



RAPPORT DE M. GUERLOT, CONSEILLER RÉFÉRENDAIRE

**Arrêt n°328 du 15 mars 2023 (QPC) – Chambre commerciale,
financière et économique**

Pourvoi n° 22-40.023

**Décision attaquée : 16 décembre 2022 du tribunal de commerce de
Paris**

**la société Nexta 2022
C/
la société Homework**

1 - Rappel des faits et de la procédure

Par un acte du 18 septembre 2020, la SAS Nexta a conclu avec la SAS Homework et M. [L] une promesse d'achat portant sur les actions détenues par la SAS Homework dans le capital social de la SAS Braaxe, dont l'objet est la communication sur les réseaux sociaux.

La SAS Homework est détenue par MM. [O] et [L].

Compte tenu de plaintes dirigées contre la SAS Braaxe et M. [O], la SAS Nexta a, dans un premier temps, notifié aux vendeurs son souhait de suspendre l'opération de rachat, avant d'y mettre un terme unilatéralement le 20 novembre 2020, alléguant avoir été victime d'un dol de la part des vendeurs.

Le 29 janvier 2021, M. [O] a notifié à la SAS Nexta la décision des vendeurs d'exercer la promesse et signer le contrat d'achat des actions.

Le 28 juillet 2021, M. [L] et la SAS Homework ont assigné la SAS Nexta afin de voir ordonner l'exécution forcée de la promesse et de condamner la SAS Nexta a au paiement de la somme de 1 077 630 euros correspondant au prix des actions représentant 67,01% du capital de la société Braaxe.

Par mémoire séparé du 17 juin 2022, la SAS Nexta a demandé au tribunal de commerce de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) suivante :

L'article L. 211-40-1 du code monétaire et financier est-il conforme au principe d'égalité devant la loi garanti par l'article 1^{er} de la constitution et par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen?

Par un **jugement du 16 décembre 2022** reçu le 23 décembre 2023, le tribunal de commerce de Paris a transmis à la Cour de cassation la question prioritaire de constitutionnalité dans les termes précités.

Le tribunal de commerce a retenu, en substance, que l'article L. 211-40-1, qui vise à transposer la directive 2002/47/CE et qui exclut les opérations sur instruments financiers du régime de l'imprévision prévu par l'article 1195 du code civil, poursuit le double objectif de renforcer la stabilité du système financier européen et de favoriser l'intégration des marchés financiers et européens ; que selon l'article 211-40-1 les SAS et les SA non cotées se trouvent exclues de manière indifférenciée du régime de l'imprévision alors que la plupart de ces sociétés n'ont rien à voir avec les SA dont les instruments financiers se traitent sur les marchés financiers, que le législateur a entendu protéger du régime de l'imprévision ; que le législateur s'est peut-être mépris en excluant du régime de l'imprévision toutes les SAS et SA, alors qu'il aurait pu, compte tenu de l'objectif de sécurité des marchés financiers, limiter l'exclusion du régime de l'imprévision aux seules sociétés cotées.

Pour considérer que la question était sérieuse, le **tribunal de commerce** a d'abord observé que les parts sociales des sociétés de personnes et les actions des sociétés de capitaux obéissaient à des régimes juridiques différents et cette différence paraissait justifiée. Il en déduit que la distinction faite par l'article L. 211-40-1 « *ne peut être considérée comme réellement créatrice d'inégalité alors que l'inégalité est prévue par des textes que personne ne songerait à remettre en cause.* »

Toutefois, il a ensuite estimé que la différence entre le régime des cessions de parts des sociétés de personnes et celui des actions des sociétés de capitaux ne devait pas être exagérée puisque des clauses d'agrément peuvent être également stipulées dans les statuts des sociétés de capitaux non cotées.

Il a considéré que le législateur a entendu protéger du régime de l'imprévision les sociétés de capitaux cotées alors que l'article L. 211-40-1 a pour effet d'exclure les sociétés de capitaux non cotées (SA et SAS) du régime de l'imprévision.

De cette absence de différence de traitement par l'article L. 211-40-1, qui englobe toutes les sociétés de capitaux alors que ces sociétés ne sont pas dans la même situation, le tribunal de commerce a retenu que la question de la conformité de cet article au principe d'égalité présentait un caractère sérieux.

2 - Analyse succincte de la question de constitutionnalité

i) applicabilité au litige des dispositions de l'article 211-40-1 du CMF, créé par l'article 8 de la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ;

ii) l'article 211-40-1 du CMF, qui exclut l'article 1195 du code civil, relatif à l'imprévision, des obligations qui résultent d'opérations sur les titres et les contrats financiers mentionnés aux I à III de l'article L. 211-1 du CMF, serait-il susceptible de porter atteinte au principe d'égalité devant la loi garanti par l'article 1er de la constitution et par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ?

3 - Examen des conditions du renvoi au Conseil constitutionnel de la question prioritaire de constitutionnalité

Il résulte de l'article 23-1 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée que, devant les juridictions relevant de la Cour de cassation, lorsque le ministère public n'est pas partie à l'instance, l'affaire lui est communiquée dès que le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est soulevé, afin qu'il puisse faire connaître son avis, et que cette formalité est d'ordre public.

En application d'une jurisprudence constante, la question n'est pas recevable lorsqu'il ne résulte ni de la décision, ni des pièces de la procédure que la juridiction lui ayant transmis une question prioritaire de constitutionnalité ait communiqué l'affaire au ministère public avant de statuer.

Il résulte des articles 23-2 et 23-4 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée que, pour être transmise au Conseil constitutionnel, la disposition contestée doit :

1. avoir le caractère d'une disposition législative ;
2. être applicable au litige ou à la procédure, ou constituer le fondement des poursuites ;
3. ne pas avoir déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ;
4. être nouvelle ou présenter un caractère sérieux.

3-1. Sur la communication au ministère public

Il résulte des mentions du jugement du tribunal de commerce a communiqué l'affaire au ministère public.

3.2 Sur le caractère législatif de la disposition contestée

L'article 211-40-1 du code monétaire et financier est issu de l'article 8 de la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Cette loi a ratifié l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats.

Il a donc un caractère législatif.

On rappellera qu'il dispose que « *l'article 1195 du code civil n'est pas applicable aux obligations qui résultent d'opérations sur les titres et les contrats financiers mentionnés aux I à III de l'article L. 211-1 du présent code.* »

3.3 Sur l'applicabilité au litige de la disposition contestée

A la différence du Conseil d'Etat, la Cour de cassation ne dissocie pas, en principe, le critère de l'applicabilité au litige, pour l'examen d'une question prioritaire de constitutionnalité, de la question de savoir si la disposition est au nombre de celles en considération desquelles « le litige doit être tranché »

Par exemple :

- 1^{ère} civ 5 juillet 2012 n° 12 12 356 : « *Mais attendu que le litige doit être tranché, d'une part, en considération des dispositions transitoires fixées par l'article 25, II, 2o, de la loi no 2001-1135 du 3 décembre 2001, s'agissant de déterminer si M. X... est recevable à contester la qualité de légataire universel de A... Y... et s'il peut bénéficier de droits patrimoniaux dans la succession d' E... Z..., et, d'autre part, par application de l'article 1003 du code civil, en vertu duquel le légataire universel, qui a vocation à recevoir l'universalité héréditaire, devient titulaire, même en présence d'héritiers réservataires, du droit moral de l'auteur consacré par l'article L. 121-1 du code de la propriété intellectuelle ; que, dès lors, les dispositions contestées ne sont pas applicables au litige ; ».*

- Com 16 juin 2016 n° 16 40 018 : « *Attendu que l'article 1843-4 du code civil, dans sa version antérieure à l'ordonnance no 2014-863 du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés, prise en application de l'article 3 de la loi no 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises, constitue le fondement de l'expertise critiquée ; que ce texte est donc applicable au litige ; ».*

Il en résulte un contrôle renforcé du lien entre la disposition contestée et le litige qui conduit à un examen de la pertinence juridique de l'argumentation par laquelle le requérant entend démontrer ce lien.

