

Université Paris II- Panthéon-Assas

école doctorale de droit privé

Thèse de doctorat en droit privé
soutenue le 30 novembre 2021

Essai d'une théorie des intérêts moratoires



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

Nadine Najem

Sous la direction de **Monsieur Hervé Lecuyer**, professeur à
l'Université Panthéon-Assas, Paris 2.

Membres du jury :

Monsieur Jacque Mestre, professeur émérite à l'Université d'Aix-Marseille.

Monsieur Laurent Leveneur, professeur à l'Université Panthéon-Assas.

Monsieur Rémy Cabrillac, professeur à L'Université de Montpellier.

Monsieur Charles-Edouard Bucher, professeur à l'Université de Nantes.

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Je tiens d'abord à exprimer ma profonde reconnaissance à Monsieur le Professeur Hervé Lécuyer de m'avoir fait confiance pour mener cette thèse à son terme et de m'avoir accompagnée et guidée pendant ces longues années avec sa positivité sans faille, ses conseils précieux et ses encouragements.

J'adresse tous mes remerciements aussi à Monsieur le professeur Rémy Cabrillac et à Monsieur le professeur Charles-Edouard Bucher d'avoir accepté d'être rapporteurs de cette thèse. Je tiens ensuite à remercier Monsieur le professeur Jacques Mestre et Monsieur le professeur Laurent Leveneur de l'honneur qu'ils m'ont fait en acceptant de faire partie du jury de soutenance et d'avoir pris le temps de lire et de juger ce travail.

Je remercie enfin mes parents, ma belle-mère Rosette et mes filles Léa et Sky pour leur soutien et pour le temps volé qu'ils ont tout fait pour me procurer.

*A mon autre,
A mes princesses Léa, Sky et Kate*

Résumé (1700 caractères) :

Dans un raisonnement traditionnel en termes de responsabilité civile, les intérêts moratoires supposent un fait générateur imputable au débiteur et qui consiste en un retard dans le paiement d'une créance monétaire exigible dans le sens où elle est échue et liquide. L'imputabilité du retard au débiteur n'est souvent pas acquise et ce dernier doit être mis dans un état de demeure qui s'articule avec une possible demeure du créancier. A ce fait générateur s'ajoute un préjudice qui, vu la nature monétaire de l'obligation que le débiteur tarde à exécuter, présente plusieurs spécificités dans son identification, sa preuve, son évaluation et sa réparation.

Or, la pratique montre que ce raisonnement en termes de responsabilité trouve sa limite devant certaines catégories d'intérêts moratoires qui semblent, dans leurs fonctions et leurs fondements, y résister. Les interrogations que suscitent aujourd'hui ces intérêts concernant la(les) nature(s) du préjudice auquel ils sont liés mais aussi concernant la(les) fonction(s) qui leur sont attribuée(s) perturbent l'idée fortement ancrée dans les esprits d'une union inébranlable entre le retard, les obligations monétaires et la responsabilité civile. Elles invitent à une réflexion nouvelle, différente, sur la réalité de la relation entre le préjudice moratoire et le temps juridique qui, alors qu'il impose son rythme, subit le temps judiciaire avec lequel il ne se confond pas. Cette étude ambitionne d'établir une théorie générale des intérêts moratoires qui permettrait une meilleure compréhension de ce phénomène dans la richesse et dans la diversité qu'il déploie.

Descripteurs :

Intérêts moratoires, exigibilité de la créance, demeure du débiteur, préjudice moratoire, anatocisme, demeure du créancier, intérêts comminatoires, créance de restitution, intérêts judiciaires, coût de la durée.

Title and Abstract (1700 characters):

Essay of a theory on late payment interest.

In a traditional reasoning in terms of civil liability, interest for delay suppose the existence of an operative event attributable to the debtor consisting of a delay in the payment of a debt that is payable, in the sense that it has become due and liquid. The liability of the delay to the debtor is often not automatically established and he must be put in a state of delay which must be assessed in the light of a possible state of delay of the creditor. Besides this operative event, a damage should be established and, given the monetary nature of the obligation that the debtor lacks to pay, it presents several specificities in its identification, proof, evaluation and repair.

However, practice shows that the reasoning in terms of responsibility finds its limit for certain categories of interest for delay which, in their functions and foundations, seem to resist it. The questions raised today by these categories of interest regarding the nature(s) of the damage they are related to, but also the function(s) attributed to them, disrupt the idea strongly anchored in the spirits of an unshakeable union between monetary obligations, delay and civil liability. Those questions invite the jurist to a new and different reflection on the reality of the relationship between damage for delay and legal time which, while it imposes its rhythm, undergoes the judicial time with which it does not necessarily merge. This study aims to establish a general theory of interest for late payment which would allow a better understanding of this rich and diverse

phenomenon that would necessarily take into account the multitude of facets that it can show.

Keywords:

Interest for late payment, exigibility of the debt, debtor's delay, damage for delay, anatocism, creditor's delay, comminatory interest, restitution debt, judiciary interest, cost of time.

Principales abréviations

<i>adde</i>	<i>ajouter</i>
<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique de droit administratif</i>
<i>AJDI</i>	<i>Actualité juridique de droit immobilier</i>
<i>al.</i>	<i>alinéa</i>
<i>Al Adl</i>	<i>revue Al Adl du barreau libanais</i>
<i>art.</i>	<i>article</i>
<i>Ass. plén.</i>	<i>Arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation</i>
<i>BICC</i>	<i>Bulletin d'information de la Cour de cassation</i>
<i>Bull.</i>	<i>Bulletin</i>
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)</i>
<i>Bull. crim.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation</i>
<i>Bull. Joly</i>	<i>Bulletin Joly</i>
<i>C./</i>	<i>contre</i>
<i>CA</i>	<i>Cour d'appel</i>
<i>CAA</i>	<i>Cour administrative d'appel</i>
<i>Cass.</i>	<i>Cour de cassation</i>
<i>C. assur.</i>	<i>Code des assurances</i>
<i>C. civ.</i>	<i>Code civil</i>
<i>C. com.</i>	<i>Code de commerce</i>
<i>C. com.lib.</i>	<i>Code de commerce libanais</i>
<i>C. consom.</i>	<i>Code de la consommation</i>
<i>C. constr. hab.</i>	<i>Code de la construction et de l'habitation</i>
<i>CE</i>	<i>Conseil d'État</i>
<i>CEDH</i>	<i>Cour Européenne des droits de l'Homme</i>
<i>CEPC</i>	<i>Commission d'examen des pratiques commerciales</i>
<i>cf.</i>	<i>consulter</i>
<i>CGI</i>	<i>Code général des impôts</i>
<i>ch.</i>	<i>chambre</i>
<i>ch. mixte</i>	<i>chambre mixte de la Cour de cassation</i>
<i>chron.</i>	<i>chronique</i>
<i>Civ.</i>	<i>chambre civile de la Cour de cassation</i>
<i>C. mon. fin.</i>	<i>Code monétaire et financier</i>
<i>COC</i>	<i>Code des obligations et des contrats libanais</i>
<i>coll.</i>	<i>collection</i>
<i>Com.</i>	<i>chambre commerciale de la Cour de cassation</i>
<i>comm.</i>	<i>Commentaire</i>
<i>comp.</i>	<i>comparer avec</i>
<i>Concl.</i>	<i>conclusions</i>
<i>contra</i>	<i>en sens contraire</i>
<i>Conv.EDH</i>	<i>Convention européenne des droits de l'Homme</i>
<i>C. pénal</i>	<i>Code pénal</i>
<i>C. transp.</i>	<i>Code des transports</i>
<i>Cons. Const.</i>	<i>Conseil constitutionnel</i>

<i>CPC</i>	<i>Code de procédure civile</i>
<i>CPCE</i>	<i>Code de procédure civile d'exécution</i>
<i>CPCL</i>	<i>Code de procédure civile libanais</i>
<i>Crim.</i>	<i>chambre criminelle de la Cour de cassation</i>
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>Dactyl.</i>	<i>Dactylographié (e)</i>
<i>D. aff.</i>	<i>Dalloz Affaires</i>
<i>Defrénois</i>	<i>Répertoire du notariat Defrénois</i>
<i>Dir.</i>	<i>sous la direction de</i>
<i>Doctr.</i>	<i>Doctrine</i>
<i>DP</i>	<i>Dalloz périodique</i>
<i>Dr. et patr.</i>	<i>Droit et patrimoine</i>
<i>éd.</i>	<i>édition</i>
<i>eod.</i>	<i>eodem (du même)</i>
<i>eod. loc.</i>	<i>eodem loco (au même endroit)</i>
<i>eod. op.</i>	<i>eodem opere (au même ouvrage)</i>
<i>Fasc.</i>	<i>fascicule</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>Gén.</i>	<i>générale</i>
<i>ibid.</i>	<i>ibidem, au même endroit dans la référence précédente</i>
<i>Idrel</i>	<i>Revue électronique Idrel (libanaise)</i>
<i>Infra</i>	<i>ci-dessous</i>
<i>IR</i>	<i>information rapide</i>
<i>JCl.</i>	<i>Jurisclasseur</i>
<i>JCP E</i>	<i>La semaine juridique, édition entreprise et affaires</i>
<i>JCP G</i>	<i>La semaine juridique, édition générale</i>
<i>JCP N</i>	<i>La semaine juridique, édition notariale</i>
<i>JORF</i>	<i>Journal officiel de la République française</i>
<i>Jurisp.</i>	<i>Jurisprudence</i>
<i>LGDJ</i>	<i>Librairie générale de droit et de jurisprudence</i>
<i>Lib.</i>	<i>Libanaise</i>
<i>Loc. cit.</i>	<i>Loco citato (à l'endroit cité)</i>
<i>LPA</i>	<i>Les petites affiches</i>
<i>LPF</i>	<i>Livre des procédures fiscales</i>
<i>N°</i>	<i>Numéro</i>
<i>Obs.</i>	<i>Observations</i>
<i>Op. cit.</i>	<i>ouvrage cité</i>
<i>Ord.</i>	<i>Ordonnance</i>
<i>P.</i>	<i>page</i>
<i>Préc.</i>	<i>précité</i>
<i>PUAM</i>	<i>Presses universitaires d'Aix-Marseille</i>
<i>PUF</i>	<i>Presses universitaires de France</i>
<i>Rapp.</i>	<i>rapport</i>
<i>RCA</i>	<i>Responsabilité civile et assurance</i>
<i>RDAl</i>	<i>Revue de droit des affaires internationales</i>
<i>RDC</i>	<i>Revue des contrats</i>
<i>Rec.</i>	<i>Recueil</i>
<i>Rép.</i>	<i>Répertoire</i>

<i>Rép. civ.</i>	<i>Répertoire de droit civil Dalloz</i>
<i>Rép. com.</i>	<i>Répertoire de droit commercial Dalloz</i>
<i>Rép. proc. civ.</i>	<i>Répertoire de procédure civile Dalloz</i>
<i>Rép. min</i>	<i>Réponse ministérielle</i>
<i>Req.</i>	<i>Chambre des Requêtes de la Cour de cassation</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RGAT</i>	<i>Revue générale des assurances terrestres (jusqu'en 1995)</i>
<i>RGDA</i>	<i>Revue générale de droit des assurances</i>
<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>RJ com.</i>	<i>Revue de jurisprudence commerciale</i>
<i>RJF</i>	<i>Revue de la jurisprudence et des conclusions fiscales</i>
<i>RLDA</i>	<i>Revue Lamy de droit des affaires</i>
<i>RLDC</i>	<i>Revue Lamy de droit civil</i>
<i>RTDCiv.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTDCom.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
<i>S.</i>	<i>Sirey</i>
<i>s.</i>	<i>suivants</i>
<i>Spéc.</i>	<i>spécialement</i>
<i>Supra</i>	<i>ci-dessus</i>
<i>T.</i>	<i>tome</i>
<i>TGI</i>	<i>tribunal de grande instance</i>
<i>Trav. Ass. H. Capitant</i>	<i>Travaux de l'association Henri Capitant</i>
<i>V.</i>	<i>voir</i>
<i>Vol.</i>	<i>volume</i>

Les arrêts de la Cour de cassation française cités avec uniquement le numéro du pourvoi peuvent être consultés sur le site internet Légifrance ([www. Legifrance.fr.](http://www.Legifrance.fr))

Sommaire

Essai d'une théorie des intérêts moratoires/ novembre 2021	1
Introduction	25
Première partie : Les intérêts moratoires dans le cadre de la responsabilité civile.	67
Titre 1- Le fait générateur : un retard dans l'exécution d'une obligation monétaire.	71
Chapitre 1- D'une créance exigible à un retard matériel.	73
Section 1 - Exigibilité et échéance de la créance.	74
§ 1- Des incertitudes quant à la détermination de l'échéance.	76
A- Les obligations associées d'un terme suspensif déterminé.	76
a- Une échéance avancée dans le temps.	77
1- La déchéance du terme.	77
2- La renonciation unilatérale au terme prévu.	83
b- Une échéance reportée.	85
1- Report conventionnel ou imposé du terme.	85
2- Un déplacement de l'échéance dans le temps.	87
B- Les obligations dont le terme suspensif est indéterminé.	90
a- Les obligations dont le terme n'a pas été déterminé <i>ab initio</i> .	90
b- Les obligations associées d'un terme dont la réalisation dépend du débiteur.	92
§ 2- Des incertitudes quant aux effets du terme échu.	93
A- Des incertitudes liées à l'octroi d'un délai de grâce.	94
a- Le délai de grâce autorisé par le législateur et octroyé par le juge.	94
1- Les textes législatifs.	94
2- Le domaine du délai de grâce.	98
2.1- Des interdictions objectives tenant à la nature de la dette.	98
2.2- Des interdictions subjectives tenant à la personne obligée.	100
3- Le régime du délai de grâce.	100
4- Les effets du délai de grâce.	102
b- Le délai de grâce imposé par le législateur ou le moratoire.	105
1- La notion de moratoire.	105
2- Les caractères du moratoire.	108
3- Les effets du moratoire.	109
B- Des incertitudes dues à l'ouverture d'une procédure collective ou d'une procédure de traitement du surendettement.	112
a- Le principe de l'arrêt des poursuites individuelles.	112
b- Les deux corollaires du principe : l'interdiction de paiement et l'arrêt du cours des intérêts.	115
1- L'interdiction légale de paiement des créances.	116

1-1- L'interdiction de paiement en matière de procédures collectives. ____	116
1.2- L'interdiction de paiement en matière de traitement du surendettement des particuliers. _____	120
2- L'arrêt du cours des intérêts. _____	122
2.1- L'arrêt du cours des intérêts en matière de procédures collectives. ____	122
2.2- L'arrêt du cours des intérêts en matière de traitement du surendettement des particuliers. _____	125
Section 2- Exigibilité et liquidité de la créance. _____	127
§1- Les créances monétaires objectivement liquides, ou les créances de l'article 1231-6 du Code civil. _____	129
A- Des créances monétaires évaluables sans intervention judiciaire. _____	130
a-Les applications jurisprudentielles du texte. _____	130
b-Des créances fixées <i>ab initio</i> dans leur existence et leur quotité. _____	133
B- Une qualification critiquable de l'obligation de l'assureur de responsabilité. ____	137
§2- Les créances liquidées par une décision judiciaire ou les créances de l'article 1231-7 du Code civil. _____	143
A- Le fondement de la solution prévue par l'article 1231-7 du Code civil. _____	144
a-Le fondement de départ : la nature constitutive du jugement. _____	145
b-Emergence d'une analyse pragmatique basée sur l'évaluation de la créance par le juge. _____	148
B- La nature des créances visées à l'article 1231-7 du Code civil. _____	153
a-Des créances « indemnitaires ». _____	154
1- Des créances au caractère indemnitaire bien net. _____	154
2- Des créances assimilées aux créances indemnitaires. _____	158
b-Des créances indemnitaires exclues. _____	159
Chapitre 2- L'imputabilité du retard matériel. _____	171
Section 1- Un débiteur en demeure. _____	171
§1- Le principe : le débiteur n'est pas en demeure du seul fait du non-paiement d'une créance exigible. _____	180
A- Les justifications d'une nécessaire mise en demeure du débiteur. _____	181
a-La mise en demeure, une ultime chance à l'exécution volontaire. _____	183
b-La mise en demeure, un moyen de dissiper les incertitudes sur l'imputabilité de l'inexécution. _____	186
c-La mise en demeure, un frein à l'automaticité des dommages-intérêts. _____	192
d-La mise en demeure et l'obligation pour le créancier de minimiser son préjudice. _____	192
A- L'acte opérant mise en demeure. _____	197
a-Un acte juridique unilatéral et formel. _____	198
1- Le formalisme légal. _____	198

2- Une atténuation du formalisme légal. _____	203
b-Les acteurs de l'acte opérant mise en demeure. _____	205
1- L'auteur. _____	205
2- Le destinataire. _____	207
c-La cause de l'acte opérant mise en demeure. _____	210
d-Un acte réceptice. _____	213
e-Un acte comminatoire. _____	219
§2- L'exception : le débiteur est constitué en demeure du seul fait de l'exigibilité de l'obligation. _____	225
A- Une demeure acquise. _____	225
a-Des dispenses légales ou jurisprudentielles de mise en demeure. _____	226
1- Des dispenses liées à la nature de l'obligation. _____	227
2- Des dispenses liées à la qualité des parties. _____	230
b-Une possible dispense conventionnelle de mise en demeure. _____	232
1- Une convention expresse ou tacite. _____	233
2- Des limites à la possibilité de dispense conventionnelle. _____	236
B- Une demeure inconcevable. _____	237
a-Une exécution devenue impossible. _____	239
b-Une exécution qui ne présente plus d'intérêt pour le créancier. _____	243
Section 2- Demeure du débiteur et demeure du créancier. _____	245
§1 - La mise en demeure du créancier. _____	253
A- Les conditions de la demeure du créancier. _____	253
a-Le fait du créancier : un refus ou un empêchement du paiement. _____	255
1- Un refus de recevoir le paiement valablement offert. _____	256
2- L'empêchement d'une offre de paiement. _____	267
3- La preuve du fait du créancier. _____	271
b-Une absence de « motif légitime ». _____	272
1- L'abandon de la faute. _____	272
2- La nature du « motif légitime ». _____	279
B- Les modalités de la mise en demeure du créancier. _____	288
§2- Les effets de la demeure du créancier. _____	290
A- Des effets différés. _____	291
B- Des effets instantanés. _____	297
Section 3- Le recul de la demeure du débiteur pour les intérêts composés. _____	304
§1- L'anatocisme comme mécanisme d'indemnisation. _____	308
§2- Les conditions de la mise en œuvre du mécanisme. _____	314
A- Les intérêts capitalisables. _____	317
a- Des intérêts nécessairement échus. _____	317
b- Des intérêts dus pour une année entière. _____	323

B- Une nécessaire manifestation de volonté. _____	327
a- Une manifestation commune de volonté. _____	329
b- Une manifestation de volonté unilatérale. _____	332
Conclusion du titre 1. _____	337
Titre 2- Le préjudice moratoire. _____	339
Chapitre 1- L'identification du préjudice moratoire. _____	347
Section 1- La notion de préjudice moratoire. _____	347
§ 1- Un préjudice distinct qui vient s'ajouter à la perte de la prestation due. _____	347
§ 2- L'étendue du préjudice moratoire réparable. _____	354
A- La perte subie et le manque à gagner. _____	354
B- Un préjudice prévu ou prévisible. _____	358
C- Une suite immédiate et directe du retard : le rapport de causalité. _____	366
Section 2- La preuve du préjudice moratoire. _____	369
§ 1- Le principe : un préjudice moratoire présumé pour les obligations monétaires. _____	371
§ 2- L'exception : un préjudice moratoire supplémentaire à prouver. _____	377
A- La notion de « préjudice indépendant du retard ». _____	378
B- Les conditions de la réparation du préjudice moratoire supplémentaire. _____	384
Chapitre 2- L'évaluation du préjudice moratoire. _____	395
Section 1- Le principe d'une évaluation forfaitaire du préjudice moratoire. _____	396
§1- Une évaluation forfaitaire par référence au taux légal de l'intérêt. _____	399
A- La détermination du taux légal. _____	400
B- La majoration du taux légal. _____	404
§2- Les justifications de la règle. _____	409
A- L'insaisissabilité du préjudice moratoire par le juge. _____	409
B- L'imprévisibilité du dommage pour le débiteur. _____	412
§3- Les critiques de la règle. _____	413
A- Les fondements de la règle seraient douteux. _____	414
a- Une prétendue insaisissabilité. _____	414
b- Une prétendue imprévisibilité. _____	420
B- La règle serait source d'inégalités. _____	421
Section 2- Un abandon partiel du principe du forfait. _____	426
§ 1- La clause d'évaluation conventionnelle du préjudice moratoire. _____	427
§ 2- L'évaluation conventionnelle du préjudice moratoire et la législation sur l'usure. _____	433
§ 3- Une évaluation conventionnelle encadrée. _____	437
Chapitre 3- La réparation du préjudice moratoire. _____	445
Section 1- Une indemnité parfois diminuée par rapport à la valeur du préjudice moratoire. _____	445
§1- Une indemnité réduite en présence d'une faute légère. _____	445
§2 - Une obligation pour la victime de minimiser son préjudice ? _____	447

Section 2- Les intérêts moratoires, un simple accessoire de la dette principale?	460
Conclusion du titre 2.	467
Conclusion de la première partie	469
<i>Deuxième partie – Les intérêts moratoires au-delà de la responsabilité civile : vers un éclatement de la notion ?</i>	<i>471</i>
Titre 1- L'infléchissement de la fonction indemnitaire des intérêts moratoires : des intérêts moratoires de réparation aux intérêts moratoires de coercition.	473
Chapitre 1- La contrainte exercée sur le débiteur d'une obligation monétaire.	475
Section 1- Une possible majoration de l'intérêt légal.	475
§1- Une volonté d'inciter le débiteur à une transaction rapide.	475
§2- Une volonté d'imposer un paiement rapide des sommes convenues ou des sommes à restituer.	488
Section 2- Des intérêts de retard à un taux supérieur au taux légal.	490
§1- Des « pénalités de retard » en droit commercial.	491
§2- Les « intérêts de retard » de l'article 1727 du Code général des impôts.	502
Chapitre 2- La contrainte exercée sur le débiteur condamné.	519
Section 1- Des intérêts moratoires à l'appui du droit à l'exécution de la décision.	520
§1- La consécration d'un droit à l'exécution.	521
§ 2- Les intérêts moratoires, un outil principal de contrainte indirecte.	526
A- Des intérêts moratoires automatiques.	528
B- Des intérêts moratoires croissants.	531
Section 2- Les intérêts moratoires et la force exécutoire de la décision.	535
§1- La notion de décision exécutoire.	536
§2 - La suspension de la force exécutoire de la décision.	543
A- L'octroi d'un délai de grâce.	543
B- L'arrêt de l'exécution provisoire par décision du juge.	547
Section 3- Des intérêts moratoires comminatoires ?	553
§1- Une fonction comminatoire bien nette.	554
§2- Une nature toujours indemnitaire.	556
Chapitre 3 – Opportunité d'un épurement de la fonction des intérêts moratoires.	563
Section 1- Une fonction comminatoire prééminente.	563
Section 2- Une fonction qui appelle un mécanisme juridique différent.	566
Conclusion du titre 1.	575
Titre 2- Un fondement autre que le retard dans le paiement d'une obligation monétaire: des intérêts moratoires qui compensent un retard objectif. ..	577

Chapitre 1- Du retard objectif subi par le créancier qui attend la liquidation de sa créance monétaire. _____	581
Section 1- Les intérêts antérieurs à la décision et les règles de la responsabilité civile. ___	584
§1- Une extension exceptionnelle de la période productive d'intérêts. _____	584
A- L'exception de l'article 1231-7 du Code civil et son fondement historique. ____	585
B- Les intérêts antérieurs à la décision, des intérêts compensatoires ? _____	586
C- L'intervention législative de 1985 et la reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire au juge. _____	592
D- Le retour à une qualification plus orthodoxe. _____	598
§2- Une rupture certaine avec les règles de la responsabilité civile. _____	600
A- Une rupture marquée par le décrochage entre les intérêts moratoires judiciaires et la créance. _____	601
B- Une rupture confirmée dans la solution de principe prévue par l'article 1231-7 en cas d'appel. _____	604
Section 2- Les intérêts antérieurs à la décision judiciaire et la notion de retard. _____	611
§1- Une conception élargie du retard. _____	612
A- Un retard objectif qui vient s'ajouter au retard subjectif imputable au débiteur. _	613
B- Un retard dans la liquidation de la créance, non dans son paiement. _____	622
§2- Un nécessaire changement de perspective. _____	629
A- Une solution inéquitable et anachronique. _____	629
a- Une différence inéquitable de traitement entre les créances monétaires <i>ab initio</i> et les créances liquidées par le juge. _____	630
b- Une solution anachronique au regard des solutions prévues pour les frais et dépens inhérents au procès. _____	631
B- La nécessité d'un dépassement du prisme de la responsabilité civile. _____	634
Chapitre 2- Du retard objectif subi par le créancier de la restitution. _____	643
Section 1- La restitution, une volonté de remonter le temps. _____	645
§ 1- Un effacement rétroactif du paiement effectué. _____	646
A- Les restitutions consécutives au paiement indu dès l'origine. _____	647
B- Les restitutions consécutives à l'anéantissement d'un contrat. _____	649
a- Une restitution obligatoire et intégrale dans le cadre de la nullité. _____	650
b- Une restitution obligatoire mais limitée en cas de résolution. _____	652
c- Une restitution facultative pour le juge en cas de caducité. _____	654
C- Les restitutions consécutives à l'annulation ou à l'infirmité d'une décision de justice exécutée. _____	656
§ 2- L'impossibilité d'un retour complet au statu quo ante. _____	658
A- Nominalisme ou valorisme pour les créances de restitution de sommes d'argent ?	659
B- Une restitution avec intérêts. _____	662
Section 2- Le fondement juridique de l'obligation de restituer. _____	663

§ 1- Les solutions antérieures à la réforme de 2016. _____	664
A- Un recours critiquable à la répétition de l'indu pour les restitutions consécutives à l'anéantissement d'un contrat. _____	665
B- Un dévoiement de l'(anc.) article 1153 du Code civil pour les restitutions consécutives à l'annulation ou à l'infirmité d'une décision de justice exécutée. ___	671
§2- Les créances de restitution dans le nouveau Code civil. _____	689
A- Les restitutions consécutives au paiement d'un indu ou à l'anéantissement d'un contrat : entre innovation et consécration des solutions antérieures. _____	691
a- Un fondement désormais légal. _____	692
b- Un attachement douteux à un critère subjectif de bonne foi. _____	694
B- Une possible application aux restitutions consécutives à l'annulation ou à l'infirmité d'une décision de justice exécutée ? _____	700
a- Une solution non contraire aux textes. _____	702
b- Une solution plus équitable. _____	703
c- Une inapplicabilité du critère subjectif de bonne foi. _____	705
Section 3- La pertinence d'un attachement à une logique de responsabilité. _____	706
§1- Un glissement critiquable de la restitution à la responsabilité. _____	707
A- La fonction des intérêts de l'article 1352-7 du Code civil tels que prévus par le législateur. _____	708
B- La recherche d'un impossible équilibre entre les droits du créancier et ceux du débiteur de la restitution. _____	710
§2- Des intérêts moratoires qui évoluent en dehors de la responsabilité civile. _____	712
A- Un préjudice moratoire objectif. _____	712
a- Un préjudice moratoire lié au coût du temps qui passe. _____	713
b- Un préjudice moratoire qui appelle une compensation automatique. _____	714
B- La nécessité d'une approche nouvelle affranchie de la responsabilité. _____	716
Conclusion du titre 2. _____	721
Conclusion de la deuxième partie. _____	725
<i>Conclusion générale</i> _____	727
<i>Bibliographie</i> _____	749
<i>INDEX</i> _____	795

Introduction

« Le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité. »

(Jean Giraudoux,

La guerre de Troie n'aura pas lieu)

1. S'il demeure encore en droit des notions entourées d'un voile de mystère, les intérêts moratoires, quoique cette constatation puisse paraître surprenante, en sont certainement une. Ces enfants nés d'un mariage aussi ancien qu'idyllique entre le retard et le préjudice subi par le créancier d'une somme d'argent ne semblent pas, au premier abord, receler encore beaucoup de secrets. Il ne faut pas s'y méprendre. Les eaux calmes sont les plus profondes, dit le proverbe français. Pour celui qui s'arrête un moment pour observer attentivement ce phénomène où valse le temps avec l'argent, il est évident qu'avec ces « petits lutins malicieux qui gambadent sans retenue et mettent la maison sens dessus-dessous »¹ le ménage est loin d'être calme.

2. Dans son acception la plus large le mot « intérêt » qui vient du latin *interest* désigne « le souci de ce qui va dans le sens de quelque chose, de quelqu'un, qui leur est favorable, constitue pour eux un avantage », ou encore « ce qui importe, ce qui convient, est avantageux »². Dans le domaine juridique, et dans une acception plus restreinte, l'intérêt employé au singulier désigne « tout avantage matériel ou moral en vue duquel nous exerçons un droit ou bien accomplissons un acte juridique et matériel »³. Il s'agit ainsi de « l'avantage matériel ou moral auquel peut prétendre celui

¹ R. Perrot, Les intérêts, éd. de la chambre nationale des huissiers de justice, 1990, p. 130.

² Larousse de la langue française, « Intérêt ».

³ J. Becquart, Les mots à sens multiple en droit français. Contribution au perfectionnement du vocabulaire juridique, thèse Lille, 1928.

qui prend l'initiative d'engager une action judiciaire »⁴ au sens de l'article 31 du Code de procédure civile, de l'intérêt de l'enfant, de l'intérêt social dans le droit des sociétés. Dans un sens encore plus restreint l'intérêt désigne le produit d'une somme d'argent qui s'y greffe et la démultiplie et c'est dans cette dernière acception que notre étude va procéder. Né depuis bien longtemps des besoins d'échanges financiers et commerciaux⁵, ce produit de la somme d'argent était à l'origine désigné par le terme *usura*⁶ ou *usure*⁷. Perçu dans une pure fonction de rémunération il est resté prohibé pendant plusieurs siècles par les canonistes qui y voyaient un profit illégal du prêteur. Il était néanmoins accepté dans sa fonction d'indemnisation du retard et l'*usure*, ou profit du prêteur, était alors clairement distingué de l'intérêt, terme qui dérive probablement de *l'interesse* qui est la théorie élaborée par les jurisconsultes médiévaux et qui préfigure la théorie moderne des dommages-intérêts⁸. C'est dans ce contexte indemnitaire que l'intérêt sera défini plus tard par Domat comme étant « le dédommagement, et le désintéressement dont un débiteur d'une somme d'argent peut être tenu envers son créancier, pour le dommage qu'il peut lui causer, faute de payer la somme qu'il doit »⁹. Avec la disparition de la prohibition canonique de la rémunération du prêteur, le terme « intérêt » en est venu à désigner aussi cette rémunération, le mot *usure* se retrouvant cantonné au seul profit illégitime qui dépasse le seuil fixé par la loi.

L'intérêt comme produit d'une somme d'argent désigne aujourd'hui deux notions qui, bien que ressemblantes dans la technique de leur compte, ne sont pas identiques.

⁴ Dictionnaire du droit privé de S. Braudo, « Intérêt ».

⁵ Les origines du prêt à intérêt, selon le doyen Hamel, pourraient remonter au droit babylonien où les prêts portant sur des graines donnaient lieu à une multiplication de ces graines (H. Hamel, Recherches sur la théorie juridique de la monnaie, 2^e partie, Les cours de droit, 1940-41, p. 122).

⁶ J.-P. Lévy, A. Castaldo, Histoire du droit civil, Dalloz, 2^e éd., 2010, n°455.

⁷ « Usure, signifie aussi, interest, profit illicite qu'on tire d'une somme d'argent contre les loix. On ne doit pas prendre d'interest d'un prest, c'est une usure », définition issue du Dictionnaire universel de Furetière, publié en 1690.

⁸ Sur l'apparition et l'évolution de cette théorie v. C. Bontems, Essai sur la théorie des dommages et intérêts en droit romain et dans les droits savants, thèse dactyl., Paris, 1968 et J.-P. Lévy, A. Castaldo, op. cit., n°666.

⁹ J. Domat, Les lois civiles dans leur ordre naturel. Le droit public et legum delectus, t. 1, nouvelle éd., 1777, Paris, p. 259.

Lorsqu'il désigne la rémunération d'un service, qui consiste en la mise d'une somme à la disposition du débiteur, cet intérêt est dit « rémunératoire »¹⁰. En revanche, lorsque, dans une optique indemnitaires, il consiste en une compensation du préjudice subi par le créancier d'une somme d'argent que le débiteur tarde à payer cet intérêt est dit « moratoire ». S'ils présentent quelques points de rencontre, les deux techniques que sont les intérêts rémunératoires et les intérêts moratoires doivent être nettement distingués en ce qu'ils présentent de véritables différences de fond et soulèvent chacun des problématiques différentes. L'unité de fonction des intérêts, en tant que fruits produits par la monnaie, au regard du droit des biens s'oppose ainsi, comme l'a pertinemment souligné un auteur, à la pluralité de leurs fonctions au regard du droit des obligations¹¹. Alors que les intérêts rémunératoires constituent une exécution du contrat, les intérêts moratoires, qui seuls nous intéressent dans notre recherche, ne prennent naissance qu'avec une inexécution du contrat consistant en un retard dans l'exécution de l'obligation monétaire¹². Or, dans le cadre de cette forme particulière d'inexécution du contrat, l'opposition des intérêts moratoires aux intérêts compensatoires dans une sorte de *summa divisio*, à l'image de l'opposition entre dommages-intérêts moratoires et dommages-intérêts compensatoires, n'est pas réelle et ne doit pas tromper puisque la relation entre les uns et les autres est plutôt une relation de genre à espèce, le rôle des intérêts moratoires étant précisément de *compenser* le préjudice moratoire causé au créancier de l'obligation monétaire par le retard que prend son débiteur dans le paiement.

3. L'union apparemment des plus naturelles entre le retard, comme forme particulière d'inexécution et l'intérêt moratoire qui se présente ainsi comme un « instrument idoine de la mesure de la valeur du temps en matière d'obligations

¹⁰ Ch. Biquet-Mathieu, Le sort des intérêts dans le droit du crédit. Actualité ou désuétude du Code civil? préf. Moreau-Margrève, 1998, coll. scientifique de la Faculté de droit de Liège, n° 3, *in fine* ; V. David, Les intérêts de sommes d'argent, thèse, Coll. De la Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers, LGDJ, préf. Ph. Rémy, 2005, spéc. n° 28.

¹¹ V. David, thèse préc., n° 19 et s. et n°22 et s.

¹² L'article 78 (14) de la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandise utilise d'ailleurs non pas le terme de retard, mais simplement celui d'inexécution : « Si une partie ne paie pas le prix ou toute autre somme due, l'autre partie a droit à des intérêts sur cette somme, sans préjudice des dommages-intérêts qu'elle serait fondée à demander en vertu de l'article 74 ».

monétaires »¹³ est très ancienne. On en trouve déjà la trace dans le droit romain classique¹⁴ et dans le droit de la République athénienne¹⁵. Le mot « moratoire » dérive ainsi, comme le mot « demeure », du latin *mora* qui signifie retard. Pris comme substantif, il désigne « la convention par laquelle les créanciers d'une personne décident collectivement, en dehors de toute procédure judiciaire, d'accorder des délais de paiement à leur débiteur commun »¹⁶ ou encore une « mesure législative exceptionnelle et temporaire, collective et objective, intéressant une catégorie spéciale de débiteurs ou de dettes, qui a pour objet d'accorder un délai de paiement, une suspension des mesures d'exécution forcée, etc..., en raison de circonstances sociales graves rendant difficile l'exécution des obligations pour une durée fixée par la loi (moratoire légal) ou laissée à la détermination du juge (moratoire judiciaire) »¹⁷. Pris comme adjectif, il qualifie les intérêts qui compensent le préjudice causé au créancier d'une somme d'argent en raison du retard qu'a pris son débiteur pour se libérer.

Or évoquer un retard suppose nécessairement de situer l'obligation et son exécution dans le temps. L'homme étant mortel, la dimension temporelle apparaît comme une donnée fondamentale de sa connaissance et ce n'est pas étonnant si la philosophie, qui participe de la connaissance de l'homme, se soit intéressée très tôt à la notion de temps dont aucune définition n'a reçu l'approbation unanime des savants et des philosophes. Si les études sur le sujet sont nombreuses¹⁸, il va sans dire que le temps fait partie de ces notions premières dont la perception semble intuitive, qui sont beaucoup plus faciles à comprendre qu'à définir, ces « notions qui se ressentent plus qu'elles ne se

¹³ F. Gréau, Recherche sur les intérêts moratoires, préf. F. Chabas, 2006, coll. Doctorat & Notariat, t. 21, Defrénois, n°1, *in fine*.

¹⁴ C. Bontems, Essai sur la théorie des dommages et intérêts en droit romain et dans les droits savants, thèse dactyl., Paris, 1968.

¹⁵ L. Beauchet, Histoire du droit privé de la République athénienne, t. 4, Le droit des obligations, 1897 qui, dans le cadre de l'étude du contrat de prêt à intérêt, observe que le défaut de paiement des intérêts au terme fixé peut entraîner l'anatocisme ou la production d'intérêts par les intérêts échus et non payés (p. 256).

¹⁶ S. Braudo, Dictionnaire du droit privé, v. Moratoire.

¹⁷ G. Cornu, Vocabulaire juridique, 13e éd., 2020, LGDJ, v. Moratoire.

¹⁸ L. Lavelle, Du temps et de l'éternité, Paris, Aubier, Éditions Montaigne, 1945, Collection Philosophie de l'esprit, version disponible en ligne sur <http://classiques.uqac.ca> ; G. Voyat, Perception et notion du temps, PUF, Paris 1967 ; J. Attali, Histoires du temps, Fayard, Paris, 1982,

définissent »¹⁹. « Qu'est-ce donc que le temps ? » se demandait Saint Augustin. « Si personne ne me le demande, je le sais ; mais si on me le demande et que je veuille l'expliquer, je ne le sais plus. Pourtant, je le déclare hardiment, je sais que si rien ne passait, il n'y aurait pas de temps passé ; que si rien n'arrivait, il n'y aurait pas de temps à venir ; que si rien n'était, il n'y aurait pas de temps présent »²⁰. Cette idée d'insaisissabilité du temps on la trouve déjà dans la pensée d'Aristote pour qui le temps « n'est absolument pas, ou est à peine et confusément » puisque « quelque chose de lui est passé et n'est plus, alors que quelque chose de lui est à venir et n'est pas encore »²¹.

Présenté « dans une image traditionnelle et continue, comme une route parcourue à sens unique et irréversiblement par les évènements, chaque jour procédant du passé et progressant vers l'avenir »²² le temps serait ainsi « un mouvement ayant un caractère continu (...) [qui] s'écoule dans un sens bien déterminé » et « se définit par son caractère continu et son irréversibilité »²³. L'apparence d'homogénéité que lui a donné sa quantification avec l'horloge ne doit toutefois pas leurrer puisqu'elle n'est qu'artificielle comme l'a souligné H. Bergson qui distingue à cet égard entre le temps quantitatif et mathématique, qui est celui de l'horloge, et le temps qualitatif qui dépend de la conscience qu'en ont les individus²⁴. « Image mobile de l'éternité immobile » selon l'expression de Platon, le temps consisterait ainsi en une appréciation subjective de l'environnement humain comportant « une part de construction qui en fait le reflet

¹⁹ S. Amrani-Mekki, *Le temps et le procès civil*, thèse Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, préf. L. Cadiet, 2002, n° 1 p. 1.

²⁰ Saint Augustin, *Confessions*, livre XI, chap. XIV, trad. J. Trabucco, éd. Garnier-Flammarion, 1964, p. 264. B. Pascal qui estimait que le temps fait partie de ces notions premières qu'il est tout aussi impossible qu'inutile de définir écrivait ainsi dans « *De l'esprit géométrique* », p. 9, que « le temps est de cette sorte. Qui le pourra définir ? Et pourquoi l'entreprendre puisque tous les hommes le conçoivent sans qu'on le désigne davantage ? ».

²¹ Aristote, *Physique*, IV, 10, 217b, 30, trad. P. Pellegrin, 2^e éd., Garnier-Flammarion, 2002, p. 246.

²² P. Hébraud, *op. cit.*, p.3, n° 3.

²³ F. Mechri, « *Voyage dans l'espace du temps juridique* », *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, éd. Frison-Roche, 1999, p. 431.

²⁴ H. Bergson, *Essai sur les données immédiates de la conscience* (1889), in H. Bergson. *Œuvres*, Paris, PUF, 1963, p. 1 et s.

des préoccupations humaines, des attentes ou des regrets, et dont les sentiments constituent la matière »²⁵.

4. Or, « de la même façon que les êtres humains s'inscrivent dans le temps, le droit s'inscrit dans le temps »²⁶ et dès lors la relation entre l'un et l'autre ne peut être absente d'une étude qui porte précisément sur ce qui est conçu traditionnellement comme un effet du retard dans le paiement d'une obligation monétaire. Si les rapports qu'entretiennent le droit et le temps n'ont pas manqué de susciter l'intérêt d'une grande partie de la doctrine qui a tenté d'en décrire la diversité et la complexité²⁷, il faut dire que l'analyse juridique porte principalement sur l'écoulement du temps, ce temps qui « n'apparaît pas au juriste comme au philosophe. Pour ce dernier, le temps et la durée sont en eux-mêmes objets de réflexion et de recherche, pour le juriste, s'il demeure une donnée essentielle, le temps ne peut être qu'un élément dont il doit analyser les rapports avec le Droit. C'est alors l'écoulement du temps, c'est-à-dire la durée, qui le préoccupera »²⁸. Cette durée qui permet une appréhension du flux du temps

²⁵ P. Hébraud, « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », in *Études offertes à Pierre Kayser*, tome 2, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1979, p. 5.

²⁶ A. Aynès, « Les fonctions du temps », in *Le Temps et le droit. Travaux de l'association Henri Capitant. Journées nationales*, Dijon, tome XVIII, Dalloz, 2014, p. 77.

²⁷ P. Hébraud, « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », préc., p. 1-58 ; A. Cabanis, « L'utilisation du temps par les rédacteurs du Code civil », *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, 1981, p. 171 ; J. Hauser, « Temps et liberté dans la théorie générale de l'acte juridique », in *Religion, société, politique, Mélanges en hommage à Jacques Ellul*, PUF, 1983, p. 503 ; F. Ost, « Les multiples temps du droit », in *Le droit et le futur, Association française de philosophie du droit*, PUF, 1985, p. 115 ; E. Putman, « Le temps et le droit », *Droit et patrimoine* n° 78, janvier 2000, p. 43-49 ; Ch. Gavalda, « le temps et le droit », *Études offertes à Barthélémy Mercadal, Français Lefebvre*, 2002, p. 23 ; *Le temps*, Jurisdoctoria 18 octobre 2009, n°3 ; P. Fleury-Le Gros (dir.), *Le Temps et le droit*, Litec 2010 ; Actes du colloque organisé par le groupe de recherche en droit fondamental et comparé (GREDFIC) à la faculté des affaires internationales du Havre les 14 et 15 mai 2008, LexisNexis-Litec, 2010 ; M. Cresp, *Le temps juridique en droit privé : essai d'une théorie générale*, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2013 ; *Le Temps et le droit. Travaux de l'association Henri Capitant. Journées nationales*, Dijon, tome XVIII, Dalloz, 2014 (et notamment, J. Klein, « Le rythme juridique du temps », p. 67 et A. Etienney-de Sainte Marie, « Le temps et le contrat », p. 43 ; F. Mechri, « Voyage dans l'espace du temps juridique », article préc., p. 427 et s. ; Rapp. annuel Cass., *La Documentation française*, 2014, « Le temps », C. Chainais (dir.), p. 99-409, spéc. p. 99-123 et disponible sur le site de la Cour de cassation ; Pour une approche historique, v. E. Chevreau, *Le Temps et le droit, la réponse de Rome : l'approche du droit privé*, éd. De Boccard, 2006 ; M. Ortolani et al., *Le Temps et le droit. Journées internationales de la société d'histoire du droit*, éd. Serre, 2002.

²⁸ J. Azema, *La durée des contrats successifs*. LGDJ, 1969, n°1.

constituerait ainsi, avec l'instant, les deux facteurs de la fixation du cadre temporel des situations juridiques²⁹.

Comme en témoignent les études élaborées effectuées sur le sujet, les rapports entre le droit et le temps sont assez complexes. En même temps qu'il est utilisé par le droit, le temps subit le droit³⁰ dans une relation bilatérale marquée par une domination réciproque. D'un côté, le temps qui intervient d'une manière profonde dans toutes les relations juridiques qui « se nouent, s'exécutent ou se modifient, jouant ainsi, sous les formes les plus variées, avec le temps »³¹ apparaît « comme support, comme substance de tout le droit »³². En effet, parce que les institutions juridiques, comme toutes choses humaines d'ailleurs, s'inscrivent dans le temps, « le droit, qui se construit en partant d'éléments extérieurs à lui, ne peut ignorer l'écoulement du temps, avec ses effets, tantôt apaisants, et tantôt érosifs. Il consacre ses résultats lorsqu'ils consolident, il en répare les méfaits lorsqu'ils détruisent »³³. P. Hébraud évoque à cet égard une emprise du temps sur l'homme dans le sens où le droit subit le temps qui apparaît ainsi comme « ce cadre, ce chemin parcouru par les évènements selon un flux, tantôt régulier, tantôt varié »³⁴. D'un autre côté, et en même temps qu'il se trouve sous son emprise, le droit est conçu comme « la plus gigantesque entreprise de domination du temps jamais tentée par l'homme »³⁵. Le temps juridique n'est donc pas le temps réel « mais la résultante d'un jugement de valeur portée sur la réalité du temps »³⁶. Il serait ainsi un temps

²⁹ P. Hébraud, article préc., n°10, p. 13. Cette distinction entre deux perceptions du temps, le temps-instant (un point fixe dans la chronologie) et le temps-durée (la durée étant l'espace entre deux points fixes de la chronologie) on la retrouve aussi chez un autre auteur qui relève deux perceptions du temps qui demeurent intimement liées l'une à l'autre, le temps « comme un moment précis » et le temps « comme une période » (A. Aynès, Les fonctions du temps, préc. n° 5 p. 79 avec des développements sur ces deux notions aux pages 80 et s.)

³⁰ S. Amrani-Mekki, thèse préc., p. 3.

³¹ P. Hébraud, préc., p. 27, n°18.

³² P. Hébraud, préc., p.2, n°1.

³³ Raynaud, Préface de la thèse de Jestaz, L'urgence et les principes classiques du droit civil, Paris 1967, coll. Solus, LXXXVII.

³⁴ P. Hébraud, article préc., n° 5, p. 7. Cet auteur donne à cet égard, entre autres, l'exemple de l'imprévision en matière contractuelle de désuétude des lois.

³⁵ J. Hauser, préc., spéc. p. 507.

³⁶ A. Etienney-de Sainte Marie, « Le temps et le contrat », préc., p. 46.

« aménagé, construit »³⁷, cette analyse qualitative du temps rejoignant l'analyse de Bergson qui concevait la durée comme le temps vécu par notre conscience, concret et interne³⁸, un temps « efficace »³⁹.

Contrairement au temps réel appelé encore « quantitatif » ou « chronométrique », le temps juridique est *hétérogène et discontinu*. Il n'est pas « celui d'une horloge, il n'a pas la régularité du métronome, son rythme est saccadé, discontinu »⁴⁰. De nombreux mécanismes juridiques manipulent ainsi le temps, le figent, l'anticipent ou en remontent le cours. Quand le créancier se trouve dans l'impossibilité d'agir, le temps est suspendu. Quand il adresse à son débiteur une demande officielle de paiement, le temps, celui de la prescription, est interrompu et reprend de zéro. Quand le droit octroie au créancier des mesures provisoires il anticipe l'écoulement du temps et l'on perçoit ainsi une accélération exceptionnelle du temps juridique dans des situations où l'écoulement du temps chronométrique est structurellement synonyme de danger⁴¹. En fixant à une date précise le point de départ des intérêts moratoires sur une créance monétaire le droit limite les effets du temps. Il va même jusqu'à remonter ce temps moyennant la rétroactivité quand il est question de rétablir, par des restitutions avec intérêts, le *statu quo ante*. Loin d'être uniforme comme le temps quantitatif, le temps juridique déploie une multitude de facettes : temps protecteur (temps de réflexion), temps sanctionnateur (péremption, délai de forclusion, caducité), temps consolidateur (prescription acquisitive). Un auteur relève à ce propos qu'il existe « des temps juridiques » au pluriel correspondant à des appréhensions différentes du temps selon

³⁷ P. Hébraud, préc., spéc. p.15.

³⁸ M. Cresp, « Le temps juridique en droit privé : essai d'une théorie générale », Presses universitaires d'Aix Marseille, 2013, spéc. n°53.

³⁹ H. Bergson, *La pensée et le mouvant*, essais et conférences, Éd. Quadrige, 1938, spéc. p. 11.

⁴⁰ J. Klein, article préc., p. 68, n° 3.

⁴¹ P. Hébraud, préc., spéc. p 19 et s.

les différentes branches du droit⁴² qui traduisent une manipulation de cette notion à des fins de politique juridique⁴³.

A la différence du temps réel, le temps juridique est *réversible* et peut être restitué et « c'est là sans doute que se manifeste le plus évidemment la toute-puissance du droit sur le temps : à l'image d'un retour dans le passé, il est possible de revenir sur l'accomplissement du temps juridique »⁴⁴. L'image la plus typique de cette réversibilité est la rétroactivité avec laquelle « le problème temporel culmine (...) parce qu'elle va directement à l'encontre de ce caractère essentiel du temps qu'est l'irréversibilité »⁴⁵. Cette contradiction a souvent poussé les juristes, pour l'expliquer, à recourir à l'idée de fiction⁴⁶ selon laquelle la rétroactivité serait « un procédé par lequel les juristes prétendent échapper aux effets de l'écoulement du temps » qui tendrait ainsi « à modifier rétrospectivement le passé pour le rendre conforme à une règle de droit »⁴⁷. Dans une optique plus scientifique, un auteur qui a apporté une critique virulente à la notion de fiction⁴⁸ propose de donner de la rétroactivité une vue générale qui s'exprime en deux propositions : « d'une part, la possibilité de réexaminer la valeur juridique d'actes ou de droits passés, et d'autre part, l'impossibilité de revenir sur leur existence

⁴² F. Mechri, « Voyage dans l'espace du temps juridique », préc., p. 427.

⁴³ S. Amrani-Mekki, thèse préc., n° 2. Un autre auteur relève comment « le droit utilise le temps pour mieux maîtriser l'activité humaines » (F. Ost, « Les multiples temps du droit », préc., p. 144). Pour un exposé extensif des divers moyens juridiques par lesquels le droit exerce des effets sur le temps v. article de P. Hébraud, préc., n°18 et s. et, dans le cadre précis du contrat, l'article de A. Etienney-de Sainte Marie « Le temps et le contrat », préc., p. 44 et s. Pour un aperçu sur les fonctions des différents types de délais v. A. Outin-Adam, Essai d'une théorie des délais en droit privé, Contribution à l'étude de la mesure du temps par le droit, thèse Paris II, 1986.

⁴⁴ J. Klein, article préc., p. 72 n° 15.

⁴⁵ P. Hébraud, préc., spéc. p. 45.

⁴⁶ Un auteur définit la fiction comme étant « un procédé de logique juridique destiné à rendre compte de certains effets du droit et fondé sur une méconnaissance volontaire de la réalité (...). A la différence de l'hypothèse scientifique qui repose sur une réalité probable, la fiction s'appuie sur une violation certaine de cette réalité » (M. Houin, rapport présenté aux Journées H. Capitiant de Liège, Travaux de l'Association H. Capitiant, t. 1, 1945).

⁴⁷ A. Aynès, article préc., n° 4, p. 78.

⁴⁸ P. Hébraud, article préc., p. 46. Cet auteur voit dans la notion de fiction « le plus néfaste des legs encore subsistants du droit romain » qui « devrait être définitivement banni ». Cet auteur invite ainsi, « si une règle juridique est admise, quelque étrange qu'elle puisse paraître au premier abord », et « plutôt que de recourir à l'artifice paresseux d'une fiction », à « rechercher les raisons qui justifient la règle, et en faire une véritable explication ».

matérielle, ce qui contraint éventuellement à des mesures nouvelles, pour faire concorder la nouvelle réalité matérielle avec la nouvelle réalité juridique résultant de l'examen rétrospectif ». L'examen rétrospectif de la situation juridique qui constitue, dans cette optique, « une reprise du passé pour le faire apparaître dans sa véritable teneur, en dissipant ce qu'il avait d'incertain, en parachevant ce qu'il avait d'incomplet » se heurte ainsi « à la résistance du temps irréversible, à l'indestructibilité matérielle des faits. On ne peut pas faire qu'ils n'aient pas eu lieu ; on peut seulement les remanier par des faits nouveaux. On reconstituera les choses dans un état conforme à la vue, désormais complète et exacte, que l'on a de la réalité juridique »⁴⁹.

5. Lorsqu'il est retardé, figé, suspendu, interrompu, voire remonté, le temps juridique s'émancipe du temps réel, ou quantitatif, et impose sa cadence. « Le droit impose son rythme au temps : le temps juridique apparaît alors pour le droit comme un mode de gestion, de domination du temps extra-juridique »⁵⁰. En effet, contrairement au temps quantitatif, le temps juridique ne court pas au même rythme dans tous les domaines et pour tout le monde. Son rythme est parfois ralenti pour imposer une tempérance⁵¹ ou pour donner plus de chance au débiteur pour s'exécuter⁵². D'autres fois il est accéléré dans un souci de célérité comme en droit des affaires. Le temps juridique serait ainsi « celui d'une horloge dont on pourrait à tout moment interrompre le balancier ou remonter les aiguilles, celui d'un sablier hermétique aux lois de la gravité dans lequel le sable pourrait demeurer en suspension, voire remonter à rebours

⁴⁹ P. Hébraud, article préc., p. 47 et 48.

⁵⁰ J. Klein, article préc., p 69, n° 5.

⁵¹ C'est le cas en droit de la famille dans un souci de stabilisation de la famille comme pour le délai biennal que devaient respecter les époux selon l'article 1397 du Code civil (avant sa modification par la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 - art. 8) avant d'envisager un changement de régime matrimonial, ou en droit de la consommation qui est marqué, pour le consommateur, par un ralentissement du temps juridique afin de lui offrir le temps de la réflexion (par exemple, le délai de réflexion obligatoire de l'article L.313-34 (anc. art. L.312-10) du Code de la consommation qui prévoit que l'emprunteur ne peut accepter l'offre de crédit immobilier que 10 jours après sa réception). V. à ce propos J. Klein, article préc., p. 74 et s.

⁵² Il en est ainsi, à titre d'exemple, pour les moratoires, pour l'octroi par le juge de délais de grâce, pour l'échelonnement des dettes dans le cadre d'une procédure de traitement du surendettement.

de l'écoulement naturel. Le droit domine, maîtrise le temps. Il exerce sur lui sa toute puissance et impose sa cadence : il accélère le rythme ou le ralentit à son gré »⁵³.

Or, même avec la maîtrise que le Droit exerce, ou prétend exercer, sur l'écoulement du temps réel, le temps juridique semble parfois inadapté aux impératifs de la société contemporaine en quête à la fois de rapidité et de sécurité juridique, son rythme apparaissant beaucoup trop rigide pour s'adapter aux besoins sociaux. Ce qu'un auteur appelle pertinemment « inadaptation structurelle du temps juridique »⁵⁴ se manifeste ainsi clairement dans le rythme de l'action en justice qui n'apparaît pas toujours adapté aux exigences de la société contemporaine en quête de rapidité. En effet, le procès qui repose sur l'intervention d'une tierce personne (le juge ou l'arbitre) et sur la mise en marche de tout un mécanisme judiciaire implique des impératifs nouveaux tenant notamment à la nécessité du respect du droit de la défense mais aussi au « souci d'efficacité du public service de la justice » où « aux conflits d'intérêts privés s'ajoute l'intérêt général »⁵⁵. Il marque ainsi le passage « d'un temps courant à un temps judiciaire »⁵⁶ qui ne se confond pas avec le temps juridique et, dès lors, ces différentes temporalités appellent différentes prises en charge.

En effet, l'autonomie de l'action en justice par rapport au droit substantiel sur laquelle s'accorde, depuis Motulsky⁵⁷, la doctrine qui ne voit plus uniquement dans

⁵³ J. Klein, article préc., p. 72, n° 13

⁵⁴ J. Klein, article préc., p. 75, n° 21. Cet auteur relève aussi d'autres cas d'« inadaptation structurelle du temps juridique » quand il s'agit du rythme juridique de la formation et de la maturation de la jurisprudence, perçu comme un obstacle à la sécurité juridique puisqu'il « n'apparaît souvent pas adapté aux besoins des individus qui souhaitent pouvoir bénéficier d'un droit prévisible et certain sur lequel fonder leurs anticipations légitimes ».

⁵⁵ S. Amrani-Mekki, préc., n° 2, p. 4. Dans le même sens, S. Van de Drooghenbroeck, « Le temps, la proportionnalité et le juge européen des droits de l'Homme, in L'accélération du temps juridique », sous la dir. de P. Gerard, F. Ost et M. van de Kerchove, pub. des facs univ. Saint-Louis, Bruxelles, 2000, p. 335 et s. qui soutient que le procès poursuit une finalité à court terme concernant les parties mais aussi une autre finalité à long terme, les conséquences de la solution débordant souvent le cadre de la solution d'espèce.

⁵⁶ Travaux de l'Ecole nationale de la Magistrature, formation continue, atelier dirigé par C. Thévenot, 4 février 1994, cité par S. Amrani-Mekki, thèse préc., n° 2 qui relève à cet égard que « le temps du procès, le temps judiciaire, diffère du temps juridique en général ».

⁵⁷ Pour cet auteur l'action est « la faculté d'obtenir du juge une décision sur le fond de la prétention à lui soumise » (H. Motulsky, Le droit subjectif et l'action en justice, in *Écrits*, T. I, Dalloz, Paris, 1973, spéc. p. 95). Cette formule sera reprise par l'article 30 du Code de procédure civile qui dispose que « l'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le

l'action « le droit lui-même mis en mouvement, (...) le droit à l'état d'action, au lieu d'être à l'état de repos, le droit à l'état de guerre au lieu d'être à l'état de paix » selon la formule célèbre de Demolombe⁵⁸, permet de voir dans le procès civil « un milieu à part, soumis à des impératifs particuliers et développant sa propre notion de temps » révélant ainsi « l'existence de réels droits processuels à côté des droits substantiels »⁵⁹. Ceci explique que si elle a pu autrefois être considérée comme la « servante des autres lois »⁶⁰ qui ne sert qu'à mettre en œuvre les droits substantiels, la procédure a depuis fait l'objet d'un regain d'intérêt, sous l'impulsion conjuguée de la doctrine⁶¹ et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui a élargi la portée du droit au procès équitable que consacre l'article 6 de la ConvEDH et qui, au-delà d'une garantie formelle, a ainsi pu être considéré comme un véritable droit substantiel⁶², et elle est aujourd'hui devenue « le socle vanté du système juridique »⁶³.

juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention ». L'action serait ainsi, selon les termes de Motulsky, un droit subjectif processuel dont la fonction est de protéger le droit subjectif substantiel (H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, 1948, réimp. 1991, spéc. n° 31).

⁵⁸ C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t.9, *Traité de la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit de l'usage et de l'habitation*, 3^e éd., 1866, n° 338, p. 201.

⁵⁹ S. Amrani-Mekki, *Le temps et le procès civil*, thèse Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, préf. L. Cadet, 2002, n°9, p. 15.

⁶⁰ En effet, le droit processuel a toujours été considéré comme un droit servant, secondaire ou même auxiliaire, un « droit au second degré » (L. Cadet, *Droit judiciaire privé*, Litec, 3^e éd., 2000). V. également G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, PUF, 1998, n°3 selon qui le droit judiciaire privé est « moins une espèce particulière de loi que la sanction de toutes les autres », ou encore J. Héron, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 6^e éd. par Le Bars (Th.), 2015 spéc. n°1 p. 9 : « Pour marquer son originalité, on peut dire que c'est un droit sanctionnateur ou auxiliaire et un droit servant ».

⁶¹ J.-F. Burgelin, J.-M. Coulon et M.-A. Frison-Roche, « L'office de la procédure », *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges offerts à Pierre Drat, Dalloz 2000, p. 253 ; S. Guinchard, « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », in *Clés pour le siècle*, Université Panthéon-Assas (Paris II), Dalloz 2000, p. 1135.

⁶² S. Guinchard, « Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel », *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gerard Farjat*, éd. Frison-Roche, 1999, p. 139, spéc. p. 164 et s. Selon cet auteur, « le procès équitable devient un enjeu substantiel à un triple point de vue : d'abord parce qu'il est devenu le critère d'appréciation du respect, par les Etats adhérents, des droits substantiels garantis par la Convention, ensuite parce qu'il a permis, par la force de ses exigences, de protéger par les garanties de la Convention, des droits qui n'entrent pas dans le champ d'application de celle-ci, enfin parce qu'il est lui-même devenu un droit substantiel ».

⁶³ M.-A. Frison-Roche, « La procédure et l'effectivité des droits substantiels », in *Procédure(s) et effectivité des droits*, Actes du colloque des 31 mai et 1^{er} juin 2002 à la Faculté de droit de Strasbourg,

Or, dans « ce milieu à part » qu'est le procès, le temps ne manque pas de laisser ses empreintes comme en témoigne l'étymologie même du terme qui vient du latin *procedere*, qui signifie aller de l'avant⁶⁴. Dans cet avancement qui constitue l'essence du procès, le temps est une donnée subjective. Il est vécu, subi, différemment par les acteurs selon la place que chacun occupe dans ce procès⁶⁵. Le temps du demandeur, impatient d'obtenir le paiement de sa créance dès son échéance, diffère ainsi nettement de celui du défendeur qui tente de retarder le paiement. Dans ce sens il n'y aurait pas « un temps mais des temps divers et variés qui dépendent de ce que ressentent les individus »⁶⁶. Cette différence n'aurait pas eu lieu et la question de sa compensation ne se serait même pas posée si la parenthèse ouverte, dans le temps du demandeur, entre le moment de la naissance de la créance et le moment où elle acquiert la liquidité nécessaire pour la rendre exigible, se réduisait, dans un univers juridique idéal, à un instant. Malheureusement, la réalité est bien différente de cela puisque le débiteur conteste presque toujours le principe de sa dette et son étendue. Le droit légitime du créancier d'obtenir une réparation immédiate de son préjudice ou un paiement immédiat de sa créance échue se heurte ainsi au droit, tout aussi légitime, du débiteur de se défendre en justice et une tierce personne doit alors intervenir pour trancher le litige et établir le principe de l'obligation et en fixer le *quantum*. Cette intervention, quelle que soit le degré de célérité et d'efficacité à laquelle serait parvenu un système juridique, nécessite un temps plus ou moins long qui fait que la satisfaction du créancier n'est jamais instantanée. Dans la même logique, la différence entre le temps du créancier et celui du débiteur n'aurait pas eu lieu si, une fois le paiement jugé indu, le contrat ou la décision judiciaire anéantis, le juge pouvait, au moyen d'une baguette magique, renvoyer les parties à l'exacte situation où elles se trouvaient lorsque la

sous la dir. de D. D'Ambra, F. Benoît-Rohmer et C. Grewe, Bruylant, coll. Droit et Justice, 2003, p. 1 n° 1.

⁶⁴ V. S. Guinchard, Le temps en procédure civile, in Le temps en procédure, XV^e colloque I.E.J., Ann. de la fac. de Clermont Ferrand, Fasc. 20. L.G.D.J., 1983, p. 21 et s., spéc. n° 13 : « L'instance est inséparable de la notion de durée. Qui dit procédure dit processus et par définition un processus qui est une suite d'événements, est évolutif ».

⁶⁵ V. sur ce sujet, A. Ciaudo, « La maîtrise du temps en droit processuel », *Jurisdoctoria*, Le temps, n° 3, 18 octobre 2009.

⁶⁶ S. Amarani-Mekki, préc., n° 1, p. 2.

somme était sortie du patrimoine du créancier. Or, là aussi, la pratique montre que ce voyage dans le passé est chimérique.

6. Si « la tendance, sous l'influence de l'accélération de la société, est (...) à l'accélération du rythme juridique »⁶⁷, le temps judiciaire, « instrument de politique processuelle »⁶⁸, semble nettement incapable de suivre le rythme du temps juridique avec lequel il ne se confond pas⁶⁹. En effet, le temps judiciaire se voit amplifié par la lenteur des procédures qui s'avère être le premier mal dont souffre la justice⁷⁰. La quête de rapidité dans la société contemporaine est telle que « l'image du procès, dans l'opinion courante, n'est plus celle d'une discussion destinée à élucider une contestation, mais celle d'un plaideur opposant à la réalisation du droit dont il est tenu une résistance cherchant, faute de mieux, à gagner du temps, et qu'il faut contraindre par tous moyens »⁷¹. Le temps judiciaire est, dès lors, perçu comme un poids dont il faut se débarrasser, une « gêne, une entrave, un facteur extrinsèque paralysant la réalisation des droits »⁷². Le législateur n'est pas inconscient de cette réalité et sont en permanence en quête de célérité de la justice. Un des éléments du droit au procès équitable que consacre l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales est l'obtention de la décision définitive sur le fond dans un temps qui ne soit pas trop éloigné de celui où

⁶⁷ J. Klein, article préc., p.76, n° 22.

