

Les vices de consentement dans les contrats de produits dérivés

David Zygas et Corentin De Jonghe¹

I. Introduction: les produits dérivés, source de risque pour les parties	623
II. Remarque liminaire	623
III. Notions et caractéristiques juridiques du produit dérivé	625
A. Définition et typologie	625
(i) Définition	625
(ii) Opérations de couverture	625
(iii) Opérations spéculatives	626
B. Risque et produits dérivés: aléa économique et aléa juridique	628
(i) Contrat aléatoire: notion et difficultés pratiques	628
(ii) Produits dérivés et aléas (juridique et économique)	630
IV. Les mesures curatives de protection du consentement en matière de contrats de produits dérivés	631
A. Les actions en principe exclues: lésion et erreur sur la substance	631
(i) L'action en rescision pour lésion	632
a. L'aléa chasse la lésion: portée de l'adage	632
b. Produits dérivés lésionnaires: impossible ou improbable?	632
(ii) L'action en nullité pour erreur sur la substance	633
a. L'aléa chasse l'erreur: portée de l'adage	634
b. L'aléa chasse-t-il l'erreur en matière de produits dérivés?	634
B. Les actions ouvertes: violence, dol et erreur obstacle	635
(i) L'action en nullité pour violence	635
(ii) L'action en nullité pour dol et l'obligation d'information précontractuelle	635
a. Le dol et la rétention volontaire d'information	635
b. Le défaut d'information précontractuelle	636
(iii) L'action en nullité pour erreur obstacle	637
En guise de conclusion	639

RÉSUMÉ

Au cœur des marchés financiers, les opérateurs concluent des contrats de produits dérivés souvent complexes et risqués dont le dénouement leur est généralement inconnu. Partant de ce constat, il est apparu utile aux auteurs de s'intéresser plus en détail aux conditions d'application et à l'efficacité des mécanismes de droit commun destinés à protéger leur consentement.

SAMENVATTING

In het hart van de financiële markten sluiten investeerders overeenkomsten met betrekking tot afgeleide producten die vaak complex en risicovol zijn en waarvan de uitkomst over het algemeen onbekend is. Vanuit deze vaststelling achten de auteurs het nuttig om zich meer in detail te verdiepen in de toepassingsvoorwaarden en de doeltreffendheid van gemeenschappelijke mechanismen die erop gericht zijn de toestemming van de investeerders te beschermen.

¹ Collaborateurs scientifiques au centre de droit de privé de l'Université Libre de Bruxelles. Avocats au barreau de Bruxelles (Jones Day).

I. INTRODUCTION: LES PRODUITS DÉRIVÉS, SOURCE DE RISQUE POUR LES PARTIES

1. L'ingénierie des financiers dans la conception des produits dérivés n'est pas à démontrer. Depuis quelques années déjà, ces produits ont retenu l'attention des pouvoirs publics qui y voient la source d'un véritable risque systémique. Et non sans raison car, en 2012, on estimait que les positions ouvertes sur produits financiers de gré à gré libellés en euros s'élevaient à 179.000 Md\$ pour les dérivés de taux d'intérêt et à 24.000 Md\$ pour les produits dérivés de change². Les dérivés sont d'ailleurs souvent pointés du doigt lors des crises financières, en ce compris, bien entendu, celle des *sub-primes*.

Au-delà du risque systémique, les produits dérivés présentent également un risque non négligeable pour ceux qui les concluent³, lié à l'incertitude de l'évolution des marchés financiers qui sont d'ailleurs souvent perçus, dans l'opinion publique, comme le lieu où se développe une sorte de vaste jeu de hasard, à l'instar d'un casino.

2. Malgré ces dangers, au cœur des marchés financiers, les investisseurs concluent des opérations dont le dénouement leur est, le plus souvent, inconnu. Conscients des différents niveaux de risques auxquels ces investisseurs s'exposent, les législateurs européen et nationaux tentent d'atténuer l'aléa régnant sur les marchés financiers par le biais, notamment, d'une amélioration, en amont de la conclusion du contrat, de la connaissance des produits et des risques qu'ils représentent⁴.

S'agissant en principe de contrats synallagmatiques, les produits dérivés requièrent en effet la rencontre de consentements véritables pour avoir force de loi entre les parties.

Le but de cette étude est dès lors de lever une partie du voile sur les effets de l'omniprésence du risque dans le cadre de la conclusion de produits dérivés en l'appréhendant, notamment, sous l'angle du consentement des parties.

II. REMARQUE LIMINAIRE

3. Les produits dérivés, que l'on définira dans le cadre de la troisième partie du présent article, peuvent être négociés sur des marchés réglementés ou des marchés dits « *Over-the-counter* » (ci-après, « *OTC* »).

La directive n° 2014/65/UE concernant les marchés d'instruments financiers définit le marché réglementé comme le « *système multilatéral, exploité et/ou géré par un opérateur de marché, qui assure ou facilite la rencontre – en son sein même et selon ses règles non discrétionnaires – de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers pour des instruments financiers, d'une manière qui aboutisse à la conclusion de contrats portant sur des instruments financiers admis à la négociation dans le cadre de ses règles et/ou de ses systèmes, et qui est agréé et fonctionne régulièrement conformément au titre III de la présente directive* »⁵.

S'y concluent, notamment, les contrats de *futures* et les options.

Les marchés OTC, eux, peuvent être définis comme des marchés de gré à gré où la conclusion d'opérations se réalise sans l'interposition d'un intermédiaire se substituant à eux dans la détermination des conditions et modalités du contrat à conclure⁶.

S'y concluent, notamment, les *forwards*, les *swaps* et, dans certains cas, les options.

4. Traditionnellement, l'on enseigne que le droit commun s'applique aussi bien aux dérivés négociés sur les marchés de gré à gré que sur les marchés organisés. Au droit commun s'ajoute ensuite, sur une base volontaire dans les marchés de gré à gré et obligatoire sur les marchés réglementés, les règles de standards internationaux développés par ISDA⁷.

La doctrine a cependant eu l'occasion de mettre en évidence que la conclusion d'une opération boursière sur un marché

² Statistiques de la BRI, citées par B. COEURE, « Réforme des marchés de produits dérivés de gré à gré: la position de la Banque centrale européenne », *Rev. Eco. Fin.*, 2013/1, p. 164.

³ Sur la présence du risque dans les contrats de produits dérivés, voy. G. SCHRANS et R. STEENNOT, *Algemeen deel van het financieel recht*, Anvers, Intersentia, 2003, pp. 122-123.

⁴ Le phénomène ne se limite bien évidemment pas seulement à la Belgique, voy. O. STEVENS, « Renteswaps: twee ruilen, één huilen? », *R.D.C.*, 2015, pp. 234 et s.; I. DE MEULENEERE, « *Capita selecta inzake advies in distributie* », *De levenscyclus van bank-, beleggings-, en verzekeringsproducten*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 85 et s.

⁵ Art. 4, § 1, 21), de la directive n° 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive n° 2002/92/CE et la directive n° 2011/61/UE (*J.O.U.E.*, 12 juin 2014, L. 173, p. 349).

⁶ Comme le conclut monsieur Bogaert: « *Otc-derivaten kunnen (...) perfect worden afgestemd op de doelstellingen en behoeften van de partijen.* » (F. BOGAERT, *Overdracht van kredietrisico. Kredietderivaten en effectisering*, Anvers, Intersentia, 2013, p. 70); T. BONNEAU, *Régulation bancaire et financière internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n° 167. Cette circonstance n'empêche bien évidemment pas les parties désireuses de conclure un contrat de produit dérivé sur un tel marché de faire appel à un organisme spécialisé pour les assister à cette fin (voy. J.-P. BRAITHWAITE, « The inherent limits of 'legal devices': lessons for the public sector's central counterparty prescription for the otc derivatives in the markets », *European Business Organization Law*, 2011, n° 1, 92).

⁷ Sur le rôle rempli par les documentations ISDA sur les marchés *OTC* et réglementés, l'on se référera utilement aux développements que consacre à ce sujet monsieur Bogaert dans son livre *Overdracht van kredietrisico. Kredietderivaten en effectisering*, Anvers, Intersentia, 2013, pp. 67 et s.

réglementé ne peut être assimilée à la simple conclusion d'un contrat synallagmatique⁸. D'une part, un lien de droit ne se crée pas véritablement entre parties, en raison de l'enregistrement de l'opération auprès de la chambre de compensation et, d'autre part, l'on n'assiste pas, dans un tel cas, à un véritable échange de consentements au sens où le juriste l'entend traditionnellement^{9, 10}.

Pour rappel, le consentement des parties, que la doctrine belge définit comme « *la volonté de chaque partie de produire des effets de droit* »¹¹, résulte de la rencontre convergente de deux volontés: une offre¹² ferme et précise¹³ de contracter et son acceptation^{14,15}.

Par contre, la transaction boursière se traduit par la réunion de deux ordres de bourse (au départ d'un mandat de représentation confié à un prestataire de services d'investissement) dont le rapprochement est préalablement effectué par un système informatique qui les identifie et les apparie.

Dans ce cas, on parlera plutôt de coexistence de consentements, entendus comme des manifestations unilatérales de volontés, en lieu et place de rencontre de volontés. Plutôt que de parler d'échange de consentements « *sur* » le marché financier, on assiste en réalité à un échange de consentements « *avec* » le marché¹⁶. Ainsi, en droit boursier, « *il est difficile de considérer que les intervenants sur le marché se mettent d'accord, c'est le simple constat de l'existence d'une identité, d'une correspondance d'ordres symétriques, qui conduit à la conclusion de la transaction suivant des règles de marché prédéterminées* »¹⁷.

De surcroît, la transaction boursière doit être enregistrée

auprès de la chambre de compensation. Or, selon la doctrine française, cet enregistrement traduit deux contrats synallagmatiques entre la chambre de compensation et chacun des adhérents¹⁸. L'intervention de cet organisme « *dont la finalité consiste précisément à limiter le risque systémique en s'interposant entre les opérateurs, exclut le caractère bilatéral des conventions pour le substituer des règles particulières d'inspiration collective* »¹⁹. En Belgique, comme en France, la chambre de compensation sur un marché organisé se porte contrepartie des opérateurs. Elle effectue une compensation multilatérale et établit la position nette des parties par valeur et par date de dénouement²⁰.

Le contenu des contrats sur les marchés organisés est donc unilatéralement prédéfini par les autorités de marché et leur prix est fixé par le marché, lequel reflète l'équilibre ou, à tout le moins, le point de rencontre entre l'offre et la demande²¹.

La mise en place d'un tel système amène les auteurs à souligner que la liberté contractuelle sur un marché réglementé est grandement limitée²², voire même que les parties à une opération conclue sur un tel marché ne peuvent pas être considérées comme s'étant véritablement accordées sur les éléments essentiels du contrat qui les lie²³.

5. Plus que les conséquences de la dépersonnalisation de ces conventions, le présent article ciblera davantage son analyse sur les contrats de produits dérivés conclus de gré à gré, dans le cadre desquels les parties se sont effectivement échangé des consentements et entre lesquelles s'est créé un lien de droit direct^{24,25}.

⁸ G. SCHRANS et R. STEENNOT, *Algemeen deel van het financieel recht*, Anvers, Intersentia, 2003, pp. 139 et s., spéc. n° 135.

⁹ Voy. à cet égard, A.-C. MULLER, *Droit des marchés financiers et droit des contrats*, Paris, Economica, 2007.

¹⁰ Pour une analyse du rôle de l'échange de consentements dans la formation du contrat, voy. W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Louvain, Acco, 2006, pp. 72 et s.

¹¹ Définition proposée par P. WÉRY, « Les obligations. La théorie générale du contrat », *Rép. not.*, t. IV, liv. 1, Larcier, 2010, p. 354, n° 221.

¹² « *L'offre est une déclaration de volonté unilatérale par laquelle une personne s'engage à conclure un contrat aux conditions qu'elle précise.* » (C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat », *R.G.D.C.*, 2004, p. 550).

¹³ S. STIJNS, B. TILLEMANS e.a., « Bijzondere overeenkomsten. Koop en aanneming (1999-2006) », *T.P.R.*, 2008, p. 1450.

¹⁴ L'acceptation est « *l'agrément de l'offre par son destinataire* » (P. WÉRY, « Les obligations. La théorie générale du contrat », *Rép. not.*, t. IV, liv. 1, Larcier, 2010, p. 295).

¹⁵ R. DEKKERS et A. VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht*, Deel 3, Anvers, Intersentia, 2007, p. 54; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, « Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen (1981-1992) », *T.P.R.*, 1993, p. 269.

¹⁶ V. GUILLAUMIN, « Le consentement échangé sur le marché financier », *Rev. Juris. Com. Nov.*, 1995, p. 133.

¹⁷ A.-C. MULLER, *Droit des marchés financiers et droit des contrats*, Paris, Economica, 2007, p. 52.

¹⁸ A.-C. MULLER, *o.c.*, p. 65.

¹⁹ A.-C. MULLER, *o.c.*, p. 82.

²⁰ L. DABIN, *Régime juridique des marchés financiers et des valeurs mobilières*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 77.

²¹ K. MEDJAOL, *Les marchés à terme dérivés et organisés d'instruments financiers*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 285.

²² F. BOGAERT, *Overdracht van kredietrisico. Kredietderivaten en effectisering*, Anvers, Intersentia, 2013, p. 70.

²³ J.-B. MOJUYE, *Le droit des produits dérivés financiers (swaps, options, futures, ...) en France et aux Etats-Unis*, Paris, L.G.D.J., 2006, p. 69, p. 263, n° 685.

