou lorsqu'elle impose aux parties, ou à l'une d'entre elles seulement, des prestations échelonnées dans le temps entre la date à laquelle le contrat est formé et celle à laquelle il produit ses effets », *ibid.* - Pour une interprétation extensive de la notion de contrats à exécution successive aux produits dérivés, v° *Lés dérivés*, Antoine Gaudemet, *op. cit.*, n°157 et s.

⁸⁷ Hervé Le Nabasque, *Ibid.*

⁸⁸ « Le contrat comme instrument financier », France Castres Saint-Martin-Drummond, *op. cit.*, p.666, n°8.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ La spéculation ne constitue pas toujours la raison de l'engagement de la contrepartie. Il existe aussi des cocontractants qui cherchent à se couvrir en sens inverse. Pour une étude générale, v° *Droit financier*, Alain

spéculation apparaissent donc comme les deux faces d'un même instrument : les produits dérivés. Ces singularités peuvent-elles par conséquent, remettre en cause l'application de l'imprévision aux instruments dérivés ?

A - Les produits dérivés : des contrats standardisés

19. Les développements précédents ont permis de déterminer la nature contractuelle des dérivés. Ils ont également démontré leur originalité. La particularité toujours plus abstraite des sous-jacents et la finalité inédite des opérations en ont effectivement fait « *un simple instrument négocié sur les marchés*⁹¹ ». Il n'en demeure pas moins un contrat⁹² avec l'ensemble de ses attributs.

20. La mise en œuvre de l'article 1195 du Code civil suppose au préalable un déséquilibre significatif des prestations qui rend l'exécution de la convention excessivement onéreuse. Elle exige en outre une contrepartie clairement identifiée à qui l'on puisse demander une renégociation du contrat⁹³. Les accords qui assurent une réciprocité des obligations et par là même des prestations sont les contrats synallagmatiques⁹⁴. L'alinéa 1 de l'article 1106 nouveau du Code civil précise en effet que le contrat est synallagmatique lorsque les parties s'obligent réciproquement les unes envers les autres. Les dérivés possèdent ce caractère. Les contractants s'y engagent réciproquement à des prestations les uns à l'égard des autres⁹⁵. « *C'est pour cette raison que le contrat est complet par lui-même*⁹⁶ ». Il en va ainsi des contrats à terme⁹⁷ comme des swaps et des options⁹⁸ lorsque le bénéficiaire paye un droit⁹⁹.

21. Le contrat financier se dénoue la plupart du temps à l'échéance par le paiement d'une somme d'argent et non par la livraison du sous-jacent. Le terme « contrat financier » a son importance, car l'essentiel des analyses sur le sujet porte sur les « contrats financiers » dérivés, plus que sur les titres dérivés. Dans les faits, le contrat représente un support abstrait de l'opération¹⁰⁰. Cette « *technique d'abstraction* » autorise les parties à extraire la valeur du sous-jacent « *pour y exposer ensuite leurs espérances et leurs craintes* »¹⁰¹. Ce procédé permet en premier lieu de poser la règle de l'autonomie des dérivés. Les instruments dérivés

Couret, Hervé Le Nabasque, Marie-Laure Coquelet, Thierry Granier, Didier Poracchia, Arnaud Raynaud, Arnaud Reygrobelle, David Robine, *op. cit.*, p.671 et s., n°936 et s.

⁹¹ « Le contrat comme instrument financier », France Castres Saint-Martin-Drummond, *op. cit.*, p.662, n°2.

⁹² *Ibid.*

⁹³ C. civ., art. 1195 : « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant* ».

⁹⁴ Malgré la suppression avec la réforme de 2016 de la notion de cause, la réciprocité et l'interdépendance des obligations continuent à s'appliquer, v° *Droit civil, Les obligations*, Yvaine Buffelan-Lanore, Virginie Larribau-Terneyre, *op. cit.*, n°910.

⁹⁵ *Les dérivés*, Antoine Gaudemet, *op. cit.*, n°142.

⁹⁶ *Le contrat financier, un instrument financier à terme*, Pauline Pailler, *op. cit.*, n°302 et s.

⁹⁷ « *dans les contrats à terme, une partie s'oblige à payer une somme déterminée par référence à la valeur d'une chose sous-jacente ; l'autre partie à payer un prix arrêté d'avance* », Antoine Gaudemet, *ibid.*, n°142.