⁶⁸ S. Amrani- Mekki, préc., n°4, p. 6. Dans le même sens, S. Guinchard, « Le temps en procédure civile », in *Le temps en procédure*, XVe colloque I.E.J., Ann. de la fac. de Clermont Ferrand, Fasc. 20. L.G.D.J., 1983, p. 21 et s., spéc. n°16 : « Obstacle naturel, phénomène avec lequel il faudra compter, le temps entretient avec le droit procédural et notamment la procédure civile des relations qui relèvent en fait de la politique juridique ».

⁶⁹ V. en ce sens, S. Amrani. Mekki, thèse préc., n° 2.

⁷⁰ « Parmi les reproches immémoriaux adressés à la justice, avec sa partialité et son archaïsme, figure sa lenteur » le dit clairement F. Terré : *Observations générales*, in *Le temps dans la procédure*, coll. thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, p. 69 et s., spéc. p. 69.

⁷¹ P. Hébraud, préc., n° 29, p. 50.

⁷² P. Hébraud, *op. et loc. cit.*

l'action est engagée⁷³ et cette exigence, dont la violation est sanctionnée par la CEDH⁷⁴, figure aussi à l'article L.111-3 du Code de l'organisation judiciaire français. Le droit à ce qu'une solution utile de leur litige soit rendue dans des délais raisonnables devient ainsi pour les justiciables un véritable droit subjectif, un droit au temps⁷⁵. Toutefois, une justice rapide ne doit pas synonyme d'une justice hâtive, et l'objectif de célérité doit ainsi être joint à un objectif de qualité de la justice⁷⁶ et « si la rapidité, ou plutôt l'inclusion dans un temps raisonnable, est souhaitable dans la réalisation de la justice, ce n'est qu'une valeur secondaire et (elle) ne doit pas compromettre sa valeur essentielle et primordiale, qui en concerne le fond, et qui est d'être une bonne et exacte justice »⁷⁷. Le procès équitable comprend ainsi une dimension temporelle double : « double visage, donc, du temps dans la recherche d'une bonne justice, qui doit garantir les délais nécessaires au véritable et loyal exercice des droits de chacun à défendre sa prétention et à réfléchir, ce qui appelle parfois la temporisation, tout en pourchassant

⁷³ Sur le droit pour les parties d'être jugées dans un délai raisonnable v. M.-A. Frison-Roche, « Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure », in J.-M. Coulon et M.-A. Frison-Roche (dir.), *Le temps dans la procédure*, Actes du colloque du 5 décembre 1995 au Tribunal de Nanterre, Dalloz, 1996, p. 13 ; J. Andriantsimbazovina, « Délai raisonnable du procès, recours effectif ou déni de justice », RFDA 2003, p. 85 ; M. Deguerge, « Les dysfonctionnements du service public de la justice », RFAP 2008, p. 151. J. Van Compernelle, « Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable : les effectivités d'un droit processuel autonome », Mélanges Jacques Normand, Paris, Litec, 2003, p. 471 ; B. Hemery, « Le délai raisonnable de jugement : naissance d'une notion », *Justice & Cassation* 2007, p. 76.

⁷⁴ La CEDH assimile ainsi la longueur du procès à une violation du droit à un procès équitable et la France a été plusieurs fois lourdement condamnée pour cette raison : CEDH 24 octobre 1989, H... c France ; CEDH, 26 août 1994, Karakaya c. France ; CEDH, 21 février 1997, Guillemin c. France ; CEDH, 26 mars 2002, Lutz c. France.

⁷⁵ M.-A. Frison-Roche, *Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure*, in *Le temps dans la procédure*, *op. cit.*, p. 13 et s., spéc. n°23, p. 18.

⁷⁶ Sur la qualité de la justice v. J.-C. Magendie, « L'exigence de qualité de la justice civile dans le respect des principes directeurs de l'euro-procès, la démarche parisienne », Mélanges Jean Buffet, Paris, Petites affiches, 2004, p. 319 ; M. Heinis, « Le défi de la qualité », AJDA 2007, p. 713 ; H. Pauliat, « Qualité et efficacité des systèmes judiciaires en Europe », *Les cahiers de la justice* 2007, p. 89.

⁷⁷ P. Hébraud, *préc.*, n° 29, p. 50. Dans le même sens, A. Ciaudo, « La maîtrise du temps en droit processuel », *Jurisdoctoria* n° 3, 2009 : « Résoudre les litiges dans un délai plus acceptable par le justiciable est un devoir pour le juge, maintenir une justice de qualité l'est tout autant. C'est la combinaison de ces deux impératifs qui permet au juge de faire du temps un élément maîtrisé du procès ».

activement l'attente injustifiée dans l'obtention de la solution, ce qui, à l'inverse, nécessite une forme de célérité »⁷⁸.

Malheureusement, quels que soient les efforts qui aient pu être déployés par les systèmes juridiques les plus achevés dans une perspective de célérité et de qualité de la justice, la réalité est que le retard est un mal inhérent à tout procès, « seule la justice divine » pouvant et devant « tomber avec la fulgurance de la foudre », à reprendre les termes utilisés par M.-A. Frison-Roche⁷⁹. En effet, la pratique montre que la durée du procès est le plus souvent très longue⁸⁰. Or, il faut l'avouer, si le juge a une maîtrise sur le temps du procès comme l'a rappelé en 1989 l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation⁸¹, il n'en n'est pas le maître incontesté. La maîtrise du temps dans le procès est en réalité partagée entre le juge et les parties⁸², surtout pour le procès civil qui est traditionnellement considéré comme la « chose des parties » qui en contrôlent en grande partie le déroulement puisqu'elles seules introduisent l'instance, la conduisent, et jouissent de la liberté d'y mettre fin. L'impératif de célérité trouve ainsi sa limite dans la nécessité pour le juge de respecter et de faire respecter le principe du

⁷⁸ J.-P. Gridel, « Le temps et le droit positif du procès civil », *Gaz. Pal.* 10 octobre 2015, n° 283, p. 10.

⁷⁹ M.-A. Frison-Roche, « Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure », *préc.*, p.11, n° 1.

⁸⁰ Ainsi, sur les 728 arrêts de la Cour de cassation que les auteurs du rapport du Centre de Recherches sur le Droit ont retenu comme échantillon sur lequel a porté leur analyse, seules 124 mentionnaient la date de l'introduction d'instance et révèlent que la durée moyenne qui s'écoule entre cette date et celle de l'arrêt de cassation était de 7,5 ans (!) : CERCRID, *La prise en compte par le droit du coût de la durée du procès. Les intérêts de retard dans le procès civil*, sous la dir. De P. Ancel et Ch. Bérroujon, février 1999, Université Jean Monnet, Saint-Étienne, n° 31. Dans le prolongement de ce rapport, v. P. Ancel et M. Cottin, « Le coût de la durée du procès pour les parties : les intérêts de retard dans le procès civil », *Rev. inter. dr. économique*, 1999. 238.

⁸¹ « Si les parties ont la libre disposition de l'instance, l'office du juge est de veiller au bon déroulement de celle-ci dans un délai raisonnable » : *Cass., Ass. plén.*, 24 novembre 1989, 88-18.188 ; *Bull.*1989 A.P., n° 3 p. 5 ; *JCP G*, n° 6, (II) 21 407, 1990, note L. Cadiet ; *RTDCiv.*, 1990, p. 145, note R. Perrot. Cette solution est reprise sans cesse depuis par toutes les chambres de la Cour de cassation. Citons, à titre d'exemple seulement : *Cass. com.*, 28 septembre 2004, 01-17.291, inédit ; *Cass. soc.*, 29 janvier 2002, 01-40.104, inédit ; *Cass. civ. 3^e*, 12 février 2003, 01-01.075, inédit, *Cass. com.*, 24 mai 2017, 15-15.547, inédit.

⁸² La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi pertinemment relevé que le délai de résolution d'un litige ne dépend pas uniquement de la plus ou moins grande diligence du juge, mais également du comportement des parties et de la complexité juridique du litige : *CEDH*, 24 octobre 1989, *H. c/ France*, *RFDA* 1990, p. 203, note O. Dugrip et F. Sudre, *LPA* 28 février 1990, p. 12, note L. Richer.

contradictoire, principe directeur commun à tous les procès⁸³, mais aussi les droits de la défense qui trouvent leur source dans plusieurs textes internationaux⁸⁴ et dont le Conseil constitutionnel a, depuis 1976, fait un principe fondamental reconnu par les lois de la République⁸⁵.

7. Vu les impératifs liés en amont à la nécessité de respecter le principe du contradictoire et le droit à la défense et en aval à l'objectif d'assurer l'effectivité de la décision judiciaire intervenue, le temps judiciaire, ou le temps du procès, paraît à celui qui l'observe ralenti par rapport au temps juridique. « Accélération et retard se rejoignent comme les deux faces d'un même phénomène qu'on peut nommer « dérèglement du temps juridique »⁸⁶, et il est clair que ce dérèglement ne va pas sans coût. L'étude effectuée par le Centre de recherches critiques sur le droit (CERCRID)⁸⁷ a clairement mis en relief ce coût de la durée du procès qui se révèle particulièrement élevé lorsque le créancier d'une obligation monétaire doit attendre des mois ou même des années pour voir sa créance échue acquérir la liquidité qui lui permet de devenir exigible. Ce coût est encore plus élevé pour le créancier d'une restitution qui a été dépourvu pendant une certaine durée, d'une somme d'argent qui, à l'origine, lui appartenait. En effet, restituer c'est modifier le passé. Or, pour modifier le passé, il ne suffit pas d'imposer la restitution des prestations réciproques. Il faut aussi prendre en compte le temps qui s'est écoulé entre le jour où la créance est sortie du patrimoine du créancier et celui où son retour ce patrimoine est ordonné, un vrai et complet

⁸³ Article préliminaire du Code de procédure pénale ; 16 du Code de procédure civile ; L. 5 du Code de justice administrative.

⁸⁴ Articles 7, 8, 10, 11 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, article 6 § 1 et 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, article 14 du Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques, article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, article 48 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne.

⁸⁵ Décision n° 76-70 DC du 2 décembre 1976, cons. 2, J.O. du 7 décembre 1976, page 7052 ; Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1978, n° s.n., p. 817, note L. Favoreu. Dans cette décision le Conseil constitutionnel a fait appel à la catégorie des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », aucune disposition de la Constitution ne garantissant explicitement les droits de la défense.

⁸⁶ F. Ost, préc., spéc. p. 9.

⁸⁷ CERCRID, « La prise en compte par le droit du coût de la durée du procès. Les intérêts de retard dans le procès civil », préc.

rétablissement du *statu quo ante* ne pouvant dès lors se réaliser qu'à travers une fictive rétroactivité qui permettrait au créancier de recouvrer sa créance telle qu'elle était lorsqu'elle était sortie de son patrimoine et qui met ainsi en relief, là aussi, une temporalité différente, artificielle.

Le coût de la durée du procès nécessaire pour officialiser l'existence d'une créance monétaire et la liquider, ainsi que celui de la durée de la procédure de rétablissement d'une concordance entre « la nouvelle réalité matérielle » et « la nouvelle réalité juridique résultant de l'examen rétrospectif » à suivre les termes de Pierre Hébraud, appellent, l'un comme l'autre, à être pris en compte par le Droit et c'est dans cette optique de synchronisation entre le temps judiciaire et le temps juridique que semble s'inscrire une partie des intérêts moratoires.

8. S'il n'est pas, en soi, nouveau, il est clair que le sujet des intérêts moratoires n'est pas des préférés de la doctrine. Plusieurs études ont ainsi été consacrées aux intérêts dans leur ensemble⁸⁸ mais peu nombreuses sont celles qui ont été consacrées aux seuls intérêts moratoires⁸⁹. Les auteurs du rapport du CERCRIID après avoir effectué un recensement des 2068 arrêts rendus par la Cour de cassation pour la période allant du 1^{er} janvier 1984 au 1^{er} avril 1998 dans lesquels étaient cités les (anc.) articles 1153, 1154 ou 1153-1 du Code civil, ont relevé ainsi « la distorsion considérable » entre le taux de publication au Bulletin des arrêts sélectionnés et « la faible représentation de ces décisions dans les revues juridiques privées, ainsi que la place

⁸⁸ F. David, thèse préc. ; R. Perrot, Les intérêts, préc. ; M. Boizard, Le régime juridique et fiscal des intérêts, thèse dactyl., Paris1, 1986 ; E. Caillemer, Des intérêts, thèse, Caen, 1871 ; G. Fau et A. Debeaurain, « Les intérêts », Ann. loyers 1990.969 ; M. Deleau-Deshayes, « Les intérêts », Rev. jur. com. 1978.329 ; C. Kleiner, « Les intérêts de somme d'argent en droit international privé (ou l'imbroglia entre la procédure et le fond) », Rev. crit. DIP 2009. 639.

⁸⁹ J. Prélôt, Intérêts moratoires, thèse, Paris, 1876 ; G. Aubery, Étude sur le taux de l'intérêt et les dommages-intérêts dans les créances de sommes d'argent. Commentaire de la loi du 7 avril 1900, Paris, 1901 ; CERCRIID, La prise en compte par le droit du coût de la durée du procès. Les intérêts de retard dans le procès civil, préc. ; Trichet (E.), Contribution au colloque « Le temps dans la réparation du préjudice », 25 janvier 2007, Les intérêts moratoires, Cycle Risques, assurances, responsabilités 2006-2007, deuxième conférence, publié sur le site de la Cour de cassation. L'analyse qui prend le plus de recul pour découvrir dans une perspective élargie le rôle et le fondement de ces intérêts moratoires demeure sans doute la remarquable thèse de F. Gréau, préc., qui a écrit aussi un article à ce sujet au répertoire de droit civil Dalloz (2016) intitulé « Intérêts des sommes d'argent ».

très réduite qu'occupe la question dans les ouvrages doctrinaux »⁹⁰ ce qui traduit un net désintérêt de la part de la doctrine de la question des intérêts⁹¹, même en matière d'arbitrage international où « nombreux restent les conseils et les arbitres qui abordent le problème des intérêts du bout de lèvres, jouets d'une réticence inconsciente et probablement étrangère au droit »⁹². Le chercheur a l'impression que la question des intérêts moratoires, quoique récurrente dans les décisions judiciaires relatives à une créance monétaire, passe sous silence, comme évitée. « Il est des sujets dont le potentiel à controverses est singulièrement élevé : la notion des intérêts en fait partie, ce qui explique certainement le peu d'empressement qu'ils suscitent dans la littérature juridique française. Les intérêts cumulent en effet plusieurs désavantages : ils ont trait à la monnaie - la mal-aimée du droit -, ils revêtent un caractère technique et sont suffisamment utilisés dans la vie quotidienne pour que point ne soit besoin de chercher à en comprendre le fonctionnement. Pourtant, dès que l'on franchit les premières barrières qui convient à s'en éloigner, la notion recèle une extraordinaire richesse »⁹³. C'est cette richesse qui lance au chercheur le défi, défi que nous tenterons de relever, d'observer le phénomène des intérêts moratoires, d'apprécier son hétérogénéité, d'analyser ses disparités et de tenter ainsi de trouver, dans toute cette diversité, un certain fil conducteur qui permettrait de rationaliser ce phénomène pour mieux le comprendre.

9. Si en droit libanais aucune intervention législative n'a eu lieu depuis la création des dispositions qui régissent les intérêts de retard dans le Code des obligations et des contrats⁹⁴ et dans le Code de procédure civile⁹⁵, la situation est bien différente en droit

⁹⁰ Rapport préc., n° 42.

⁹¹ A. Bénabent, « Le désintérêt des intérêts ? », Etudes offertes à Jacques Ghestin, le contrat au début du XXI^e siècle, LGDJ, 2001, p. 113.

⁹² Y. Derains, Intérêts moratoires, dommages-intérêts compensatoires et dommages punitifs devant l'arbitre international, Etudes offertes à Pierre Bellet, 1991, Litec, p. 101, n° 1

⁹³ C. Kleiner, préc., n° 63.

⁹⁴ Ce code qui date de 1932 demeure dans la plupart de ses dispositions très fortement inspiré du Code civil français.

⁹⁵ Celles-ci datent de 1983.

français où le législateur, suivant de près une jurisprudence prospère, est intervenu à plusieurs reprises afin de tenter d'éradiquer les divergences qui ont pu surgir à ce sujet sans toutefois que son intervention soit systématisée. En effet, il est clair qu'il n'existe pas en droit français, comme en droit libanais d'ailleurs, une théorie générale de l'intérêt moratoire qui permettrait au chercheur de trouver aisément une réponse à tous les questionnements qui peuvent se poser à lui à cet égard. M. Perrot souligne ainsi à ce propos comment le législateur français intervient au coup par coup, sans véritables lignes directrices et « n'a jamais cessé de considérer le problème des intérêts comme un accessoire que l'on peut se permettre de résoudre à la sauvette, alors que de plus en plus, ce problème devient à son tour l'objet principal de très sérieuses contestations dont la solution est parfois fort malaisée »⁹⁶. En effet, les modifications apportées aux dispositions législatives régissant les intérêts moratoires ont à chaque occasion été ponctuelles, sans l'effort de systématisation nécessaire pour une compréhension globale de ce phénomène juridique complexe. Ce manque d'approfondissement des aspects théoriques d'une question qui est encore perçue comme faisant part de la « cuisine technique » plutôt que du « grand droit »⁹⁷, contribue largement à donner aux intérêts moratoires une image austère qui fait fuir le chercheur comme le praticien. Ajouté à un foisonnement des textes ayant trait directement ou indirectement à la question des intérêts moratoires, au sein et en dehors du Code civil⁹⁸, et dont le recensement exhaustif apparaît comme « une entreprise impossible »⁹⁹, ce manque de systématisation ne fait ainsi que rajouter à la brume de mystère qui enveloppe la matière dont les deux textes phares demeurent sans conteste les articles 1231-6¹⁰⁰ et 1231-7 du Code civil¹⁰¹.

⁹⁶ R. Perrot, Les intérêts, préc., p. 129.

⁹⁷ CERCRID, rapport préc., n° 42.

⁹⁸ On repère ainsi plusieurs dispositions relatives aux intérêts moratoires dans le Code de la consommation, le Code monétaire et financier et le Code général des impôts.

⁹⁹ CERCRID, rapport préc., n° 11.

¹⁰⁰ Auquel correspond en droit libanais l'article 265 du COC,

¹⁰¹ Cet article, lui, n'a pas d'équivalent en droit libanais mais la jurisprudence, comme naturellement, en applique les dispositions pour les décisions de première instance comme pour les décisions d'appel.

L'article 1231-6 du Code civil est venu, avec l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, reprendre en des termes similaires mais non identiques les dispositions de l'ancien article 1153 qui, lui, datait de 1804 et avait fait l'objet de plusieurs modifications législatives sous l'impulsion de la jurisprudence¹⁰². Cet article vise « l'obligation de somme d'argent » et pose comme principe dans son premier alinéa que les dommages et intérêts dus à raison du retard dans le paiement d'une telle obligation « consistent dans l'intérêt au taux légal, à compter de la mise en demeure ». Le juge est donc tenu d'accorder ces intérêts au taux légal à compter de la mise en demeure, « sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte » (alinéa 2). Pour atténuer la rigidité de cette solution qui était admise depuis 1804 et qui ôtait au juge tout pouvoir d'appréciation de telle sorte qu'il ne pouvait accorder au créancier une indemnisation supérieure à ces intérêts au taux légal, le législateur était intervenu par la loi du 7 avril 1900 pour ajouter un quatrième alinéa à l'ancien article 1153 du Code civil¹⁰³ qui permet au juge d'accorder une indemnisation supplémentaire¹⁰⁴ au créancier « auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard ». A la suite de l'ancien article 1153 venait l'ancien article 1154, datant lui aussi de 1804. Cet article organisait un régime spécifique du retard dans le paiement des intérêts de telle sorte que ces intérêts, sous certaines conditions, pouvaient produire eux-mêmes des intérêts moratoires dits « composés » et ses dispositions ont été reprises au sein du nouvel article 1343-2¹⁰⁵. Dans le cadre de la loi du 5 juillet 1985 sur les

¹⁰² Sur les grands de cette évolution, v. G. Cornu, Regards sur le titre III du livre III du Code civil. « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général » (Essai de lecture d'un titre du Code), Les Cours de droit, 1977.

¹⁰³ Dont les dispositions seront par la suite reprises au sein d'un troisième alinéa de l'article 1231-6 du Code civil après la réforme de 2016.

¹⁰⁴ « Des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance » selon les termes de l'ancien article 1153, « des dommages et intérêts distincts de l'intérêt moratoire » selon les termes du nouvel article 1231-6.

¹⁰⁵ Quant à lui, l'ancien article 1155 qui régissait le retard de certaines obligations monétaires périodiques comme les revenus échus, tels que fermages, loyers, arrérages de rentes perpétuelles ou viagères, et qui a été considéré par la doctrine comme « le droit d'une erreur historique » (F. Gréau, thèse préc., n° 8, note 60 et n°173 et s.) puisqu'il continuait à fixer le départ des intérêts à compter du jour de la demande en justice alors que par la loi du 7 avril 1900 le législateur avait substitué le jour de la sommation de payer à celui de la demande en justice, a été abrogé par l'ordonnance n° 2016-131 sans que ses dispositions soient reprises.

accidents de la circulation, un nouvel article 1153-1 a été ajouté au Code civil juste après l'ancien article 1153. Cet article qui vise toute « condamnation à une indemnité », expression qui s'avère en réalité assez malheureuse puisque la distinction entre créances indemnitaires et créances non indemnitaires ne semble pas suffire pas, à elle seule, à rendre compte de la jurisprudence particulièrement complexe qui a été élaborée à propos de la délimitation des champs d'application respectifs de l'(anc.) article 1153 et de l'(anc.) article 1153-1 Code civil¹⁰⁶ mais qui a quand même été reprise au sein du nouvel article 1231-7 du Code civil, a ainsi érigé en principe une solution déjà ancienne dégagée par la jurisprudence depuis 1936¹⁰⁷ et qui est celle du départ des intérêts moratoires sur ce genre de créances monétaires à compter du prononcé de la décision : « en toute matière, la condamnation à une indemnité emporte intérêts au taux légal même en l'absence de demande ou de disposition spéciale du jugement. Sauf disposition contraire de la loi, ces intérêts courent à compter du prononcé du jugement (...) ». La solution en cas d'appel est la suivante : « en cas de confirmation pure et simple par le juge d'appel d'une décision allouant une indemnité en réparation d'un dommage, celle-ci porte de plein droit intérêt au taux légal à compter du jugement de première instance ». Dans les autres cas, c'est-à-dire si le montant de l'indemnité allouée par le juge de première instance est augmentée ou diminuée, « l'indemnité allouée en appel porte intérêt à compter de la décision d'appel ». Que ce soit en première instance ou en appel, il est toujours possible au juge de déroger à ces dispositions.

Alors que le droit français se singularise par son absence de distinction, ne serait-ce dans leur appellation, entre les intérêts de l'article 1231-6 et ceux de l'article 1231-7, il en est autrement dans des droits voisins. Le droit suisse à titre d'exemple, pour désigner les intérêts postérieurs à la décision judiciaire qui s'ajoutent au montant de la condamnation et les distinguer de l'intérêt moratoire, utilise la notion de l'intérêt

¹⁰⁶ En dépit de leur place dans le Code civil dans une subdivision relative au contrat et ses effets, il n'est pas contesté que l'article 1153-1, et après lui l'article 1231-7, visent non seulement les indemnités de responsabilité contractuelle mais aussi celles de responsabilité délictuelle. La jurisprudence en a étendu l'application à des indemnités quasi-contractuelles et légales (1re partie n° 99 et 100) mais aussi à certaines créances monétaires qui n'ont pas de caractère indemnitaire bien net (1re partie n°101).

¹⁰⁷ Cass. civ., 5 novembre 1936, DH. 1936.585 ; S. 1937.1.26 ; Gaz. Pal. 1937.1.15. Dans cet arrêt, la Cour de cassation énonce une formule qui va devenir rituelle pendant près de 50 ans : « une créance délictuelle ou quasi-délictuelle n'existe et ne peut donc produire d'intérêts moratoires que du jour où elle est allouée judiciairement, la victime n'ayant, jusqu'à la décision de justice qui lui accorde une indemnité, ni titre de créance, ni droit reconnu dont elle puisse se prévaloir ».

compensatoire qui est ainsi destiné à compenser le préjudice subi par la victime du fait que la créance dont elle est titulaire, en principe exigible dès la survenance de l'événement dommageable, ne lui est pas versée immédiatement¹⁰⁸. Le droit allemand, dans le même contexte, distingue les *Verzugzinsen* (intérêts de retard) de l'article 288 BGB des *Prozeßzinsen* (intérêts processuels ou judiciaires) définis à l'article 291 BGB et qui sont dus sur une obligation de somme d'argent par le débiteur, même s'il n'est pas en retard, à compter de la date du commencement du litige¹⁰⁹. Le droit anglais, lui aussi, distingue les intérêts postérieurs au jugement des intérêts antérieurs au jugement. D'ailleurs, à l'inverse du droit français, les intérêts sur une condamnation à une indemnité ont existé dans ce droit bien avant ceux octroyés pour le retard dans le paiement d'une créance monétaire. Ils résultent de l'article 17 du *Judgments Act* de 1838 sous le titre « Judgment debts to carry interest », modifié par l'article 44 (1) du *Administration of Justice Act* de 1970, qui prescrit le taux d'intérêt portant sur le montant d'une condamnation prononcée par une *High Court* courant à partir du jugement¹¹⁰, et de l'article 74 du *County Courts Act* de 1984 qui autorise le Lord Chancellor à octroyer des intérêts courant sur un jugement ou une ordonnance (*order*) d'une *County Court* dont le montant s'élève au moins à 5 000 £. Il a été décidé que le juge ne peut avancer cette date sans violer la loi¹¹¹.

10. La place qu'occupent les deux articles 1231-6 et 1231-7 qui constituent les textes de base en la matière au sein d'une sous-section intitulée « la réparation du

¹⁰⁸ H. Schönle, « Intérêts moratoires, intérêts compensatoires et dommages-intérêts de retard en arbitrage international », in *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bale/Francfort, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 649, spéc. p. 653 et 659.

¹⁰⁹ Art. 291 BGB : « Le débiteur, même s'il n'est pas en retard, doit payer des intérêts sur une obligation de somme d'argent à compter de la date du commencement du litige ; si la dette n'échoue que plus tard, des intérêts doivent être payés à compter de cette date ». La doctrine considère ainsi que les intérêts de l'article 291 BGB représentent le coût d'un risque supplémentaire, dont le débiteur, qui choisit de ne pas réparer immédiatement le dommage et courir le pari du procès, doit assumer la charge (V. M. Löwisch, W. Selb, J. von Staudingers *Kommentar zum BGB*, § 255-292, 13e éd., Berlin, Sellier/de Gruyter, 1995, § 291, n° 2 s.).

¹¹⁰ Pour les jugements prononcés après le 1^{er} avril 1993, le taux est de 8 %. Celui-ci peut être modifié par un *statutory instrument*.

¹¹¹ *Nykredit Mortgage Bank Plc. c/ Edward Erdman Group Ltd* [1997] 1 W.L.R. 1627 HL. Sur tout ceci, V. Chitty on Contracts, Chitty on Contrats, 33rd éd. par H.G. Beale, vol. 1, *General Principles*, Londres, Sweet & Maxwell, 2020, n° 26-184.

préjudice résultant de l'inexécution du contrat » d'une section du Code civil relative à l'inexécution du contrat laisse déjà deviner une filiation entre les intérêts qu'ils prévoient et la responsabilité civile. Cette filiation qui transparait clairement dans les termes de l'article 1231-6 où les intérêts moratoires « dus à raison du retard dans le paiement d'une obligation de somme d'argent » sont désignés par les termes « les dommages et intérêts » est, dans son principe, admise depuis longtemps en droit français et n'est plus à démontrer. Elle est aussi admise dans plusieurs droits voisins du droit français. Ainsi en droit civil allemand et suisse, l'intérêt moratoire est lié à un retard du débiteur dans l'exécution d'une obligation de somme d'argent. L'article 288 BGB dispose en son alinéa premier que toute obligation monétaire porte intérêt pendant la période de retard. Le taux d'intérêt de retard est égal au taux d'intérêt de base annuel majoré de cinq points¹¹². L'article 286 BGB, intitulé « Verzug des Schuldners » (retard du débiteur) » définit celui-ci comme étant la conséquence du défaut de paiement après une mise en demeure par le créancier, le deuxième alinéa déterminant ensuite les circonstances qui dispensent le créancier de mettre en demeure son débiteur qui se retrouve alors immédiatement, depuis le jour de l'échéance de sa dette, en situation de défaut de paiement¹¹³. En droit suisse, l'article 104 alinéa 1 du Code des obligations dispose que le débiteur qui est en demeure pour le paiement d'une somme d'argent doit l'intérêt moratoire à 5 % l'an avec possibilité de convenir d'un taux supérieur¹¹⁴ et l'article 102 définit la mise en demeure comme étant une interpellation du débiteur d'une créance exigible par le créancier, et prévoit dans son alinéa 2 que lorsque le jour de l'exécution a été déterminé d'un commun accord, ou fixé par l'une des parties en vertu d'un droit à elle réservé et au moyen d'un avertissement régulier, le débiteur est mis en demeure par la seule expiration de ce jour, la créance devenant alors exigible au jour de son échéance. Le droit belge consacre, lui aussi, une règle selon laquelle les

¹¹² V. « Les sanctions de l'inexécution du contrat en droit allemand » par F. Ranieri, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé, op. cit., chap. XVIII, n° VI.

¹¹³ La mise en demeure n'est de même pas nécessaire, aux termes de l'alinéa 3 de l'article 286 BGB, lorsqu'à l'issue d'un délai de trente jours, le débiteur n'a toujours pas exécuté son obligation de payer mais, à l'encontre d'un consommateur, ce délai ne court que si ce dernier en a été dûment informé.

¹¹⁴ Les sanctions de l'inexécution des contrats : questions choisies - Exposé du droit suisse et regard comparatif sur les droits belge et français par Pierre Wessner in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé, sous la direction de M. Fontaine et G. Viney, Bruylant- LGDJ 2001, chap. XXI, n° 29 à 31.

intérêts légaux sont dus en cas de retard dans le paiement d'une dette d'argent¹¹⁵. Il en est de même dans plusieurs pays arabes tels l'Égypte, la Libye, l'Irak et la Syrie avec des différences dans les taux appliqués¹¹⁶. En droit libanais le choix par l'article 265 du COC des termes « dommages-intérêts moratoires » témoigne, lui aussi, de la filiation dans l'esprit du législateur entre les intérêts moratoires sur la dette qui « a pour objet une somme d'argent » et la responsabilité civile¹¹⁷.

Si les termes de l'article 1231-6 du Code civil reflètent clairement la filiation entre les intérêts moratoires qu'il prévoit et la responsabilité civile, l'article 1231-7 semble, quant à lui, nettement plus réservé dans ses termes à cet égard et dispose seulement que l'indemnité « porte » ou « emporte » intérêt. Ceci n'a pas empêché la doctrine et la jurisprudence d'envisager les solutions prévues dans cet article à travers le prisme de la responsabilité civile pour considérer que la solution de principe qu'il prévoit concernant le cours des intérêts moratoires sur les créances indemnitaires à compter du prononcé du jugement s'explique par le fait que c'est à la date où le juge constate la créance indemnitaire et en fixe le *quantum* qu'il la rend liquide et exigible, et que seule cette exigibilité justifie, en termes de responsabilité du débiteur, qu'il soit tenu à payer des intérêts moratoires qui sont, dans cette optique, conçus comme une simple variante de dommages-intérêts moratoires, consacrant ainsi implicitement l'idée que le préjudice subi par le créancier demandeur à l'action pendant la période antérieure, qui ne pouvait être imputé au débiteur condamné en application des règles de la responsabilité civile, ne devait pas être supporté par lui, ce qui le laisse à la charge du créancier.

Il est donc clair que, dans les esprits, la filiation entre les intérêts moratoires et la responsabilité est naturelle, presque intuitive. Ceux-ci ne seraient ainsi que la forme que prennent les dommages-intérêts lorsqu'il s'agit de compenser le préjudice

¹¹⁵ « Les dommages et intérêts accordés au titre de la réparation d'un dommage contractuel » par I. Durant et N. Verheyden-Jeanmart, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé, op. cit.*, chap. VIII, n° 34 à 51.

¹¹⁶ V. J. Ortscheidt, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, Dalloz 2001, n° 499.

¹¹⁷ Cet article dispose, dans son alinéa 1^{er}, que « lorsque la dette a pour objet une somme d'argent, les dommages-intérêts moratoires consistent, en l'absence de clause contraire dans la convention ou dans la loi, dans les intérêts de la somme due calculés d'après le taux légal » .

moratoire causé au créancier par le retard dans le paiement d'une obligation monétaire. Versés dans le contenant de la responsabilité, les intérêts moratoires en prennent la forme, dans les conditions de leur naissance comme dans leur fonction qui est essentiellement réparatrice. L'exigibilité de la créance est alors leur élément déclencheur sans lequel l'idée d'un retard, et donc d'une défaillance de la part du débiteur, est, ou doit logiquement être, exclue. Dans cette optique, l'exigibilité semble dépasser une approche purement temporelle où elle se confondrait avec l'échéance de la créance, elle-même marquée par plusieurs incertitudes notamment quant à sa détermination et quant aux effets du terme échu, pour une autre approche plus restrictive où elle est définie comme étant le droit plus précis pour le créancier de réclamer le paiement de la créance par le biais de l'exécution forcée et dans laquelle elle suppose non seulement l'échéance de la créance mais aussi sa certitude et sa liquidité. Or, si certaines créances monétaires sont liquides avant toute intervention du juge, cette liquidité « objective »¹¹⁸ ou « relative »¹¹⁹, qui doit être distinguée de la liquidité « subjective » ou « absolue » qui disparaîtrait du seul fait de la contestation sur le montant de la créance, n'est pas acquise pour d'autres créances et nécessite une intervention judiciaire. La question n'est pas sans importance puisqu'elle constitue la clé de répartition entre les deux types de créances monétaires des articles 1231-6 et 1231-7 du Code civil et suscite, dans son application, plusieurs hésitations quant à la qualification de certaines créances dont notamment l'obligation de l'assureur de responsabilité poursuivi directement par la victime du dommage à laquelle la Cour de cassation appliquait au départ la solution de l'(anc.) article 1153-1 du Code civil mais qu'elle a par la suite fait rentrer, non sans forçage, dans le giron de l'(anc.) article 1153 mais aussi quant à la qualification de la créance subrogatoire du tiers-payeur qui a payé la victime et qui se retourne contre le responsable du dommage et pour laquelle la Cour de cassation, après plusieurs revirements, a généralisé l'application de la solution issue de l'ancien article 1153 du Code civil du cours des intérêts à compter de la mise en demeure .

¹¹⁸ Terme utilisé par E. Putman.

¹¹⁹ Terme utilisé par J. Carbonnier.

Condition pourtant consubstantielle à l'idée de tout retard perçu dans une logique de responsabilité, il semble que l'exigibilité de la créance monétaire est parfois bizarrement ignorée par la Cour de cassation dans certains arrêts ce qui suscite de légitimes interrogations sur la ténacité du lien entre les intérêts moratoires et la responsabilité civile. Il en est ainsi lorsqu'il s'agit de compenser le préjudice occasionné par le retard dans le paiement des intérêts simples par l'octroi d'intérêts composés, certaines solutions admises dans le cadre de l'application de l'anatocisme de l'(anc.) article 1154 du Code civil¹²⁰ témoignant d'une douteuse indifférence à l'égard de l'exigence d'une exigibilité des intérêts simples comme condition de leur capitalisation. Ainsi a-t-il été décidé que les intérêts moratoires dus en application de l'(anc.) article 856 du Code civil¹²¹ par un héritier tenu au rapport en valeur d'une libéralité pouvaient être capitalisés dans les conditions de l'(anc.) article 1154 bien que ces intérêts qui commençaient à courir dès l'ouverture de la succession n'étaient exigibles qu'au jour de la clôture des opérations de liquidation par le partage¹²². La Cour de cassation avait repris la même solution pour les intérêts dus en application de l'article 1473 alinéa 1^{er} du Code civil sur les récompenses consécutives à la dissolution du régime de la communauté légale alors que si ces intérêts courent bien à partir de la dissolution, ils ne deviennent exigibles qu'avec la clôture des opérations de liquidation qui, seule, permet de déterminer les droits et obligations respectifs de chacun des époux¹²³. Elle en est même arrivée à affirmer, plus d'une fois, que la circonstance que le paiement n'était pas exigible à la date de la demande de capitalisation ou que la dette

¹²⁰ Dont les dispositions ont été reprises après la réforme de 2016 à l'article 1343-2 du Code civil.

¹²¹ Dans sa version antérieure à la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006.

¹²² Cass. civ. 15 février 1865, DP 1865. 1429 ; 8 décembre 1884, DP. 1886.1.74). Cette solution avait été rendue sous l'ancien art. 856 aujourd'hui modifié par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006. Depuis cette modification les intérêts ne sont dus qu'à compter du jour où le montant du rapport est déterminé, c'est-à-dire le jour de la clôture des opérations de liquidation par le partage. La question de la capitalisation des intérêts pour la période antérieure au partage ne se pose donc plus.

¹²³ Cass. civ. 1^{re}, 16 avril 1996, Rep. Def. 1996.1443 n° 168, obs. Champenois ; Gaz. Pal. 1997.1 somm. 202, obs. H. Croza et Ch. Morel

avait été payée à la date ultime convenue entre les parties ne saurait faire obstacle à la capitalisation¹²⁴ !

11. Les intérêts moratoires évoluant dans le cadre classique de la responsabilité civile ne s'appuient pas uniquement sur un retard juridiquement imputable au débiteur mais aussi et surtout sur un préjudice. L'attachement du droit positif français au préjudice comme *condition sine qua none* de la responsabilité civile, même à l'époque où le Code civil ne l'exigeait pas formellement dans ses textes, a été réaffirmé par l'ordonnance n° 2016-131¹²⁵, et explique d'une part que ce droit ne reconnaît pas encore, malgré un fort courant doctrinal favorable à leur instauration¹²⁶, les dommages-intérêts punitifs que connaissent par exemple, sous certaines formes et à certaines conditions, les États-Unis¹²⁷ et d'autre part que le préjudice moratoire, prouvé ou présumé, subi par le créancier d'une obligation monétaire demeure une condition de l'octroi d'intérêts moratoires. Le droit français se démarque sur ce plan de plusieurs droits voisins où l'octroi d'intérêts moratoires au créancier constitue tout simplement

¹²⁴ Cass. civ. 1^{re}, 21 mai 1997, pourvoi n° 95-13.175. 1^{re} partie n°218. La même chambre réaffirmera la solution de ce dernier arrêt, en des termes identiques, par une autre décision rendue le 6 octobre 2011 (Cass. civ. 1^{re}, 6 octobre 2011, pourvoi n° 10-23742).

¹²⁵ Cette ordonnance a clairement réaffirmé la nécessité de lier l'inexécution contractuelle à un préjudice comme en témoigne le titre de la sous-section relative aux dommages et intérêts : « la réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat (articles 1231 à 1231-7)».

¹²⁶ G. Viney, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, 4^e éd., 2019, LGDJ, nos 74-5 et s.; S. Carval, *La responsabilité civile dans sa double fonction de peine privée*, 1995, LGDJ ; Ph. Le Tourneau, *Parasitisme. Régime juridique*, J.-Cl. Conc. Consum., fasc. n° 228, spéc. n° 30 : « Nous militons depuis 1972 pour l'admission en Droit français des dommages et intérêts punitifs lorsque l'auteur du dommage a commis une faute caractérisée », Y. Picod, *La concurrence déloyale. Rapport français*, in *Trav. de l'Association H. Capitant, La concurrence, Journées marocaines de 2006*, spéc., p. 164 s. ; M. Béhar-Touchais [sous la dir. de], *Faut-il moraliser le droit français de la réparation des dommages ?* LPA, nov. 2002, numéro spécial ; J.-L. Baudouin, *Les dommages et intérêts punitifs : un exemple réussi d'emprunt à la common law*, *Mél. Malinvaud*, 2006, Litec, p. 101 ; L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, préf. G. Viney, 1997, LGDJ, nos 312 et s. ; J. Bourthoumieux, *Domages punitifs*, *RGDA* 1996, 861 ; G. Maitre, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, préf. H. Muir Watt, 2005, LGDJ, nos 303 et s. ; S. Piedelièvre, *Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir ?*, *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle*, *RCA* juin 2001, chron. 68 ; D. Fasquelle, *Concurrence déloyale. Amendes civiles ou dommages punitifs ?* in *Conquête de la clientèle et droit de la concurrence*, *Gaz. Pal.* 2001. 2. doctr. 9 ; *L'existence de fautes lucratives en droit français*, in *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?* LPA 20 nov. 2002, n° 232, p. 27 s.

¹²⁷ Contrairement aux souhaits d'une grande partie de la doctrine, l'ordonnance n° 2016-131 n'a fait aucune référence aux dommages-intérêts punitifs qui auraient décroché la réparation du préjudice.

un droit pour ce dernier, sans qu'aucune référence soit faite à un préjudice moratoire. Il en est ainsi en droit allemand où l'article 288 BGB ne mentionne même pas le préjudice du créancier et dispose que lorsque le débiteur est en défaut de paiement, le créancier *a droit* à des intérêts moratoires. Il en est ainsi aussi dans le code des obligations suisse qui prévoit dans son article 104 alinéas 1^{er} à 3 que le débiteur en demeure d'une somme d'argent doit l'intérêt moratoire, peu importe que le retard ne lui soit pas imputable à faute et que l'intérêt moratoire est dû même si le créancier n'éprouve aucune perte¹²⁸. Tel aussi est le système adopté par Unidroit dans son article 7.4.9 qui dispose qu'en cas de non-paiement d'une somme d'argent à l'échéance, le créancier *a droit* aux intérêts de cette somme entre l'échéance et la date du paiement, qu'il y ait ou non exonération. L'article 78 de la convention de Vienne concernant la vente internationale de marchandise ne fait, lui aussi, aucune référence au préjudice du créancier, celui-ci ayant tout simplement droit à des intérêts.

Le préjudice moratoire causé au créancier par le retard dans l'exécution d'une obligation monétaire constitue sans doute une variante assez originale de préjudice et présente plusieurs particularités qui se reflètent sur le régime juridique des intérêts moratoires qui le compensent. Si sa réparation demeure soumise, comme pour tout préjudice, au principe de la réparation intégrale sans perte ni profit de la victime¹²⁹, le préjudice moratoire présente des spécificités liées à la nature monétaire de l'obligation que le débiteur tarde à exécuter et qui font que ce préjudice est le plus souvent irréfragablement présumé et forfaitairement réparé. En effet, le principe de l'évaluation forfaitaire du préjudice moratoire pour les obligations monétaires par référence à un taux légal fait l'unanimité en droit français et libanais mais aussi en droit comparé et international malgré les multiples critiques qui ont pu lui être adressées. Les intérêts moratoires au taux légal, par la réparation forfaitaire du préjudice moratoire qu'ils opèrent, se veulent ainsi un moyen de faciliter l'évaluation de ce préjudice perçu, à tort

¹²⁸ Le droit à l'un intérêt moratoire a même été élevé en droit suisse au rang de principe général dans un arrêt récent du Tribunal fédéral du 29 janvier 2009 dans lequel il déclare que « l'obligation du débiteur en demeure de verser des intérêts sur les dettes d'argent n'est pas seulement une règle du Code des obligations (art. 104 al. 1 CO), mais un principe général de droit non écrit, applicable aussi en droit public » (2C.546/2008, RDAF 2009. II. 99-108).

¹²⁹ Principe bien cher à la jurisprudence et qui serait consacré dans les textes si la proposition de loi n°678 présentée par le Sénat le 29 juillet 2020 et portant réforme de la responsabilité civile venait à être adoptée.

ou à raison, comme insaisissable pour le juge et imprévisible pour le débiteur. Dans cette logique on ne comprend toutefois pas pourquoi, au regard des principes généraux de la responsabilité civile, tous les préjudices moratoires causés par le retard dans le paiement d'une obligation monétaire ne seraient pas réparés dans des conditions identiques et pourquoi la réparation du préjudice moratoire supplémentaire, concret et variable, de l'article 1231-6, alinéa 3, du Code civil, malheureusement appelé encore jusque-là préjudice « indépendant » du retard, serait soumise à une preuve de la mauvaise foi du débiteur. Alors que le préjudice moratoire est en principe, pour les obligations monétaires, irréfragablement présumé, cette exigence de mauvaise foi qui semble accorder au débiteur « une faveur imméritée »¹³⁰ est pourtant écartée dans plusieurs voisins du droit français tels le droit italien et le droit allemand mais aussi dans la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, les Principes du droit européen des contrats et les principes Unidroit. Ajoutée à une automaticité dans l'octroi des intérêts au taux légal que la loi a prévu explicitement pour les obligations monétaires de l'(anc.) article 1153-1 du Code civil et que la jurisprudence a étendu à celles de l'(anc.) article 1153, l'évaluation forfaitaire fait apparaître les intérêts moratoires comme de simples accessoires de la créance principale, non comme une variété de dommages-intérêts, ce qui rend légitime, là aussi, le questionnement sur la réalité du lien qui les unit à la responsabilité civile.

12. Se trompe donc celui qui pense que toute la question des intérêts moratoires peut se résoudre en une application automatique de la responsabilité civile à un préjudice qui est spécial dans sa nature et dans sa cause et qui appelle de ce fait à une simple adaptation des règles de cette institution pour rendre compte de sa spécificité. On le pressent déjà. En effet, si la réflexion en termes de responsabilité rend compte d'une grande partie des intérêts moratoires à visée indemnitaire qui demeurent liés à un fait générateur imputable au débiteur en causalité avec un préjudice de retard, la pratique montre néanmoins que ce phénomène constitue plus un kaléidoscope qu'un monochrome et qu'une réflexion exclusive en ces termes risque d'induire en erreur

¹³⁰ M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français, Obligations*, 2^e partie, avec le concours de P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, t. VII, préc., n° 879.

puisqu'elle demeure fragmentaire et ne rend pas compte de la réalité tous les intérêts moratoires qui, dans certains de leurs aspects, semblent y échapper.

Le premier aspect de la diversité du phénomène se manifeste dans la pluralité des fonctions attribuées aux intérêts moratoires. En effet, on remarque le foisonnement en droit contemporain d'hypothèses où la fonction traditionnellement indemnitaires de ces intérêts moratoires semble s'infléchir au profit d'une fonction comminatoire indéniable qui devient parfois prééminente. Il en est ainsi des intérêts moratoires dus sur la créance monétaire constatée dans la décision judiciaire pour la période postérieure à son prononcé qui, fortement majorés à l'expiration d'un délai de deux mois à compter du jour où la décision de justice est devenue exécutoire, fût-ce par provision¹³¹ s'inscrivent dans un mouvement de plus en plus large, dans la loi ainsi que dans la jurisprudence, dans le sens d'une autonomie d'un droit effectif à l'exécution de la décision judiciaire devenu, en droit européen d'abord, en droit constitutionnel français ensuite, la troisième grande garantie du procès équitable après le droit d'accès à un tribunal et le droit à une bonne justice, et visent ainsi à exercer une contrainte indirecte accrue sur le débiteur condamné pour le pousser à payer dans les plus brefs délais. Ces intérêts qui se distinguent par leur automatisme mais aussi par une menaçante possibilité de majoration semblent ainsi aller au-delà d'un éventuel préjudice, prouvé ou présumé, dont aurait souffert le créancier et constituent plus une mesure de coercition dont le but est de pousser le débiteur à exécuter promptement l'ordre du juge, qu'un moyen de réparation du préjudice moratoire subi par le créancier qui, dans son montant, reste normalement couvert par les intérêts moratoires au taux simple, ce dont témoigne d'ailleurs la faculté d'exonération ou de réduction de la majoration reconnue par la loi au juge de l'exécution. Quoique la prééminence de leur fonction comminatoire, surtout lorsqu'ils sont majorés, fait suspecter une mutation dans la nature même des intérêts moratoires postérieurs à une décision de condamnation, les solutions jurisprudentielles concernant la continuation du cours des intérêts simples pendant le délai de grâce et la possibilité d'un éventuel cumul avec l'astreinte témoigne toutefois de l'attachement de la jurisprudence comme du législateur à une nature essentiellement indemnitaires de ces intérêts moratoires.

¹³¹ Article L.313-3 C. mon. et fin. issu de la loi n° 75-619 du 11 juillet 1975.

Même avant la condamnation, la contrainte que visent à exercer les intérêts moratoires sur certains débiteurs est visible dans plusieurs textes spéciaux comme les articles L. 211-9, L.211-13 et L. 211-17 C. ass. issus de la loi du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation qui, sous la menace d'une majoration du taux légal de l'intérêt, visent à inciter les assureurs de responsabilité à formuler le plus rapidement possible une offre d'indemnisation aux victimes d'un accident de la circulation et à imposer un paiement rapide des sommes convenues. La visée comminatoire que poursuit le législateur se manifeste aussi dans d'autres textes par l'instauration d'intérêts à des taux plus élevés que le taux légal. Parmi d'autres assez nombreux, on pense notamment à l'article L.441-10 du Code de commerce qui instaure des « pénalités de retard » visant à lutter contre les délais de paiement entre professionnels dans le secteur de la grande distribution, à l'article 1727 du Code général des impôts qui établit des « intérêts de retard » visant le retard de paiement du contribuable, ou encore à l'article L.132-16 du Code de la consommation qui vise le retard dans la restitution par le professionnel des sommes qu'il aurait indûment perçues sans engagement exprès et préalable du consommateur. Les hésitations jurisprudentielles sur la question de la détermination de la nature juridique de ces intérêts majorés, de ces « pénalités » ou de ces « intérêts de retard » jusqu'à ce que le Conseil d'Etat intervienne en 1988 pour affirmer la nature indemnitaire des intérêts de retard de l'article 1727 CGI¹³², que la Cour de cassation intervienne en 2012 pour décider clairement que « les articles L. 211-9 et L. 211-13 du Code des assurances ne dérogent pas aux dispositions de l'article 1154 du code civil qui s'appliquent de manière générale aux intérêts moratoires »¹³³ et qu'elle affirme en 2015 que la pénalité de retard prévue par l'article L.441-6 du code de commerce constitue un intérêt moratoire qui peut être capitalisé¹³⁴, avec les critiques doctrinales que ces solutions ont pu susciter,

¹³² Arrêt Grisoni, CE, 9 novembre 1988, Rec. CE., p 403 ; Dr. fisc. 1989, n° 1360, concl. B. Martin-Laprade ; Rev. jur. Fisc. 1989, n° 179. Il sera par la suite suivi dans cette position qui était essentiellement justifiée par une volonté de freiner l'application de la Conv.EDH à la matière fiscale par la Cour de cassation.

¹³³ Cass. crim., 2 mai 2012, n° 11-85.416, Bull. crim. 2012, n° 101 ; RGDA, 2012, 1046, note J. Landel ; Cass. civ. 2^e, 22 mai 2014, n° 13-14.698, Bull. civ., II, 2014, n° 115 ; Gaz. Pal. 14 oct. 2014, note. A. Bascoulergue.

¹³⁴ Cass. com., 10 novembre 2015, n° 14-15.968 P: D. 2015. Actu. 2372; AJCA 2016. 49, obs. Reynier et Bretzner ; JCP E 2015, n° 1601; CCC 2016, n° 42, obs. Malaurie-Vignal; RJDA 2016, n° 153.

montrent bien que la relation entre ces intérêts moratoires et la responsabilité civile n'est pas sereine et soulève encore plusieurs questionnements.

13. La diversité dans le phénomène des intérêts moratoires ne semble pas être due uniquement aux différentes fonctions qui peuvent leur être attribuées, à tort ou à raison. On la perçoit aussi dans la pluralité des préjudices moratoires que ces intérêts sont appelés à compenser. En effet, le préjudice moratoire que subit le créancier d'une obligation monétaire ne trouve pas toujours son origine dans un retard dans le paiement imputable à son débiteur. Lorsqu'il doit attendre pendant longtemps une décision judiciaire qui officialise sa créance et la liquide, la rendant de ce fait exigible, le demandeur à l'action subit un préjudice. Lorsqu'il perd pendant un laps de temps la possession d'une somme qui lui appartient et qu'il doit attendre que la restitution de cette somme soit ordonnée par le juge, le créancier subit un préjudice encore plus lourd dont l'amplitude est proportionnelle à ce laps de temps. Ces préjudices moratoires qui sont invariablement causés au créancier d'une somme monétaire par l'attente inévitable qui lui est imposée pour la reconnaissance et la liquidation de sa créance ou pour la restitution de son droit ne peuvent plus aujourd'hui passer inaperçus, surtout au regard de l'incapacité avérée de tous les systèmes judiciaires, aussi perfectionnés soient-ils, à délivrer une justice suffisamment rapide sans être pour autant déformée, d'où l'émergence d'une tendance contemporaine à regarder différemment le retard dont souffre le créancier d'une somme d'argent et à distinguer entre le retard subi par le créancier et celui subi par le demandeur au procès. Cette tendance fait écho à l'idée que le procès, par la temporalité qu'il impose, marque pour le créancier le passage d'un temps juridique à un temps judiciaire. Les intérêts moratoires qui se déploient dans un contexte processuel semblent ainsi être liés non à un retard subi par le créancier en sa qualité de détenteur d'une créance contre un débiteur mais à celui subi par le demandeur à l'action qui doit subir l'attente imposée par le procès avant d'obtenir une reconnaissance officielle de sa créance. De même, lorsque la procédure de liquidation du passé suppose un impossible retour *au statu quo ante* par un effacement rétroactif des effets d'une exécution devenue sans fondement, le créancier qui attend la restitution de la somme sortie de son patrimoine subit un préjudice de retard que les intérêts moratoires se proposent de compenser. Dans un cas comme dans l'autre, le préjudice

moratoire subi par le créancier ne peut logiquement être imputé au débiteur selon les règles classiques de la responsabilité puisque la dette ne devient exigible qu'avec le prononcé de la décision judiciaire et n'existe même pas encore pour les créances de restitution avant que l'anéantissement de l'acte, du contrat ou de la décision de justice ne soit intervenu. Ce préjudice semble tout simplement être lié au coût de la durée, au prix du temps qui passe.

14. L'hétérogénéité qui marque le phénomène des intérêts moratoires, à la fois dans les fonctions qu'ils remplissent et dans la nature des préjudices de retard qu'ils compensent, laisse ainsi présager les limites d'une appréhension exhaustive de ce phénomène à travers le prisme exclusif de la responsabilité qui menace de ce fait de devenir trompeuse. L'articulation de la fonction comminatoire de certains de ces intérêts moratoires avec la fonction traditionnellement réparatrice de la responsabilité civile qui est présentée comme leur fondement naturel ne semble pas évidente. Perdue entre la prééminence d'une fonction comminatoire qui semble prendre le dessus sur leur fonction traditionnellement réparatrice d'une part, et l'affirmation d'une nature essentiellement indemnitaire d'autre part, ces intérêts voient leur régime juridique compliqué avec des emprunts tantôt à l'idée de sanction tantôt à l'idée de réparation. Se pose alors avec acuité la question de l'opportunité, voire de la nécessité, d'un épurement de leur fonction qui les ramènerait dans les bras de la responsabilité civile où ils évoluent si naturellement. Les textes eux-mêmes présagent une tendance de la part du législateur à se départir d'un raisonnement strict en termes de responsabilité comme nous le montrent deux dispositions du Code civil, les articles 1682 et l'article 1473. L'article 1682 du Code civil fait ainsi courir l'intérêt sur le supplément du prix que doit payer l'acquéreur qui préfère garder la chose à compter du jour de la demande en rescision alors même que la somme sur laquelle portent ces intérêts n'est exigible qu'à compter de la décision par laquelle le juge se prononce sur l'existence de la lésion et sur la somme à payer pour le rachat de cette lésion. L'article 1473 al. 1^{er} du Code civil, quant à lui, fait courir les intérêts moratoires sur les récompenses dues par la communauté ou à la communauté à compter du jour de la dissolution de la communauté c'est-à-dire à compter du jour de l'assignation en divorce, bien que ces récompenses ne deviennent exigibles qu'avec la clôture des opérations de liquidation. Outre ces deux

textes ponctuels qui constituent des exemples, d'ailleurs forts rares, de l'exception légale que prévoit l'article 1231-7 du Code civil au cours des intérêts moratoires sur les condamnations à une indemnité à compter du prononcé du jugement¹³⁵, c'est dans les termes même de cet article que l'on perçoit l'hésitation du législateur. En effet, si la solution de principe qu'il édicte traduit l'attachement du droit français à une conception restrictive du retard qui n'est perçu qu'à travers le prisme étroit de la responsabilité civile et qui fait que le retard apporté à la liquidation de l'indemnité ne doit pas être supporté par le débiteur parce qu'il ne lui est pas imputable, le pouvoir octroyé au juge de « décider autrement » c'est-à-dire de décider que les intérêts moratoires sur les créances visées par cet article courront à une date différente que celle du prononcé du jugement¹³⁶, semble, par la largeur de sa portée, vider la solution de principe de son contenu et, du coup, remettre en cause la réalité du lien qui unit les intérêts moratoires de l'article 1231-7 du Code civil à la responsabilité civile. En effet, cette extension exceptionnelle de la période productive d'intérêts, faussement qualifiés au départ de compensatoires puis affirmés comme les intérêts moratoires qu'ils sont réellement après la reconnaissance par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation d'un pouvoir discrétionnaire à cet égard aux juges du fond¹³⁷, ne peut être expliquée au regard des règles classiques de la responsabilité qui supposent un préjudice moratoire en lien causal avec un retard de paiement d'une créance liquide et exigible. Le décrochage entre les intérêts moratoires qui courent antérieurement à la décision judiciaire et la créance qui représente le droit substantiel, exacerbé par le pouvoir du juge d'user d'office de la faculté qui lui est reconnue par la loi, laisse pressentir comme une rupture avec les règles de la responsabilité civile. Cette rupture est d'ailleurs perceptible dans la solution de principe prévue par le texte en cas d'appel lorsque le jugement de première instance est confirmé « purement et simplement » puisque les intérêts moratoires qui courent dans ce cas sur la créance consacrée dans le jugement à

¹³⁵ « Sauf disposition contraire de la loi » prévoit en effet cet article.

¹³⁶ La pratique montre que dans l'immense majorité des cas cette date sera avancée pour coïncider avec la date de l'assignation.

¹³⁷ Cass. ass. plén., 3 juillet 1992, n° 90-83.430, Bull. ass. plén., n° 7; JCP 1992. II. 21898. concl. D.-H. Dontenville, note A. Perdriau ; D. 1992. somm. 404, obs. Penneau, Gaz. Pal. 1993. I. somm. 116, obs. F. Chabas ; Defrénois 1992. 1453, obs. Aubert ; JCP 1993, I, 3678, n° 14, obs. L. Cadet ; RGAT 1992.903, note Ph. Rémy.

compter de la date ce dernier nonobstant l'effet suspensif de l'appel qui donne au débiteur condamné le droit de ne pas exécuter tant que ce jugement n'a pas été confirmé¹³⁸ ne semblent pas pouvoir être fondés, en dehors de tout abus d'ester en justice, sur une quelconque faute, ou fait, de sa part. Le sentiment d'une inadéquation de la réflexion en termes de responsabilité du débiteur est renforcé lorsque l'on voit que ces intérêts moratoires ne courent plus à compter du jugement de première instance mais seulement à compter de la décision d'appel du seul fait que le montant de l'indemnité est révisé par la cour d'appel à la baisse ou même à la hausse, comme si soudain, et pour cette seule et unique raison, le débiteur était en droit de ne pas payer en attendant la décision d'appel et ne pouvait plus être tenu pour responsable du retard préjudiciable au créancier pendant toute la période allant du jugement de première instance à la décision d'appel.

La relation entre les intérêts moratoires et la responsabilité civile semble de même être mise à rude épreuve quand il s'agit de restituer suite à un paiement indu, à l'anéantissement d'un contrat ou à l'annulation ou l'infirmité d'une décision de justice. Le temps a passé et avec son passage le créancier de la restitution a été dépourvu pendant une période plus ou moins longue d'une somme, non seulement qui lui était due comme dans le cas des créances indemnitaires, mais d'une somme qui lui appartenait. Vu que le sentiment de frustration sera souvent proportionnel au temps écoulé la question de la compensation du préjudice que le passage du temps a causé à ce créancier se pose avec encore plus d'acuité ce qui fait que le choix du point de départ des intérêts moratoires revêt une importance majeure. Avant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, le Code civil français ne contenait aucun texte écrit dans l'unique perspective de régler la question des restitutions, et malgré les efforts de clarification de la part de la doctrine et de la jurisprudence, la matière demeurait largement obscure. La solution énoncée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 3 mars 1995 selon laquelle « la partie qui doit restituer une somme qu'elle détient en vertu d'une décision de justice exécutoire n'en doit les intérêts au taux légal

¹³⁸ Il est vrai que depuis le décret n°2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile qui a généralisé l'exécution provisoire des décisions de première instance l'étendue effective de cet effet suspensif de l'appel a été considérablement réduite.

qu'à compter de la notification valant mise en demeure de la décision ouvrant droit à restitution »¹³⁹, outre qu'elle s'est heurtée à une forte résistance de la part des juges du fond qui ont continué, dans la grande majorité de décisions, à opter pour le jour du paiement de la somme à restituer comme point de départ des intérêts moratoires, ce qui a contraint la Cour de cassation à rappeler, à plusieurs reprises, la solution énoncée par son Assemblée plénière en 1995, s'éloigne inexplicablement de celle adoptée pour les restitutions consécutives à la disparition rétroactive d'un contrat pour lesquelles la Cour de cassation faisait courir les intérêts sur la créance de restitution à compter de la demande en justice. La divergence inexplicable dans des solutions qui s'appuient pourtant sur le même texte de l'ancien article 1153 du Code civil dont la Cour de cassation fait d'ailleurs une application fragmentaire qui le dévoie par une assimilation implicite de l'obligation de restituer à une obligation contractuelle de somme d'argent alors que les deux obligations sont en réalité très différentes, reflète l'incertitude de la réflexion juridique sur la question. Si les restitutions font leur grande entrée dans le Code civil avec l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 qui leur a consacré pas moins de dix articles (C. civ., art. 1352 à 1352-9)¹⁴⁰, témoignant ainsi de la volonté des auteurs de la réforme de rationaliser la matière et d'établir une espèce de droit commun des restitutions avec un régime juridique qui se veut unitaire et autonome avec un fondement simplement légal, il n'est pas sûr que cette réforme ait apporté toute la lumière nécessaire à une matière qui demeure empreinte de considérations subjectives liées à un raisonnement questionnable en termes de responsabilité civile où survit une douteuse distinction entre le débiteur de bonne foi et le débiteur de mauvaise foi, distinction qui serait d'ailleurs difficilement applicable aux restitutions consécutives à

¹³⁹ Cass. ass. plén., 3 mars 1995, n° 91-19.497, Bull. Ass. plén. n° 1, R. 1995, p. 333 ; BICC n° 407, 15 avr. 1995, concl. Jéol, note Séné ; D. 1995. 249, concl. Jéol ; JCP 1995. II. 22482, note Delebecque ; Gaz. Pal. 1995. 2. 372, concl. Jéol, note Ferrand ; RTDCiv. 1995. 687, obs. Perrot ; Petites Affiches 27 déc. 1995, n° 155, p. 22, note Y. Picod ; Procédures, 1995, n°5, note R. Perrot ; Rev. huissiers, 1995.829, concl. M. Jéol et rapport L. Séné. Sur l'ensemble de la question : V. David, thèse préc., n° 214 s. ; Gréau, thèse préc., n° 389 s. ; Hoonakker, Des intérêts dus sur les créances de restitution, D. 1999. chron. 328.

¹⁴⁰ Dont deux qui concernent les restitutions de sommes d'argent : l'article 1352-6 qui dispose que « la restitution d'une somme d'argent inclut les intérêts au taux légal et les taxes acquittées entre les mains de celui qui l'a reçue » et l'article 1352-7 qui poursuit que « celui qui a reçu de mauvaise foi doit les intérêts, les fruits qu'il a perçus ou la valeur de la jouissance à compter du paiement. Celui qui a reçu de bonne foi ne les doit qu'à compter du jour de la demande ».

l'infirmité ou à l'annulation d'une décision de justice¹⁴¹. Cherchant à répartir équitablement la charge de la dette de « retour en arrière » que suppose le rétablissement de la situation juridique antérieure, le législateur de 2016, suivant les pas de la jurisprudence antérieure, a tenté d'en ménager le débiteur sans sacrifier complètement les droits originaires du créancier de la restitution, laissant pour cela une large place à l'appréciation du comportement du premier. Toutefois, il est clair que la recherche d'un impossible équilibre entre les droits du créancier et ceux du débiteur de la restitution par le moyen d'un déplacement du curseur des intérêts moratoires sur le vecteur temps entre le jour du paiement originaire et celui de la demande de restitution, qui ne peut être que louable dans son principe, se fait au prix d'un critiquable glissement entre restitution et responsabilité et l'on se demande si cet objectif n'aurait pas pu être atteint autrement que par une extension artificielle de cette institution dont l'hégémonie, autrefois dénoncée par Henri Mazeaud dans une chronique demeurée célèbre¹⁴², semble absorber, des fois excessivement, les autres règles juridiques.

15. Alors qu'ils sont appelés à prendre compte de la belle diversité qui marque le phénomène des intérêts moratoires, il n'est pas sûr que les droits positifs français et libanais, dans leur état actuel, le font suffisamment. La réforme du droit des obligations et des contrats opérée en 2016 par l'ordonnance n° 2016-131, même avec l'innovation qu'elle a apporté concernant la consécration de textes spécifiques pour les restitutions, est demeurée statique sur ce plan avec un attachement aux solutions antérieures sans grand changement dans le sens d'une appréhension plus élargie de ces enfants du retard. La réforme attendue de la responsabilité civile qui a déjà fait l'objet d'un projet présenté par la Chancellerie le 13 mars 2017, et d'une proposition présentée par le Sénat le 29 juillet 2020, invitent à une nouvelle réflexion sur le sujet des intérêts moratoires, leur(s) fonction(s), leur(s) nature(s) et leur(s) fondement(s) et, à partir de

¹⁴¹ Hypothèses qui promettent de devenir beaucoup plus courantes avec la généralisation de l'exécution provisoire des décisions de première instance par le décret n°2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile.