²⁴ A titre indicatif, en 2009, environ 89% des dérivés furent négociés de gré à gré (OICV-IOSO (technical committee), *Report on trading of OTC derivatives*, février 2011, p. 4).

²⁵ Notons cependant que même sur les marchés de gré à gré, la liberté contractuelle est contrainte par l'existence de contrats-cadres au contenu standardisé et par l'intervention désormais plus récurrente de la chambre de compensation. Voir notamment: R. DAMBRE, *Les contrats financiers sur actions. Droit français et européen*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 27.

III. NOTIONS ET CARACTÉRISTIQUES JURIDIQUES DU PRODUIT DÉRIVÉ

A. Définition et typologie

6. Généralement, les produits dérivés ont pour but de transférer le risque économique associé à la valeur d'une chose dans le futur sans la chose elle-même (*sub* (i)).

Ce faisant, les parties peuvent poursuivre deux types de mobile: se couvrir du risque (*sub* (ii)) ou parier sur lui (*sub* (iii))^{26, 27}.

(i) Définition

7. D'un point de vue économique, les produits dérivés peuvent être définis comme « *des actifs dont la valeur dépend d'autres variables plus fondamentales (les sous-jacents), comme le prix d'autres actifs négociés sur les marchés, les taux d'intérêt, ou encore les taux de changes* »²⁸.

D'un point de vue juridique, les contrats de produits dérivés peuvent être définis comme « *des contrats ou des promesses de contrat soit à terme soit conditionnels, dont la valeur dépend d'un ou de plusieurs actifs réels ou théoriques (les sous-jacents) tout au long de la période séparant la conclusion du contrat de son dénouement* »²⁹.

Qu'il s'agisse de contrats³⁰ à terme ou optionnels, les produits dérivés rentrent dans la catégorie de contrats consensuels, onéreux, synallagmatiques³¹ et, en principe, aléatoires (à tout le moins économiquement – à ce sujet voy. *infra*)³².

Les produits dérivés n'en sont néanmoins pas pour autant toujours spéculatifs. En effet, il convient de ne pas perdre de vue qu'il n'est pas possible de se fonder sur la nature aléatoire d'un contrat pour en inférer le caractère spéculatif ou non de l'opération qu'il concrétise³³.

(ii) Opérations de couverture

8. Dans le cadre d'une opération de couverture (« *hedge* »), l'opérateur ne cherche pas spécialement à tirer profit de la variation du cours, mais plutôt à acheter ou vendre un instrument financier dont l'évolution du cours compensera, en tout ou en partie, celle d'une position préexistante (la position à couvrir), de manière à limiter le risque sur cette dernière³⁴.

La couverture est donc une technique par laquelle une entreprise couvre un élément par un autre, afin de « *se protéger contre la volatilité des paramètres des marchés* »³⁵. L'idée de la couverture est d'assurer la marge commerciale. Elle permet, le cas échéant, d'optimiser ses flux de trésorerie. L'opération de couverture peut également permettre à une entreprise de protéger son bilan contre l'instabilité du marché³⁶. En ce sens, les produits dérivés peuvent permettre de diminuer ou de limiter l'impact de la variabilité d'une valeur sur le marché³⁷.

Il convient toutefois de distinguer la couverture économique de la couverture comptable. La couverture économique vise à protéger un risque économique³⁸. Il s'agit d'une décision financière. Par contre, la comptabilisation de la couverture vise à neutraliser un impact comptable. Elle est donc, le cas échéant, la traduction comptable de la couverture économique³⁹.

9. En principe, la notion même de couverture suppose l'existence d'un risque sous-jacent, dont il convient de désamorcer ou de lisser les effets, mais sans garantie de succès. A l'inverse, une position prise pour elle-même, en l'absence de toute relation préalable, est spéculative. Tout comme l'opération de spéculation, l'opération de couverture peut conduire à des pertes financières⁴⁰.

En effet, si l'investisseur se méprend tandis que le marché

26. A. GAUDEMET, *Les dérivés*, Paris, Economica, 2010, p. 64, n° 130 et p. 129, n° 267.

27. Certains auteurs ajoutent également un troisième type de mobile, à savoir l'utilisation du produit dérivé à des fins d'arbitrage. L'arbitrage constituant « *a series of riskless transactions undertaken to take advantage of price or yields differences in different markets* » (cité par P. GORIS, *Swaps. Een rechtsanalyse vanuit de economische relatie*, Deurne, 1992, p. 29), les hypothèses dans lesquelles il pourra constituer un mobile indépendant nous paraissent toutefois trop théoriques pour appeler de plus amples développements (sur la rareté des opérations d'arbitrage, voy. A. RUTTIENS, *Futures, swaps, options. Les produits financiers dérivés*, Liège, Edipro, 2012, p. 20).

28. J.C. HULL, *Options Futures and other derivatives*, Pierson-Prentice Hall, 2009, p. 1.

29. F. LONGFILS, « Le climat, c'est de l'argent! Quand le produit dérivé flirte avec la finance et l'assurance », *For. Ass.*, 2011/2, p. 44.

30. Lorsqu'ils sont conclus de gré à gré (à ce sujet, voy. *supra*).

31. M. GRÉGOIRE, « Les produits dérivés et les garanties », *Produits dérivés. Afgeleide producten*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 75.

32. L. DABIN, *Régime juridique des marchés financiers et des valeurs mobilières*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 238.

33. I. CLAEYS, « Speculation: The devil burning down the house? On Derivatives, Gambling, and public policy », *Finance and law: Twins in trouble*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 97.

34. A. RUTTIENS, *Futures, swaps, options. Les produits financiers dérivés*, Liège, Edipro, 2012 p. 22; I. CLAEYS, « Speculation: The devil burning down the house? On Derivatives, Gambling, and public policy », *Finance and law: Twins in trouble*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 105. Voir également : K. MÉDJAOUÏ, *Les marchés à terme dérivés et organisés d'instruments financiers*, Paris, LGDJ, 1996, p. 39.

35. E. CAUSIN, *Droit comptable des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 756, n° 1138.

36. R. DAMBRE, *Les contrats financiers sur actions. Droit français et européen des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 57.

37. B. COLMANT, J.-F. HUBIN et F. MASQUELIER, *Les normes comptables IAS 32 et IAS 39 sur les instruments financiers*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 154.

38. A ce sujet, voy. F. BOGAERT « *Risico's en voorwaarden voor het beheer van kredietrisico d.m.v. kredietderivaten en true sale effectivering* », *Bank Fin. R.*, 2013, pp. 26 et s. et les références citées par l'auteur.

39. B. COLMANT, J.-F. HUBIN et F. MASQUELIER, *Les normes comptables IAS 32 et IAS 39 sur les instruments financiers*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 154.

40. Il existe toutefois un cas particulier de « *hedging* », appelé l'immunisation, permettant de ne pas faire varier de valeur la position à couvrir et l'élément couvert et de neutraliser en conséquent les risques de perte (A. RUTTIENS, *Futures, swaps, options. Les produits financiers dérivés*, Liège, Edipro, 2012, p. 22).

déjoue ses prévisions, il subira une perte, quand bien même il n'aurait été animé d'aucune intention spéculative. La seule existence d'un aléa n'implique dès lors pas nécessairement la recherche d'un but spéculatif.

En réalité, la distinction entre spéculation et couverture est parfois difficile à cerner en pratique. L'existence de la spéculation dépendra donc essentiellement de l'intention de celui qui contracte. Partant, ce sont les mobiles personnels d'une partie qui vont déterminer, dans son chef, l'existence d'une intention spéculative^{41,42}.

(iii) Opérations spéculatives

10. La spéculation est une technique de « *trading* » visant à profiter des changements anticipés du cours des actifs et des taux d'intérêt. Dans une telle hypothèse, l'opérateur n'a pas la volonté d'amoindrir un risque sous-jacent à l'opération qu'il conclue, mais accepte de prendre à sa charge les risques des autres opérateurs dans le but de profiter des variations dans les valeurs des instruments dérivés ou dans celles de leurs sous-jacents, tels les actions, les obligations, les taux d'intérêts ou les taux de change⁴³. Ainsi, derrière beaucoup d'opérations de couverture réside la volonté inverse, d'un autre opérateur, de spéculer. En ce sens, la spéculation est le pendant de l'opération de couverture⁴⁴.

Les spéculateurs utilisent les données du marché afin de tenter d'anticiper le futur, de prédire l'avenir, tout en ayant conscience des risques qu'ils encourent⁴⁵. Dans le cas des

produits dérivés, les spéculateurs « *parient* » donc sur la direction future d'une variable du marché: la hausse ou la baisse du sous-jacent.

11. Conclure un contrat de produit dérivé revient à prendre un « *pari* » sur l'avenir dans la mesure où le dénouement de l'opération n'est, en principe, pas certain.

Néanmoins, même lorsqu'elles peuvent être qualifiées de spéculatives, les opérations traitées sur les marchés financiers n'en deviennent pas pour autant illicites⁴⁶. Juridiquement, la liberté contractuelle reste la règle et rien n'empêche un investisseur de souscrire des produits spéculatifs et compliqués, pour autant que la réalité de son consentement soit assurée⁴⁷.

Cette précision est particulièrement importante en ce qui concerne les produits dérivés dont l'exécution ne suppose pas la livraison du sous-jacent, puisque le fait qu'une transaction est liquidée par le paiement d'une différence de prix est traditionnellement analysée comme un indicateur important de l'existence d'un pari prohibé par le Code civil^{48,49}.

Or, spéculer est, en tant que telle, une activité légale, qu'il convient de distinguer des jeux et paris prohibés par le Code civil. En effet, le « *pari* » pris par les spéculateurs est, la plupart du temps, le fruit d'une réflexion ou d'une étude tentant de déjouer l'aléa inhérent au marché.

C'est avant tout la nature⁵⁰ de l'activité de jeu et pari, considérée par les rédacteurs du Code civil comme favorisant l'oisiveté et conduisant à l'égoïsme⁵¹, qui lui vaut l'instaura-

⁴¹ A. GAUDEMET, *Les dérivés*, Paris, Economica, 2010, p. 87, n° 181; I. CLAEYS, « Speculation: The devil burning down the house? On Derivatives, Gambling, and public policy », *Finance and law: Twins in trouble*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 97-98.

⁴² « *Speculation is a motive for one or more persons to conclude a transaction.* » (I. CLAEYS, *o.c.*, p. 98).

⁴³ J.-B. MOUYE, *Le droit des produits dérivés financiers (swaps, options, futures, ...)* en France et aux Etats-Unis, Paris, L.G.D.J., 2006, p. 69, p. 66, n° 197; I. CLAEYS, « Speculation: The devil burning down the house? On Derivatives, Gambling, and public policy », *Finance and law: Twins in trouble*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 105-106.

⁴⁴ R. DAMBRE, *Les contrats financiers sur actions. Droit français et européen des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 58.

⁴⁵ J.-B. MOUYE, *o.c.*, p. 67, n° 199.

⁴⁶ Ce n'est toutefois pas le cas dans tous les systèmes juridiques. Le droit musulman des obligations, par exemple, prohibe en règle les activités aléatoires et spéculatives. A ce sujet, voy. J. CHARBONNIER, *Islam, finance et droit*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 36 et s.; N. SALEH, *Unlawful gain and legitimate profit in Islamic law*, Londres, Graham and Trotman, 1992; A. ABDALLAH, « Un nouveau concept dans le paysage bancaire et financier: la finance islamique », *Actualités du droit bancaire*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 99; L. VAN DEN STEEN, « Interest als zonde: het islamitisch financieel recht in vogelvlucht », *T.P.R.*, 2011, pp. 796 et s.

⁴⁷ C. ALTER et L. VAN MUYLEM, « Contrats de couverture et swap de taux d'intérêts », *Liber Amicorum François Glansdorff et Pierre Legros*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 51; L. DABIN, *Régime juridique des marchés financiers et des valeurs mobilières*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 90.

⁴⁸ « *Het gegeven date en transactie met de bepaling van een prijsverschil (...) wordt vereffend, wordt traditioneel beschouwd als een belangrijke indicator van het bestaan van een weddenschap omdat de partijen met de transactie niet de verwerking of de vervreemding van het onderliggende actief voor ogen hadden.* » (F. BOGAERT, *Overdracht van kredietrisico. Kredietderivaten en effectisering*, Anvers, Intersentia, 2013, p. 226).

⁴⁹ Pour une critique de cette approche, voy. G. SCHRANS et R. STEENNOT, *Algemeen deel van het financieel recht*, Anvers, Intersentia, 2003, pp. 158 et s. et pour une analyse des difficultés que soulève ce type de contrats dans différents ordres juridiques, voy. I. CLAEYS, « Speculation: The devil burning down the house? On Derivatives, Gambling, and public policy », *Finance and law: Twins in trouble*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 100 et s.

⁵⁰ A propos de cette nature, les développements effectués par le ministère public près la Cour de cassation à la fin du 19^e siècle sont révélateurs: « *si nous avions à nous prononcer sur la moralité, sur la délicatesse de semblable défaite [de jeu], nous n'hésiterions pas à dire qu'elle n'est pas moins affligeante que regrettable et de funeste exemple. Quiconque a la faiblesse de payer tribut à cette inexcusable passion, sait fort bien qu'il est tenu à se montrer beau joueur, à peine de forfaiture (...)* [le jeu] éloigne du travail et développe les plus mauvais sentiments » rappelant à cet égard que « *la loi condamne le jeu parce qu'il est mauvais et contraire aux premiers éléments de la justice naturelle; d'où l'on doit conclure que tout ce qui est semblable au jeu et qui n'a pas plus de cause ou de fondement, ne serait être réel, par ce principe général que la folie humaine ne peut être un moyen juste de s'enrichir* » (Cass., 19 novembre 1891, *Pas.*, 1891, pp. 19 et 20).