En l'espèce, le litige porte sur l'exécution forcée de la promesse d'achat d'actions de la SAS Braaxe conclue le 18 septembre 2020 entre la SAS Nexta (l'acquéreur), d'une part, et la SAS Homework et M. [L] (les vendeurs), d'autre part.

Les vendeurs demandent l'exécution de la promesse et la condamnation de l'acquéreur à leur payer le prix de la cession.

L'acquéreur, dont la demande d'annulation pour dol a été rejetée par un jugement du 16 décembre 2022, s'oppose à ces demandes et sollicite, sur le fondement de l'article 1195 du code civil, qu'il soit mis fin au contrat de cession, en raison d'un changement de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat. Les vendeurs répondent que l'article 1195 n'est pas applicable aux opérations sur titres et sur contrats financiers, en vertu des dispositions de l'article L. 211-40-1 du code monétaire et financier.

- *Rappel sur le champ d'application de l'article L. 211-40-1 du code monétaire et financier*

L'article L. 211-40-1 exclut du mécanisme de l'imprévision « *les titres et les contrats financiers mentionnés aux I à III de l'article L. 211-1 du présent code.* »

Aux termes de ce dernier texte, il est prévu :

- « I. – Les instruments financiers sont les titres financiers et les contrats financiers.
- II. – Les titres financiers sont :
 1. **Les titres de capital émis par les sociétés par actions ;**
 2. Les titres de créance ;
 3. Les parts ou actions d'organismes de placement collectif.
- III. – Les contrats financiers, également dénommés " instruments financiers à terme ", sont les contrats à terme qui figurent sur une liste fixée par décret.
- IV. – Les effets de commerce et les bons de caisse ne sont pas des instruments financiers. »

Les opérations exclues du dispositif de l'imprévision sont donc, notamment, celles qui portent sur les titres de capital émis par les sociétés par actions.

On rappellera qu'aux termes des articles L. 224-1 et suivants du code de commerce, entrent dans la catégorie des sociétés par actions, les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions, les sociétés par actions simplifiées, les sociétés européennes.

Des dispositions spécifiques sont prévues pour les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation (*articles L. 22-10-1 et suivants du code de commerce portant sur la constitution et le fonctionnement des sociétés anonymes, des sociétés en commandite par actions « cotées »*)

Dans son **mémoire spécial**, la **société Nexta 2022** soutient qu'il n'est ni contesté, ni contestable que l'article L. 211-40-1 du code monétaire et financier est applicable au litige puisque les vendeurs entendent le lui opposer.

3.4 Sur l'absence de déclaration de conformité, sauf changement des circonstances :

Il résulte de la consultation du recueil des dispositions déclarées conformes par le Conseil constitutionnel que l'article L. 211-40-1 du code monétaire et financier n'a pas fait l'objet d'une déclaration de conformité. Ce texte ne fait par ailleurs l'objet d'aucune autre question prioritaire de constitutionnalité en instance devant la Cour ou le Conseil d'Etat.

En l'espèce, la **société Nexta 2022** soutient, dans son **mémoire spécial**, que la question posée n'a pas été déjà déclarée conforme à la Constitution dans les motifs ou le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel.

3.5 Sur la nouveauté ou le caractère sérieux de la question

3.5.1 La question n'est pas nouvelle

La question n'est pas nouvelle, dès lors que le Conseil constitutionnel a déjà eu l'occasion de faire application des droits consacrés par les articles 1^{er} de la Constitution et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

- *Rappel sur le principe d'égalité*

Ce principe est énoncé par l'article 1^{er} de la Constitution, qui aux termes de son alinéa 1^{er} dispose : « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée.* »

Il est également énoncé par l'article 6 de la déclaration de 1789 qui prévoit que « *la loi ... doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* ».

Le Conseil constitutionnel a statué à plusieurs reprises sur le principe d'égalité.

Peuvent, par exemple, être citées les décisions suivantes :

- Décision n° 2017-627/628 QPC du 28 avril 2017¹

Cette décision concerne l'institution d'une contribution patronale sur l'attribution des actions gratuites. Sur son site internet, le Conseil constitutionnel précise : « *en prévoyant une seule date d'exigibilité, que les actions gratuites soient ou non effectivement attribuées, le législateur n'a institué aucune différence de traitement. Le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi doit être écarté.* »

« *9. En second lieu, selon l'article 6 de la Déclaration de 1789, « la loi ... doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ». Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit. Il n'en résulte pas pour autant que le principe d'égalité oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes.* »

- Décision n° 2003-489 DC du 29 décembre 2003²

« *37. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; que si, en règle générale, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes ; »*

¹https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2017/2017627_628QPC.htm

²<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2003/2003489DC.htm>

3.5.2 La question présente-t-elle un caractère sérieux ?

Pour déterminer le caractère sérieux de la question, il y a lieu, au préalable, de rappeler les conditions du mécanisme de l'imprévision et les raisons pour lesquelles certaines opérations ont été exclues de ce dispositif par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

- *Rappel sur l'article 1195 du code civil (l'imprévision)*

Créé par l'article 2 de l'ordonnance du 10 février 2016, l'article 1195 du code civil, qui n'est pas d'ordre public, prévoit :

« 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. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. »

Dans le rapport au Président de la République, les auteurs de l'ordonnance rappellent les raisons qui ont justifié l'introduction dans le code civil de l'imprévision³.

En substance, ils exposent que ce dispositif, qui constitue l'une des innovations majeures de la réforme, vise à modérer la force obligatoire des contrats et à lutter contre les déséquilibres contractuels majeurs qui surviennent en cours d'exécution. Ils soulignent que ce mécanisme a vocation à jouer un rôle préventif, le risque d'anéantissement ou de révision du contrat par le juge devant inciter les parties à négocier.

S'agissant des conditions de mise en oeuvre de l'imprévision, G. Chantepie⁴ souligne la loi n'apporte pas de précision sur l'appréciation de l'imprévisibilité et que deux conceptions sont envisageables.

Ainsi, dans une approche objective et restrictive, l'événement serait imprévisible lorsqu'il ne pouvait être envisagé par « *tout contractant placé dans la même situation* ». Dans une conception subjective, « *il suffirait que les parties n'aient pas envisagé la survenance de l'événement au moment de la conclusion du contrat, alors même qu'il était raisonnablement envisageable.* »

Rapprochant l'article 1195 de l'article 1218 définissant la force majeure, l'auteur estime que l'on doit comprendre l'imprévisible comme ce qui ne pourrait être raisonnablement prévu, le juge appréciant l'imprévisibilité en recherchant la probabilité de l'événement ou sa spécificité.

³<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000032004539/>

⁴In Répertoire Dalloz de droit civil, contrats, effets, contenu du contrat, n° 71 et s.