¹⁴² H. Mazeaud, « L'absorption des règles juridiques par le principe de responsabilité civile », DH 1935, chr. 5.

là, à une réflexion sur le futur du ménage qui les unit, depuis bien longtemps, à la responsabilité civile.

En vérité, le débat n'est pas purement théorique. L'absence d'une théorie générale bien claire de l'intérêt moratoire conduit aujourd'hui au maintien de solutions légales et jurisprudentielles contestables qui, selon les termes de M. Bénabent, « présentent un caractère abrupt révélateur d'un souci d'éradiquer le contentieux plutôt que de le résoudre de façon harmonieuse » et qui demeurent sources de maintes contradictions¹⁴³. L'utilité pratique d'une étude approfondie qui permettrait de dégager les principes fondamentaux de l'intérêt moratoire et de trouver, dans l'hétérogénéité qui marque ce phénomène, une sorte de fil conducteur qui en permettrait une meilleure compréhension est indéniable surtout que la question est susceptible de se poser à chaque fois que le procès porte, en tout ou en partie, sur une somme d'argent. Pour étudier ce sujet qui risque de perdre le chercheur dans les méandres de ses diversités nous proposons de procéder à la manière d'un scientifique, par des expérimentations suivies de constatations qui permettront de tester la théorie. Dans un premier temps, il s'agit d'étudier les résultats obtenus par l'insertion des intérêts moratoires dans le récipient qui leur est naturellement le plus proche, c'est-à-dire la responsabilité civile, et d'observer ainsi comment s'articulent les dispositions légales et les solutions jurisprudentielles au sujet des conditions de l'octroi de ces intérêts moratoires, de leurs points de départ, de l'évolution de leur taux avec le passage du temps, et comment s'articule la perception que se font le législateur et la jurisprudence de la fonction et de la nature de ces intérêts, avec les règles fondamentales de cette institution. La coexistence est-elle paisible ou est-ce que certaines des solutions appliquées semblent perturber le lien qui unit les intérêts moratoires à la responsabilité ? A partir des résultats notés on pourrait être amené à envisager une éventuelle rupture de ce lien, ou au contraire, à se convaincre de la nécessité de son resserrement avec ce que ce double mouvement peut nécessiter comme réformes des dispositions existantes.

16. Afin de mieux comprendre l'univers des intérêts moratoires il est donc nécessaire de dézoomer. Face au net relâchement du lien qui les attache à la

¹⁴³ A. Bénabent, *op. et loc. cit.*

responsabilité civile lorsque ces intérêts moratoires déploient un aspect comminatoire prééminent qui semble l'emporter sur leur fonction traditionnellement indemnitaire, il est légitime de se demander s'il vaut mieux encourager ce relâchement au risque de finir par un éclatement de la notion même d'intérêts moratoires ou si, au contraire, il serait plus opportun de le combattre en les épurant de toute fonction comminatoire qui serait alors assignée à un procédé juridique différent. De même, la prise de conscience que le retard dont souffre le créancier d'une somme d'argent est en réalité protéiforme et inclut non seulement le retard apporté au paiement d'une créance liquide, subjectif et imputable au débiteur, mais aussi un retard différent qui est celui apporté à la liquidation de la créance, ou encore celui imposé par la liquidation du passé dans une procédure de retour au *statu quo ante*, suppose que les intérêts moratoires qui compensent des retards essentiellement différents ne soient pas envisagés, au mépris de la spécificité du contexte processuel ou procédural où ils évoluent, dans une optique unitaire qui les confond et qui menace de fausser la réflexion à leur sujet. S'il est évident qu'une grande partie des intérêts moratoires obéit à une logique de responsabilité dans le sens où ils participent à la réparation du préjudice subi par le créancier d'une obligation monétaire et constituent une composante des dommages-intérêts qui s'ajoutent à l'obligation en cas de défaut de paiement à temps, et que ces intérêts moratoires en tant qu'outils du droit de la responsabilité sont la conséquence de la conjugaison d'un préjudice original qui est le préjudice moratoire et d'un fait générateur qui consiste en un retard de paiement imputable au débiteur de l'obligation monétaire mis en demeure (Première partie), d'autres intérêts moratoires semblent résister à une appréhension exclusive à travers le prisme de la responsabilité. L'infléchissement de leur fonction traditionnellement indemnitaire au profit d'une fonction coercitive prééminente tend dans bien des cas à relâcher le lien qui les attache, en tant que variété de dommages-intérêts, à la responsabilité civile et soulève la question du futur de ce lien. Encore plus, c'est le fondement même de ces intérêts moratoires qui appelle à être reconsidéré lorsqu'ils compensent un retard objectif subi par le créancier et ne peuvent plus être expliqués par une transposition de la logique de responsabilité dans le cadre du procès ou dans celui de la procédure de liquidation du passé, ce qui laisse présager un possible, voire nécessaire, éclatement de la notion (Deuxième partie).

**PREMIERE PARTIE - LES INTÉRÊTS MORATOIRES DANS LE CADRE DE
LA RESPONSABILITÉ CIVILE.**

**DEUXIÈME PARTIE - LES INTÉRÊTS MORATOIRES AU-DELÀ DE LA
RESPONSABILITÉ CIVILE : VERS UN ÉCLATEMENT DE LA NOTION ?**

Première partie : Les intérêts moratoires dans le cadre de la responsabilité civile.

17. Une inexécution contractuelle et un préjudice. Les intérêts moratoires sont traditionnellement perçus comme des dommages et intérêts dus à raison du retard dans le paiement d'une obligation de somme d'argent. Ainsi pensés, ces « enfants naturels de la monnaie »¹ revêtent une nature indemnitaires et relèvent de la responsabilité civile. Or cette dernière suppose, pour sa mise en œuvre, la réalisation de ses conditions. La naissance de la dette d'intérêts moratoires est donc subordonnée au constat d'une inexécution, ou fait générateur, qui consiste en un retard dans l'exécution d'une obligation monétaire. Ce retard se distingue de l'inexécution totale ou de l'exécution défectueuse ce qui explique que la dette d'intérêts vient non se substituer à la prestation promise, ni la compenser, mais se superposer à elle. Il s'agit donc « d'ajouter à la somme qui fait l'objet de l'obligation une somme nouvelle destinée à réparer le tort que le retard cause au créancier »².

La naissance de la dette d'intérêts moratoires suppose aussi, outre la réalisation d'un fait générateur, un lien de causalité certain entre ce fait générateur et le dommage constaté, dit préjudice moratoire. Ce préjudice spécifique qui, sans être nommé explicitement, constitue une variante du préjudice résultant de l'inexécution du contrat régi par les articles 1231 à 1231-7 du Code civil³, a été visiblement mis en exergue par la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile n° 678 présentée par le Sénat le 29 juillet 2020 qui en fait une catégorie à part entière de dommages et lui consacre, après le dommage corporel et le dommage matériel, une sous-section 3

¹ Selon l'expression de J. Carbonnier, Droit civil. Les biens. Les obligations, tome 2, 2^e éd. PUF, 2017, n° 25.

² V.-N. Marcadé, Explication théorique et pratique du Code civil, t. 4, 7^e éd., 1873, n° 528.

³ Et avant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 par les anciens articles 1146 à 1155 du Code civil.

intitulée « règles particulières à la réparation *des préjudices résultant du retard dans le paiement d'une somme d'argent* »⁴.

18. Il est donc nécessaire, pour comprendre cette dette de réparation que constituent les intérêts moratoires, de se pencher dans un premier temps sur le fait générateur qui lui donne naissance (Titre 1) et dans un second temps sur le préjudice moratoire qu'elle vient compenser (Titre 2). Ces deux conditions de la responsabilité civile appliquées à la créance monétaire portent, l'un comme l'autre, les traces d'une profonde originalité tenant à la fois à la nature de l'obligation objet de la défaillance du débiteur et à l'étendue de cette défaillance qui est, par définition, temporaire.

⁴ Article 1283 de ladite proposition de loi. Nous soulignons.

TITRE 1- LE FAIT GENERATEUR : UN RETARD DANS L'EXECUTION D'UNE OBLIGATION MONETAIRE.

19. Si le Code civil français vise « le retard dans l'exécution » (article 1231-1 et anc. articles 1147 et 1153) ou encore le « retard dans le paiement d'une obligation de somme d'argent » (article 1231-6) et si le COC libanais parle du débiteur « en retard dans l'accomplissement de ses obligations », il n'est pas donné, dans l'un et l'autre code, une définition claire de ce retard qui engage la responsabilité du débiteur défaillant ou, au moins, une définition claire de l'état dans lequel se trouve l'obligation pour qu'une défaillance soit envisageable. Toutefois, il est possible de dégager à partir de l'ensemble des dispositions régissant « la réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat » (art. 1231 à 1231-7 du Code civil), et de celles régissant « les conditions requises pour qu'il y ait lieu à dommages-intérêts : la demeure du débiteur » (art. 252 à 258 du COC), deux conceptions différentes du retard : un retard que l'on peut qualifier de « matériel » et un retard que l'on peut désigner comme « juridique ». L'un et l'autre retard ne se confondent pas même si, dans certaines hypothèses, ils coïncident. Le débiteur est matériellement en retard à partir du moment où la créance est devenue exigible et il ne la paie pas, transgressant ainsi son obligation de ponctualité. L'exigibilité de la créance qui réalise le retard matériel (Chapitre 1) ne suffit toutefois pas, à elle seule, pour engager la responsabilité du débiteur. Encore faut-il que ce retard matériel puisse juridiquement lui être imputé (Chapitre 2), en d'autres termes que le retard matériel se mue en un retard juridique auquel le droit attache certains effets.

Chapitre 1- D'une créance exigible à un retard matériel.

20. L'exigibilité de la créance, condition consubstantielle à l'idée d'un retard.

La défaillance du débiteur suppose que soit rapportée la preuve de son retard matériel dans l'exécution de son obligation. Si la créance n'est pas exigible toute défaillance de sa part est, ou doit être, évidemment exclue. L'exigibilité de la créance est donc une condition évidente et consubstantielle à l'idée d'un retard. Le défaut d'exigibilité de l'obligation est, ou devrait être, exclusif de tout retard du débiteur, de toute responsabilité, et donc de toute indemnisation. Quoique non mentionnée explicitement dans les anciens articles 1146, 1147 et 1553 du Code civil, ni dans les nouveaux articles 1231 et suivants, cette condition se déduit naturellement du fait que les intérêts moratoires sont un effet de l'état de demeure du débiteur, ce que la jurisprudence n'a pas manqué de relever en décidant que « l'intérêt au taux légal n'est dû que si la créance est exigible »¹ et qu'il n'est pas dans le pouvoir du juge de faire courir les intérêts moratoires à compter d'une date antérieure à l'exigibilité de la créance².

21. Une notion plurivoque. Si les obligations sont en principe susceptibles d'exécution dès leur formation, il existe plusieurs exceptions à ce principe : obligations affectées d'un terme, défaut de certitude de l'obligation, absence de liquidité etc... et c'est dans ces dernières hypothèses que l'exigibilité traite du décalage dans le temps entre la naissance de l'obligation et sa mise à exécution. L'exigibilité est ainsi définie dans le dictionnaire du droit privé de Serge Braudo comme étant « le caractère d'une dette qui est venue à son terme et qui, de ce fait, en cas de non-paiement, peut faire l'objet d'une mise en demeure préalable à l'engagement d'une action en paiement et éventuellement d'une mesure conservatoire ». Dans une acception large, l'exigibilité de la créance se caractérise par la faculté pour le créancier de réclamer l'exécution de l'obligation au débiteur mais cette faculté est susceptible de varier en intensité d'où

¹ Cass. civ. 2^e, 10 juin 2004, pourvoi n° 03-10.873.

² Cass. civ. 1^{re}, 19 octobre 1983, RGAT 1984.368, note J. Bigot.

deux conceptions de l'exigibilité. Une première conception adopte une approche purement temporelle de l'exigibilité qui se confond alors avec l'échéance de la créance et se distingue de la certitude et de la liquidité de la créance qu'elle ne nécessite pas.

Dans une autre conception, plus restrictive, l'approche purement temporelle est considérée comme insuffisante et il est nécessaire de prendre en compte le pouvoir de contrainte susceptible d'être immédiatement exercé par le créancier comme une composante nécessaire de l'exigibilité. L'exigibilité devient ainsi le droit plus précis pour le créancier de réclamer le paiement de la créance par le biais de l'exécution forcée. Dans ce sens, ne peut être exigible que la créance non seulement échue mais aussi certaine et liquide. « Pouvoir contraindre le débiteur à l'exécution, voilà le critère de l'exigibilité vraie. La créance exigible est celle qui réunit les qualités propres à permettre la compensation, à obtenir le paiement, à mettre en œuvre les voies d'exécution ou à justifier la résiliation du contrat selon les cas. La créance est parée des attributs juridiquement nécessaires pour être mise à exécution »³. Pour être exigible, une créance doit donc être échue (Section 1) mais aussi liquide (Section 2).

Section 1 - Exigibilité et échéance de la créance.

22. En principe, sauf exception légale⁴, et hormis le cas elles où elles sont associées d'un terme suspensif, les obligations sont susceptibles d'exécution dès leur formation. Or, très souvent en pratique, les obligations sont associées d'un terme. L'obligation est à terme, selon le nouvel article 1305 du Code civil issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, « lorsque son exigibilité est différée jusqu'à la survenance d'un événement futur et certain, encore que la date en soit incertaine ». Le terme est donc un événement futur, mais de réalisation nécessaire, qui affecte la date d'exécution de

³ J.-C. Boulay, Réflexion sur l'exigibilité de la créance, RTDCom. 1990 p. 339, n° 96.

⁴ On en trouve un exemple dans l'art 1613 du code civil qui dispose que le vendeur n'est pas obligé à la délivrance (en principe obligation à exécution immédiate non associée d'un terme), même s'il a accordé à l'acheteur un délai, si depuis la vente celui-ci est tombé en faillite ou en état de déconfiture en sorte que le vendeur se trouve en danger imminent de perdre le prix.

l'obligation soit en suspendant son exigibilité (on parle de terme suspensif qui est celui visé à l'article 1305), soit en l'éteignant (on parle alors de terme extinctif)⁵.

23. Terme déterminé et terme indéterminé. Le terme suspensif peut être déterminé et il consiste alors en une date précise du calendrier ou résulte d'un événement qui doit se produire à une époque fixe (à telle fête, à la majorité de telle personne etc..). Il peut aussi être indéterminé et consiste alors en une date qui n'est pas précise et qui ne peut *a priori* pas être précisée mais dont la survenance est sûre (comme la mort d'une telle personne, les premières pluies etc...)⁶. Dans tous les cas il se caractérise par la certitude de l'échéance, ce que le nouvel article 1305 du code civil rappelle clairement. En cela, il s'oppose à la condition, dont l'événement est douteux (C. civ., art. 1304) et affecte l'existence même du droit alors que le terme n'en affecte que l'exécution⁷. Il est conventionnel mais peut aussi bien être exprès que tacite (C. civ., art. 1305-1, al. 1). Dans ce dernier cas, il appartient au juge d'interpréter la volonté des parties⁸. Le terme tacite se déduit alors, soit de la nature même du rapport juridique, soit du lieu où le paiement doit se faire d'après la convention et les tribunaux ont pleins

⁵ Dans l'avant-projet Catala, l'article 1185 avait défini le terme comme étant: « un événement futur et certain qui affecte une obligation née soit en retardant son exécution soit en y mettant fin. Il peut être exprès ou tacite, ainsi quand il résulte implicitement de la teneur de l'engagement. Le terme peut être une date déterminée ou son échéance être inconnue bien qu'il soit sûr qu'elle adviendra ».

⁶ Certains auteurs parlent dans ce cas de terme à « échéance incertaine » (M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français, Obligations*, t. VII, (éd. 1954), par P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, n° 999).

⁷ L'indétermination de l'échéance du terme rend quelquefois difficile la distinction entre le terme et la condition : dans le terme, l'incertitude ne doit concerner que la date d'exécution, le principe même de l'obligation ne faisant aucun doute. Dans la condition, l'incertitude porte sur la réalisation de l'événement prévu, donc sur l'existence même de l'obligation.

⁸ Cass. civ. 3^e, 14 janvier 1971, Bull. civ. III, n° 19. V. égal. Cass. civ. 3^e, 20 mai 2015, n° 14-11.851, D. 2015. 1349, note D. Mazeaud; AJDI 2015. 543, obs. F. Cohet ; RTDCiv. 2015. 619, obs. H. Barbier, où la Cour de cassation considère, sur le fondement de la « commune intention des parties », que la stipulation d'une condition suspensive sans délai quant à sa réalisation est soumise à un terme implicite, le «délai raisonnable». V. égal. Cass. civ. 3^e, 7 janv. 2016, n° 14-26.945, D. 2016. 939, note J.-D. Pellier ; AJDI 2016. 298: « ...le solde du prix de vente était payable à terme, après production par le vendeur d'une convention garantissant l'exploitation d'un golf et au fur et à mesure de la présentation des factures de travaux de réalisation du golf dont l'achèvement était fixé au plus tard au 31 décembre 2009 ; [...] les modalités de paiement du solde étaient liées à la réalisation d'événements futurs certains dont seule la date demeurait incertaine ».

pouvoirs pour en reconnaître l'existence⁹. C'est la solution qui a été consacrée au second alinéa de l'article 1305-1 qui dispose qu'« à défaut d'accord, le juge peut le fixer en considération de la nature de l'obligation et de la situation des parties ». Il en va sans dire que, n'ayant pas été expressément prévue par les parties, l'échéance de ce terme ne peut être qu'incertaine.

24. Le terme suspensif, déterminé ou indéterminé, exprès ou tacite, affecte donc la date d'exécution de l'obligation en suspendant l'échéance de celle-ci, d'où un décalage dans le temps entre la formation et la mise à exécution de l'obligation. La créance ne devient exigible que quand elle est échue et elle n'est échue que lorsque ce terme arrive. Ainsi énoncée la règle paraît d'application facile et évidente. Mais en réalité plusieurs incertitudes demeurent quant à la détermination de l'échéance, que le terme dont est associée l'obligation ait été déterminé dans le contrat ou non (§1). Une fois arrivée, l'échéance soulève aussi d'autres incertitudes relatives aux effets de la créance échue (§2).

§ 1- Des incertitudes quant à la détermination de l'échéance.

25. La détermination de l'échéance de l'obligation associée d'un terme suspensif n'est pas toujours chose aisée même dans l'hypothèse où ce terme est *a priori* certain et déterminé dans le temps (A). Elle est encore plus compliquée lorsque ce terme est indéterminé ou dépendant dans sa détermination de la volonté du débiteur (B).

A- Les obligations associées d'un terme suspensif déterminé.

26. Dans tous les cas où les parties associent une obligation d'un terme suspensif déterminé, le moment de l'échéance de cette obligation est en principe connu d'avance. Mais parfois des circonstances viennent déjouer cette certitude et l'échéance peut se voir avancée (a) ou encore reportée (b) dans le temps.

⁹ M. Planiol et G. Ripert, Traité pratique de droit civil français, Obligations, 2^e partie, tome VII, préc., n° 1018.

a- Une échéance avancée dans le temps.

27. L'échéance d'une créance assortie d'un terme déterminé et certain peut se voir avancée dans le temps dans deux principaux cas de figure : en premier lieu lorsque, pour une raison ou une autre, il y a déchéance du terme (1) et, en second lieu, lorsque l'une des parties renonce unilatéralement, pour une raison ou une autre, au terme prévu en sa faveur (2).

1- La déchéance du terme.

28. Une déchéance prévue par les textes. La déchéance du terme a été prévue par un certain nombre de textes particuliers. Il en est ainsi de l'article L.511-38 du Code de commerce qui prévoit en matière d'effets de commerce que « le porteur peut exercer ses recours contre les endosseurs, le tireur et les autres obligés : (...) 2° Même avant l'échéance a) s'il y a eu refus total ou partiel d'acceptation ». De même, l'article L.143-1 de ce code, reprenant les termes de l'article 13 de la loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce¹⁰, prévoit dans son premier alinéa qu'« en cas de déplacement du fonds de commerce, les créances inscrites deviennent de plein droit exigibles si le propriétaire du fonds n'a pas fait connaître aux créanciers inscrits, quinze jours au moins d'avance, son intention de déplacer le fonds et le nouveau siège qu'il entend lui donner ». L'alinéa 3 de cet article prévoit un autre cas de déchéance légale du terme qui est celui du « déplacement du fonds de commerce, sans le consentement du vendeur ou des créanciers gagistes, s'il en résulte une dépréciation du fonds », et l'alinéa 4 un cas supplémentaire relatif à « l'inscription d'un nantissement » qui « peut également rendre exigibles les créances antérieures ayant pour cause l'exploitation du fonds ».

En matière de location-gérance du fonds de commerce, l'article L.144-6 du Code de commerce¹¹ prévoit qu'« au moment de la location-gérance, les dettes du loueur du fonds afférentes à l'exploitation du fonds peuvent être déclarées immédiatement

¹⁰ Abrogé par l'ordonnance 2000-912 du 18 septembre 2000 (art. 4), JORF 21 septembre 2000.

¹¹ Reprenant les dispositions de l'ancien article 7 de la loi n°56-277 du 20 mars 1956 relative à la location-gérance des fonds de commerce et des établissements artisanaux.

exigibles par le tribunal de commerce de la situation du fonds, s'il estime que la location-gérance met en péril leur recouvrement ». Un autre cas de déchéance du terme est prévue à l'article L.144-9 du Code de commerce qui dispose que « la fin de la location-gérance rend immédiatement exigibles les dettes afférentes à l'exploitation du fonds ou de l'établissement artisanal, contractées par le locataire-gérant pendant la durée de la gérance ».

29. Déchéance du terme et contrats à exécution successive. Dans les contrats à exécution successive, tels que le prêt bancaire ou le crédit-bail, il est fréquent, sinon de style, que le débiteur soit contractuellement privé du terme qui lui avait été consenti s'il n'exécute pas ponctuellement à leur échéance les paiements lui incombant, la totalité de sa dette devenant immédiatement exigible et dans ce cas le juge ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation au regard de la déchéance du terme encourue en vertu d'une disposition conventionnelle. Dans le cadre du crédit à la consommation, cette déchéance du terme est même prévue par la loi. En effet, l'article L.312-39 du Code de la consommation prévoit explicitement qu'« en cas de défaillance de l'emprunteur, le prêteur peut exiger le remboursement immédiat du capital restant dû, majoré des intérêts échus mais non payés. Jusqu'à la date du règlement effectif, les sommes restant dues produisent les intérêts de retard à un taux égal à celui du prêt ». La même déchéance permettant au prêteur d'exiger le remboursement immédiat du capital restant dû est aussi prévue pour les crédits immobiliers par l'article L.313-50 et L.313-51 du même code, ainsi que pour les prêts viagers hypothécaires¹² par les articles L.315-22 et L.315-23.

30. Déchéance du terme et sûretés. L'ancien article 1188 du Code civil consacrait une hypothèse classique de déchéance du terme : le débiteur qui, par son fait, a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier ne peut plus réclamer le

¹² Le prêt viager hypothécaire est, selon l'article L.315-1 du Code de la consommation, un contrat par lequel un établissement de crédit ou un établissement financier consent à une personne physique un prêt sous forme d'un capital ou de versements périodiques, garanti par une hypothèque constituée sur un bien immobilier de l'emprunteur à usage exclusif d'habitation et dont le remboursement-principal et intérêts capitalisés annuellement ne peut être exigé qu'au décès de l'emprunteur ou lors de l'aliénation ou du démembrement de la propriété de l'immeuble hypothéqué s'ils surviennent avant le décès.

bénéfice du terme. L'échéance de la créance était ainsi ramenée à l'instant de la réduction des sûretés. Le débiteur étant privé du bénéfice du terme contre sa volonté, cette déchéance a été considérée comme « une peine privée frappant l'auteur de l'acte »¹³.

Le nouvel article 1305-4 introduit par l'ordonnance de 2016 reprend cette hypothèse en y ajoutant une seconde et dispose ainsi que « le débiteur ne peut réclamer le bénéfice du terme *s'il ne fournit pas les sûretés promises au créancier* ou s'il diminue celles qui garantissent l'obligation ». Le débiteur qui ne fournit pas les sûretés promises au créancier, comme celui qui diminue les sûretés garantissant l'obligation ne peut désormais plus bénéficier du terme prévu¹⁴.

31. Déchéance du terme et procédures collectives. Le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire des entreprises en état de cessation des paiements ne rend pas exigible les créances non échues à la date de son prononcé et toute clause liant directement ou indirectement la déchéance à l'ouverture d'une telle procédure est réputée non écrite¹⁵. En effet, l'une des innovations du droit des procédures collectives a été de supprimer le principe de l'exigibilité immédiate des dettes non échues par suite du jugement de redressement judiciaire. Elle se justifie par l'une des finalités essentielles de la procédure qui est de favoriser le redressement de l'entreprise, la règle du maintien du terme permettant ainsi d'éviter une aggravation des difficultés de l'entreprise en ne lui imposant pas de faire face immédiatement à son passif non exigible.

Toutefois, la question se pose de savoir si la règle du maintien du terme doit prévaloir sur les textes spéciaux qui prévoient la déchéance du terme à l'égard du débiteur ou des codébiteurs en cas de « faillite » de l'un d'eux. Il en est ainsi de l'article 1913 du Code civil qui demeure inchangé depuis 1804 et qui dispose que « le capital

¹³ G. Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, LGDJ, Coll. Anthologie du Droit, 2013, n° 178.

¹⁴ En droit libanais, l'article 113 du COC dispose que le débiteur qui bénéficie du terme est déchu de ce terme : (...) 2- lorsqu'il a diminué, par son fait, les sûretés spéciales attribuées au créancier par l'acte d'où résulte l'obligation ou par un acte postérieur ou par la loi (...), 3- lorsqu'il ne fournit pas au créancier les sûretés qu'il lui avait promises par le contrat ».

¹⁵ Article L.622-29 Code de commerce pour la sauvegarde et article L.631-14 pour le redressement.

de la rente constituée en perpétuel devient aussi exigible en *cas de faillite* ou de déconfiture *du débiteur* ». Il en est ainsi aussi de l'article L.511-38 du Code du commerce en application duquel le porteur peut exercer ses recours contre les endosseurs, le tireur et les autres obligés, même avant l'échéance, « b) dans les cas de redressement (redressement ou sauvegarde depuis le rectificatif de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 art. 165-II) ou de liquidation judiciaire du tiré, accepteur ou non, de cessation de ses paiements même non constatée par un jugement, ou de saisie de ses biens demeurée infructueuse ; c) dans les cas (L. n° 2005-845 du 26 juill. 2005, art. 165-II) « de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire du tireur d'une lettre non acceptable ». comme l'affirme un auteur, « ces règles élaborées en fonction du principe ancien de l'exigibilité immédiate des créances à terme devraient être écartées sous l'empire du droit nouveau et dans les limites qu'il fixe au principe du maintien du terme »¹⁶.

Contrairement au jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire des entreprises en état de cessation des paiements, et en application de l'article L.643-1 du Code de commerce, « rend exigibles les créances non échues. Toutefois, lorsque le tribunal autorise la poursuite de l'activité au motif que la cession totale ou partielle de l'entreprise est envisageable, les créances non échues sont exigibles à la date du jugement statuant sur la cession ou, à défaut, à la date à laquelle le maintien de l'activité prend fin ». La disparition du terme produit un effet personnel ; elle ne rejaillit pas sur la caution du débiteur principal¹⁷, ni même sur la caution solidaire¹⁸, ni sur les codébiteurs solidaires¹⁹, non plus que sur les ayants cause du bénéficiaire²⁰. Ceux-ci

¹⁶ Ch. Hannoune, Le terme, répertoire civil Dalloz, n° 59. V. sur cette discussion : F. Derrida, P. Godé et J.-P. Sortais, Redressement judiciaire et liquidation judiciaire des entreprises, 3^e éd., 1991, Dalloz., p. 398, n° 531.

¹⁷ CA Rouen, 29 juin 1871, DP 1873. 2. 206 ; Req. 3 juill. 1890, DP 1891. 1. 5, note M. Planiol ; CA Poitiers, 21 déc. 1903, sous Req. 23 janv. 1906, DP 1907. 1. 502

¹⁸ CA Paris, 25 juin 1867, Jur. gén., suppl., V. Obligations, n° 530 ; Cass. civ. 1^{re}, 20 déc. 1976, D. 1977, IR 148 ; sauf si celle-ci a étendu contractuellement son engagement au cas de déchéance du terme : Cass. civ. 1^{re}, 30 oct. 1984, Bull. civ. I, n° 290.

¹⁹ CA Bordeaux, 10 mars 1854, DP 1855. 2. 246 ; CA Amiens, 19 nov. 1921, Gaz. Pal. 1922. 1. 375.

²⁰ CA Riom, 21 mai 1884, et Req. 10 mars 1885, DP 1885. 1. 441.

sont en droit de se prévaloir de la convention que chacun d'eux a passée avec le créancier personnellement et la défaillance du débiteur ne saurait aggraver leur situation personnelle. Il a ainsi été décidé que, sauf clause contraire, la déchéance du terme prononcée à l'encontre du débiteur principal est inopposable à la caution. Celle-ci peut donc se prévaloir du terme initialement convenu²¹. Il a aussi été décidé que la déchéance du terme résultant de la liquidation judiciaire du débiteur principal n'a d'effet qu'à l'égard de celui-ci et reste sans incidence sur la situation de ses coobligés solidaires poursuivis en paiement²². Quant au tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, il peut être poursuivi aussitôt après le prononcé de la déchéance, car le créancier poursuit moins le détenteur que le bien lui-même. Dans le même esprit, la première chambre civile de la Cour de cassation a considéré que « le cautionnement réel fourni par celui qui consent la constitution d'une hypothèque conventionnelle pour garantir le remboursement de la dette d'un tiers, est une sûreté réelle » pour en déduire que « le créancier est fondé, en cas de déchéance du terme, à se prévaloir de l'exigibilité de sa créance pour mettre en œuvre cette sûreté »²³.

En droit libanais, c'est la procédure de la faillite qui est, depuis l'entrée en vigueur du Code de commerce en 1943²⁴, et jusqu'à nos jours, régie par les articles 489 et s. du Code de commerce²⁵ : « est en état de faillite tout commerçant qui cesse ses paiements de dettes commerciales ou qui ne soutient son crédit que par des moyens manifestement illicites »²⁶. L'article 505 de ce code prévoit que le jugement déclaratif de faillite entraîne, à l'égard du failli, mais non de ses coobligés, la déchéance du terme, même

²¹ Cass. civ. 1^{re}, 20 décembre 1976, n° 75-12.439, Bull. civ. I, n° 415 ; D. 1977. IR 148 ; JCP 1977. II. 18611, concl. Gulphe ; Defrénois 1977. 921, obs. Aubert ; Cass. com. 26 oct. 1999, n° 96-14.123, Bull. civ. IV, n° 183.

²² Cass. com., 15 juin 2011, n° 10-18.850, D. 2011. 1752, obs. Lienhard.

²³ Cass. civ. 1^{re}, 4 mai 1999, n° 97-15.378, JCP 1999. I. 156, n° 5, obs. Ph. Simler ; la nature « réelle » du cautionnement réel ne semble plus faire aucun doute aujourd'hui : Cass. civ. 1^{re}, 7 févr. 2006, D. 2006. 1543, note V. Bonnet ; Cass. Ch. mixte 2 déc. 2005, D. 2006. 729, concl. J. Sainte-Rose, D. 2006. 733, note L. Aynès.

²⁴ Décret-loi n° 304 en date du 24/12/1942, entré en vigueur le 7/10/1943.

²⁵ Sur l'ensemble de la question v. Ch. Fabia et P. Safa, Précis de droit commercial libanais, Code de commerce annoté, édition bilingue, documents Huvelin, Université Saint Joseph, tome 2, art. 489 et s.

²⁶ Article 489 du C. com. Lib. Le droit libanais ne prévoit pas une procédure semblable au traitement de surendettement des particuliers connue du droit français.

au profit de créanciers qui possèdent une sûreté ». Ainsi le créancier à terme, dont la créance a été rendue exigible par la déclaration de faillite, doit produire pour le montant nominal de sa créance et doit être admis pour ce montant sans déduction ou escompte à raison de la suppression du terme.

32. Déchéance du terme et déconfiture. Avant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, la jurisprudence avait toujours décidé grâce à une interprétation extensive de l'ancien article 1188 du Code civil que « la déconfiture entraîne déchéance du terme »²⁷. Commandée par les travaux préparatoires du Code civil²⁸ cette solution trouvait également appui dans les nombreux textes qui assimilent la déconfiture à la faillite²⁹. L'idée était que, puisque le débiteur ne peut plus faire face à ses dettes, il serait injuste d'écarter l'action du créancier à terme, alors que les autres créanciers, libres d'agir, poursuivent et se partagent les biens du débiteur ; dès lors le terme ne doit pas être un obstacle aux poursuites du créancier³⁰. Après la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises la question du maintien de cette solution a été longuement débattue en doctrine³¹. Le droit des procédures collectives, qui pose la règle inverse du maintien du terme, le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire des entreprises en état de cessation des paiements ne rendant pas exigible les créances non échues à la date de son prononcé, devait-il modifier l'ancienne solution élaborée par analogie avec

²⁷ Cass. civ. 30 mars 1892, DP 1892. 1. 281, note M. Planiol ; S. 1892. 1. 481, note J.-E. Labbé ; Cass. civ. 12 déc. 1899, DP 1900. 1. 112 ; Cass. civ. 1^{re}, 19 déc. 1973, D. 1974. IR 58 ; CA Paris, 23 févr. 1940, Gaz. Pal. 1940. 1. 351.

²⁸ P.-A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, tome XIII, Réimp. éd. 1827, Otto Zeller, Osnabrück, 1968, p. 69.

²⁹ Dont on peut citer notamment les articles 1913, 2032 (2^e) et 1613.

³⁰ M. Planiol, note sous Cass. civ., 30 mars 1892, DP 1892. 1. 281.

³¹ Sur cette discussion, V. déjà J. Ghestin, M. Billiau et C. Jamin, Traité de droit civil. Les effets du contrat, 2001, LGDJ, n° 179, p. 217 s ; Ph. Malaurie et L. Aynès, Cours de droit civil, t. VI, Les obligations, éd. 1998, Cujas, n° 1104 ; G. Marty, P. Raynaud et Ph. Jestaz, Droit civil, Les obligations, Le régime, tome 2, 2^e éd., 1989, Sirey, p. 52 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, Leçons de droit civil, t.2, vol.1, Obligations, Théorie générale, LGDJ, 9^e éd., 1998, n° 1026 ; D. Veaux et A. Honorat, J.-Cl. Civ., fasc. 50 à 52, art. 1185 à 1188, éd. 1986, nos 92 et s.

le droit de la faillite ? Il serait légitime de considérer que la règle du maintien du terme est inséparable de l'organisation de la procédure de redressement judiciaire et de sa finalité de sauvegarde de l'entreprise, or puisque cette procédure n'est pas applicable à la déconfiture, subsiste alors la justification initiale de la règle, à savoir qu'il serait injuste d'aggraver le risque du non-paiement du créancier à terme au moment où les autres créanciers sont en mesure d'agir et de se partager librement les biens du débiteur. En outre, la déconfiture se rapproche beaucoup plus de la déchéance attachée à la liquidation judiciaire et à la cession d'entreprise que du redressement judiciaire proprement dit. Dans une optique opposée, la règle du maintien du terme pourrait se justifier par l'idée générale qu'« il ne faut pas accabler le débiteur en difficulté tant qu'il a une chance de se redresser »³², idée qui s'inscrit dans le courant contemporain de « l'adoucissement continu de la condition juridique de l'endetté »³³.

Dans le cadre de la réforme récente du droit des obligations l'avant-projet Catala souhaitait insérer un article 1187-2, alinéa 2 dans le Code civil selon lequel le débiteur « est également déchu du bénéfice [du terme] s'il devient *insolvable...* » mais l'ordonnance du 10 février 2016 n'a pas retenu cette proposition ce qui, à notre avis, marque un parti pris du législateur pour la solution selon laquelle l'insolvabilité ou la déconfiture du débiteur n'entraîne pas la déchéance de ses obligations assorties de termes suspensifs³⁴.

L'arrivée du terme peut se voir avancée dans le temps, et les expectations des parties ou de l'une d'elles, déjouées, non seulement en cas de déchéance du terme initialement prévu, mais aussi lorsque la partie en bénéfice de qui ce terme a été prévu décide, pour une raison ou une autre, d'y renoncer unilatéralement.

2- *La renonciation unilatérale au terme prévu.*

³² D. Veaux et A. Honorat, article préc., n° 96.

³³ B. Oppetit, L'endettement et le droit, *in* Mélanges A. Breton et F. Derrida, 1991, Dalloz, p. 295.

³⁴ En droit libanais, l'article 113 du COC dispose clairement que le débiteur qui bénéficie du terme est déchu de ce terme : « 1- lorsqu'il a fait faillite ou est en état de déconfiture, (...) ».

33. Une prérogative pour la partie au bénéfice exclusif de qui le terme est stipulé. Par exception au principe établi par le nouvel article 1305-2 du Code civil selon lequel « ce qui n'est dû qu'à terme ne peut être exigé avant l'échéance », le nouvel article 1305-3 du Code civil créé par l'article 3 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 dispose que « la partie *au bénéfice exclusif de qui*³⁵ le terme a été fixé peut y renoncer sans le consentement de l'autre »³⁶. C'est donc seule la partie en bénéfice exclusif de qui le terme a été fixé qui peut y renoncer unilatéralement, sans le consentement de l'autre partie au contrat. Reste à déterminer qui est cette partie. L'alinéa 1^{er} du nouvel article 1305-3, consacrant la solution qui était prévue par l'ancien article 1187 du Code civil, dispose que « le terme profite au débiteur, s'il ne résulte de la loi, de la volonté des parties ou des circonstances qu'il a été établi en faveur du créancier ou des deux parties »³⁷. Constituerait par exemple la preuve que le terme a été stipulé au profit du créancier la clause obligeant le débiteur à avertir le créancier du remboursement un certain temps à l'avance, ainsi que la clause pénale insérée dans un prêt hypothécaire affectant le remboursement anticipé par suite de la purge opérée par l'acquéreur de l'immeuble hypothéqué³⁸.

En outre, certains contrats autorisent le créancier à ignorer le terme convenu et à réclamer ce qui lui est dû à tout instant, sans clause particulière, comme par exemple le contrat de dépôt pour lequel l'article 1944 du Code civil prévoit que « le dépôt doit être remis au déposant aussitôt qu'il le réclame, lors même que le contrat aurait fixé un délai déterminé pour la restitution ; à moins qu'il n'existe, entre les mains du dépositaire, une saisie ou une opposition à la restitution et au déplacement de la chose déposée ». On explique cette solution par le fait que, dans le dépôt, et contrairement à la présomption de base selon laquelle le terme est a priori stipulé en faveur du débiteur, le terme est consenti en faveur du créancier.

³⁵ Nous soulignons.

³⁶ Il reprend ainsi et élabore les dispositions de l'ancien article 1187 du code civil selon lesquelles le terme était toujours présumé stipulé en faveur du débiteur, à moins qu'il ne résulte de la stipulation, ou des circonstances, qu'il a été aussi convenu en faveur du créancier.

³⁷ Il est depuis longtemps acquis que les juges du fond sont souverains pour désigner la partie en faveur de laquelle le terme a été stipulé : Req. 21 avr. 1896, DP 1896. 1. 484 ; Req. 24 janv. 1934, DH 1934. 145 ; Bruxelles, 26 déc. 1900, DP 1901. 2. 449, concl. av. gén. Gendebien.

³⁸ CA Toulouse, 7 déc. 1897, S. 1898. 2. 78.

De plus, dans les opérations de crédit à la consommation (art. L.312-34 du Code de la consommation), de crédit immobilier (art. L.313-47 du même code), ou encore de crédit viager hypothécaire (art. L.315-16), la loi ouvre à l'emprunteur la faculté de remboursement anticipé même en l'absence de clause spéciale à cet effet dans le contrat de prêt. Cette solution a été visiblement établie en faveur du consommateur alors que dans le contrat de prêt le terme est réputé avoir été convenu dans l'intérêt des deux parties et non seulement du débiteur.

Les incertitudes quant à l'échéance de la créance assortie d'un terme certain ne tiennent pas uniquement à la possibilité d'un avancement de l'échéance dans le temps qui vient modifier les circonstances de l'exécution du contrat contrairement aux prévisions initiales des parties. Le terme déterminé et certain peut tout aussi bien voir son échéance reportée dans le temps.

b- Une échéance reportée.

34. Le report d'un terme déterminé peut être le fruit d'un accord entre les parties comme il peut leur être imposé (1). Dans tous les cas il aboutit à un déplacement de l'échéance dans le temps (2).

1- Report conventionnel ou imposé du terme.

35. Un report conventionnel. Le report du terme certain peut être le résultat d'un accord entre les parties au contrat qui est ultérieur à la conclusion de ce contrat. Une des illustrations les plus significatives dans la pratique de cette possibilité de report conventionnel par accord des parties est donnée par le droit cambiaire qui prévoit la possibilité d'une prorogation conventionnelle de l'échéance de la lettre de change par accord entre le porteur et le tiré. Toutefois l'opposabilité aux autres garants du paiement suppose dans ce cas que ces derniers aient consenti au report de l'échéance. De même, l'article L.626-6 du Code de commerce, et l'article 611-7 qui y renvoie, permettent aux créanciers publics de remettre tout ou partie de ses dettes à une entreprise, dans le cadre d'une procédure de conciliation, de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Ces remises peuvent être accordées « dans des conditions similaires à celles que lui

octroierait, dans des conditions normales de marché, un opérateur économique privé placé dans la même situation » (C. com., art. L. 626-6). Aux termes de l'article D. 626-10 du Code de commerce, sont susceptibles d'être remis notamment les intérêts moratoires.

36. Un report imposé. Le report de l'échéance peut tout aussi être décidé par le juge. A l'échéance initiale de la créance se trouve alors substituée une autre échéance ou une multitude d'échéances (fractionnement de la dette). Il en est ainsi dans le cadre d'un plan de sauvegarde des entreprises en difficulté, où l'article L.626-18 du Code de commerce³⁹ prévoit une opportunité pour le tribunal d'imposer, sous certaines conditions, à tous les créanciers qui n'ont pas « spontanément » accepté délais et remises, des délais uniformes de paiement.

Il peut aussi être décidé par la commission de surendettement dans le cadre du traitement du surendettement des particuliers. Ainsi l'article L.733-1 du Code de la consommation⁴⁰ prévoit la possibilité pour cette commission, en l'absence de mission de conciliation ou en cas d'échec de celle-ci, d'imposer à la demande du débiteur certaines mesures et parmi ces mesures la possibilité de rééchelonner le paiement des dettes de toute nature⁴¹, y compris, le cas échéant, en différant le paiement d'une partie d'entre elles, sans que le délai de report ou de rééchelonnement puisse excéder sept ans

³⁹ Ancien art. 74 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1998.

⁴⁰ Ancien article L.331-7.

⁴¹ Notons toutefois qu'au sein des dispositions générales relatives au traitement du surendettement des particuliers l'article L. 711-4 du Code de la consommation tel que modifié par loi n°2017-203 du 21 février 2017 (art. 14) prévoit que, « sauf accord du créancier, sont exclues de toute remise, de tout rééchelonnement ou effacement :

1° Les dettes alimentaires ;

2° Les réparations pécuniaires allouées aux victimes dans le cadre d'une condamnation pénale ;

3° Les dettes ayant pour origine des manœuvres frauduleuses commises au préjudice des organismes de protection sociale énumérés à l'article L.114-12 du code de la sécurité sociale ; (...)

Les amendes prononcées dans le cadre d'une condamnation pénale sont exclues de toute remise et de tout rééchelonnement ou effacement.

ou la moitié de la durée de remboursement restant à courir des emprunts en cours⁴²; en cas de déchéance du terme, le délai de report ou de rééchelonnement peut atteindre la moitié de la durée qui restait à courir avant la déchéance. Notons que la jurisprudence, visant l'ancien article L.332-5 (loi de 1989)⁴³ avait décidé que les dispositions spéciales de cet article dérogeaient au droit commun exprimé par l'(anc.) article 1244-1⁴⁴ C. civ. et que le délai de report ou de rééchelonnement prévu par l'(anc.) article L.332-5 ne pouvait se cumuler avec le délai de grâce prévu par l'(anc.) article 1244-1⁴⁵.

2- Un déplacement de l'échéance dans le temps.

37. Une prorogation du terme initial de l'obligation. Le report du terme de la créance, qu'il soit décidé par un accord mutuel des parties ou qu'il leur soit imposé par un tiers, ne suspend pas seulement les poursuites mais déplace l'échéance initiale de la créance et conserve les parties dans le même état de droits et d'obligations que depuis l'origine : « qui a terme ne doit rien » dit le proverbe. Ce report du terme doit donc clairement être distingué du simple délai de grâce dont les dispositions figurent à l'article 1343-5 du Code civil et par lequel le juge permet au débiteur de retarder le paiement, pour une certaine période, des sommes dues : « le juge peut, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, reporter ou échelonner, dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues ». Le délai de grâce permet donc de retarder le paiement d'une somme due alors que le vrai report de terme dont nous traitons dans cette partie aboutit à reporter le terme d'une obligation non encore échue et retarder ainsi son échéance. C'est la raison pour laquelle un vrai

⁴² La jurisprudence avait, bien avant la création du nouvel article L.733-1 par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, jugé que les mesures prévues par l'(anc.) article L.331-7 pouvaient, à titre exceptionnel, être plus longues lorsqu'elles concernent un emprunt en cours ; la durée maximale est, dans ce cas, la moitié de la durée restant à courir pour cet emprunt (Cass. civ. 1^{re}, 6 novembre 2001, n° 00-04.164, Bull. civ. I, n° 270 ; RTDCom. 2002. 174, obs. Paisant).

⁴³ Dont les dispositions ont été reprises à l'article L.331-7 puis à l'article L.733-1 du Code de la consommation.

⁴⁴ Dont les dispositions ont été reprises au sein du nouvel article 1343-5.

⁴⁵ Cass. civ. 1^{re}, 16 décembre 1992, n° 91-04.128 P: D. 1994. somm. 18, obs. Fortis ; RTDCom. 1993. 174, obs. Paisant.

report de terme, et contrairement au délai de grâce, devrait, en principe, aboutir à suspendre le cours des intérêts moratoires sur la créance, et empêcher la compensation avec une autre créance⁴⁶.

D'ailleurs, si nous avons omis en traitant du report de terme imposé par la commission de surendettement des particuliers de citer la mesure citée à l'alinéa 4^e concernant la suspension de l'exigibilité des créances autres qu'alimentaires pour une durée qui ne peut excéder deux ans, ce n'est pas par inadvertance mais bien parce que cette mesure, bien que le législateur utilise l'expression « suspendre l'exigibilité », n'aboutit pas à un vrai report de l'échéance et par suite à une vraie suspension de l'exigibilité mais consiste en une forme spécifique de délai de grâce qui, s'il suspend le paiement du capital pour une certaine période⁴⁷, n'arrête pas le cours des intérêts. Il est vrai que « sauf décision contraire de la commission, la suspension de la créance entraîne la suspension *du paiement* ⁴⁸ des intérêts dus à ce titre » mais ceci ne veut pas dire que le capital ne continue pas à produire des intérêts ce que prouve la dernière partie de l'alinéa selon laquelle « durant cette période », c'est-à-dire la période de suspension du paiement des créances autres qu'alimentaires et qui ne peut excéder deux ans, « seules les sommes dues au titre du capital peuvent être productives d'intérêts dont le taux n'excède pas le taux de l'intérêt légal ». La commission de surendettement des particuliers peut donc retarder à la fois le paiement du capital et des intérêts pendant un délai de deux ans. Elle peut aussi retarder uniquement le paiement du capital et décider du paiement des intérêts pendant ce délai mais dans ce cas-là le taux appliqué sera, au maximum, le taux légal et le montant des intérêts sera calculé en ne tenant compte que du capital restant à payer, en d'autres termes seront exclus les intérêts déjà échus.

⁴⁶ Pour des approfondissements sur la question des délais de grâce, leur domaine, leur régime et leurs effets, voir *infra* n° 43 et s.

⁴⁷ Toute prorogation du délai étant prohibée. Cette prohibition avait été établie sous l'empire de l'ancien article L.331-7 C. cons. (Cass. civ. 2^e, 10 mars 2005, n° 04-04.025, CCC 2005. comm. 143, note Raymond), mais rien n'empêche son maintien vu la similitude des dispositions du nouvel article 733-1 et de l'ancien article L.331-7 sur ce point.

⁴⁸ Nous soulignons.

38. Effets de la prorogation du terme de l'obligation principale sur le terme de l'obligation de la caution. Pour déterminer l'effet de la prorogation du terme de l'obligation principale sur le terme de l'obligation de la caution, il est nécessaire de distinguer selon que la prorogation a été volontaire ou non. Si la prorogation du terme a volontairement été accordée au débiteur principal par le créancier, cette prorogation ne décharge pas, il est vrai, la caution (article 2316 du Code civil) mais le créancier ne peut la poursuivre avant l'échéance du nouveau terme. La solution s'explique par le caractère accessoire du cautionnement et par la règle selon laquelle la caution ne peut être tenue plus sévèrement que le débiteur (C. civ., art. 2290, al. 1^{er}). Cette solution a toutefois été contestée par une partie de la doctrine⁴⁹ qui estime que la nature, la raison d'être du cautionnement est de garantir au créancier un paiement à l'échéance par le garant, et que l'octroi d'une prorogation du terme au débiteur principal n'a pas à affecter cette idée. C'est d'ailleurs le parti qu'a pris la jurisprudence, en matière de surendettement des particuliers, en décidant que les mesures de report ou de rééchelonnement contenues dans un plan conventionnel de redressement ne peuvent bénéficier à la caution⁵⁰. La Cour de cassation considère ainsi que, « malgré leur caractère volontaire, les mesures consenties par les créanciers dans un plan de redressement judiciaire civil ne constituent pas, eu égard à la finalité d'un tel plan, une remise de dette au sens de l'article 1287 du code civil. La caution ne peut donc se prévaloir des remises et des délais consentis au débiteur dans un tel plan »⁵¹.

En revanche, si la prorogation du terme de l'obligation principale a été imposée au créancier par la loi ou le juge, c'est la solution inverse qui s'impose. Le créancier, ici, n'a pas donné son consentement au sursis accordé au débiteur et la fonction du cautionnement, qui est de garantir le paiement à l'échéance, doit être préservée, sous peine de dénaturer cette sûreté. La caution ne peut donc se prévaloir du terme prorogé.

⁴⁹ V. not. M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10^e éd., 2015, n° 250.

⁵⁰ Cass. civ. 1^{re}, 13 novembre 1996, n° 94-12.856, Bull. civ. I, n° 401 ; D. 1997. 141, concl. Sainte-Rose, note Moussa ; D. 1997. somm. 178, obs. D. Mazeaud ; JCP E 1997. 903, note D. Legeais ; RTDCiv. 1997. 190, obs. P. Crocq.

⁵¹ Cass. civ. 1^{re}, 13 novembre 1996, n° 94-12.856, JCP E 1997. II. 903, note Legeais ; D. 1997. 141, concl. Sainte-Rose, note Moussa ; JCP 1997. I. 4033, n° 7, obs. Simler ; RTDCiv. 1997. 190, obs. Crocq.

Cette règle a ainsi été explicitement affirmée à l'article L.631-20 du Code de commerce à propos des délais accordés dans le cadre d'un plan de continuation dont la caution ne peut s'en prévaloir. Toutefois rien n'interdit au législateur de décider qu'une prorogation légale ou judiciaire du terme bénéficiera à la caution. Ainsi, selon les articles L.622-28, al. 2, L.631-14, al. 1, L.641-3 du Code de commerce, le jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire suspend le cours des poursuites individuelles contre les cautions *personnes physiques*, jusqu'au jugement arrêtant le plan de sauvegarde, de redressement ou prononçant la liquidation. Mais une fois le plan adopté, la situation de la caution diffère selon le type de plan. Si elle ne peut pas se prévaloir des remises et des délais consentis au débiteur dans un plan de redressement judiciaire, la règle est différente en cas d'adoption d'un plan de sauvegarde. Dans ce dernier cas les délais de paiement accordés au débiteur profitent à la caution *personne physique*. En effet, aux termes de l'article L.626-11, alinéa 2, du Code de commerce, les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des dispositions du plan « à l'exception des personnes morales ».

Si des incertitudes planent sur la détermination exacte de l'échéance des créances assorties *ab initio* d'un terme déterminé puisque cette échéance initialement prévue par les parties peut se voir avancée ou reculée dans le temps, elles planent sûrement aussi, et *a fortiori*, sur celles qui, bien qu'étant des créances à terme, ne sont pas assorties d'un terme déterminé.

B- Les obligations dont le terme suspensif est indéterminé.

39. Le terme suspensif de l'obligation peut être incertain soit parce qu'il n'a pas été déterminé *ab initio* par les parties au contrat (a), soit encore parce que sa réalisation dépend exclusivement du débiteur ce qui le rend incertain pour le créancier (b). Dans le premier cas comme dans le second l'incertitude qui marque ce genre de terme se reflète sur la détermination de l'échéance de la créance.

a- Les obligations dont le terme n'a pas été déterminé ab initio.

40. Des obligations dont l'exécution s'inscrit dans le temps. Il s'agit des obligations dont l'exécution s'inscrit bien dans le temps mais dont les parties n'ont pas déterminé le terme d'une façon qu'il puisse se réaliser indépendamment de toute intervention de leur part⁵². La solution la plus simple pour ce genre de créances serait d'admettre que l'exécution puisse intervenir immédiatement à la demande du créancier. Dès lors que le débiteur aurait été prévenu de la volonté du créancier d'obtenir le paiement, la créance serait considérée comme échue et le débiteur devrait s'exécuter au risque de se trouver dans un état de retard matériel⁵³. Il en est ainsi pour la lettre de change payable à vue si la date d'échéance n'a pas été fixée. En effet, l'article L.511-23 du Code de commerce dispose que « la lettre de change à vue est payable à sa présentation. Elle doit être présentée au paiement dans le délai d'un an à partir de sa date. Le tireur peut abrégé ce délai ou en stipuler un plus long. Ces délais peuvent être abrégés par les endosseurs ». C'est donc la présentation au paiement de la lettre de change payable à vue qui fixe son échéance.

Dans d'autres cas l'intervention du juge est nécessaire pour fixer le terme. Il en est ainsi notamment dans le contrat de prêt de consommation, ou simple prêt, pour lequel les articles 1900 et 1901 du Code civil prévoient que « s'il n'a pas été fixé de terme pour la restitution, le juge peut accorder à l'emprunteur un délai suivant les circonstances » et « s'il a été seulement convenu que l'emprunteur payerait quand il le pourrait, ou quand il en aurait les moyens, le juge lui fixera un terme de paiement suivant les circonstances ». La jurisprudence a ainsi décidé qu'il résulte de l'article 1900 que lorsqu'un prêt d'argent a été consenti sans qu'un terme ait été fixé, il appartient au juge, saisi d'une demande de remboursement, de fixer, eu égard aux circonstances, et, notamment, à la commune intention des parties, la date du terme de l'engagement, qui doit se situer à une date postérieure à la demande en justice⁵⁴, et que les juges du fond apprécient souverainement la portée des clauses des contrats quant à leur influence

⁵² Il faut distinguer ces obligations de celles où le terme est déterminé mais incertain dans la date de sa réalisation ex : les premières pluies, la mort d'une certaine personne etc...

⁵³ Le créancier peut dans ce cas prévenir le débiteur par tout moyen de sa volonté d'obtenir le paiement de sa créance, ce qui diffère de la mise en demeure nécessaire pour transformer le simple retard matériel en une demeure imputable au débiteur. Sur la mise en demeure et le retard juridique imputable au débiteur v. *infra* n° 121.

⁵⁴ Cass. civ. 1^{re}, 19 janvier 1983: Bull. civ. I, n° 29 ; Cass. com., 26 janvier 2010, n° 08-12.591 P: RDI 2010. 202, obs. Heugas-Darraspen.

sur l'étendue des obligations des parties. Estimant qu'une convention était assortie d'un terme indéterminé, ils peuvent condamner une des parties à exécuter son obligation de remboursement dans un délai qu'ils précisent⁵⁵.

La même solution a été admise par la jurisprudence pour les autres créances en général. Lorsqu'il est stipulé que le débiteur paiera quand il voudra, ou quand il pourra (clause de « retour à meilleure fortune »), les tribunaux n'interprètent pas ces clauses comme des conditions purement potestatives mais voient dans la première la concession d'un terme reportant au décès du débiteur l'exigibilité de la dette⁵⁶ et dans la seconde la concession d'un délai dont il appartient aux juges de fixer l'échéance d'après les circonstances⁵⁷. La Cour de cassation a ainsi considéré que la clause de « retour à meilleure fortune » pouvait être interprétée, non comme une condition, mais comme un terme indéterminé⁵⁸, et il a été jugé qu'elle n'était pas une condition potestative nulle et qu'il appartenait au juge, avant d'accorder des délais, de rechercher si la situation de l'emprunteur s'était améliorée et s'il était revenu à meilleure fortune⁵⁹.

L'échéance du terme dont est associée la créance peut aussi être incertaine quand ce terme dépend dans sa réalisation d'une intervention active de la part du débiteur.

b- Les obligations associées d'un terme dont la réalisation dépend du débiteur.

41. La clause reculant l'exigibilité de la dette. C'est le cas de la clause qui recule l'exigibilité de la dette à l'accomplissement d'un fait dépendant de la volonté du

⁵⁵ Cass. civ. 1^{re}, 6 octobre 1976: Bull. civ. I, n° 287. 2. Dans le même sens : Cass. civ. 3^e, 9 juill. 1984: Bull. civ. III, n° 135 dans lequel la Cour de cassation décide que l'incidence sur les obligations des parties de la clause d'une reconnaissance de dette par laquelle un débiteur s'engage à restituer les sommes prêtées dans un délai laissé à sa discrétion est appréciée souverainement par les juges du fond. Ceux-ci, ayant retenu que la clause affectait seulement la date du paiement de la dette et non l'existence de l'obligation, peuvent condamner le débiteur à rembourser le prêt sans délai, par application des articles 1900 et 1901.

⁵⁶ CA Nancy, 20 novembre 1920, Gaz. Pal. 1921. 1. 414.

⁵⁷ Cass. civ. 3^e, 4 décembre 1985, Bull. civ. III, n° 162 ; Cass. civ., 21 août 1850, DP 1850. 1. 346.

⁵⁸ Cass. com., 12 octobre 2004, RTDCiv. 2005. 131, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁵⁹ Cass. civ. 1^{re}, 20 novembre 1990, Bull. civ. I, n° 255, RTDCiv. 1991. 333, obs. J. Mestre.

débiteur, comme c'est le cas pour le débiteur qui s'engage à payer une certaine somme « à la vente de ses immeubles ». La Cour de cassation a admis la licéité d'une telle clause tout en considérant que les juges du fond, appréciant souverainement la portée des clauses d'un contrat quant à leur influence sur l'étendue des obligations des parties, peuvent, par application de l'article 1901 du Code civil, condamner la personne qui s'est ainsi engagée à exécuter dans un délai déterminé son engagement de payer⁶⁰. Il a ainsi été jugé que la reconnaissance de dette stipulée payable le jour de la vente d'un établissement commercial n'est pas affectée d'une condition potestative, mais d'un terme incertain⁶¹. A aussi été jugé que l'engagement de rembourser « lors de la vente de [tel] appartement » le prêt consenti au débiteur cautionné se trouve affecté d'un terme incertain et non d'une condition⁶². Dans ces cas où l'obligation est associée d'un terme dont la réalisation dépend, même partiellement, du débiteur, le créancier peut le sommer d'effectuer le fait auquel l'exigibilité se trouve suspendue et faire fixer par le juge le délai dans lequel il devra l'accomplir⁶³.

Les incertitudes concernant l'échéance de la créance ne se limitent pas à la détermination de la date de cette échéance. Même quand la créance monétaire est bel et bien échue, la pratique montre que d'autres incertitudes persistent quant aux effets du terme échu sur son exigibilité.

§ 2- Des incertitudes quant aux effets du terme échu.

42. Dans certaines hypothèses la créance monétaire qui est bien échue et qui devrait en principe être devenue exigible et payable ne l'est pas et ne peut pas, pour une période déterminée, faire l'objet d'une exécution forcée. Les raisons de ce freinage de l'effet de l'échéance du terme résident principalement dans l'octroi d'un délai de grâce, par

⁶⁰ Cass. civ. 1^{re}, 17 février 1976: Bull. civ. I, n° 72.

⁶¹ CA Montpellier, 15 février 1953, Gaz. Pal. 1953. 1. 314 ; contra : CA Chambéry, 13 décembre 1897, DP 1900. 2. 213.

⁶² Cass. civ. 1^{re}, 21 juillet 1965, Bull. civ. I, n° 496 ; comp. 28 janv. 1976, D. 1976, somm. 34 ; contra : CA Paris, 15 mars 1974, JCP 1974. II. 17786, note G. Goubeaux ; Cass. civ. 1^{re}, 13 décembre 1994, JCP 1995. I. 3843, nos 1 et s., obs. M. Billiau.

⁶³ Cass. civ., 19 décembre 1846, S. 1846. 1. 853 ; CA Bordeaux, 26 avril 1854, S. 1855. 2. 109.

le juge ou par le législateur (A), mais aussi dans l'ouverture d'une procédure collective (B).

A- Des incertitudes liées à l'octroi d'un délai de grâce.

43. Bien que la créance soit arrivée à échéance et devrait en principe pouvoir faire l'objet d'une exécution forcée, l'octroi d'un délai de grâce peut venir paralyser son paiement. Ce délai de grâce qui vient remettre en cause les effets d'un terme bien échu peut aussi bien avoir été autorisé par le législateur et octroyé par le juge (a) ou imposé par le législateur dans lequel cas il est dit « moratoire » (b).

a- Le délai de grâce autorisé par le législateur et octroyé par le juge.

44. Le délai de grâce que le juge peut accorder au débiteur a été prévu par plusieurs textes législatifs (1). Cette prérogative n'est pas illimitée dans son étendue et son domaine doit être clairement délimité (2). Son régime suit des règles précises (3) et ses effets se reflètent de manières différentes sur la créance principale et ses accessoires (4).

1- Les textes législatifs.

45. Sur autorisation légale, le juge peut décider d'accorder au débiteur, au détriment du créancier, des délais pour s'exécuter, le texte de base pour cette prérogative étant en droit français l'article 1343-5 (anc. art. 1244-1) du Code civil. Plusieurs autres textes spéciaux stipulent des délais de grâce, avec ou sans renvoi à cet article.

46. Le texte de base, l'article 1343-5 du Code civil. Initialement prévue de manière restrictive par le Code Napoléon au sein de l'ancien article 1244, al. 2, la possibilité pour le juge d'octroyer un délai de grâce a été développée par les lois du

25 mars et du 20 août 1936⁶⁴ qui, à la suite de la crise économique de 1934, ont facilité la saisine du juge en conférant au juge des référés le pouvoir d'octroyer des délais de grâce jusqu'au moment de l'exécution, et en lui permettant de tenir compte des « circonstances » et de la « situation économique ». La loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution⁶⁵ est venue par la suite remplacer l'article 1244 du Code civil par trois articles (les articles 1244-1 à 1244-3)⁶⁶ qui ont été eux-mêmes abrogés et remplacés dans des termes identiques par un nouvel article 1343-5 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 qui dispose dans son alinéa premier que « le juge peut, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, reporter ou échelonner, dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues ».

En droit libanais, c'est l'article 300 du Code des obligations et des contrats qui prévoit dans son alinéa second que « le juge peut accorder au débiteur de bonne foi des délais pour le paiement et échelonner ainsi l'exécution de la dette sur une période plus ou moins longue ». En ce qui concerne les condamnations judiciaires, l'article 538 du Code de procédure civile prévoit, lui aussi, la possibilité pour le juge d'octroyer un délai de grâce et dispose que « le tribunal peut, dans les limites des dispositions législatives, et dans la décision qu'il prononce, octroyer au débiteur condamné un délai pour exécuter cette décision à condition de justifier les raisons de cet octroi. Le délai part de la date du jugement s'il est contradictoire, sinon de la date de sa notification ». De même, et en application de l'article 829 de ce code, le juge de l'exécution, peut, sur demande du débiteur d'une créance monétaire présentée dans le cadre d'un procès contre son créancier, décider de lui octroyer des délais de grâce qui ne peuvent dépasser les 6 mois et ceci sous réserve des dispositions des articles 538 et 539.

⁶⁴ DP 1936. 4. 108 et BLD 1936. 618.

⁶⁵ D. 1991. 317.

⁶⁶ V. sur cette réforme du délai de grâce par la loi de 1991, G. Paisant, La réforme du délai de grâce par la loi du 9 juillet 1991, CCC déc. 1991. chron. 3,

Outre l'article 1343-5 du Code civil qui reste le texte de base en matière de délais de grâce octroyés par le juge, il existe d'autres dispositions légales qui, avec ou sans renvoi à cet article, prévoient à leur tour une pareille prérogative pour le juge⁶⁷.