⁵¹ Voy. A. BENABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 8^e éd., Montchrestien, 2008, p. 637, n° 655; dans le même sens, le droit musulman des obligations interdit la conclusion d'une convention impliquant l'idée de jeu au motif que ce type de délasserment est qualifié par un des versets du Coran, non sans emphase, comme une « *abomination et [une] œuvre du démon* » (à ce sujet, voir J. CHARBONNIER, *Islam, finance et droit*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 39 et s.).

tion d'un régime d'exclusion spécifique selon lequel il ne pourra être la cause d'aucune action portée devant les juridictions civiles (art. 1965 et 1967 C. civ.)⁵².

Sur cette base, certains auteurs mettent en exergue la distinction fondamentale existant selon eux entre le jeu et la spéculation, résidant dans l'intention des parties: le joueur crée le risque alors que le spéculateur l'utilise à des fins utiles ou cherche à s'en prémunir⁵³. D'autres auteurs soulignent en outre l'utilité sociale de la spéculation en précisant qu'elle contribue à la régulation des cours et à la liquidité des marchés^{54, 55}.

Tels sont les traits principaux permettant de distinguer l'activité de spéculation et celle de jeux et paris, souvent mises en parallèle par les auteurs de doctrine lorsqu'ils évoquent la matière des produits dérivés⁵⁶.

Soulignons par ailleurs que l'activité spéculative s'est vu reconnaître droit de cité par le législateur français à partir du 19^e siècle, lorsque le libéralisme économique prit le pas sur la morale jansénisante⁵⁷. Ainsi, le 28 mars 1885, fut adoptée une loi en vertu de laquelle la spéculation fut expressément légalisée au moyen de l'écartement de l'exception de l'article 1965 du Code civil du champ des marchés à terme, faisant, à cette occasion, une distinction officielle entre les jeux et les paris, d'une part, et la spéculation économique, d'autre part⁵⁸.

En Belgique, de manière comparable, la légalité de la spéculation financière trouve aujourd'hui une confirmation dans l'article 32 de la loi du 22 août 2002 relative à la surveillance

du secteur financier et aux services financiers, qui prévoit que l'article 1965 du Code civil n'est pas applicable aux transactions sur instruments financiers qui sont réalisées sur un marché réglementé ou sur tout autre marché d'instruments financiers désigné par le Roi sur avis de la FSMA, à l'intervention d'un intermédiaire qualifié ou avec un tel intermédiaire comme contrepartie, même si ces transactions sont liquidées par le paiement de la différence du prix⁵⁹.

Par cet article, le législateur belge semble donc avoir fait le choix de valider le recours aux produits dérivés, y compris ceux présentant un caractère purement⁶⁰ spéculatif et partant, implicitement mais certainement, de reconnaître leur nature distincte des activités de jeux et paris, demeurant, quant à eux, soumis à l'exception voulue par les codificateurs en raison de leur dangerosité sociale, et ce même si les produits dérivés conclus sur les marchés de gré à gré ne sont pas visés par l'article 32 de la loi du 22 août 2002, pouvant dès lors rendre plus incertaine l'exclusion de l'application de l'exception de jeu à leur égard⁶¹.

En effet, comme le soulignent judicieusement messieurs les professeurs Dieux et Stempnierwsky « *il serait paradoxal, (...) de condamner ces opérations, lorsqu'elles se concluent de gré à gré, alors que d'autres, animées du même souci spéculatif, pourraient se réaliser sans risque sur les marchés réglementés, ce qui reviendrait à dire que le législateur a organisé des marchés illicites* »⁶².

Le professeur Claeys procède d'ailleurs à un raisonnement similaire suite à l'adoption du règlement européen du

52. Y.-M. LAITHIER, « Aléa et théorie générale du contrat », *L'aléa*, Paris, Dalloz, 2011, p. 17; R. DEKKERS en A. VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht*, Deel 3, Anvers, Intersentia, 2007, p. 760.

53. H. DE VAUPLANE, *Droit des marchés financiers*, Paris, Litec, 1998, p. 534.

54. « *Speculation may be the dark side of derivatives, but speculators are crucial to the market. They are the risk takers who permit hedgers to lower their risks.* » (H.S. SCOTT et A. GELPERN, *International Finance, Law and Regulation*, Londres, Sweet & Maxwell, 2012, p. 846). Voy. égal. A.-C. MULLER, « Aléa et marchés financiers », *L'aléa*, Paris, Dalloz, 2011, p. 82; A. RUTTIENS, *Futures, swaps, options. Les produits financiers dérivés*, Liège, Editions de la Chambre de Commerce et de l'Industrie SA, 2003, p. 20.

55. A l'inverse, un certain courant de pensée considère que la spéculation devrait être prohibée, se fondant sur une conception keynésienne qui suppose « *qu'une compréhension des enjeux de société est essentielle sur le long terme et qu'on ne peut pas faire confiance aux marchés pour régler tous les problèmes* »: position de Paul Jorion: P. JORION et B. COLMANT *Penser l'économie autrement. Conversations avec Marc Lambrecht*, Fayard, 2014.

56. Au sujet des discussions que soulève l'utilité sociale de la spéculation, voy. I. CLAEYS, « Speculation: The devil burning down the house? On Derivatives, Gambling, and public policy », *Finance and law: Twins in trouble*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 89 et s.

57. N. HISSUNG-CONVERT, *La spéculation boursière face au droit 1799-1914*, Paris, L.G.D.J., 2009, p. 496.

58. L'on écrit à propos de l'adoption de cette loi: « *ainsi la spéculation s'est trouvée réhabilitée. On l'avait assimilée au jeu, parce qu'elle renferme comme le jeu un caractère aléatoire. On a reconnu depuis qu'elle s'en distingue essentiellement: l'aléa n'intervient ici que de manière accessoire. Tous les ressorts de l'intelligence sont mis en œuvre. Dans le jeu, au contraire, l'aléa subsiste seul. De plus, tandis que le jeu est stérile et même mal-faisant, la spéculation est non seulement utile, mais encore nécessaire* » (A. NAQUET, socialiste radical passé peu à peu à l'opportunisme, cité par N. HISSUNG-CONVERT, *La spéculation boursière face au droit 1799-1914*, Paris, L.G.D.J., 2009, p. 495).

59. Sur la portée de cet article, voy. G. SCHRANS et R. STEENNOT, *Algemeen deel van het financieel recht*, Anvers, Intersentia, 2003, p. 161.

60. La question ne se pose en effet pas concernant les produits dérivés de couverture « *in any event, one type of derivative is not considered as a bet even by the most fervent supporters of a ban on derivatives. This is the derivative type that serves a risk-hedging function for both parties to the transaction or even for one of the parties. In other words, the issue as to whether a derivative is a bet is restricted to the situation where the motive of both parties is speculative* » (I. CLAEYS, « Speculation: The devil burning down the house? On Derivatives, Gambling, and public policy », *Finance and law: Twins in trouble*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 112; T. LYNCH, « Gambling by Another Name; the Challenge of Purely Speculative Derivatives », *17 Stanford Journal of Law, Business & Finance*, 2011, pp. 73-74).

61. L'éminent juriste en conclut que: « *Het is de hoogste tijd dat juristen zich buigen over de processen van de financiële technologie, en duidelijke grenzen stellen aan de geldigheid van aleatoire verrichtingen.* » (H. COUSY, « Van de teerling van Julius Caesar tot de 'Credit Default Swaps'. De juridische betekenis van het alea », *Liber Amicorum Ludovic De Gryse*, Bruxelles, Larquier, 2012, p. 657).

62. X. DIEUX et Y. STEMPIERWSKY, « La responsabilité civile des intermédiaires en matière de produits dérivés », *Produits dérivés. Afgeleide producten*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 52; dans le même sens, voy. J.-P. BUYLE et D. GOFFAUX, « Les opérations de change sur devises », *Bankcontracten*, Bruxelles, die Keure, 2004, pp. 409 à 412.

4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, prévoyant notamment la compensation par contrepartie centrale de tout contrat dérivé standardisé, ainsi que des appels de marges pour les contrats non-standardisés⁶³: « *this framework seems to exclude the possibility for courts to characterize any kind of derivatives (OTC or not, speculative or not) as bets. If a framework is created by the legislator for a particular type of transaction and this framework is complied with, the idea of leaving such transactions unenforceable as bets seems to be a contradiction in terms* »⁶⁴.

Certains auteurs soutiennent néanmoins que le droit commun doit continuer à s'appliquer aux produits dérivés conclus de gré à gré⁶⁵ mais insistent sur la difficulté d'apporter la preuve qu'il était dans l'intention de l'ensemble des parties concernées de s'engager dans une opération ne trouvant aucune autre justification que la simple volonté de jouer ou de parier^{66, 67} et n'ayant dès lors aucune utilité sociale (ou motif économique légitime).

B. Risque et produits dérivés: aléa économique et aléa juridique

12. La doctrine définit généralement les produits dérivés comme des contrats dont l'étendue des prestations réciproques des parties dépend de la variation de valeur d'un sous-jacent⁶⁸. La présence du risque dans le domaine étudié ne fait donc aucun doute. Il n'en demeure pas moins que lorsque l'on confronte les contrats de produits dérivés aux éléments constitutifs essentiels du contrat aléatoire (*sub (i)*), l'on constate que tous ne peuvent pas être qualifiés comme tels (*sub (ii)*).

Cette précision n'est pas sans conséquence, dès lors que, comme le sait le lecteur, le caractère aléatoire d'un contrat a des conséquences directes sur la manière dont peut être établie la réalité du consentement des parties (à ce sujet, voy. *infra*).

(i) Contrat aléatoire: notion et difficultés pratiques

13. Aux termes de l'alinéa 1^{er} de l'article 1104 du Code civil, le contrat est commutatif « *lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne ou de ce qu'on fait pour elle* ». Selon l'alinéa 2 du même article, le contrat est aléatoire « *lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain* ».

En d'autres termes, dans le contrat commutatif, les parties connaissent dès la conclusion du contrat l'importance de leurs prestations réciproques, qu'elles tiennent pour équivalentes tandis que, dans le contrat aléatoire, l'existence ou l'étendue d'au moins une prestation dépend d'un événement futur et incertain⁶⁹. La particularité du contrat aléatoire est donc que la chance de gain ou le risque de perte est volontairement placé au centre de l'échange économique qui forme la base du contrat⁷⁰: l'aléa juridique « *affecte intrinsèquement, en tant que modalité, l'existence même, ou l'importance quantitative, d'un élément essentiel du contrat, telle que l'une des obligations de base des parties* »⁷¹.

14. La doctrine souligne judicieusement que « *l'aléa ne peut pas exister pour une seule des parties: le contrat comportant des prestations réciproques, ce qui est gain pour l'un est perte pour l'autre, et réciproquement* »⁷². Il est en effet de l'essence du contrat aléatoire de causer un gain et une perte chez chacune des parties, qui sont corrélatifs.

Un contrat dans lequel l'une des parties aurait, dès la conclusion de l'accord, la certitude de ne pas être perdante quoiqu'il arrive, n'est pas un contrat aléatoire⁷³. Comme le résume parfaitement le professeur Fagnart, « *suivant que l'événement incertain, [que les parties] ont pris en considération se produit ou ne se produit pas, il en résultera, pour l'une ou l'autre partie, une perte ou un bénéfice dont le chif-*

⁶³. Règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux (*J.O.U.E.*, 27 juillet 2012, L. 201, p. 1).

⁶⁴. I. CLAEYS, « Speculation: The devil burning down the house? On Derivatives, Gambling, and public policy », *Finance and law: Twins in trouble*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 117.

⁶⁵. Voy. G. SCHRANS et R. STEENNOT, *Algemeen deel van het financieel recht*, Anvers, Intersentia, 2003, p. 161; G. NEJMAN, *Les contrats de produits dérivés. Aspects juridiques*, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 65.

⁶⁶. F. BOGAERT, *Overdracht van kredietrisico. Kredietderivaten en effectisering*, Anvers, Intersentia, 2013, p. 226.

⁶⁷. En effet, la jurisprudence et la doctrine considèrent qu'il ne peut y avoir de pari lorsqu'au moins une des parties est animée d'un motif économique légitime (à ce sujet, voy. P. GORIS, « Legal aspects of new financial instruments (swaps/options/futures) », *Bank Fin.*, 1989; G. SCHRANS et R. STEENNOT, *Algemeen deel van het financieel recht*, Anvers, Intersentia, 2003, p. 160; F. BOGAERT, *Overdracht van kredietrisico. Kredietderivaten en effectisering*, Anvers, Intersentia, 2013, pp. 227 et s.).

⁶⁸. « *Afgeleide instrumenten worden gewoonlijk omschreven als overeenkomsten waarbij de wederzijdse verplichtingen van partijen afhankelijk zijn van het koersverloop van een onderliggend financieel instrument, indexcijfer of ander financieel kerngetal als een wisselkoers of rentevet.* » (G. SCHRANS et R. STEENNOT, *Algemeen deel van het financieel recht*, Anvers, Intersentia, 2003, p. 123).

⁶⁹. Passage tiré de P. VAN OMMESLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 143, n° 65.