En ce qui concerne la condition d'onérosité, M. Chantepie estime qu'elle vise à imposer une appréciation de l'équilibre du contrat initialement convenu par les parties afin de déterminer comme il a été affecté.

Il en déduit que ce critère renvoie à une appréciation objective de l'imprévision. Ainsi, il estime qu' « *il faudrait apprécier le caractère excessivement onéreux au regard de l'équilibre initialement convenu et non en considération des conséquences que serait susceptible d'entraîner l'exécution du contrat sur le contractant.* »

Enfin, s'agissant de la dernière condition du texte, à savoir le risque non assumé par les parties, l'auteur souligne que cette réserve est cohérente « *avec une analyse du contrat comme un instrument de répartition des risques entre les parties* » et elle confirme le caractère supplétif de l'article 1195.

Il observe que cette notion n'est pas sans poser de difficultés. On peut ainsi lire sous sa plume :

« La condition posée par l'article 1195 du code civil suscite cependant plusieurs difficultés. Sur le fond, l'idée de risque assumé pourrait renvoyer, tout d'abord, à la notion de contrat aléatoire. Néanmoins, si tout contrat renferme une part d'aléa, de nature économique, liée à son exécution incertaine, seuls certains contrats spécifiques sont conçus autour de la réalisation d'un événement aléatoire, qui en conditionne les effets. On ne saurait donc réduire le « risque assumé » par l'une des parties à la qualification de contrat aléatoire, d'autant que celle-ci requiert que les parties, et non une seule d'entre elles, aient accepté « de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain » (C. civ., art. 1108 , al. 2). Reste ensuite à s'assurer que le risque a effectivement été assumé par l'une des parties, sur deux plans. D'une part, il ne s'agirait pas qu'une telle affirmation devienne une clause de style dans les contrats d'adhésion. Il serait alors possible de la contester au motif qu'elle ferait peser un déséquilibre significatif sur l'une des parties (rappr., au visa de l'article L. 442-6, I, 2o, du code de commerce, Com. 3 mars 2015, no 13-27.525 , Bull. civ. IV, no 42 ; D. 2015. 1021, note F. Buy ; D. 2015. 943, obs. Ferrier ; D. 2015. 996, chron. Lecaroz, Arbello, Tréard et Gauthier ; D. 2015. 2526, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; D. 2016. 964, obs. Ferrier ; RTD com. 2015. 486, obs. M. Chagny ; RTD civ. 2016. 81, obs. Chagny ; CCC 2015, no 115, obs. Mathey ; AJ contrat 2015. 218, note Chantepie ; RDC 2015. 523, obs. Behar-Touchais). Sur le plan formel, d'autre part, une difficulté pourrait exister lorsque le contrat n'aura pas prévu expressément que l'une des parties assume le risque de survenance d'un événement imprévisible. En cas de clause ambiguë ou d'absence de clause, il reviendra au juge d'interpréter le contrat. »

Les auteurs du Mémento Francis Lefebvre (*Cessions de parts et actions*, éd. 2022-23) observent également que la loi ne précise pas la nature du changement de circonstances susceptible d'être invoqué par les parties dans le cadre d'une révision et s'il s'agit de circonstances internes ou externes au contrat. Ils évoquent à titre d'exemple de circonstances autorisant la révision « *l'augmentation du prix des matières premières utilisées par la société cible, la perte d'un contrat, d'une autorisation administrative, la disparition d'un homme clé...* »

Ils observent que le code civil ne définit pas non plus « *le changement imprévisible* » et qu'il incombera dès lors au juge de l'apprécier au cas par cas.

Ils notent que, dans les contrats administratifs où la notion d'imprévision était déjà admise, les circonstances imprévisibles sont celles « *que les parties n'ont pas pu raisonnablement envisager au moment de la conclusion du contrat et dont les conséquences ont échappé à la commune intention des parties.* »

S'agissant de la condition relative aux conséquences excessivement onéreuses du changement imprévisible, ils soulignent que le renchérissement du contrat doit être

excessif, de sorte qu'il est de nature à bouleverser l'économie du contrat. Ce changement n'est donc pas un simple manque à gagner.

Enfin s'agissant de la dernière condition relative à l'acceptation du risque⁵, selon les auteurs du Mémento Francis Lefebvre, précités, soulignent que la doctrine majoritaire admet qu'une clause d'acceptation des risques peut être prévue par les parties pour exclure l'application de l'article 1195.

Ils s'interrogent néanmoins sur la possibilité d'admettre une clause implicite qui résulterait par exemple de la modicité du prix de la cession ou d'un commencement d'exécution.

- Sur l'application de l'imprévision aux parts sociales

La doctrine s'accorde pour admettre que l'article 1195 du code civil est applicable aux cessions de parts sociales car ces dernières n'entrent pas dans le périmètre de l'article L 211-40-1 du code monétaire et financier.

D'une manière générale, les auteurs précités du Mémento Francis Lefebvre soulignent que l'imprévision a été instituée pour les contrats s'exécutant dans temps, « *dont l'économie peut être profondément remise en cause par à la suite d'un changement de circonstances en cours d'exécution, telle que la survenance d'une forte hausse des matières premières...* »

Ils notent toutefois qu'en l'absence de précision sur ce point, le texte doit s'appliquer à tous les contrats.

S'agissant des cessions de droits sociaux, ils relèvent que pour certains auteurs, l'imprévision serait inapplicable aux cessions de droits sociaux, tandis que d'autres, majoritaires, considèrent, à l'inverse, que ce dispositif leur est applicable « *sous réserve que les modalités de la cession laissent un délai pendant lequel un changement de circonstances est susceptible d'intervenir.* »

Parmi ceux qui sont opposés à l'application de l'imprévision aux cessions de droits sociaux, on peut citer le Pr Moury⁶.

Ce dernier considère ainsi que l'imprévision devrait être strictement limitée aux contrats à exécution successive. Il soutient que les cessions sont des contrats à exécution instantanée, même lorsque la cession est affectée d'un terme.

Les auteurs du Mémento Francis Lefebvre, précités, considèrent pour leur part que l'hypothèse d'une cession conclue et exécutée instantanément (concomitance entre le « *signing* » et le « *closing* ») est assez rare en pratique et que ce dans ce cas, l'imprévision n'a pas vocation à s'appliquer car aucune circonstance imprévisible n'a pu affecter cette cession depuis sa conclusion.

Ainsi, l'imprévision n'a vocation, selon ces auteurs, à s'appliquer que dans l'hypothèse d'une cession dont l'exécution est étalée dans le temps.

- L'exclusion du dispositif de l'imprévision des opérations portant sur les titres financiers : les objectifs du législateur

⁵Pour rappel, le bénéfice de l'article 1195 est réservée aux parties qui n'ont pas accepté d'assumer le risque afférent à un changement de circonstances imprévisibles rendant pour elle l'exécution du contrat excessivement onéreuse.

⁶J. Moury, Revue des sociétés, 2017, p. 472

Les débats parlementaires enseignent que ces opérations ont été exclues de l'imprévision pour les raisons suivantes :

- en raison de la nature particulière de ce type de contrat, qui reposeraient intrinsèquement, sur une certaine imprévisibilité ;
- en raison de la crainte portée par les acteurs économiques d'une diminution de l'attractivité de la Place de Paris.