47. Des dispositions légales avec renvoi à l'article 1343-5 du Code civil. En matière de crédits à la consommation et de crédits immobiliers, et en cas de licenciement du débiteur, l'article L.314-20 du Code de la consommation créé par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016⁶⁸ renvoie à l'article 1343-5 du Code civil et prévoit la possibilité pour le juge des contentieux de la protection⁶⁹ d'octroyer au débiteur des délais de grâce : « l'exécution des obligations du débiteur peut être, notamment en cas de licenciement, suspendue par ordonnance du juge des contentieux de la protection dans les conditions prévues à l'article 1343-5 du code civil (...) ». De même, l'article L.145-41 du Code commerce renvoie directement à l'article 1343-5 du Code civil et prévoit en matière de baux commerciaux que « toute clause insérée dans le bail prévoyant la résiliation de plein droit ne produit effet qu'un mois après un commandement demeuré infructueux. Le commandement doit, à peine de nullité, mentionner ce délai. Les juges saisis d'une demande présentée dans les formes et conditions prévues à l'article 1343-5 du Code civil peuvent, en accordant des délais, suspendre la réalisation et les effets des clauses de résiliation, lorsque la résiliation n'est pas constatée ou prononcée par une décision de justice ayant acquis l'autorité de la chose jugée (...) ». En outre, l'article L.611-7 du même code prévoit en matière de conciliation⁷⁰ qu'« au cours de la procédure, le débiteur peut demander au juge qui a

⁶⁷ Sur l'ensemble de ces délais, v. Ph. Soustelle, *Les délais judiciaires différant l'exécution de l'obligation*, thèse dactyl., Saint-Etienne, 1996 ; C. Chabas, *l'inexécution licite du contrat*, thèse LGDJ, t. 380, préf. J. Ghestin et avant-propos D. Mazeaud, 2002, n° 313 et s. ; F. Rizzo, *Le traitement de l'endettement*, thèse PUAM, préf. J. Mestre, 1996, n° 131 et s.

⁶⁸ Cet article a remplacé dans des termes similaires l'ancien article L.313-12 abrogé par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 et lui-même issu de l'ancien article 8 de la loi du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit et ancien article 14 de la loi du 13 juillet 1979 pour les crédits immobiliers.

⁶⁹ Le juge des contentieux est venu remplacer le juge d'instance depuis l'ordonnance n° 2019-964 du 18 septembre 2019.

⁷⁰ Peuvent bénéficier d'une telle procédure, devant le tribunal de commerce, « les débiteurs exerçant une activité commerciale ou artisanale qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de

ouvert celle-ci de faire application de l'article 1343-5 du code civil à l'égard d'un créancier qui l'a mis en demeure ou poursuivi, ou qui n'a pas accepté, dans le délai imparti par le conciliateur, la demande faite par ce dernier de suspendre l'exigibilité de la créance. Dans ce dernier cas, le juge peut (...) reporter ou échelonner le règlement des créances non échues, dans la limite de la durée de la mission du conciliateur ».

A son tour, l'article 24 (V) de la loi du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, tel que modifié par la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (ALUR), prévoit un autre renvoi à l'article 1343-5 du Code civil mais cette fois-ci avec une modification tenant à la durée du délai de grâce pouvant être octroyé : « le juge peut, même d'office, accorder des délais de paiement dans la limite de trois années, par dérogation au délai prévu au premier alinéa de l'article 1343-5 du code civil, au locataire en situation de régler sa dette locative. Le quatrième alinéa de l'article 1343-5 s'applique lorsque la décision du juge est prise sur le fondement du présent alinéa (...) ».

48. Des dispositions légales sans renvoi à l'article 1343-5 du Code civil. Des délais de grâce peuvent, en application des articles 510 à 513 du Code de procédure civile, être octroyés par le juge pour différer l'exécution des jugements. De même, dans le cadre du traitement du surendettement des particuliers, et en cas de saisine de la Commission de surendettement, l'article L.721-4 du Code de la consommation prévoit qu'« à la demande du débiteur, la commission peut saisir, à compter du dépôt du dossier et jusqu'à la décision statuant sur la recevabilité de la demande de traitement de la situation de surendettement, le juge du tribunal d'instance aux fins de suspension des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur ainsi que des cessions de rémunération consenties par celui-ci et portant sur les dettes autres qu'alimentaires »⁷¹. De même, en matière de vente d'immeubles, l'article 1655 du Code

quarante-cinq jours » (art. L.611-4 C. com.) et, devant le tribunal judiciaire, « les personnes morales de droit privé et aux personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé » (art. L.611-5 C. com.)

⁷¹ Cet article reprend les dispositions de l'ancien article L.331-5 abrogé par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 - art. 34 (V).

civil prévoit la possibilité pour le juge d'accorder à l'acquéreur qui ne paie pas le prix, tant que le vendeur n'est pas en danger de perdre la chose et le prix, un délai plus ou moins long selon les circonstances. Si ce délai passe sans que l'acquéreur ait payé, la résolution de la vente sera prononcée⁷².

2- Le domaine du délai de grâce.

49. La prérogative donnée par l'article 1343-5 du Code civil ainsi que par les autres textes spéciaux au juge d'octroyer au débiteur des délais de grâce n'est pas illimitée dans son étendue. En effet, son domaine se trouve objectivement limité par des interdictions expresses ou tacites tenant à la nature de la dette (2.1). Il se trouve aussi subjectivement délimité par l'interdiction d'octroyer des délais de grâce à certains débiteurs (2.2).

2.1- Des interdictions objectives tenant à la nature de la dette.

50. Des interdictions expresses. Dans certains cas, les interdictions pour le juge d'octroyer des délais de grâce pour des raisons tenant à la nature de la dette sont expresses et ont pour souci la protection du créancier. Il en est ainsi de l'article 1343-5 alinéa 6 du Code civil qui, reprenant les termes de l'ancien article 1244-1 alinéa 4, exclut toute possibilité d'octroyer un délai de grâce pour le paiement des dettes d'aliments. Encourt en conséquence la censure le jugement d'un tribunal d'instance qui, statuant sur une demande de saisie des rémunérations tendant au recouvrement de la contribution à l'entretien et à l'éducation d'un enfant, accorde des délais de paiement au débiteur pour s'acquitter de cette dette⁷³. Cette exclusion a été étendue par la

⁷² Il a ainsi été décidé qu'il appartient aux juges du fond, saisis de l'action en résolution, d'apprécier souverainement, suivant les circonstances de l'espèce, s'ils doivent prononcer la résolution immédiate, ou user de la faculté d'accorder un délai aux acquéreurs : Cass. civ. 3^e, 20 février 1973, Bull. civ. III, n° 147.

⁷³ Cass. civ. 2^e, 10 avr. 2014, n° 13-13.469, JCP G 2014, n° 40, p. 1750, obs. Billiau et Loiseau ; D. 2014, p. 928.

jurisprudence aux dettes de prestations compensatoires⁷⁴. De même, il a été décidé que s'agissant de créances salariales, le juge ne peut accorder aucun délai de grâce⁷⁵. En revanche, une indemnité de licenciement, en raison de son caractère indemnitaire, peut faire l'objet de délais de paiement⁷⁶.

D'autres interdictions expresses visent la sécurité du commerce. Ainsi en matière d'effets de commerce l'art. L.511-81 al. 2 du Code de commerce prévoit qu'« aucun jour de grâce ni légal ni judiciaire n'est admis sauf dans les cas prévus par les articles L.511-38 et L.511-50 »⁷⁷. Il a toutefois été jugé que, lorsque le créancier exerce l'action née du rapport fondamental et non l'action cambiaire, le débiteur peut demander des délais de grâce⁷⁸.

51. Des interdictions tacites. Certaines interdictions d'octroi de délai de grâce sont simplement tacites et s'inspirent du caractère impératif ou spécial de telle réglementation. Il a ainsi été décidé qu'en raison de la réglementation spéciale en la matière, les juridictions du contentieux de la sécurité sociale ne peuvent, sur le fondement de l'article 1343-5 (anc. art. 1244-1) du Code civil, accorder aux redevables de cotisations des délais pour se libérer hors le cas de force majeure⁷⁹. Il en a été décidé de même en matière fiscale⁸⁰. D'autres interdictions tacites sont inspirées du caractère rigoureux des termes employés par les textes. Il en a ainsi été décidé dans le cadre de

⁷⁴ Le caractère mixte de la prestation compensatoire, à la fois alimentaire et indemnitaire, fait obstacle à l'octroi de délais de paiement sur le fondement de l'art. 1244-1 anc. : Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 2011, n° 10-16.096 P; D. 2011. Actu. 1970 ; AJ fam. 2011. 427, obs. S. David ; JCP 2011. 1725, obs. Loiseau ; Dr. fam. 2011, n° 124, obs. Larribau-Terneyre ; RTDCiv. 2011. 524, obs. Hauser.

⁷⁵ Cass. soc., 18 novembre 1992, n° 91-40.596 P, JurisData n° 1992-002616 ; JCP G 1993, IV, 247 ; RTDCiv. 1993, 611, obs. Gautier.

⁷⁶ Même arrêt.

⁷⁷ Dans ce sens : Cass. com., 14 juin 1971, JCP 1973. II. 17310, note J.-C. Groslière ; 11 janvier 1972, Bull. civ. IV, n° 18 ; RTDCiv. 1972. 663, n° 6, obs. M. Cabrillac et J.-L. Rives-Lange. Comp. Cass. com., 24 juin 1969, D. 1970. 124, note M. Cabrillac.

⁷⁸ CA Paris, 26 juin 1972, JCP 1973. II. 17367.

⁷⁹ Cass. civ. 2^e, 16 juin 2016, n° 15-18.390, D. 2016. 1374, RTDCiv. 2016. 935, obs. N. Cayrol ; Dr. soc. 2017. 235, étude R. Salomon ; RDSS 2016. 784, obs. Y. Dagonne-Labbe ; Cass. soc. 16 avr. 1992, Bull. civ. V, n° 286 ; 4 novembre 1982, Bull. civ. V, n° 600 ; 21 avril 1977, Bull. civ. V, n° 266 ; Cass. civ. 2^e, 22 janvier 1958, Bull. civ. II, n° 266.

⁸⁰ CA Pau, 26 septembre 1991, Juris-Data, n° 046735.

l'ancien article 93 du Code de commerce pour la vente d'objets donnés en gage⁸¹, des anciens articles 702 et 703 du Code de procédure civile pour la saisie immobilière⁸².

2.2- Des interdictions subjectives tenant à la personne obligée.

52. Des interdictions tenant à la personne du débiteur. Il ressort de l'article 512 du Code de procédure civile tel que modifié par le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 (art. 34) que le délai de grâce ne peut être accordé au débiteur dont les biens sont saisis par d'autres créanciers ni à celui qui a, par son fait, diminué les garanties qu'il avait données par contrat à son créancier. De plus, le débiteur qui avait obtenu un délai de grâce perd, dans ces mêmes cas, le bénéfice du délai qu'il avait préalablement obtenu⁸³.

53. Le cas de la caution. Il a été décidé que la suspension provisoire des poursuites en faveur du débiteur résultant de l'octroi d'un délai de grâce par le juge en vertu de l'(anc.) article 1244-1 du code civil ne profite pas à la caution. Un créancier qui n'a plus d'action immédiate contre son débiteur reste en droit d'appeler la caution⁸⁴.

3- Le régime du délai de grâce.

54. Un délai indissociable d'une condamnation. L'octroi d'un délai de grâce suppose nécessairement une condamnation préalable du débiteur. « Incident affectant temporairement l'exécution de la décision rendue »⁸⁵, le délai de grâce demeure

⁸¹ Cass. com., 10 décembre 1979, Bull. civ. IV, n° 328.

⁸² Cass. civ. 2^e, 4 février 1965, D. 1965.617, note J. Vidal ; 9 octobre 1975, Bull. civ. II, n° 252 ; CA Versailles, 4 mai 1987, D. 1987.581, note J. Prévault.

⁸³ Avant sa modification par le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 (art. 34), cet article prévoyait aussi que le débiteur ne peut obtenir de délais de grâce ou, s'il les a déjà obtenus, il les perdra lorsqu'il est en état de « règlement judiciaire ou de liquidation des biens ».

⁸⁴ CA Versailles, 16 déc. 1987, Gaz. Pal. 1988. 2. somm. 298.

⁸⁵ Ph. Soustelle, Les délais judiciaires différant l'exécution de l'obligation, préc., n° 127.

« indissociable d'une décision de justice dont il ajourne la mise en œuvre »⁸⁶. L'article 510 du Code de procédure civile le confirme : sous deux exceptions⁸⁷, le délai de grâce ne peut être accordé que par la décision dont il est destiné à différer l'exécution. Il court alors à compter du prononcé du jugement, si celui-ci est contradictoire, ou de sa notification dans les autres cas (CPC, art. 511).

55. Le pouvoir du juge. L'octroi du délai de grâce est facultatif pour le juge. Celui-ci « peut » ainsi, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues. Le juge du fond doit donc arbitrer les intérêts en présence et tâcher de trouver un équilibre raisonnable et tenir compte « de la situation du débiteur »⁸⁸ et « des besoins du créancier ». Il dispose sur ce plan d'un pouvoir souverain pour apprécier si des délais de grâce peuvent être accordés au débiteur⁸⁹, ou s'ils doivent lui être refusés⁹⁰. En effet, la grâce fait exception au droit, à ce qui est juste. Elle trouve son fondement dans la bienveillance du magistrat et non dans son sens de la justice.

Le pouvoir du juge d'accorder un délai de grâce est aussi d'ordre public. Il ne saurait être écarté par la convention des parties. Cette solution préconisée par la doctrine a été expressément affirmée par l'alinéa 5 de l'article 1343-5 nouveau du Code civil aux termes duquel « toute stipulation contraire est réputée non écrite ».

⁸⁶ E. Putman, La formation des créances, thèse dactyl., Aix-Marseille III, 1987, n° 599.

⁸⁷ Ces deux exceptions citées à l'article 510 sont les suivantes : quand, en cas d'urgence, c'est le juge des référés qui octroie de délai et quand, après signification d'un commandement ou d'un acte de saisie un à compter de l'audience de conciliation prévue en matière salariale par l'article R.3252.17 du Code du travail, c'est le juge de l'exécution qui accorde un délai de grâce.

⁸⁸ Deux critères ont ainsi été retenus par la jurisprudence: un débiteur malheureux et de bonne foi, et une condition. « Malheureux » veut dire qu'en raison de circonstances plus ou moins indépendantes de sa volonté, le débiteur a des difficultés réelles à faire face à ses engagements ex. revenus modestes, chômage, difficultés financières de l'entreprise dans laquelle il travaille ou dont il est le propriétaire ou l'exploitant etc. « De bonne foi » veut dire que le débiteur a montré par son comportement qu'il était tout disposé à payer ses dettes, qu'il a fait de son mieux pour arranger sa situation. A cela s'ajoute une condition: que le débiteur soit encore in bonis car s'il ne possède vraiment plus rien ou presque, l'octroi d'un délai de grâce serait parfaitement inutile.

⁸⁹ Cass. civ. 2^e, 10 juin 1970 : Bull. civ. II, n° 201.

⁹⁰ Cass. civ. 2^e, 28 mars 1973 : Bull. civ. II, n° 101, Cass. com. 9 janvier 1974: *ibid.* IV, n° 14, Cass. civ. 1^{re}, 5 juillet 1988: *ibid.* I, n° 216. Même solution dans le cadre de l'art. 25 (C. com., art. L. 145-41) du Décr. du 30 sept. 1953 (Cass. civ. 3^e, 15 mai 1996, n° 94-16.026 P.), de l'art. 36 (C. com., art. L. 611-14) de la L. du 1^{er} mars 1984 (Cass. com., 16 juin 1998, n° 96-15.525 P.; D. 1998. 429, note F. D. ; JCP 1998. II. 10218, note Meledo-Briand, 5), de l'art. 510 C. pr. civ. (Cass. civ. 2^e, 3 juin 1999, n° 97-14.889 P.).

56. Une limite temporelle. Le juge qui accorde des délais de paiement doit fixer la durée des délais accordés⁹¹. Dans tous les cas, le délai de grâce ne peut pas dépasser la limite de deux années à compter de l'échéance de la créance et le juge ne peut tourner cette limite en accordant des délais successifs de moins de deux ans. Il a ainsi été décidé que le législateur a fixé une limite précise au pouvoir des juges et cette limitation serait illusoire s'il leur était permis de la tourner en accordant des délais successifs, chacun inférieur au maximum légal⁹².

57. La nécessité d'une motivation. L'octroi du délai de grâce doit toujours être motivé ainsi que l'exige le deuxième alinéa de l'article 1343-5 du Code civil qui dispose explicitement qu'il doit être pris « par décision spéciale et motivée ». Cette exigence est de même affirmée au dernier alinéa de l'article 510 du Code de procédure civile pour les délais octroyés par le juge pour l'exécution des décisions judiciaires : « l'octroi du délai doit être motivé ». En revanche, la décision qui refuse l'octroi d'un délai n'a pas à être motivée. La Cour de cassation a ainsi décidé qu'en rejetant une demande de délai de grâce, une cour d'appel ne fait qu'exercer le pouvoir discrétionnaire qu'elle tient de l'art. 1244-1 (anc.), sans avoir à motiver spécialement sa décision⁹³.

4- Les effets du délai de grâce.

⁹¹ Cass. civ. 2^e, 7 janvier 1998, n° 96-12.979 : JurisData n° 1998-000020 ; JCP G 1998, I, 129, n° 12, obs. Loiseau ; Bull. civ. II, n° 4, p. 2 ; RTDCiv. 1998, 369, obs. Mestre ; Defrénois 1998, 737, obs. D. Mazeaud.

⁹² Cass. civ. 1^{re}, 6 juillet 1959: D. 1959. 393.

⁹³ Cass. civ. 2^e, 1^{er} février 2001, n° 99-15.712 P ; Cass. civ. 1^{re}, 29 oct. 2002, n° 00-12.703 P: D. 2003. AJ 1092, obs. Avena-Robardet (2^e esp.) ; 24 oct. 2006, n° 05-16.517 P ; Bull. civ. I, n° 435 ; RDC 2007. 263, obs. D. Mazeaud (idem) ; Cass. civ. 1^{re}, 5 juillet 1988, Bull. civ. I, n° 216. Toutefois, il a été récemment décidé par la Cour de cassation que « le juge doit s'expliquer, même sommairement, sur les pièces versées aux débats ; qu'en se contentant, pour écarter tout délai de grâce, de retenir l'absence d'éléments au soutien de la demande faisant la preuve d'une capacité de règlement de l'intégralité de la créance sans s'expliquer, même sommairement, sur les nouvelles pièces produites en appel par les époux X (...), la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile » : Cass. civ. 2^e, 12 avril 2018, pourvoi n° 16-28530, Bull. 2018, II, n° 86.

58. L'octroi d'un délai de grâce par le juge aboutit notamment à une suspension des procédures d'exécution contre le débiteur. De même, le juge peut décider, contrairement à la règle de droit commun, d'autoriser une imputation prioritaire des paiements sur le capital. Toutefois ce délai de grâce octroyé par le juge ne fait pas obstacle à la compensation quoiqu'il arrête le cours des majorations d'intérêts ou des pénalités prévues en cas de retard.

59. Une suspension des procédures d'exécution. Pendant toute la période de grâce, aucune procédure d'exécution ne peut être engagée contre le débiteur pour obtenir le paiement de la créance associée d'un délai de grâce et les procédures d'exécution qui auraient été engagées par le créancier sont suspendues pendant ladite période.

60. Une possibilité d'imputation sur le capital du paiement des sommes ayant fait l'objet d'un délai de grâce. La règle est exactement l'inverse de celle que retient en principe le Code civil à l'article 1343-1⁹⁴ lequel dispose que « lorsque l'obligation de somme d'argent porte intérêt, le débiteur se libère en versant le principal et les intérêts. Le paiement partiel s'impute d'abord sur les intérêts ». Par décision spéciale et motivée le juge qui octroie un délai de grâce peut donc décider aussi l'imputation prioritaire des paiements sur le capital, ce qui aboutit à réduire le montant de la dette principale, et, par contrecoup, le montant des intérêts dus.

61. Le délai de grâce ne fait pas obstacle à la compensation. La compensation, paiement abrégé, nécessite que les deux dettes à compenser soient exigibles. Or la créance pour le paiement de laquelle le juge octroie un délai de grâce en application de l'article 1343-5 du Code civil et 510 du Code de procédure civile est une créance bien échue et exigible. La décision du juge octroyant le délai de grâce fait seulement obstacle à ce qu'elle soit *effectivement exigée*. Ceci n'altère en rien son échéance et son exigibilité⁹⁵, d'où la solution affirmée à l'article 1347-3 du Code civil issu de

⁹⁴ Ancien article 1254.

⁹⁵ Contrairement au vrai report de terme sur lequel voir *supra* n° 35

l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 (art. 3) qui dispose que : « le délai de grâce ne fait pas obstacle à la compensation », reprenant ainsi dans des termes similaires les dispositions de l'ancien article 1292 : « Le terme de grâce n'est point un obstacle à la compensation ».

La solution se justifie par des raisons d'équité. Il serait en effet choquant que le débiteur, ayant obtenu un délai de grâce, puisse, nonobstant cette période de grâce qui lui est offerte, exiger lui-même le paiement effectif de la dette de son créancier.

62. Un arrêt du cours des pénalités et des majorations d'intérêts prévues en cas de retard. Selon l'alinéa 4 de l'article 1343-5 du Code civil « les majorations d'intérêts ou les pénalités encourues à raison du retard cessent d'être dues pendant le délai fixé par le juge ». Comme l'a justement souligné M. Sériaux, faire payer au débiteur ces sommes reviendrait à le traiter « ni plus ni moins comme un débiteur récalcitrant, ce qu'il n'est justement pas »⁹⁶. Il en est ainsi par exemple de la majoration de cinq points du taux de l'intérêt légal prévue par l'article L.313-3 du Code monétaire et financier qui cesse d'être due pendant le délai fixé par le juge⁹⁷. Selon la doctrine majoritaire⁹⁸, seul le cours des intérêts au taux majoré est arrêté pendant la période de grâce, les intérêts moratoires au taux simple continuant à courir⁹⁹, et ceci parce que le délai de grâce ne doit pas être confondu avec un véritable terme. En effet, le délai ne vient disparaître que la contrainte de l'exécution forcée (la *Haftung*) sans atteindre la substance même de la créance (*Schuld*) dont le juge ne peut différer l'exigibilité.

⁹⁶ M. Sériaux, *Réflexions sur les délais de grâce*, RTDCiv. 1993. 789, n° 3.

⁹⁷ CA de Versailles, 3 Mai 2007, n° 06/04824

⁹⁸ B. Starck, H. Roland et H. Boyer, *Droit civil, Les obligations*, t. 3, Régime général, Litec, 6^e éd. 1999, n° 198 ; H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, *Obligations, Théorie générale*, préc., n° 912 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 1212 ; J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, préc., n° 166 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations* : éd. LGDJ-Lextenso, 7^e éd., 2015, n° 1124 ; C. Chabas, *L'inexécution licite du contrat*, thèse LGDJ, t. 380, préf. J. Ghestin et avant-propos D. Mazeaud, 2002, n° 317 ; P. Ancel, *Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes ?* » in *Que reste-il de l'intangibilité du contrat ?*, Actes du colloque du 28 novembre 1997, Chambéry, Dr. et Patrimoine, mai 1998, p. 88, spéc. p 94 et note n° 41 ; Ph. Soustelle, *Les délais judiciaires diffèrent l'exécution de l'obligation*, préc., n° 379 et s.

⁹⁹ Pour développements sur cette question, v. *infra*, n° 388 et s.

b- Le délai de grâce imposé par le législateur ou le moratoire.

63. Emprunté au latin « *moratorius* » (qui retarde), lui-même dérivé de « *mora* » (retard, délai, arrêt), le mot « moratoire » pris comme substantif désigne une « mesure législative exceptionnelle et temporaire, collective et objective, intéressant une catégorie spéciale de débiteurs (ex : mobilisés), ou de dettes (ex : loyers), qui a pour objet d'accorder un délai de paiement, une suspension des mesures d'exécution forcée, etc..., en raison de circonstances sociales graves rendant difficile l'exécution des obligations (ex : crise économique, état de guerre), pour une durée fixée par la loi (moratoire légal) ou laissée à la détermination du juge (moratoire judiciaire) »¹⁰⁰. Entraînant des effets directs sur l'échéance de la créance (3) et à partir de là sur la réalisation du fait générateur des intérêts moratoires, le moratoire est une notion qui mérite d'être examinée (1) et ses caractères définis (2).

1- La notion de moratoire.

64. Une disposition générale promulguée par le législateur. Le législateur promulgue quelques fois des dispositions générales accordant à tous les débiteurs, ou à une certaine catégorie d'entre eux, « le droit de ne pas payer leurs dettes »¹⁰¹, ou tout au moins d'en différer le paiement ; il édicte un moratoire. Le moratoire désigne ainsi « une disposition législative intervenant en des circonstances exceptionnelles au bénéfice d'une ou de plusieurs catégories de débiteurs, qui impose un terme de grâce, par mesure collective, à l'exécution de leurs obligations »¹⁰². Il s'agit en quelque sorte

¹⁰⁰ G. Cornu, Vocabulaire juridique, 13^e éd., 2020, LGDJ, v° Moratoire. Dans un autre sens, le mot « moratoire » peut signifier aussi « la convention par laquelle les créanciers d'une personne décident collectivement, en dehors de toute procédure judiciaire, d'accorder des délais de paiement à leur débiteur commun » (S. Braudo, Dictionnaire du droit privé, v. Moratoire). Ce second sens est en usage notamment en matière de dettes sociales et fiscales lorsque l'Administration consent des délais pour le paiement de l'impôt ou de cotisations sociales aux personnes assujetties (Cass. com. 15 février 2011, n° 10-13.625, JCP E 2011. 1280, note Lebel). C'est la première définition du moratoire comme disposition législative imposant un terme de grâce qui nous intéresse dans cette partie de la recherche.

¹⁰¹ G. Ripert, Le droit de ne pas payer ses dettes, DH 1936, chron. 57.

¹⁰² M. Boudot, Répertoire civil Dalloz, V. Moratoire. Dans le même sens, J. Carbonnier, Droit civil, Tome 4, Les obligations, 22^e éd., PUF, 2000, n° 133, p. 259-260 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Stoffel-

d'une réponse collective au bouleversement par des circonstances exceptionnelles dans l'économie des contrats¹⁰³. Si l'un et l'autre ont pour effet d'attacher un terme suspensif à l'obligation, le premier par voie législative, le second par voie judiciaire, le moratoire se distingue ainsi du délai de grâce par son caractère collectif puisqu'il vise une catégorie de dettes et/ou de débiteurs, non une dette considérée isolément dont le juge aménagerait l'exécution.

65. Des moratoires en droit français. Les rapatriés et les personnes dépossédées de leurs biens outre-mer ont ainsi été autorisés par différents textes à différer le remboursement de certaines de leurs dettes¹⁰⁴. De même, une grève des services postaux a provoqué l'intervention du législateur français pour proroger les délais de paiement¹⁰⁵. Récemment, suite à l'épidémie Covid-19, l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période¹⁰⁶, prise en application de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 instaurant l'état d'urgence, et dont les dispositions sont applicables aux délais et mesures qui ont expiré ou qui expirent

Munck, Les obligations, préc., n° 757, p. 396 ; G. Marty, P. Raynaud et Ph. Jestaz, Droit civil. Les obligations, tome 2, Le régime, préc., p. 59, n° 66 ; Terré, Simler Lequette et Chénédy, Droit civil, Les obligations, préc., n° 1204, p. 1192.

¹⁰³ V. Pimont, L'économie du contrat, thèse dactyl., Poitiers, 2002.

¹⁰⁴ L. n° 70-632 du 15 juill. 1970 relative à une contribution nationale à l'indemnisation des Français dépossédés de biens situés dans un territoire antérieurement placé sous la souveraineté, le protectorat ou la tutelle de la France, art. 49 et s., D. 1970. 193, modifiée par L. n° 74-1129 du 30 déc. 1974, D. 1975. 20, puis par la loi n° 78-1 du 2 janv. 1978, D. 1978. 53, la loi n° 86-1318 du 30 décembre 1986 de finances rectificative pour 1986 et par L. n° 87-549 du 16 juill. 1987, D. 1987. 303 ; v. F. Givord, Les dettes des rapatriés, le droit et l'équité, D. 1968. chron. 15 ; BLIN, La loi n° 69-992 du 6 novembre 1969 instituant des mesures de protection juridique en faveur des rapatriés et des personnes dépossédées de leurs biens outre-mer, JCP 1970. I. 2293.

¹⁰⁵ L. n° 74-1115 du 27 déc. 1974, D. 1975. 16. V. égal., les autres exemples cités *in* G. Marty, P. Raynaud et Ph. Jestaz, Les obligations, Le régime, tome 2, 2^e éd. Sirey 1989, préc., p. 60.

¹⁰⁶ La loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 instaurant l'état d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 a habilité le gouvernement à prendre par ordonnances, dans un délai de trois mois à compter de la publication de ladite loi, toute mesure, pouvant entrer en vigueur, si nécessaire, à compter du 12 mars 2020, relevant du domaine de la loi afin de faire face aux conséquences économiques, financières et sociales de la propagation de l'épidémie de covid-19 et aux conséquences des mesures prises pour limiter cette propagation, et notamment afin de prévenir et limiter la cessation d'activité des personnes physiques et morales exerçant une activité économique et des associations ainsi que ses incidences sur l'emploi. (L. n° 2020-290, 23 mars 2020 : JO 24 mars 2020, texte n° 2, art. 11 ; J.-F. Dreuille, État d'urgence sanitaire : Dr. pén. 2020, comm. 78 ; Act. proc. coll. 2020, n° 8, alerte 104 ; Act. proc. coll. 2020, n° 7, alerte 88).

entre le 12 mars 2020 et l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire déclaré, a disposé dans son article 2 que « tout acte, recours, action en justice, formalité, inscription, déclaration, notification ou publication prescrit par la loi ou le règlement à peine de nullité, sanction, caducité, forclusion, prescription, inopposabilité, irrecevabilité, péremption, désistement d'office, application d'un régime particulier, non avenu ou déchéance d'un droit quelconque et qui aurait dû être accompli pendant la période mentionnée à l'article 1^{er} sera réputé avoir été fait à temps s'il a été effectué dans un délai qui ne peut excéder, à compter de la fin de cette période, le délai légalement imparti pour agir, dans la limite de deux mois.

Il en est de même de tout paiement prescrit par la loi ou le règlement en vue de l'acquisition ou de la conservation d'un droit ».

Une autre ordonnance, prise aussi en application de la loi du 23 mars 2020 instaurant l'état d'urgence, donne la liste des entreprises dont l'activité est affectée par la propagation de l'épidémie de covid-19 et qui sont susceptibles de bénéficier du report et/ou de l'échelonnement du paiement des loyers et des factures d'eau, de gaz et d'électricité afférents aux locaux professionnels des entreprises¹⁰⁷.

66. Des moratoires en droit libanais. Au Liban, après la fin de la guerre civile, la loi n° 50 du 23 mai 1991 est venue suspendre tous les délais légaux, judiciaires et contractuels pour la période allant de la fin de la période édictée par le décret-loi n° 12/1983¹⁰⁸ jusqu'à la date de son entrée en vigueur¹⁰⁹, accordant ainsi un moratoire légal à tous les débiteurs de droit public et de droit privé, avec certaines exceptions édictées à l'article 3, pour toute ladite période. Par la suite, après la fin des attaques d'Israël contre le Liban en juillet 2006, une autre loi du 8 décembre 2006 est venue de nouveau suspendre tous les délais légaux, judiciaires et contractuels donnés aux personnes de droit public ou de droit privé pour exercer leurs droits en matière

¹⁰⁷ Ord. n° 2020-316, 25 mars 2020 : JO 26 mars 2020, texte n° 37 ; Ph. Billet, Les loyers et l'accès aux fluides sous le régime de la loi d'urgence sanitaire : JCP A 2020, 2097 ; JCP E 2020, act. 237 ; JCP N 2020, act. 343.

¹⁰⁸ Le 3 mars 1983.

¹⁰⁹ 23 mai 1991.

administrative, civile et commerciale et ceci pour la période allant de 12 juillet 2006 à la date de son entrée en vigueur qui a été le 21 décembre 2006

Récemment, suite à l'épidémie Covid-19 un moratoire légal a suspendu tous les délais légaux, judiciaires et contractuels dont bénéficient les personnes de droit publique et les personnes de droit privé pour exercer des droits, qu'ils s'agissent de délais procéduraux ou de délais ayant trait au fond du droit, et ceci à partir du 18 octobre 2019 et jusqu'au 30 juillet 2020¹¹⁰. Ce moratoire a été renouvelé plusieurs fois par la suite par des lois dont la plus récente date du 15 janvier 2021 qui a disposé dans son article unique que tous les délais légaux, judiciaires et conventionnels dont bénéficient les personnes de droit publique et les personnes de droit privé pour exercer des droits, qu'ils s'agissent de délais procéduraux ou de délais ayant trait au fond du droit, sont suspendus pendant la période de confinement décidée ou qui sera décidée en accord avec la décision déclarant l'état de mobilisation générale prise par le décret 7315 du 31 décembre 2021. Une autre loi n°199 du 29 décembre 2021 a prévu la suspension pour 6 mois à partir de la date de sa publication de l'effet de toutes les clauses contractuelles ayant trait au défaut de paiement des crédits de tous genres, commerciaux, agricoles, d'habitation, industriels, touristiques et autres de tel sorte que le contractant ne soit soumis à aucune pénalité légale ou contractuelle, en plus d'une suspension de toutes procédures légales ou judiciaires engagées à cet égard.

Il est clair que la catégorie juridique des moratoires n'a rien d'homogène¹¹¹ et le chercheur ne peut en tracer les caractères qu'à gros traits.

2- Les caractères du moratoire.

67. Une mesure temporaire et exceptionnelle édictée par la loi (...). Le moratoire consiste nécessairement en une intervention législative, effectuée au coup par coup, généralement à caractère temporaire et exceptionnel et qui intervient dans ou à la suite de circonstances exceptionnelles (guerre, crise économique, épidémie etc...). Pour certains auteurs, il ne s'agit que d'une mesure d'exception qui porte une atteinte grave

¹¹⁰ L. n°160 du 8 mai 2020, publiée au J.O. n°20 du 14 mai 2020.

¹¹¹ Putman, thèse préc., n°s 600 s..

à la stabilité des contrats¹¹², d'où la nécessité que son champ d'application ne soit pas trop large. Ainsi la loi du 5 août 1914 ayant institué un moratoire, du fait de la guerre, en faveur de tous les débiteurs avait porté une atteinte importante à la stabilité des contrats et n'a pas été reprise par le décret-loi du 1^{er} septembre 1939 (modifié par le décret-loi du 26 mai 1940 et par la loi du 4 mai 1941) ayant limité le moratoire aux mobilisés et ex-prisonniers de guerre pendant les six mois suivant leur libération.

68. (...) à caractère collectif (...) Le moratoire vise une ou plusieurs catégories de débiteurs mais il reste indépendant de la considération de la personne du débiteur et n'est octroyé qu'à raison de circonstances objectives qui compromettent l'exécution de l'obligation. Il peut également ne valoir que pour un objet déterminé et ne concerner qu'une catégorie d'obligations ou de dettes.

69. (...) et imposant un délai de grâce. La disposition législative impose un nouveau terme à l'obligation. Contrairement au délai de grâce dont l'octroi demeure facultatif pour le juge, le moratoire a un caractère obligatoire et profite automatiquement à toutes les personnes ou à toutes les dettes qu'il vise.

3- Les effets du moratoire.

70. Terme de droit ou simple délai de grâce ? Il est légitime de se demander si le moratoire imposé par le législateur produit sur la créance les effets d'un terme de droit ou les effets d'un simple délai de grâce. La question importe dans notre recherche parce qu'elle est en lien direct avec le cours des intérêts moratoires sur la créance visée par ce moratoire. S'il est considéré comme un simple délai de grâce¹¹³, le moratoire ne ferait que retarder les poursuites sans supprimer l'exigibilité de la dette et ne ferait donc pas obstacle à la compensation ni au cours des intérêts moratoires simples, seuls les

¹¹² H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Obligations, Théorie générale, préc., n° 915.

¹¹³ En ce sens, J. Carbonnier, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 133, p. 260.

intérêts au taux majoré étant suspendus par un délai de grâce¹¹⁴. Par contre, si l'on voit dans le moratoire un véritable terme de droit retardant l'exigibilité de la créance¹¹⁵, ce terme de droit interdirait la compensation, suspendrait le cours des intérêts moratoires même au taux simple et retarderait la prescription de la créance puisque n'étant pas échue, la créance à terme ne peut se prescrire selon l'article 2233, al. 3 du code civil. De même, la concession d'un terme suspensif au débiteur principal profiterait à la caution, qu'elle ait eu lieu avant ou après le cautionnement. Si elle lui a été antérieure, la caution qui paierait le créancier avant l'échéance ne saurait exercer son recours contre le débiteur principal avant l'expiration du terme ; en revanche, si le terme a été consenti après l'engagement de la caution, celle-ci pourrait le repousser et, soit payer le créancier¹¹⁶, soit exercer immédiatement son recours contre le débiteur¹¹⁷.

La réponse à cette question n'est pas évidente. En matière de cautionnement, la jurisprudence a décidé que la caution ne pouvait se prévaloir du moratoire accordé au débiteur principal, sauf si la loi prévoit que la caution bénéficiera pour elle-même de la mesure collective¹¹⁸. Des auteurs font toutefois observer que la caution doit pouvoir bénéficier du moratoire quand celui-ci a été accordé en raison de la nature de la dette sans considération pour le statut personnel du débiteur¹¹⁹. En réalité, il faut examiner le dispositif de chaque loi accordant un moratoire pour voir s'il s'agit d'un simple délai de grâce octroyé par le législateur ou d'un vrai report du terme de l'obligation qui retarde son échéance et à partir de là son exigibilité. Il est clair par exemple que la loi libanaise n°199/2020 qui a suspendu pour 6 mois l'effet de toutes les clauses contractuelles ayant trait au défaut de paiement des crédits de tous genres de tel sorte que le contractant ne soit soumis à aucune pénalité légale ou contractuelle, ainsi que

¹¹⁴ Sur les effets du délai de grâce sur les intérêts, v. *supra* n° 62 et *infra* n° 388 et s.

¹¹⁵ En ce sens, H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, Obligations, Théorie générale, préc., n° 1149.

¹¹⁶ CA Caen, 24 janvier 1887, DP 1888. 2. 127.

¹¹⁷ C. civ., art. 2316, anc. art. 2039.

¹¹⁸ P. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, 5^e éd., 2015, LexisNexis, n° 47.473, p. 437-439.

¹¹⁹ J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau, *Traité de droit civil. Le régime des créances et des dettes*, 2005, LGDJ, n° 613, p. 651, citant Cass. civ. 1^{re}, 15 avr. 1970, Bull. civ. I, n° 120, p. 98 ; Cass. civ. 1^{re}, 4 nov. 1987, Bull. civ. I, n° 278, p. 201.

toute procédure légale ou judiciaire concernant ces crédits, n'a pas explicitement reporté l'ensemble des termes prévus. On en déduit que cette loi n'a pas retardé l'échéance des créances visées mais a seulement octroyé au créanciers défaillants un délai de grâce, ce qui ne devrait avoir aucune influence sur le cours des intérêts moratoires sur ces créances au taux simple. En France, l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période vise, quant à elle, dans son article 4, uniquement « les astreintes, les clauses pénales, les clauses résolutoires ainsi que les clauses prévoyant une déchéance, lorsqu'elles ont pour objet de sanctionner l'inexécution d'une obligation dans un délai déterminé », et prévoit que ces clauses « sont réputées n'avoir pas pris cours ou produit effet, si ce délai a expiré pendant la période » qu'elle définit, sans inclure explicitement dans la suspension les intérêts moratoires ce qui laisse penser que le cours de ces intérêts n'est pas suspendu. Dans d'autres cas, la loi qui accorde le moratoire peut être claire et disposer explicitement que les créances qui font l'objet d'une suspension de poursuite sont remises en capital et intérêts ce qui revient à dire qu'il ne s'agit pas d'un simple délai de grâce mais que le terme de ces créances est prorogé. Il en est ainsi de l'article 44 de la loi n° 86-1318 du 30 décembre 1986 de finances rectificative pour 1986 qui dispose que « les sommes restant dues au titre des prêts accordés aux rapatriés avant le 31 mai 1981 par des établissements de crédit ayant passé convention avec l'Etat sont remises en capital, *intérêts* et frais »¹²⁰.

Les incertitudes qui peuvent empreindre les effets du terme échu de la créance et déjouer ainsi les prévisions des parties quant à l'échéance de la créance ne sont pas dues seulement à la possibilité de l'octroi au débiteur par le juge ou la loi, d'un délai de grâce ou d'un moratoire. L'ouverture d'une procédure collective pour les entreprises, ou d'une procédure de traitement du surendettement des particuliers, ou encore le jugement déclarant la faillite d'un commerçant en droit libanais, soulèvent, à leur tour, maintes incertitudes quant aux effets de l'échéance du terme sur l'exigibilité de la créance.

¹²⁰ Nous soulignons.

B- Des incertitudes dues à l'ouverture d'une procédure collective ou d'une procédure de traitement du surendettement.

71. Deuxième source d'incertitude quant aux effets du terme échu, l'ouverture d'une procédure collective pour une entreprise ou d'une procédure de traitement du surendettement des particuliers pour le débiteur personne physique entraîne des conséquences pour les créanciers dont la créance est échue et aurait dû devenir en principe exigible, et ceci notamment en raison de l'arrêt des poursuites individuelles (a) et de ses deux corollaires, l'interdiction légale de paiement des créances et l'arrêt du cours des intérêts (b).

a- Le principe de l'arrêt des poursuites individuelles.

72. Un principe commun aux droits libanais et français. En droit libanais, la règle de la suspension des poursuites individuelles suite au jugement déclaratif de faillite est édictée à l'article 503 du Code de commerce : « le jugement déclaratif suspend, à l'égard des créanciers chirographaires et des créanciers munis d'un privilège général, les poursuites individuelles, qui sont désormais concentrées entre les mains des syndics, sans qu'il y ait à distinguer suivant qu'il s'agit d'une créance civile ou commerciale. Les créanciers placés dans la masse dès la déclaration de faillite n'ont plus d'action en paiement, ni contre le failli, ni contre le syndic : ils doivent produire leur créance pour la soumettre à la procédure de vérification. La suspension des poursuites individuelles résulte de plein droit du jugement déclaratif et prend fin avec la faillite par homologation du concordat, dissolution de l'union, désintéressement des créanciers ou même par clôture pour insuffisance d'actif »¹²¹. En droit français, l'arrêt des poursuites individuelles est de règle en matière de procédures collectives mais aussi en matière de traitement de surendettement des particuliers.

¹²¹ Ch. Fabia et P. Safa, préc., article 503, note 1 et 2.

73. En matière de procédures collectives. L'ouverture d'une procédure collective entraîne un arrêt des poursuites individuelles. Le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers qui tendrait à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent. La créance est bien échue mais n'est plus exigible. Il s'agit d'une règle traditionnelle de toute procédure collective, d'ordre public interne et international. L'article L.622-21 du Code de commerce la prévoit dans la sauvegarde, mais les dispositions de cet article sont aussi applicables par renvoi pour le redressement judiciaire (art. L.631-14, al. 1^{er}) et pour la liquidation judiciaire (art. L.641-3, al. 1^{er}). Il en est ainsi aussi pour l'accord de conciliation homologué. En application de l'article L.611-10-1 du Code de commerce, un accord de conciliation conclu entre le débiteur et ses créanciers interrompt ou interdit « pendant la durée de son exécution », toute action en justice et toute poursuite individuelle tant sur les meubles que sur les immeubles du débiteur dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet. Aux termes de l'article L.611-10-2, « les personnes coobligés ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord constaté ou homologué ».

74. Domaine de la règle. Initialement limitée aux seuls créanciers chirographaires, la règle de l'interdiction des poursuites avait été étendue par la loi du 25 janvier 1985 à l'ensemble des créanciers antérieurs, y compris aux créanciers titulaires de sûretés¹²². Depuis la loi du 26 juillet 2005, cette règle s'impose également aux créanciers postérieurs non privilégiés. Notons que dans le cadre de la liquidation judiciaire, la règle de l'interdiction des poursuites a une portée plus limitée pour certains créanciers qui sont autorisés, sous réserve du respect de certaines conditions, à exercer leur droit de poursuite afin de remédier à l'inertie du liquidateur. Ce sont les dispositions de l'article L.643-2 du Code de commerce qui définissent le domaine de cette prérogative,

¹²² En droit libanais, la suspension des poursuites individuelles reste limitée aux créanciers chirographaires et aux créanciers munis d'un privilège général. Les créanciers gagistes ou hypothécaires (que l'hypothèque soit légale, conventionnelle ou légale) et les créanciers à privilèges spéciaux conservent le droit de poursuivre la réalisation du bien affecté spécialement à leur sûreté à moins que leur créance soit éteinte par un paiement intégral reçu du syndic avec autorisation du juge-commissaire (art. 617 C. com lib.).

les conditions et modalités d'exercice du droit de poursuite qui demeure une simple faculté pour le créancier.

L'interdiction des poursuites concerne tout d'abord les actions tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent. Elle s'applique aussi aux actions en résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent, aux procédures d'exécution et aux procédures de distribution non définitives.

Les personnes profitant de l'arrêt des poursuites sont, outre le débiteur, les cautions personnes physiques : « Le jugement d'ouverture suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation toute action contre les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie » (C. com., art. L.622-28, al. 2, et L.631-14). Il s'agit d'une fin de non-recevoir qui peut être opposée pour la première fois devant la Cour de cassation, mais seulement par les cautions personnes physiques sans les cautions personnes morales.

75. Effets de l'interruption de l'instance. L'interruption joue jusqu'à la déclaration de sa créance par le créancier, déclaration dans laquelle la juridiction saisie de l'instance doit être mentionnée. L'instance est alors, selon les termes de la loi, reprise de plein droit devant la juridiction initialement saisie. L'instance ainsi reprise ne peut toutefois tendre qu'à la constatation de la créance et à la fixation de son montant (C. com., art. L.622-22), à l'exclusion de toute condamnation, et la fixation de la créance ne saurait excéder le montant de la déclaration faite et devra prendre en compte la règle de l'arrêt du cours des intérêts qui est le second corollaire de la règle de l'interdiction de paiement¹²³.

76. En matière de traitement du surendettement des particuliers, procédure dont les dispositions figurent au livre VII (articles L.711-1 et s.) du Code de la consommation, et par application de l'article L.721-4 du Code de la consommation, la commission peut, à la demande du débiteur saisir, « à compter du dépôt du dossier et jusqu'à la décision statuant sur la recevabilité de la demande de traitement de la situation de surendettement, le juge des contentieux de la protection aux fins de

¹²³ V. *infra* n° 87 et s.

suspension des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur ainsi que des cessions de rémunération consenties par celui-ci et portant sur les dettes autres qu'alimentaires ». De plus, une fois la demande de traitement de la situation de surendettement est déclarée recevable par la commission, les procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur ainsi que les cessions de rémunération consenties par celui-ci et portant sur les dettes autres qu'alimentaires sont suspendues et interdites (article L.722-2 C. Cons.). Ces procédures et ces cessions de rémunération demeurent suspendues et interdites selon les cas, jusqu'à l'approbation du plan conventionnel de redressement prévu à l'article L.732-1, jusqu'à la décision imposant des mesures de désendettement prévues aux articles L.733-1, L.733-4, L.733-7 et L.741-1, jusqu'au jugement prononçant un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire ou jusqu'au jugement d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire. Toutefois, cette suspension et cette interdiction ne peuvent excéder deux ans (article L.722-3 C. cons.).

La règle de la suspension des procédures d'exécution et des cessions de rémunération joue donc de plein droit à partir de la réception de la demande par la commission et par le seul effet de la recevabilité ; les créanciers sont alors contraints d'attendre la fin de la procédure de surendettement. Elle autorise ainsi une réelle protection du consommateur et permet, en même temps, de traiter de manière égale tous les créanciers, qu'ils soient ou non impliqués dans la procédure et se rapproche ainsi de la règle applicable aux procédures collectives qui entraînent de plein droit la suspension des procédures en cours d'exécution.

b- Les deux corollaires du principe : l'interdiction de paiement et l'arrêt du cours des intérêts.

77. Du principe de l'interdiction ou de l'interruption de toute action en justice qui tendrait à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent découlent deux corollaires : le premier interdit à ce débiteur de payer certaines créances (1), l'autre qui nous importe le plus dans notre recherche concerne l'arrêt de tous intérêts ou pénalités de retard (2).

1- L'interdiction légale de paiement des créances.

78. En matière de procédures collectives l'interdiction de paiement est prévue par l'article L.622-7 I alinéa 1 du Code de commerce pour la procédure de sauvegarde : « le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes. Il emporte également, de plein droit, interdiction de payer toute créance née après le jugement d'ouverture, non mentionnée au I de l'article L.622-17¹²⁴. Par renvoi à cet article, les articles L.631-14 et L.641-3 du Code de commerce prévoient la même interdiction pour l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation (1.1). En matière de traitement de surendettement des particuliers, c'est l'article L.722-5 du Code de la consommation qui établit une interdiction de paiement des créances nées antérieurement à la suspension ou à l'interdiction des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur (1.2).

1-1- L'interdiction de paiement en matière de procédures collectives.

79. En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation d'une entreprise il est interdit au débiteur de payer certaines créances. Quoique le terme de ces créances soit bien arrivé à échéance, les effets de l'échéance sont arrêtés et elles ne peuvent être payées. En droit libanais, l'article 501 du Code de commerce prévoit que le jugement déclaratif de faillite emporte de plein droit, à partir du jour même où il est rendu, dessaisissement pour le failli, au profit des syndics, de l'administration de tous ses biens, (...). Le failli ne peut plus notamment aliéner aucun de ses biens, il ne peut plus effectuer aucun paiement (...) ».

¹²⁴ C'est-à-dire les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période.

L'idée derrière cette interdiction, imposée sous l'effet double d'une sanction de nullité et d'une sanction pénale¹²⁵, est notamment de favoriser le redressement de l'entreprise en différant le paiement du passif dans les procédures destinées à en assurer le sauvetage et de geler le passif antérieur pour assurer un traitement égalitaire des créanciers dans la liquidation. La prohibition légale de paiement concerne non seulement les créances antérieures au jugement d'ouverture de la procédure mais aussi les créances postérieures non privilégiées. Seulement certaines créances y sont soustraites.

80. Le principe : toutes les créances antérieures. Tous les paiements faits par le débiteur ou les organes de la procédure de créances antérieures au jugement d'ouverture de la procédure sont interdits¹²⁶. Ce qui importe c'est la date de naissance de la créance. Celle-ci peut aussi bien être chirographaire ou associée d'un privilège ou d'une sûreté, civile ou commerciale, liée à l'activité poursuivie ou non¹²⁷, du moins si le débiteur personne physique n'a pas choisi de recourir au statut d'EIRL¹²⁸. Dans ce dernier cas, si le patrimoine affecté à l'activité en difficulté fait l'objet de la procédure, les créances étrangères à cette activité se rapportant au patrimoine non affecté sont étrangères à la procédure et n'ont pas non plus à être déclarées et ne sont donc pas soumises à l'interdiction légale de paiement.

¹²⁵ En application du paragraphe III de l'art. L. 622-7 c.com., « tout acte ou tout paiement passé en violation des dispositions du présent article est annulé à la demande de tout intéressé ou du ministère public, présentée dans un délai de trois ans à compter de la conclusion de l'acte ou du paiement de la créance la nullité de l'acte est encourue ». Cette nullité absolue aboutit à la réintégration des sommes versées dans le patrimoine du débiteur. La sanction pénale est édictée par l'article L. 654-8 à l'encontre de l'auteur du paiement interdit.

¹²⁶ Ne sont pas concernés par la prohibition les paiements effectués au profit du débiteur et les paiements émanant de tiers, même s'ils aboutissent à éteindre la dette du débiteur.

¹²⁷ Cass. com. 25 novembre 2008, n° 07-17.900.

¹²⁸ Entreprise individuelle à responsabilité limitée. Ce genre d'entreprise n'était pas reconnu par le droit libanais jusqu'à la loi n° 126 du 29 mars 2018 qui a modifié certaines dispositions du Code de commerce et amendé l'article 844 du Code des obligations et des contrats afin de permettre la constitution de sociétés unipersonnelles. Après la société anonyme offshore à actionnaire unique instituée pour la première fois au Liban par la loi n° 85/2018 du 10 octobre 2018, c'est au tour de la société à responsabilité limitée (SARL) de bénéficier d'une structure unipersonnelle, même *ab initio*. Depuis 2019, un commerçant peut séparer son patrimoine commercial de son patrimoine personnel à travers une SARL dont il détient la totalité des parts.

Tous les modes de paiements sont en principe interdits. Sont ainsi interdits le retrait litigieux par le débiteur, mécanisme régi par les articles 1699 et s. du Code civil¹²⁹, et le pacte comissoire. L'article L.622-7 du Code de commerce mentionne expressément que le jugement ouvrant la procédure « fait obstacle à la conclusion et à la réalisation d'un pacte comissoire » même si la généralité de la règle, qui ne souffre que des exceptions légales, aurait pu suffire à écarter la réalisation du pacte comissoire éventuellement stipulé au profit du créancier titulaire d'une sûreté réelle. Par exception, certains modes de paiements sont permis. Il en est ainsi pour le paiement par compensation de créances connexes. Cette exception a été introduite par la loi du 10 juin 1994 qui a consacré la solution admise par la Cour de cassation¹³⁰ qui, par la suite, et à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité qui lui était posée, avait considéré que la constitutionnalité du droit de compenser les créances connexes ainsi admis ne pouvait être sérieusement discutée et a refusé de transmettre la question au Conseil constitutionnel¹³¹.

81. Des créances antérieures exclues. *Les créances alimentaires* sont aujourd'hui clairement soustraites par l'article L. 622-7 du Code de commerce à l'interdiction de paiement, qu'elles soient antérieures ou postérieures au jugement d'ouverture. Avant sa modification par l'ordonnance du 18 décembre 2008 l'article L.622-7 mentionnait aussi « les créances liées aux besoins de la vie courante ». La jurisprudence était invitée par la doctrine à interpréter avec souplesse la notion de créances liées aux besoins de la vie

¹²⁹ Cass. com. 12 octobre 2004, n° 03-11.615, Act. proc. coll. 2004, n° 218, obs. Regnaut-Moutier ; LPA no 71, 11 avr. 2005, p. 15, note H. Lécuyer ; JCP E 2005. 31, n° 16, obs. M. Cabrillac et Ph. Pétel), solution rappelée ultérieurement et appliquée pour le redressement et la liquidation judiciaires (Cass. com. 14 mars 2006, n° 04-17.869, D. 2006. AJ 916, obs. Lienhard ; Cass. com. 9 mai 2007, n° 06-11.275, Bull. civ. IV, n° 121 ; D. 2007. AJ 1509, obs. Lienhard ; RTDCiv. 2007. 583, obs. Gautier ; Com. 12 janvier 2010, n° 98-21370, Act. proc. coll. 2010, n° 58).

¹³⁰ Cass. com. 19 mars 1991, n° 89-17.083, Bull. civ. IV, n° 105 ; D. 1991. 542, note Duboc ; D. 1993. Somm. 11, obs. Derrida ; JCP E 1991. 174, note Legeais ; Rev. proc. coll. 1991. 211, obs. Saint-Alary-Houin ; Com. 2 mars 1993, n° 91-10.187, Bull. civ. IV, n° 86 ; D. 1993. 426, note Pédamon ; JCP 1993. II. 22169, note Montredon.

¹³¹ Cass. com. QPC, 14 septembre 2010, n° 10-40.022 ; JCP E 2011. 1030, n° 3, obs. Ph. Pétel ; Act. proc. coll. 2010, n° 226, obs. Cagnoli ; Bull. Joly 2010. 799, obs. Lucas ; LPA n° 2012, 20 déc. 2010, p. 5, note Henry.

courante du débiteur, sans toutefois couvrir les « extravagances » de celui-ci. Après sa modification, cet article ne comporte plus aucune référence aux créances liées aux besoins de la vie courante. Celles-ci bénéficient donc, à nouveau, du privilège de la procédure et font partie des créances mentionnées au I de l'article L.622-7. En droit libanais, l'article 502 du Code de commerce fait échapper à l'interdiction de paiement prévue à l'article 501, et dans la mesure fixée par le juge commissaire, les créances correspondant aux besoins de sa subsistance et celle de sa famille.

Les créances salariales sont, elles aussi, exclues. En effet, les créances salariales antérieures impayées, garanties par le super privilège établi aux articles L.143-10, L.143-11, L.742-6 et L.751-15 du Code du travail, doivent être payées dans les dix jours du jugement d'ouverture de la procédure conformément à l'article L.625-8 du Code de commerce sur ordonnance du juge-commissaire par le débiteur ou l'administrateur lorsqu'il exerce une mission d'assistance, s'ils disposent des fonds nécessaires. Cette disposition impose, toujours sous la même réserve, le versement immédiat aux salariés à titre provisionnel d'une somme égale à un mois de salaire impayé. À défaut de fonds disponibles, le régime de garantie des salaires (AGS) prend le relais, mais seulement en cas de procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

Sont aussi exclues de la prohibition légale *les paiements autorisés par le juge-commissaire*. Il s'agit essentiellement de paiements reposant sur la volonté de favoriser la poursuite de l'activité ou d'assurer un traitement de faveur à certains créanciers, notamment pour retirer le gage ou une chose légitimement retenue ou pour obtenir le retour de biens et droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire, lorsque ce retrait ou ce retour est justifié par la poursuite de l'activité, ou encore pour lever l'option d'achat d'un contrat de crédit-bail, lorsque cette levée d'option est justifiée par la poursuite de l'activité (article L.622-7, II du Code de commerce). Il s'agit aussi de paiements provisionnels de certaines créances en cas de vente de biens grevés de sûretés (article L.622-8, alinéa 3, du Code de commerce, complété par les dispositions de l'article R.622-8 pour la sauvegarde et le redressement judiciaire, l'article L.643-3 pour la liquidation judiciaire mais dans des conditions différentes).

82. Les créances postérieures non privilégiées. La loi du 26 juillet 2005 a étendu le champ d'application de l'article L.622-7 du Code de commerce en complétant l'alinéa premier édictant le principe de l'interdiction des paiements, applicable jusque-là aux seules créances nées antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure : « Il [le jugement d'ouverture] emporte également, de plein droit, interdiction de payer toute créance née après le jugement d'ouverture (...)»¹³². Il est donc en principe interdit au débiteur de payer les créances postérieures au jugement d'ouverture de la procédure collective.

Une exception légale est prévue à cette interdiction : les créances de l'article L.622-17 du Code de commerce. Il s'agit des créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, et des créances nées en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période (comme les créances salariales), et qui doivent être payées à leur échéance¹³³. Lorsqu'elles ne sont pas payées à l'échéance, ces créances sont payées par privilège avant toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges ou sûretés¹³⁴.

1.2- L'interdiction de paiement en matière de traitement du surendettement des particuliers.

83. La situation de surendettement est définie à l'article L.711-1 du Code de la consommation, tel qu'issu de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, comme étant « caractérisée par l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir ».

¹³² Rappelons que les articles L.631-14, al. 1^{er} et L.641-3, al. 1^{er} du Code de commerce prévoient l'application de ces mêmes dispositions pour la procédure de redressement ainsi que pour la liquidation judiciaire par renvoi à l'article L.622-7.

¹³³ Notons que, dans le cadre de la liquidation judiciaire, les créances nées en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur ne relèvent du périmètre du privilège de la procédure que si le maintien de l'activité a été autorisé ou si elles répondent aux besoins de la procédure.

¹³⁴ A l'exception de celles garanties par le privilège établi aux articles L.3253-2, L.3253-4 et L.7313-8 du code du travail, des frais de justice nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure et de celles garanties par le privilège établi par l'article L.611-11 du Code de commerce.

Le débiteur personne physique de bonne foi¹³⁵ saisit ainsi la commission de surendettement des particuliers d'une demande tendant au traitement de sa situation de surendettement dans laquelle il déclare les éléments actifs et passifs de son patrimoine. L'article L.722-5 du Code de la consommation interdit au débiteur dont la demande de traitement de la situation de surendettement a été reçue par la commission de surendettement, mais aussi au débiteur qui, en attendant la décision statuant sur la recevabilité de sa demande, avait demandé et obtenu la suspension, par le juge des contentieux de la protection¹³⁶, des procédures d'exécution diligentées à l'encontre de ses biens ainsi que des cessions de rémunération consenties par lui et portant sur les dettes autres qu'alimentaires, de faire tout acte qui aggraverait son insolvabilité, notamment de payer, en tout ou partie, une créance autre qu'alimentaire, née antérieurement à la suspension ou à l'interdiction, de désintéresser les cautions qui acquitteraient des créances nées antérieurement à la suspension ou à l'interdiction, de faire un acte de disposition étranger à la gestion normale du patrimoine¹³⁷.

84. Les créances concernées. Sont concernées par l'interdiction de paiement toutes les créances nées antérieurement à la suspension ou à l'interdiction des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur. Même si ces créances nées antérieurement à la suspension ou à l'interdiction sont échues il est interdit au débiteur de les payer.

Qu'en est-il des créances nées postérieurement à la suspension ou à l'interdiction des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur ? S'il est vrai que l'article L.722-5 du Code de la consommation ne l'a pas expressément interdit, le paiement des créances postérieures demeure interdit dans la mesure où il constitue un acte de disposition étranger à la gestion normale du patrimoine.

¹³⁵ Le bénéfice des mesures de traitement des situations de surendettement est ouvert uniquement aux personnes physiques de bonne foi.

¹³⁶ Ord. n° 2019-964 du 18 sept. 2019, art. 4, en vigueur le 1^{er} janvier 2020 : « juge des contentieux de la protection » [ancienne rédaction: juge du tribunal d'instance].

¹³⁷ Sur la suspension des procédures d'exécution diligentées à l'encontre de biens du débiteur ainsi que des cessions de rémunération consenties par lui et portant sur les dettes autres qu'alimentaires v. *supra* n° 76

85. Les créances exclues. Sont exclues de l'interdiction de paiement les dettes alimentaires. De plus, depuis la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 entrée en vigueur le 1^{er} mars 2019 cette interdiction ne s'applique non plus aux créances locatives lorsqu'une décision judiciaire a accordé des délais de paiement au débiteur en application des V et VI de l'article 24 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 82-1290 du 23 décembre 1986. Plus généralement, et en application du deuxième alinéa de l'article L.722-5 du Code de la consommation, le débiteur peut saisir le juge des contentieux de la protection afin qu'il l'autorise à accomplir un paiement.

86. Sanction. En application de l'article L.761-2 du Code de la consommation, tout acte ou tout paiement effectué en violation de l'article L.722-5 peut être annulé par le juge des contentieux de la protection à la demande de la commission, présentée pendant le délai d'un an à compter de l'acte ou du paiement de la créance.

Du fait de l'interdiction légale de paiement des créances antérieures et de certaines créances postérieures, l'effet du terme échu de la créance se voit visiblement perturbé dans l'hypothèse de l'ouverture d'une procédure collective ou d'une procédure de traitement du surendettement des particuliers. Cette perturbation est exacerbée du fait de l'arrêt du cours des intérêts sur ces créances. Non seulement le créancier ne peut plus exiger le paiement de sa créance bien que celle-ci soit arrivée à terme, il ne peut non plus prétendre à une réparation du préjudice qui lui est causé du fait du retard dans le paiement de cette créance alors que ce retard est bien réel.

2- L'arrêt du cours des intérêts.

2.1- L'arrêt du cours des intérêts en matière de procédures collectives.

87. Portée de la règle. La règle de l'arrêt du cours des intérêts lors de l'ouverture d'une procédure collective est prévue par l'alinéa 1^{er} de l'article L. 622-28 du Code de commerce : « le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux et

conventionnels, *ainsi que de tous intérêts de retard et majorations*¹³⁸, à moins qu'il ne s'agisse des intérêts résultant de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus ». Elle s'applique au jugement qui ouvre la procédure, qu'il s'agisse de la sauvegarde, du redressement judiciaire (article L. 631-14 C. com) ou de la liquidation judiciaire (article L.641-3 C. com). Par sa décision en date du 20 mars 2012¹³⁹ la Cour de cassation a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité visant la règle de l'arrêt du cours des intérêts fondée notamment sur l'atteinte au principe d'égalité et à la liberté d'entreprendre.

Cette règle s'applique de plein droit et par le seul fait du prononcé du jugement, à compter du jour du prononcé, aux créances qui ont leur origine antérieurement au jugement d'ouverture¹⁴⁰. Toutes les créances, aussi bien chirographaires que celles garanties par un privilège spécial, un nantissement ou une hypothèque, sont concernées. Une seule exception est prévue par l'article L.622-28 : les intérêts résultant de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an et les contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus continuent à courir.

Tous les intérêts légaux et conventionnels, intérêts de retard et majorations sont ainsi arrêtés et cet arrêt est définitif pendant la durée de la procédure et même après sa clôture. En déclarant sa créance le créancier doit ajouter donc au principal de sa créance les intérêts comptés jour par jour et arrêtés à la date du jugement d'ouverture. Il ne peut prétendre à des intérêts postérieurs à cette date. La créance est bien échue mais le créancier, non seulement ne peut plus exiger son paiement mais il ne peut même plus attribuer à son débiteur un quelconque retard et lui en demander réparation sous forme d'intérêts moratoires.

En droit libanais, l'article 504 du Code de commerce prévoit que « le jugement déclaratif (de faillite) arrête, à l'égard de la masse seulement, le cours des intérêts des

¹³⁸ Nous soulignons.

¹³⁹ Cass. com., 20 mars 2012, n° 11-23.822.