⁹⁸ qui sont qualifiées de contrat unilatéral de promesse, *ibid.*, n°48 et s. ; n°142.

⁹⁹ *Ibid.*, n°142.

¹⁰⁰ « *L'histoire des contrats financiers est celle d'une abstraction progressive des objets des obligations que l'on appelle en droit financier les sous-jacents du contrat* », « Le contrat comme instrument financier », France Castres Saint-Martin-Drummond, *op. cit.*, p.664, n°7. - V° aussi, *Le contrat financier, un instrument financier à terme*, Pauline Pailler, *op. cit.*, p.42.

¹⁰¹ Antoine Gaudemet, *ibid.*, n°214 et s. ; « *En présence d'un bien, cette valeur doit être abstraite du bien lui-même par les parties. En présence d'autre chose, comme un taux ou un indice, elle se présente directement en la forme abstraite* », *ibid.*

se conforment ainsi à leur propre loi, distinctement du support sur lequel ils s'appuient ¹⁰². Les parties à un dérivé ne peuvent pas dans ces conditions, invoquer les stipulations et les vices éventuels du contrat sur lequel celui-ci repose ¹⁰³. Ce principe interdit aux contractants d'invoquer l'article 1195 du Code civil. Assurément, les fluctuations parfois substantielles des dérivés ¹⁰⁴ résultent des variations du sous-jacent. La technique d'abstraction permet en deuxième lieu la dépersonnalisation des contrats dérivés ¹⁰⁵. Cela se manifeste par une indifférenciation des contractants. Leur qualité, leur personnalité n'influe plus sur le contenu du contrat ¹⁰⁶. Les contrats sont standardisés ¹⁰⁷, ce qui assure leur fongibilité ¹⁰⁸. Cette dépersonnalisation influe sur leur mode d'exécution. Les contrats financiers sont conclus essentiellement par voie informatique par l'intermédiaire de professionnels qui appartiennent aux ordres compatibles ¹⁰⁹. Le corollaire est que les « *souscripteurs s'obligent, mais ne s'obligent pas l'un envers l'autre. [...] Le contrat cesse de lier les contractants initiaux l'un envers l'autre pour rayonner à l'intérieur d'un cercle autonome composé des acheteurs et vendeurs du même produit. L'interdépendance des obligations est brisée* ¹¹⁰ ». Il apparaît nettement que la disparition de l'interrelation entre les parties n'autorise plus l'un des contractants à actionner sa contrepartie lors d'un déséquilibre significatif. Quant à solliciter les chambres de compensation, c'est ignorer leur simple rôle d'intermédiaire entre acheteurs et vendeurs. La standardisation des dérivés écarte donc l'application de l'article 1195 du Code civil.

22. Enfin, nous avons souligné à titre liminaire que cette analyse portait sur les contrats financiers. Il est donc utile de se demander si l'on peut transposer ces règles aux titres dérivés ? Les titres dérivés sont des titres financiers. Bien que certains d'entre eux soient mis en circulation par stocks uniformes et fongibles, ils se transmettent par inscription en compte et sont négociables par virement ¹¹¹. Ainsi, si l'on retient l'exemple des warrants, les droits qu'ils confèrent sont intégrés au titre, et l'exercice de la levée d'option entraîne la formation du contrat de vente et la livraison de l'actif ¹¹². Toutefois, ils sont susceptibles d'être réglés par différence de la même façon que les contrats financiers, ce qui laisse dire à une partie de la doctrine que sur de nombreux points, ils se rapprochent des contrats financiers ¹¹³.

23. S'il subsiste un doute sur l'éviction de l'ensemble des produits dérivés du champ de l'imprévision, l'étude de l'objet même des produits dérivés les écarte définitivement de l'application de l'article 1195 du Code civil.

¹⁰² *Ibid.*, n°221.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ pouvant entraîner un déséquilibre rendant l'exécution du contrat excessivement onéreuse.

¹⁰⁵ France Castres Saint-Martin-Drummond, *ibid.*, p.667, n°8.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ « *Les contrats financiers sont conclus à partir de contrats types [...] créés par les entreprises de marché* », *ibid.*

¹⁰⁸ Pauline Pailler, *ibid.*, n°28.