A cet égard, il est observé que l'exclusion a été suggérée notamment par le Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris⁷ (voir *infra*).

Ces motivations sont relevées le Pr Picod⁸, qui estime que l'exclusion est justifiée par le fait que les opérations sur titres et sur les contrats financiers reposent sur la spéculation financière. Il considère que la théorie de l'imprévision serait incompatible avec certains contrats dans la mesure où l'imprévision est inhérente à la nature même de ces contrats⁹.

Cet argument est apparu nettement lors des débats en commission et en séance publique sur loi n° 2018-287 du 20 avril 2018, en première lecture, devant le Sénat et le gouvernement ne s'y est pas opposé. Des débats parlementaires, il a résulté que la sécurisation des opérations sur instruments financiers imposait de les exclure du champ d'application de l'imprévision, sur le modèle de l'exception de jeu.

Le Pr Picod a ainsi relevé que « *le Gouvernement avait d'ailleurs reconnu, en séance publique, que les risques induits par l'application de la théorie de l'imprévision aux contrats sur instruments financiers étaient plus forts que les gains espérés, les opérations sur titres financiers ayant par nature pour objectif d'intégrer le risque dans leur valorisation et dans les caractéristiques retenues pour l'opération. L'attractivité du modèle français – notamment pour les milieux d'affaires – est ici préservée.* »

Lors des débats au Sénat sur l'amendement complétant le CMF par un article L. 211-40-1¹⁰, le rapporteur de la commission des lois, M. François Billet¹¹ apportait les justifications suivantes :

*« En droit financier, certains contrats sont par nature des **contrats aléatoires**, même s'ils ne sont pas désignés comme tels. On ne peut donc introduire la possibilité de corriger ces imprévus alors que c'est la nature même de ces contrats financiers. Nous avons été alertés sur ce point par les milieux financiers. Au lieu*

⁷Y. Picod, JCL Civil code, article 1195, Contrat, effets du contrat, imprévision, n°38

⁸Y. Picod, JCL Civil code, article 1195, Contrat, effets du contrat, imprévision

⁹Y. Picod, préc., n°40 et 53

¹⁰Cet amendement était notamment rédigé ainsi : « *II. - Le paragraphe 3 de la section 4 du chapitre Ier du titre Ier du livre II du code monétaire et financier est complété par un article L. 211-40-1 ainsi rédigé : « Art. L. 211-40-1. - 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.* »

¹¹<http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20171009/lois.html#toc3> (Compte-rendu de la commission des lois du Sénat)

de modifier l'ordonnance, nous avons prévu dans le code monétaire et financier que certaines opérations ne seraient pas soumises au nouveau régime de l'imprévision. »

Dans son rapport¹², ce dernier insistait sur le fait que les contrats portant sur les opérations financières comportaient déjà un aléa incompatible avec la théorie de l'imprévision. On peut lire sous sa plume :

« Votre commission a également souhaité, sur proposition de son rapporteur, compte tenu des éléments portés à sa connaissance à l'occasion des auditions, exclure formellement du régime de l'imprévision les contrats relatifs aux instruments financiers, tels que définis à l'article L. 211-1 du code monétaire et financier et qui comprennent à la fois les titres financiers et les contrats financiers, en ajoutant un article L. 211-40-1 au code monétaire et financier à cette fin.

Si le droit des titres et contrats financiers intègre naturellement un aléa dans le contrat, pouvant donc laisser supposer que le régime de l'imprévision est écarté d'office dans la mesure où les parties acceptent d'en assumer le risque, il n'en reste pas moins que le régime de l'imprévision apparaît à votre rapporteur particulièrement mal adapté au secteur financier, très sensible au changement et volatile par nature, les changements de circonstances imprévisibles n'étant pas rares. »

Lors des débats en séance publique, il a été également fait référence au caractère particulier des contrats portant sur les instruments financiers¹³.

Ainsi, le sénateur Pierre-Yves Collombat indiquait : *« ...il m'est apparu que le rapporteur avait raison : il s'agit là de contrats tout à fait particuliers, dans la mesure où les spéculateurs jouent sur l'imprévisibilité pour obtenir un certain bénéfice... »*

Pour sa part, Mme Nicole Belloubet, garde des sceaux, ministre de la justice soulignait également la nature particulière des opérations sur instruments financiers, qui justifie l'exclusion proposée par le rapporteur.

Elle indiquait ainsi :

*« ...le Gouvernement ne s'opposera pas à l'exclusion, proposée par la commission au II de l'article 8, de l'application du régime de l'imprévision aux contrats sur instruments financiers. **En effet, les risques induits par une telle option paraissent plus forts que les gains espérés. Les opérations sur titres financiers et sur contrats financiers ont par nature pour objectif d'intégrer le risque dans leur valorisation et dans les caractéristiques retenues pour l'opération.***

C'est pourquoi le Gouvernement n'est pas opposé à la rédaction adoptée par la commission sur ce point, dans le triple objectif de clarifier l'application du régime de l'imprévision aux instruments financiers en excluant explicitement les titres et les contrats financiers, de sécuriser les transactions futures sur ces contrats et de

¹²

Rapport n° 22 (2017-2018) de M. François PILLET, fait au nom de la commission des lois, déposé le 11 octobre 2017, article 8 nouveau (<http://www.senat.fr/rap/117-022/117-022.html>),

¹³Débats en séance publique, 1^{ère} lecture , (<http://www.senat.fr/seances/s201710/s20171017/s20171017008.html#section961>)

contribuer, par ces deux actions, au renforcement de l'attractivité juridique de la place de Paris. »

La commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration de la République n'a pas supprimé l'amendement du Sénat mais l'a modifié (Cf. Rapport de M. Sacha Houlié¹⁴). Sur ce point, on peut lire dans le rapport :

« b. L'exclusion du régime de l'imprévision pour les contrats relatifs aux instruments financiers

Sur proposition de son rapporteur, le Sénat a également exclu formellement du régime de l'imprévision les contrats relatifs aux instruments financiers, tels que définis à l'article L. 211-1 du code monétaire et financier et qui comprennent à la fois les titres financiers et les contrats financiers, en ajoutant un article L. 211-40-1 au code monétaire et financier à cette fin (alinéas 4 et 5).

Le Gouvernement, en séance publique, a reconnu que les risques induits par l'application de la théorie de l'imprévision aux contrats sur instruments financiers étaient plus forts que les gains espérés, les opérations sur titres financiers ayant par nature pour objectif d'intégrer le risque dans leur valorisation et dans les caractéristiques retenues pour l'opération.

3. La position de la Commission

Faisant siennes les observations du Gouvernement, la Commission a, sur proposition de votre rapporteur, de M. Raphaël Gauvain et de l'ensemble des membres du groupe La République en marche et de M. Jean-Luc Warsmann, rétabli le pouvoir de révision du juge à la demande d'une seule partie.