¹⁴⁰ En revanche, les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture et qui bénéficient de l'article L.622-17, I, ne sont pas concernées par l'arrêt du cours des intérêts.

créances non garanties par un privilège¹⁴¹, un gage ou une hypothèque. Les intérêts des créances garanties ne pourront être réclamées que sur les sommes provenant de la réalisation des biens affectés à la sûreté ». Il ressort de cet article deux règles principales : d'un côté l'arrêt du cours des intérêts n'a lieu qu'à l'égard de la masse, ce qui revient à dire que les intérêts continuent à courir contre le failli personnellement ainsi que contre ses coobligés non faillis, lesquels ne sauraient invoquer à leur profit cet arrêt¹⁴², d'un autre l'arrêt du cours des intérêts est exclu pour les créances garanties par un privilège spécial, un gage ou une hypothèque.

88. La situation de la caution en droit français. Si en droit libanais la situation de la caution du débiteur failli est claire en ce sens que, vu les termes précis de l'article 504 du C. com. lib., elle ne peut invoquer à son profit la règle de l'arrêt du cours des intérêts, sa situation est à cet égard plus nuancée en droit français. Dans le cadre d'une procédure de sauvegarde l'article L.622-28 du Code de commerce prévoit que « les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des dispositions du présent alinéa ». Les cautions *personnes physiques* profitent donc de l'arrêt du cours des intérêts. Cette faveur qui leur est accordée dans la procédure de sauvegarde s'explique par la volonté du législateur d'inciter le dirigeant, souvent lui-même un garant, à s'engager sans crainte dans cette procédure qui devrait permettre d'appréhender plus en amont ses difficultés avant toute cessation de paiement. Les cautions personnes morales n'en profitent pas.

Dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire le dernier alinéa de l'article L.631-14 prévoit que les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ne peuvent se prévaloir des dispositions prévues au premier alinéa de l'article L.622-28. Ces personnes, qu'elles soient

¹⁴¹ Ne doit être pris en considération que le privilège spécial, par analogie avec la règle de l'article 503, surtout qu'aucun bien n'est affecté exclusivement à la sûreté en cas d'un privilège général.

¹⁴² Il a ainsi été décidé que le jugement déclaratif n'arrêtant le cours des intérêts des créances visées à l'article 504, al. 1^{er} qu'à l'égard de la masse, tout créancier qui reprend ses poursuites après la clôture de la faillite pour une cause quelconque peut réclamer au failli les intérêts courus pendant la période de la faillite, sauf s'il a été fait remise de ces intérêts dans le concordat (Cass. com. Lib., 11 octobre 1962, R.J.L. 1963.653)

physiques ou morales, ne profitent donc pas de la règle de l'arrêt du cours des intérêts.

En ce qui concerne la procédure de liquidation judiciaire, l'article L.641-3 du Code de commerce renvoie à la première phrase de l'article L.622-28 sans mentionner l'art. L.631-14. Dans sa version en vigueur du 1^{er} janvier 2006 au 15 février 2009 cet article prévoyait que « le jugement qui ouvre la liquidation judiciaire a les mêmes effets que ceux qui sont prévus en cas de sauvegarde par (...) l'article L.622-28 » sans limiter la référence à la première phrase de l'article L.622-28. Cette limitation de la référence a été introduite la première fois par l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 (art. 97) et reprise depuis par les différentes versions de cet article. On peut en déduire que le législateur n'a pas voulu étendre la référence de l'article L.641-3 à l'article L.622-28 du Code de commerce à toutes les autres dispositions de cet article, notamment ce qui a trait à la possibilité pour les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie de se prévaloir de ses dispositions. D'ailleurs, et d'un point de vue de politique juridique, rien ne justifie d'étendre la bienveillance prévue à l'égard de la caution personne physique dans le cadre d'une procédure de sauvegarde à la procédure de liquidation.

2.2- L'arrêt du cours des intérêts en matière de traitement du surendettement des particuliers.

89. En matière de traitement du surendettement des particuliers, et puisqu'il est en principe, et sauf autorisation explicite du juge des contentieux, interdit au débiteur soumis à la procédure de payer des créances échues, l'échéance de sa créance ne devrait pas aboutir à le considérer en état de retard passible de le faire condamner à des dommages-intérêts d'où un corollaire nécessaire et logique de cette interdiction : l'arrêt du cours des intérêts sur les sommes échues. En effet, l'article L.722-14 du Code de la consommation dispose que les créances figurant dans l'état d'endettement du débiteur dressé par la commission ne peuvent produire d'intérêts ou générer de pénalités de retard à compter de la date de recevabilité et jusqu'à la mise en œuvre des mesures

prévues aux 1^o et 2^o de l'article L.724-1¹⁴³ et aux articles L.732-1¹⁴⁴, L.733-1 et L.733-4 c'est-à-dire jusqu'à l'adoption d'une mesure de traitement du surendettement. L'objectif du législateur est là aussi de protéger le consommateur : entre la date d'arrêt définitif du passif et la date de mise en œuvre de la mesure, la dette ne créera pas d'intérêts à la charge du débiteur ; elle est donc réellement et totalement apurée. Bien que sa créance soit bien échue ce dernier ne supporte plus des conséquences de son retard de paiement et le créancier ne plus prétendre à la réparation de son préjudice moratoire.

90. Envisager un retard dans l'exécution de l'obligation monétaire qui serait générateur d'une obligation de réparer à la charge du débiteur, il faut donc en premier lieu que la créance soit échue. Or si cette condition est indispensable elle est insuffisante ce qui témoigne de l'insuffisance de l'approche purement temporelle de l'exigibilité qui se confondrait avec l'échéance de la créance. En effet, dans plusieurs hypothèses les effets de l'échéance du terme sont déjoués et même si la créance est échue elle n'est pas toujours exigible. Le débiteur, soit parce qu'il bénéficie d'un délai de grâce octroyé par le juge ou imposé par le législateur, soit parce qu'il lui est interdit de se libérer du fait de l'ouverture d'une procédure collective ou d'une procédure de traitement du surendettement, ne peut pas être considéré comme étant dans un état de retard passible d'engager sa responsabilité. De plus, pour être exigible, il ne suffit pas que la créance soit échue. Il faut en outre qu'elle soit devenue liquide. Or si certaines créances sont objectivement liquides avant toute intervention du juge, la liquidité d'autres créances n'est pas acquise et nécessite une décision judiciaire, ce qui complique encore plus la question de l'exigibilité de la créance.

¹⁴³ Imposition d'un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire ou saisine, avec l'accord du débiteur, le juge des contentieux de la protection aux fins d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire.

¹⁴⁴ Conciliation des parties en vue de l'élaboration d'un plan conventionnel de redressement approuvé par le débiteur et ses principaux créanciers.

Section 2- Exigibilité et liquidité de la créance.

91. Une créance monétaire n'est liquide que quand elle est certaine à la fois dans son existence et dans son montant, en d'autres termes lorsqu'elle est évaluée en argent ou lorsque le titre contient tous les éléments permettant son évaluation¹⁴⁵.

92. Les conceptions doctrinales dualistes de la liquidité. Deux conceptions dualistes de la liquidité ont été développées par la doctrine. Une première distingue entre « la liquidité subjective » et « la liquidité objective ». C'est la théorie développée par Putman¹⁴⁶ qui distingue entre la liquidité dans l'esprit des parties qui disparaîtrait du fait de la contestation sur le montant de la créance (liquidité subjective) de la liquidité objective qui se trouve suffisamment caractérisée quand se trouvent réunis les éléments nécessaires pour chiffrer la créance par un simple calcul. Une autre conception dualiste développée par le doyen Carbonnier¹⁴⁷ distingue entre « la liquidité absolue » et la « liquidité relative ». Dans une conception absolue, la créance est liquide quand elle est fixée dans son existence et dans sa quotité. Dans une conception relative, la créance est liquide dès lors qu'il est facile de vérifier son existence et sa quotité.

Ce dualisme dans l'appréhension de la notion de liquidité permet de comprendre comment le défaut de liquidité « subjective » ou « absolue », résultant d'une contestation sur le montant de la créance qui reste indéterminé avant qu'il ne soit arrêté définitivement par le juge, n'est pas un obstacle à l'exigibilité de la créance alors que le défaut de liquidité « objective » ou « relative », lui par contre, empêche l'exigibilité de la créance puisque celle-ci demeure indéterminée, et objectivement indéterminable, dans son existence et dans sa quotité avant la décision du juge. La distinction permet ainsi de comprendre la jurisprudence aussi traditionnelle que constante qui admet qu'il

¹⁴⁵ Cass. civ. 2^e, 19 novembre 2008, n° de pourvoi : 07-18987, BICC n° 699 du 1^{er} avril 2009.

¹⁴⁶ V. sa thèse, La formation des créances, thèse dactylo. Aix-Marseille III, 1987 n° 310 et 520 et s.

¹⁴⁷ J. Carbonnier, Droit civil, t. 4, les obligations, préc. n° 343.

suffit qu'une créance soit exigible¹⁴⁸, encore qu'elle ne soit pas liquide¹⁴⁹, pour que le cours des intérêts de l'(anc.) art. 1153 du Code civil soit ouvert par le jeu d'une sommation de payer¹⁵⁰. L'examen de cette jurisprudence montre que le défaut de liquidité de la créance qui n'aurait pas d'effet sur le départ du cours des intérêts est en réalité le défaut de « liquidité subjective » ou « absolue » résultant d'une contestation sur le montant de cette créance. Même si le juge finit par évaluer la créance à un montant différent de celui qui est réclamé dans l'assignation, les intérêts moratoires courent à partir de cette assignation ou de tout autre évènement qui aurait mis le débiteur en demeure de payer. Cette absence de « liquidité subjective » ou « absolue » est fréquente dans le cadre d'une instance en reddition ou en liquidation de compte et la Cour de cassation rappelle régulièrement que les intérêts courent à compter de la demande de paiement qui précède l'apurement du compte¹⁵¹. La justification de cette solution réside en ce que le défaut de « liquidité subjective » ou « absolue » de la créance qui résulte d'une contestation de son montant par les parties n'est pas un obstacle au paiement et n'efface pas l'illicéité de l'inexécution contractuelle par le débiteur qui, en fin de compte, sait très bien à quoi s'attendre et peut toujours se libérer par le biais de la procédure des offres réelles ou mettre le créancier en demeure de recevoir le paiement¹⁵². En revanche, la « liquidité objective » ou « relative », demeure quant à elle un caractère essentiel de la créance exigible et son défaut empêcherait ainsi l'exigibilité de la créance échue et en conséquence le départ du cours des intérêts. Il a ainsi été décidé que le solde d'un compte courant n'étant liquide qu'à sa clôture, il n'est exigible de la caution qui en garantit le paiement qu'à partir de cette clôture et donc

¹⁴⁸ Le terme exact devrait être « échue ».

¹⁴⁹ « Subjectivement liquide » serait l'expression exacte.

¹⁵⁰ Cass. civ. 1^{re}, 10 février 2004, n° 99-20.716, Bull. civ. I, n° 44 ; Cass. civ. 2^e, 5 juin 2003, n° 01-15.411, Bull. civ. II, n° 169 ; Cass. civ. 3^e, 30 septembre 1998, n° 95-14.614 ; Cass. civ. 3^e, 7 mai 1996, n° 93-21.567 ; Cass. ass. plén., 2 avril 1993, n° 89-15.490, Bull. ass. plén. n° 9 ; D. 1994. Somm. 14, obs. Aubert ; Cass. civ. 1^{re}, 27 février 1985, n° 83-15.775, Bull. civ. I, n° 77 ; Cass. com. 3 novembre 1983, n° 82-12.180, Bull. civ. IV, n° 289.

¹⁵¹ Cass. civ. 1^{re}, 23 mai 2000, n° 97-20.848, Bull. civ. I, n° 158 ; Defrénois 2000. 1380, obs. Aubert ; Cass. civ. 1^{re}, 21 juin 1988, n° 86-15.356, Bull. civ. I, n° 200 ; RTDCiv. 1988. 748, obs. Mestre ; Cass. civ. 3^e, 14 oct. 1975, n° 74-11.260, Bull. civ. III, n° 293.

¹⁵² La possibilité de mise en demeure du créancier a été consacrée par la réforme de 2016 aux articles 1345 à 1345-3 du Code civil. Pour des développements à ce sujet v. *infra* n°183 et s.

celle-ci n'est tenue des intérêts sur le fondement de l'(anc.) article 1153 qu'à la double condition que le compte ait été clôturé et qu'elle ait été mise en demeure¹⁵³.

93. Or si certaines créances monétaires jouissent de par leur nature d'une liquidité objective¹⁵⁴ avant toute intervention de la part du juge (§1), d'autres n'acquièrent leur liquidité que grâce à son intervention (§2). C'est cette dualité de nature qui justifie la dualité des solutions prévues par les textes pour le départ des intérêts moratoires sur les créances monétaires en cas de retard de paiement de la part du débiteur. L'article 1231-6 du Code civil¹⁵⁵ vise ainsi « l'obligation de somme d'argent »¹⁵⁶ alors que l'article 1231-7¹⁵⁷ traite de « la condamnation à une indemnité ». La clé de répartition entre ces deux types de créances monétaires mérite d'être examinée.

§1- Les créances monétaires objectivement liquides, ou les créances de l'article 1231-6 du Code civil.

94. Depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, l'article 1231-6 du Code civil dispose que « les dommages et intérêts dus à raison du retard dans le paiement d'une obligation de somme d'argent consistent dans l'intérêt au taux légal, à compter de la mise en demeure (...) ». Cet article figure dans une sous-section 5 intitulée « la réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat » au sein d'une section 5 qui traite de « l'inexécution du contrat ». Comme son ancêtre l'ancien article 1153, son terrain de prédilection est donc l'obligation monétaire contractuelle. Son application a toutefois été étendue à certaines créances qui n'ont pas une source contractuelle.

¹⁵³ Cass. com. 16 avril 1996, Bull. civ. IV, n° 119.

¹⁵⁴ A partir de là nous emploierons uniquement le terme « liquidité objective ».

¹⁵⁵ Ancien article 1153 (dont la rédaction a été épurée par l'ordonnance du 10 févr. 2016 sans que ses solutions soient modifiées).

¹⁵⁶ Alors que l'ancien article 1153 du code civil, pour préciser quelles sont les créances visées par son texte, utilisait l'expression « les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme », le nouvel article 1231-6 issu de la réforme de 2016 adopte une formule plus simplifiée, quoique ne différant pas dans sa portée.

¹⁵⁷ Ancien article 1153-1 (dont la rédaction est restée inchangée).

En droit libanais, c'est l'article 265 du COC qui traite de la détermination légale des dommages-intérêts moratoires pour les obligations monétaires et dispose que « lorsque la dette a pour objet une somme d'argent, les dommages-intérêts moratoires consistent, en l'absence de clauses contraires, dans la convention ou dans la loi, dans les intérêts de la somme due, calculés d'après le taux légal » et, en application de l'article 257 du même code, ces intérêts moratoires courent en principe à compter de la mise en demeure.

L'examen des principales créances qui ont été considérées par la jurisprudence comme étant soumises à l'article 1231-6 du Code civil permet de dégager un critère commun de qualification : la créance monétaire de l'article 1231-6 du Code civil est celle qui est *objectivement* liquide, c'est-à-dire fixée dans son existence et dans sa quotité avant, et en dehors de, toute intervention judiciaire (A). Ce critère n'est malheureusement pas toujours correctement appliqué (B).

A- Des créances monétaires évaluables sans intervention judiciaire.

95. Les applications faites par la jurisprudence française de l'ancien article 1153, et depuis 2016, du nouvel article 1231-6 du Code civil, aux créances de sommes d'argent (a) montrent bien que les créances soumises aux dispositions de ces deux articles sont celles qui sont fixées *ab initio* dans leur existence et dans leur quotité (b).

a- Les applications jurisprudentielles du texte.

96. L'ancien article 1153 du Code civil avait été appliqué par la jurisprudence aux créances monétaires contractuelles mais aussi, par analogie, à d'autres créances monétaires n'ayant pas forcément une source contractuelle mais qui ont été considérées comme des créances de somme d'argent au sens de cet article. Il a ainsi été appliqué pour faire courir les intérêts moratoires même avant la décision du juge sur divers types

de créances dont notamment les restitutions consécutives à l'annulation¹⁵⁸ ou à la résolution d'un contrat¹⁵⁹, les restitutions consécutives à la révocation d'une donation¹⁶⁰, la restitution d'un dépôt de garantie¹⁶¹, le paiement d'une clause pénale¹⁶² ou encore la créance d'un héritier contre la succession sur laquelle il a été considéré que les intérêts partent du jour de l'assignation en partage demandant le paiement des créances, et non du jour du prononcé de l'arrêt, le montant de cette créance étant déterminé avant cette assignation¹⁶³. Il a de même été appliqué aux créances salariales (rappels de salaires et congés afférents)¹⁶⁴, les intérêts moratoires courant dans ce cas à compter de chaque échéance devenue exigible¹⁶⁵. Son application avait aussi été étendue par analogie à l'obligation légale exigible¹⁶⁶ mais aussi à une indemnité de responsabilité civile lorsque la victime aurait fait procéder à la réparation de son

¹⁵⁸ Cass. civ. 1^{re}, 4 mai 1982 : Bull. civ. I, n° 154 : les intérêts au taux légal de la somme dont le remboursement a été ordonné en conséquence de l'annulation du contrat en application duquel cette somme avait été versée ne peuvent avoir pour point de départ que le jour de la demande en justice équivalant à la sommation de payer et non le jour du versement. Dans le même sens : Cass. civ. 3^e, 7 juill. 2004, n° 01-17.446 P.

¹⁵⁹ Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 1997, n° 95-18.458 P : s'agissant d'une restitution de prix consécutive à la résolution d'un contrat, les intérêts sont dus du jour de la demande en justice équivalant à la sommation.

¹⁶⁰ Cass. civ. 1^{re}, 15 juill. 1993, n° 91-18.469 P : en cas de révocation d'une donation pour inexécution des charges, la somme dont la restitution est ordonnée porte intérêts à compter du jour de la sommation de payer.

¹⁶¹ Cass. com. 28 juin 1983: Bull. civ. IV, n° 194 : en matière de dépôt de garantie, les intérêts ne peuvent être accordés qu'à compter du jour où est intervenue la mise en demeure d'en faire restitution.

¹⁶² Cass. civ. 3^e, 25 nov. 1998, n° 96-22.910 ; Cass. civ. 3^e, 29 novembre 1995, pourvoi n° 93-20.765 ; Com. 27 mars 1990, no 88-13.967, Bull. civ. IV, n° 90 ; D. 1990. 390, note de la Marnierre ; Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 1990, pourvoi n° 88-12413 ; Cass. civ. 1^{re}, 12 novembre 1987, n° 84-11.867, Bull. civ. I, n° 289 ; RTDCiv. 1988. 748, obs. Mestre ; Cass. soc. 16 juillet 1987, pourvoi n° 84-44.894 ; Cass. com., 21 juill. 1980, n° 79-10.597, Bull. civ. IV, n° 309 ; D. 1981. 335, note F. Chabas.

¹⁶³ Cass. civ. 1^{re}, 24 novembre 1987, Bull. civ I, n° 310.

¹⁶⁴ Cass. soc. 25 février 2004, n° 02-13.268 ; Cass. soc. 6 juin 1990, n° 89-40.324, Bull. civ., V, n° 270 ; Cass. soc., 9 octobre 2019, 18-14.677, Bull. civ., V, ????: « les créances salariales produisent intérêts au taux légal à compter du jour où le salarié formalise sa demande en réintégration et en paiement de rappel de salaires et à compter de chaque échéance devenue exigible ». Cass. soc., 27 mai 2020, 18-20.439, inédit.

¹⁶⁵ Cass. soc., 26 juin 2019, 18-10.097, inédit : « s'agissant d'une créance salariale, les intérêts moratoires ne peuvent courir qu'à compter de chaque échéance devenue exigible ».

¹⁶⁶ Cass. soc. 11 mars 1987, n° 85-12.980, Bull. civ. V, n° 129 ; Cass. com. 30 mai 1983, n° 82-10.130, Bull. civ. IV, n° 158.

dommage avant la décision judiciaire et ceci au motif que son initiative a eu pour effet de transformer une créance de valeur en une véritable créance de somme d'argent¹⁶⁷.

97. La question de l'obligation de l'assureur de choses ou de personnes poursuivi en paiement par l'assuré. Cette obligation a elle aussi été considérée par la jurisprudence comme une obligation de somme d'argent au sens de l'(anc.) article 1153 du code civil. Ceci semble évident pour les assurances de personnes¹⁶⁸ où la prestation de l'assureur a en principe un caractère forfaitaire et pour lesquelles la réalisation du risque rend exigible la créance dont le montant est déjà fixé dans le contrat. Il en est ainsi aussi pour les assurances de choses¹⁶⁹, où le quantum de la créance, bien que non fixé avec précision dès l'origine, doit être déterminé uniquement en application des stipulations contractuelles et ne peut dépasser le montant de la valeur de la chose assurée au moment du sinistre selon l'article L.121-1 alinéa 1^{er} du Code des assurances. En versant l'indemnité à l'assuré, l'assureur de choses ou de personnes exécute son contrat. C'est la combinaison de la réalisation du risque et du délai fixé dans le contrat qui rend exigible sa prestation, celle-ci étant *objectivement* liquide dès le contrat et avant toute décision judiciaire. Ce n'est malheureusement pas la solution qu'a adopté la Cour de cassation libanaise qui, confondant entre absence de liquidité objective et absence de liquidité subjective¹⁷⁰, considère que les intérêts moratoires sur l'obligation de l'assureur de choses ou de personnes poursuivi en paiement par l'assuré courent à compter du jugement qui décide de l'indemnité¹⁷¹.

¹⁶⁷ Cass. civ. 3^e, 10 mai 1989, n° 87-16.761, Bull. civ. III, n° 107 ; Cass. civ. 2^e, 2 juill. 1980, n° 78-14.873, Bull. civ. II, n° 172.

¹⁶⁸ V. pour les indemnités journalières dues en vertu d'une assurance- invalidité : Cass. civ. 29 novembre 2005, n° 03-16.530 P .

¹⁶⁹ Cass. civ. 1^{re}, 21 juin 1989, n° 87-12.039 : Bull. civ. 1989, I, n° 250 R. 1995, p. 327 : en matière d'assurance de chose, l'indemnité due par l'assureur étant fixée en fonction de la valeur de la chose assurée au jour du sinistre et ne résultant pas de l'évaluation d'un préjudice faite par le juge, les intérêts moratoires sont dus à compter de la sommation de payer. Dans le même sens : Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 1988: Bull. civ. I, n° 132; R., p. 240 ; 10 févr. 2004, n° 99-20.716 P.

¹⁷⁰ Sur cette différence entre les deux variantes de la liquidité v. *supra* n° 92.

¹⁷¹ En ce sens : Cass. lib., 3^e ch. civ., 3 octobre 2018, décision n° 11/2018, IDREL : étant donné que le cours des intérêts moratoires dépend de l'origine de la dette, si la dette est liquide et exigible les intérêts commencent à courir à compter de la mise en demeure en application de l'article 257 du COC, mais si

b- Des créances fixées ab initio dans leur existence et leur quotité.

98. Une évaluation déterminée ou déterminable sans intervention du juge.

Doctrine et jurisprudence s'accordent pour considérer que les créances soumises aux dispositions de l'article 1231-6 du code civil sont celles dont le montant peut être évalué sans l'intervention du juge et ceci par simple application de dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles¹⁷². Il a ainsi été décidé que la créance d'une somme d'argent dont le principe et le montant résultent de la loi ou du contrat et non de l'appréciation du juge porte intérêt dès la sommation de payer¹⁷³, et que la créance d'une somme d'argent née et déterminée dans son montant antérieurement à toute décision du juge qui se borne à la constater, porte intérêts à compter de la sommation de payer¹⁷⁴. « L'obligation monétaire, au sens de l'article 1153, est uniquement celle à laquelle la volonté des parties - ou, par analogie, le législateur - a donné dès l'origine une expression monétaire déterminée ou seulement déterminable, sans qu'il soit pour cela

la dette était contestée dans son montant et son exigibilité comme c'est le cas pour l'assureur poursuivi en paiement par l'assuré ou la victime, les intérêts moratoires ne courent qu'à compter de la décision judiciaire. Il est clair que la Cour de cassation libanaise confond dans cet arrêt entre deux cas de figures complètement différents : celui de l'assureur poursuivi par l'assuré et celui de l'assureur de responsabilité poursuivi par le tiers victime du dommage, comme c'était le cas dans l'arrêt en question (victime de dommages matériels suite à un accident de la circulation qui poursuivait en paiement l'assureur de l'autre véhicule). Sur la question épineuse de l'obligation de l'assureur de responsabilité v. *infra* n° 100.

¹⁷² G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité* : LGDJ, 2017, 4^e éd., p. 600 à 611 ; P. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats* : Dalloz, 2004, n° 2456.

¹⁷³ Cass. civ. 1^{re}, 29 novembre 2005, préc. ; Cass. com. 31 oct. 2006, n° 05-13.890 P. Le même raisonnement est suivi par la jurisprudence libanaise même si la Cour de cassation libanaise semble moins explicite dans sa motivation ce sujet. Ainsi, dans un arrêt en date du 13 avril 2010 (arrêt n° 33, encyclopédie Baz, 2010, n° 49, p. 392), la chambre civile décide que l'intérêt légal court sur la somme demandée à partir de la date de la mise en demeure *si la créance est sûre et certaine*. Dans un autre, plus ancien, elle avait décidé que l'intérêt légal ne court que sur *une somme d'argent fixée dans sa valeur* (Cass. civ. lib., 9 mai 1967, décision n°63, Baz 1966/1967, p. 246).

¹⁷⁴ Cass. civ. 1^{re}, 14 octobre 2010, n° 09-12.921 : Bull. civ., n° 199 ; D. actu. 3 novembre 2010, obs. Marrocchella. La Cour de cassation libanaise décide ainsi clairement qu'il sort du texte de l'article 265 du COC que le cours des intérêts sur la créance monétaire nécessite que la somme soit précise, certaine et exigible : Cass. lib., 2^e chambre civile, 6 octobre 2016, décision n° 50/2016, IDREL. Dans le même sens, Cass. lib. 2^e ch. civ., 18 novembre 2014, décision n° 104/2014, IDREL : pour produire des intérêts moratoires l'obligation monétaire doit être échue et déterminée dans son montant.

nécessaire de passer par l'intermédiaire du juge »¹⁷⁵. L'intervention du juge n'est donc pas nécessaire pour rendre exigible ce genre d'obligation monétaire qui est objectivement liquide avant même cette intervention et devient donc exigible dès son échéance. Ceci explique que le retard dans le paiement d'une telle obligation fixée *ab initio* dans son existence et son montant donne lieu au paiement de dommages intérêts moratoires dès la sommation de payer et sans attendre la décision du juge. Pure dette d'argent, elle se distingue des obligations qui sont simplement « réductibles à de l'argent » selon la distinction primordiale dégagée par R. Demogue¹⁷⁶ et dont l'expression monétaire reste suspendue, soit à la conclusion d'une transaction qui les transforme en véritables obligations monétaires soumises à l'article 1231-6 du Code civil, soit au prononcé d'une décision judiciaire qui les constate et les rend exigibles en constatant la responsabilité du débiteur et en le condamnant au paiement d'une indemnité à laquelle s'appliquera alors l'article 1231-7 du Code civil. Comme le présente pertinemment un auteur¹⁷⁷, « alors que l'intercession du juge constitue un événement anormal dans l'exécution des obligations visées par l'article 1231-6, qui sont normalement déterminées ou déterminables sans le secours du juge, elle constitue à l'inverse un événement normal pour les créances visées par l'article 1231-7 du même code, qui ne sont pas exigibles [...] avant leur reconnaissance par le juge ». La clé de répartition entre ces deux types de créances monétaires résiderait donc dans le rôle joué par le juge dans leur évaluation et leur liquidation, autrement dit dans le *caractère normal ou anormal de l'intervention du juge dans le processus d'exigibilité de l'une ou de l'autre*.

En droit libanais, aucun texte dans le Code des obligations et des contrats, ou ailleurs, ne prévoit de dispositions comparables à celles de l'article 1231-7 du Code civil. Le COC s'est contenté de traiter dans son article 265, équivalent en grande partie dans son contenu à l'article 1153 du Code civil français, de la question des sommes liquides *ab initio* mais ceci n'a pas empêché la jurisprudence d'appliquer la solution

¹⁷⁵ F. Gréau, Recherche sur les intérêts moratoires, préf. Chabas, 2006, coll. Doctorat & Notariat, t. 21, Defrénois, n° 297.

¹⁷⁶ R. Demogue, Traité des obligations en général, II, Effets des obligations, t. VI, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1931, n° 370.

¹⁷⁷ F. Gréau, Intérêts des sommes d'argent, Rép. Civ. Dalloz, n° 74.

tirée de l'article 1231-7 du Code civil français et d'affirmer ainsi, à plusieurs reprises, que le cours des intérêts moratoires dépend de « l'origine de la dette », que ces intérêts moratoires ne peuvent être attribués qu'à partir de la date de l'exigibilité de la dette et de la détermination de son montant et qu'ils ne sont pas dus si le montant de la dette reste inconnue et indéterminé et fait l'objet d'une contestation judiciaire tant que cette contestation n'a pas été tranchée par une décision finale qui détermine la dette¹⁷⁸, que les intérêts moratoires couraient au taux légal sur les créances indemnitaires liquidées par le juge à compter de la décision de première instance qui les a déterminées¹⁷⁹ et que ces intérêts couraient à compter de la décision de la Cour d'appel dans le cas où le jugement de première instance était infirmé en appel¹⁸⁰. Par « détermination du montant de la dette » la Cour de cassation libanaise veut dire sa liquidation quoique cette dernière notion ne semble pas être très nette dans les esprits des magistrats libanais¹⁸¹.

99. Liquidité objective et liquidité subjective. Les créances monétaires évaluables sans intervention judiciaire produisent, en vertu de l'article 1231-6 du Code civil, des intérêts moratoires à compter du jour où le débiteur est mis en demeure même si le juge saisi de la contestation évalue la créance après expertise¹⁸², ou finit par

¹⁷⁸ En ce sens, Cass. civ. lib., 8^e chambre, 9 janvier 2018, n° 3/2018 ; 21 mars 2017, n° 15/2017, IDREL ; 2^e ch. civ. 8 mai 2018, préc.

¹⁷⁹ Cass. 1^{re} civ., 24 octobre 2000, décision n° 89/2000 ; Cour d'appel du Mont-Liban, 11^e chambre, 10 août 2020, décision n° 54/2020, non publié.

¹⁸⁰ Cass. civ., 2^e civ., 21 mai 2009, décision n° 47/2009, IDREL.

¹⁸¹ V. *infra* n° 99.

¹⁸² Il a ainsi été jugé que dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution sont dus à compter du jour de la sommation de payer ou d'un acte équivalent, quand bien même le juge saisi de la contestation évaluerait la créance après expertise (Cass. civ. 1^{re}, 4 juin 2009, n° 08-12.658 : Bull. civ. I, n° 117). La solution contraire semble bizarrement avoir été retenue par la Cour de cassation libanaise dans une décision rendue par 4^e chambre civile le 16 janvier 2006 (décision n° 3/2006, IDREL) dans laquelle elle décide, à propos d'une somme représentant le prix d'une quantité de béton achetée par des factures, et alors que le Cour d'appel avait confirmé le jugement de première instance qui avait octroyé les intérêts moratoires sur la somme allouée à compter de la mise en demeure, qu'une contestation s'était formée entre les parties au procès et avait nécessité le recours à une expertise pour déterminer le montant final de la créance ce qui fait que l'allocation d'intérêts moratoires à partir de la date de la mise en demeure était contraire aux dispositions de l'article 265 du COC et a cassé l'arrêt attaqué pour cette seule raison (!). Il nous semble ici que les magistrats qui ont rendu cette décision ont confondu entre la capacité technique du juge à déterminer une créance lorsque les comptes s'avèrent enchevêtrés (ce qui le pousse à se faire aider par un expert-comptable) et la possibilité juridique de la détermination du montant de la créance qui portait en elle tous les éléments de cette détermination en dehors de toute intervention de la part du juge.

évaluer la somme réclamée à un montant différent de celui qui est réclamé dans l'assignation. Il a ainsi été jugé que « la modération par le juge du montant de la clause pénale prévue entre les parties ne fait pas perdre à cette peine son caractère d'indemnité forfaitaire contractuellement prévue pour le cas d'inexécution, par une partie, de ses obligations, de sorte que les intérêts au taux légal de la somme retenue par le juge sont dus à compter du jour de la sommation de payer »¹⁸³. De même, l'(anc.) article 1153 a été appliqué aux sommes restantes dues en vertu d'un contrat d'entreprise, même après réduction par le juge¹⁸⁴, ainsi qu'à la détermination du loyer d'un cabinet médical, alors même que la créance a été finalement évaluée à une somme différente de celle réclamée¹⁸⁵. En effet, la diminution de la somme réclamée, si elle a lieu, résulte d'une contestation sur le montant de la créance, d'une absence de liquidité *subjective*, alors même que la liquidité *objective* de cette créance demeure bien établie avant toute intervention judiciaire ce qui explique qu'elle reste soumise à l'article 1231-6 du Code civil¹⁸⁶.

Ce n'est pas malheureusement pas la solution qui est retenue par la Cour de cassation libanaise qui, dans plusieurs arrêts, semble confondre entre absence de liquidité *objective* et absence de liquidité *subjective* et se contente de la dernière pour considérer qu'à chaque fois où il y avait une contestation sur le montant des sommes demandées dans l'assignation les intérêts moratoires sur la somme finalement octroyée ne pouvaient courir qu'à compter de la décision qui détermine définitivement cette somme. C'est ainsi que dans un arrêt du 25 mai 2020, et alors même que la créance dont le paiement était demandé consistait en un solde de relevé de compte appuyé par

¹⁸³ Cass. civ. 3^e, 25 novembre 1998, n° 96-22.910 ; RCA 1999, n° 7 ; Cass. civ. 3^e, 29 novembre 1995, pourvoi n° 93-20.765 ; Cass. com. 27 mars 1990, n° 88-13.967, Bull. civ. IV, n° 90 ; D. 1990. 390, note de la Marnierre ; Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 1990, pourvoi n° 88-12413 ; Cass. civ. 1^{re}, 12 nov. 1987, n° 84-11.867, Bull. civ. I, n° 289 ; RTDCiv. 1988. 748, obs. Mestre ; Cass. soc. 16 juillet 1987, pourvoi n° 84-44.894 ; Cass. com. 21 juill. 1980, n° 79-10.597, Bull. civ. IV, n° 309 ; D. 1981. 335, note F. Chabas ; JCP 1982. II. 19778, note Boccara.

¹⁸⁴ Cass. civ. 3^e, 16 février 1993, n° 81-14.671: Bull. civ. 1993, III, n° 49 ; Cass. com. 16 juill. 1991, n° 90-11.809 P.

¹⁸⁵ Cass. civ. 1^{re}, 30 juin 1993, n° 91-16.162: Bull. civ. 1993, I, n° 235.

¹⁸⁶ Il a toutefois été décidé qu'en cas d'augmentation de la demande initiale les intérêts moratoires portent sur la somme mentionnée lors de la demande initiale et non sur le montant majoré de la créance qui n'a été fixé qu'au jour de l'audience : Cass. soc., 20 février 2013, n° 11-26.855.

des factures, la Cour de cassation libanaise a considéré que puisque la cour d'appel avait infirmé le jugement de première instance et diminué le montant de la condamnation il n'y aurait pas lieu de dire que la somme était exigible à la date de la mise en demeure tant que c'est la cour d'appel qui l'avait liquidée¹⁸⁷. Dans un autre arrêt, elle a rejeté le pourvoi qui avait reproché à la cour d'appel d'avoir mal appliqué l'article 265 du COC en décidant du cours des intérêts sur la somme allouée à compter de la signification de sa décision alors que ladite somme qui représentait le montant de billets à ordre était déterminée *ab initio* et échue depuis la mise en demeure, et ceci au motif que le montant précisé dans les billets à ordre demeurait l'objet de contestations sérieuses quant aux conditions de sa naissance, son échéance, son montant et la personne qui y est obligée et ce n'est que la décision de la cour d'appel qui en a déterminé le montant¹⁸⁸. Cette confusion est regrettable car elle devient une répétitive source d'inexactitude dans les solutions juridiques et aurait pu être évitée¹⁸⁹.

Ce critère de qualification des créances de sommes d'argent de l'article 1231-6 du Code civil basé sur la liquidité objective de la créance et l'absence de toute nécessité d'une intervention judiciaire pour en constater l'existence et en déterminer le montant, aussi clair et précis soit-il, se trouve bizarrement mal appliqué en matière d'assurance de responsabilité.

B- Une qualification critiquable de l'obligation de l'assureur de responsabilité.

100. S'il est acquis en jurisprudence que l'obligation de l'assureur de choses ou de personne poursuivi en paiement par l'assuré est une obligation de somme d'argent au

¹⁸⁷ Cass. lib., 2^e ch. civ., 25 février 2020, décision n°17/2020, IDREL.

¹⁸⁸ Cass. lib., 1^{re} ch. civ., 25 avril 2019, décision n°38/2019, IDREL.

¹⁸⁹ Sans véritablement mettre le doigt sur la différence entre la liquidité subjective de la créance qui peut être objet de contestation et sa liquidité objective qui seule détermine la vraie exigibilité et initie le cours des intérêts moratoires la Cour de cassation libanaise avait quand même relevé dans son arrêt rendu le 18 novembre 2014 (Cass. lib., 2^e ch. civ., n° 104/2014, préc.) que la non-reconnaissance par le débiteur des sommes demandées ou sa contestation relative à l'exigibilité et à la liquidité de ces sommes ne signifie pas que ces dernières deviennent, pour cette seule raison, indéterminées ou inexigibles ou contestées parce que ce qui compte c'est la réalité des choses non les prétentions du débiteur.

sens de l'article 1231-6 du Code civil¹⁹⁰, la question devient plus épineuse lorsque c'est l'assureur de responsabilité qui est poursuivi directement par la victime du dommage.

101. Les solutions jurisprudentielles. Au départ, la jurisprudence appliquait la solution de l'(anc.) article 1153-1 à l'assureur de responsabilité et ne distinguait pas selon que la somme était due par le responsable ou par son assureur pour faire courir les intérêts moratoires à partir du prononcé de la décision¹⁹¹ et ceci au motif que le juge se prononce dans ce cas non seulement sur le principe de la responsabilité mais également sur l'étendue de la dette sans que les stipulations contractuelles lui donnent les éléments nécessaires pour la détermination de son *quantum* et ceci même dans le cas où l'assureur a plafonné sa garantie. Par la suite, la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation avait abandonné cette solution par un arrêt du 14 novembre 2001¹⁹² dans lequel elle a décidé, concernant le plafond de garantie auquel peut être tenu un assureur de responsabilité, que ce plafond « ne pouvait s'appliquer qu'à la prestation mise à la charge de l'assureur en vertu du contrat d'assurance de responsabilité et non *aux intérêts de retard afférents à sa dette en application de l'article 1153 du Code civil* ». En lui appliquant l'(anc.) article 1153 la Cour a ainsi considéré que l'assureur de responsabilité est tenu d'une obligation qui se borne au paiement d'une certaine somme d'argent, exactement comme l'assureur de choses et l'assureur de personnes, et en cas de retard de paiement de la dette issue de son engagement de garantie contractuellement consenti, cette dette porte intérêts au taux légal dans les conditions énoncées par cet article, c'est-à-dire à compter de la sommation de payer ou de tout autre acte équivalent.

Le rapport de la Cour de cassation ne laisse aucun doute sur la réelle portée de cette décision qui opère un revirement de jurisprudence sur « la question de savoir quel est le régime des intérêts de retard dus par l'assureur de responsabilité » et abandonne la

¹⁹⁰ V. supra n° 97.

¹⁹¹ Pour un exposé de deux arrêts importants antérieurs à l'arrêt du 14 novembre 2001 et visant l'(anc.) article 1153-1 voir l'article de Hubert Groutel, Responsabilité civile et assurances n°1, janvier 2002, chron. 2 : Les intérêts dans l'assurance de responsabilité : énième étape.

¹⁹² Cass. civ. 1^{re}, 14 novembre 2001, JurisData n° 2001-011599 ; Bull. civ. I, n° 277, p. 176 ; D. 2001. IR 3584 ; JCP 2002. I. 116, nos 26 s., obs. Mayaux ; Resp. civ. et assur 2002, n° 37, note Groutel ; Gaz. Pal. 2002. 664, note Périer ; RGDA 2002. 175, note Kullmann. V. sur cet arrêt P. Jourdain : Resp. civ. et assur. 2002, chron. 3.

distinction antérieure avec les assurances de choses « pour unifier les solutions, par l'application généralisée de l'article 1153 »¹⁹³. Un auteur¹⁹⁴ approuve cette solution et relève à cet égard que la somme versée par l'assureur de responsabilité ne doit pas se confondre avec la dette du responsable du dommage : alors que la seconde est une véritable condamnation au paiement d'une indemnité soumise aux dispositions de l'(anc.) article 1153-1 du code civil, la première n'est jamais que l'exécution par l'assureur de son obligation contractuelle et dès lors sa liquidation qui est prévue et décrite par le contrat d'assurance ne dépend pas de l'intervention du juge d'où sa soumission aux dispositions de l'(anc.) article 1153. Appliquer l'(anc.) article 1153-1 à l'assureur de responsabilité comme le faisait la jurisprudence antérieure à l'arrêt du 14 novembre 2001 revenait selon cet auteur à confondre sa dette avec celle de l'assuré.

102. Une solution qui manque de convaincre. A supposer qu'une décision de condamnation du responsable assuré n'ait pas été prononcée avant l'assignation de l'assureur en paiement et que la victime lance simultanément une assignation contre l'assuré et contre l'assureur ou encore contre l'assureur seul (action directe), ce dernier devra attendre la décision relative à la responsabilité de l'auteur du dommage pour connaître le montant de la dette de responsabilité et en conséquence, celui de sa propre dette d'indemnité d'assurance. Peut-on alors parler avant cette date de dette liquide et exigible ?

A cette question on pourrait être tenté de répondre que l'obligation de l'assureur a déjà une traduction monétaire avec un plafond maximal et ceci à la différence des créances indemnitaires qui n'ont aucune traduction monétaire, ni minimum ni un maximum, avant leur liquidation par le juge, et dès lors qu'elle est monétairement plafonnée dans le contrat cette obligation est une dette *objectivement* liquide même si sa liquidité *subjective* fait défaut à cause de la contestation qui est faite à son sujet entre les parties. Toutefois, cette logique n'est pas complètement convaincante. On pourrait lui reprocher, outre qu'elle présuppose qu'un plafond est toujours prévu dans le contrat

¹⁹³ Rapport annuel de la Cour de cassation, 2001, p. 448.

¹⁹⁴ J. Kullmann, Indemnité d'assurance et intérêts au taux légal, RGDA, 01 octobre 1998 n° 1998-4, p. 662.

ce qui peut ne pas être le cas¹⁹⁵, que le fait d'exiger de l'assureur de responsabilité de payer des intérêts moratoires sur sa dette à compter de sa mise en demeure revient à dire qu'il est toujours supposé s'attendre à payer le montant maximal du plafond sans attendre la liquidation effective par le juge de la dette de responsabilité de l'assuré et qu'il se peut qu'il soit tenu à un total (dette + intérêts moratoires) supérieur à celui auquel pourrait être condamné l'assuré lui-même puisque ce dernier, responsable du dommage, n'est en principe tenu des intérêts moratoires sur la créance indemnitaire qu'à partir du prononcé de la décision. Un auteur¹⁹⁶ en conclut qu'il faut faire une distinction : « lorsque l'assureur est condamné à payer une somme égale au plafond de garantie, les intérêts seraient toujours fondés sur l'(anc.) article 1153 et partiraient nécessairement du jour de l'assignation qui tient lieu de sommation. Au contraire, lorsque l'on est sous le plafond, et *a fortiori* lorsqu'il n'y en a aucun, les intérêts seraient fondés sur l'(anc.) article 1153-1, la dette de l'assureur n'étant qu'indirecte et s'effaçant derrière celle de l'assuré pour donner lieu à une évaluation ». On ne peut approuver cette distinction qui fait varier la qualification de la dette de l'assureur de responsabilité en fonction des cas d'espèce ce qui ajoute encore plus d'incertitude à une matière déjà obscure. Soit l'obligation est véritablement une obligation monétaire objectivement liquide et relève de l'article 1231-6 du Code civil soit elle n'est qu'une obligation réductible à de l'argent et elle devrait alors relever de l'article 1231-7 de ce code.

Pour trancher la question il est nécessaire à notre avis de revenir au critère essentiel de distinction entre les deux d'obligations et qui est, rappelons-le, le *caractère normal ou anormal de l'intervention du juge dans le processus d'exigibilité de la dette*. Lorsqu'il conclut le contrat avec l'assuré, l'assureur de responsabilité s'engage, non au paiement d'une certaine somme déterminée ou déterminable, mais à prendre en charge les conséquences de la responsabilité de l'assuré si jamais cette responsabilité se trouvait engagée, et ceci dans des limites posées dans le contrat. A partir de là, il est

¹⁹⁵ D'ailleurs, l'arrêt de 14 novembre 2001 visait bien le cas où le montant de la dette de responsabilité de l'assuré avait atteint le capital prévu dans le contrat d'assurance puisqu'en l'espèce l'assureur a été condamné à payer tout le montant du plafond : « la prestation due par l'assureur en vertu des engagements qu'il a contractuellement consentis et correspondant au capital stipulé dans la police ».

¹⁹⁶ L. Mayaux, JCP 2002, I.116, n° 51.

évident que l'intervention du juge qui, seule¹⁹⁷, permet de constater l'existence de la dette de l'assuré responsable du dommage et la réalisation du risque couvert par le contrat d'assurance, se révèle être un évènement normal et même nécessaire dans l'exécution du contrat d'assurance et dans la transformation de l'obligation de l'assureur en une obligation exigible.

En effet, contrairement aux contrats d'assurance de choses et de personnes, le contrat d'assurance de responsabilité ne se suffit pas à lui-même. En versant une indemnité l'assureur de choses ou de personnes exécute son contrat. Son obligation qui est monétaire et objectivement liquide *ab initio* devient exigible avec la réalisation du risque couvert (la perte de la chose, l'occurrence d'un dommage corporel etc...) et ceci avant toute intervention de la part du juge, ce qui justifie en toute logique la solution du cours des intérêts dès la mise demeure en application de l'article 1231-6 du Code civil. En revanche, pour l'assureur de responsabilité, l'obligation de paiement ne devient liquide qu'avec la décision judiciaire qui reconnaît l'existence de la dette de l'assuré en tant que responsable du dommage et liquide, du même coup, réalise le risque couvert par le contrat d'assurance rendant ainsi, et seulement à ce moment, l'obligation de l'assureur liquide et exigible. L'existence d'un plafond de garantie prévu dans le contrat n'affecte en rien l'analyse puisque de toute façon l'obligation de l'assuré n'est pas exigible avant sa constatation et son évaluation par le juge et seule l'exigibilité de l'obligation de l'assuré détermine l'exigibilité de l'obligation de l'assureur. Dès lors, on ne comprend pas ce qui pourrait justifier l'application de l'article 1231-6 du Code civil à l'obligation de l'assureur de responsabilité. Un auteur dénonce avec ferveur, et non sans raison d'ailleurs, ce qu'il appelle « un forçage de la catégorie des obligations de somme d'argent »¹⁹⁸ et l'application extensive de l'(anc.) article 1153 du code civil à des créances qui ne sont pourtant pas des obligations de sommes d'argent au sens de ce texte.

Il n'en est autrement, et toujours dans la même logique, que lorsqu'une transaction a été conclue entre les parties ou encore lorsque l'assuré, condamné par une

¹⁹⁷ Mis à part le cas où une transaction est conclue, dans lequel cas elle se transforme en une vraie obligation monétaire soumise aux dispositions de l'article 1231-6.

¹⁹⁸ F. Gréau, thèse préc., n° 297.

décision judiciaire et ayant personnellement indemnisé la victime, appelle son assureur en garantie pour obtenir le remboursement en tout ou en partie de ce qu'il a été amené à payer. En effet, l'assureur de responsabilité poursuivi par son assuré se retrouve dans ce dernier cas dans une situation similaire à celle de l'assureur de choses ou de personnes puisque son obligation a été déjà fixée, liquidée et rendue exigible avant toute intervention de la part du juge, intervention qui constituerait ici un évènement anormal et non nécessaire dans le processus d'exigibilité de la créance, ce qui justifie le cours des intérêts sur son obligation de paiement à partir de la mise en demeure en application de l'article 1231-6 du Code civil. La Cour de cassation libanaise n'a pourtant pas suivi cette logique et, dans un arrêt rendu le 6 octobre 2016 par la 2^e chambre civile¹⁹⁹ à propos d'une indemnité pour dommages corporels causés par un accident de voiture qui avait été décidée par la Cour d'appel des délits. Cette indemnité avait été payée par le débiteur condamné qui avait par la suite assigné son assureur en paiement devant un juge civil. Alors que l'assuré soutenait que cette indemnité était liquide et exigible et dès lors produisait des intérêts moratoires dès la mise en demeure que l'assureur avait dument reçu, la Cour de cassation a bizarrement décidé, au visa de l'article 265 du COC, qu'il ne suffit pas pour que les intérêts moratoires courent en application de cet article que la dette soit déterminée, encore faut-il qu'elle soit exigible. Or, comme l'assureur n'était pas partie au procès pénal qui avait eu lieu entre l'auteur du dommage et la victime et ses héritiers, et comme c'est le juge civil qui tranche le litige entre l'assuré et l'assureur qui décide si le contrat d'assurance est valide ou non et détermine s'il couvre l'accident en question et à partir de là détermine, en considération des dispositions du contrat d'assurance, si l'assureur doit ou non la somme allouée par le tribunal pénal, la dette ne pouvait pas être considérée comme exigible à son égard sur la base de la décision rendue par cette dernière juridiction. Pour ces motifs elle décide que les intérêts moratoires sur la somme que doit l'assureur courent seulement à compter de la décision du juge civil qui rend la dette exigible à l'égard de l'assureur. Cette solution témoigne encore une fois de la confusion dans laquelle se retrouve actuellement la Cour de cassation libanaise qui fait dépendre le

¹⁹⁹ Arrêt n°50/2016, préc.

cours des intérêts moratoires sur une créance de sa liquidité *subjective* alors que là c'est seule la liquidité *objective* qui en détermine, avec l'échéance, l'exigibilité.

Si pour les créances de sommes d'argent visées à l'article 1231-6 du Code civil, exigibilité et échéance sont simultanées, étant donné que leur liquidité objective est préalablement acquise, celles visées à l'article 1231-7 de ce code doivent attendre la décision du juge pour devenir liquides. Ces créances ne deviennent donc exigibles qu'avec la décision qui les constate et les liquide et jusque-là, dans une logique de responsabilité civile, on ne devrait pas pouvoir parler d'un vrai retard matériel dans le paiement.

§2- Les créances liquidées par une décision judiciaire ou les créances de l'article 1231-7 du Code civil.

103. Les créances visées à l'article 1231-7 du Code civil²⁰⁰, contrairement à celles de l'article 1231-6, ne sont pas dès l'origine des créances de sommes d'argent. Sauf transaction conclue entre les parties en dehors de tout procès, l'intervention du juge est un passage nécessaire pour officialiser l'existence de ces créances et en déterminer le *quantum*, en d'autres termes pour les liquider. Pour ce type de créances la jurisprudence, même avant l'article 1153-1 du Code civil issu de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 relative aux accidents de la circulation²⁰¹, et par dérogation à l'article 1153, faisait courir les intérêts moratoires seulement à compter de la décision de justice. En effet, depuis 1936, la Cour de cassation a clairement posé en principe « [qu'] une créance délictuelle ou quasi délictuelle n'existe et ne peut donc produire d'intérêts moratoires que du jour où elle est allouée judiciairement »²⁰². La formule a par la suite

²⁰⁰ Ancien article 1153-1.

²⁰¹ JO 6 juill. 1985.

²⁰² Cass. civ., 5 novembre 1936 ; DH. 1936.585 ; S. 1937.1.26 ; Gaz. Pal. 1937.1.15. La formule a été largement reprise après : Cass. crim., 4 mai 1939, Gaz. Pal. 1939.1.885 ; 18 janvier 1940, DH. 1940.102 ; Gaz. Pal. 1940.1.232 ; Cass. soc., 14 juin 1962, Bull. civ. IV, n° 546 ; Cass. civ. 2^e, 3 janvier 1963, S. 1963.161 ; RTDCiv. 1963.742, n° 39, obs. Tunc ; Cass. civ. 2^e, 27 octobre 1969, Bull. civ. II, n° 295 ; Gaz. Pal. 1970.1.107 ; 15 juin 1973, Bull. civ. II, n° 196 ; JCP 1973, IV, 288 ; Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 1975, n° 74-10.572, Bull. civ. I, n° 177 ; JCP 1975, IV, 354 ; Cass. civ. 3^e, 5 avril 1978, Bull. civ., III, n° 150 ; JCP 1978, IV, 186. Pour des développements sur cet arrêt v. *infra* n° 105. En l'absence de

été largement été reprise²⁰³ puis étendue aux créances de responsabilité contractuelle. L'article 1153-1 est venu consacrer cette jurisprudence : « en toute matière, la condamnation à une indemnité emporte intérêts même en l'absence de demande ou de disposition spéciale du jugement. Sauf disposition contraire de la loi, ces intérêts courent à compter du prononcé du jugement à moins que le juge n'en décide autrement ». Ces dispositions ont été reprises par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 au sein du nouvel article 1231-7²⁰⁴.

L'évolution de la position jurisprudentielle sur la question du fondement de cette solution d'une analyse théorique fondée sur la nature du jugement à une analyse plus pragmatique en termes d'évaluation de la créance (A) permet de mieux comprendre la distinction qui a été faite entre les créances, indemnitaires ou non, qui entrent dans le cadre de l'article 1231-7 du Code civil et celles qui restent en dehors de ce cadre et ceci en fonction du seul critère de la liquidité de la créance et du rôle du juge dans la réalisation de cette liquidité (B).

A- Le fondement de la solution prévue par l'article 1231-7 du Code civil.

texte équivalent à celui de l'ancien article 1153-1 du Code civil français, la Cour de cassation libanaise continue à appliquer une solution semblable à celle de cet arrêt : v. par ex. Cass. lib., 8^e ch. civ., 21 mars 2017, arrêt n° 15/2017, IDREL, dans laquelle la Cour énonce, dans le cadre d'un pourvoi formé contre une décision du Conseil d'arbitrage du travail, que puisque l'indemnité pour licenciement abusif n'était pas déterminée dans son montant à la date de l'assignation devant le Conseil les intérêts moratoires ne pouvaient courir sur l'indemnité à partir de cette date mais devaient courir à partir de la date de la décision attaquée qui l'avait déterminée. Dans un autre arrêt, la Cour avait décidé clairement que si l'obligation monétaire n'est pas déterminée et échue l'intérêt moratoire court à partir de la date de sa détermination par le juge et la somme devient déterminée à compter de la date où la décision est rendue (Cass. lib., 2^e ch. civ., 10 février 2011, décision n° 14/2011, IDREL).

²⁰³ V. par ex. Cass. crim., 4 mai 1939, Gaz. Pal. 1939. 1.885 ; Cass. soc. 14 juin 1962, Bull. civ. IV, n° 546 ; Cass. civ. 2^e, 3 janvier 1963, S. 1963. 161 ; RTDCiv. 1963. 742, obs. Tunc ; Cass. civ. 2^e, 27 octobre 1969, Bull. civ. II, n° 295 ; Cass. civ. 2^e, 15 juin 1973, Bull. civ. II, n° 196 ; Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 1975, n° 74-10.572, Bull. civ. I, n° 177. La même solution a toujours été adoptée par la jurisprudence libanaise. Ainsi dans un autre rendu le 14 juillet 2009 la chambre civile de la Cour de cassation libanaise a déclaré à propos d'une demande d'indemnisation pour un délit civil que la créance qui fait l'objet de la demande en justice ne devient *sure et finale* que par la décision judiciaire qui la décide et aucun intérêt sur cette créance ne peut courir avant cette date (Cass. civ. lib., 14 juillet 2009, décision n° 52, Baz 2009, n° 48, p. 469). Elle avait décidé dans un arrêt déjà ancien que l'intérêt légal sur la créance ne pouvait courir à compte de la demande en justice que s'il s'agit d'une créance *liquide et exigible*. Si la demande porte sur une demande de dommages-intérêts l'intérêt légal ne peut courir sur la somme accordée qu'à partir de la date du jugement, date à laquelle cette créance devient *déterminée et exigible* (Cass. civ. lib. 16 février 1971, décision n° 5).

²⁰⁴ Il n'existe pas en droit libanais un texte comparable à celui de l'article 1231-7 du Code civil (v. *supra* n° 98 et 99).

104. Pour fonder la solution dégagée en 1936 et maintenue par la suite jusqu'à sa consécration par le législateur au sein de l'(anc.) article 1153 du Code civil, la Cour de cassation est passée, sous l'impulsion de la doctrine, d'une analyse théorique de la nature du jugement de condamnation à une indemnité, considéré comme constitutif (a), à une analyse plus pragmatique basée sur la nécessité du rôle du juge dans l'évaluation de la créance indemnitaire et la réalisation de sa liquidité (b).

a- Le fondement de départ : la nature constitutive du jugement.

105. Une thèse critiquée en doctrine. La Cour de cassation avait au départ basé sa solution sur la thèse, très critiquée en doctrine, de la nature constitutive du jugement de condamnation à des dommages-intérêts²⁰⁵. Une controverse doctrinale était née durant la première moitié du XXe siècle sur la nature du jugement de condamnation et le moment de la naissance de la créance de dommages-intérêts, entre les partisans du caractère déclaratif du jugement et les partisans de son caractère constitutif ou attributif. Ce débat théorique ne portait pas à l'origine sur la question du départ des intérêts moratoires mais sur la question de l'éventuelle opposabilité du concordat²⁰⁶ à la victime dont le droit à la réparation n'a été consacré par une décision de justice que postérieurement à ce concordat : est-elle créancière *dans* la masse ou créancière *de* la masse ? La cour de cassation s'est prononcée finalement en faveur du caractère constitutif du jugement pour décider de l'inopposabilité du concordat à la victime dont le droit n'a été consacré que postérieurement à ce concordat, quand bien même le dommage serait survenu avant le concordat au motif que, jusqu'à la décision de

²⁰⁵ L. Mazeaud, De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits, RTDCiv. 1927.17 ; L. Ripert, La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle, thèse, 1933, Paris, nos 110 s.; H. Lalou, Déclaratifs ? Ou attributifs ? (Caractère des jugements rendus en matière de responsabilité civile), DH 1936. chron. 69.

²⁰⁶ Le concordat était, dans le cadre de l'ancienne procédure de règlement judiciaire, un contrat par lequel une entreprise en état de cessation de paiement s'engageait à payer tout ou partie de ses dettes dans un délai déterminé à condition d'être ainsi définitivement libérée.

condamnation, le créancier n'a aucun titre de créance, ni aucun droit reconnu dont il puisse se prévaloir²⁰⁷.

Malgré les critiques doctrinales que cette solution a suscitées, la Cour de cassation a repris le même raisonnement dans le cadre des intérêts moratoires. Dans un arrêt rendu le 5 novembre 1936 elle énonce une formule qui va devenir rituelle pendant près de 50 ans : « une créance délictuelle ou quasi-délictuelle n'existe et ne peut donc produire d'intérêts moratoires que du jour où elle est allouée judiciairement, la victime n'ayant, jusqu'à la décision de justice qui lui accorde une indemnité, ni titre de créance, ni droit reconnu dont elle puisse se prévaloir »²⁰⁸. La Cour de cassation ne reviendra plus sur ce principe qu'elle réaffirmera par plusieurs solutions postérieures²⁰⁹ alors même qu'elle abandonnera ultérieurement la solution de l'inopposabilité du concordat au créancier d'une indemnité délictuelle dont le droit a été reconnu par une décision judiciaire postérieure²¹⁰. « Dans le modèle de droit commun (article 1153), qui s'applique à des dettes déterminées ou du moins déterminables dans leur montant, la décision du juge est pensée comme ayant une valeur simplement déclarative des droits du créancier : dès lors, elle ne fait que révéler que le débiteur aurait dû payer avant d'y être obligé par la décision ; il en découle que ce débiteur doit supporter le coût de la durée. En revanche, dans le modèle de l'article 1153-1, la décision condamnant à une indemnité apparaît comme une décision constitutive, au moins en ce qui concerne le montant de la créance : le débiteur n'est tenu de payer une somme déterminée qu'à

²⁰⁷ Cass. Req., 6 juillet 1857, DP 1857.1.440 ; S. 1859.1.704 ; 19 janvier 1898, DP 1898.1.473, note E. Thaller ; Cass. civ., 22 octobre 1901.1.527.

²⁰⁸ Cass. civ., 5 novembre 1936, préc. Même si cette formule visait spécifiquement les créances délictuelles et quasi-délictuelles la même solution a toujours été appliquée à toutes les créances de responsabilité, même contractuelle, la Cour de cassation n'ayant jamais opéré de distinction selon la nature de la responsabilité en cause.

²⁰⁹ Cass. crim., 4 mai 1939, Gaz. Pal. 1939.1.885 ; 18 janvier 1940, DH. 1940. 102 ; Gaz. Pal. 1940.1.232 ; Cass. soc., 14 juin 1962, Bull. civ., Iv, n° 546 ; Cass. civ. 2^e, 3 janvier 1963, S. 1963.161 ; Gaz. Pal. 1963.1.335, RTDCiv. 1963.742, n° 39, obs. A. Tunc ; Cass. civ. 2^e, 6 mars 1963, D. 1963, somm.97 ; Cass. crim., 23 mai 1964, D. 1964.592 ; 17 juillet 1968, Bull. crim., n° 226 ; 30 octobre 1968, D. 1969.451, note R. Meurisse ; Cass. civ. 2^e, 27 octobre 1969, Gaz. Pal. 1970.1.107 ; 15 juin 1973, Bull. civ., II, n° 196 ; JCP 1973, IV, 288 ; D. 1973, IR, 186 ; Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 1975, JCP 1975, IV, 354 ; Cass. civ. 3^e, 5 avril 1978, Bull. civ., III, n° 150 ; JCP 1978, IV, 186 ; Cass. crim. 12 novembre 1984, JCP 1985, IV, 34.

²¹⁰ Cass. com., 6 février 1963, Bull. civ., III, n° 90 ; RTDCom. 1964.170, n° 36, obs. R. Houin ; 28 avril 1966, Bull. civ., III, n° 212 ; D. 1967.82, note A. Honorat ; RTDCom. 1966.1041, n° 68, obs. R. Houin, RTDCiv. 1967.398, n° 12, obs. G. Durry.

partir du moment où le juge l'a fixée. En conséquence, on ne peut pas lui reprocher de ne pas avoir payé plus tôt et il en découle qu'il incombe au créancier de supporter le coût de la durée »²¹¹.

Plusieurs auteurs ont souligné l'incohérence de cette solution qui affirme que la créance n'existe que du jour où elle est allouée judiciairement, notamment parce qu'elle vient heurter d'autres solutions bien établies qui montrent que cette créance préexiste bien à ladite date comme celle qui admet que la créance de réparation est transmise aux héritiers de la victime décédée dès le décès avant même que celle-ci introduise une action, que le droit à réparation qui figure dans le patrimoine de la victime dès le jour du dommage peut être cédé, ou encore que le délai de prescription de la dette court à partir du jour où le dommage a eu lieu²¹². Dans une tentative de conciliation de l'analyse théorique avec les solutions pratiques qui semblent lui être contraires, un auteur avait élaboré une théorie dualiste en proposant de distinguer *l'obligation de réparer* qui existe dès le jour de la réalisation du dommage et *l'obligation de verser l'indemnité allouée par le juge* qui apparaît seulement au jour de la décision de justice. Selon cette analyse le jugement de condamnation présenterait deux aspects : un aspect déclaratif quant à la reconnaissance de l'existence du droit, un aspect constitutif quand il fixe la créance de dommages-intérêts. Comme les intérêts moratoires ne peuvent sanctionner que le retard dans l'exécution de la seconde obligation, la créance de dommages-intérêts ne saurait alors produire d'intérêts moratoires avant la décision de

²¹¹ « La Prise en compte par le droit du coût de la durée du procès: les intérêts de retard dans le procès civil », préc., n° 10.

²¹² F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Droit civil, Les Obligations*, préc., n° 889 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, tome 2, *Le fait juridique* : Sirey, 15^e éd. 2020, n° 383 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, 18^e éd. LGDJ, 2019, n° 693 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, préc., n° 287 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil, Obligations*, t. 1. *Responsabilité délictuelle*, Litec, 5^e éd., 1996 n° 1256 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les Obligations*, préc., n° 235.

justice²¹³. Cette distinction a eu du succès auprès de plusieurs auteurs²¹⁴ mais n'a pourtant pas été adoptée formellement, à notre connaissance, par la Cour de cassation.

Progressivement, doctrine et jurisprudence vont délaisser ce critère d'une distinction douteuse entre jugements déclaratifs et constitutifs et si la solution du départ des intérêts à compter du jugement s'est finalement maintenue au point d'être consacrée en 1985 par le législateur, c'est moins en considération d'une incertaine distinction entre jugement déclaratif et jugement constitutifs qu'en raison de l'émergence en doctrine d'un argument plus convaincant, celui de l'absence de liquidité de la créance.

b- Emergence d'une analyse pragmatique basée sur l'évaluation de la créance par le juge.