⁷⁰. B. DUBUISSON, « Les contrats aléatoires », *J.T.*, 2004, p. 328; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Louvain, Acco, 2006, p. 61; R. DEKKERS et A. VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht*, Deel 3, Anvers, Intersentia, 2007, p. 757.

⁷¹. J.-Fr. ROMAIN, « La convention de tontine », *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 227.

⁷². F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 10^e éd., Paris, Dalloz, Coll. Précis, 2005, p. 81, n° 69.

⁷³. V. NICOLAS, *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, Paris, L.G.D.J., 1996, n° 75; N. CARETE, « Koop met lijfrente. Vernietigbaarheid herbekeken » (note sous Cass., 20 juni 2005), *R.W.*, 2006-2007, p. 711.

fre est inconnu »⁷⁴. L'existence de l'incertitude s'apprécie nécessairement par rapport aux prestations promises au moment de la conclusion du contrat et non pas par rapport aux prestations effectivement fournies lors de la réalisation de l'événement incertain et de l'exécution du contrat⁷⁵.

Certains auteurs ajoutent que la chance de gain ou le risque de perte réciproque doit être « *relativement égale* » pour les parties⁷⁶. Cette précision résulte de l'analyse du contrat aléatoire comme modalité particulière du contrat commutatif, dans laquelle l'équivalence des prestations des parties consiste dans la chance de gain ou le risque de perte découlant d'un événement incertain⁷⁷. Cette analyse est toutefois en rupture avec la distinction classique opérée entre les contrats commutatifs et les contrats aléatoires.

La doctrine classique ne met en effet pas en évidence le caractère égal des chances de gain ou le risque de perte dans le chef des parties comme élément constitutif essentiel de l'aléa, mais insiste au contraire sur le fait que, dans un contrat aléatoire, l'équivalence des prestations est par essence incertaine au moment de la conclusion du contrat⁷⁸. Henri De Page souligne à cet égard qu'« *il découle de la conception même du contrat aléatoire que, dans cette forme de contrat, les parties ont écarté l'équivalence initiale des prestations réciproques, et ont subordonné, au contraire, le bénéfice du contrat à la réalisation d'un événement incertain* »⁷⁹.

En réalité, s'il peut être admis que le contrat aléatoire doit reposer, comme le contrat commutatif, sur une certaine forme d'équilibre, il nous semble que, pour avoir une influence sur la validité de la convention, « *l'absence d'équivalence des prestations, qui découlerait d'une inégalité manifeste des chances de gain et de perte pour les parties (...)* dev[r]ait s'avérer radicale »⁸⁰.

Dans un tel cas, en effet, l'aléa n'existerait qu'en apparence, puisque presque toutes les chances de gain seraient du même

côté et tous les risques de perte de l'autre⁸¹. Ainsi en est-il dans une constitution de rente viagère lorsque le décès imminemment du crédientier est certain⁸², ou encore dans un contrat d'assurance lorsque le risque couvert n'existe pas ou lorsqu'il est intentionnellement provoqué⁸³.

15. Doit-on déduire de ce qui précède qu'une « *inégalité radicale* » dans les chances de gain ou de perte dénature le contrat de produit dérivé, si celui-ci présente un caractère aléatoire? Cette hypothèse paraît théorique.

En effet, elle se heurte à une difficulté essentielle, à savoir, la détermination de l'existence d'une « *inégalité radicale* ». En substance, cette difficulté s'identifie à celle qui conduisit les auteurs du Code civil à exclure l'action en rescision pour lésion d'une convention aléatoire⁸⁴. Or, s'il est vrai que l'évolution de la science dans certains domaines – notamment médicaux et statistiques – semble nuancer l'impossibilité, pressentie par les codificateurs⁸⁵, d'évaluer le risque pris par les parties lors de la conclusion, par exemple, d'un contrat d'assurance ou d'un contrat de tontine ou de rente viagère, l'anticipation raisonnable (et de nature à établir l'existence, ou non, d'une « *inégalité manifeste* ») des chances de gain ou de risque de perte attachés à la variation d'une valeur financière nous paraît manquer de la fiabilité de l'anticipation que rend aujourd'hui possible la science statistique et médicale.

Au contraire, il apparaît qu'un produit dérivé aléatoire comportera toujours une chance de gain et un risque de perte pour chacune des parties, à tout le moins dans une mesure suffisante pour que l'on ne puisse sérieusement conclure à l'existence d'une inégalité radicale des parties dans l'incertitude. La doctrine et la jurisprudence s'accordent en effet généralement à reconnaître que les opérations sur instruments financiers se déploient dans un contexte aléatoire et reposent sur des paramètres non maîtrisables⁸⁶, consacrant

74. J.-L. FAGNART, « Droit privé des assurances terrestres. Principes généraux », in *Traité pratique de droit commercial*, t. 3, Kluwer, 2012, p. 107, n° 179.

75. En ce sens, voy. B. DUBUISSON, « Les contrats aléatoires », *J.T.*, 2004, p. 329.

76. J.-Fr. ROMAIN, « La convention de tontine », *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 227 et 229.

77. J.-Fr. ROMAIN, *o.c.*, p. 226.

78. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 278.

79. H. DE PAGE, *o.c.*, p. 281.

80. J.-Fr. ROMAIN, « La convention de tontine », *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 229. Le professeur Romain nuance dès lors lui-même la portée de ce qu'il désigne sous le vocable de « *caractère quantitatif* » des effets de l'aléa et qui constitue, à ses yeux, un élément constitutif essentiel de celui-ci.

81. Dans le même sens, B. DUBUISSON, « Les contrats aléatoires », *J.T.*, 2004, p. 332.

82. Voy. not.: B. TILLEMANS en A. VERBEKE, *Knelpunten kanscontracten*, Anvers, Intersentia, 2004, pp. 47 et s.; A. DE BOECK, « Het Hof van Cassatie en de koop op lijfrente: zekerheid omtrent de onzekerheid », *T.B.B.R.*, 2006, p. 606.

83. L. SCHUERMANS, *Grondslagen van het Belgische verzekeringsrecht*, Anvers, Intersentia, 2008, pp. 16 et s.

84. A ce sujet, voy. *infra*.

85. Néanmoins, il convient de souligner que tous les tribunaux ne sont pas disposés à s'en remettre exclusivement aux lois de la statistique, certains considérant, au contraire, que les données statistiques ne sauraient faire disparaître le caractère aléatoire d'un contrat aux termes duquel l'importance des prestations stipulées dépend d'un événement essentiellement incertain (voy., p. ex., Bruxelles, 3 avril 1999, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 812; Civ. Liège, 22 janvier 2001, *Bull. ass.*, 2003, p. 138 et Liège, 12 novembre 2002, *Bull. ass.*, 2003, p. 143).

86. A ce sujet, voy. J.-P. BUYLE et P. PROESMANS, « La jurisprudence d'après crise 2007 en matière d'opérations bancaires », *Le droit bancaire et financier en mouvement*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 53; J. SAD, « Les swaps de taux d'intérêts: cinq ans de jurisprudence », *D.B.F.*, 2015/6, p. 391.

de la sorte le caractère imprévisible de l'évolution des marchés financiers⁸⁷.

Cette conclusion ne s'impose néanmoins pas de manière aussi évidente en cas de dénonciation du caractère lésionnaire d'un contrat de produits dérivés aléatoire. Dans un tel cas, la disproportion devant être prouvée ne correspond en effet pas forcément à celle dans laquelle « *presque toutes les chances de gain bénéficieraient à une partie et tous les risques de perte reposeraient sur l'autre* » (à ce sujet, voy. *infra*).

(ii) Produits dérivés et aléas (juridique et économique)

16. Comme le souligne un auteur, « *tout contrat, quelle que soit sa nature, est soumis dès sa conclusion à de multiples incertitudes* »⁸⁸.

Les risques engendrés par l'utilisation des produits dérivés ne leur sont nullement spécifiques⁸⁹, mais ils y sont toutefois plus sensibles, en raison de leur complexité, de leur durée de vie et de leur important effet de levier⁹⁰, pouvant entraîner un développement rapide de positions défavorables: des variations de la valeur du sous-jacent résulteront d'importants risques de pertes ou chances de gains par rapport aux montants initiaux engagés⁹¹.

Il existe toutefois une différence dans « *l'incertitude* » liée à la variabilité de la valeur du sous-jacent et la qualification d'un contrat de produits dérivés comme un contrat aléatoire⁹².

En application des principes développés ci-avant, un contrat de produits dérivés sera un contrat aléatoire lorsque l'étendue de la prestation des parties est déterminée par référence à la valeur de la chose sous-jacente et que celles-ci ont entendu faire de cette valeur le « *pivot de l'équilibre contractuel* »⁹³ au moyen de laquelle se déterminera le résultat final du contrat⁹⁴. Pour la clarté de l'exposé, nous confronterons à cette définition trois types d'instruments financiers que sont les contrats à terme ferme, les contrats

d'option et les contrats d'échanges (autrement appelés, « *swaps* »).

Dans les contrats à terme ferme comme les *futures* ou les *forwards*, les parties s'engagent à acheter ou à vendre, à une certaine date, une quantité déterminée d'actifs financiers, pour un certain prix⁹⁵. Deux hypothèses doivent être distinguées dans ce cadre: soit le contrat à terme ferme porte sur un bien livrable à l'échéance, soit il s'exécute par le versement d'un différentiel entre le prix d'exercice et le prix du marché à l'échéance⁹⁶.

Dans le premier cas, il s'agit d'une vente à terme, qui n'est pas un contrat aléatoire. Il existe effectivement une incertitude quant à la valeur du bien acquis au jour de l'exécution, mais cet aléa est économique et non pas juridique, dès lors qu'il n'a pas été intégré au contrat: la variation de valeur du bien, postérieurement à l'échange des consentements, n'influence pas l'étendue des prestations des parties, laquelle est connue dès la conclusion du contrat. Tout au plus permet-elle de déterminer la partie ayant fait « *une bonne affaire* ».

Dans le second cas, en revanche, l'incertitude quant à la valeur du bien à l'échéance est intégrée au contrat et l'aléa devient juridique. Dans une telle hypothèse en effet, c'est la levée de l'aléa (la connaissance du cours du sous-jacent) qui permet de déterminer le montant de l'obligation et la personne qui en est débitrice⁹⁷.

Ensuite, dans le contrat d'option, l'acheteur de l'option acquiert, moyennant le paiement d'une prime, le droit, mais non l'obligation, d'acheter ou de vendre, à l'échéance ou durant une période donnée, un actif net à un prix convenu d'avance. La doctrine semble divisée quant au caractère aléatoire, ou non, d'un tel contrat.

Certains auteurs soutiennent qu'une option n'est pas un contrat aléatoire puisque l'équivalence des prestations est déjà établie dans le contrat. L'incertitude résiderait donc uniquement dans le fait de savoir si le bénéficiaire, endéans le délai fixé, fera ou non appel à l'option. Selon cette approche, cette

87. Voy. not. Comm. Bruxelles, 2 février 1995, *R.D.C.*, 1996, pp. 1072-1077; Sent. arb. Bruxelles, 29 mars 1996, *R.D.C.*, 1996, p. 1078; P. VAN OMME-SLAGHE, « Examen de jurisprudence. Les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, p. 216; Gand, 10 février 1999, *R.D.C.*, 2000, p. 739; Gand, 17 mars 1999, *T.R.V.*, 2001, p. 330; P.-A. FORIERS, « Le contrat de prestation de services; obligations des parties et responsabilité contractuelle », *Les contrats de services*, Ed. du Jeune Barreau, 1994, p. 121; Comm. Bordeaux, 1^{er} décembre 2003, *Rev. dr. ban. fin.*, mai-juin 2004, p. 176.

88. B. DUBUISSON, « Les contrats aléatoires », *J.T.*, 12/2004, p. 327.

89. COMITÉ DE BÂLE, *Lignes directrices pour la gestion des risques liés aux instruments dérivés*, juillet 1994, p. 3.

90. O. GREGOIR, « Le marché des produits dérivés », *Banque*, 1994, p. 28.

91. G. NEJMAN, *Les contrats de produits dérivés*, Bruxelles, Larquier, 1999, p. 23.

92. A. PIERON, J. BROSENS et B. COLMANT, *Les instruments financiers dérivés. Concepts financiers, comptables, fiscaux et juridiques applicables en Belgique*, Diegem, Ced-Samsom, 1998, p. 80.

93. A. BENABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 8^e éd., Montchrestien, 2008, p. 619, n° 1317.

94. A. GAUDEMET, *Les dérivés*, Paris, Economica, 2010, p. 74, n° 154.

95. F. LONGFILS, « Le climat, c'est de l'argent! Quand le produit dérivé flirte avec la finance et l'assurance », *For. Ass.*, 2011/2, p. 44.

96. A ce sujet, voy. A.-C. MULLER, « Aléa et marchés financiers », *L'aléa*, Paris, Dalloz, 2010, p. 78.

97. La même solution s'imposera lorsque le bien porte sur un bien non livrable (p. ex. un indice, un taux d'intérêt, ...); voy. T. BONNEAU et F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, Paris, Economica, 2010, par. 164.

incertitude n'a aucune influence sur les prestations réciproques des parties⁹⁸.

A l'inverse, d'autres auteurs soutiennent que, bien que l'acheteur de l'option puisse choisir de ne pas la lever et préférer perdre le montant payé de la prime si l'évolution du sous-jacent lui est défavorable, il n'en demeure pas moins que la fixation des obligations des parties lors de l'exécution du contrat reste dépendante de cette évolution de valeur et que le choix que l'acheteur décidera de faire découlera directement de celle-ci, faisant dès lors de ce contrat un contrat aléatoire⁹⁹.