Sur proposition de votre rapporteur, elle a également adopté un amendement rédactionnel confirmant l'exclusion du régime de l'imprévision pour les contrats relatifs aux instruments financiers. »

Le texte adopté par la commission en séance publique est le suivant :

« ...II. – Le paragraphe 3 de la section 4 du chapitre 1er du titre 1er du livre II du code monétaire et financier est complété par un article L. 211-40-1 ainsi rédigé :

« Art. L. 211-40-1. – L'article 1195 du code civil n'est pas applicable aux obligations qui résultent d'opérations sur les titres et les contrats financiers mentionnés aux I à III de l'article L. 211-1 du présent code. »

En seconde lecture, le rapporteur M. Billet soulignait que la rédaction adoptée par l'Assemblée nationale était trop restrictive. On peut lire sous sa plume :

« L'exclusion des obligations résultant des titres et contrats financiers du régime de l'imprévision (article L. 211-40-1 [nouveau] du code monétaire et financier)

¹⁴(https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion_lois/l15b0429_rapport-fond#_Toc256000018) Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration de la République sur le projet de loi adopté par le 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 (n° 315),

En première lecture, le Sénat a en outre introduit au sein du code monétaire et financier un nouvel article L. 211-40-1 destiné à exclure du régime de l'imprévision les opérations sur titres et contrats financiers.

Si l'objectif de cette disposition introduite par le Sénat, à l'initiative de votre rapporteur, est partagé tant par le Gouvernement que l'Assemblée nationale^{15(*)}, la commission des lois de l'Assemblée nationale a adopté, à l'initiative de son rapporteur, un amendement présenté comme rédactionnel **mais qui semble restreindre de façon substantielle le champ de la dérogation.**

La rédaction adoptée par le Sénat, similaire à celle d'un autre article du code monétaire et financier s'appliquant à une situation **comparable (Article L. 211-35 du code monétaire et financier)**, permettait d'exclure du champ d'application de l'article 1195 du code civil, **non seulement les contrats conclus postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi de ratification^{17(*)}, mais aussi l'ensemble des contrats en cours susceptibles d'être concernés, c'est à dire ceux conclus ou renouvelés, même par tacite reconduction^{18(*)}, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance.**

À l'inverse, selon l'analyse de votre rapporteur, la rédaction adoptée par l'Assemblée nationale **pourrait réduire le champ des titres et contrats financiers exonérés, en ne s'appliquant qu'aux contrats conclus postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi de ratification. En serait donc exclu le stock des contrats conclus ou renouvelés, même par tacite reconduction, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance.**

Dans un souci de cohérence et de sécurité juridique, votre commission a souhaité rétablir la rédaction adoptée par le Sénat en première lecture sur ce point.

Aussi a-t-elle adopté l'amendement COM-4 de son rapporteur, tendant à rétablir, sur ces deux points, l'article 8 dans la rédaction adoptée par le Sénat en première lecture. »

- L'avis du Haut comité juridique de la place financière de Paris¹⁵

- Extrait du rapport sur le dispositif relatif l'imprévision (v., p. 25 et suivantes)

« Il existe une hésitation sur la place de Paris quant à la manière de neutraliser contractuellement le jeu de l'article 1195. Le tenant pour supplétif, certains se contentent de recourir à une clause d'exclusion spéciale⁴⁶. D'autres se fondent sur la réserve d'application prévue par le texte lui-même, pour stipuler que les parties acceptent le risque d'imprévision. Afin d'assoir l'exclusion de l'article 1195 du code civil, il semble ainsi prudent à certains de constater contractuellement au préalable que les parties assument le risque d'une exécution excessivement onéreuse à raison d'un changement de circonstances imprévisibles. Mais cette seconde solution soulève une double difficulté. En semblant indiquer, conformément à ce que soutient un auteur⁴⁷, que l'article 1195 revêt une portée impérative, elle rend malcommode dans ce cas l'inscription dans le contrat de clauses de « hardship ».

Qu'en est-il dans ce cas des clauses de type « Increased Cost » ou de type renégociation des ratios financiers à raison d'un changement de normes comptables et de leur articulation avec cette exclusion de l'article 1195 du code civil ?

Par ailleurs, cette seconde solution autorise-t-elle des exclusions partielles : exclusion limitée à l'une des parties (le texte semble l'autoriser) ou à certains changements de circonstances imprévisibles (le texte est moins clair sur ce point) ? Et permet-elle l'aménagement de

¹⁵ Rapport du 10 mai 2017 : propositions d'amélioration de la rédaction des dispositions régissant le droit commun des contrats

l'application de l'article 1195, en limitant cette application à certaines de ses dispositions ou en l'encadrant ?⁴⁸ Il est en outre souligné que les exigences de prévisibilité et de sécurité juridique sont inhérentes aux opérations sur instruments financiers, qu'il s'agisse de titres ou de contrats et, pour ces raisons, sont indispensables à l'attractivité de la place financière française.

Or, il apparaît que la perspective d'une possible application de l'article 1195 du code civil aux instruments financiers (tels que définis par l'article L. 211-1 du code monétaire et financier) est de nature à nuire grandement à ces deux impératifs.

Cette possible application du régime de l'imprévision a été identifiée par les praticiens ainsi que par la doctrine, sur l'ensemble des familles d'instruments, y compris ceux pour lesquels on s'y attendrait le moins, de par leur nature fondamentalement aléatoire. Ainsi, le risque de mise en oeuvre du régime de l'imprévision a été identifié en ce qui concerne :

(i) les titres de capital, notamment à l'occasion de certaines cessions de droits sociaux, au-delà d'ailleurs des droits constituant des titres financiers⁴⁹;

(ii) les titres de créance, notamment les émissions obligataires, l'insertion systématique de clauses écartant l'imprévision laissant planer des doutes sur une possible mise en oeuvre de ce régime par des émetteurs souhaitant restructurer leur dette. Cela pose la question d'une éventuelle fragilisation des émissions obligataires en cours de vie (le « stock ») non pourvues de telles clauses ;

(iii) Les instruments financiers à terme, et ce malgré leur nature fondamentalement aléatoire, qui devrait écarter le risque de mise en oeuvre de ce régime. Il apparaît pourtant que tel pourrait être le cas et qu'une des parties serait en droit d'invoquer l'article 1195 pour se soustraire à ses obligations dès lors que l'évènement imprévu n'a pas été inscrit dans le champ contractuel.

L'insertion d'une clause écartant l'application de ce régime pourrait certes constituer une solution pour l'avenir mais serait de nature à fragiliser l'ensemble des opérations sur produits dérivés en cours. De plus, la doctrine apparaît divisée concernant les opérations nouvelles, conclues sous l'empire d'un contrat cadre négocié antérieurement à la réforme :

- Une partie de la doctrine, minoritaire, considère que ces opérations restent soumises au régime antérieur à l'entrée en vigueur de la réforme.*
- Une autre partie de la doctrine, majoritaire, considère que ces opérations sont soumises au nouveau régime tel qu'issu de la réforme. Dans ce cadre, l'insertion d'une clause écartant l'application du régime de l'imprévision dans les contrats nouvellement conclus serait là encore de nature à fragiliser ces opérations.*

Pour l'ensemble de ces raisons, une disposition législative écartant le régime de l'imprévision pour l'ensemble des opérations sur instruments financiers, à l'instar de ce qui fut introduit jadis pour les contrats financiers s'agissant de l'exception de jeu (article 1965 du code civil) apparaît opportune. »

L'article L. 211-40-1 du code monétaire et financier a fait l'objet de plusieurs commentaires doctrinaux parmi les lesquels peuvent être cités les auteurs suivants :

- Position de la doctrine

Pr Hervé Le Nabasque¹⁶ : «...Comme le rappelle le rapport au président de la République, en ne prévoyant pas de mention sur son caractère d'ordre public, le gouvernement a clairement entendu faire de l'article 1195 un texte supplétif de la volonté des parties, ce qui n'est d'ailleurs plus discuté par les praticiens ". Les parties peuvent donc écarter l'article 1195 - c'est une confirmation - et/ou déclarer " assumer le risque qui pourrait résulter d'un changement de circonstances imprévisible rendant l'exécution du contrat excessivement onéreuse " pour elles. Encore faut-il toutefois qu'une clause l'ait prévu.