106. Une analyse basée sur la liquidité de la créance. Cette nouvelle analyse met en exergue l'absence de liquidité de la créance avant son évaluation par le juge, et par la suite l'absence de responsabilité du débiteur, pour justifier le départ des intérêts moratoires seulement à compter de sa décision. En effet, comment reprocher au débiteur un quelconque retard de paiement tant que son obligation de réparation, qui existe bien d'ores et déjà, n'a pas encore été liquidée, c'est-à-dire traduite monétairement, et qu'il est toujours dans une ignorance complète du montant à payer ? Avant le prononcé du jugement qui fixe le montant de l'indemnité, la liquidité, à la fois *objective* et *subjective*, de l'obligation de réparation née au moment de la réalisation du dommage fait défaut et cette obligation ne peut donc pas être considérée comme exigible. Aucun retard ne peut être, ou ne devrait être²¹⁵, reproché au débiteur qui ne paie pas avant la date du prononcé de la décision liquidant sa dette et les intérêts

²¹³ L. Ripert, La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle, thèse, Paris, 1933, n° 121 et s. et n° 181 et s.

²¹⁴ H. Lalou, « Déclaratifs, ou attributifs ? (caractère des jugements rendus en matière de responsabilité civile) » préc. ; R. Meurisse, Les intérêts des dommages et intérêts alloués par le juge, Gaz. Pal. 1962. 2.15.

²¹⁵ La solution n'est pas toujours évidente comme nous allons l'élaborer dans la deuxième partie relative aux intérêts en dehors de la responsabilité civile. V. *infra* n° 341 et s.

moratoires, dans une pure logique de responsabilité civile, ne devraient pas commencer à courir avant cette date²¹⁶.

107. Une solution en germe dans la jurisprudence antérieure à la loi de 1985.

Le critère de l'évaluation de la créance de réparation apparaît déjà en filigrane dans plusieurs des décisions qui s'appuient dans leurs chapeaux sur la solution dégagée par la Cour de cassation en 1936 mais reprochent dans leurs motifs aux juges du fond d'avoir fait courir des intérêts à compter d'une *date antérieure à l'évaluation du préjudice*²¹⁷. Ce critère est affirmé plus clairement dans d'autres arrêts qui énoncent expressément que la créance *ne peut produire d'intérêts avant le jour où elle est évaluée par une décision judiciaire*²¹⁸. Ce critère lié à la date de la liquidation de la créance transparait également dans les solutions posées par la jurisprudence antérieure à la loi de 1985 lorsque la Cour d'appel confirmait purement et simplement une décision de première instance allouant une indemnité. En effet, dans l'hypothèse où la décision de première instance était confirmée à la fois quant au principe de la condamnation et quant à l'évaluation de la créance de réparation, la Cour de cassation avait toujours considéré que les juges d'appel pouvaient fixer le départ des intérêts moratoires à compter du jugement confirmé et que ces intérêts n'avaient pas à être justifiés par un motif spécial²¹⁹. En effet, il est depuis longtemps admis par la jurisprudence que si le jugement qui était frappé d'appel est confirmé par la Cour d'appel, les droits qu'il reconnaissait à l'intimé lui sont acquis rétroactivement, sans

²¹⁶ Dans ce sens v. notamment L. Ripert, thèse préc., n° 181 s. ; H. Lalou, Les intérêts des dommages-intérêts, DH 1935.65 ; R. Meurisse, art. préc.

²¹⁷ Par exemple : Cass. com., 21 avril 1977 ; Bull. civ., IV, n° 104 ; Cass. civ. 2^e, 16 octobre 1975, Bull. civ., II, n° 264 ; JCP 1975, IV, 354 ; Cass. civ. 2^e, 16 octobre 1974, Bull. civ., II, n° 266 ; JCP 1974, IV, 389 ; Cass. civ. 2^e, 17 juillet 1974, Bull. civ., II, n° 244 ; JCP 1974 ; IV, 327 ; Cass. civ. 2^e, 8 février 1973, Bull. civ., II, n° 49 ; D. 1973, somm.96 ; Cass. civ. 2^e, 17 mai 1973, Bull. civ., II, n° 169 ; D. 1973, IR, 195 ; JCP 1973, IV, 244.

²¹⁸ CA Versailles, 9 janvier 1986, D. 1986, IR, 220 ; Cass. soc, 8 mai 1980, Bull. civ., IV, n° 402 ; Cass. civ. 3^e, 25 mars 1980, Bull. civ., III, n° 69 ; 13 juin 1979, *ibid*, n°133 ; 18 mars 1970, *ibid*, n° 206 ; 26 juin 1969, *ibid*, n° 259 ; Cass. soc., 4 mars 1964, Bull. civ., IV, n° 196 ; Cass. civ. 2^e, 20 février 1957, Bull. civ., II, n° 162.

²¹⁹ V. par ex.: Cass. civ. 1^{re}, 22 octobre 1962, Bull. civ., I, n° 433 ; Cass. civ. 2^e, 26 avril 1967, Bull. civ., II, n°157 ; Cass. civ. 3^e, 23 juin 1976, Bull. civ. III, n°284 ; JCP 1976, IV, 275 ; Cass. civ. 1^{re}, 2 novembre 1978, JCP 1979, IV, 12 ; Cass. civ. 3^e, 14 oct. 1981, n° 80-11.255, Bull. civ. III, n° 156 ; Cass. civ. 3^e, 17 février 1982, JCP 1982, IV, 16.

prendre en compte l'effet suspensif de l'appel²²⁰ et la Cour de cassation avait appliqué ce principe notamment au cas de confirmation d'un jugement condamnant à des dommages-intérêts moratoires en jugeant que c'est à la date du jugement confirmé, ou de sa signification, que courent les intérêts moratoires²²¹. Ce n'est donc pas le caractère constitutif de la décision qui importe (le créancier pouvant ici en théorie se prévaloir de deux titres constitutifs), mais bien la date d'évaluation de la créance.

En revanche, dans l'hypothèse où le quantum de la créance est modifié en appel, la solution de la Cour de cassation n'était plus uniforme. En présence d'une *diminution*, elle adoptait une solution identique à celle de l'hypothèse où la décision de première instance était confirmée à la fois quant au principe de la condamnation et quant à l'évaluation de la créance de réparation et considérait alors que les intérêts moratoires couraient sur la somme diminuée à partir de la décision de première instance²²². Par contre, en présence d'une *augmentation*, et alors que certains arrêts avaient opté pour un fractionnement de la créance et avaient fait courir les intérêts à compter du jugement de première instance pour le montant confirmé et à partir de la décision d'appel pour le montant ajouté²²³, l'Assemblée plénière, par un arrêt du 9 mai 1980²²⁴, a refusé tout fractionnement et a décidé que l'augmentation de la somme par les juges d'appel imposait de faire courir les intérêts sur l'ensemble de la somme finalement octroyée en appel à compter de la décision d'appel²²⁵.

²²⁰ Cass. civ. 3 novembre 1941, DC 1943. 101, note Carbonnier ; Cass. req. 2 juin 1947, Gaz. Pal. 1947. 2. 96 ; Cass. com., 3 juillet 1950, D. 1951. 96 ; Cass. civ. 2^e, 3 mars 1967, Bull. civ. II, n° 105 ; RTDCiv. 1967. 704, obs. P. Raynaud ; 3 décembre 1969, JCP A 1970. IV. 5666 ; RTDCiv. 1970. 415, obs. P. Raynaud ; Cass. com., 3 juin 1981, Bull. civ. IV, n° 262.

²²¹ Cass. civ. 26 janvier 1870, S. 1870. I. 160 (Cass. civ. 1^{re}, 17 juillet 1951, Bull. civ. I, n° 224 ; Cass. civ. 2^e, 15 décembre 1955, Bull. civ. II, n° 590 ; 23 avril 1986, D. 1986. IR 221, obs. P. Julien.

²²² Cass. crim., 6 juillet 1972, Bull. crim., n°232 ; Cass. soc., 4 octobre 1972, Bull. civ., V, n°524 ; JCP 1972, IV, 251 ; Cass. civ. 2^e, 16 juillet 1979, D. 1979. IR, 523 ; JCP 1979, IV, 324 ; Cass. com., 11 mai 1982, Bull. civ., IV, n° 178, JCP 1982, IV, 256 ; 19 février 1985, Bull. civ., IV, n° 65.

²²³ Cass. civ. 3^e, 16 décembre 1970, Bull. civ., III, n°711 ; Cass. com., 20 mai 1963, Bull. civ., III, n° 239 ; Paris, 22 mai 1950, D. 1950.471 ; RTDCiv. 1950.503, n° 23, obs. H. et L. Mazeaud ; 17 novembre 1947, D. 1948.10.

²²⁴ Ass. plén., 9 mai 1980, n° 77-92.321, Bull. ass. plén., n°3 ; JCP 1980, IV, 269. Solution reprise ultérieurement : Cass. civ. 3^e, 9 décembre 1981, Gaz. Pal. 1982.1, pan164 ; Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 1986, Bull. civ., I, n°138. Déjà en ce sens, Cass. soc., 8 mai 1980 (impl.), Bull. civ., IV, n°403 ; 6 février 1980, *ibid*, n° 109.

²²⁵ C'est aussi la solution retenue par la Cour de cassation libanaise qui, dans un arrêt rendu le 21 mai 2009, a clairement décidé que l'intérêt moratoire est dû sur la somme octroyée (il s'agissait en l'espèce

108. Incertitude dans la solution introduite par la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985. Dans la solution adoptée en 1985 pour le cours des intérêts en cas d'appel, la formule utilisée par le législateur « confirmation pure et simple » indique bien que ce dernier, suivant en cela la solution établie par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, n'a pas voulu retenir la possibilité du fractionnement de l'assiette des intérêts dans l'hypothèse où l'évaluation de la créance est modifiée en appel. Si la Cour d'appel confirme « purement et simplement » le jugement de première instance, les intérêts courent à partir du jugement de première instance qui a liquidé la dette. En revanche, si la Cour d'appel augmente ou diminue le montant de l'indemnité octroyée en première instance, c'est l'ensemble de la somme finale qui produit des intérêts à compter de la décision d'appel. Dans ces deux cas (révision à la hausse ou à la baisse de la somme octroyée en première instance), la solution prévue par la loi ne semble pas très logique. Lorsque la cour d'appel diminue le montant alloué en première instance, on ne voit pas pourquoi, sur le montant inférieur alloué, les intérêts ne devraient pas courir dès la décision de première instance qui était, au moins sur ce montant, justifiée²²⁶. Dans le cas inverse, l'illogisme semble encore plus frappant, comme le montre cet arrêt rendu par la première chambre civile le 4 mars 1997²²⁷. En l'espèce, la victime avait obtenu 224 479 F en première instance, et le jugement avait été assorti de l'exécution provisoire, mais le responsable n'avait pas payé. En appel, le montant de l'indemnité avait été porté à 1 288 959F. La victime réclamait, sur les 224 479 F les intérêts à compter du jugement, assortis de la majoration de 5 points sanctionnant le défaut d'exécution. Par une application stricte de l'article 1153-1, la Cour de cassation le déboute de sa demande au motif que l'arrêt est un arrêt infirmatif et que c'est seulement

de la somme due par un hôpital à un médecin et représentant sa part des profits du centre de dialyse) depuis la date du jugement de première instance si la Cour d'appel a confirmé ce jugement. En l'espèce, ce n'était pas le cas et dès lors la dette de l'hôpital n'est devenue finalement déterminée qu'avec le prononcé de la décision d'appel qui a infirmé le jugement de première instance quant au montant de la dette et a ainsi déterminé d'une manière définitive la somme que doit payer l'hôpital, ce qui fait que les intérêts moratoires sur cette dette doivent courir à compter du rendu de la décision d'appel (Cass. lib. 2^e ch. civ., 21 mai 2009, décision n°47/2009, IDREL.)

²²⁶ La jurisprudence antérieure avait admis dans une telle hypothèse le départ des intérêts moratoires à compter de la décision de première instance : V. par ex. Cass. crim. 6 juillet 1972, n° 71-92.301, Bull. crim. n° 232 ; Cass. com. 19 février 1985, n° 83-14.713, Bull. civ. IV, n° 65.

²²⁷ Affaire n° 94-19.707, inédit.

à compter de sa date que les intérêts doivent courir. La solution paraît contraire au bon sens et on ne comprend pas pourquoi la victime devrait perdre de l'argent pour la seule et unique raison que les premiers juges avaient sous-évalué son préjudice.

C'est donc une conception particulièrement stricte de l'évaluation qui est retenue par la loi : seul compte le jour de l'évaluation qui liquide définitivement la créance et la moindre modification de l'évaluation faite par les juges de première instance, que ce soit à la hausse ou à la baisse, entraîne le report du début du cours des intérêts au jour de la décision d'appel et prive ainsi le créancier de toute réparation du préjudice moratoire qu'il subit du fait du non-paiement de sa créance la période, qui peut s'avérer assez longue, entre le prononcé de la décision de première instance et le prononcé de la décision d'appel. C'est comme si, du moment où un appel a été interjeté, la créance pourtant liquidée par les juges de première instance perdait momentanément sa liquidité provisoire pour ne retrouver sa liquidité définitive qu'avec le prononcé de la décision d'appel et pendant toute cette période le débiteur n'est plus considéré dans un état de retard de paiement passible d'engager sa responsabilité.

Si la logique n'est pas complètement fautive elle demeure fragmentaire. En effet, s'il est vrai que seule la liquidité définitive de la créance devrait, dans une logique de responsabilité du débiteur, dicter le départ des intérêts moratoires parce qu'elle seule consacre son retard, cette liquidité acquiert véritablement son caractère définitif avec la décision d'appel quel que soit le sens dans lequel va cette décision d'appel : confirmation pure et simple, augmentation ou encore réduction du montant de la somme allouée en première instance. Autrement dit, le caractère définitif de la liquidation devrait être lié à la décision d'appel elle-même, indépendamment du sens dans lequel va cette décision. Dès lors, cette distinction opérée par le législateur de 1985, et à laquelle est resté attaché le législateur de 2016, entre la décision opérant une « confirmation pure et simple » et les autres décisions devient incompréhensible.

Comment la jurisprudence a-t-elle appliqué ce fondement tiré de l'évaluation de la créance monétaire par le juge pour délimiter le domaine de l'(anc.) article 1153-1 du Code civil et distinguer les créances visées par cet article des créances monétaires objectivement liquides de l'(anc.) article 1153 ? La réponse à cette question revêt une importance majeure puisque la détermination de la date de l'exigibilité de la créance

monétaire dicte la date à partir de laquelle débute effectivement le retard matériel du débiteur.

B- La nature des créances visées à l'article 1231-7 du Code civil.

109. Une référence douteuse à une « indemnité ». L'article 1231-7 du code civil, et avant lui l'(anc.) article 1153-1, s'appliquent, selon la lettre du texte, à la « condamnation à une indemnité » ou encore « une indemnité en réparation d'un dommage » et ceci « en toute matière ». Les dommages-intérêts dans le cadre des actions en responsabilité constituant l'exemple type des sommes visées par ces dispositions, l'on peut comprendre pourquoi le législateur de 1985 a choisi d'utiliser le terme « indemnité ». Mais cette rédaction s'avère assez malheureuse²²⁸ car la distinction entre créances indemnitaires et créances non indemnitaires ne suffit pas à rendre compte de la jurisprudence particulièrement complexe qui a été élaborée à propos de la délimitation des champs d'application respectifs de l'(anc.) article 1153 et de l'(an.) article 1153-1 Code civil. En effet, la jurisprudence a fait entrer dans le cadre de l'(anc.) article 1153-1, et après lui l'article 1231-7, non seulement des créances trouvant leur source dans la responsabilité mais l'ensemble des sommes accordées et liquidées par le juge, même à titre provisionnel, sans aucune distinction selon leur origine contractuelle, délictuelle ou quasi-délictuelle et même aussi des créances n'ayant pas de caractère indemnitaire bien net. A l'inverse, ont été exclues du domaine de cet article des dettes qui, quoiqu'indemnitaires par nature, consistent en un remboursement de dépenses exposées par la victime ou encore des indemnités dont le montant est déjà fixé de telle sorte que le juge ne ferait que constater une dette préalablement liquidée. Ces dernières restent soumises à l'article 1231-6 du Code civil.

110. Un critère correctif lié au rôle du juge. Le critère de la distinction entre les créances indemnitaires et les créances non indemnitaires doit donc être corrigé par l'autre, plus pertinent, tenant à *l'étendue du pouvoir du juge dans la fixation du montant et donc dans la liquidation de la créance*. « Plutôt que la nature de la créance, c'est le

²²⁸ Ce qui n'a pas empêché le législateur de 2016 de la reprendre telle qu'elle est.

rôle du juge dans l'évaluation de l'indemnité qui détermine le texte applicable »²²⁹. Ce critère joue ainsi dans les deux sens : d'un côté il permet de faire entrer dans le champ de l'article 1231-7 du Code civil certaines créances non indemnitaires dont le montant est librement fixé par le juge (a), d'un autre il permet d'exclure du domaine de cet article certaines indemnités dont l'évaluation échappe au juge (b).

a- Des créances « indemnitaires ».

111. Si une grande partie des créances monétaires soumises aux dispositions de l'article 1231-7 du Code civil ont un caractère indemnitaire bien net (1), bon nombre de créances n'ont pas ce caractère mais, parce qu'elles sont liquidées par le juge, sont assimilées aux créances indemnitaires et soumises aux dispositions de cet article (2).

1- Des créances au caractère indemnitaire bien net.

112. La formule très générale de l'expression « en toute matière » autorise l'application de l'article 1231-7 du Code civil à toutes les créances qui trouvent leur source dans la responsabilité délictuelle ou contractuelle du débiteur, dans un quasi-contrat ou encore dans la loi du moment que leur liquidation nécessite une intervention de la part du juge.

113. Les dommages-intérêts délictuels. Aucune discussion ne surgit plus aujourd'hui devant la Cour de cassation sur l'applicabilité de l'article 1231-7 du Code civil aux dommages-intérêts d'origine délictuelle. Si la solution a pu être débattue avant la loi de 1985 lorsqu'elle apparaissait comme une dérogation jurisprudentielle à la règle de l'(anc.) article 1153, le débat s'est par la suite déplacé, pour ces dommages-intérêts, vers la question de l'étendue du pouvoir du juge de faire remonter le point de départ des intérêts à une date antérieure à celle de sa décision. Il a ainsi été décidé que les sommes allouées en matière d'indemnisation des victimes d'infraction sont des

²²⁹ P. Jourdain, « Le point de la jurisprudence sur les intérêts moratoires des créances indemnitaires », RTDCiv 1991, p. 350.

condamnations au sens de l'(anc.) article 1153-1²³⁰. Au Liban, la Cour de cassation a aussi clairement décidé que l'indemnité due pour une faute délictuelle cours seulement à partir de la date du jugement qui la décide et non à partir de la mise en demeure²³¹.

114. Les dommages-intérêts contractuels. L'application de principe de l'(anc.) article 1153-1 du code civil aux dommages intérêts contractuels est admise depuis longtemps en jurisprudence. Il a ainsi été décidé que l'indemnité destinée à réparer le préjudice subi en cas de licenciement abusif constitue une créance indemnitaire qui ne produit des intérêts moratoires qu'à compter du jour où elle est judiciairement fixée²³², et que l'(anc.) article 1153-1 s'applique à l'indemnité d'éviction en matière de baux commerciaux, de sorte que le juge a la faculté de fixer discrétionnairement le point de départ des intérêts moratoires produits par cette indemnité²³³.

Dans certains cas une difficulté peut surgir dans la distinction entre ces dommages-intérêts contractuels et d'autres créances contractuelles dues au titre de l'exécution du contrat qui, elles, relèvent de l'article 1231-6 du Code civil. C'est notamment le cas quand le créancier demande à la fois le paiement de certains arriérés ou de sommes à restituer à la suite de la résolution du contrat inexécuté²³⁴ et le paiement de dommages-intérêts, et il faut alors que le juge distingue, pour faire courir les intérêts, ce qui relève de l'un et de l'autre texte.

115. Certaines indemnités légales. L'(anc.) article 1153-1 a aussi été appliqué à indemnités légales telles *l'indemnité due par un indivisaire pour la jouissance d'un bien indivis*²³⁵ et *l'indemnité due aux propriétaires d'œuvres d'art ayant fait l'objet d'une*

²³⁰ Cass. civ. 2^e, 11 février 1998, n° 95-13.995 P ; 22 nov. 2012 : RCA 2012, n° 65.

²³¹ Cass. civ. lib., 15 juin 1999, décision n°18, IDREL, Baz 1999, n°38, p. 502. 7.

²³² Cass. soc., 22 juillet 1985 : Bull. civ. V, n° 426.

²³³ Cass. civ. 3^e, 4 juillet 2001, Bull. civ. III, n° 93 ; D. 2001. somm. 3525, obs. Rozès ; Gaz. Pal. 2002. 71, note Brault ; Loyers et copr. 2002, n° 13, note Brault et Pereira.

²³⁴ Il est admis de manière constante par la Cour de cassation que ces sommes relèvent de l'(anc.) article 1153 et portent donc intérêt à compter de la demande. En ce sens : Cass. com., 3 octobre 1989, pourvoi n° 87-20.067 ; Cass. civ. 1^{re}, 11 avril 1995, pourvoi n° 93-12.764, Bull. civ. I n° 169 ; Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 1997, pourvoi n° 95-18.458, Bull. civ. I, n° 178.

²³⁵ Cass. civ. 1^{re}, 13 décembre 1994, n° 92-20.780, Bull. civ., I, n° 369.

mesure de classement d'office par le Ministère de la culture. Cette dernière, prévue par la loi du 31 décembre 1913 modifiée par la loi du 23 décembre 1970, est accordée par le juge d'instance pour compenser le préjudice subi par le propriétaire, du fait notamment de l'interdiction d'exporter qui frappe l'œuvre classée ; il s'agit d'un système qui rappelle celui de l'expropriation, à cette différence près - importante quant au problème des intérêts - que l'indemnité n'est pas préalable à la prise d'effet de la mesure. Dans une affaire qui a été soumise à la Cour de cassation²³⁶, le propriétaire du tableau de Van Gogh « Un jardin à Auvers » avait obtenu une indemnité de 145 000 000F. Il critiquait la cour d'appel qui avait fait courir les intérêts à compter de la signification de son arrêt au motif que sa créance avait pris naissance au jour de la décision de classement. A ceci la Cour de cassation répond que la cour d'appel, en fixant le point de départ des intérêts de l'indemnité allouée à la date de la signification de sa décision, avait légalement justifié sa décision ce qui, quoique la référence au texte n'apparaisse pas dans l'arrêt, postule l'application de l'(anc.) article 1153-1.

Au Liban, la Cour de cassation a aussi appliqué la inspirée de l'article 1231-7 du Code civil français à *l'indemnité due au propriétaire d'un terrain suite à une décision de mainmise dans le cadre d'une expropriation* et a ainsi cassé l'arrêt qui avait décidé du cours des intérêts moratoires sur l'indemnité due par une municipalité à compter de la décision de mainmise au motif qu'à cette date l'indemnité n'était pas encore déterminée, échue et liquide pour décider par la suite que ces intérêts moratoires étaient dus à compter de la décision de cassation²³⁷. De son côté, la Cour de cassation française a clairement décidé que les dispositions de l'article 1231-7 du Code civil ne sont pas applicables aux indemnités fixées par le juge de l'expropriation, qui produisent intérêts dans les conditions prévues par l'article R. 323-14 du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique²³⁸.

²³⁶ Cass. civ. 1^e, 20 février 1996, pourvoi n° 94-17.029.

²³⁷ Cass. lib., 8^e ch. civ., 31 décembre 2008, décision n°142/2008, IDREL.

²³⁸ Cass. civ. 3^e, 17 septembre 2020, pourvoi n° 19-16.071, non publié.

116. Certaines indemnités quasi-contractuelles. Il en est ainsi pour les indemnités accordées sur le fondement de *l'enrichissement injustifié*²³⁹ qui, dans le cadre d'une action *de in rem verso*, portent intérêt seulement à compter de la décision qui les prononce, et non à partir du jour de la demande. Cette solution était déjà admise avant la loi de 1985 et elle a été maintenue après²⁴⁰. Il est vrai toutefois qu'elle n'était pas, au départ, rattachée explicitement à l'(anc.) article 1153-1, ni même au caractère indemnitaire de l'action, la Cour de cassation se fondant seulement sur le caractère constitutif de la décision accordant l'indemnité : « une créance née d'un enrichissement sans cause *n'existe* et ne peut produire intérêt que du jour où elle est judiciairement constatée ». Ce n'est que dans un arrêt du 11 mars 1997²⁴¹ que la Cour de cassation, pour la première fois, décide que l'(anc.) article 1153-1 est « applicable en la matière ». Cette référence textuelle n'est pas indifférente puisqu'elle entraîne la reconnaissance au juge du pouvoir discrétionnaire de modifier le point de départ des intérêts, alors que selon la motivation antérieure le point de départ au jour de la décision devait être considéré comme la seule solution possible, la créance *n'existant* pas avant le prononcé du jugement.

En matière de gestion d'affaires, les solutions relatives au point de départ des intérêts varient selon la nature des sommes demandées par le gérant au maître de l'affaire. L'article 1301-2 du Code civil²⁴² dispose que « celui dont l'affaire a été utilement gérée (...) rembourse au gérant les dépenses faites dans son intérêt et l'indemnise des dommages qu'il a subis en raison de sa gestion. », et si « les sommes avancées par le gérant portent intérêt du jour du paiement » comme dispose le dernier alinéa de cet article²⁴³, il est logique que l'indemnité due au gérant de l'affaire pour les

²³⁹ Article 1303 du Code civil. L'expression « enrichissement injustifié » est venue remplacer l'ancienne expression « enrichissement sans cause » depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

²⁴⁰ Cass. civ. 1^e, 5 février 1980, Bull. Civ., I, n° 44 ; Cass. com, 6 janvier 1987, Bull. Civ., IV, n° 6 ; Cass. com. 23 février 1988, Bull. Civ., IV, n° 83 ; Cass. civ. 1^e, 11 mars 1997, Bull. Civ. I, n° 88

²⁴¹ Cass. civ. 1^{re}, 11 mars 1997, préc.

²⁴² Créé par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016- art 2.

²⁴³ Ce texte consacre une jurisprudence déjà ancienne qui avait décidé que, par extension de l'article 2001 C. civ., le gérant d'affaires a droit à l'intérêt de ses avances du jour où elles ont été constatées : Cass. civ. 1^{re}, 12 juin 1979 : Bull. civ. I, n° 173.

dommages qu'il a subis en raison de sa gestion soit, elle, soumise aux dispositions de l'article 1231-7 du Code civil. En effet, dans un arrêt rendu sous l'empire des anciens articles 1153 et 1153-1 du Code civil et où il était fait grief à un arrêt de la Cour d'appel de Montpellier d'avoir alloué des intérêts moratoires à M. B... à compter de la demande en justice en violation de ces deux articles, la Cour de cassation a décidé que « la cour d'appel n'a pas alloué une créance indemnitaire mais a ordonné le remboursement d'avances effectuées par M. B..., gérant d'affaires ; que le grief n'est donc pas fondé »²⁴⁴, ce dont on peut déduire, *a contrario*, que si la cour d'appel avait alloué une créance indemnitaire le grief aurait été fondé.

Certaines créances monétaires qui n'ont pas pourtant pas un caractère indemnitaire bien net ont été assimilées aux créances indemnitaires et soumises par la jurisprudence aux dispositions de l'article 1231-7, et avant lui 1153-1, du Code civil au motif que le passage par une décision de justice conditionne leur liquidité.

2- Des créances assimilées aux créances indemnitaires.

117. Les dispositions de l'article 1231-7 et avant lui de l'article 1153-1 ont été appliquées à des créances monétaires prévues par des textes spéciaux mais qui n'ont pas un caractère indemnitaire bien net. Il a ainsi été décidé que *les sommes allouées au titre de l'article 700 NCPC* sont des condamnations au sens de l'(anc.) article 1153-1²⁴⁵ et portent intérêt à compter du jour de la décision qui les prononce²⁴⁶. De même, il a été décidé pour *la rémunération due au gérant de l'indivision* ayant pris en main la gestion des biens indivis que « la somme n'est déterminée que par la décision de justice qui statue sur la demande ; c'est donc seulement à cette date que l'indivision est constituée débitrice »²⁴⁷. De même, il a été décidé que *la liquidation de l'astreinte*

²⁴⁴ Cass. civ. 1^{re}, 29 mai 2001, pourvoi n° 99-15674, inédit.

²⁴⁵ Cass. civ. 2^e, 6 mai 1999, Bull. civ., I, n° 80 ; Resp. civ. et assur. 1999, comm. n° 210 ; Juris-Data n° 1999-001940.

²⁴⁶ Cass. civ. 3^e, 31 octobre 2007, n° 06-19.128, Bull. civ. III, n° 189 ; Cass. civ. 2^e, 6 mai 1999, n° 96-20.827, Bull. civ. II, n° 80 ; Cass. soc. 25 mars 1998, n° 95-44.075 ; Cass. soc. 9 avril 1996, pourvoi n° 92-41.750 ; Cass. soc. 2 mai 1989, n° 86-40.895, Bull. civ. V, n° 319.

²⁴⁷ Cass. civ. 1^{re}, 11 juin 1996, Bull. Civ., I, n° 248.

donne naissance à une créance de somme d'argent, effective et exigible, et de ce fait est productive d'intérêts légaux du jour de la décision²⁴⁸.

D'une manière plus générale, *les dettes de valeur*²⁴⁹, dont le montant est fixé judiciairement par référence à la valeur d'un bien, ont été considérées comme obéissant au même régime : sauf disposition contraire de la loi, les intérêts moratoires sur ces sommes ne courent qu'à compter de la décision qui en détermine le montant. Il a ainsi été décidé que l'indemnité due au titre d'un rapport de valeur²⁵⁰ ne peut produire d'intérêts moratoires qu'à compter du moment où elle est judiciairement allouée²⁵¹. Dans un autre arrêt plus récent²⁵², la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation a décidé qu'après avoir retenu qu'un héritier s'est rendu coupable d'un recel portant sur le bien qu'il a vendu, la Cour d'appel de Paris, qui en a déduit justement qu'il doit restituer à la succession la valeur actuelle de ce bien, a décidé à bon droit que, s'agissant d'une dette de valeur, les intérêts ne sont dus qu'à compter du jour où elle est déterminée, c'est-à-dire au jour de sa liquidation.

Comme il aboutit à inclure dans le champ de l'article 1231-7 du Code civil des créances qui n'ont pourtant pas un caractère indemnitaire bien net, le critère tiré du rôle du juge dans la liquidation de la créance, appliqué à certaines créances indemnitaires, aboutit à les exclure du cadre de cet article.

b- Des créances indemnitaires exclues.

²⁴⁸ Cass. com., 19 mars 1991: Bull. civ. IV, n° 109.

²⁴⁹ La dette de valeur se définit comme l'obligation portant sur une valeur déterminée au moment de l'exigibilité de la dette et non au moment de sa naissance. Déjà consacré par les textes spéciaux, notamment en droit patrimonial de la famille (par ex. C. civ., art. 1469, 922 al. 2 et 1099-1), le mécanisme de la dette de valeur fait une entrée remarquable dans le droit commun avec l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, le nouvel article 1343 alinéa 3 du Code civil prévoyant que le débiteur d'une dette de valeur se libère par le versement de la somme d'argent résultant de sa liquidation.

²⁵⁰ Dans le droit français des successions, le « rapport » est la restitution à laquelle se trouve obligé l'héritier non réservataire qui, en présence d'héritiers réservataires, a reçu une valeur qui excède la quotité disponible attachée à sa qualité (Dictionnaire de droit privé par S. Braudo).

²⁵¹ Cass. civ. 1^{re}, 4 octobre 1988 : D. 1989, jurispr. p. 119, note G. Morin.

²⁵² Cass. civ. 1^{re}, 19 novembre 2014, pourvoi n° 13-24644, Defrénois flash 8 décembre 2014, p. 8 ; www.dalloz-actualite.fr, act. 2 déc. 2014, obs. R. Méza ; LPA 2015, obs. B. Vareille.

118. Même si elles ont un caractère indemnitaire indéniable, certaines créances monétaires qui sont *a priori* objectivement liquides avant toute intervention du juge sont exclues du champ de l'article 1231-7 du Code civil, ce qui confirme que le critère de distinction entre les deux articles 1231-6 et 1231-7 n'est pas véritablement la nature de la créance ou son origine mais bien sa liquidité *objective*. En effet, la Cour de cassation a admis dans des circonstances diverses l'application de l'(anc.) article 1153 à des créances de sommes d'argent dès lors qu'elles étaient liquides au jour où le juge statue, même s'il s'agissait de créances d'une nature indemnitaire indéniable.

Ont ainsi été exclues du domaine de l'article 1153-1 les indemnités dont le montant est par avance fixé par la loi ou par la convention des parties. En effet, la Cour de cassation a affirmé à plusieurs reprises que lorsque l'indemnité est fixée par avance sous forme *d'une clause pénale*, les intérêts courent à compter de la demande et non à compter de la décision de condamnation²⁵³. Il en est de même lorsque l'indemnité de réparation est fixée par *une transaction*²⁵⁴ ou lorsque l'indemnité contractuelle de non-concurrence est fixée dans son principe et son montant par *une convention collective de travail*²⁵⁵. Pour les indemnités qui peuvent être dues à un salarié à la suite de son licenciement la Cour de cassation distingue de manière constante entre deux types d'indemnité. Les premières sont celles qui sont évaluées par le juge en fonction des circonstances ; celles-ci produisent en principe des intérêts seulement à compter de la décision qui les octroie sur la base de l'article 1231-7 (ou de l'ancien article 1153-1) du Code civil. Il en est ainsi à titre d'exemple pour les dommages-intérêts qui sanctionnent un licenciement sans cause réelle et sérieuse (ou un licenciement abusif)²⁵⁶, la somme allouée pour la rupture d'un contrat à durée déterminée avant l'échéance du terme²⁵⁷ ou encore l'indemnité accordée à raison d'une discrimination

²⁵³ Cass. civ. 1^{re}, 29 mars 1989, pourvoi n° 87-14.042 ; Cass. soc., 16 juillet 1987, pourvoi n° 84-44.894 ; Cass. com. 27 mars 1990, pourvoi n° 88-13.967 ; Cass. civ 1^{re}, 19 juin 1990, pourvoi n° 88-12.413 ; Cass. civ 3^e, 29 novembre 1995, pourvoi no 93-20.756.

²⁵⁴ Cass. civ. 3^e, 22 novembre 1989, Gaz. Pal. 1990.1.pan.12.

²⁵⁵ Cass. soc. 19 juillet 1988, JCP 1988.IV.348.

²⁵⁶ « La fixation du montant de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse résulte de l'appréciation qui en est faite par le juge » : Cass. soc. 24 janvier 1991, pourvoi n° 88-45.019. Dans le même sens : Cass. soc.15 juin 1993, n° 90-42.892, Bull. civ. V, n° 168.

²⁵⁷ Cass. soc. 18 février 2004, n° 02-40.222.

syndicale²⁵⁸. Les secondes sont les indemnités dont le montant est déterminé par le juge, mais en fonction d'un barème fixé par avance et d'une manière générale pour les salariés de telle ou telle catégorie, par un texte législatif ou réglementaire ou par une convention collective. Il en est ainsi pour l'indemnité de licenciement fixée par une convention collective²⁵⁹, le rappel d'indemnité de congés payés ou de préavis²⁶⁰ ou encore les rappels de salaires²⁶¹. Ces indemnités sont, elles, traitées comme des créances contractuelles ordinaires relevant de l'article 1231-6 du Code civil et portent intérêt dès le jour de la demande ou de la mise en demeure. Au Liban, la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 20 janvier 2011 a distingué pour les affaires de travail, entre le salaire et ses accessoires qui sont déterminés par les lois, les décrets et les contrats collectifs de travail et pour lesquelles les intérêts moratoires courent à compter de l'assignation ou de la mise en demeure parce que ces sommes peuvent être calculées selon des critères légaux fixes, et les indemnités demandées par le salarié qui, elles, demeurent objet de contestations sérieuses et ne sont liquidées que par la décision judiciaire. Pour ces dernières les intérêts moratoires ne courent qu'à partir de ladite décision²⁶².

119. La question de la créance du tiers-payeur. Le tiers-payeur qui a réparé une partie du préjudice de la victime, dispose d'un recours subrogatoire contre le tiers responsable afin de se faire rembourser ses débours par précompte sur l'indemnité que ce dernier devra payer à la victime²⁶³. Qu'il s'agisse de la Sécurité sociale, des

²⁵⁸ Cass. soc. 16 octobre 2013, n° 12-13.045.

²⁵⁹ Cass. soc. 15 avril 2015, n° 13-23.785.

²⁶⁰ Cass. soc. 25 février 2004, n° 02-13.268.

²⁶¹ Cass. soc. 6 juin 1990, n° 89-40.324, Bull. civ., V, n° 270.

²⁶² Cass. lib. 8^e ch. civ., 20 janvier 2011, décision n°5/2011, IDREL. Cette décision revient malheureusement au critère de distinction, abandonné par la jurisprudence française, entre jugement déclaratif et jugement constitutif et fonde sa solution sur le fait que pour les salaires et ses accessoires le jugement serait déclaratif alors que pour les indemnités demandées par le salarié le jugement est constitutif et le mélange ainsi, sans raison apparente d'ailleurs, avec le critère plus adéquat tiré de la liquidité de la créance.

²⁶³ L'article L.121-12 al. 1^{er} C. ass. accorde à l'assureur qui a exécuté son obligation en versant l'indemnité à la victime un recours subrogatoire contre le ou les responsables (pour l'assurance de

assureurs privés, de l'État, les tiers-payeurs ne réclament jamais que le montant des sommes qu'ils ont été amenés à payer à la victime. Leurs créances doivent-elles alors porter intérêt du jour de la demande ou de la mise en demeure en application de l'article 1231-6, ou du jour du jugement en application de l'article 1231-7 du Code civil ?

La Cour de cassation a changé plusieurs fois d'avis sur la question, statuant en outre différemment selon la qualité du tiers-payeur quoique le fondement du recours était toujours le même : la subrogation. *Pour le recours subrogatoire de l'assureur de choses*, la Cour de cassation a appliqué au départ l'(anc.) article 1153-1 du Code civil et fait partir les intérêts moratoires à compter du prononcé de la décision²⁶⁴. Elle a ensuite opéré un revirement sur ce point au motif que la somme à laquelle peut prétendre l'assureur est déjà fixée et doit correspondre au montant de la prestation qu'il a lui-même versée à la victime assurée. Dès lors, les intérêts moratoires doivent courir à compter de la sommation de payer adressée par l'assureur subrogé au responsable²⁶⁵ ou à son assureur de responsabilité²⁶⁶.

La même solution a été adoptée par la Cour de cassation pour *le recours subrogatoire exercé par l'assureur de responsabilité* contre l'assureur de responsabilité du co-responsable après avoir indemnisé intégralement la victime : les intérêts courent à partir de la sommation de payer²⁶⁷.

En ce qui concerne le recours de l'Etat, d'un organisme de Sécurité sociale ou des personnes morales de droit public assimilés ayant versé des prestations à la victime d'un préjudice corporel, la jurisprudence ne distinguait pas à l'origine suivant que

choses) et contre le ou les autres co-responsables (pour l'assurance de responsabilité) et ceci dans l'espoir de réduire le montant des primes. Traditionnellement écarté pour les assurances de personnes (art. L.131-2 al. 1^{er} C. ass.) ce recours est admis depuis la loi du 16 juillet 1992 « pour le remboursement des prestations à caractère indemnitaire prévues au contrat » (art. L. 131-2 al. 2 C. ass.). D'ailleurs l'article 29 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 donne une liste des tiers-payeurs admis à exercer un recours subrogatoire. L'assiette du recours de l'assureur est ici limitée aux indemnités journalières de maladie et à la prestation d'invalidité.

²⁶⁴ Cass. civ. 1^{re}, 7 octobre 1988, Bull. civ. I, n° 278 ; Cass. civ. 3^e, 17 juillet 1975, Bull. civ. III, n° 261 ; JCP 1975, IV, 194 ; 17 juin 1975, Bull. civ., III, n° 203 ; JCP 1975, IV, 259.

²⁶⁵ Cass. civ. 1^{re}, 2 février 1994, RGTA 1994.534, note R. Maurice ; 19 juillet 1988, Resp. civ. et assur. 1998, n° 35, note Groutel.

²⁶⁶ Cass. civ. 1^{re}, 26 mai 1996, Resp. civ. et ass. 1993, n° 316 ; 25 avril 1989, resp. civ. et ass. 1989, n° 219.

²⁶⁷ Cass. civ. 1^{re}, 7 avril 1999, Bull. civ., I, n° 123 ; Resp. civ. et ass. 1999, n° 172, rapport P. Sargos ; RTDCiv. 1999.849, n° 6. obs. Jourdain.

l'action contre le responsable du dommage était intentée par la victime ou par un tiers-payeur dans le cadre de son recours subrogatoire et décidait uniformément que les intérêts d'une créance de responsabilité ne pouvaient courir avant la décision judiciaire qui en reconnaît l'existence²⁶⁸. Par la suite, la Cour de cassation, en ses diverses formations, a fait entrer les sommes dues à ces tiers-payeurs dans le giron de l'(anc.) article 1153 du Code civil au motif que l'action qui leur est ouverte tendait au remboursement de sommes d'argent dont ils étaient tenus légalement de faire l'avance à la victime et non à l'obtention de dommages-intérêts. La décision judiciaire était donc considérée comme déclarative ne faisant que reconnaître l'existence de cette créance dans la limite du préjudice global de la victime. Dès lors, les sommes allouées portaient intérêts du jour de la demande conformément à l'(anc.) article 1153 du Code civil. La formule la plus souvent retenue était la suivante : « attendu que l'État poursuit le recouvrement des dépenses auxquelles il est légalement tenu et que sa créance, dont la décision judiciaire se borne à reconnaître l'existence, dans la limite du préjudice global de la victime, doit produire intérêts du jour de la sommation de payer ou, à défaut, de celui de la demande »²⁶⁹.

Par un arrêt du 26 juin 1996, la deuxième chambre civile, voulant tirer les conséquences d'un revirement de jurisprudence émanant de la chambre criminelle et auquel elle adhérait sur l'exigence d'un contrôle par le juge du fond du lien de causalité entre les prestations versées par le tiers-payeur et le dommage de la victime²⁷⁰, décida de nouveau de retarder au jour du jugement le point de départ du cours des intérêts produits par cette créance, rompant ainsi avec une jurisprudence constante de la Cour de Cassation : « Mais attendu que le montant de la créance de l'État était subordonné au lien de causalité à établir entre le service des prestations et le dommage subi par la

²⁶⁸ Cass. soc., 29 avril 1980, Bull. civ., V, n° 385 ; Cass. civ. 2^e, 28 mai 1979, Bull. civ., II, n° 158 ; Cass. crim., 8 décembre 1976, Bull. crim., n° 356 ; Gaz. Pal. 1977.1.227 ; Cass. soc. 11 juin 1964, Bull. civ., IV, n° 510.

²⁶⁹ Cass. soc., 6 mai 1982, n° 81-10.716 : Bull. civ. 1982, V, n° 289 ; Gaz. Pal. 198.1.26, note J. Landel, JCP 1982, IV, 247, 20 février 1980, Bull. civ., V, n° 164, Gaz. Pal. 1980.2, somm.310 ; Cass. civ. 1^{re}, 9 mai 1990, n° 88-18.542 ; Cass. civ. 2^e, 3 juillet 1991, n° 90-12.703 ; Cass. civ. 2^e, 16 novembre 1994, n° 92-19.229 ; Cass. crim., 8 février 1995, n° 94-80.513 ; Cass. soc., 16 novembre 1995, n° 93-17.284.

²⁷⁰ Cass. crim., 1^{er} juin 1994, RTDCiv. 1995.379, Bull. crim., n° 222 ; RTDCiv 1995.379, n° 3, obs. P. Jourdain ; Resp. civ. et assur. 1994, n° 1994, n° 373 et chr. n° 33 par H. Groutel ; 22 mai 1996, RTDCiv. 1997.149, n° 6, obs. P. Jourdain.

victime, c'est à bon droit, que la cour d'appel a retardé le point de départ du cours des intérêts produits par cette créance au jour du jugement »²⁷¹. Au motif que le juge doit contrôler l'existence d'un lien de causalité entre les prestations versées par le tiers payeur et le préjudice de la victime, la 2^e chambre civile a ainsi considéré que le jugement avait un caractère *constitutif* et que les intérêts moratoires devaient courir à partir du jour du prononcé du jugement, en application de l'(anc.) article 1153-1 du Code civil. De nombreux arrêts de la même formation réaffirmèrent par la suite cette solution qui écartait l'(anc.) article 1153 au profit de l'(anc.) article 1153-1²⁷². Les autres chambres n'ont toutefois pas suivi la deuxième et ont maintenu la jurisprudence ancienne²⁷³.

La doctrine s'est elle-même divisée à ce sujet. Si certains auteurs ont critiqué le revirement de la deuxième chambre civile pour ses ambiguïtés et les incertitudes qu'il engendrait, d'autres l'ont approuvée en s'appuyant sur le caractère subrogatoire du recours du tiers payeur auquel aucun texte ne confère de privilège sous forme d'un droit supplémentaire par rapport à son subrogeant et en soulignant que cette subrogation induisait le caractère indemnitaire des prestations²⁷⁴. Dans une tentative d'unification des solutions en la matière, l'Assemblée plénière est intervenue en 2005. En l'espèce, un professeur d'éducation physique, agent de l'Etat, avait été blessé dans l'exercice d'une activité sportive. La victime ayant assigné le responsable et son assureur aux fins d'obtenir réparation de son dommage, l'agent judiciaire du Trésor était intervenu à

²⁷¹ Cass. civ. 2^e, 26 juin 1996, n° 94-12.364, Bull. civ., II, n°188 ; RTDCiv. 1997.149, n° 6, obs. P. Jourdain ; Resp. civ. et assur. 1996, n° 311 et chr. n° 36 par H Groutel (1^{re} esp.) ; Gaz. Pal. 1977.1, pan.89.

²⁷² V. notamment, Cass. civ. 2^e, 19 mars 1997, Resp. civ. et assur. 1997.chron.14 par H. Groutel, arrêts n° 1 et 2 ; 29 avr. 1997, Bull. civ. II, n° 115 ; RTDCiv. 1997.679, n° 9, obs. P. Jourdain, D. 1998.321, note P. Ancel et C. Bérroujon ; Resp. civ. et assur. 1997.chron.18 par H. Groutel, arrêt n° 4 ; 1^{er} avr. 1998, Bull. civ. II, n° 117 ; Resp. civ. et assur. 1998.comm.232. Sur cette question et la jurisprudence antérieure, v. H. Groutel, « Recours des organismes sociaux et lien de causalité », Resp. civ. et assur. 1997, chr. n° 18, « Recours des organismes sociaux : évolutions et précisions », *ibid*, 1996, chron, n°36, « Le recours des tiers payeurs : évolutions récentes », *ibid* 1994, chr. n° 33.

²⁷³ Cass. crim., 11 décembre 1996, n° 96-81.535, Bull. crim. n° 463 ; Cass. civ. 1^{re}, 27 janvier 2004, n° 01-13.88, Resp. civ. et assur. 2004.comm.93, obs. H. Groutel.

²⁷⁴ H. Groutel, J.-Cl. Responsabilité et assurance, 1997, n° 14 ; J.-P. Dorly, Les évolutions récentes de la jurisprudence de la Cour de cassation sur les recours des tiers payeurs contre les responsables de dommages corporels : CJEG mai 1998, p. 181 ; Y. Lambert-Faivre, Le lien entre la subrogation et le caractère indemnitaire des prestations des tiers-payeurs : D. 1987, chron. p. 97.

l'instance pour obtenir le remboursement des sommes versées au cours de la période d'indisponibilité de l'agent. Une cour d'appel fixe le point de départ des intérêts sur la somme allouée à l'Etat à compter de sa demande, en se fondant sur l'article 1153 du Code civil, au motif que les sommes dont le remboursement est demandé par l'agent judiciaire du Trésor public correspondent au montant des salaires et des charges sociales versées à la victime pendant sa période d'arrêt de travail et non à une indemnité dont la fixation appartient au juge. Saisie par la 2^e chambre civile, l'Assemblée Plénière rejette le pourvoi formé contre cet arrêt : alors que l'Avocat Général (M. Jean Volff) préconisait l'application de l'article 1153-1 par substitution de motifs, la Haute juridiction préfère affirmer que la créance subrogatoire du tiers payeur « *n'est pas indemnitaire et se borne au paiement d'une certaine somme* »²⁷⁵. Elle a ainsi désavoué ainsi la formation de la 2^e chambre en affirmant solennellement que la créance de l'État relève de l'article 1153 et doit donc être productive d'intérêts à compter de la demande et consacré la position de la 1^{re} chambre civile qui, outre sa jurisprudence relative aux créances des organismes sociaux, avait récemment imposé la même solution au recours subrogatoire de l'assureur de choses²⁷⁶.

Cette négation formelle de la nature indemnitaire de la créance de l'État est surprenante sur deux plans. En premier lieu, il s'agit d'une inexactitude juridique car le fondement subrogatoire du recours de ce tiers-payeur impose de toute évidence le caractère indemnitaire de la créance. En effet, si la créance du tiers-payeur trouve sa source dans le contrat ou la loi et ne répare pas un préjudice subi par ce tiers-payeur, la dette du débiteur responsable du dommage, elle par contre, est toujours de nature indemnitaire et trouve sa source dans le dommage qui a été causé à la victime assurée. En second lieu, une éventuelle absence du caractère indemnitaire ne fait pas à elle seule obstacle à l'application de l'(anc.) article 1153-1, la jurisprudence appliquant

²⁷⁵ Cass. ass. plén., 4 mars 2005, n° 02-14.316 P, SA Axa Global Risks c/ Agent Judiciaire du Trésor: JurisData n° 2005-027414 ; JCP 2005, II, 10064, concl. Volff et note Gréau. Cette solution sera réaffirmée par la suite par la 3^e chambre civile (Cass. civ. 3^e, 24 janvier 2007, nos 06-13.028 et 06-14.253 : D. 2007, p. 1297, obs. Monge et Nési : « Viole ainsi l'article 1153 du Code civil, la cour d'appel qui fixe le point de départ des intérêts sur les sommes dues par le responsable d'un sinistre et son assureur à l'assureur subrogé dans les droits de la victime à la date du paiement subrogatoire et non à la date de la mise en demeure »).

²⁷⁶ Cass. civ. 1^{re}, 7 mai 2002, n° 99-13.458 : Juris-Data n° 2002-014166 ; Bull. civ. 2002, I, n° 117; JCP G 2002, II, 10182, note F. Khodri-Benamrouche.

couramment ce texte à des créances non indemnitaires dès lors que c'est le juge les liquide²⁷⁷. l'Assemblée plénière, par son arrêt de 2005, a ainsi favorisé une confusion entre créance indemnitaire et indemnité liquidée par le juge. Or une prestation peut parfaitement être indemnitaire et prédéterminée, comme c'est le cas pour la clause pénale et comme l'avait affirmé un autre arrêt à propos des prestations des assureurs de personnes en énonçant que « le mode de calcul des prestations versées à la victime en fonction d'éléments prédéterminés n'est pas à lui seul de nature à empêcher ces prestations de revêtir un caractère indemnitaire »²⁷⁸.

Il est possible que l'Assemblée Plénière, derrière une formulation douteuse, visait un but pratique : si la somme demandée par les tiers-payeurs leur était allouée avec des intérêts courant seulement à compter de la décision, par application de l'(anc.) article 1153-1 du Code civil, cela signifierait clairement qu'ils auraient supporté le coût de la durée du procès, ce coût ne pouvant être intégré autrement dans l'évaluation des dommages-intérêts. En revanche, leur allouer des intérêts à compter du jour de la sommation de payer ou, à défaut, de celui de la demande, reviendrait à faire supporter le coût de la durée du procès au responsable du dommage. Il est vrai que cet objectif aurait pu être atteint par l'application de l'(anc.) article 1153-1 du Code civil avec exercice par le juge de son pouvoir discrétionnaire d'avancer la date de départ des intérêts moratoires comme préconisait d'ailleurs l'Avocat Général (M. Jean Volff) de le faire par substitution de motifs et si la Cour de cassation a insisté pour appliquer l'(anc.) article 1153 c'est peut-être parce qu'elle voulait affirmer clairement que la créance du tiers-payeur était bien dans tous les cas une créance monétaire soumise aux dispositions de cet article.

En réalité, ce n'est pas une absence aussi questionnable qu'inutile du caractère indemnitaire de la créance qui fonde la logique de la solution adoptée par l'Assemblée Plénière mais le fait que la créance de l'Etat tiers-payeur (salaires et prestations sociales versées à la victime pendant la période d'arrêt de travail) contient tous les éléments nécessaires à son évaluation et est donc *objectivement liquide* avant même toute intervention du juge. Il est vrai que le juge s'est vu attribuer par la Cour de cassation,

²⁷⁷ V. à ce propos *supra* n° 118.

²⁷⁸ Cass. ass. plén., 19 décembre 2003, RTDCiv. 2004.303.

à partir de 1994²⁷⁹, un pouvoir de contrôle du lien de causalité entre la prestation et le dommage, mais ce pouvoir ne suffit pas pour justifier l'application de l'(anc.) article 1153-1 parce qu'en contrôlant le lien de causalité, le juge ne fait que s'assurer des conditions de la subrogation légale fondant le recours des tiers payeurs, à savoir la contribution, par leur paiement, à l'indemnisation du préjudice de la victime. Il ne liquide pas la créance sociale qui est déjà objectivement liquide avant son intervention. Son office ne diffère guère à cet égard du cas où il statue sur le seul principe de la réparation sans en fixer le montant comme quand il met en œuvre une clause pénale fixée par les parties.

Qui que soit donc le tiers-payeur qui exerce un recours subrogatoire, assureur de choses, assureur de responsabilité, l'Etat, un organisme de Sécurité sociale ou des personnes morales de droit public assimilés ayant versé des prestations à la victime d'un préjudice corporel, la solution actuellement adoptée en jurisprudence est la suivante : la somme que l'auteur du dommage, ou son assureur, est condamné à payer à ce tiers-payeur produit des intérêts à compter de la sommation de payer en application de l'article 1231-6 du Code civil, et même avant le prononcé de la décision qui constate la responsabilité de l'auteur du dommage²⁸⁰.

Il est vrai que cette solution aboutit en pratique à une différence de traitement pour le responsable du dommage entre l'hypothèse où l'action contre lui est intentée par la

²⁷⁹ Cass. crim., 1^{er} juin 1994, préc.; Cass. civ. 2^e, 26 juin 1996, préc.

²⁸⁰ Un arrêt inédit de la 3^e chambre civile de la Cour de cassation, rendu le 20 octobre 2010 (pourvoi n° 09-15.327) dans le cadre du recours subrogatoire de l'assureur dommages-ouvrage contre les tiers responsables et leurs assureurs, semble toutefois aller dans le sens de l'application de l'(anc.) article 1153-1 du Code civil pour arriver au même résultat qui est le cours des intérêts sur ces créances à compter de la date de première demande. Dans cet arrêt, la Cour de cassation approuve la Cour d'appel de Lyon (décision du 19 mai 2009) d'avoir appliqué l'(anc.) article 1153-1 au détriment de l'(anc.) article 1153 du Code civil et décide que « la Cour d'appel, qui n'a pas fait application de l'article 1153 du code civil, n'a fait qu'user de la faculté remise à sa discrétion par l'article 1153-1 du code civil, en fixant le point de départ des intérêts assortissant la condamnation prononcée à la date de la première demande ». Elle rejette ainsi le pourvoi qui soutenait que « les intérêts de l'indemnité à laquelle est condamné l'assureur de garantie décennale d'un constructeur couraient à compter de la décision prononçant une condamnation au profit de la victime ou de l'assureur subrogé dans les droits de cette dernière, qu'en l'espèce, ce n'est que par jugement en date du 13 juin 1997 que le Tribunal de Grande instance de Nice a retenu le principe de la responsabilité de la société (...) et avait condamné la compagnie d'assurance (...) à verser une indemnité à la société (...), subrogée dans les droits de son assurée qu'elle avait indemnisée en exécution d'une décision de justice du 26 janvier 1993 ; qu'en fixant le point de départ des intérêts dus par la compagnie d'assurance (...) sur la somme à laquelle elle a été condamnée au 28 mai 1991, date de la première demande, la Cour d'appel a violé les articles 1153 et 1153-1 du Code civil ».

victime elle-même (cours des intérêts à compter seulement de la décision judiciaire en application de l'article 1231-7 du Code civil) et l'hypothèse où cette action est intentée par un tiers-payeur qui aurait préalablement payé des sommes à la victime (cours des intérêts à compter de la mise en demeure en application de l'article 1231-6 du Code civil). Alors que le responsable du dommage supporte le coût de la durée du procès lorsqu'il est poursuivi par le tiers-payeur, ce coût demeure, sauf décision contraire du juge qu'il prendrait en application de la prérogative que lui reconnaît l'article 1231-7 du Code civil, à la charge de la victime du dommage lorsque c'est elle qui poursuit directement celui qui lui a causé ce dommage et l'on ne comprend pas le pourquoi de cette discrimination qui laisse déjà présager un malaise dans l'appréhension des intérêts moratoires sur les créances liquidées par le juge²⁸¹.

120. En conclusion, on peut dire que lorsque le rôle du juge se limite à fournir un titre exécutoire pour le paiement d'une créance liquide *ab initio*, c'est-à-dire déjà déterminée dans son existence et son montant c'est l'article 1231-6 du Code civil qui s'applique, et cela même en présence d'une dette de nature indemnitaire²⁸². Mais si, en plus de constater l'existence de la créance, le juge doit en fixer le montant, c'est l'article 1231-7 qui doit être appliqué²⁸³, nonobstant le caractère indemnitaire ou non de la créance²⁸⁴. L'échéance de la créance monétaire doit dès lors être articulée avec sa liquidité ainsi définie. Lorsque la créance monétaire est objectivement liquide pour le créancier avant toute intervention de la part du juge elle devient exigible dès son échéance ce qui met automatiquement le débiteur dans un état de retard matériel. En revanche, lorsque la créance monétaire n'est pas liquide *ab initio* ce n'est que quand elle est liquidée par la décision judiciaire qui la constate et en détermine le montant qu'elle devient véritablement exigible et que le débiteur peut être considéré comme défaillant. Avant cette date, toute recherche d'une éventuelle imputabilité d'un retard

²⁸¹ Pour des développements à ce sujet, v. la deuxième partie, *infra* n° 401 et s.

²⁸² Cass. civ. 1^{re}, 29 novembre 2005, n° 03-16.530, Bull. civ. I, n° 449.

²⁸³ Cass. com. 24 septembre 2002, n° 00-16.245, Bull. civ. IV, n° 130.

²⁸⁴ Cette distinction correspond peu ou prou à une distinction autrefois dégagée par Demogue entre les obligations de somme d'argent et les obligations réductibles à de l'argent : R. Demogue, *préc.*, n° 370. *Adde* : Bouloc, note sous Cass. civ. 2^e, 18 novembre 1970, D. 1971. 567.

matériel à ce dernier devrait être écartée parce que contraire à la logique de la responsabilité civile, et si pour une raison ou une autre il devait être condamné à payer des intérêts moratoires pour la période précédant la liquidation de la créance par le prononcé du jugement, le fondement de ces intérêts devrait probablement être recherché en dehors de la logique de la responsabilité civile²⁸⁵ ce qui laisse déjà pressentir les limites de cette institution dans la prise en compte de certains des aspects des intérêts moratoires.

Si la caractérisation du retard matériel du débiteur qui ne paie pas sa créance monétaire devenue exigible est la première étape à accomplir dans la recherche de sa responsabilité il s'agit d'une étape essentielle mais insuffisante. Encore faut-il que ce retard matériel soit appréhendé par le Droit pour sortir ses effets. C'est à ce stade qu'intervient un catalyseur qui transforme le retard *matériel* en un retard *juridique* : il s'agit de la demeure du débiteur qui rend le retard imputable à ce dernier.

²⁸⁵ Cette question sera examinée en détails dans la deuxième partie relative aux intérêts moratoires en dehors de la responsabilité civile, v. *infra* n° 409 et s.

Chapitre 2- L'imputabilité du retard matériel.

121. Le retard matériel dans le paiement de la créance exigible ne peut être imputé au débiteur, et ne peut donc sortir ses effets juridiques notamment quant au déclenchement du cours des intérêts, que si ce dernier est *en demeure* de payer. Cette demeure, qui constitue ainsi une sorte de catalyseur transformant le retard matériel en un retard juridique imputable au débiteur peut, dans certains cas, être acquise dès l'échéance de la créance. Dans d'autres cas elle doit être provoquée. Centrée *a priori* autour du comportement du débiteur (Section 1) elle peut aussi être affectée par l'attitude du créancier qui, dans certains cas, se retrouve lui-même en demeure (Section 2). Les effets de cette demeure peuvent parfois se voir reculés dans le temps, ce qui entraîne un report du déclenchement du cours des intérêts (Section 3).

Section 1- Un débiteur en demeure.

122. Le défaut de ponctualité et le Droit. Le Droit conçoit les répercussions juridiques du défaut de ponctualité du débiteur d'après l'attitude affichée par le créancier face à ce retard. Comme le dit un auteur, « l'absence de récrimination en présence d'une exécution qui se fait attendre a tôt fait de transformer ce mutisme en un silence proprement contractuel. L'exigibilité de la dette, le droit à des dommages moratoires et la persistance du rapport contractuel sont autant d'enjeux qui passent par l'élucidation de la juridicité du silence observé tantôt par le créancier, tantôt par le débiteur »¹. Le créancier doit-il prendre une action positive pour élucider le silence de son débiteur en défaut de respect de l'échéance contractuelle ? Est-il admis à faire valoir un préjudice, et par suite demander des dommages-intérêts moratoires, quand il s'est gardé de toute protestation à l'occasion du retard de son débiteur ? En d'autres

¹ P. Rainville, Lenteur et demeure: le défaut de ponctualité en droit civil québécois et français, Revue juridique Thémis, 2012-2013, p. 586.

termes, est-il tenu de se manifester pour solenniser l'inexécution du débiteur et transformer le retard matériel de son débiteur en un retard juridique susceptible d'engager la responsabilité de ce dernier ?

Les solutions juridiques traditionnellement admises montrent que, face à l'inertie du débiteur dont l'obligation est devenue exigible, le créancier ne doit pas rester les bras croisés. « [...] Le retard est donc presque totalement dépourvu de conséquences négatives pour le débiteur, et l'on dirait volontiers que son inertie est valorisée dès lors qu'elle se combine à celle du créancier »² et, tant qu'elle dure, « la patience évite la mutation juridique de la défaillance matérielle en une inexécution contractuelle [...] »³. La loi, aussi bien française que libanaise, confirme cette position. En effet, l'article 1231 du Code civil dispose qu'« à moins que l'inexécution soit définitive, les dommages et intérêts ne sont dus que si le débiteur a préalablement *été mis en demeure de s'exécuter* dans un délai raisonnable » et l'article 1231-6 de ce code dispose que « les dommages et intérêts dus à raison du retard dans le paiement d'une obligation de somme d'argent consistent dans l'intérêt au taux légal, *à compter de la mise en demeure* ». Ces deux articles reprennent, quoique dans des termes un peu différents, les dispositions des anciens articles 1146 et 1153 alinéa 3 du Code civil. Le premier disposait que « les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur *est en demeure* de remplir son obligation (..) et le second qu'« ils (les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution de l'obligation) ne sont dus *que du jour de la sommation de payer* (..) »⁴. En droit libanais, l'article 257 du COC vise « la demeure du débiteur, en dehors de laquelle il ne saurait être passible de dommages-intérêts ». A la lecture de ces textes on se rend tout de suite compte qu'il ne suffit pas que le débiteur soit dans un état de retard matériel dans l'exécution d'une obligation liquide et exigible

² R. Libchaber, Demeure et mise en demeure en droit français, Rapport français, dans Marcel Fontaine et Geneviève Viney (dir.), Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Paris & Bruxelles, L.G.D.J./Bruylant, 2001, p. 113, à la p. 118.

³ L. Gaudin, La patience du créancier : contribution à l'étude de l'effectivité du paiement contractuel, t. 39, coll. « Doctorat & Notariat », Paris, Defrénois, 2009, note 1, p. 207.

⁴ L'article 1252 du projet de réforme de la responsabilité civile présenté par le ministère de la justice le 13 mars 2017 ainsi que l'article 1386-15 de la proposition de loi n° 678 présentée par le Sénat le 29 juillet 2020 et portant réforme de la responsabilité civile réaffirment en des termes clairs, l'un comme l'autre, que « la réparation du préjudice résultant du retard dans l'exécution suppose la mise en demeure préalable du débiteur ».

pour devoir des dommages-intérêts moratoires. Encore faut-il qu'il soit dans un état de demeure, que son retard matériel soit en quelque sorte constaté et pris en compte par le Droit pour qu'il puisse sortir ses effets juridiques : « la sommation n'a pas d'autres buts ni d'autres effets [que] de circonstancier le silence, et d'en faire une attitude juridique [...] »⁵.

Il importe donc de définir cet état de demeure dans lequel doit se trouver le débiteur d'une obligation monétaire et qui justifierait sa condamnation à des dommages-intérêts. Si dans un sens littéraire, la demeure est le « fait de demeurer, de tarder à faire quelque chose »⁶, dans un sens juridique la définition doit être affinée. La demeure consiste ainsi en un état d'inexécution particulière : elle est non seulement *un état d'inexécution temporaire* mais aussi *un état d'expectative*.