¹⁰⁹ France Castres Saint-Martin-Drummond, *ibid.*, p.668, n°10.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Droit des marchés financiers*, Thierry Bonneau, France Drummond, *op. cit.*, n°139.

¹¹² Juris-Classeur Banque - Crédit - Bourse, Fasc. 2030, Warrants financiers, Henri Hovasse, François Moulière.

¹¹³ *Ibid.*, n°4-8. - Pour certains auteurs, les warrants sont des dérivés, car outre leur livraison, ils peuvent également être réglés par différence, *Les dérivés*, Antoine Gaudemet, *op. cit.*, n°108 et s.

B - Les produits dérivés : des contrats organisant un transfert de risque¹¹⁴

24. L'alinéa 1 de l'article 1195 du Code civil énonce pour conclure que les parties peuvent demander la renégociation du contrat en cas de changement de circonstances imprévisible qui rend l'exécution excessivement onéreuse, si elles n'ont « *pas accepté d'en assumer le risque* »¹¹⁵. Cette acceptation du risque a surtout été analysée par la doctrine comme la faculté offerte à l'une des parties d'aménager, voire de déroger conventionnellement à l'application de l'imprévision¹¹⁶. Au regard du nouveau texte, de nombreux commentaires confirment l'insertion de telles stipulations : « *supporter le risque en vertu du contrat* »¹¹⁷, « *accepter de supporter les conséquences d'un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat et empêcher ainsi l'application de l'article précité* »¹¹⁸ ou « *exclut l'imprévision lorsqu'une partie a accepté d'assumer le risque du changement de circonstances. C'est la liberté de prendre des risques qui est ici consacrée* »¹¹⁹. Mais au-delà du caractère supplétif de la disposition, se pose la question de l'acceptation implicite du risque. La jurisprudence l'envisageait déjà. Les tribunaux administratifs avaient refusé à une entreprise la révision de sa convention au motif qu'elle avait assumé le risque « *de la poursuite de la hausse* » en acceptant la reconduction du contrat alors que l'augmentation des produits pétroliers commençait à être connue¹²⁰.

25. De façon plus globale, peut-on se demander si cette acceptation du risque pourrait découler de l'objet même de la convention ? Pour conforter notre hypothèse, certains auteurs font remarquer que « *pour que l'onérosité excessive joue un rôle, encore faut-il ne pas en avoir assumé le risque. Cette précision est importante. [...] L'aléa assumé chasse donc la lésion et, dans sa foulée, l'imprévision tout autant* »¹²¹. Certes, l'introduction de l'imprévision dans notre droit a pour objet de limiter les conséquences de la survenance imprévisible d'un aléa. Mais cet aléa doit être « *extracontractuel* », c'est-à-dire qui soit resté extérieur aux cocontractants¹²². Seul peut-être aménagé, évincé ou consenti¹²³, l'« *aléa contractuel* » qui a été intégré dans les prévisions des parties¹²⁴. Par extension, peut-on considérer que les contrats dont l'existence de l'obligation relève d'un aléa écartent l'application de l'imprévision ? L'article 1108 alinéa 2 nouveau du Code civil définit les contrats « *aléatoires* » comme des conventions où « *les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain* ». L'ancienne rédaction du Code civil, l'article 1964, citait le contrat d'assurance, de jeu et de

¹¹⁴ « Les dérivés, instruments de transfert de risque », titre de la première partie, *Les dérivés*, Antoine Gaudemet, *ibid.*, p.11.

¹¹⁵ Pour rappel, l'alinéa 1 de l'article 1195 précise que « *si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant* ».

¹¹⁶ Sur le caractère supplétif ou d'ordre public du texte, v° *infra*. - V° également « L'imprévision et les cessions de droits sociaux », Hervé Le Nabasque, *op. cit.*, pp.538-544.

¹¹⁷ « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », Philippe Stoffel-Munck, *op. cit.*, pp.30-38.

¹¹⁸ « Conséquences de la réforme du droit des obligations sur le droit bancaire », Jérôme Lasserre Capdeville, *op. cit.*, pp.40-46.

¹¹⁹ « Le charme discret de l'imprévision à la française », Yves Picod, *op. cit.*, p.441.