Aussi, par précaution, les deux chambres ont-elles adopté un second amendement, avec l'accord tacite du gouvernement. Quoique sa rédaction diffère d'une chambre à l'autre, il soustrait au mécanisme de l'imprévision l'ensemble des opérations portant sur des instruments financiers, tels que visés à l'article L. 211-1 du Code monétaire et financier. À cette fin, il sera probablement inséré, dans ce code, un nouvel article L. 211-40-1 qui devrait disposer (rédaction retenue par l'Assemblée nationale) : " L'article 1195 du Code civil n'est pas applicable aux obligations qui résultent d'opérations sur les titres et les contrats financiers mentionnés aux I à III de l'article L. 211-1 du présent code ". **En clair, pour ces opérations, qu'elles portent sur des titres cotés ou des titres non cotés, l'imprévision n'aura plus droit de cité, sauf volonté contraire - improbable - des parties. »**

Pr Renaud Mortier¹⁷ : Ce dernier indique que certains auteurs avaient exprimé une crainte que l'imprévision s'applique aux cessions de droits sociaux, dans la mesure où entre la signature et la cession, différents événements peuvent affecter considérablement la valeur des sociétés. Il souligne que si, toutefois, les risques de perte de valeur, qui ne sont pas des risques imprévisibles, sont parfois pris en compte par les parties (clauses de révision, de rachat à un prix déterminé), l'imprévision aurait pu s'appliquer si la variation du prix résultait d'un événement imprévisible. Cependant, ils observent que les parties pouvaient contractuellement encadrer une telle imprévision, voire l'écarter par une clause d'éviction qui aurait dû toutefois être conformes aux articles 1170 et 1171 du code civil.

« 52. - Incidences en droit des sociétés. - **Une partie de la doctrine a fait observer que l'article 1195 du Code civil pourrait s'appliquer à une cession de droits sociaux, à des pactes d'associés** Note 93 , voire aux statuts eux-mêmes. **À titre d'illustration, entre la signature (signing) et la réalisation de la cession (closing), la société pourrait subir une destruction partielle ou totale de ses équipements, entraînant une absence de recettes brutes ; la société pourrait faire l'objet d'une procédure collective ; elle pourrait, elle ou une filiale, se voir retirer une autorisation administrative l'empêchant d'exercer tout ou partie de son activité... Ces risques étaient d'ailleurs parfois visés dans les clauses dites MAC (Material Adverse Change).** Ensuite, la mise en œuvre d'une clause d'earn out ou de révision de prix pourraient donner prise au mécanisme d'imprévision prévu par l'article 1195, même si certains auteurs ont fait observer, sans doute à juste titre, « implicitement mais nécessairement que les parties ont accepté de courir le risque que des éléments non encore connus au jour de la signature du contrat (ou en tout cas, pour partie encore inconnus) affectent positivement ou négativement la valeur des titres et donc le montant du supplément de prix à verser » Note 94 . Enfin, les statuts (ou un pacte d'associés) peuvent contenir une clause de rachat à prix déterminé. Or, il arrive fréquemment que cette clause trouve à s'appliquer plusieurs années suivant la conclusion du pacte et que le prix stipulé soit devenu sans rapport avec la valeur des actions. Une baisse ou une hausse de la valeur des titres ne

¹⁶In Bull. Joly sociétés janv. 2018, 117e6, p. 1

¹⁷In Droit des sociétés n° 7, Juillet 2018, étude 9, Réforme des obligations - Sociétés et loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 de ratification de l'ordonnance réformant le droit des contrats

pourraient sans doute pas être excipés en tant que tels pour solliciter une révision puisque la hausse ou la baisse de la valeur d'une société ne sont pas en tant que tels des événements imprévisibles. En revanche, si la variation résultait d'un événement considéré comme imprévisible, l'article 1195 du Code civil risquerait d'être activé.

53. - **Précautions contractuelles. - Les parties conservent en définitive intérêt, pour éviter l'intrusion du juge dans leurs rapports sociétaires ou contractuels, soit à écarter l'imprévision par une clause spécifique (« non MAC »), soit à envisager d'encadrer contractuellement le domaine et les effets de l'imprévision, par une MAC clause** Note 95 . La meilleure loi est, pour les parties, celle qu'elles se donnent. Cependant, ainsi qu'a pu le formuler le professeur Mekki : « Il faut rappeler aux praticiens, rédacteurs d'actes, qu'une formulation trop sèche de la clause d'éviction est dangereuse. **Certains professionnels, depuis l'ordonnance du 10 février 2016, évincent cette disposition par une clause devenue de style.** Cependant, dire de l'article 1195 du Code civil qu'il est une règle supplétive n'est pas un blanc seing accordé aux rédacteurs. **Cette clause va devoir franchir le filtre des articles 1170 et 1171 nouveau du Code civil, le premier réputant non écrites les clauses qui privent de sa substance l'obligation essentielle du débiteur et le second qui réputé non écrites les clauses non négociables déterminées à l'avance par l'une des parties et qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties dans les contrats d'adhésion.** Valable dans son principe, la clause d'éviction peut être réputée non écrite pour ses effets exorbitants. S'il y a éviction, elle doit être justifiée et contextualisée. On peut ainsi envisager de justifier une clause d'éviction totale par une contrepartie économique accordée à celui qui prend les risques de l'imprévision à sa charge (conditions plus avantageuses que ses autres partenaires...). La charge des risques peut aussi être limitée dans le temps, être partagée entre les parties, être bilatéralisée, chacune des parties supportant les risques réels d'une imprévision, etc » Note 96 .

54. - **Nouvel article L. 211-40-1 du Code monétaire et financier. - Ceci étant dit, une importante limitation légale du risque d'imprévision vient d'être instituée par la loi de ratification** Note 97 . Cette limitation résulte de l'article L. 211-40-1 du Code monétaire et financier. La première mouture du texte, adoptée en première lecture par le Sénat, disposait : « Nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui résultent d'opérations sur les titres et contrats financiers mentionnés aux 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 ». L'Assemblée nationale a considéré dès la première lecture qu'il était plus simple de rédiger le texte comme suit : « L'article 1195 du Code civil n'est pas applicable aux obligations qui résultent d'opérations sur les titres et les contrats financiers mentionnés aux I à III de l'article L. 211-1 du même code ». Cette dernière version l'a emporté en commission mixte paritaire.