123. La demeure, un état d'inexécution provisoire. L'article 1231 du Code civil qui constitue la base de toute la théorie de la mise en demeure est le premier de la sous-section 5 intitulée « la réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat ». Par « inexécution du contrat » l'article 1231-1 vise deux cas de figure différents : « l'inexécution de l'obligation » et « le retard dans l'exécution »⁷. Il y a « inexécution de l'obligation » lorsque celle-ci reste inexécutée et ce qui est demandé alors c'est une réparation couvrant la prestation promise et les dommages découlant de son inexécution. En revanche, « le retard dans l'exécution » de l'obligation est une inexécution qui s'inscrit dans le temps. Tant qu'elle n'a pas été exécutée l'obligation reste dans un état d'inexécution certes pas encore définitif, mais réel pour le moment. Ce qui est demandé alors c'est une réparation du dommage causé par le retard.

Or, il n'est pas toujours facile de déterminer s'il s'agit d'une « inexécution de l'obligation » ou d'un simple « retard dans l'exécution » qui fait que l'état d'inexécution reste provisoire . En effet, pour *les obligations continues ou à prestations*

⁵ B. Célice, Les réserves et le non vouloir dans les actes juridiques, Paris, L.G.D.J., 1968, p. 36 ; dans le même sens, M.-J. Littmann, Le silence et la formation du contrat, thèse de doctorat, Strasbourg, Université de Strasbourg, 1969, p. 36.

⁶ Dictionnaire le Grand Robert de la langue française.

⁷ L'article 252 du COC libanais distingue lui aussi entre deux sortes d'inexécutions : l'inexécution définitive, total ou partielle, et le retard dans l'exécution alors que l'exécution en nature peut encore être opérée.

successives telles l'obligation d'entretien dans le contrat de bail et l'obligation de fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité, et en cas de non-entretien de la chose louée ou d'interruption de fourniture, il est légitime de se demander s'il s'agit-il d'une inexécution de l'obligation ou d'un simple retard dans l'exécution. Du fait de leur échelonnement dans le temps, tout retard dans l'exécution de ces obligations se résout en une inexécution, certes partielle, mais définitive de l'obligation⁸. Pour la même raison, il existe une difficulté de distinguer entre inexécution de l'obligation et retard dans l'exécution en matière de *contrat de transport*. Il y aurait inexécution définitive chaque fois que le transporteur laisse passer le temps pendant lequel il pouvait utilement exécuter. *Pour l'obligation de faire*, le préjudice lié au retard se confond avec le préjudice consécutif à l'inexécution, sauf pour l'obligation de délivrance, ou encore l'obligation de restitution de la chose déposée, pour lesquelles le préjudice lié au retard est distinct du préjudice consécutif à l'inexécution et généralement équivalent à la perte des fruits.

En matière extracontractuelle, la Cour de cassation a depuis longtemps décidé que les dommages et intérêts dus au titre d'un délit ou quasi-délit ne sont pas tributaires d'une mise en demeure⁹. Le mal étant déjà fait, il ne sert à rien de mettre en demeure son auteur de ne pas le commettre¹⁰. En effet, le retard ne se présente pas de la même façon en matière contractuelle et extracontractuelle. En matière contractuelle, le retard peut intervenir à deux stades différents : celui de l'exécution du contrat, ce qui justifie alors le jeu de la responsabilité contractuelle, et celui ultérieur de l'exécution de l'obligation de réparation du préjudice subi. En matière délictuelle ou quasi délictuelle, la prise en compte d'un retard éventuel est inconcevable au stade où naît le droit à réparation parce que ce droit trouve son origine dans la violation de la loi que constitue le délit ou quasi-délit, dans le manquement à une obligation de ne pas faire, celle de ne

⁸ D'où il serait plus logique de considérer dans ce cas que les dommages-intérêts octroyés ont une nature compensatoire.

⁹ Cass. req. 14 janvier 1856, DP 1856. 1. 82 ; Cass. civ. 3^e, 25 oct. 1968, JCP 1969. 16062, note Prieur ; Cass. civ. 22 mai 1969, D. 1970. 453, note Ph. Jestaz ; Cass. civ. 3^e, 20 novembre 1984, D. 1985. IR 399 ; JCP 1985. IV. 43.

¹⁰ Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français, Obligations*, t. VII, 1954, par P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, LGDJ, 2^e éd., 1954, nos 773 et 828 ; P. Collomb, *Demeure et mise en demeure en droit privé*, th. Nice 1974, nos 104 s. ; Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action 2014/2015, n° 819.

pas nuire à autrui. Le retard n'a manifestement pas sa place au stade de la naissance de l'obligation de réparation mais en revanche, et comme en matière contractuelle, on peut le retrouver au stade de son exécution autrement dit quand il y a une exécution tardive par le débiteur de son obligation de réparer. Le retard a donc vocation à être constaté, et corrélativement la mise en demeure a vocation à s'appliquer, beaucoup plus largement en matière contractuelle qu'extracontractuelle¹¹ où l'exigence d'une mise en demeure reste occasionnelle. Il en est ainsi dans l'hypothèse où la condamnation est assortie d'une obligation de faire exécutée tardivement comme lorsqu'un jugement prescrit à un assureur l'emploi en rentes sur l'Etat d'une indemnité accordée à un mineur. Le retard apporté à cet emploi n'engage la responsabilité de l'assureur que s'il a été mis en demeure¹². C'est aussi le cas lorsque le débiteur est poursuivi par au moyen d'une action de groupe dans les conditions posées par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, dite de modernisation de la justice du XXI^e siècle (JO 19 nov., art. 62). Dans ce cas-là la mise en demeure du défendeur à l'action en est une condition de sa recevabilité¹³. En effet, selon l'article 64 de cette loi, et « préalablement à l'introduction de l'action de groupe, la personne ayant qualité pour agir met en demeure celle à l'encontre de laquelle elle envisage d'agir par la voie de l'action de groupe de cesser ou de faire cesser le manquement ou de réparer les préjudices subis. À peine d'irrecevabilité que le juge peut soulever d'office, afin que la personne mise en demeure puisse prendre les mesures pour cesser ou faire cesser le manquement ou réparer les préjudices subis, l'action de groupe ne peut être introduite qu'à l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de la réception de cette mise en demeure».

124. La demeure du débiteur, un état d'expectative pour le créancier. La demeure n'est pas seulement un état d'inexécution provisoire de la part du débiteur, elle est aussi un état d'expectative pour le créancier. En effet, pour parler de demeure du débiteur et en tirer les conséquences juridiques quant à sa responsabilité, il faut que

¹¹ Voir sur cette question, A. Cathelineau, Le retard en droit civil (1^{re} partie), Petites affiches, 28 août 1998 n° 103.

¹² Cass. civ., 31 juillet 1946, J.C.P. 1947. II. 3809, note P. Esmein ; D. 1947, 57, notes P.L.P.

¹³ E. Jeuland, Retour sur la qualification de l'action de groupe à la lumière de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, JCP 2017. doctr. 354, n°1.

l'exécution de l'obligation soit matériellement possible et qu'elle présente encore un intérêt pour le créancier. En effet, si l'inexécution est devenue définitive c'est-à-dire si l'exécution n'est définitivement plus possible ou ne présente plus aucun intérêt pour le créancier, ce dernier n'est plus dans un état d'expectative d'une possible exécution et il devient juridiquement inutile de parler de demeure du débiteur ce qui explique que l'article 1231 du Code civil l'écarte dans ce cas¹⁴.

Dans certains cas, l'état d'expectative du créancier n'est justifié que s'il informe le débiteur de sa volonté d'obtenir l'exécution. En effet, il arrive que l'exécution de l'obligation ne soit pas inscrite dans un délai déterminé et qu'aucun terme précis n'ait été prévu. Dans ces cas, l'inexécution n'est pas nécessairement imputable au débiteur mais peut révéler un manque d'information imputable au créancier. Ainsi en est-il dans la relation entre bailleur et preneur. Les dommages qui affectent l'immeuble loué, ou encore les meubles qui s'y trouvent, sont tantôt le fait du bailleur, tantôt le fait du preneur. L'un et l'autre ne sont cependant pas dans la même situation en vue de prévenir la réalisation du dommage. Le bailleur qui a l'obligation, pendant toute la durée du bail, de procéder aux réparations nécessaires, n'est pas en mesure de déterminer le moment où il devra exécuter cette obligation dès lors qu'il n'a pas la jouissance de la chose. C'est donc l'alerte, ou la demande, lancée par son locataire qui déterminera la date où il devra intervenir. Dès lors, on ne saurait lui reprocher une inexécution fautive si des dégâts surviennent avant qu'il ait été informé de la nécessité de procéder à des réparations sur le local loué. Ces considérations expliquent que d'anciens arrêts, en l'absence de mise en demeure, ont refusé toute indemnisation du preneur par le bailleur, pour des dégâts consécutifs à un défaut de réparation alors même que ce qui était demandé dans ce cas était des dommages-intérêts compensatoires¹⁵. Cependant il n'est pas nécessaire dans ces cas que l'information du bailleur soit faite par l'acte formaliste

¹⁴ L'ancien article 1146 du Code civil ne visait pas d'une manière générale l'inexécution définitive mais écartait dans une approche plus ponctuelle la nécessité d'une mise en demeure à chaque fois que « la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer ». Pour des développements sur la question de l'inexécution devenue définitive v. *infra* n° 176 et s.

¹⁵ Cass. civ., 11 janvier 1892 : DP 1892, 1, p. 297, note Planiol ; 13 avril 1923 : S. 1926, 1, p. 17, note Hubert ; Cass. civ. 3^e, 5 mars 1985 : D. 1985, inf. rap. p. 268. Dans le même sens : Cass. soc. 17 décembre 1943, JCP 1943, II, 3373 ; RTDCiv. 1944, 116, obs. Mazeaud (le garçon de brasserie qui avait assigné son patron en paiement de tous les repas quotidiens non fournis).

qu'est la mise en demeure. « Le formalisme, s'il procure certaines garanties, ne constitue pas une absolue nécessité lorsqu'il est simplement question de transmettre une information »¹⁶. La transmission de l'information au débiteur devient ainsi un élément permettant de déterminer la date d'exigibilité de son obligation et permet de caractériser l'inexécution fautive lorsqu'aucune indication, au moment de la conclusion du contrat, n'a été donnée sur cette date.

125. Demeure du débiteur, intérêts moratoires et intérêts compensatoires. La jurisprudence a pu considérer pendant un certain temps que la mise en demeure préalable du débiteur ne constitue une condition que pour l'octroi d'intérêts moratoires et qu'elle n'est pas une condition nécessaire pour l'octroi d'intérêts compensatoires. Il a ainsi été décidé que l'absence de mise en demeure n'empêche pas l'exercice du droit à réparation, dès lors que la violation de l'obligation, étant acquise, a causé un préjudice au contractant¹⁷. La seule exception concevable concernerait l'hypothèse où l'exécution de l'obligation par le débiteur requiert le concours du créancier : le créancier est alors lui-même en demeure tant qu'il néglige d'apporter son concours à l'exécution. Dès lors les dommages intérêts compensatoires ne sont dus par le débiteur que lorsque le créancier a fait cesser sa propre demeure en interpellant le débiteur. La Cour de cassation a ainsi cassé un arrêt qui avait accordé des dommages-intérêts compensatoires à un créancier « sans constater que celui-ci avait mis le débiteur en demeure d'exécuter ses obligations, alors que l'exécution requérait, notamment pour la fixation de ses lieux et de ses dates, le concours du créancier »¹⁸.

¹⁶ X. Lagarde, Remarques sur l'actualité de la mise en demeure, JCP 1996. I. 3174, n° 1.

¹⁷ Cass., ch. mixte, 6 juillet 2007, 06-13.823, Sté Château moulin de Soubeyran c/ Sté Deli K star : Bull. civ. 2007, ch. mixte, n° 9 ; JurisData n° 2007-040089 ; D. 2007, p. 2642, note G. Viney et p. 2966, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; JCP G 2007, II, 10175, note M. Mekki ; JCP G 2008, I, 125, n° 12, obs. P. Stoffel-Munck ; RTDCiv. 2007, p. 787, obs. P. Jourdain ; Rev. Lamy dr. civ. 2007, 2716, chron. E. Garaud ; Resp. civ. et assur. 2007, comm. 300, note N. Dupuy-Loup ; Contrats, conc. consom. 2007, comm. 295, note L. Leveneur ; Gaz. Pal, 15 sept. 2007, note M.-L. Lanthiez ; LPA 27 sept. 2007, n° 194, note S. Prigent ; LPA 1^{er} nov. 2007, n° 219, note J.-D. Pellier ; LPA 8 janv. 2008, p. 9, obs. C. Caron ; LPA 25 janv. 2008, n° 19, note M. Latina ; Defrénois 2007, p. 1442, obs. E. Savaux ; RDC 2007, p. 1115, note D. Mazeaud ; Dr. et patrimoine févr. 2008, p. 40, obs. Farray.

¹⁸ Cass. com., 28 mai 1996, n° 94-17.076 : JurisData n° 1996-002083 ; Bull. civ. 1996, IV, n° 145 ; JCP E 1996, 899 ; D. affaires 1996, p. 895 ; RJDA 1996, n° 1297 ; RTDCiv. 1996, p. 920, obs. P. Jourdain ; Cass. com., 16 juin 2004, n° 02-20.480.

Après les modifications apportées au Code civil par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 la rédaction du nouvel article 1231 ne laisse plus aucune possibilité à des interprétations sur le sujet. En effet, cet article ne distingue pas entre dommages-intérêts moratoires et dommages-intérêts compensatoires et, sous réserve du seul cas où l'inexécution est devenue définitive, exige pour que des dommages-intérêts soient dus que le débiteur ait préalablement été mis en demeure de s'exécuter dans un délai raisonnable. En droit libanais, le Code des Obligations dispose clairement dans son article 257 que la mise en demeure est requise « sans qu'il y ait lieu de distinguer d'après la nature ou l'origine de l'obligation *ni d'après celles des dommages-intérêts* ».

La notion de demeure est donc inhérente aux dommages-intérêts quelle que soit leur nature, qu'ils soient qualifiés de compensatoires ou de moratoires¹⁹. La différence entre les deux cas réside dans le rôle que joue la demeure. Si elle sert seulement à justifier l'octroi de dommages-intérêts compensatoires qui restent, dans leur *valeur*, liés à l'obligation inexécutée et au dommage qui a résulté de son inexécution, elle justifie l'octroi de dommages-intérêts moratoires mais rentre aussi intrinsèquement dans leur *évaluation*. En effet, c'est précisément le préjudice du retard que ces intérêts visent à réparer et ce préjudice n'existe que du jour où le créancier apporte la preuve qu'il refuse d'octroyer à son débiteur un délai supplémentaire d'exécution, autrement dit du jour où il le met en demeure, et il persiste tant que l'obligation n'est pas exécutée²⁰.

126. Absence d'une théorie générale de la demeure. Cela étant dit comment l'état de demeure du débiteur défini comme l'état d'inexécution temporaire accompagné d'un état d'expectative pour le créancier peut-il être caractérisé ? Quand est-ce que le débiteur qui n'exécute pas une obligation exigible peut-il être considéré comme étant, non seulement dans un état de retard matériel, mais aussi *en demeure* de remplir son

¹⁹ Il faut dire qu'en réalité la distinction entre dommages-intérêts compensatoires et dommages-intérêts moratoires n'est pas une opposition entre deux genres différents mais consiste en un rapport entre espèce et genre : « les dommages-intérêts compensatoires tendent à réparer le préjudice causé par toute violation ou inexécution d'une obligation (quelle qu'elle soit), quand les dommages-intérêts moratoires tendent à réparer le préjudice né d'une forme d'inexécution particulière, le retard. Les premiers constituent donc le genre auxquels les seconds appartiennent et qu'ils déclinent en tant qu'espèce (J. Traullé, Dommages-intérêts compensatoires et dommages-intérêts moratoires, *in* N. Cayrol, dir., La notion de dommages-intérêts : Dalloz, 2016, p. 276).

²⁰ Dans ce sens, J-M. Pierrard, La mise en demeure et les dommages et intérêts compensatoires, JCP 1945. I. 466.

obligation ? La mise en demeure du débiteur s'opère-t-elle automatiquement quand la créance devient exigible ou nécessite-elle une intervention active de la part du créancier ? Toutes ces interrogations nécessitent des réponses claires qui permettraient une meilleure compréhension de la notion de demeure qui, seule, témoigne de la transformation du simple retard matériel du débiteur en un retard juridique auquel le Droit attribue des conséquences en matière de responsabilité civile notamment quant à la génération d'intérêts moratoires quand l'obligation en question est une obligation monétaire.

Les rédacteurs du Code civil français n'ont pas consacré de théorie générale à la mise en demeure et ce code ne contenait, avant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, aucun texte formulant, de manière générale, l'exigence d'une mise en demeure pour l'octroi de dommages-intérêts²¹. Seuls quelques textes épars, notamment l'(anc.) article 1139 relatif aux obligations de donner, l'(anc.) article 1146 concernant les dommages-intérêts résultant de l'inexécution d'une obligation, et l'(anc.) article 1302 concernant la perte de la chose due en faisaient mention. D'autres textes faisaient, ou font encore, référence à *la sommation de payer* tels que l'(anc.) article 1153 concernant les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, et l'article 1904 qui prévoit expressément que si l'emprunteur ne rend pas les choses prêtées ou leur valeur au terme convenu, il en doit l'intérêt du jour de la *sommation* ou de la demande en justice.

Le nouvel article 1231 du Code civil, issu de l'article 2 de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, est venu établir en principe l'exigence d'une mise en demeure préalable du débiteur de s'exécuter dans un délai raisonnable comme condition de l'octroi de dommages-intérêts pour l'inexécution d'une obligation, : « à moins que l'inexécution soit définitive, les dommages et intérêts ne sont dus que si le débiteur a préalablement été mis en demeure de s'exécuter dans un délai raisonnable ». Le débiteur n'est donc en principe pas considéré dans un état de demeure du seul fait du

²¹ Sur ce point v. F. David, De la mise en demeure, Rev. crit. de législation et de jurisprudence, 1939, p. 203 ; P. Collomb, thèse préc. ; N.-H. Mograbi, La mise en demeure, thèse de doctorat, Paris, Université Paris II, 1976 ; D. Allix, Réflexions sur la mise en demeure, J.C.P. 1977, éd. G, I, 2844 ; Th. Bonneau, Rép. proc. civ. Dalloz, v. Mise en demeure. Le droit libanais, quant à lui, contient une disposition explicite qui conditionne les dommages-intérêts à une mise en demeure du débiteur (article 257 du COC, préc.).

non-paiement d'une créance exigible. Il doit être *mis* dans un état de demeure par une intervention active de la part du créancier (§1). Par exception à ce principe, il n'y a plus besoin de mettre le débiteur récalcitrant en demeure lorsque sa demeure est acquise avant toute intervention de la part de son créancier, ou encore lorsque l'état d'expectative qui définit la demeure n'existe plus de sorte que l'idée même de demeure devient inconcevable : il en est ainsi lorsque l'inexécution est devenue définitive (§2).

§1- Le principe : le débiteur n'est pas en demeure du seul fait du non-paiement d'une créance exigible.

127. Demeure et terme de la créance dans les droits français et libanais.

Logiquement, la demeure du débiteur, ou *mora debitoris*, devrait s'apprécier au regard du terme de l'obligation quand celle-ci est associée d'un terme. Le seul dépassement de ce terme sans exécution de la part du débiteur devrait être suffisant pour constater son retard. Le Code civil français²² a néanmoins retenu une solution différente tirée de l'adage « *Dies non interpellat pro homine* »²³ et a considéré que la seule échéance du terme ne suffit pas pour que le débiteur soit considéré en demeure. ce dernier doit être *mis* en demeure et c'est le créancier qui, par une intervention active, le met dans cet état, non l'arrivée du terme. En effet, pour déclencher le cours des dommages-intérêts moratoires, il ne suffit pas que la créance ait réuni tous les attributs nécessaires pour être considérée comme exigible, encore faut-il que le créancier adresse au débiteur un acte lui dénonçant son désir d'obtenir l'exécution de son obligation. C'est comme si, selon les termes d'un auteur, la mise en demeure produisait, *de facto*, l'effet d'un terme, après le terme, dans la mesure où, avant l'interpellation, le débiteur ne peut pas être contraint à l'exécution : « la mise en demeure produit l'effet d'un terme, après le terme : il (le débiteur) est tenu du paiement, mais n'étant pas constitué en retard, il ne peut être

²² Comme le droit libanais d'ailleurs.

²³ Le jour ne plaide pas pour l'homme. V. H. Roland et L. Boyer, Adages du droit français, 4^e éd., 1999, Litec, n° 88, G. Ripert et J. Boulanger, Traité de droit civil : Dalloz, 1957, n° 1488., R. Libchaber, *op. cit.* p. 115. Cavallieri et Gerkens, Aux origines de l'adage *Dies interpellat pro homine*, RDC 2014. 510.

contraint à l'exécution »²⁴. Il ne peut pas être non plus contraint à payer des dommages-intérêts, peut-t-on ajouter.

128. Demeure et mise en demeure. Il ne faut pas confondre à cet égard la « demeure » (ou *mora*) qui est l'état de retard juridiquement imputable au débiteur et la « mise en demeure » (ou *interpellatio*), qui est l'outil permettant de dévoiler cette *mora*²⁵. La mise en demeure désigne ainsi la notification qu'une personne fait à une autre de ce qu'elle croit être en droit d'attendre d'elle²⁶. C'est une déclaration formelle manifestant la volonté du créancier d'être payé et établissant le constat du défaut de ponctualité²⁷. Cette interpellation est ainsi exigée expressément par le nouvel article 1231 du Code civil, comme elle l'était par l'ancien l'article 1153 alinéa 3, pour faire courir les intérêts moratoires sur les créances inexécutées. Le nouvel article 1231-5 du Code civil rappelle cette exigence à propos de la clause pénale et dispose dans son dernier alinéa que « sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure ». En droit libanais c'est l'article 253 qui dispose clairement que « pour qu'il y ait lieu à dommages-intérêts, il faut (...) 3^e – que le débiteur, sauf exception, ait été mis en demeure ».

Les justifications théoriques et pratiques d'une nécessaire mise en demeure du débiteur au moyen d'une intervention active de la part du créancier sont diverses (A). Cette intervention active se fait par un acte juridique unilatéral qui mérite d'être examiné attentivement dans sa forme, son fond et sa notification (B).

A- Les justifications d'une nécessaire mise en demeure du débiteur.

²⁴ J.-C. Boulay, Réflexion sur la notion d'exigibilité de la créance, préc., spéc. n° 45

²⁵ Pour une vue d'ensemble sur la mise en demeure v. N.-H. Mograbi, La mise en demeure, thèse, Paris, Université Paris II, 1976 ; N. Cayrol, « Art. 1136 à 1145 - Fasc. 60 : Contrats et Obligations. – Mise en demeure », J.-Cl. civ. Code (archives antérieures au 1er octobre 2016) ; G. Chabot, « Mise en demeure (Pr. civ.) », Rép. proc. civ., sep. 2015 ; B. Grimonprez, « Mise en demeure (Civ.) », Rép. civ. Dalloz, avril 2017 ; X. Lagarde (X.), « Remarques sur l'actualité de la mise en demeure », JCP 1996. I. 3174.

²⁶ N. Cayrol, Droit de l'exécution, 3^e éd., 2019, Domat droit privé, LGDJ, n° 146.

²⁷ P. Ancel, Les sanctions de l'inexécution contractuelle dans le projet de réforme français, in P. Brun [dir.], Les perspectives de modernisation du droit des obligations : comparaisons franco-argentines, 2015, Dalloz, p. 95, spéc. n° 14.

129. La mise en demeure est, dans son sens précis, un moyen de *provoquer* la demeure²⁸. C'est un acte juridique unilatéral par lequel le créancier remet le sort de l'obligation entre les mains de son débiteur et fixe ainsi préventivement l'imputabilité des conséquences d'une éventuelle inexécution de sa part.

La nécessité d'un tel avertissement peut s'expliquer lorsque l'obligation n'est assortie d'aucun terme. En effet, l'exécution n'étant ni impérativement, ni même à titre indicatif, inscrite dans un délai prévu par les parties, l'on comprend la nécessité pour le créancier d'informer son débiteur de sa volonté d'obtenir satisfaction. Ainsi, un vendeur ne peut être condamné à payer à l'acheteur des dommages-intérêts pour non-respect des délais de livraison dès lors qu'à défaut d'un délai conventionnel l'acheteur n'a pas mis en demeure le vendeur de livrer²⁹. A noter cependant que, même dans ce cas, rien ne justifie que l'information du bailleur soit faite par l'acte formaliste qu'est la mise en demeure. Un simple avertissement du débiteur, par quelque moyen que ce soit, devrait suffire pour l'informer de la volonté de son créancier d'obtenir l'exécution de l'obligation promise sans retard. Or en droit français, comme en droit libanais, ce n'est pas la solution retenue.

Lorsqu'un terme a été stipulé pour l'obligation, l'exigence d'une mise en demeure paraît encore moins compréhensible, surtout que le respect du terme fait partie de l'engagement lui-même. « On a promis une prestation pour une date déterminée et le *vinculum juris* (obligation civile) exige l'exécution à l'échéance, sans autre forme de procès »³⁰. Pourquoi alors cette exigence d'une mise en demeure qui paraît, qu'on le veuille ou non, comme une marque de faveur indéniable envers le débiteur défaillant ? Plusieurs justifications, plus ou moins convaincantes, ont été avancées à ce sujet par la doctrine et transparaissent dans les décisions des tribunaux. La mise en demeure serait ainsi une ultime chance à l'exécution volontaire de l'obligation (a), un moyen de

²⁸ Ph. Le Tourneau, La responsabilité civile, LGDJ, 2003, n° 165

²⁹ Cass. com., 15 juin 1981 : Bull. civ. IV, n° 270 ; rapp. 18 oct. 1976 : Bull. civ. IV, n° 261 ; 28 novembre 1977 : Bull. civ. IV, n° 282.

³⁰ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, Droit civil. Les obligations, t. 2 : Le contrat, 6^e éd., 1998, Litec, n° 1324 ; G. Marty, P. Raynaud et Ph. Jestaz, Droit civil. Les obligations, Le régime, tome 2, préc., p. 245, n° 277.

dissiper les incertitudes sur l'imputabilité de l'inexécution (b), un frein à l'automatisme des dommages-intérêts (c) ou encore un moyen d'obliger le créancier à minimiser son préjudice (d). Il n'en est pas moins vrai que le système français, ainsi que le système libanais, se retrouvent actuellement, et sur ce plan-là, quelque peu isolés.

a- La mise en demeure, une ultime chance à l'exécution volontaire.

130. Il est vrai que le fait d'exiger une mise en demeure formelle comme préalable à la sanction d'une inexécution contractuelle semble indiquer que cette seule inexécution n'est pas passible d'engager la responsabilité de son auteur et que, par conséquent, l'échange des consentements lors de la conclusion de la convention ne suffit pas à assurer le caractère contraignant des obligations contractées³¹. Mais l'on peut soutenir aussi, dans un point de vue opposé, que l'exigence d'une mise en demeure en matière contractuelle est une manière de donner au débiteur une dernière chance d'exécuter à l'amiable et de sauver le contrat, un dernier geste de bonne foi.

131. Une manifestation du principe de bonne foi dans les contrats. Depuis plus d'une trentaine d'années, le principe de bonne foi connaît un grand succès en jurisprudence et en doctrine tant au stade de la formation que de l'exécution du contrat³². En effet, article 1134 du Code civil qui, avant sa modification par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, disposait que « les conventions légalement faites (...) doivent être exécutées de bonne foi » a toujours été interprété, d'une manière plus large que la lettre du texte, comme induisant un comportement honnête et loyal dans les relations contractuelles, et même un devoir de collaboration

³¹ Dans ce sens, X. Lagarde, *op. cit.* n° 2 : « La nécessité d'accomplir une formalité en vue d'obtenir la sanction d'une inexécution semble indiquer que le simple échange des consentements ne suffit pas à assurer le caractère pleinement contraignant du rapport d'obligation ».

³² Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, thèse Dijon 1989 ; *L'exigence de bonne foi dans l'exécution du travail in Le juge et l'exécution du contrat*, 1993, p. 57 et s. ; travaux de l'Association Henri Capitant 1992, T. XLIII, Litec 1994, spéc. A. Bénabent, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, p. 291 et s. ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Droit civil, les obligations*, Précis Dalloz préc. n° 414. ; P. Jourdain, *La bonne foi dans la formation du contrat*, travaux Ass. Capitant, 1992, préc., p. 121 et s)

et de coopération entre les contractants³³. Comme l'affirme, à juste titre, J. Mestre la bonne foi « transcende l'ensemble du droit contractuel »³⁴. Cette interprétation extensive du principe a été récemment confirmée par la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations introduite par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 puisque le nouvel article 1104 du Code civil, qui est venu remplacer les dispositions de l'ancien article 1134, non seulement affirme le devoir de bonne foi mais l'étend aussi explicitement à la négociation et à la formation du contrat alors que le texte de l'ancien article 1134 alinéa 3 le limitait au stade de l'exécution : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ».

La nécessité d'une mise en demeure préalable du débiteur serait ainsi l'une des manifestations de cette exigence de bonne foi : « le devoir de loyauté astreint tout d'abord le créancier à dénoncer une inaction dommageable. Cette obligation s'impose à plus forte raison si la teneur du contrat n'évoquait nullement la perspective d'un préjudice de nature moratoire. Si la convention n'a su anticiper le caractère dommageable d'une inexécution tardive, le débiteur sera d'autant moins en mesure de relever le caractère préjudiciable d'un retard que le créancier n'en fait lui-même aucun cas »³⁵. Dans cette optique, la mise en demeure apparaît comme un moyen de coopération nécessaire pour une exécution de bonne foi du contrat. Tant « l'oubli est naturel aux débiteurs » comme l'écrivait Carbonnier³⁶, il est nécessaire de donner une dernière chance au débiteur alors même que son inexécution est déjà caractérisée. Ce débiteur matériellement en retard parce qu'il n'a pas exécuté son obligation à son échéance, se trouve ainsi protégé, au moins momentanément, des conséquences juridiques de son retard. « Les parties sont ainsi tenues de maintenir et de ne pas trahir durant la vie du contrat l'esprit de consensus qui a régné au moment de sa formation.

³³ J. Mestre, D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration, RTDCiv. 1998, p. 110 et s. Le droit libanais a toujours adopté une application extensive du principe de la bonne foi dans les contrats et l'article 221 du COC dispose que « les conventions (...) doivent être comprises, interprétées, et exécutées conformément à la bonne fois, à l'équité et aux usages ».

³⁴ Son article « L'évolution du contrat en droit privé français », in L'évolution contemporaine du droit des contrats, journées R. Savatier, Paris 1986, p. 41 et s., et p. 52 et s.

³⁵ P. Rainville, *op. cit.* p. 626.

³⁶ J. Carbonnier, Droit civil, t. 4, Les obligations, 22^e éd., 2000, PUF, n° 170.

Dans cette perspective, celle qui entend rompre ce consensus, pour de bonnes ou de mauvaises raisons, doit avoir, si l'on ose dire, l'amabilité de prévenir celui qui, encore cocontractant, n'est toujours pas un adversaire (...). Le devoir d'exécution de bonne foi des conventions, outre ses incidences sur le contenu même des obligations nées de ces conventions, produirait encore des conséquences de type procédural obligeant le créancier insatisfait à mettre en demeure son débiteur avant d'engager un contentieux »³⁷. Avertir son partenaire qu'il doit satisfaire à son engagement passé l'échéance est donc un moyen de lui permettre de réaliser l'objectif contractuel³⁸ surtout que « la mise en demeure est normalement orientée vers l'exécution de l'obligation »³⁹. On retrouve ici l'idée chère à Demogue selon laquelle une collaboration est nécessaire entre les cocontractants, collaboration supposant d'informer et d'avertir chacun des événements qu'il a intérêt à connaître⁴⁰. « Bien plus, c'est une forme de politesse contractuelle préalable au développement de tout contentieux qui doit être respectée. Le débiteur ne saurait être pris de court ; il bénéficie d'une dernière chance puisque le créancier doit prendre la peine de l'avertir formellement des sanctions qu'il encourt s'il persiste à ne pas exécuter ses obligations »⁴¹.

132. Entre exécution de bonne foi du contrat et réparation intégrale du préjudice moratoire subi. Si la bonne foi dans l'exécution des contrats peut justifier l'obligation pour le créancier d'avertir son co-contractant de son insatisfaction et de sa volonté d'obtenir le paiement de sa créance sous peine d'engager un contentieux elle ne justifie pas à elle seule pourquoi les dommages-intérêts moratoires se trouveraient conditionnés dans leur *quantum* par une éventuelle mise en demeure. En effet, si l'on peut bien comprendre pourquoi le débiteur qui, après avoir reçu l'interpellation de son créancier, s'exécute et paie sa dette dans les délais que lui fixe ce dernier ne lui devra

³⁷ X. Lagarde, *op. cit.*, n° 2

³⁸ R. Demogue, *préc.*, n° 29

³⁹ R. Libchaber, *op. cit.* n° 20.

⁴⁰ R. Demogue, *op. cit.* n° 29 ; M. Fabre-Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie, L.G.D.J. 1992.

⁴¹ A. Cathelineau, *op. cit.*, n° 104, p. 4.

pas des intérêts-moratoires pour la période précédente durant laquelle son retard était pourtant bien réel, on ne peut en revanche pas comprendre pourquoi, dans le cas où le débiteur, malgré la mise en demeure que lui adresse son créancier, persiste dans son inexécution et en fin de compte est condamné judiciairement à lui payer des intérêts moratoires, ces derniers ne commencent pas être comptabilisés depuis le moment où il aurait dû s'exécuter, c'est-à-dire le moment où sa créance était devenue exigible. Si la bonne foi dans l'exécution du contrat exige que le débiteur ne soit pas pris de court par un procès engagé par son créancier, elle ne justifie pas qu'il ne répare pas *l'intégralité* du préjudice moratoire subi par son créancier dans le cas où il s'obstine à ne pas s'exécuter volontairement malgré l'interpellation qui lui est adressée. En d'autres termes, et précisément au nom de ce même principe de bonne foi dans l'exécution du contrat, rien ne justifie de gratifier le débiteur qui persiste dans sa défaillance d'une dispense de responsabilité et d'un effacement de son obligation de réparation pour toute la période allant de la date où sa dette est devenue exigible jusqu'à la date où il reçoit notification d'une mise en demeure, date qui peut s'avérer très longue dans certains cas. Selon les termes de A. Cathelineau « le retard, appréhendé de la sorte, traduit de façon manifeste cette recherche d'humanisation, mais l'évolution ne va pas sans risque : oublier la sécurité traditionnellement recherchée au profit d'une protection exacerbée. C'est cette dérive possible de notre droit qui mérite, à notre sens, de retenir aujourd'hui l'attention, car s'il est nécessaire de continuer à protéger, il faut à tout prix éviter d'assister »⁴².

Cette dérive possible ne semble pourtant pas inquiéter le législateur français qui a choisi, dans la réforme du droit des obligations par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, de réaffirmer au sein du nouvel article 1231 du Code civil l'exigence d'une mise en demeure comme condition de l'octroi de dommages intérêts.

b- La mise en demeure, un moyen de dissiper les incertitudes sur l'imputabilité de l'inexécution.

⁴² Son article *op. cit, in fine*.

133. Une présomption à double aspect. L'idée derrière l'exigence d'une mise en demeure du débiteur serait que le caractère inexplicé de son retard ne suffit pas à entacher irrémédiablement sa bonne foi. Il existe ainsi une incertitude sur l'imputabilité de l'inexécution qui a pour cause essentielle la présomption, admise par la partie dominante de la doctrine, que le créancier consent à son débiteur, par son mutisme, une prorogation du terme. En réalité cette présomption a un objet double : de prime abord elle porte sur la modalité de l'obligation mais en réalité on observe un glissement vers les règles de la responsabilité contractuelle et les conséquences du retard sur le créancier. Examinons cette présomption dans son double aspect.

La présomption tirée du mutisme du créancier porterait de prime abord sur *les modalités de l'obligation* et aurait pour objet la durée du délai d'exécution. Par son mutisme, le créancier consentirait en quelque sorte à octroyer à son débiteur une extension du terme initialement prévu. Il est censé convenir du caractère momentané du manquement de son cocontractant et lui consentir, par conséquent, une prorogation tacite de délai⁴³. « Tant que le dénouement n'est pas assuré par la transmission d'une mise en demeure laissée sans réponse, le droit veille à préserver le lien contractuel au moyen du postulat selon lequel le silence conjugué du créancier et du débiteur traduit simplement leur volonté de s'exécuter ultérieurement »⁴⁴. Dans cette optique, la mise en demeure sert à fixer un terme définitif aux prorogations tacites d'échéance, la croyance en l'existence d'une prorogation tacite du terme n'ayant plus lieu sitôt la lettre de demeure reçue. « Le propre de la mise en demeure consiste à conjurer l'ambiguïté

⁴³ Dans ce sens : J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Les obligations*, t.3 « Le rapport d'obligation », 9^e éd., Paris, Sirey, 2015, p. 128 : « [...] tant que le créancier ne lui réclame pas l'exécution, il est censé lui consentir une prorogation tacite d'échéance. Le rôle de la mise en demeure est donc d'informer le débiteur que la patience de son créancier est épuisée [...] » ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, préc., note 74, p. 1076 et 1077 ; P. Malaurie, L. Aynes et P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, préc. note 4, p. 523 ; Ch. Larroumet, *Les obligations. Le contrat*, t. 3, 6^e éd., « 2^e partie. Effets », coll. « Droit civil », Paris, Economica, 2007, p. 747 et 748 ; D. Allix, préc., note 38. Ce raisonnement est désapprouvé par une autre partie de la doctrine qui dément l'existence d'une prorogation implicite du terme initialement fixé au motif que cette analyse « conduit en réalité à transformer un terme certain en terme indéterminé » (R. Libchaber, *op. cit.*, p. 120 note 59), et que cette présomption de prorogation du terme fait exception au principe de consensualisme (X. Lagarde, préc., note 5 n° 2). A cela on pourrait répondre que la présomption de prorogation tacite du terme ne conduit pas à occulter le terme certain ni à en faire un terme incertain ou indéterminé mais il s'agit seulement de prendre acte du caractère en principe simplement indicatif de ce terme déterminé et que, loin de faire exception au principe du consensualisme, l'exigence d'une mise en demeure du débiteur participe du caractère indicatif du terme convenu par les parties.

⁴⁴ P. Rainville, *op. cit.*, p.610

du silence en en définissant – unilatéralement – la portée » et « se propose principalement d'interpréter la volonté du débiteur qui se masque derrière l'ambiguïté propre à la passivité. Elle entend cerner la persévérance de la volonté contractuelle du débiteur et mesurer avec justesse l'authenticité de ses engagements. Le débiteur se voit interrogé sur son dessein comme sur ses aptitudes »⁴⁵.

La présomption porterait non seulement sur la modalité de l'obligation mais aussi sur *les conséquences du retard du débiteur sur le créancier*. En effet, tant qu'il reste silencieux et ne se manifeste pas, le créancier est présumé ne souffrir d'aucun préjudice du fait du retard d'exécution de son débiteur. « [...] la loi présume, en quelque sorte, que le retard du débiteur jusqu'à sa mise en demeure ne faisait pas éprouver de préjudice au créancier »⁴⁶. Comme l'explique B. Grimonprez, « Le créancier n'est supposé souffrir du retard que lorsqu'il a exprimé son agacement et sa volonté d'être payé »⁴⁷. S'opère ainsi un glissement : la présomption ne concerne plus la modalité de l'exécution de l'obligation mais ce sont les règles de la responsabilité contractuelle qui entrent en jeu et c'est le préjudice, élément essentiel de la responsabilité de quelque nature qu'elle soit, qui est ainsi présumé inexistant, ce qui justifie le refus d'octroyer des dommages-intérêts moratoires au créancier pour la période pendant laquelle il ne s'était pas encore manifesté. La raison d'être de la mise en demeure serait alors de dissiper les doutes sur le caractère préjudiciable du retard.

134. Une présomption qui doit être relativisée. Cette présomption à double aspect qui s'induit du mutisme du créancier n'est pas absolue : d'un côté elle se limite aux seules conventions où le délai est purement indicatif et d'un autre côté elle n'est pas, ou ne devrait pas être, irréfragable.

En effet, cette double présomption n'a évidemment pas lieu d'être en présence d'un délai de rigueur dont le dépassement sans exécution de la part du débiteur suffit à consacrer le caractère irréversible de l'inexécution et à engager sa responsabilité. C'est

⁴⁵ P. Rainville, *op. cit.*, p. 607.

⁴⁶ P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *op. cit.*, note 4, p. 523.

⁴⁷ V. son article au Rép. civ. Dalloz, Mise en demeure, note 13, n° 3. Dans le même sens, N. H. Mograbi, La mise en demeure, thèse préc., p. 18 ; C. Larroumet, préc., note 90, p. 717 et 759.

donc la nature du délai exprimé dans la convention, délai indicatif ou délai de rigueur, qui dicte la traduction attribuée au silence du créancier. Il est vrai que le législateur français marque ouvertement sa préférence pour les termes purement indicatifs comme le montre la tournure utilisée par l'ancien article 1146 du Code civil, mais aussi l'ancien article 1187 qui posait clairement comme principe que « le terme est *toujours* présumé stipulé en faveur du débiteur, à moins qu'il ne résulte de la stipulation, ou des circonstances, qu'il a été *aussi* convenu en faveur du créancier ». C'est la position qu'a reprise le législateur français en 2016, puisque l'article 1305-3 du Code civil, tel qu'issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 dispose à son tour que « le terme profite au débiteur, s'il ne résulte de la loi, de la volonté des parties ou des circonstances qu'il a été établi en faveur du créancier ou des deux parties ». Sauf exception tirée de la loi, de la volonté des parties ou des circonstances, le terme est ainsi « présumé indicatif et stipulé dans l'intérêt du débiteur »⁴⁸. « Le caractère en principe simplement indicatif du terme semble bien [...] s'expliquer par un choix nécessaire, en cas de retard, entre la prestation et la chronologie contractuelle. On ne peut matériellement assurer l'efficacité de l'une et de l'autre. Aussi, la prestation prévaut-elle en principe sur la chronologie, de manière à assurer la pérennité du contrat, à moins que la chronologie ne soit intégrée à la prestation, pour en devenir un élément essentiel. Le terme de rigueur paraît ainsi emprunter sa force obligatoire à l'obligation qu'il affecte. On ne saurait donc dire que le droit français occulte la valeur économique du temps : simplement, le principe est inversé au regard des droits anglo-saxons »⁴⁹.

En plus d'être limitée aux seules conventions où le terme est purement indicatif, cette présomption double n'est pas, ou ne devrait pas, être irréfragable. En effet, le créancier peut éprouver un préjudice sans le dire. A moins de considérer ladite présomption d'absence de préjudice comme irréfragable, et rien ne justifie telle considération, le créancier devrait toujours être capable de la renverser notamment en apportant la preuve que, même pendant la période où il était silencieux, il n'entendait pas consentir à son débiteur un délai supplémentaire et qu'il avait subi un préjudice

⁴⁸ B. Grimonprez, Rép. civ. Dalloz, v° Mise en demeure, note 13, n° 3

⁴⁹ A. Etienney, La durée de la prestation. Essai sur le temps dans l'obligation, t. 475, coll. «Bibliothèque de droit privé », Paris, LGDJ, 2008, p. 227.

bien réel pour lequel il est en droit d'être indemnisé. A cela on pourrait être tenté de répondre que le refus d'octroyer au créancier des dommages-intérêts pour la période pendant laquelle il n'avait pas encore dûment interpellé son débiteur, et ceci même dans l'hypothèse où il arrive à prouver la réalité de son préjudice moratoire pendant cette période, s'explique non seulement par la présomption d'absence de préjudice lié au retard mais aussi et surtout au regard du principe posé par l'article 1231-3 du Code civil selon lequel seul le dommage prévisible au moment de la conclusion du contrat est réparable⁵⁰. Or sauf si les parties ont prévu un délai de rigueur ou que la nature même de leur convention laisse deviner le caractère dommageable d'un défaut de ponctualité, le débiteur n'est pas supposé avoir prévu ou avoir été capable de prévoir l'existence et l'ampleur d'un préjudice de nature moratoire éprouvé par un créancier qui ne lui fait aucun signe. « Tel débiteur qui se savait engagé, mais croyait pouvoir compter pendant quelque temps sur la compréhension et la tolérance de son créancier, sera fort surpris d'apprendre, un jour, que le retard apporté à l'exécution de son obligation était préjudiciable, ou bien encore qu'il n'est plus temps d'exécuter alors que son créancier n'avait manifesté aucune impatience »⁵¹. Mais cette justification du cours des intérêts moratoires seulement à compter de la mise en demeure par l'exigence que le dommage ait été prévisible au moment de la conclusion du contrat trouve ses limites quand on constate qu'en application des termes mêmes de l'article 1231-3 du Code civil, et avant lui l'ancien article 1150, et lorsque c'est par la faute lourde ou dolosive que l'obligation n'a pas été exécutée à temps tout le dommage moratoire subi par le créancier devient réparable. Or la jurisprudence considère déjà que la faute lourde est caractérisée par un comportement d'une extrême gravité, confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de la mission contractuelle qu'il avait acceptée⁵² et le débiteur commet une faute dolosive lorsque,

⁵⁰ « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat ». L'ancien article 1150 prévoyait le même principe : « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée ».

⁵¹ D. Allix, préc., note 38 n° 8. Dans le même sens, J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, préc., p. 316 ; Y. Chartier, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 1983, p. 529.

⁵² Cass. com., 3 avril 1990 : Bull. civ IV, n° 108.

de propos délibéré, il se refuse à exécuter ses obligations contractuelles, même si ce refus n'est pas dicté par l'intention de nuire à son cocontractant⁵³. Dans ces cas le créancier devrait donc être capable de demander la réparation de l'intégralité du dommage moratoire qu'il a subi même s'il n'avait adressé aucune interpellation formelle à son débiteur, sans que l'on puisse lui opposer une prétendue imprévisibilité des dommages et intérêts lors du contrat. Or il n'en est rien. C'est comme si, tant que le créancier reste silencieux et ne se manifeste pas par une interpellation de son débiteur, l'absence de préjudice moratoire est irréfragablement présumée.

Or, cette présomption irréfragable d'absence de préjudice est critiquable. S'il est vrai que le silence du créancier face à l'inexécution par son débiteur de son obligation dans le délai convenu lui profite comme à ce dernier en ce sens que ce silence ne vaut pas automatiquement résiliation tacite de l'entente de sa part et qu'il peut s'abriter derrière son défaut de dénonciation des carences du débiteur pour arguer du maintien du lien contractuel, cela ne veut pas dire qu'il ne souffre pas d'un dommage à cause de ce retard. Rien ne justifie de tirer de son silence une présomption qu'il ne subit aucun dommage alors que la seule chose que son silence pourrait réellement présumer c'est sa volonté de préserver l'entente avec le débiteur et donner une chance à l'exécution du contrat, *précisément en dépit du dommage qu'il subit*. « Si le créancier autorise, par son silence, l'exécution ultérieure des obligations du débiteur, son mutisme ne saurait donner lieu à une présomption comme quoi le retard ne lui occasionne aucun dommage » et « ne saurait davantage valoir renonciation au droit de réclamer le paiement de dommages et intérêts moratoires. Une renonciation ne saurait se fonder sur une attitude passive »⁵⁴. D'ailleurs, s'il est vrai que le débiteur, du fait du silence de son créancier face à son retard dans l'exécution de son obligation devenue exigible, peut raisonnablement être dans le doute quant à l'attitude de ce dernier concernant l'avenir de la convention et si celui-ci entend la résilier ou lui donner une ultime chance de s'exécuter malgré le retard, il ne peut aucunement être dans le doute quant à la réalité de son retard.

⁵³ Cass. civ. 1^{re}, 4 février 1969, Soc. Des comédiens français, D. 1969. 601 note J. Mazeaud ; JCP 1969. II. 16030, note Prieur.

⁵⁴ P. Rainville, art. préc, p. 619.

Le droit français choisit de passer outre ces critiques et, non seulement exige une mise en demeure pour faire courir les intérêts moratoires sur la créance monétaire, mais considère aussi que ces derniers courent seulement à compter de la date de cette mise en demeure, ne laissant pas au créancier la possibilité de prouver le contraire de la présomption d'absence de préjudice moratoire pour la période antérieure à la mise en demeure. L'article 1231-6 du Code civil, et l'article 1153 avant lui, sont clairs à ce sujet : les dommages-intérêts moratoires sont dus « à compter de la mise en demeure »⁵⁵.

c- La mise en demeure, un frein à l'automaticité des dommages-intérêts.

135. Une nécessité liée à l'étendue du pouvoir d'appréciation du juge. La mise en demeure est une démarche précontentieuse et sa nécessité dépend de la marge d'appréciation dont dispose le juge lorsqu'il est saisi des demandes du créancier. Plus le pouvoir d'appréciation du juge est étendu et qu'il entre dans son office, non seulement de vérifier les conditions de la sanction de l'inexécution, mais encore de contrôler l'opportunité de son prononcé, moins la nécessité de prévenir le débiteur préalablement à la procédure judiciaire se fait sentir ; à l'inverse, plus ce pouvoir est limité et que le juge n'a qu'un pouvoir de vérification des conditions de la sanction et reste tenu de la prononcer quand ces conditions sont réunies, plus il est utile d'avertir le débiteur avant de lancer le procès. Les intérêts moratoires constituant une sanction automatique du retard du débiteur qui échappe en principe, dans son existence et dans sa mesure, au contrôle du juge, ils appellent de ce fait une mise en demeure préalable.

d- La mise en demeure et l'obligation pour le créancier de minimiser son préjudice.

⁵⁵ Ils ne sont dus « que du jour de la sommation de payer » selon l'ancien article 1153. En droit libanais, l'article 265 du COC qui contient les dispositions relatives aux dommages-intérêts moratoires des créances monétaires n'est pas explicite à propos et s'il prévoit que ces dommages-intérêts consistent en principe dans les intérêts de la somme calculés d'après le taux légal, ne précise pas à compter de quelle date sont dus. La jurisprudence libanaise a toutefois toujours considéré que les intérêts moratoires couraient seulement à compter de la date de la mise en demeure.

136. L'inaction du créancier peut dans certains cas receler une volonté de sa part de miser sur des conditions désavantageuses pour le débiteur afin de rendre l'exécution ultérieure plus attrayante pour lui. L'exigence de la mise en demeure adressée au débiteur retardataire serait ainsi une manifestation de l'obligation pour le créancier de minimiser le préjudice moratoire subi⁵⁶ et un moyen de veiller à ce que ce créancier ne gonfle pas illégitimement le montant de sa créance moratoire en ajournant délibérément l'envoi de la mise en demeure.

Ce principe général qui veut que le créancier soit tenu de minimiser le préjudice ressenti, y compris le manque à gagner, est présenté comme l'un des principes de la *lex mercatoria*⁵⁷. Il est mis en œuvre par les arbitres du commerce international⁵⁸ et figure dans les grands instruments d'uniformisation du droit du commerce international⁵⁹ dont notamment la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980⁶⁰ qui dispose dans son article 77 que « la partie qui invoque la contravention au contrat doit prendre les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter la perte, y compris le gain manqué, résultant de la contravention. Si elle néglige de le faire, la partie en défaut peut demander une réduction des dommages-intérêts égale au montant de la perte qui aurait dû être évitée

⁵⁶ P. Rainville, *op. cit.*, p. 626.

⁵⁷ V. notamment F. Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria*, L.G.D.J. 1992, p. 183 et s. pour de plus amples développements sur ce devoir du créancier de minimiser son préjudice en droit français et en droit international v., *infra*, n° 327 et s.

⁵⁸ V. notamment Y. Derains, *L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale*, R.D.A.I. 1987, p. 375 et s.

⁵⁹ Article 88 de la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1964 portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels ; article 7.4.8 des Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, Rome 1994, p. 214 et s. ; article 9 : 505 des Principes du droit européen des contrats, in *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, edited by Ole Lando and Hugh Beale, Kluwer Law International 2000, p. 445 et s. ; *Les principes du droit européen du contrat, L'exécution, l'inexécution et ses suites*, version française par Isabelle de Lamberterie, Georges Rouhette et Denis Tallon, La Documentation française 1997, p. 245 et s.

⁶⁰ Publiée par le Décret n° 87-1034 du 22 déc. 1987 cette convention est en vigueur en France depuis le 1^{er} janvier 1988.

». S'il reste discuté en droit contemporain français⁶¹, ce principe n'est pas étranger à quelques décisions jurisprudentielles qui l'appliquent sans y faire référence explicitement. Les tribunaux se montrent ainsi enclins à limiter ou à refuser toute indemnisation au créancier qui a laissé croître le préjudice sans juger bon d'en aviser le débiteur. Il a ainsi été jugé que « le créancier ne saurait augmenter par son propre fait les réparations auxquelles il a droit de la part de son débiteur. [...] En négligeant de mettre celui-ci en demeure de remplir ses obligations et en laissant s'aggraver les conséquences de l'inexécution, alors que les circonstances devaient nécessairement entraîner une hausse constante des prix, le créancier a commis une faute de nature à exonérer le débiteur d'une partie de la réparation du préjudice subi »⁶².

137. Un isolement du droit français ? Malgré les diverses justifications théoriques avancées, une grande partie de la doctrine a critiqué cette exigence d'une mise en demeure du débiteur⁶³ et le droit français actuel semble, à cet égard, de plus en plus isolé par rapport aux systèmes qui lui sont proches. En effet, les codes civils voisins tels que les codes allemand, suisse, italien et néerlandais n'exigent pas une mise en demeure. Le droit allemand part du principe que l'existence d'un terme de droit et

⁶¹ V. Ch. Mouly, « Que change la Convention de Vienne sur la vente internationale par rapport au droit français interne ? », D. 1991, chron.77, 79. Selon l'opinion largement dominante dans la doctrine française, le devoir de minimiser le dommage n'est pas une obligation au sens strict du terme puisque son inexécution ne peut pas être sanctionnée par la mise en jeu de la responsabilité contractuelle du contrevenant et elle ne peut donner lieu à une exécution en nature. Un auteur propose ainsi d'utiliser, pour désigner ce devoir, le terme d'« incombance » qui existe dans les droits allemand et suisse et dont la violation est sanctionnée uniquement par une déchéance totale ou partielle du bénéfice de la créance d'indemnisation, le créancier conservant intégralement ses autres moyens tels la poursuite de l'exécution du contrat ou la demande de sa résolution (C. Witz, L'obligation de minimiser son propre dommage dans les conventions internationales : l'exemple de la Convention de Vienne sur la vente internationale, in « Faut-il moraliser le droit français de la réparation des dommages ?, LPA 20 nov. 2002, n° PA200223208, p. 50). Sur le concept d'incombance, v. Marcel Fontaine, *Obliegenheit, incombance ?*, Liber amicorum Hubert Claassens, Academia Bruylant, Antwerpen, 1998, p. 151 et s. ; v. également, Sandy Licari, Pour la reconnaissance de la notion d'incombance, *Revue de la recherche juridique*, 2002, n° 2, p. 703 et s.

⁶² CA Douai, 8 avril 1948, JCP 1948.IV.145, RTDCom. 1949.156, obs. Hémard. Voir aussi : Cass. com., 23 mars 1949, Bull. civ. II, n° 150, p. 281 ; Trib. com. Marseille, 10 juill. 1925, Gaz. Pal. Table 1925-1930, «Vente commerciale», n° 752 ; Trib. com. Nantes, 26 mars 1919, Gaz. Pal. Table 1912-1920, «Vente commerciale », n° 137 et 138. Pour des développements sur cette obligation pour le créancier de minimiser son préjudice v. *infra* n° 327 et s.

⁶³ G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, t. II, 1^{er} volume, Les obligations, Sirey, 1969, n° 655 bis ; Mazeaud et Tunc, *traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, Montchrestien., 5^e éd., tome III, n° 2283 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, tome 4, Les obligations, 22^e éd., PUF, 2000.

dispense le créancier d'interpeller le débiteur⁶⁴. Le rappel est ainsi inutile « si une date a été déterminée pour la prestation en fonction du calendrier » (B.G.B., § 284). Les codes suisse, néerlandais et italien accordent la même force à l'échéance du terme⁶⁵. Dans la *Common law*, le temps de l'exécution est vu comme tout autre élément du contrat dont la méconnaissance entraîne le versement automatique de dommages et intérêts⁶⁶. Dans les instruments de droit uniforme la solution semble être la même. La plus emblématique en est la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises qui rejette expressément la procédure de l'interpellation. « L'acheteur doit payer le prix à la date fixée au contrat ou résultant du contrat de la présente Convention sans qu'il soit besoin d'aucune demande ou autre formalité de la part du vendeur » (art. 59). L'obligation, une fois exigible, entraîne pour le débiteur l'application des pénalités de retard (art. 74 et 78). Il en est de même dans les principes Unidroit⁶⁷ où l'exécution tardive constitue une inexécution et ouvre le droit aux dommages-intérêts à partir de l'échéance et sans mise en demeure⁶⁸. Les

⁶⁴ M. Pédamon, *Le contrat en droit allemand*, 2^e éd., 2004, LGDJ, n^o 224 ; R. Zimmermann, *Breach of contract and remedies under the new german law of obligations*, 2002, Roma, p. 21 ; F. Ranieri, *Les sanctions de l'inexécution du contrat en droit allemand*, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, préc., p. 811 et spéc. p. 817

⁶⁵ C. féd. Obl. Suisse, art. 102 ; BW, art. 6 : 83 ; C. civ. italien, art. 1219-3

⁶⁶ K. Zweigert et H. Kötz, *An introduction to comparative law*, 3^e éd., 1998, Oxford University Press, p. 507 ; A.-I. Ogus, *Rapport anglais, Les remèdes*, in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, 1987, LGDJ, *Bibl. dr. privé*, t. 196, p. 302, n^o 62.

⁶⁷ Les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international dégagés par l'Institut international pour l'unification du droit privé ont vocation à régir les contrats du commerce international. Ils peuvent s'appliquer à de tels contrats lorsque les parties le choisissent explicitement, ou si les parties ne choisissent pas un droit national particulier qui devrait régir le contrat, ou bien alors pour servir d'indice au juge, national ou international, pour interpréter les contrats internationaux, et enfin ont vocation à inspirer les législateurs nationaux ou internationaux qui proposeraient des règles en la matière. Publiés à l'origine en 1994, ils ont été revus et modifiés en 2004 et 2010.

⁶⁸ Article 6.1.1 (moment de l'exécution) : « Le débiteur est tenu d'exécuter ses obligations: si une date est fixée par le contrat ou déterminable en vertu de celui-ci, à cette date ; article 7.1.1 (définition) : « Par inexécution, on entend tout manquement par une partie à l'une quelconque de ses obligations résultant du contrat, y compris l'exécution défectueuse ou tardive » ; article 7.4.1 (droit aux dommages-intérêts) : « L'inexécution d'une obligation donne au créancier le droit à des dommages-intérêts, soit à titre exclusif, soit en complément d'autres moyens, sous réserve des exonérations prévues dans ces Principes » ; article 7.4.9 (intérêts pour non-paiement de somme d'argent) : « En cas de non-paiement d'une somme d'argent à l'échéance, le créancier a droit aux intérêts de cette somme entre l'échéance et la date du paiement, qu'il y ait ou non exonération. ». Dans le commentaire de cet article sur le site officiel d'Unidroit : « Le présent article reprend la règle largement acceptée selon

projets d'harmonisation européenne du droit des contrats vont dans le même sens. L'avant-projet du Code européen des contrats élaboré sous l'égide de Giuseppe Gandolfi⁶⁹ ne prévoit de mise en demeure formelle que si aucun délai précis d'exécution n'a été fixé, sinon la simple échéance du terme de droit suffit à ouvrir au créancier insatisfait les remèdes à l'inexécution⁷⁰. La même solution a été prévue dans les principes européens de droit du contrat (ou principes Lando)⁷¹ qui, sur le modèle de la *Common law*, optent dans leurs articles 1:301 et 7:102 pour une vision unitaire de l'inexécution contractuelle, incluant l'exécution tardive⁷². L'interpellation ne fait pas partie des conditions, ni pour faire courir les intérêts moratoires, ni pour réclamer des dommages et intérêts (art. 9: 501 et 9: 508).

Le droit libanais, qui s'attache toujours au principe de l'exigence d'une interpellation adressée par le créancier au débiteur pour créer la demeure de ce dernier, « en dehors de laquelle il ne saurait être passible de dommages-intérêts » (art. 257 COC), semble toutefois plus malléable à cet égard que son modèle français puisqu'il prévoit une exception à ce principe tellement large qu'elle en devient la concurrente. En effet, l'article 258 du COC prévoit explicitement que la mise en demeure cesse d'être exigée à chaque fois que « l'obligation était affectée d'un terme, actuellement

laquelle le préjudice résultant du retard dans le paiement d'une somme d'argent relève d'un régime propre et est calculé par une somme forfaitaire correspondant aux intérêts de cette somme accumulés entre l'échéance et le paiement effectif. *Les intérêts sont dus lorsqu'il y a un retard imputable au débiteur, donc du jour de l'échéance sans qu'il soit besoin d'une mise en demeure.* Si le retard résulte de la force majeure (le débiteur est par exemple dans l'impossibilité de se procurer la somme due en raison de nouvelles règles en matière de change), les intérêts sont également dus, non plus en tant que dommages-intérêts, mais pour compenser l'enrichissement que procure le non-paiement au débiteur qui continue de percevoir les intérêts sur la somme qu'il est empêché de verser ».

⁶⁹ En 2001 a été publié un projet de code européen des contrats, élaboré dans le cadre de l'Académie des privatistes européens, sous la direction de Giuseppe Gandolfi - dit « projet Gandolfi » -, engagé en 1995.

⁷⁰ Art. 96 ; Code européen des contrats, Avant-projet, coord. G. Gandolfi, 2002, Milano - Dott. A. Giuffrè Editore.

⁷¹ Dans le cadre d'une commission du droit européen des contrats, créée en 1976 et subventionnée par la Commission européenne, ont été élaborés, sous la direction d'Ole Landö, des principes du droit européen des contrats, publiés en trois étapes en 1995, 2000 et 2003 - dits « principes Landö ».

⁷² L'art. 1 : 301 des principes européens du droit des contrats cite parmi les définitions : « le terme "inexécution" dénote le fait de manquer à exécuter une obligation issue du contrat, qu'il bénéficie ou non d'une exonération, et s'applique aussi à une exécution tardive ou défectueuse et au refus d'une collaboration qui permette au contrat de produire son plein effet, ». L'article 7:102 dispose qu'une partie doit exécuter : si une date est fixée par le contrat ou déterminable d'après le contrat, à cette date ; V. Perruchot-Triboulet, *in* Regards croisés sur les Principes du droit européen du contrat et sur le droit français, 2003, PUAM, p. 552.

échu, et qui avait été inséré, au moins partiellement, dans l'intérêt du débiteur ». Si on lit ces dispositions à la lumière de l'article 109 de ce code qui érige en principe le fait que le terme est dans l'intérêt du débiteur et prévoit ainsi que « le terme suspensif est établi dans l'intérêt du débiteur, à moins que le contraire ne résulte des circonstances ou des stipulations de l'acte ou de sa nature ou de la loi » on comprend l'étendue réelle de cette exception.

Le droit français avait l'occasion de sortir de cette stricte exigence d'une mise en demeure avec l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations mais le législateur a choisi de ne pas le faire et de conserver la position traditionnelle qui fait de la mise en demeure du débiteur, sous réserve de quelques exceptions, une condition de l'octroi du dommages intérêts. Il est donc essentiel d'examiner en profondeur cet acte qui a pour effet de mettre le débiteur défaillant en demeure et transforme ainsi son retard matériel en un retard juridique qui déclenche le cours des intérêts moratoires sur sa créance monétaire non exécutée.

A- L'acte opérant mise en demeure.

138. Le Code civil, depuis sa modification par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, consacre à la mise en demeure une sous-section 3 au sein de la section intitulée « le paiement » et dans cette sous-section le législateur a regroupé toutes les dispositions relatives à la mise en demeure du débiteur⁷³ dans trois articles qui sont les articles 1344, 1344-1 et 1344-2. L'article 1344 tel qu'issu de l'ordonnance de 2016 dispose que « le débiteur est mis en demeure de payer soit par une sommation ou un acte portant interpellation suffisante ». Il reprend ainsi, dans des termes plus résumés, la substance de l'ancien article 1139 qui disposait que « le débiteur est constitué en demeure, soit par une sommation ou par autre acte équivalent telle une lettre missive lorsqu'il ressort de ses termes une interpellation suffisante ». La jurisprudence a joué un rôle important dans la délimitation de la notion de « mise en demeure » à partir de

⁷³ Mais aussi celles, innovatrices, relatives à la mise en demeure du créancier, v. à ce propos *infra* n° 183 et s.

la définition qui en avait été donnée par cet article 1139 et les solutions dégagées sont appelées à continuer sous l'empire du nouveau texte. L'acte juridique unilatéral et formel (a) qui opère mise en demeure est ainsi un acte réceptice (d). Les acteurs (b) et la cause (c) de cet acte qui se démarque par son aspect comminatoire (e) méritent d'être examinés.

a- Un acte juridique unilatéral et formel.

139. La mise en demeure, une manifestation unilatérale de volonté. Un acte juridique unilatéral est dans une définition classique, l'acte « qui émane d'une seule personne, d'une seule volonté »⁷⁴. Il est celui qui ne requiert pas le consentement de son destinataire pour sa validité⁷⁵. Dans ce sens, la mise en demeure est une manifestation unilatérale de volonté ayant pour objet de produire un effet de droit, celui de mettre une personne en demeure. Il sort du nouvel article 1344 du Code civil, comme de l'ancien article 1139, que cet acte juridique unilatéral est un acte formel qui consiste en une sommation ou un acte équivalent. Ne peut donc constituer une mise en demeure une simple visite rendue par le créancier au débiteur⁷⁶. Le formalisme exigé par l'un et l'autre article pour constituer le débiteur en demeure retient l'attention en matière de contrats où le consensualisme est la règle (1). Il est vrai toutefois que ce formalisme peut être atténué dans certains cas (2).