Enfin, dans les contrats d'échange ou de swap, la nature du swap est déterminante, même si un swap commutatif est l'exception plutôt que la règle. A titre d'exemple, dans le cas d'un swap de devises¹⁰⁰ avec transfert de principal¹⁰¹, les

parties s'échangent des sommes en devises à la conclusion du contrat, à charge pour elles de répéter ces sommes au terme de leur contrat: l'objet et l'étendue des prestations des parties sont connues dès l'origine¹⁰². Il ne s'agit donc pas d'un swap aléatoire. En effet, l'aléa lié à la valeur du taux de change est extrinsèque au contrat.

Un swap aléatoire sera quant à lui, toujours à titre d'exemple, un swap de taux d'intérêt dans lequel une partie s'engage à payer une somme représentative des intérêts produits par un taux variable alors que l'autre partie s'engage à payer une somme représentative des intérêts produits par un taux fixe: aux dates d'échéances successives, le solde de compensation des obligations sera acquis à l'une ou l'autre des parties, suivant la façon dont le taux variable aura évolué¹⁰³.

IV. LES MESURES CURATIVES DE PROTECTION DU CONSENTEMENT EN MATIÈRE DE CONTRATS DE PRODUITS DÉRIVÉS

17. En droit commun, il n'y a point de consentement valable si le consentement n'est donné que par erreur, s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol¹⁰⁴. De la même manière, la validité du consentement pâtira du caractère lésionnaire de l'engagement souscrit.

En conférant aux contrats aléatoires une économie originale, l'aléa impose par contre de mettre à l'écart certaines règles ordinaires du droit des contrats¹⁰⁵. Selon un auteur: « *La conclusion d'un contrat aléatoire sous-entend l'acceptation par les parties d'une incertitude sur le résultat du contrat, c'est-à-dire sur le solde de leurs prestations. Il paraît donc logique que la partie qui s'est engagée en acceptant un risque et en espérant en tirer un gain, ne puisse invoquer à son profit les mécanismes régulateurs de la justice contractuelle.* »¹⁰⁶.

Si cette affirmation mérite d'être nuancée, il n'en demeure pas moins évident que « *la force obligatoire qui s'attache au contrat aléatoire empêche [l'une des parties] de demander la résiliation ou la révision du contrat sur la seule constatation*

que le sort a tourné en sa défaveur »¹⁰⁷.

L'objet de la quatrième partie du présent article vise dès lors à établir une vue d'ensemble de l'influence du caractère aléatoire de certains produits dérivés sur les mesures curatives de protection du consentement, tout en tenant compte, autant que possible, de leurs spécificités propres.

Si certaines actions fondées sur le caractère vicié du consentement semblent devoir être exclues (*sub A.*), d'autres restent en principe ouvertes (*sub B.*).

A. Les actions en principe exclues: lésion et erreur sur la substance

18. *Prima facie*, la présence d'un aléa juridique dans certains dérivés semble exclure tant l'action en rescision pour lésion (*sub (i)*) que l'action en nullité pour erreur sur la substance (*sub (ii)*).

⁹⁸. A. PIERON, J. BROSENS et B. COLMANT, *Les instruments financiers dérivés. Concepts financiers, comptables, fiscaux et juridiques applicables en Belgique*, Diegem, Ced-Samsom, 1998, p. 80.

⁹⁹. A.-C. MULLER, « Aléa et marchés financiers », *L'aléa*, Paris, Dalloz, 2010, p. 79. R. DAMBRE, *Les contrats financiers sur actions. Droit français et européen des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 75.

¹⁰⁰. Sur la notion de swap de devises, ou plus largement d'opérations de change sur devises, voy. J.-P. BUYLE et D. GOFFAUX, « Les opérations de change sur devises », in *Bankcontracten*, Bruges, die Keure, 2004, pp. 365 et s.

¹⁰¹. Un contrat de swap, comme d'autres produits dérivés (voy. *supra* en ce qui concerne les « futures » et les « forwards »), peut en effet se régler à l'échéance aussi bien par une livraison du sous-jacent que par le paiement d'une somme d'argent, selon les modalités envisagées par les parties lors de la conclusion du contrat (à ce sujet, voy. F. BOGAERT, *Overdracht van kredietrisico. Kredietderivaten en effectisering*, Anvers, Intersentia, 2013, pp. 77 et s.).

¹⁰². A. GAUDEMET, *Les dérivés*, Paris, Economica, 2010, p. 73, n° 153.

¹⁰³. A. GAUDEMET, *Les dérivés*, Paris, Economica, 2010, p. 73, n° 154; voy. égal. O. STEVENS, « Interest rate swaps: autonoom en aleatoir », *R.D.C.*, 2016, p. 273 et les références qu'il cite.

¹⁰⁴. Art. 1109 C. civ.

¹⁰⁵. A. BENABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 8^e éd., Montchrestien, 2008, p. 615, n° 1310.

¹⁰⁶. A. MORIN, *Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, Presses Universitaires de Clermont Ferrand, 1998, p. 221, n° 520.

¹⁰⁷. B. DUBUISSON, « Les contrats aléatoires », *J.T.*, 2004, p. 328.

(i) L'action en rescision pour lésion¹⁰⁸

19. La lésion peut être définie comme une disproportion importante entre les avantages réciproques, qui est temporaire à la conclusion du contrat. La lésion est donc assimilable à une erreur sur le prix ou sur la valeur¹⁰⁹. Or, la sécurité des transactions répugne à ce que les contrats soient remis en cause au seul prétexte d'une pareille erreur, raison pour laquelle l'erreur sur la valeur ou sur le prix n'est pas, en règle, une cause de nullité de la convention¹¹⁰.

Ce principe trouve un écho particulier en matière de contrats aléatoires: la lésion ne peut en effet, en principe, être invoquée par les parties¹¹¹. C'est ce que rappelle l'adage: « *L'aléa chasse la lésion.* » La portée exacte de cet adage doit toutefois être précisée et nuancée, afin que puissent être établies les hypothèses dans lesquelles une partie pourrait effectivement demander la rescision d'un contrat de produits dérivés aléatoire lésionnaire.

a. L'aléa chasse la lésion¹¹²: portée de l'adage

20. Le caractère aléatoire d'un contrat implique, en principe, que les parties ne puissent en demander la rescision pour lésion¹¹³. Les contrats aléatoires comprennent en effet, par définition, des chances à courir, excluant en règle que l'on puisse mesurer le déséquilibre des prestations réciproques des parties pour en justifier la rescision¹¹⁴.

Cette distinction résulte de l'idée « *qu'il ne peut y avoir de mesure absolue pour régler les choses incertaines* »¹¹⁵ et que « *le moment qui doit déterminer la perte ou le profit étant un mystère impénétrable, et les éléments qui la composent n'étant ainsi que le produit arbitraire des plus capricieuses présomptions, il est impossible d'appliquer à la formation même du contrat les notions certaines du juste et de l'injuste pour lui imposer un prix uniforme et légitime* »¹¹⁶, entraînant

en conséquence l'exclusion de l'action en rescision pour lésion d'un contrat aléatoire.

Comme déjà évoqué ci-avant, ces propos ont été nuancés par le professeur Dubuisson, qui a mis en évidence que « *la science des probabilités permet de remettre en cause la pertinence [de l'exclusion de la lésion en matière de contrats aléatoires]. Dès lors qu'il est possible d'attribuer une valeur objective à la chance courue, on ne voit pas pourquoi les contrats aléatoires devraient être soustraits à l'examen des prestations réciproques* », permettant de « *rendre les contrats aléatoires à une commutativité raisonnable* »¹¹⁷.

La lésion (objective ou qualifiée) résulte, à suivre une telle approche, d'une disproportion entre les chances de gain et les risques de perte encourus par chacune des parties. Cette disproportion devant nécessairement s'apprécier par rapport aux prestations promises au moment de la conclusion du contrat et non par rapport aux prestations effectivement fournies lors de la réalisation de l'événement incertain.

Nous avons déjà eu l'occasion de formuler les réserves qu'implique, selon nous, l'établissement de la valeur objective de la chance courue lorsque celle-ci est relative à l'évolution d'une valeur sur un marché financier. Nous n'excluons cependant pas, par principe, l'hypothèse selon laquelle une partie tenterait de prouver, au moyen de modèles ou de projections financières, l'existence d'une telle disproportion dans un cas d'espèce déterminé.

b. Produits dérivés lésionnaires: impossible ou improbable?

21. Comme le relève le professeur Gaudemet, les formes que peuvent prendre les dérivés ne sont ordinairement pas sujettes à lésion objective¹¹⁸. Dans cette mesure, l'hypothèse dans laquelle un contrat de produits dérivés présenterait un

¹⁰⁸. La lésion est aujourd'hui considérée comme un manquement au principe de bonne foi devant guider les parties au stade précontractuel, et donc une *culpa in contrahendo* (à ce sujet, voy. P. Wéry, *Droit des obligations*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 241). Nous avons toutefois suivi la classification traditionnelle de la lésion qualifiée en tant que vice de consentement, suivant l'idée de Pothier selon laquelle les règles de la lésion sont justifiées par une présomption de vice de consentement (voy. P. Van Ommeslaghe, *De Page. Traité de droit civil belge. Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 289).

¹⁰⁹. P. WÉRY, « Les obligations. La théorie générale du contrat », *Rép. not.*, t. IV, liv. 1, Larcier, 2010, p. 382.

¹¹⁰. Voy. not. L. SIMONT et P.-A. FORTIERS, « Examen de jurisprudence. Les contrats spéciaux (1992-2010) », *R.C.J.B.*, 2014, p. 569 et les références qu'ils citent; P. VAN OMMESLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge. Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 256; S. MARYSSE, « Due diligence-onderzoek, bedrog en *culpa in contrahendo* », *T.B.B.R.*, 2009, p. 261.

¹¹¹. Voy. C. ALTER et L. VAN MUYLEM, « Contrats de couverture et swap de taux d'intérêts », in *Liber Amicorum François Glansdorff et Pierre Legros*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 65; A. GAUDEMET, *Les dérivés*, Paris, Economica, 2010, p. 162, n° 334; N. RÉSIMONT, « La lésion qualifiée », *J.T.*, 2007, p. 524.

¹¹². Certains auteurs analysent le contrat de swap de taux d'intérêts comme un contrat d'échange au sens de l'art. 1702 C. civ. et soutiennent en conséquence que l'art. 1706 du même code renforcerait, pour ce type de produits dérivés, l'impossibilité pour une partie d'en invoquer la rescision pour lésion (voy. J. SAD, « Les swaps de taux d'intérêts: cinq ans de jurisprudence », *D.B.F.*, 2015/6, pp. 379-380 et 391).

¹¹³. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 281.

¹¹⁴. P. VAN OMMESLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge. Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 289.

¹¹⁵. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, Bruxelles, Librairie de jurisprudence, H. Tarlier, 1836 exposé des motifs, p. 345, n° 16.

¹¹⁶. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle*, Bruxelles, Librairie de jurisprudence, H. Tarlier, 1836 discours de M. DUVERYRIER, p. 356, n° 8.

¹¹⁷. B. DUBUISSON, « Les contrats aléatoires », *J.T.*, 2004, p. 328; J. HERBOTS, « Vervreemding tegen lijfrente », *Het onroerend goed in de praktijk*, Anvers, Kluwer, 1989; J.-FR. ROMAIN, « Observations au sujet de la convention de tontine: de l'aléa au pacte sur succession future », *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 225 et 229.

¹¹⁸. Voy. A. GAUDEMET, *Les dérivés*, Paris, Economica, 2010, p. 162.

caractère lésionnaire, si elle n'est pas impossible, semble toutefois hautement improbable.

En réalité, pour pouvoir invoquer avec succès la rescision pour lésion, le demandeur devra faire usage de la théorie de la lésion qualifiée, et convaincre le magistrat (s'il le peut¹¹⁹) non seulement qu'il existait, au moment de la conclusion du contrat, une disproportion manifeste¹²⁰ entre ses chances de gain et risque de perte et celles de son cocontractant, mais également que cette inégalité a été provoquée suite à un abus de son état d'infériorité¹²¹ induit par son ignorance, son inexpérience ou ses besoins¹²².

Précisons que l'abus en question ne doit pas nécessairement résulter d'un comportement actif, ni impliquer un élément intentionnel ou des manœuvres frauduleuses. Sont nécessaires, mais suffisants, la connaissance de l'état d'infériorité du cocontractant et un abus, actif ou passif, de celui-ci¹²³. Ainsi, « il suffit qu'une partie ait contracté ou accepté de contracter alors qu'elle savait qu'en raison de certaines circonstances, le contrat était manifestement déraisonnable pour son contractant »¹²⁴. Il restera ensuite à la victime à démontrer que l'abus dénoncé a eu une influence déterminante sur son consentement¹²⁵.

Dans une telle hypothèse, demeurant toutefois assez théorique à nos yeux, le demandeur pourra dénoncer le caractère lésionnaire d'un contrat de produits dérivés. Mais dans quel but?

La sanction de la lésion qualifiée dépend naturellement du fondement qu'on lui donne. Nous nous rallions à cet égard à la doctrine majoritaire, fondant la théorie de la lésion qualifiée sur la responsabilité aquilienne¹²⁶. En conséquence, la victime pourra poursuivre la réparation en nature de son dommage, et, selon les circonstances, demander le rééquilibrage de la convention (par la réduction de la prestation

excessive) ou obtenir la disparition de la convention conclue à la suite du comportement fautif de son cocontractant¹²⁷.