55. - **Portée du nouveau texte. - Il reste à cerner la portée de l'exemption ainsi posée. Au sens de l'article L. 211-1 du Code monétaire et financier, les titres financiers sont notamment « 1° Les titres de capital émis par les sociétés par actions », mais en aucun cas les parts sociales émises par les sociétés** Note 98 . **Il semblerait en conséquence que les cessions d'actions soient sorties du champ de la révision et même de la résolution pour imprévision. En revanche, les cessions de parts sociales y resteraient soumises, ce qui devrait inciter à continuer de rédiger des clauses de « non MAC » (pour non material adverse change), afin de s'y soustraire. Le dispositif ne semble pas en effet d'ordre public, puisque les parties pourront, demain comme aujourd'hui (article 1195 inchangé), accepter d'« assumer le risque » de leur imprévision. »**

Pr Antoine Tadros¹⁸ : il explique que « [le nouvel article L. 211-40-1 du code monétaire et financier] s'explique aisément en raison du caractère aléatoire des opérations sur titres et

¹⁸In Recueil Dalloz 2018 p.1162, *La ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats : quelques incidences sur la pratique des affaires*

contrats financiers. La valeur de ces instruments est par essence soumise à des facteurs endogènes et exogènes de fluctuation économique. Le risque d'une éventuelle révision pour imprévision telle que prévue à l'article 1195 du code civil remettait ainsi en cause de manière sensible la sécurité juridique de ces opérations. La pratique l'avait bien identifié et, se fondant sur le caractère supplétif de l'article 1195 du code civil(30), a inséré une clause devenue de style ayant pour objet d'exclure le mécanisme de la révision pour imprévision. »

Pr Philippe Simler¹⁹ justifie également l'exclusion par le fait que « [les] opérations [exclues] sont par nature empreintes d'un certain caractère aléatoire. »

A. Gaudemet²⁰ : selon cet auteur, les cessions dont l'exécution est étalée dans le temps comportent un aléa accepté par les parties sur l'évolution de la valeur ou du prix des droits sociaux. Il en déduit que l'article 1195 ne s'applique pas.

M. Gaudemet souligne que l'aléa relatif à la valeur ou au prix des titres qui est entrée dans les prévisions des parties (aléa contractuel) ne saurait ouvrir droit à la révision pour imprévision et que seul l'aléa extracontractuel, tel le décès ou le départ d'un actionnaire, pourrait ouvrir à révision.

Mémento Francis Lefebvre Cessions de parts et actions 2022 - 2023²¹ : les auteurs de cet ouvrage observent que l'article L. 211-40-1 du code monétaire et financier, issu de la loi du 20 avril 2018 rend inapplicable l'article 1195 du code civil, « peu important que les titres soient admis ou non sur un marché réglementé. »

Ils soulignent qu'en l'absence d'exclusion légale, les cessions d'actions conclues entre 1^{er} octobre 2016 et le 30 septembre 2018 peuvent être soumises à l'imprévision.

Juliette Brunie²² observe d'abord que la loi ne définit pas les titres financiers, qui sont exclus de l'imprévision et qu'elle se borne à renvoyer à une large liste et que « se retrouvent ainsi dans cette catégorie des instruments financiers l'ensemble des produits financiers admis à la négociation sur un marché financier », qui « sont considérés comme étant par nature aléatoires. »

Elle note que le caractère aléatoire des contrats financiers a déjà justifié, en application de l'article L. 211-35 du CMF²³, au motif que les instruments financiers à terme sont assimilables à un pari.

Cette autrice s'interroge sur la logique de n'exclure de l'imprévision que certains contrats aléatoires étant observé que les contrats d'assurance ne sont pas visés.

¹⁹In JCL, V° Contrats et obligations - Fasc. 10 : RÉFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS. – Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 et loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018

²⁰In Bull Joly 2016 p 685, faut-il avoir peur de l'article 1195 du code civil?

²¹Voir n° 75300

²²In JCP E, 11 avril 2019, n° 15, la révision judiciaire pour imprévision à l'issue de la loi de ratification du droit des contrats, création de l'article L 211-40-1 du CMF

²³Cet article dispose : « Nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui résultent de contrats financiers, se prévaloir de l'article 1965 du code civil, alors même que ces opérations se résoudraient par le paiement d'une simple différence. »

Elle s'interroge ensuite sur la portée du texte au regard de sa justification. Elle souligne à cet égard que l'article 1195 n'avait pas vocation à s'appliquer à ce type d'opération puisque, en substance, ces opérations intègrent l'évolution des cours, qui est un risque accepté d'événements affectant les avantages et les pertes des parties. Elle note qu'il faudrait que se produise un événement autre que cette évolution des cours pour l'article 1195 trouve à s'appliquer, ce qui aurait été sans rare.

Elle en déduit que l'article 1195 n'était pas de nature à perturber le fonctionnement des instruments financiers. Elle souligne que les promoteurs de la réforme ne semble pas avoir distingué l'imprévisibilité de l'événement (l'évolution des cours) de son étendue et note qu'il n'y a pas d'imprévisibilité quand le risque d'événements a été assumé. Elle ajoute qu'il était en tout état de cause possible d'écarter l'article 1195 qui n'est pas d'ordre public.

- *Rappel sur les cessions de parts et actions :*

- *Les cessions de titres financiers*

L'article L. 228-1 du code de commerce, qui précise que « *les sociétés par actions émettent toutes valeurs mobilières dans les conditions du présent livre* » (al. 1^{er}), prévoit que les titres financiers, qu'ils soient au porteur ou nominatifs se transmettent par virement de compte à compte (al. 9 : « *En cas de cession de valeurs mobilières admises aux opérations d'un dépositaire central ou livrées dans un système de règlement et de livraison mentionné à l'article L. 330-1 du code monétaire et financier, le transfert de propriété s'effectue dans les conditions prévues à l'article L. 211-17 de ce code. Dans les autres cas, le transfert de propriété résulte de l'inscription des valeurs mobilières au compte de l'acheteur ou dans un dispositif d'enregistrement électronique partagé, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.* ») et article L. 211-15 du code monétaire et financier : « *Les titres financiers se transmettent par virement de compte à compte ou par inscription dans un dispositif d'enregistrement électronique partagé mentionné à l'article L. 211-3.* »)

Le principe est donc la négociabilité des actions. La propriété des actions est transmise par simple virement de compte à compte ou par inscription dans un dispositif d'enregistrement électronique partagé, telle qu'une blockchain (articles L. 228-1 du code de commerce, L. 211-15 et L. 211-17 du code monétaire et financier).

Les actions sont également, en principe, librement cessibles.

Toutefois, elles peuvent être temporairement inaliénables ou incessibles. Ainsi, des clauses statutaires peuvent venir limiter leur cessibilité (clauses d'agrément - voir article L. 228-23 pour les sociétés non cotées -, de préemption au profit d'autres actionnaires, d'interdiction de cession avant un certain délai). Ces clauses ne peuvent qu'aménager les conditions de la cession sans empêcher l'actionnaire de les céder.

Ce type de clauses est fréquent dans les SAS²⁴. Le code de commerce permet de telles clauses dans ces sociétés pour garantir la stabilité de l'actionnariat (voir les articles L. 227-13 pour les clauses d'inaliénabilité, L. 227-14, pour les clauses d'agrément, L. 227-16 pour les clauses d'exclusion, L. 227-17 pour les clauses de changement de contrôle).

²⁴Voir sur ce point, Mémento Francis Lefebvre Sociétés commerciales, 23023 n°60680

La procédure de cession varie selon que les titres sont cédés sur un marché réglementé (Euronext Paris ou système multilatéral de négociation) ou hors marché réglementé ou système multilatéral de négociation (selon les règles du système de règlement et de livraison pour les titres inscrites en compte chez un intermédiaire participant à ce système ou, dans les autres cas, par ordre de mouvement signé par le cédant, la société émettrice inscrivant alors le mouvement dans son livre journal et procède au virement des titres de compte à compte).