¹²⁰ CAA Marseille 3.4.2008, n°06MA01355, Sté Braja Vesigne, « Nouvel article 1195 du Code civil : peut-on l'interpréter à la lumière de l'imprévision dans les contrats administratifs », Roland Vandermeeren, *RJDA*, fév. 2017, n°2, pp.83-85.

¹²¹ Philippe Stoffel-Munck, *ibid.*, pp.30-38.

¹²² « Cession de droits sociaux : faut-il avoir peur de l'article 1195 du Code civil ? », Antoine Gaudemet, *BMIS*, déc. 2016, n°12, p.685.

¹²³ tacitement pour prendre le cas de la jurisprudence précitée.

¹²⁴ *Ibid.*

pari. La nouvelle codification n'a pas repris ces illustrations. Le contrat d'assurance demeure à n'en pas douter un contrat aléatoire par nature, la Cour de cassation le définissant comme tel¹²⁵. Plus génériquement, les contrats dont les avantages et les pertes dépendent d'un événement incertain intègrent en eux la certitude d'un déséquilibre des prestations lors de leur exécution. Ils excluent *de facto*, toute action fondée sur l'imprévision.

26. La doctrine quasi unanime qualifie les instruments dérivés de contrats aléatoires¹²⁶. Les contrats à terme¹²⁷ conçus à l'origine pour se prémunir de l'évolution des cours et garantir l'approvisionnement en marchandises, ont été instaurés afin d'assurer une meilleure gestion des risques auxquels ces conventions sont exposées¹²⁸. L'usage des dérivés s'est ensuite orienté vers des actifs de plus en plus immatériels, de plus en plus abstraits¹²⁹ (devises, taux, indices, créances...) pour désormais couvrir toute valeur d'une chose susceptible de variation dans le temps¹³⁰. Quel que soit leur support, l'objet premier des dérivés s'avère sans conteste la couverture d'un risque¹³¹, plus précisément, le transfert d'un risque attaché à la valeur d'un sous-jacent sur la tête d'un contractant, voire des deux¹³². Cette idée de couverture vise à prévenir une perte et non à concrétiser un bénéfice¹³³. Or, pour qu'il y ait transfert de risque, il doit y avoir une contrepartie qui consente à assumer ce risque. Assurément, il ne peut y avoir de couverture sans prise de risque en sens inverse, c'est-à-dire, sans qu'un spéculateur accepte de l'endosser. Les produits dérivés sont ainsi employés « *soit pour limiter les risques tenant à cette fluctuation (couverture), soit pour profiter des écarts de cours (spéculation)* »¹³⁴. La couverture pour ces instruments, est donc consubstantielle de la spéculation, dans la mesure où ils intègrent un risque qui leur est intrinsèque¹³⁵. Ce risque en outre, est toujours indéterminé, car il est la conséquence de l'évolution « erratique¹³⁶ » des cours et alternatif, dans la mesure où les gains et les pertes oscillent d'un contractant à l'autre pendant toute la durée du contrat¹³⁷. Enfin, ces risques sont d'une particulière intensité. Les écarts de valeur résultent de la manière dont sont utilisés ces produits. Leur maniement au moyen de puissants effets de levier permet de décupler les gains, mais aussi les pertes¹³⁸.

Conclusion

27. Les produits dérivés constituent un jeu à somme nulle¹³⁹. Le gain de l'un correspond à la perte de l'autre. Partant, ces contrats ne peuvent être équilibrés. Il ne peut y avoir d'*affectio*

¹²⁵ Cass. 2^{ème} civ., 11 sept. 2014, n°13-17.236, « Réforme du droit des contrats : quel impact sur le contrat d'assurance ? », Perrine Bertrand, *Recueil Dalloz*, 2 juin 2016, n°20, pp.1156-1160.

¹²⁶ « *Les dérivés sont des contrats aléatoires et on ne saurait le contester au motif que ces contrats peuvent permettre à une partie, voire aux deux, d'acquiescer une certitude sur l'avenir en se couvrant, car même dans ce cas, les parties restent exposées au risque que leurs anticipations soient déjouées, c'est-à-dire que le risque redouté ne se réalise pas et qu'un gain leur échappe* », *Les dérivés*, Antoine Gaudemet, *op. cit.*, n°152.

¹²⁷ qui constituent la première forme de produits dérivés.