(ii) L'action en nullité pour erreur sur la substance

22. Aux termes de l'article 1110 du Code civil: « L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. »

Selon la Cour de cassation, « l'erreur est une cause de nullité lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet, c'est-à-dire tout élément qui a déterminé principalement la partie à contracter, de telle sorte que, sans cet élément, le contrat n'aurait pas été conclu »¹²⁸. En d'autres termes, il n'y a pas erreur au sens du Code civil, lorsque, sans elle, le contrat aurait quand même été conclu; l'erreur doit être déterminante du consentement¹²⁹.

Il en résulte, comme le résume le professeur Ghestin, que pour être admise, « l'erreur doit porter sur l'objet de la convention, c'est-à-dire sur les qualités, la manière d'être de l'objet du contrat, ou son aptitude à réaliser le but poursuivi par l'une ou l'autre des parties, lorsqu'il est intégré dans l'économie de la convention »¹³⁰.

La Cour de cassation a en effet précisé que l'erreur peut être appréciée en fonction de l'utilisation à laquelle la chose était destinée. L'on parlera à cet égard d'erreur fonctionnelle. En cette hypothèse, l'erreur se déduit du fait que « l'objet du contrat (...) n'était pas apte à réaliser la fin poursuivie par le premier défendeur et (...) les demanderesses connaissaient l'importance que celui-ci attachait à la qualité défailante »¹³¹. On peut dès lors non seulement prendre en compte l'utilisation normale de la chose, mais aussi une utilisation spécifique à laquelle une partie la destinait à la con-

¹¹⁹. Nous ne répéterons pas ici les difficultés que la preuve de l'existence d'une telle disproportion nous semble entraîner en pratique.

¹²⁰. C'est-à-dire, « importante et certaine » (Bruxelles, 22 mai 2015, *J.T.*, 2015, p. 656).

¹²¹. Sur cette notion, voy. S. GOLDMAN et S. LAGASSE, « Comment appréhender le déséquilibre contractuel en droit commun? », *Actualités en droit général des contrats*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 80 et s.

¹²². B. TILLEMANS, *Beginselen van Belgisch privaatrecht. Overeenkomsten*, Deel 2, *Bijzondere overeenkomsten*, Anvers, Kluwer, 2001, p. 545; M. DE POTTER DE TEN BROECK, « De gekwalificeerde benadeling aanvaard, maar wat met de grondslag? », *T.B.B.R.*, 2013, pp. 131 et s.

¹²³. J.-Fr. ROMAIN, « Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations », *J.T.*, 1993, p. 754; C. GOUX, « L'erreur, le dol et la lésion qualifiée: analyse et comparaisons », *R.G.D.C.*, 2000, pp. 25 et s.

¹²⁴. N. RÉSIMONT, « La lésion qualifiée », *J.T.*, 2007, p. 524; comme le résume le professeur van Gerven, il faudra dans un tel cas qu'existe un « abus de circonstances » (misbruik van omstandigheden) (W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Louvain, Acco, 2006, pp. 126-127).

¹²⁵. P. VAN OMMESLAGHE, « Les obligations », *De Page. Traité de droit civil belge*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 297 et s. Cette condition s'identifie en réalité avec l'obligation d'établir l'existence d'un lien de causalité entre la lésion et l'abus: voy. S. GOLDMAN et S. LAGASSE, « Comment appréhender le déséquilibre contractuel en droit commun? », *Actualités en droit général des contrats*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 88 et s.

¹²⁶. A. DE BERSAQUES, « La lésion qualifiée et sa sanction », *R.C.J.B.*, 1977, pp. 27 et s.; J.-Fr. ROMAIN, « Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations », *J.T.*, 1993, p. 752; M. DE POTTER DE TEN BROECK, « De gekwalificeerde benadeling aanvaard, maar wat met de grondslag? », *T.B.B.R.*, 2013, p. 137; A. DE BOECK, « De precontractuele aansprakelijkheid anno 2010 », *Verbintenissenrecht*, Themis 2009-10, Bruges, die Keure, 2010, p. 2.

¹²⁷. S. GOLDMAN et S. LAGASSE, « Comment appréhender le déséquilibre contractuel en droit commun? », *Actualités en droit général des contrats*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 90 et s.; S. STIJNS et E. SWAENEPOEL, « De evolutie van de basisbeginselen in het contractenrecht geïllustreerd aan de hand van het contractueel evenwicht », *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 40.

¹²⁸. Cass., 24 septembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1171; Cass., 27 octobre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 950.

¹²⁹. W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Louvain, Acco, 2006, p. 119.

¹³⁰. Définition proposée par le professeur J. GHESTIN et citée par D. PHILIPPE, « A propos de la substance de l'erreur », *R.G.D.C.*, 2009, pp. 219-220.

¹³¹. Cass., 27 octobre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 950, R.G. C.95.0002.F.

naissance de l'autre partie et dont l'importance n'échappait pas à celle-ci¹³².

Cette précision renvoie au caractère commun de l'erreur invoquée, qui implique que l'erreur, qu'elle soit unilatérale ou bilatérale, doit porter sur un élément déterminant ayant pénétré le champ contractuel¹³³. Cette entrée dans la sphère contractuelle sera vérifiée par le juge de manière objective (dans ce cas, il vérifiera si l'erreur porte sur un élément du contrat qui, dans l'opinion commune, est déterminante et dans quelle mesure les objectifs poursuivis sont normalement poursuivis en suite de la conclusion d'une convention de ce type) ou subjective (dans ce cas, le juge vérifiera si le cocontractant connaissait ou devait connaître l'importance déterminante d'un élément du contrat aux yeux de l'errans)¹³⁴.

En d'autres termes, les éléments substantiels visés par la Cour de cassation peuvent consister dans une qualité objective de l'objet du contrat (une de ses composantes essentielles) ou dans une qualité subjective de celle-ci (dépendant de l'objectif poursuivi par les parties).

Enfin, pour pouvoir fonder une action en nullité pour erreur sur la substance, l'erreur doit être contemporaine de la formation du contrat¹³⁵ et doit également être excusable: il faut qu'elle ait pu être commise par un homme raisonnable¹³⁶.

a. L'aléa chasse l'erreur: portée de l'adage

23. La jurisprudence française tend à reconnaître l'exclusion de l'erreur sur l'objet lorsque le contrat comporte un aléa puisque les parties ont accepté un risque¹³⁷. Il apparaît en effet normal qu'une partie qui a conventionnellement donné force de loi à un aléa ne puisse le remettre en cause sur la simple constatation que ses espérances n'ont pas été rencontrées.

Toutefois, selon la doctrine française, « pour que l'aléa chasse l'erreur, celle-ci doit se situer dans la zone d'incertitude qui a servi de base à l'accord des parties »¹³⁸. Dans le

même sens, « si l'aléa interdit l'erreur, ce n'est que dans la mesure des réalités envisagées de la sorte par les parties »¹³⁹.

Dès lors, ainsi qu'il le fut développé plus en détail ci-avant, il convient de distinguer l'aléa entré dans le champ contractuel et l'aléa existant dans la réalité¹⁴⁰. Dans une décision récente, la Cour de cassation française a d'ailleurs cassé un arrêt de la cour d'appel de Paris qui n'avait pas recherché la délimitation, même implicite, de l'aléa conventionnel¹⁴¹.

Mais, dès l'instant où l'aléa a été intégré par les parties à la convention, l'acceptation du risque que présente celui-ci interdit à une partie d'invoquer qu'elle aurait commis à son égard une erreur d'appréciation: telle est la portée de l'adage « l'aléa chasse l'erreur ».

b. L'aléa chasse-t-il l'erreur en matière de produits dérivés?

24. Nous avons vu que les parties contractant des produits dérivés, sauf ceux translatifs de propriété, ne se sont pas focalisées sur les attributs du sous-jacent, en tant que tel, mais sur sa valeur¹⁴².

Dès lors, comme le souligne le professeur Gaudemet, le plus souvent, chaque partie sait devoir payer à l'autre une somme d'argent et ne se méprendra pas sur les qualités objectives de l'objet du contrat¹⁴³. L'incertitude et partant, l'erreur potentielle, portera donc généralement non pas sur la qualité de l'objet des obligations des parties, mais plutôt sur le *quantum* de celles-ci (l'étendue de leurs prestations respectives)¹⁴⁴.

Concernant ce *quantum*, il conviendra, selon nous, de vérifier si la variation de valeur constatée correspond au risque que les parties ont effectivement fait entrer dans le champ contractuel. Si le consentement des parties était éclairé au jour de la conclusion du contrat, l'adage « l'aléa chasse l'erreur » implique que les parties ne peuvent solliciter la révision du contrat sur la simple constatation que le sort a tourné en leur défaveur¹⁴⁵. En effet, le simple déséquilibre

¹³². P. VAN OMMESLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge. Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 255; R. TIMMERMANS, *Dwaling en bedrog bij koop en verkoop van onroerend goed*, Malines, Kluwer, 2007, p. 135.

¹³³. R. KRUITFHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, « Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen (1981-1992) », *T.P.R.*, 1994, p. 330.

¹³⁴. P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. 4, liv. I, Bruxelles, Bruylant, 2010, n° 233.

¹³⁵. P. WÉRY, *o.c.*, n° 229.

¹³⁶. A ce sujet, voy. Cass., 6 janvier 1944, *Pas.*, 1944, I, p. 133, arrêt de principe; Cass., 28 juin 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 714, R.G. C.95.0137.F; P. VAN OMMESLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge. Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 258; S. MARYSSE, « Due diligence-onderzoek, bedrog en culpa in contrahendo », *T.B.B.R.*, 2009, p. 261.

¹³⁷. A. BENABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9^e éd., Montchrestien, 2011, n° 1344.

¹³⁸. F. GRUA, « Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs », *R.T.D. civ.*, 1983.263, n° 28.

¹³⁹. G. VIVIEN, « De l'erreur déterminante et substantielle », *R.T.D. civ.*, 1992, p. 305, n° 21.

¹⁴⁰. Y.-M. LAITHIER, « Aléa et théorie générale du contrat », in *L'aléa*, Paris, Dalloz, 2011, p. 19.

¹⁴¹. Cass. fr. (civ.), 28 mars 2008, *Bull. Civ.*, I, n° 95, D. 2008, 1866, cité par Y.-M. LAITHIER, in « Aléa et théorie générale du contrat », *L'aléa*, Paris, Dalloz, 2011, p. 19.

¹⁴². A. GAUDEMET, *Les dérivés*, Paris, Economica, 2010, p. 163, n° 335.

¹⁴³. Voy. néanmoins les développements qui suivent relatifs à une erreur sur le caractère spéculatif ou de couverture du produit dérivé.

¹⁴⁴. A. GAUDEMET, *Les dérivés*, Paris, Economica, 2010, p. 163, n° 337.

¹⁴⁵. Pour une illustration en matière de swap, voy. A. PIERON, J. BROSENS et B. COLMANT, *Les instruments financiers dérivés. Concepts financiers, comptables, fiscaux et juridiques applicables en Belgique*, Diegem, Ced-Samsom, 1998, p. 80.

entre les prestations des parties ne suffit pas à entraîner sa nullité sauf s'il est le produit d'un abus¹⁴⁶ (voy. *supra*). A cet égard, il conviendra d'être attentif à la structuration du dérivé dans le cadre de la délimitation du risque pris et compris par les parties.

Par ailleurs, certains auteurs estiment qu'une partie pourrait avoir commis une erreur fonctionnelle si elle pensait conclure un dérivé de couverture, et non un dérivé spéculatif¹⁴⁷. A ce sujet, dès lors que, dans le cadre d'un dérivé, l'objet contractuel est « *l'opération que les parties entendent réaliser, (...) l'intérêt que la convention a pour but de régler* »¹⁴⁸, à savoir soit se décharger d'un risque auquel une partie est exposée (mécanisme de couverture), soit se charger d'un risque auquel elle n'est pas exposée (spéculation)¹⁴⁹, il nous paraît en effet pouvoir être soutenu que, dans cette hypothèse, « *l'objet du contrat (...) n'était pas apte à réaliser la fin poursuivie* ».

Cette dernière hypothèse renvoie cependant à une double difficulté. Premièrement, l'*errans* devra démontrer le caractère spéculatif de l'opération financière alors qu'il n'en existe pas de définition légale précise en droit belge (voy. *supra*). Deuxièmement, outre le caractère excusable d'une telle erreur, l'*errans* devra prouver l'existence d'une incompréhension dans son chef dont l'autre partie aurait à porter la responsabilité. L'hypothèse envisagée, quoique plausible, sera donc tributaire du contexte factuel dans lequel elle s'inscrit¹⁵⁰.

B. Les actions ouvertes: violence, dol et erreur obstacle

25. Deux autres vices du consentement, en revanche, peuvent être sanctionnés dans les dérivés: la violence (i) et le dol

(ii), auxquels il faut ajouter l'hypothèse de l'erreur obstacle (iii).

(i) L'action en nullité pour violence

26. Le vice de violence peut naturellement être plaidé si les conditions s'en trouvent réunies.

Nous nous contenterons à ce sujet de rappeler que la violence consiste à inspirer à une personne la crainte d'un mal considérable de nature à peser sur son consentement et à l'amener à conclure un contrat, en sorte que la volonté déclarée est contrainte et, partant, ne correspond pas à la réalité¹⁵¹, et que la violence peut aussi bien être physique que morale ou même, selon la jurisprudence de la Cour de cassation française¹⁵², économique¹⁵³.