On rappellera que les sociétés n'offrant pas au public des titres financiers ou ne procédant pas à l'admission d'instruments financiers sur un marché réglementé doivent aménager dans leurs statuts les modalités selon lesquelles seront constatées les inscriptions en compte et les transmissions des instruments financiers qu'elles ont émis²⁵.

En l'espèce, dans son **mémoire spécial**, la **société Nexta 2022** soutient que la question est sérieuse.

Elle fait valoir que le Conseil constitutionnel retient que les différences de traitement prévues par le législateur doivent être en rapport direct avec l'objet de la loi qui les a établies et que symétriquement, le principe d'égalité est rompu lorsque le législateur traite de manière indifférenciée des situations objectivement différentes.

Elle prétend que l'exception instaurée par le texte critiqué à l'application de l'article 1195 du code civil n'était pas nécessaire au regard de l'objectif de non remise en cause des contrats sur titres financiers.

A l'appui de cette thèse, elle fait valoir que cette exception ne peut se comprendre qu'au regard de l'objectif de bon fonctionnement des marchés financiers et qu'à cet égard l'exception n'aurait pas dû viser tous les contrats portant sur les valeurs mobilières.

Elle observe que certains de ces contrats sont des contrats de gré à gré qui ne se distinguent guère ni des contrats de vente « ordinaire », ni des contrats de cessions de parts de SARL ou de sociétés en nom collectif, qui n'entrent pas dans le périmètre de l'article critiqué.

Elle en conclut que l'exception aurait dû donc être cantonnée aux seules opérations réalisées sur le marché boursier.

Elle souligne que la justification de l'exclusion par la nécessité du bon fonctionnement des marchés boursiers n'est pas fondée pour tous les contrats de cession d'actions. Elle ajoute qu'en tout état de cause, tout contrat de vente peut être affecté d'un aléa et qu'aucune raison ne justifie donc que les parties à un contrat de cession d'actions n'aient pas accès au juge de l'imprévision.

Dans ces conditions, selon la société Nexta 2022, l'article L. 211-40-1 serait contraire au principe d'égalité car:

- il traiterait différemment des situations objectivement identiques du point de vue de l'imprévision (cession d'actions et de parts sociales) ;

²⁵*Mémento Francis Lefebvre, sociétés commerciales, 2023, n° 62500 et s.*

- il traiterait de la même manière des opérations très différentes (les contrats de gré à gré et les cessions sur les marchés financiers) ;
- il viserait les contrats intrinsèquement aléatoires, sans inclure tous les contrats aléatoires tels que les contrats d'assurance.

Elle en déduit que le mécanisme de l'imprévision devrait s'appliquer aux cessions de gré à gré portant sur des actions et rappelle qu'à cet égard s'il existe une part d'aléas dans ce type de cessions et que si, pour cette raison, les parties intègrent le risque de variation du prix, ces parties n'intègrent toutefois pas le bouleversement lié à un événement imprévisible, contrairement aux acteurs intervenant sur les marchés réglementés.

Elle ajoute que l'exclusion n'a qu'une faible portée puisque l'article 1195 suppose en outre qu'une partie n'ait pas accepté d'assumer le risque du changement de circonstances imprévisibles alors que les opérateurs intervenant sur les marchés financiers acceptent nécessairement les risques de variations brutales à la baisse ou la hausse.

Elle conteste que la différence de régime juridique entre les parts sociales, marquées par *l'intuitu personae*, et les actions, caractérisées par leur libre cessibilité, puisse justifier l'exclusion de l'article critiqué pour les premières car une telle différence n'est pas en rapport avec l'objectif de protection des marchés financiers et soulignent que, la plupart du temps, ces différences sont atténuées (clauses réduisant la libre négociabilité des actions dans les SAS, les rapprochant ainsi des parts de SARL).

Elle conteste enfin que la circonstance que l'article critiqué soit seulement supplétif ne l'entacherait pas de contrariété avec le principe d'égalité.

A l'inverse, la défense conteste cette analyse et soutient que la question ne présente pas de caractère sérieux.

Elle fait d'abord valoir qu'il ne résulte pas du principe d'égalité que doivent être traitées différemment les personnes se trouvant dans des situations différentes et soutiennent que les opérations sur titres et contrats financiers (incluant essentiellement, les opérations sur les actions de sociétés cotées et non cotées, sur les parts d'organismes collectifs et sur instruments à terme) sont différentes d'opérations ordinaires du point de vue de l'immutabilité du contrat.

Ensuite, selon la défense, les opérations sur les actions des sociétés cotées comme non cotées seraient marquées par une irréductible spécificité au regard de l'immutabilité du contrat justifiant la différence de traitement prévue par le législateur par rapport à des opérations portant sur d'autres objets.

Cette différence tiendrait essentiellement au risque de variation de la valeur des titres qu'ils soient ou non cotés.

A cet égard, elle souligne que les parties intègrent toujours et pleinement dans leur contrat le risque de variation du prix des titres, quand bien même cette variation serait provoquée par un événement imprévisible.

Elle en déduit que l'intervention du juge de l'imprévision aurait, dans ces conditions, pour effet, de fausser les prévisions des parties (et notamment les clauses de révision de prix ou *earn out*, de rachat à un prix déterminé stipulées lorsque la cession).

Elle observe que le tribunal de commerce de Paris a rattaché à tort l'article L. 211-40-1 à la transposition de la directive relative aux garanties financières alors qu'il résulte de la loi de ratification de l'ordonnance réformant le droit des contrats.

La **défense** ajoute que les travaux parlementaires de la loi du 20 avril 2018 démontrent que le législateur avait conscience de la particularité des opérations sur actions et estime que son intention était clairement d'exclure ce type d'opération de l'imprévision, compte tenu précisément des particularités rappelées ci-dessus.

Elle souligne en outre que la différence de régime juridique gouvernant les parts sociales et celui applicable aux actions justifie que seules parts sociales bénéficient du régime de l'imprévision. Elle en déduit que si l'action se caractérise par sa valorisation, tel n'est pas le cas des parts sociales qui représente l'intérêt à la participation dans une société.

La **défense** allègue ensuite que l'article L. 211-40-1 n'est en tout état de cause pas contraire au principe d'égalité puisque la disposition critiquée répond à un objectif d'intérêt général, à savoir la préservation de l'attractivité de la Place financière de Paris en garantissant la sécurité et la prévisibilité des contrats portant sur les titres financiers. Elle souligne que la Place financière de Paris ne se limite pas aux marchés réglementés et qu'elle englobe également les sociétés non cotées. Selon la défense cette objectif résulte des travaux parlementaires.

La différence de traitement entre les opérations sur titres financiers et les autres contrats serait en rapport avec les objectifs de la loi, à savoir préserver l'attractivité et la sécurité juridique de la Place de Paris.

Elle observe enfin que les parties ont la liberté d'inclure dans leur contrat portant sur les titres financiers un mécanisme de révision du prix en cas de survenance d'un événement imprévu.

Elle souligne qu'en tout état de cause, l'article 1195 du code civil, est supplétif de volonté, ce qui permettrait de relativiser la portée de l'article L. 210-40-1 : pour les opérations sur titres financiers, l'exclusion de l'imprévision est légale alors qu'elle peut être contractuelle pour les autres contrats.

C'est à l'aune de l'ensemble de ces éléments que la chambre devra apprécier le caractère sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité transmise par le tribunal de commerce de Paris.