¹²⁸ *Monnaie, banques, finance*, Jézabel Couppey-Soubeyran, PUF, Collection Quadrige, Paris, 2015, pp.14 et s.

¹²⁹ V° *infra*.

¹³⁰ *Les dérivés*, Antoine Gaudemet, *op. cit.*, n°131.

¹³¹ V° notamment, *Droit des marchés financiers*, Thierry Bonneau, France Drummond, *op. cit.*, p.225 et s., n°150 et s.

¹³² *Les dérivés*, Antoine Gaudemet, *ibid.*, n°131.

¹³³ *Droit financier*, Alain Couret, Hervé Le Nabasque, Marie-Laure Coquelet, Thierry Granier, Didier Poracchia, Arnaud Raynouard, Arnaud Reygrobellet, David Robine, *ibid.*, p.676, n°939.

¹³⁴ « Le contrat comme instrument financier », France Castres Saint-Martin-Drummond, *op. cit.*, p.665, n°7.

¹³⁵ *Le contrat financier, un instrument financier à terme*, Pauline Pailler, *op. cit.*, p.9.

¹³⁶ France Castres Saint-Martin-Drummond, *ibid.*, p.674, n°18.

¹³⁷ *Les dérivés*, Antoine Gaudemet, *op. cit.*, n°268.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ Pauline Pailler, *ibid.*, p.275.

*contractus*¹⁴⁰. Le risque est bien la source de l'économie de l'opération¹⁴¹ quand bien même il serait excessif¹⁴². Il est vrai qu'en s'engageant, les parties n'ont pas entendu expressément écarter l'application de l'imprévision. Mais l'essence même de ces instruments exclut toute réclamation sur ce fondement. Les dérivés sont conçus et utilisés afin d'appréhender les conséquences des variations imprévisibles des actifs sur lesquels ils s'appuient.

28. L'analyse des produits dérivés conduit à évincer ces instruments de la sphère de l'imprévision. Il convient cependant de se garder de toute généralisation. Si le droit financier eu égard ses spécificités, déroge souvent au droit commun, l'article 1195 du Code civil a vocation à s'appliquer à l'ensemble des contrats et notamment aux cessions de droits sociaux¹⁴³. La mise en œuvre de l'imprévision peut dès lors s'avérer préjudiciable particulièrement dans le cadre de l'exécution des promesses de rachat d'actions d'opérations de capital-risque¹⁴⁴. Face aux incertitudes portant sur les titres ou les contrats financiers qui relèvent du domaine de l'article 1195 du Code civil, mais surtout, face aux craintes que pourrait susciter le jeu de l'imprévision sur les relations financières, le parlement pourrait préférer légiférer en excluant purement tous les instruments financiers du champ d'application du texte¹⁴⁵.

¹⁴⁰ France Castres Saint-Martin-Drummond, *ibid.*, p.666, n°8 ; *Traité des obligations*, Demogue, t.IV, 1931, n°3.

¹⁴¹ Pauline Pailler, *ibid.*, n°400. - D'aucuns ont qualifié les instruments dérivés de contrats d'assurance ou de pari. La doctrine considère qu'ils n'en possèdent pas les caractères. V° principalement, *Les dérivés*, Antoine Gaudemet, *op. cit.*, n°175 et s. ; *Le contrat financier, un instrument financier à terme*, Pauline Pailler, *op. cit.*, n°307 et s.

¹⁴² Compte tenu des effets de levier des dérivés.

¹⁴³ Pour une synthèse, v° « Cession de droits sociaux : faut-il avoir peur de l'article 1195 du Code civil ? », Antoine Gaudemet, *op. cit.* ; « De quelques incidences majeures de la réforme du droit des contrats sur les cessions de droits sociaux », Jacques Moury, Bénédicte François, *op. cit.* ; « La délimitation du champ de l'article 1195 du code civil, notamment en matière de cessions de droits sociaux », Jacques Moury, *op. cit.* ; « L'imprévision et les cessions de droits sociaux », Hervé Le Nabasque, *op. cit.*

¹⁴⁴ « La réforme de la réforme du droit des contrats ? », Bruno Dondero, brunodondero.com/2017/10/11/la-reforme-de-la-reforme-du-droit-des-contrats

¹⁴⁵ Proposition d'introduction de l'article L.211-40-1 du Code monétaire et financier, v° *supra*.