Pour le surplus, nous nous permettons de renvoyer le lecteur à la doctrine publiée sur la question pour un commentaire plus approfondi, celle-ci n'appelant pas de commentaire particulier en matière de produits dérivés¹⁵⁴.

(ii) L'action en nullité pour dol et l'obligation d'information précontractuelle

a. Le dol et la rétention volontaire d'information

27. Le dol consiste en une discordance entre la volonté réelle et la volonté déclarée provoquée par des manœuvres frauduleuses¹⁵⁵. Le dol suppose donc l'existence de manœuvres intentionnelles¹⁵⁶ provoquant ou entretenant une erreur dans le chef de celui qui s'en plaint¹⁵⁷. Il faut, pour que le dol existe, que le consentement de la victime du dol ait été altéré

¹⁴⁶ Sauf les cas de lésion objective visés par les textes spéciaux. Voy. à cet égard, P.-A. FORIERS, « La cause en droits français et belge », in *Le droit des obligations dans les jurisprudences française et belge*, Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 20.

¹⁴⁷ C. ALTER et L. VAN MUYLEM, « Contrats de couverture et swap de taux d'intérêts », in *Liber Amicorum François Glansdorff et Pierre Legros*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 64.

¹⁴⁸ A. GAUDEMET, *Les dérivés*, Paris, Economica, 2010, p. 64, n° 130 et les références citées.

¹⁴⁹ A. GAUDEMET, *o.c.*, p. 64, n° 130.

¹⁵⁰ Dans le cadre de cette prise en compte des particularités de l'espèce, relevons que la jurisprudence semble être attentive à la circonstance que le client n'invoque un vice de consentement que lorsque les conditions du marché ne lui sont plus du tout favorables. Voy. en ce sens: Bruxelles, 23 avril 2007, *D.A. O.R.*, 2008, p. 164, note D. BLOMMAERT.

¹⁵¹ P. VAN OMMESLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge. Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 281.

¹⁵² Cette notion ne semble pas s'être vue reconnaître une identité propre en Belgique. Notre Cour de cassation a, au contraire, eu l'occasion de rappeler qu'un déséquilibre économique entre les parties n'est pas, en soi, constitutif de violence (Cass., 2 mai 1969, *Pas.*, 1969, I, p. 781). La reconnaissance, par le droit belge, de la lésion qualifiée semble limiter l'utilité de la reconnaissance d'une telle notion.

¹⁵³ La violence économique consiste en « *l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement* » (Cass. fr. (civ.), 3 avril 2002, *R.T.D. civ.*, 2002, p. 502). Pour une analyse de cette notion, voy. S. GOLDMAN et S. LAGASSE, « Comment appréhender le déséquilibre contractuel en droit commun? », *Actualités en droit général des contrats*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 103 et s.

¹⁵⁴ W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Louvain, Acco, 2006, pp. 123 et s.; R. DEKKERS et A. VERBEKE, *Handboek burgerlijk recht*, Deel 3, Anvers, Intersentia, 2007, pp. 32 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge. Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 281 et s.; A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, Bruges, die Keure, 2013, p. 45; S. GOLDMAN et S. LAGASSE, « Comment appréhender le déséquilibre contractuel en droit commun? », *Actualités en droit général des contrats*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 100 et s.

¹⁵⁵ P. VAN OMMESLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge. Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 269; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Anvers, Intersentia, 2000, p. 58.

¹⁵⁶ Sur la preuve de cet élément intentionnel, voy. F. PEERAER « Bedrog wordt niet vermoed, maar is wel bewijsbaar door vermoedens: een dunne maar duidelijke grens », *T.B.B.R.*, 2012, pp. 245 et s.

¹⁵⁷ La preuve des manœuvres frauduleuses pourra être rapportée par toutes les voies du droit, en ce compris par présomption (Cass., 25 février 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 473, R.G. C.98.0468.F; Cass., 10 novembre 2008, *Pas.*, 2008, I, p. 2526, R.G. S.08.0063.F).

dans des conditions telles qu'en l'absence de ces manœuvres, cette victime n'aurait pas contracté ou, à tout le moins, aurait contracté à des conditions différentes¹⁵⁸.

Des manœuvres actives ne sont toutefois pas exigées à cet égard et le dol peut résulter d'une rétention volontaire d'information¹⁵⁹. L'emploi du terme « rétention » a donc son importance dès lors qu'en principe, les « fourberies silencieuses »¹⁶⁰ constitutives de dol ne peuvent exister que lorsque la partie qui les commet avait une obligation de parler¹⁶¹. Or, cette hypothèse revêt une importance particulière dans le contexte des produits dérivés dont la complexité nécessite la plupart du temps une obligation d'information accrue de la part du professionnel du secteur.

L'instauration de règles de conduite spécifiques au droit financier par les directives européennes relatives aux services d'investissement et les obligations d'information renforcées qu'elles mettent à charge des entreprises réglementées¹⁶² sont bien entendu autant de règles de nature à faciliter la démonstration par la victime d'un dol de l'existence de l'élément matériel de ce dernier^{163, 164}.

Enfin, précisons que, dans l'appréciation des circonstances constitutives de la réticence dolosive, il doit être tenu compte, en application du droit commun, du comportement

de la partie qui s'en prétend victime, de ses compétences, ainsi que des mesures de précaution et d'informations que les normes de bon comportement lui imposent; il n'existe en effet « *pas d'obligation de parler pour confirmer à l'autre partie l'existence d'informations qu'elle possède ou qu'elle devrait posséder* »¹⁶⁵.

b. Le défaut d'information précontractuelle

28. Le lien entre le dol et la rétention d'information implique en outre qu'une action fondée sur l'existence d'un dol pourra, la plupart du temps, être couplée à une action fondée sur un manquement à l'obligation précontractuelle d'information¹⁶⁶.

S'il y avait une obligation de parler, la réticence d'information est en effet également constitutive de faute précontractuelle au sens de l'article 1382 du Code civil¹⁶⁷.

L'introduction d'une telle action présente évidemment l'avantage de ne pas devoir démontrer une intention de tromper dans le chef de l'auteur du dol¹⁶⁸. Toutefois, si, en matière de dol, la négligence éventuelle de la victime sera inopérante par application de l'adage « *fraus omnia*

^{158.} Cass., 24 mai 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 991; Cass., 31 mars 2011, *Pas.*, 2011, III, p. 966, R.G. C.09.0510.F; Cass., 17 février 2012, *Pas.*, 2012, II, p. 363, R.G. C.10.0323.F.

^{159.} La Cour de cassation a en effet précisé que « *la réticence d'une partie, lors de la conclusion d'une convention, peut, dans certaines circonstances, être constitutive de dol au sens de l'article 1116 du Code civil lorsqu'elle porte sur un fait qui, s'il avait été connu de l'autre partie, l'aurait amenée à ne pas conclure le contrat ou à ne le conclure qu'à des conditions moins onéreuses* » (voy. not. Cass., 17 février 2012, *Pas.*, 2012, I, p. 363, R.G. C.10.0323.F); à ce sujet, voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 226; Y.-H. LELEU, « La formation du contrat », *Chroniques notariales*, vol. 59, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 41; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Anvers, Intersentia, 2000, p. 60; W. VAN GERVEN, *Verbintenisrecht*, Louvain, Acco, 2006, p. 123.

^{160.} Selon l'expression de J.-P. MASSON, note sous Cass., 8 juin 1978, *R.C.J.B.*, 1979, pp. 527 et s.

^{161.} P. VAN OMMESLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge. Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 273; S. MARYSSE, « Due diligence-onderzoek, bedrog en culpa in contrahendo », *T.B.B.R.*, 2009, p. 260.

^{162.} Directive n° 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers (*J.O.C.E.*, 30 avril 2004, L. 145/1); directive n° 2006/73/CE de la Commission du 10 août 2006 portant mesures d'exécution (*J.O.C.E.*, 2 septembre 2006, L. 241/26).

^{163.} C. ALTER et L. VAN MUYLEM, « Contrats de couverture et swap de taux d'intérêts », in *Liber Amicorum François Glansdorff et Pierre Legros*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 58 et s.

^{164.} Au sujet du contenu de cette obligation: B. FERON, « Les règles de conduite applicable aux intermédiaires financiers », *D.B.F.*, 2003/II.III., pp. 85-117; P. DELLA FAILLE, *La modernisation des marchés financiers – Transposition en droit belge de la directive MiFID*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, p. 12; X. DIEUX, « Aspects de l'intermédiation financière en droit belge post-MiFID », *Synthèse de droit bancaire et financier. Liber Amicorum André Bruyneel*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 163 et s.; L. FRANKIGNOUL, « La banque, la bourse et l'assurance », *Les responsabilités en matière commerciale. Actualités et perspectives*, Limal, Anthemis, 2014, pp. 157 et s.; V. COLAERT, « Informatie aan de belegger: last of lust voor de financiële instelling? », *MiFID. Questions spéciales. Bijzondere vraagstukken*, Bruxelles, Larcier, 2010; S. DELAËY, *De contractuele verhouding inzake portefeuillebeheer: op de wip tussen MiFID en privaatrecht*, Anvers, Intersentia, 2010; J.-P. BUYLE et G. LAGUESSE, « La protection des consommateurs de produits financiers depuis la directive MiFID », *Les réformes du secteur financier*, Séminaire Vanham & Vanham, 2010; V. COLAERT, « De MiFID-geschiedenisbeoordeling: naar een beter georganiseerde kennis van cliënt én product », *D.B.F.*, 2012, p. 235; J. SAD, « Les swaps de taux d'intérêts: cinq ans de jurisprudence », *D.B.F.*, 2015/6, pp. 383 et s.; O. STEVENS, « Renteswaps: twee ruilen, één huilen? », *R.D.C.*, 2015, pp. 236 et s.; V. COLAERT et T. VAN DYCK, « MiFID en de gedragsregels. Een nieuw juridisch kader voor de beleggingsdiensten », *R.D.C.*, 2008, p. 252.

^{165.} P. VAN OMMESLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge. Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 274.

^{166.} Pour un rappel du droit commun applicable en matière d'information contractuelle, le lecteur se référera utilement à l'article du professeur Van Oevelen (VAN OEVELEN, « De contractuele en buitencontractuele rechtsbescherming van de particuliere belegger in financiële instrumenten », *Financieel Forum*, 2003, pp. 120 et s. et, concernant plus spécifiquement la délimitation de la portée de l'obligation d'information des organismes réglementés, à la doctrine citée en note en bas de page n° 148).

^{167.} Voy. F. ROZENBERG, « Dol – Intention de tromper », *Chroniques notariales*, vol. 59, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 43.

^{168.} La Cour de cassation française a précisé en ce sens « *que le manquement à une obligation précontractuelle d'information, à le supposer établi, ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, si ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et d'une erreur déterminante provoquée par celui-ci* » (Cass. com. fr., 28 juin 2005). De la même manière, notre Cour suprême a décidé que « *le dol visé à l'article 1116 du Code civil implique toutefois qu'un contractant utilise intentionnellement des artifices en vue d'inciter l'autre partie à conclure aux conditions convenues* » (Cass., 17 février 2012, *Pas.*, 2012, I, p. 363, R.G. C.10.0323.F).

corruptit »¹⁶⁹, il convient de demeurer attentif au fait qu'en cas d'action introduite sur le fondement d'une *culpa in contrahendo* dépourvue de caractère intentionnel, il pourra y avoir lieu à partage de responsabilité, si la victime a elle-même commis une faute¹⁷⁰.

29. Une autre difficulté réelle que présentait cette approche résultait des règles de droit commun du droit de la responsabilité civile: l'investisseur souhaitant mettre en cause la responsabilité précontractuelle de l'établissement réglementé avec lequel il avait conclu un contrat de produits dérivés devait prouver que, sans la violation alléguée de la règle de conduite, son dommage ne se serait pas produit tel qu'il a eu lieu.

Or, comme un auteur le souligne judicieusement, « rapporter le fait d'avoir été privé de la possibilité de décider de la suite à réserver à l'information qui aurait dû lui être adressée est une chose, démontrer que l'information aurait influencé son consentement si elle lui avait été adressée en est une autre »¹⁷¹.

Cette difficulté semble toutefois aujourd'hui amoindrie. En effet, conscient de ce problème, le législateur belge a décidé, par l'adoption de la loi du 30 juillet 2013¹⁷², « d'améliorer la position juridique de l'investisseur se trouvant dans un tel cas, en introduisant une présomption de lien causal entre la faute commise (violation d'une règle de conduite applicable au cas de figure déterminé) et l'acte d'investissement effectué, quelle que soit la nature juridique de celui-ci »¹⁷³.

Conformément à cette intention, pour toutes les opérations financières effectuées après le 9 septembre 2013¹⁷⁴, l'article 30ter de la loi du 2 août 2002 prévoit désormais que, lorsque certains intermédiaires financiers ne respectent pas l'une des règles de conduite énumérées et que l'utilisateur du produit ou du service financier subit un dommage à la suite de l'opération financière concernée, cette dernière est, sauf preuve contraire, présumée résulter du manquement. Autrement dit, « par l'effet de la présomption, on présuppose que l'acte d'investissement concerné n'aurait jamais eu lieu si la

règle de conduite concernée avait été respectée par l'entreprise concernée »¹⁷⁵.

Enfin, relevons que la portée de l'article 30ter de la loi du 2 août 2002 montre, une fois encore, le lien particulièrement fort existant en matière d'instruments financiers, en général, et de produits dérivés, en particulier, entre l'obligation d'information précontractuelle et le consentement de l'investisseur, puisque, si le texte de cet article limite son application à l'hypothèse dans laquelle le client a subi un dommage, les travaux préparatoires semblent indiquer que le législateur entendait également couvrir l'hypothèse dans laquelle l'investisseur poursuit l'annulation d'une convention pour violation d'une règle de conduite ayant vicié son consentement¹⁷⁶.

(iii) L'action en nullité pour erreur obstacle

30. Dans le cas d'une erreur obstacle, l'erreur est à ce point importante que la volonté des parties n'a simplement pas pu se rencontrer. Elle n'est donc pas, à proprement parler, constitutive d'un vice de consentement.

Ainsi, en cas d'erreur obstacle, on estimait autrefois que le contrat était inexistant à défaut précisément pour les consentements de s'être rencontrés. La jurisprudence et la doctrine ont cependant évolué. Aujourd'hui, elles y voient davantage une cause de nullité relative¹⁷⁷ et considèrent que l'*errans* devra également démontrer, lorsqu'il invoque une telle erreur, l'excusabilité de son erreur. L'approche actuelle tend dès lors à rapprocher fortement l'erreur obstacle de l'erreur sur la substance.

Traditionnellement, on distingue trois types d'erreurs obstacles: l'erreur sur la nature du contrat lui-même (erreur *in negotio*), l'erreur sur l'objet même du contrat (erreur *in corpore*) et l'erreur sur la cause essentielle du contrat¹⁷⁸.

Plusieurs de ces hypothèses nous semblent pouvoir être invoquées dans le cadre des produits dérivés.

¹⁶⁹. Sur le fondement de ce principe général du droit, la Cour de cassation refuse en effet à l'auteur d'une infraction intentionnelle ou d'un dol, la possibilité d'invoquer la faute (même grave) de la victime pour échapper à la réparation intégrale du dommage causé à celle-ci (Cass., 6 novembre 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 2103, R.G. P.01.1108.F; Cass., 18 mars 2010, *Pas.*, 2010, liv. 3, p. 875, R.G. C.08.0502.N). A cet égard, voy. égal.: A. LENAERTS, *Fraus omnia corruptit in het privaatrecht*, Bruges, die Keure, 2013, p. 106, n° 117.

¹⁷⁰. Voy. F. ROZENBERG, « Dol – Intention de tromper », *Chroniques notariales*, vol. 59, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 44.

¹⁷¹. L. FRANKIGNOUL « La banque, la bourse et l'assurance », *Les responsabilités en matière commerciale. Actualités et perspectives*, Limal, Anthemis, 2014, p. 205; M. DUPONT, « Quelques observations sur la formation d'un contrat de placement », *R.G.D.C.*, 2011, p. 55.

¹⁷². Loi du 30 juillet 2013 visant à renforcer la protection des utilisateurs de produits et services financiers ainsi que les compétences de l'Autorité des services et marchés financiers, et portant des dispositions diverses (*M.B.*, 30 août 2013, p. 60.090).

¹⁷³. *Doc. parl.*, 2012-2013, n° 53-2872/001, p. 58.

¹⁷⁴. Paragraphe 5 de l'art. 30ter de la loi du 2 août 2002.

¹⁷⁵. *Doc. parl.*, 2012-2013, n° 53-2872/001, p. 58.

¹⁷⁶. Nous renvoyons à ce sujet et sur la portée de l'art. 30ter de la loi du 2 août 2002 à l'étude que monsieur Laurent FRANKIGNOUL a publié sur cette question: L. FRANKIGNOUL, « La banque, la bourse et l'assurance », *Les responsabilités en matière commerciale. Actualités et perspectives*, Limal, Anthemis, 2014, pp. 205 et s.

¹⁷⁷. P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. 4, liv. I, Bruxelles, Bruylant, 2010, n° 240.

¹⁷⁸. P. VAN OMMESLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge. Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 252 et s.; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Louvain, Acco, 2006, p. 119.

31. Tout d'abord, au vu de la complexité des produits dérivés, il n'est pas totalement impensable qu'une partie ait conclu, par erreur, tel type de dérivés plutôt qu'un autre. Ce faisant, cette partie se tromperait sur la nature même du contrat.

Ensuite, nous avons relevé ci-avant que l'objet contractuel des dérivés est « l'opération que les parties entendent réaliser, (...) l'intérêt que la convention a pour but de régler »¹⁷⁹, soit spéculer ou se couvrir. Il n'en demeure pas moins que, au vu de la variété de dérivés, les parties ont pu souhaiter faire entrer dans le champ contractuel un autre élément « dont le vice éventuel rejailli[ra]it sur le contrat lui-même »¹⁸⁰. Il en irait ainsi en cas d'erreur sur l'unité monétaire faisant l'objet du contrat¹⁸¹: les parties s'étaient mises d'accord sur un prix de 5.000 et l'une des parties avait compris 5.000 EUR et l'autre 5.000 USD.

32. Il est en outre possible d'envisager l'existence d'une erreur sur la cause. Nous reprendrons à cet égard le cas développé *supra* selon lequel, une partie pensait conclure un dérivé de couverture et non un dérivé spéculatif.

Dans un tel cas, il nous paraît possible de soutenir que le mobile ayant déterminé la partie à contracter était de couvrir une position préexistante et non de spéculer sur le marché, établissant l'existence d'une erreur sur la cause du contrat de produits dérivés. La découverte de la véritable nature du dérivé en suite de sa formation ne pose pas de problème¹⁸² puisqu'il est admis que des événements postérieurs à la conclusion d'un contrat peuvent retentir sur l'existence même de la cause lors de sa conclusion¹⁸³.

La partie invoquant l'existence d'une erreur sur les mobiles ayant déterminé son consentement devra démontrer que

celle-ci était excusable¹⁸⁴, comme le confirme la Cour de cassation dans un récent arrêt du 14 janvier 2013: « La convention dont le motif déterminant est fondé sur une représentation involontairement erronée de la réalité, n'est pas une convention dénuée de cause ou fondée sur une cause erronée, mais une convention dont le consentement est entaché d'erreur. L'erreur n'est une cause de nullité que si elle est excusable. »^{185, 186}.

Soulignons cependant que cette décision, qui paraît refuser d'assimiler l'erreur sur la cause et l'erreur sur les mobiles déterminants¹⁸⁷ est reçue de manière mitigée par la doctrine. Ainsi, selon le professeur Foriers, cette décision a de quoi rendre perplexe dès lors que « l'erreur sur le motif déterminant d'une donation touche incontestablement à la cause de la convention »¹⁸⁸. Monsieur André-Dumont, quant à lui, défend que cette solution présente une certaine logique puisque la cause s'entend du mobile déterminant et que la jurisprudence entend de manière large la notion de substance^{189, 190}.

33. Enfin, dans la continuité de la notion de cause, on peut également s'interroger sur le sort d'un dérivé conclu en vue de couvrir une position, laquelle, pour une raison ou pour une autre, disparaîtrait postérieurement à la conclusion du dérivé.

Bien que la Cour de cassation¹⁹¹ considère que la disparition ultérieure de la cause demeure, en règle, sans effet sur la validité de l'acte, le libellé de ces décisions autorise les exceptions¹⁹². Il en va notamment ainsi lorsqu'une convention trouve sa raison d'être dans l'existence d'une autre convention dissoute de manière rétroactive: la convention serait

179. A. GAUDEMET, *Les dérivés*, Paris, Economica, 2010, p. 64, n° 130 et les références citées.

180. P. VAN OMMESLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 304.

181. Si une telle erreur n'est pas une simple erreur matérielle.

182. Notons toutefois que les parties peuvent avoir valablement prévu, *ab initio*, la possibilité que le dérivé devienne indépendant de toute relation sous-jacente. Dans un tel cas, le dérivé pourra avoir été conclu dans un but de couverture mais se muer en produit spéculatif, sans pour autant que cette circonstance n'ouvre la voie à une action en nullité. Sur cette problématique, voy. not.: O. STEVENS, « Interest rate swaps: autonoom en aleatoir », *R.D.C.*, 2016, p. 273 et J. SAD, « Les swaps de taux d'intérêts: cinq ans de jurisprudence », *D.B.F.*, 2015/6, p. 386.

183. P.-A. FORIERS, « La cause en droits français et belge », in *Le droit des obligations dans les jurisprudences française et belge*, Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 32.

184. M. PUELINCKX-COENE, R. BARBAIX et N. GEELHAND, « Overzicht van rechtspraak. Giften (1999-2011) », *T.P.R.*, 2013, p. 323, n° 177; W. VAN GERVEN, *Verbindenissenrecht*, Louvain, Acco, 2006, p. 120; P.-A. FORIERS, « La cause en droits français et belge », in *Le droit des obligations dans les jurisprudences française et belge*, Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 18; P. MOREAU, « Le droit des libéralités », in *Chroniques notariales*, vol. 61, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 64.

185. Cass., 14 janvier 2013, *Pas.*, 2013, I, p. 70, n° 23, R.G. C.10.0661.N.

186. Pour une application de ce principe en matière de swap de taux d'intérêt, voy.: Bruxelles, 30 septembre 2013, *R.D.C.*, 2015, pp. 213 et s.

187. P. MOREAU, « Le droit des libéralités », in *Chroniques notariales*, vol. 61, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 65.

188. P.-A. FORIERS et M.-A. GARNY, « La caducité de l'obligation par disparition d'un élément essentiel à sa formation », in *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000-2013)*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 253 et 254 et la note de bas de page 66.

189. A.-P. ANDRÉ-DUMONT, « Les tribulations de la cause des donations », *R.P.P.*, 2015/1, p. 69; dans le même sens, voy. M. COIPEL, « L'erreur de droit inexcusable » (note sous Cass., 10 avril 1975, *R.C.J.B.*, 1978, p. 209, n° 7).

190. Par un arrêt du 6 mars 2014, la Cour de cassation semble réintégrer le mobile déterminant dans le giron de la théorie de la cause, en admettant la caducité d'une clause de tontine par la suite de la disparition de sa cause, entendue comme mobile déterminant. Sur cet arrêt, voy.: C. BIQUET-MATHIEU, « Cause – Mobile déterminant – Caducité tontine », *Chroniques notariales*, vol. 59, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 52-54; Y.-H. LELEU, « Tontine et accroissement », in *Chroniques notariales*, vol. 60, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 381-384.

191. Voy. à cet égard: Cass., 6 mars 2014, *Pas.*, 2014, I, n° 181, R.G. C.13.0362.N; Cass., 12 décembre 2008, *Pas.*, 2008, I, n° 723, R.G. C.06.0332.N; Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, I, n° 56, R.G. C.98.0335.F.

192. P.-A. FORIERS et M.-A. GARNY, « La caducité de l'obligation par disparition d'un élément essentiel à sa formation », in *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000-2013)*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 252.

alors privée de cause dès l'origine¹⁹³. Il s'agit d'une hypothèse d'absence de cause¹⁹⁴.

A titre d'exemple, prenons l'hypothèse de la conclusion d'un emprunt couvert par un dérivé: la nullité de l'emprunt couvert s'opérera en principe de manière rétroactive. Or, cette rétroactivité implique que le dérivé de couverture n'a en réalité, *ab initio*, aucune cause puisque, sans emprunt, il n'y a, *in fine*, plus rien à couvrir. Le dérivé de couverture se

transforme, *de facto*, en dérivé spéculatif. Dans le cas où la volonté des parties eût été, exclusivement, de couvrir le sous-jacent, il nous semble que l'annulation du dérivé devrait pouvoir être obtenue pour absence de cause¹⁹⁵. A toutes fins utiles, rappelons que la commission d'une faute par les parties sera de nature à influencer sur les restitutions réciproques, outre les dommages et intérêts complémentaires éventuels.

EN GUISE DE CONCLUSION

34. L'information précontractuelle joue un rôle prépondérant dans le cadre de l'exécution harmonieuse d'un contrat. En matière de dérivés spécialement, la complexité des conventions commande aux parties de s'assurer de la bonne compréhension des risques que chacun encourt. La cour d'appel de Bruxelles a eu l'occasion de le rappeler récemment concernant un swap de taux d'intérêt¹⁹⁶.

Ainsi, à défaut pour une partie de s'être renseignée ou d'avoir valablement informé l'autre sur les particularités du dérivé, celles-ci risquent de se trouver à inégalité devant l'incertitude au jour de la conclusion du contrat.

A cet égard, cet article a tenté de mettre en exergue la parenté existant entre le devoir d'information précontractuelle, d'une part, et une demande d'annulation d'un contrat de produits dérivés, d'autre part, que ce soit sur la base d'un défaut dans son caractère aléatoire, d'une lésion (qualifiée), d'un dol ou d'une erreur.

En définitive, il conviendra d'être attentif, dans chaque cas d'espèce, à la bonne compréhension par les parties du risque inhérent au dérivé conclu.

¹⁹³ I. SAMOY, « Nietigheid van een samenhangende overeenkomst: is er ruimte voor een sneeuwbaaleffect? », *T.P.R.*, 2008, pp. 573-574; S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht*, I, Bruges, die Keure, 2005, pp. 104-105.

¹⁹⁴ P.-A. FORIERS, « La cause en droits français et belge », in *Le droit des obligations dans les jurisprudences française et belge*, Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 32.

¹⁹⁵ P.-A. FORIERS et M.-A. GARNY, « La caducité de l'obligation par disparition d'un élément essentiel à sa formation », in *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000-2013)*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 254.

¹⁹⁶ Bruxelles, 15 janvier 2016, *inédit*, R.G. 2013/AR/296; voy. égal. Bruxelles, 30 septembre 2013, *R.D.C.*, 2015, p. 213, note A. HAMANN.