1- Le formalisme légal.

140. Une sommation ou un acte équivalent. Selon le nouvel article 1344, comme l'ancien article 1139 du Code civil, l'acte opérant mise en demeure doit obligatoirement consister en une sommation ou un acte équivalent. La jurisprudence française a interprété le texte et étendu son application à des actes similaires mais non

⁷⁴ G. Cornu, Vocabulaire juridique, préc., v° Unilatéral.

⁷⁵ V. R. Encinas de Munagorri, L'acte unilatéral dans les rapports contractuels: LGDJ, 1996, n° 87.

⁷⁶ Cass. civ. 1^{re}, 8 novembre 1961, Bull. civ. I, n° 511.

moins formels. Le législateur libanais a pris note de cette jurisprudence et a intégré certaines formes de mise en demeure au sein de l'article 257 du Code des obligations⁷⁷.

La mise en demeure peut ainsi être faite par l'un des actes suivants :

Une sommation. C'est l'exploit d'huissier par lequel le créancier enjoint à son débiteur de payer ce qu'il doit ou de faire ce à quoi il s'est obligé. Une sommation est une « invitation comminatoire avant exécution : appel pressant adressé à une personne déterminée afin de la décider à se conformer à l'invitation qui lui est faite, en lui indiquant les suites fâcheuses auxquelles l'exposerait son refus d'obtempérer, avertissement en général péremptoire et solennel, soumis à des formes consacrées par la loi ou l'usage, qui est, à la charge de celui qui le lance, le préalable nécessaire d'un passage à une action énergique, le préliminaire d'une mise à exécution »⁷⁸. Dans son acception procédurale la plus stricte, le terme de sommation désigne un « acte de procédure notifié par huissier de justice par lequel un requérant fait intimer un ordre ou une défense à l'adresse de son destinataire »⁷⁹.

Un commandement avant saisie. Il s'agit d'une forme particulière de sommation qui ne peut être faite qu'en vertu d'un titre exécutoire. C'est un « acte d'huissier de justice précédant une saisie de caractère exécutoire qui met le débiteur en demeure d'exécuter les obligations résultant du titre en vertu duquel l'acte est signifié »⁸⁰.

Une demande en justice, dès lors qu'y est suffisamment exprimée la volonté du créancier d'obtenir le paiement de sa dette. La demande en justice est, selon les termes de l'article 53 du Code de procédure civile, l'acte par lequel « un plaideur prend l'initiative d'un procès en soumettant au juge ses prétentions » et selon la jurisprudence de la Cour de cassation, toute demande en justice vaut mise en demeure⁸¹. Peu importe

⁷⁷ Cet article dispose ainsi que dispose que « la demeure du débiteur (...) résulte, en principe, d'une interpellation qui lui est adressée par le créancier, sous une forme quelconque, mais nécessairement par écrit (lettre recommandée, télégramme, sommation, citation en justice, même devant un juge incompetent ».

⁷⁸ G. Cornu, Vocabulaire juridique, *op. cit.* V° Sommation.

⁷⁹ G. Cornu, *ibid.*

⁸⁰ G. Cornu, *op cit*, V° Commandement.

⁸¹ Cass. civ., 11 décembre 1957 : D. 1958, p. 165, note P. Voirin ; Cass. civ. 1^{re}, 21 juin 1988, n° 86-15.356 : JurisData n° 1988-001348 ; Bull. civ. 1988, I, n° 200 ; V. Solus et Perrot, Droit judiciaire privé : Sirey, 1991, t. 3, n° 173. Dans le temps existait une règle spéciale pour les dettes de sommes d'argent

qu'elle soit portée par voie d'action oblique⁸² ou qu'elle soit portée devant une juridiction incompétente⁸³. Peu importe aussi la forme de la demande : assignation, déclaration au passif⁸⁴, etc... De même, il a été jugé qu'une demande reconventionnelle en paiement produit les mêmes effets qu'une sommation de payer et fait courir les intérêts moratoires⁸⁵. En droit des procédures collectives, il est admis que la déclaration de créance au mandataire judiciaire, dans la mesure où elle équivaut à une demande en justice, emporte mise en demeure⁸⁶. Il a aussi été jugé qu'une demande en reddition de comptes, dès lors qu'elle impliquait une demande de paiement, produisait les effets d'une mise en demeure⁸⁷. Dans tous les cas, la demande en justice ne vaut mise en demeure qu'à condition qu'il en résulte, comme le dit l'article 1344 et avant lui l'article 1139 du Code civil, une interpellation suffisante. Une demande ne contenant pas d'interpellation ne vaut pas mise en demeure comme c'est le cas pour les demandes ayant pour unique objet la constatation de la résolution du contrat⁸⁸. Puisqu'une telle demande ne tend pas au paiement d'une certaine somme d'argent, il a été décidé que le juge ne peut pas accorder de dommages-intérêts moratoires sur le fondement de l' (anc.) article 1153 du Code civil⁸⁹. Pour ce qui est du cas spécifique de l'assignation en référé, la valeur de l'assignation semble étroitement dépendre de son contenu : certains arrêts la jugent inapte à faire courir les intérêts moratoires à défaut d'injonction de payer⁹⁰

: les intérêts moratoires ne couraient pour les dettes d'argent que du jour de la demande en justice. (art. 1153. ancien). Le retour au droit commun a été effectué par la loi du 7 avril 1900.

⁸² Cass. civ. 1^{re}, 9 décembre 1970, n° 69-10.403 : JurisData n° 1970-000325 ; Bull. civ. 1970, I, n° 325 ; JCP G 1971, II, 16920, note M.D.S.P. ; RTDCiv. 1971, p. 629, obs. Y. Loussouarn.

⁸³ Cass. civ., 7 février 1933 : DH 1933, p. 194.

⁸⁴ Cass. com., 12 mai 1992 : Bull. civ. 1992, IV, n° 178.

⁸⁵ Cass. civ. 1^{re}, 30 novembre 1977 : Bull. civ. I, n° 453 ; Gaz. Pal. 1978. 2. 411, note Plancqueel.

⁸⁶ A. Ghazi, La nature juridique de la production des créances, RTDCom. 1978. 34 ; Cass. ass. plén. 26 janvier 2001, n° 99-15.153, JCP E 2001. 617, note M. Behar-Touchais.

⁸⁷ Cass. civ. 1^{re}, 23 mai 2000, n° 97-20.848, Bull. civ. I, n° 518.

⁸⁸ Cass. civ., 15 décembre 1948 : D. 1949, p. 105, note R. Lenoan ; Cass. civ. 1^{re}, 30 novembre 1953 : Bull. civ. 1953, I, n° 343.

⁸⁹ Cass. civ. 1^{re}, 11 mai 1964 : JurisData n° 1964-000243 ; Bull. civ. 1964, I, n° 243.

⁹⁰ Cass. civ. 1^{re}, 11 mai 1964, Bull. civ. I, n° 243, JCP 1964. IV. 10.

tandis que d'autres la considèrent comme étant suffisante lorsqu'il s'agit d'un référé en paiement d'une provision⁹¹.

Une lettre missive lorsqu'il ressort de ses termes une interpellation suffisante. Par la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 modifiant l'article 1139 du Code civil, le législateur a consacré la jurisprudence qui décidait déjà que la mise en demeure pouvait résulter d'une lettre simple⁹² ou d'une lettre recommandée⁹³ lorsqu'il ressort de ses termes une interpellation suffisante. Le nouvel article 1344 ne mentionne plus expressément la lettre missive mais cette forme de mise en demeure est englobée dans les termes généraux d'« un acte portant interpellation suffisante ». Même un télégramme peut suffire mais se pose dans ce cas la question de la preuve de son contenu. En effet, la mise en demeure étant un acte sous seing privé, elle doit être signée. L'absence de signature, si elle n'affecte pas la validité de l'acte de mise en demeure, affecte en revanche la force probante de la lettre qui ne vaut plus alors qu'un simple commencement de preuve⁹⁴. L'article 1367 (anc. art. 1316-4) du Code civil définit la signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique comme étant un signe « identifiant celui qui l'appose ». Or un mail, un télégramme ou un télex ne comportent pas cette « signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique »⁹⁵. Toutefois, depuis la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000, la signature peut être électronique. Elle consiste alors en l'usage d'un « procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache »⁹⁶.

La présentation d'une lettre de change. La Cour de cassation considère que la présentation d'une lettre de change au paiement vaut mise en demeure⁹⁷. il en est de

⁹¹ Cass. civ. 1^{re}, 16 février 1994, n° 91-13.831, Bull. civ. I, n° 64.

⁹² Cass. civ. 1^{re}, 22 octobre 1956, Bull. civ. I, n° 363.

⁹³ Cass. civ. 3^e, 31 mars 1971, Bull. civ. III, n° 230.

⁹⁴ Cass. com., 5 juillet 1962 : Bull. civ. 1962, III, n° 343 ; Cass. civ. 1^{re}, 26 mai 1970, n° 68-12.931 : Bull. civ. 1970, I, n° 170.

⁹⁵ C. civ., art. 1316-4, al. 1^{er}.

⁹⁶ C. civ., art. 1316-4, al. 2.

⁹⁷ Cass. com., 4 mars 1980, n° 77-15.265 : JurisData n° 1980-700112 ; Bull. civ. 1980, IV, n° 112 ; D. 1980, somm. p. 436, note M. Cabrillac ; RTDCom. 1980, p. 576, obs. M. Cabrillac et J.-L. Rives-Lange ; JCP G 1980, IV, 194 ; Cass. com., 7 décembre 1970 : RTDCom. 1971, p. 1053.

même pour la présentation de la traite pour acceptation : le tiré doit la retourner dans le plus bref délai au porteur, sans attendre une mise en demeure à cette fin, « la mise en demeure étant incluse dans la présentation elle-même »⁹⁸.

141. Des actes juridiques unilatéraux qui ne constituent pas une mise en demeure. N'ont pas été considérés comme valant mise en demeure les actes juridiques suivants : l'injonction, le congé et l'indication de paiement. *L'injonction* désigne un ordre ou une prescription adressée à quelqu'un, lui enjoignant de faire ou de ne pas faire quelque chose. Mais, à la différence de la mise en demeure, l'injonction est une mesure impérative faisant peser une obligation sur son destinataire ; c'est un acte obligeant son destinataire alors que la mise en demeure est une simple mesure de pression, comminatoire et non obligatoire⁹⁹. *Le congé* est un « acte unilatéral par lequel une partie à un contrat de louage (contrat de travail, bail) fait connaître à l'autre son intention de ne pas continuer le contrat, si celui-ci est à durée indéterminée, ou de ne pas le renouveler s'il est à durée déterminée »¹⁰⁰. Il a pour objet la résiliation du contrat et crée une situation juridique nouvelle alors que la mise en demeure a pour objet une prescription¹⁰¹. Pour la Cour de cassation, le congé ne peut suppléer la mise en demeure lorsque celle-ci est nécessaire¹⁰². *L'indication de paiement* est un acte unilatéral et réceptif par lequel un créancier indique à son débiteur entre les mains de qui, où, à quel

⁹⁸ Cass. com., 8 janvier 1979 : Gaz. Pal. 1979, 1, somm. p. 232 ; RTDCom. 1979, p. 774 ; JCP G 1979, IV, 88. La mise en demeure pouvait prendre aussi une autre forme qui l'acte d'avoué à avoué (Cass. soc. 23 novembre 1956, D. 1957, somm. 98, Bull. civ. IV, n° 872). En France, un avoué était un juriste, officier ministériel et un auxiliaire de justice chargé de la représentation des parties auprès des cours d'appel. En vertu de la loi du 25 janvier 2011 portant réforme de la représentation devant les cours d'appel, la profession d'avoué a disparu à partir du 1^{er} janvier 2012.

⁹⁹ C. Brahic-Lambrey, *L'injonction. Étude de la dynamique d'un processus* : PUAM, 2003, n° 253 et 259.

¹⁰⁰ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, préc.*, v° Congé. V. Y. Cheminade, *Une question toujours actuelle: la nature juridique du congé en matière de louage de choses et de services* : RTDCiv. 1972, p. 314 ; B. Blanc-Jacob, *Le congé dans le bail immobilier urbain* : Thèse LGDJ, 2006, préf. P. Delebecque, avant-propos J.-L. Aubert.

¹⁰¹ V. N.-H. Mograbi, thèse préc. n° 10, spéc. n° 714.

¹⁰² Cass. com., 9 mars 1964 : JurisData n° 1964-098128 ; Bull. civ. III, n° 128.

moment, etc., il doit acquitter sa dette¹⁰³). S'il est tout à fait concevable qu'un même *instrumentum* notifié par le créancier porte deux *negotia*, une indication de paiement et une interpellation valant mise en demeure de payer, les rapports entre les deux ne sont pas nécessaires : il peut y avoir mise en demeure sans indication de paiement et inversement. Il ne faut ainsi pas confondre la mise en demeure avec la notification d'une cession de créance¹⁰⁴ : celle-ci est bien une sorte d'indication de paiement puisqu'elle indique au débiteur cédé qu'il ne pourra plus désormais payer valablement qu'entre les mains du cessionnaire mais elle ne vaut pas mise en demeure.

Ce formalisme légal dans lequel semble être enfermé l'acte opérant mise en demeure a été assoupli par la jurisprudence en matière commerciale puis progressivement en matière civile. Il peut l'être aussi par accord entre les parties.

2- Une atténuation du formalisme légal.

142. Un assouplissement prétorien progressif. Cet assouplissement était surtout visible en matière commerciale mais il a été étendu progressivement par la jurisprudence à la matière civile. En effet, le droit commercial n'a jamais exigé de forme particulière pour la mise en demeure¹⁰⁵. Selon l'usage, la simple épître (lettre) ou le télégramme pouvaient constituer des mises en demeure¹⁰⁶. La notification pouvait même valablement être faite verbalement dès lors que la volonté était certaine¹⁰⁷. Cet assouplissement a gagné d'une façon croissante la matière civile. Selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, il est admis que la signification d'un jugement vaut mise en demeure d'exécuter les prescriptions de ce jugement. Dans le cas de restitution qui suivait la cassation d'une décision judiciaire exécutée, la plupart

¹⁰³ F. Grua, Sur les ordres de paiement en général : D. 1996, chron. p. 172 ; L'obligation et son paiement, in Mél. en l'honneur de Y. Guyon : Dalloz, 2003.

¹⁰⁴ Article 1321 du Code civil.

¹⁰⁵ Cass. com. 4 mars 1958, Bull. civ. III, n° 106.

¹⁰⁶ Cass. com. 12 mars 1969, Bull. civ. IV, n° 92.

¹⁰⁷ Cette solution n'est pas admise en droit libanais, l'article 257 du Code des obligations disposant clairement que la demeure doit être faite « nécessairement par écrit » .

des solutions allaient dans le sens qu'il fallait un acte postérieur à l'arrêt de cassation pour faire courir les intérêts moratoires et que la signification de l'arrêt de cassation était insuffisante et devait être accompagnée ou suivie d'une mise en demeure¹⁰⁸, laquelle pouvait résulter de conclusions déposées devant la cour de renvoi¹⁰⁹, ou de conclusions formulées à l'audience¹¹⁰. L'assemblée plénière de la Cour de cassation a finalement tranché la question par un arrêt rendu le 3 mars 1995¹¹¹. Saisie d'un pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour d'appel de Lyon qui avait infirmé partiellement un jugement assorti de l'exécution provisoire et ordonné la restitution des fonds payés à ce titre, augmentés des intérêts au taux légal à compter de la date de signification des conclusions par lesquelles la restitution avait été demandée, la Cour casse l'arrêt en question sans renvoi, sous le visa de l'(anc.) art. 1153, al. 3, c. civ., aux motifs que « la partie qui doit restituer une somme qu'elle détenait en vertu d'une décision de justice exécutoire n'en doit les intérêts au taux légal qu'à compter de la notification, *valant mise en demeure*, de la décision ouvrant droit à restitution »¹¹². Dans son article « Des intérêts dus sur les créances de restitution » Ph. Hoonakker¹¹³ approuve la solution uniforme ainsi consacrée : « la décision d'anéantissement constituant, par elle-même, un titre exécutoire permettant de poursuivre directement la restitution des sommes payées en vertu du jugement censuré, sa notification autorise le recours à l'exécution forcée (art. 503 NCPC). Il était donc parfaitement cohérent de considérer que cette notification vaut mise en demeure et donc sommation au sens de l'art. 1153, al. 3, c.

¹⁰⁸ Cass. civ. 2^e, 22 octobre 1981, Gaz. Pal. 1982, 1, p. 140, note J. Viatte.

¹⁰⁹ Cass. civ. 2^e, 9 novembre 1983, Bull. civ. II, n° 173 ; Gaz. Pal. 1984, 1, Pan. 69, obs. S. Guinchard ; D. 1985, jur. p. 318, note G. Bolard.

¹¹⁰ Cass. soc., 20 février 1990, Bull. civ. V, n° 65.

¹¹¹ Cass., Ass. plén., 3 mars 1995 ; Bull. civ., n° 1 ; D. 1995, Jur. p. 249, concl. M. Jeol ; Gaz. Pal. 1995, 2, p. 372, concl. M. Jeol, note F. Ferrand ; JCP 1995, II, n° 22482, note P. Delebecque ; RTDCiv. 1995, p. 687, obs. R. Perrot, et Procédures 1995, n° 5, obs. R. Perrot. Les chambres de la Cour de cassation se sont alignées par la suite sur cette position : Cass. com., 5 déc. 1995, Bull. civ. IV, n° 283 ; JCP 1996, IV, n° 249 ; D. 1996, IR p. 43 ; 14 janv. 1997, JCP 1997, IV, n° 490 ; Cass. civ. 1^{re}, 26 novembre 1996, Bull. civ. I, n° 422 ; 2 avril 1997, *ibid*, I, n° 112 ; 9 juill. 2009, n° 08-13.213 : JurisData n° 2009-049231 ; RD bancaire et fin. 2009, comm. 165, S. Piédelièvre ; 20 mai 2010, n° 09-13.980 : JurisData n° 2010-006990 ; Cass. civ. 2^e, 15 mai 2003, n° 99-21.657 : JurisData n° 2003-018954 ; Bull. civ. II, n° 145 ; Cass. civ. 3^e, 13 novembre 1996, Juris-Data, n° 004473.

¹¹² Nous soulignons.

¹¹³ D. 1999, p. 328, n° 8.

civ., sans qu'il soit nécessaire de faire délivrer un commandement de payer spécifique ».

143. Un possible assouplissement conventionnel. Il est possible pour les parties au contrat d'atténuer le formalisme légal exigé pour la mise en demeure. En effet, les parties qui peuvent convenir que le débiteur sera mis en demeure à la simple échéance de la créance¹¹⁴ peuvent aussi, et *a fortiori*, convenir que la mise en demeure peut s'opérer en une forme plus simple que celle prévue par l'article 1344 du Code civil. Il semble toutefois nécessaire pour le créancier d'employer un procédé écrit afin d'apporter la preuve du caractère suffisant de l'avertissement¹¹⁵.

b- Les acteurs de l'acte opérant mise en demeure.

144. L'auteur de l'acte opérant mise en demeure doit être un créancier ou même un « soi-disant » créancier : il suffit donc qu'il le prétende. Le destinataire en est un débiteur ou un « soi-disant » débiteur. Il est vrai que, depuis l'innovation apportée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 concernant la possibilité pour le débiteur de mettre en demeure son créancier¹¹⁶, les rôles peuvent être inversés, le débiteur devenant l'auteur de l'acte, le créancier son destinataire¹¹⁷. Dans la présente section consacrée à la demeure du débiteur nous nous limiterons à l'étude de l'acte opérant mise en demeure de ce dernier.

1- L'auteur.

145. A propos de l'auteur de l'acte opérant mise en demeure deux questions essentielles méritent d'être examinées vu les problématiques qu'elles

¹¹⁴ V. à ce propos *infra* n° 171.

¹¹⁵ Cass. civ., 8 novembre 1961, D. 1962. somm. 73.

¹¹⁶ Nouvel article 1345 du Code civil.

¹¹⁷ Cette question sera traitée dans une étape ultérieure lorsque sera abordée la question de la mora creditoris. V. *infra* n° 180 et s.

peuvent soulever : la question de la capacité nécessaire pour adresser une mise en demeure et celle des modes de représentation envisageables.

146. La capacité de celui qui adresse l'interpellation. La capacité la plus large est admise pour ce genre d'acte juridique. Même un incapable, mineur, majeur en curatelle ou en tutelle, est en droit d'adresser valablement une mise en demeure. La capacité pour mettre en demeure se distingue donc de la capacité pour ester en justice. Pour une grande partie de la doctrine, en effet, la mise en demeure est un acte simplement conservatoire¹¹⁸, de sorte qu'un incapable peut valablement l'accomplir seul. Certains auteurs critiquent pourtant cette qualification. Pour C. Brenner, auteur d'une étude approfondie sur la notion d'acte conservatoire¹¹⁹, la mise en demeure ne peut être qualifiée ainsi qu'au prix d'une conception « nettement extensive » car, selon lui, l'objet précis de l'acte conservatoire est de « protéger les biens contre les menaces de perte ou de disparition en les maintenant dans leur état ». Or la mise en demeure a « davantage pour effet d'éviter un manque à gagner ou une perte en valeur (en ce qu'elle est susceptible de faire courir les intérêts moratoires et de déplacer la charge des risques) que de conjurer la perte d'un bien déterminé ». Toutefois, même s'il s'interroge sur le caractère conservatoire de la mise en demeure, cet auteur admet la solution qui considère qu'un incapable, mineur, majeur en curatelle ou en tutelle, est en droit d'adresser valablement une mise en demeure puisque « en faisant courir les intérêts moratoires, elle conjure un manque à gagner constitutif d'une perte patrimoniale »¹²⁰. Plusieurs arrêts de la Cour de cassation qualifient expressément les mises en demeure d'actes conservatoires. La Cour considère ainsi que « les mises en demeure de payer les fermages constituent des actes conservatoires et peuvent être valablement faites par un seul indivisaire... »¹²¹ et que tant qu'elle ne vise pas la clause résolutoire, une mise

¹¹⁸ M. Planiol et G. Ripert, *Droit civil français* : LGDJ, 2^e éd. 1954, t. 1, par Savatier, n° 273 ; R. Demogue, *Traité des obligations*, tome VI, préc., n° 231 ; N.-H. Mograbi, thèse préc. n° 129.

¹¹⁹ C. Brenner, *L'acte conservatoire*: LGDJ, 1999, préf. P. Catala.

¹²⁰ C. Brenner, *L'acte conservatoire*, préc., n° 43 et 233 ; *adde* n° 606.

¹²¹ Cass. civ. 3^e, 30 octobre 1991, n° 90-16.340 : JurisData n° 1991-003552 ; Bull. civ. 1991, III, n° 258 ; JCP N 1992, II, p. 112, note J.-P. Moreau ; RTDCiv. 1992, p. 804, obs. Patarin ; Cass. civ. 3^e, 31 octobre 2007, n° 06-18.338 : JurisData n° 2007-041123 ; Dr. et proc. 2008, p. 53 ; AJDI 2008, p. 779, note Prigent.

en demeure n'a pas d'incidence directe sur le fond du droit ; il s'agit donc que d'un acte conservatoire qui peut être accompli par un seul indivisaire¹²². Toutefois, d'autres décisions affirment expressément le contraire et considèrent qu'il ne s'agit pas d'un acte conservatoire¹²³.

Un auteur propose d'adopter une solution intermédiaire et de qualifier la mise en demeure comme étant « un acte d'administration quasi conservatoire, dont l'objet n'est certes pas de préserver un bien d'un malheur, mais qui du moins délivre son auteur de certaines appréhensions liées à la situation d'attente dans laquelle il se trouve en les reportant sur un autre et qui, en outre, réserve certaines possibilités pour l'avenir »¹²⁴.

147. La représentation. Tous les modes de représentation sont envisageables en matière de mise en demeure, de la représentation légale à la représentation conventionnelle. La validité de la mise en demeure adressée par le représentant dépendra alors des conditions spécifiques à chaque type de représentation et des prérogatives données au représentant. Ainsi, la mise en demeure lancée par le syndic représentant la copropriété qui est réglée par l'article 55, alinéa 2, du décret n° 67-223 du 17 mars 1967¹²⁵ est valable sans autorisation contrairement à la citation en justice qui doit être autorisée par le syndicat¹²⁶.

2- *Le destinataire.*

148. Le destinataire de l'acte opérant mise en demeure doit être le débiteur, ou le soi-disant débiteur, de l'obligation. La confusion de destinataire entraîne la nullité de l'acte de mise en demeure. La Cour de cassation a ainsi considéré que la mise en

¹²² Cass. civ. 3^e, 6 novembre 1986, n° 85-12.354 : JurisData n° 1986-701929 ; Bull. civ. 1986, III, n° 151 ; JCP G 1987, IV, 18.

¹²³ V. Cass. civ. 3^e, 3 juillet 1996, n° 94-18.325 : JurisData n° 1996-002919 ; Bull. civ. 1996, III, n° 170 ; JCP E 1996, pan. 1016, p. 34 ; JCP G 1996, IV, 1995, p. 253 ; RJDA 1996, n° 1328, p. 938.

¹²⁴ N. Cayrol, préc., n°11.

¹²⁵ JO 22 mars 1967, rect. 27 juin 1967.

¹²⁶ V. TGI Aix-en-Provence, ord. réf., 11 mars 2008 : Dr. et proc. 2008, p. 270, obs. C. Scordopoulos.

demeure est nulle en cas d'assurance pour le compte d'autrui lorsque l'assureur réclame le paiement des primes au bénéficiaire de la garantie alors que, conventionnellement, celui-ci n'est pas chargé du paiement¹²⁷. De même, dans le cas où le bailleur avait adressé un commandement de payer au preneur initial et non à celui qu'il s'était substitué, le commandement de payer a été déclaré nul et de nul effet¹²⁸.

149. La capacité de celui qui reçoit l'interpellation. Si, à l'égard de son auteur, la mise en demeure peut être considérée comme un acte conservatoire elle ne peut pas l'être à l'égard de son destinataire, sujet passif. Ce destinataire doit être capable de saisir le sens de la mise en demeure, c'est-à-dire, non seulement ce qui lui est demandé mais encore les conséquences de la demeure. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation a considéré que la mise en demeure « ne constitue pas un simple acte conservatoire » à l'égard de son destinataire¹²⁹. Celui-ci doit jouir d'une capacité étendue, c'est-à-dire de la capacité d'accomplir au moins des actes d'administration. Si celui-ci n'a pas, ou n'a plus, cette capacité, la mise en demeure qui lui est adressée n'a aucun effet. Ainsi, une mise en demeure adressée à une personne décédée¹³⁰ ou à un groupement dépourvu de la personnalité juridique¹³¹ est nulle et de nul effet. Est aussi « inopérante la mise en demeure adressée à l'entrepreneur principal qui se trouvait dessaisi, par l'effet du jugement de liquidation de biens, de l'administration et de la disposition de son patrimoine, alors qu'elle devait être adressée au liquidateur »¹³².

¹²⁷ Cass. civ. 1^{re}, 22 mai 1984, n° 82-16.813 : JurisData n° 1984-701011 ; Bull. civ. 1984, I, n° 166 ; JCP G 1984, IV, 243 ; RGAT 1984, p. 394. Pour d'autres exemples de confusion commise par l'assureur sur le destinataire de la mise en demeure, V. Y. Lambert-Faivre, *Droit des assurances* : Dalloz, 11^e éd. 2001, n° 473.

¹²⁸ CA Nancy, 1^{re} civ., 26 février 2001, n° 97/00065 : JurisData n° 2001-172959.

¹²⁹ Cass. civ. 3^e, 3 juillet 1996, n° 94-18.325 : JurisData n° 1996-002919 ; Bull. civ. III, n° 170 ; JCP G 1996, IV, 1995 ; JCP E 1996, pan. 1016 ; JCP G 1996, IV, 1995 ; RJDA 1996, n° 1328.

¹³⁰ Cass. civ. 1^{re}, 22 novembre 1994, n° 92-16.871 : JurisData n° 1994-002119 ; Bull. civ. I, n° 337 ; RGDA 1995, p. 75, note R. Maurice ; Resp. civ. et assur. 1995, comm. 27.

¹³¹ Cass. civ. 2^e, 18 novembre 2003, n° 02-30.756 : JurisData n° 2003-020979 ; Bull. civ. II, n° 338 ; JCP G 2004, IV, 1075 ; D. 2004, p. 32.

¹³² Cass. civ. 3^e, 3 juillet 1996, préc.

150. La représentation. La mise en demeure peut soulever des questionnements relatifs à la représentation du débiteur notamment en cas de redressement judiciaire ou de liquidation de ce dernier.

En cas de redressement judiciaire du débiteur, il convient de distinguer selon que l'administrateur est désigné pour représenter ce dernier ou seulement pour l'assister. S'il est investi d'une simple mission d'assistance, le débiteur est en droit de recevoir seul la mise en demeure¹³³. En revanche, quand l'administrateur représente le débiteur, la mise en demeure n'est valable et ne produit effet que si elle lui est également adressée¹³⁴. Après l'adoption du plan de cession, l'administrateur judiciaire ne reste en fonction que pour passer les actes nécessaires à la réalisation du plan ce qui fait qu'il n'a plus à recevoir des mises en demeure du débiteur¹³⁵.

En cas de liquidation judiciaire, le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire emportant de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens, et les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine étant exercés pendant toute la durée de la liquidation judiciaire par le liquidateur (C. com., art. L.641-9), la mise en demeure du débiteur doit normalement être adressée au liquidateur. A ainsi été cassé l'arrêt qui a considéré comme acquise la résiliation d'un contrat d'assurance pour non-paiement des primes alors que l'assureur avait adressé la mise en demeure à l'assuré en liquidation judiciaire et non au liquidateur¹³⁶.

151. L'effet relatif de l'acte. Nulle autre personne que le destinataire de la mise en demeure n'en subit les effets. Ainsi la mise en demeure de l'entrepreneur principal

¹³³ Cass. com., 12 janvier 2010, n° 08-20.659 : JurisData n° 2010-051063 (Arrêt rectifié pour erreur matérielle par Cass. com., 13 avril 2010, n° 08-20.659).

¹³⁴ V. CA Versailles, 28 septembre 2000 : RJDA 2001, n° 46 ; Rev. proc. coll. 2002, p. 191, obs. Roussel Galle, à propos de C. com., art. L.622-13.

¹³⁵ V. à propos de la mise en demeure de l'article L.132-20 du Code des assurances, Cass. com., 6 octobre 2009, n° 07-15.325 : JurisData n° 2009-049795.

¹³⁶ Cass. com., 15 novembre 2016, n° 14-27.045 : JurisData n° 2016-023987 ; Gaz. Pal. 10 janvier 2017, p. 66, note F. Kendérian.

ne fait pas courir de dommages-intérêts moratoires à l'égard du maître de l'ouvrage, quoique ce dernier en ait reçu la copie¹³⁷. Deux exceptions sont toutefois envisageables.

La première exception concerne le cas des codébiteurs solidaires du destinataire. La mise en demeure adressée à un seul des codébiteurs est non seulement valable, mais en plus, elle produit effet à l'encontre des autres et elle fait courir à leur égard les intérêts moratoires¹³⁸. En revanche, s'il n'y a pas solidarité, une mise en demeure doit être adressée à chacun. On parle de divisibilité de la mise en demeure à l'image de la divisibilité de l'obligation. Dès lors, en cas d'obligation simplement conjointe ou d'obligation *in solidum*, la mise en demeure d'un seul codébiteur n'a pas d'effet à l'égard des autres¹³⁹.

La seconde exception concerne l'action oblique. Un arrêt de la Cour de cassation rendu le 9 décembre 1970 a ainsi décidé que « si le créancier qui exerce, en vertu de l'article 1166 du Code civil, les droits de son débiteur, agit au nom de celui-ci, il agit en même temps en son nom propre, et il exprime ainsi formellement la volonté d'obtenir le remboursement de sa créance dans des conditions telles que son débiteur ne peut s'y tromper ; ce dernier se trouve donc en demeure »¹⁴⁰. Le débiteur se trouve donc dans ce cas en demeure alors que seul son débiteur a été destinataire de l'acte¹⁴¹.

c- La cause de l'acte opérant mise en demeure.

¹³⁷ Cass. civ. 3^e, 30 octobre 1991, n° 90-10.956 : JurisData n° 1991-002616 ; Bull. civ. 1991, III, n° 256 ; Cass. civ. 3^e, 3 juin 1992, n° 90-18.252 et n° 90-19.244 : JurisData n° 1992-001205 ; Bull. civ. 1992, III, n° 187.

¹³⁸ Article 1314 du Code civil (Anc. art. 1207) ; sur cette question, v. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *op. cit.* n° 1255 ; M. Mignot, Les obligations solidaires et les obligations *in solidum* en droit privé français : Dalloz, 2002, préf. Loquin. La solution contraire a été retenue en droit libanais où l'article 38 du COC dispose que « chacun des débiteurs solidaires n'est responsable que de son fait dans l'exécution de l'obligation, et la mise en demeure de l'un n'a pas d'effet à l'égard des autres ».

¹³⁹ V. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *op. cit.* n° 1243 et 1263. Il a ainsi été jugé qu'un « assureur ne pouvait, en vue de se prévaloir de la résiliation du contrat, adresser aux débiteurs conjoints un seul courrier de mise en demeure libellé à leurs deux noms, la circonstance qu'ils avaient déclaré une seule et même adresse ne le dispensant pas d'envoyer à l'un et à l'autre un courrier de mise en demeure » (Cass. civ. 2^e, 26 mars 2015, n° 14-13.327 : JurisData n° 2015-006616 ; RGDA 2015, p. 241, note M. Asselin).

¹⁴⁰ Cass. civ. 1^{re}, 9 décembre 1970, n° 69-10.403 : Bull. civ. 1970, I, n° 325 ; JCP G 1971, II, 16920, note M.D.P.S. ; RTDCiv. 1971, p. 629, obs. Loussouarn.

¹⁴¹ V. obs. crit. in Brenner, L'acte conservatoire, *op. cit.* n° 355, *ad notam*.

152. La cause de l'acte opérant mise en demeure réside dans le droit ou le titre en vertu duquel le créancier interpelle le débiteur. La question essentielle qui peut se poser sur ce plan concerne l'existence de la cause au moment de l'acte opérant mise en demeure¹⁴². Il arrive en pratique qu'un créancier soit tellement impatient de recouvrer sa créance qu'il adresse une mise en demeure à son débiteur avant son échéance. S'agit-il d'une mise en demeure prématurée et sans cause et par conséquent nulle et de nul effet ? Ou bien peut-on considérer que si le destinataire ne se trouve pas d'ores et déjà en demeure à la réception de l'acte, il le sera dès que sa créance devient exigible avec toutes les conséquences de droit que cela implique notamment quant au début du cours des intérêts moratoires ? En d'autres termes, la créance doit-elle être exigible le jour de la demande en justice ou le jour de la mise en demeure ?

153. Validité de la mise en demeure préventive ou *ad futurum*. S'appuyant sur le texte de l'ancien article 1186 du Code civil qui disposait « ce qui n'est dû qu'à terme ne peut être exigé avant l'échéance du terme »¹⁴³ la doctrine a considéré que « le débiteur ne peut être contraint de payer tant que le terme n'est pas expiré. C'est le lendemain de l'échéance du terme que des poursuites peuvent être exercées contre lui, car le jour de l'échéance lui appartient tout entier : *totus is dies arbitrio solventis tribui debet*. Il n'est pas en retard tant que ce jour n'est pas expiré. Serait donc nul un commandement fait avant l'expiration du dernier jour du terme »¹⁴⁴. La jurisprudence, elle aussi, ne semble pas favorable à la validité des mises en demeure préventives¹⁴⁵, notamment lorsque le paiement est quérable, c'est-à-dire lorsque le créancier doit, pour recevoir paiement, aller le chercher au domicile du débiteur ou adresser là-bas un courrier. En effet, il a été jugé que la mise en demeure ne pouvait valablement

¹⁴² V. N.-H. Mograbi, thèse préc., n° 10, spéc. n° 107.

¹⁴³ Le nouvel article 1305-2 du Code civil en reprend les mêmes termes.

¹⁴⁴ G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil* : Sirey, 1907, t. 13, *Obligations*, vol. II, p. 126.

¹⁴⁵ V. Cass. civ. 3^e, 4 avril 2001, n° 99-14.970 : *JurisData* n° 2001-009023 ; *Bull. civ.* 2001, III, n° 41 ; *JCP G* 2001, IV, 2034 ; *Resp. civ. et assur.* 2001, comm. 221 ; *RD imm.* 2001, p. 250, obs. Malinvaud ; *CA Paris*, 6^e ch., sect. C, 1 juillet 1997 : *JurisData* n° 1997-021764 ; *Loyers et copr.* 1997, comm. 257, obs. Vial-Pedroletti : un commandement de payer ne peut viser des termes non encore échus.

intervenir qu'après que le créancier eût vainement réclamé le paiement de la dette au domicile du débiteur¹⁴⁶. De même, il a été jugé pour les dettes fractionnées échelonnées dans le temps que les intérêts courent progressivement sur chaque fraction à compter des mises en demeure respectives de régler chacune des échéances et qu'en l'absence d'un accord sur un paiement anticipé les juges ne peuvent faire courir les intérêts moratoires sur les fractions de la dette qui ne sont pas encore exigibles au moment de la mise en demeure¹⁴⁷.

Cependant, la Cour de cassation avait, dans un arrêt ancien, admis la validité d'une mise en demeure délivrée au cours d'un délai de grâce¹⁴⁸. Cette solution dispense le créancier de délivrer une nouvelle mise en demeure au terme du délai de grâce, date qui marquera donc le point de départ des intérêts moratoires. Il est vrai que dans ce cas il ne s'agit pas d'une mise en demeure véritablement préventive car l'obligation est bien échue et exigible mais les effets de l'exigibilité sont freinés par l'octroi du délai de grâce qui retarde les poursuites contre le débiteur¹⁴⁹.

Si on se tourne vers le droit comparé on voit que l'article 71, 1° de la convention de Vienne du 11 avril 1980 relative à la vente internationale de marchandises¹⁵⁰ permet à l'acheteur qui estime que le vendeur ne s'acquittera pas de son obligation de livraison, et qui entend par conséquent différer le paiement du prix, de notifier immédiatement une mise en demeure à son cocontractant, sans attendre le jour prévu pour la livraison. Aussi la mise en demeure *ad futurum* est-elle admise en droit belge¹⁵¹.

¹⁴⁶ Cass. civ. 3^e, 23 octobre 1979, n° 78-11.577 : Bull. civ. 1979, III, n° 183 ; JCP G 1980, IV, 5 ; D. 1980, inf. rap. p. 18 ; Rev. loyers 1980, p. 19.

¹⁴⁷ Cass. civ. 2^e, 10 juin 2004, pourvoi n° 03-10.873 ; Cass. civ. 1^{re}, 4 novembre 2003, pourvoi n° 01-14.891 ; Cass. civ. 2^e, 14 février 2002, Bull. civ. II, n° 14, Dr. et patrimoine, mai 2002, n° 3092 p.92, Gaz. Pal. 2002.1, somm.864.

¹⁴⁸ Cass. civ., 4 avril 1900 : S. 1902, 1, p. 89 ; DP 1900, 1, p. 529 ; Gaz. Pal. 1900, 1, p. 625.

¹⁴⁹ V. à ce propos, *supra* n° 58.

¹⁵⁰ Conv. publiée par D. n° 87-1034, 22 déc. 1987 : Journal Officiel 27 Décembre 1987.

¹⁵¹ B. de Coninck, La mise en demeure (droit belge), in M. Fontaine et G. Viney, Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : LGDJ-Bruylant, 2001, p. 135, n° 34-36. La Cour de cassation belge a ainsi admis dans un arrêt rendu le 16 avril 2009, (La revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles, 2010, p. 1304) qu'« aucune disposition légale n'interdit que la sommation de payer

d- Un acte réceptice.

154. Un acte qui n'existe que par sa notification. En droit français, l'acte opérant mise en demeure est un acte réceptice¹⁵² qui n'existe que par sa notification à son destinataire. Ceci explique que le contentieux de la mise en demeure est fréquemment un contentieux de sa notification, notamment en ce qui concerne la forme et la preuve de la notification.

En droit libanais, l'article 257 du COC qui définit la mise en demeure du débiteur dispose que cette mise en demeure « résulte, en principe, d'une interpellation qui lui est adressée par le créancier (...) ». Est-ce que cela veut dire que la mise en demeure n'est pas en droit libanais un acte réceptice et qu'il suffit que l'interpellation soit adressée par le créancier au débiteur, sans attendre sa réception par ce dernier ? La réponse doit être négative et un arrêt déjà ancien de la Cour de cassation libanaise l'affirme clairement et décide qu'il ne suffit pas que le créancier envoie une interpellation au débiteur sans s'assurer qu'il la reçoive puisque la réception de l'interpellation est nécessaire dès lors que le but de celle-ci est de prouver formellement la non-exécution¹⁵³.

soit antérieure à l'exigibilité de la dette. En pareil cas, la sommation sortit ses effets dès l'exigibilité pour autant que la dette existe au moment où elle est faite ; cette règle n'est pas affectée par la circonstance que l'existence de la dette est contestée ».

¹⁵² « Réceptice » se dit des actes juridiques unilatéraux qui n'existent que par la notification qui en est faite à leur destinataire (G. Cornu, Vocabulaire juridique, préc. v° réceptice). V. Mignot, Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (X), LPA 6 mai 2016, p. 10.

¹⁵³ Cass civ., 28 mai 1998, décision n° 50, encyclopédie Baz, 1998, n°37, p. 189. La Cour de cassation libanaise considère par contre en matière de retard dans le paiement d'une prime d'assurance sur la vie que le seul envoi de l'acte opérant mise en demeure suffit pour caractériser la demeure et lui faire sortir ses effets. En effet, l'article 975 du COC prévoit qu' « à défaut du paiement à l'échéance de l'une des primes, l'effet de l'assurance est suspendu dix jours après la mise en demeure de l'assuré. Cette mise en demeure résulte de l'envoi d'une lettre recommandée adressée à l'assuré ou à la personne chargée du paiement des primes, à leur dernier domicile connu par l'assureur. Cette lettre doit indiquer expressément qu'elle est envoyée à titre de mise en demeure, rappeler la date de l'échéance de la prime et reproduire le texte du présent article ». Ces dispositions ont été interprétées par la Cour de cassation libanaise comme nécessitant la preuve par le créancier du dépôt de la lettre recommandée à la poste, non la preuve de sa réception par le débiteur (en ce sens : Cass. civ. lib., 12 juillet 1960, décision n° 59, Hatem n°41, p. 47, Bulletin Judiciaire 1960, p. 562. ; Cass. civ.lib., 14 juillet 2018, décision n° 98, revue Al-Adl, 2011., p. 1690 et s., Trib. 1^{re} instance du Mont-Liban, 24 octobre 2005, décision n° 148,

Toutefois, il a été clairement décidé que cette exception aux règles de la mise en demeure ne peut être étendue au-delà desdites dispositions de l'article 975 du COC¹⁵⁴.

155. Mode de notification de la mise en demeure. Le principe est que la notification d'une mise en demeure peut se faire par tout moyen sauf exceptions édictées par des dispositions législatives spéciales. Autrefois, le Code civil exigeait que la mise en demeure fût notifiée par un exploit d'huissier de justice, des exceptions étant prévues par la loi comme par exemple, en matière d'assurances, la loi du 13 juillet 1930 qui avait prévu une notification de la mise en demeure au moyen d'une lettre recommandée¹⁵⁵.

Depuis la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 toute forme de notification est, en principe¹⁵⁶, admise en droit français pourvu que cette notification remplisse bien son office : faire connaître la volonté de l'auteur de l'acte à son destinataire. Mais il reste à prouver cette notification de sorte que, en pratique, le choix entre les modes de notifications efficaces se fait entre la signification par exploit d'huissier¹⁵⁷ et l'envoi

revue Al Adl, 2006, tome 2, p. 815. ; CA du Mont-Liban, 11^e chambre civile, 26 octobre 2020, décision n° 11/2020, non publié). C'est la solution prévue en droit français par l'article R.113-1 du Code des assurances. La solution prévue par cet article qui va à l'encontre du caractère réceptice de la mise en demeure est originale en ce qu'elle prévoit que la date à retenir pour la mise en demeure est la date de l'envoi de la lettre recommandée et ceci, selon la jurisprudence, même si l'assuré arrive à prouver qu'il n'a pas reçu notification de l'acte (Cass. civ. 1^{re}, 4 novembre 1968, préc.: RGAT 1969, p. 212 ; Cass. civ. 1^{re}, 22 mai 1991, n° 89-21.042 : JurisData n° 1991-001399 ; Bull. civ. 1991, I, n° 160 ; RGAT 1991, p. 571, note R. Maurice ; Resp. civ. et assur. 1991, comm. 304) à cause par exemple d'une erreur de la Poste (Cass. civ. 2^e, 24 juin 1999 : Resp. civ. et assur. 1999, comm. 312, note Groutel ; JCP E 1999, p. 1522, note G. Courtieu ; Cass. civ. 1^{re}, 16 juin 1998, n° 95-21.066 : JurisData n° 1998-002746 ; Bull. civ. 1998, I, n° 212 ; Resp. civ. et assur. 1998, comm. 333)

¹⁵⁴ Cass. civ. libanaise, 12 juillet 1960, préc.

¹⁵⁵ C. assur., ancien art. 16, devenu C. assur., art. R. 113-1 ; V. H. Groutel, F. Leduc, P. Pierre et M. Asselain, *Traité du contrat d'assurance terrestre* : Litec, 2008, n° 746.

¹⁵⁶ Il existe des exceptions au principe du libre choix du mode de notification créés par des textes spéciaux ex. en matière de copropriété (l'article 64 du décret n° 67-223 du 17 mars 1967) ou de bail commercial (l'article L.145-17 et l'article L.145-41 du Code de commerce) mais ces dispositions ne nous concernent pas directement dans notre recherche car elles ne visent pas la mise en demeure qui fait courir les dommages-intérêts moratoires.

¹⁵⁷ En cas de notification de la mise en demeure par huissier de justice il s'agit techniquement d'une « signification » au sens de l'article 651, al.2 CPC. La validité de la mise en demeure est alors subordonnée à la validité de l'acte de signification lequel doit comporter diverses mentions obligatoires énumérées à l'article 648 du CPC (date, nom du requérant, de l'huissier, du destinataire).

d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception¹⁵⁸, surtout que la charge de la preuve de la notification pèse sur l'auteur de la mise en demeure¹⁵⁹. La forme de la notification de la mise en demeure peut d'ailleurs faire l'objet d'une stipulation particulière de la part des parties qui peuvent convenir d'une condition de validité de la mise en demeure tenant à la forme de sa notification, de sorte qu'en cas de manquement à cette condition la notification n'est pas valable et ne produit pas d'effet¹⁶⁰. La forme de sa notification devient ainsi une condition conventionnelle de validité de cet acte juridique qu'est la mise en demeure¹⁶¹.

156. Lieu de la notification. La mise en demeure doit être notifiée là où se trouve son destinataire. C'est le sens de l'article 654 du Code de procédure civile lorsqu'il précise que la signification doit être faite à personne. La notification doit donc être envoyée au domicile du débiteur. Si l'huissier chargé d'une signification ne parvient pas à délivrer l'acte en mains propres, il peut valablement signifier en remettant copie de l'acte à une autre personne se trouvant au domicile du destinataire (CPC, art. 655). L'élection de domicile, interdite en principe en tant qu'elle déroge aux règles de compétence (CPC, art 48), est valable pour la notification de mises en demeure, en application de l'article 111 du Code civil¹⁶².

¹⁵⁸ Depuis la réforme apportée par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, l'article 125-1, al. 2 du CPCE dispose que les huissiers de justice auront la possibilité d'inviter les débiteurs à participer à la procédure simplifiée de recouvrement des petites créances au moyen d'un « message transmis par voie électronique ». Cette faculté est conçue comme une alternative à l'envoi d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception, seule possibilité auparavant prévue. Cette évolution qui ne doit pas surprendre marque l'emprise accrue des nouvelles technologies de la communication et la dématérialisation corrélative des procédures dans le domaine des procédures civiles.

¹⁵⁹ V. à ce propos *infra* n° 158.

¹⁶⁰ Cass. civ. 1^{re}, 15 juin 1994 : JCP N 1994, II, 206 ; Defrénois 1994, p. 1532, note G. Vermelle ; V. M. Santa-Croce, De l'extension aux actes extrajudiciaires du régime des nullités des actes judiciaires : D. 1992, chron. p. 296.

¹⁶¹ Cassation au visa de l'article 1134 du Code civil de l'arrêt qui admet la validité de la notification réalisée par lettre simple alors que les statuts de l'association prescrivaient une notification par lettre recommandée avec accusé de réception, peu important qu'en fait la lettre avait réellement été notifiée : Cass. civ. 1^{re}, 21 novembre 2006, n° 05-11.916 : JurisData n° 2006-036066 ; Procédures 2007, comm. 33, obs. R. Perrot.

¹⁶² V. Cass. civ. 3^e, 16 février 1977, n° 76-10.508 : Bull. civ. 1977, III, n° 77 ; D. 1977, inf. rap. p. 233. En droit libanais ce sont les articles 397 et s. du Code de procédure civile qui prévoient les conditions de la validité de la notification.

157. Temps de la notification. La notification de la mise en demeure ne peut pas se faire valablement à n'importe quel moment. Les tribunaux considèrent que la notification accomplie sciemment pendant les vacances, à une époque où le destinataire est légitimement absent, est inefficace, notamment s'il s'agit de se prévaloir du jeu de la clause résolutoire¹⁶³. Cette solution est généralement fondée sur un manquement du créancier au devoir de loyauté dans l'exécution du contrat.

158. Preuve de la notification. La charge de la preuve de la mise en demeure en général, et de sa notification en particulier, pèse sur son auteur¹⁶⁴. L'objet de la preuve est double : prouver que le destinataire a pris connaissance de l'interpellation qui lui était adressée et prouver avec précision la date à laquelle la mise en demeure a eu lieu.

En effet, le destinataire peut prétendre n'avoir jamais reçu la lettre qui lui est envoyée. Ce problème n'a pas lieu si la mise en demeure est envoyée par lettre recommandée avec accusé de réception : la mention portée sur l'accusé de réception signé du destinataire fera preuve de la date de la notification¹⁶⁵. L'évolution des techniques modernes est parfois source de difficultés sur ce plan. Se pose ainsi la question de l'usage, de nos jours fort répandu, de la machine à affranchir. La jurisprudence, il est vrai dans des cas qui ne concernaient pas directement la notification d'une mise en demeure, semble donner des solutions discordantes. Tantôt elle estime que le matériel d'affranchissement est utilisé avec l'autorisation et sous le contrôle de l'administration postale pour accorder une foi totale à la date apposée sur l'enveloppe¹⁶⁶, tantôt elle lui refuse cette foi au motif qu'il n'est produit aucun document

¹⁶³ Cass. civ. 3^e, 16 octobre 1976 : Bull. civ. 1976, III, n° 529 ; Cass. civ. 3^e, 29 juin et 15 décembre 1976 : RTDCiv. 1977, p. 340, obs. G. Cornu. Rapp. Cass. civ. 3^e, 25 janvier 1983, n° 81-12.647 : Bull. civ. 1983, III, n° 21 ; RTDCiv. 1985, p. 163, obs. J. Mestre ; CA Aix-en-Provence, 4^e civ., sect. A, 13 oct. 1994 : JurisData n° 1994-046198

¹⁶⁴ Cass. civ. 1^{re}, 12 novembre 1982 : JCP G 1983, IV, 1 ; RGAT 1983, p. 353 ; CA Paris, 16 juin 1982 : Gaz. Pal. 1983, 1, somm. p. 14 ; CA Paris, 22 janvier 1985 : RGAT 1986, p. 360

¹⁶⁵ CPC, art. 669, al. 3 ; V. Cass. civ. 2^e, 10 mars 2005, n° 03-11.033 : JurisData n° 2005-027576 ; D. 2005, p. 984, obs. A. Astaix.

¹⁶⁶ Cass. civ. 1^{re}, 9 février 1982, Bull. civ. n° 64 concernant le point de départ d'une garantie automobile.

de nature à démontrer que les services postaux avaient délégué à l'utilisateur de la machine le pouvoir d'authentification de la date du dépôt du pli¹⁶⁷.

Pour ce qui l'en est de la preuve de la date de la notification l'importance de la question est capitale puisque cette date fait courir certains délais ou encore, ce qui nous importe dans notre présente recherche, détermine le point de départ des dommages-intérêts moratoires. Faut-il pour cela retenir la date d'envoi de la mise en demeure ou la date de sa réception ? Cette question ne se pose pas lorsque la mise en demeure est signifiée, c'est-à-dire notifiée par acte d'huissier, le recours à cet auxiliaire de justice permettant de retenir une date unique qui s'impose aussi bien au créancier qu'au débiteur et qui est celle de sa signification définie par l'article 653 Code de procédure civile comme étant « celle du jour où elle est faite à personne, à domicile, à résidence, au parquet ou, dans le cas mentionné à l'article 659, celle de l'établissement du procès-verbal ». En revanche, lorsque la mise en demeure est envoyée par voie postale, il existe un décalage entre la date d'expédition et la date de réception en raison du délai d'acheminement du courrier. Ce décalage fait que, pendant un certain temps, le débiteur ignore qu'il a été mis en demeure de s'exécuter par son créancier. Or, sauf à considérer qu'un débiteur peut être mis en demeure à son insu, la date de la mise en demeure ne peut être que le jour où celle-ci a été portée à sa connaissance, c'est-à-dire le jour de la réception de la lettre¹⁶⁸. Cette solution concerne aussi bien la mise en demeure notifiée par lettre simple que celle notifiée par lettre recommandée. Elle rejoint la solution retenue par l'article 668 du Code de procédure civile qui dispose que « la date de la notification par voie postale est [...] à l'égard de celui à qui elle est faite, la date de la réception de la lettre »¹⁶⁹. En application de l'article 669, alinéa 3, du code précité on doit considérer que la date de réception d'une telle mise en demeure est celle qui est apposée par l'administration des postes lors de la remise de la lettre à son destinataire. C'est ainsi que dans le cas du destinataire qui néglige de donner suite aux avis de passage du facteur, la Cour de cassation a cassé l'arrêt ayant retenu que la « mise en

¹⁶⁷ Cass. civ. 3^e, 8 juin 1994, AJPI 1995.132 (en matière de délai d'appel).

¹⁶⁸ En ce sens, N.-H. Mograbi, thèse préc., n^o 316 et s.

¹⁶⁹ J. Vincent et S. Guinchard, Procédure civile, 27^e éd., 2003, Dalloz, n^o 683 ; S. Guinchard [sous la dir. de], Droit et pratique de la procédure civile, 2021-2022, Dalloz Action, 10^e éd., n^o 1585 et 1586.

demeure a été régulièrement adressée à son destinataire par lettre recommandée avec avis de réception, peu important que celui-ci n'ait pas cru devoir la chercher à la poste et qu'elle ait été retournée au créancier avec la mention "non réclamée retour à l'expéditeur" »¹⁷⁰.

159. Preuve du contenu de la notification. Sauf le cas de la signification à personne par exploit d'huissier¹⁷¹, prouver la notification ne suffit pas à prouver la mise en demeure. En effet, la preuve de la réception d'une lettre missive, notamment par la production d'un accusé de réception, ne suffit pas pour prouver la connaissance du contenu de l'enveloppe et donc de la mise en demeure. Le destinataire, s'il a reçu la mise en demeure par voie postale, peut toujours prétendre que l'enveloppe « était vide, contenait du papier blanc ou encore des documents différents que ceux qu'indique l'expéditeur »¹⁷². Or la charge de la preuve du contenu de la lettre recommandée pèse en principe sur l'expéditeur¹⁷³. Dans cette hypothèse, c'est-à-dire quand le destinataire nie le contenu de l'enveloppe, « on peut seulement décider quel est ce contenu d'après les présomptions fournies par chaque partie »¹⁷⁴ : le juge devrait alors ordonner à l'expéditeur la production de la copie et au destinataire la production de l'original (CPC, art. 11, al. 2) pour se livrer à une vérification d'écriture et il règle alors les conflits de preuve par écrit en déterminant par tout moyen le titre le plus vraisemblable (article 1368 du Code civil). Cet inconvénient lié à l'usage des lettres simples explique que l'on

¹⁷⁰ Cass. soc., 25 mars 2003, n° 00-22.002 : JurisData n° 2003-018439 ; Bull. civ. 2003, V, n° 110; JCP G 2003, IV, 1958.

¹⁷¹ Dans ce cas la remise par l'huissier de la copie de l'acte à la personne du destinataire ou simplement à une personne présente à son domicile fait présumer la connaissance de la mise en demeure par son destinataire, présomption légale qui dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe et à l'encontre de laquelle la preuve contraire n'est pas admise (article 1354 du Code civil, anc. art. 1352), les tribunaux jugeant que la preuve que l'avis de passage laissé par l'huissier n'est pas parvenu à son destinataire n'affecte pas la signification : Cass. civ. 2^e, 12 nov. 1980, n° 79-15.199 : Bull. civ. 1980, II, n° 231 ; Cass. civ. 2^e, 18 janv. 1984, n° 82-15.456 : Bull. civ. 1984, II, n° 11.

¹⁷² B. Debray, La lettre recommandée dans la procédure civile et commerciale, D. 1968, chron. 155

¹⁷³ Cass. civ. 1^{re}, 22 février 1984, n° 82-15.916 : Bull. civ. 1984, I, n° 70 ; Gaz. Pal. 1984, 2, pan. p. 226 ; Cass. civ. 1^{re}, 2 juillet 1986 : RGAT 1986, p. 542.

¹⁷⁴ B. Debray, art. préc.

puisse toujours recourir à un acte d'huissier, même lorsque la loi a prévu une autre forme (CPC, art. 651, al. 3).

Acte juridique unilatéral, formel et réceptice, la mise en demeure est surtout, dans son fond, un acte comminatoire.

e- Un acte comminatoire.

160. La mise en demeure est un acte comminatoire dans le sens où, selon les termes de J. Carbonnier, cet adjectif n'est pas synonyme d'une simple menace, mais « au sens technique qu'y mettent les juristes, désigne une sanction destinée à exercer une pression psychologique par l'incertitude même de son application »¹⁷⁵. Elle contient ainsi les deux éléments essentiels qui caractérisent ce genre d'acte : une *prescription*, c'est-à-dire une interpellation suffisante, ferme et précise, assortie d'une *menace de sanction qui reste incertaine*¹⁷⁶.

161. L'acte comporte d'abord une prescription. En effet, toute mise en demeure intime un ordre à son destinataire et l'intimation doit être pressante et « suffisante » selon le terme utilisé à l'article 1344 du Code civil¹⁷⁷. Il s'agit d'inquiéter le destinataire, de le sortir de sa quiétude. Pour les créances monétaires, l'ordre a pour objet le paiement de la dette.

Aucune formule sacramentelle n'est *a priori* requise mais il faut que le contenu de l'acte fasse apparaître sans ambiguïté que l'auteur de la mise en demeure attend instamment quelque chose et la chose attendue doit être clairement identifiée¹⁷⁸.

¹⁷⁵ J. Carbonnier, Effectivité et ineffectivité de la règle de droit, in Flexible droit : LGDJ, 8^e éd. 1995, p. 143.

¹⁷⁶ V. N. Cayrol, Réflexions sur le comminatoire, Mélanges G. Forest, 2014, Dalloz, p. 75.

¹⁷⁷ Et l'ancien 1139 du Code civil.

¹⁷⁸ Cass. com., 30 oct. 1963 : JurisData n° 1963-098450 ; Bull. civ. 1963, III, n° 450 ; D. 1964, jurispr. p. 88 ; Gaz. Pal. 1964, 1, p. 136 ; Cass. com., 10 février 1966 : JurisData n° 1966-098089 ; Bull. civ. 1966, III, n° 89 ; D. 1966, jurispr. p. 399 ; Cass. com., 10 oct. 1967 : JurisData n° 1967-799314 ; Bull. civ. 1967, III, n° 314 ; D. 1967, jurispr. p. 752 ; Cass. 3^e civ., 24 mai 2000, n° 98-18.049 : JurisData n° 2000-002124 ; Bull. civ. III, n° 110 ; D. 2000, jurispr. p. 323, obs. Rouquet ; Gaz. Pal. 2001, p. 1404, obs. Brault ; JCP G 2000, IV, 2224 ; JCP N 2000, act. 1095 ; JCP E 2000, 1110).

L'interpellation ne doit donc pas être ambiguë, ni entachée de contradiction¹⁷⁹. « Seule une interpellation solennelle est de nature à cerner le sens du silence, à en extirper l'équivoque, à en définir inéluctablement la portée. Le créancier doit donc sommer son débiteur de s'exécuter. Une formulation plus indécise, tel un simple rappel des obligations du débiteur, ne saurait suffire à dissiper l'ambiguïté inhérente au seul défaut de s'exécuter sans s'en expliquer »¹⁸⁰. En effet, l'ambiguïté du comportement du créancier fait échec à la demeure du débiteur. Il est donc tenu d'exposer sa volonté résolue d'obtenir satisfaction dans les meilleurs délais étant donné que « la demeure doit son efficacité juridique à sa capacité d'élucidation de la signification de la passivité du débiteur »¹⁸¹. Il a été jugé, par exemple, que l'envoi de l'état récapitulatif des travaux exécutés ne constitue pas, en soi, mise en demeure de les payer¹⁸². En ce qui concerne les intérêts moratoires, il a été jugé que la mise en demeure doit contenir une sommation de payer une somme d'argent pour les faire courir à compter de sa date. Doit ainsi être cassé pour défaut de base légale l'arrêt qui accorde des intérêts moratoires à compter de la mise en demeure sans rechercher si celle-ci (en l'espèce, une assignation) contenait une sommation de payer une somme d'argent¹⁸³.

L'appréciation du caractère suffisant de l'interpellation valant mise en demeure relève du pouvoir souverain du juge du fond¹⁸⁴. Ce dernier apprécie souverainement la

¹⁷⁹ Cass. com., 17 février 2015, n° 13-27.117 : JurisData n° 2015-002983 ; JCP G 2015, 563, note Y. Dagorgne-Labbé : prive sa décision de base légale la cour d'appel qui ne recherche pas « si les mentions contradictoires du commandement de payer délivré à la société, qui ne précisait pas à quelle date la résolution du contrat serait acquise, et d'où résultait, au contraire, qu'en cas de non-paiement à l'issue d'un délai de huit jours, le créancier pourrait procéder à la saisie et à la vente des biens meubles pour le recouvrement de la créance, n'étaient pas de nature à empêcher le débiteur de prendre la mesure exacte des injonctions qui lui étaient faites et d'y apporter la réponse appropriée dans le délai requis »

¹⁸⁰ P. Rainville, *op. cit.*, p. 609.

¹⁸¹ P. Rainville, *op. cit.*, p. 610.

¹⁸² Cass. 3^e civ., 8 juin 1982, n° 81-12.273 : JurisData n° 1982-701237; Bull. civ. 1982, III, n° 144.

¹⁸³ Cass. 1^{re} civ., 11 mai 1964 : Bull. civ. 1964, I, n° 243 ; JCP G 1964, IV, 10.

¹⁸⁴ Cass. req., 28 février 1938 : Gaz. Pal. 1938, 1, p. 871 ; Cass. civ. 3^e, 31 mars 1971, n° 69-12.294 : JurisData n° 1971-098230 ; Bull. civ. 1971, III, n° 230 ; D. 1971, somm. p. 131 ; Cass. com., 5 oct. 1993, n° 91-13.921 : JurisData n° 1993-001876 ; Bull. civ. 1993, IV, n° 312 ; JCP G 1993, IV, 2524 ; Cass. cv. 1^{re}, 20 juin 1995, n° 93-16.959 : JurisData n° 1995-001599 ; Bull. civ. 1995, I, n° 267 ; JCP G 1995, IV, 2018 ; Cass. com., 17 février 2015, n° 13-17.076, F-P+B : JurisData n° 2015-003342 ; Bull. civ. IV, n° 35. On trouve cependant des arrêts qui trahissent un contrôle de la Cour de cassation sur l'appréciation du caractère suffisant de l'interpellation : Cass. civ. 3^e, 10 décembre 2015, n° 14-17.351 : JurisData n° 2015-027780; RGDA 2016, p. 36, obs. L. Karila.

fermeté ou non de l'interpellation à laquelle se livre le créancier¹⁸⁵. Aussi peut-il estimer insuffisante la lettre recommandée du créancier qui déclare « souhaiter que le protocole soit exécuté dans les meilleurs délais »¹⁸⁶.

Contenu inexact de l'interpellation. L'erreur commise par un créancier sur ce qu'il est réellement en droit d'attendre de son débiteur n'affecte pas la validité de la mise en demeure. La jurisprudence est aussi abondante que constante sur ce point. Ainsi un commandement fait pour une somme supérieure au montant réel de la dette demeure valable à concurrence de ce montant¹⁸⁷. Jugé aussi que la mention erronée de la date d'échéance portée sur la mise en demeure ultérieure est sans incidence¹⁸⁸.

Un délai raisonnable. Si aucun délai d'exécution n'est prédéterminé, ni par la loi, ni par la convention des parties, ce délai est fixé unilatéralement par l'auteur de la mise en demeure. La doctrine a toujours considéré que, même rigoureux, le délai minimum d'exécution impartit au débiteur doit être raisonnable en vertu du principe de bonne foi¹⁸⁹. La jurisprudence a ainsi refusé dans plusieurs arrêts de constater le jeu d'une clause résolutoire de plein droit au motif que le délai impartit dans la mise en demeure était excessivement bref et exclusif de toute bonne foi de la part du créancier¹⁹⁰. Le

¹⁸⁵ Cass. req. 13 janvier 1909, Gaz. Pal. 1909.1.457.

¹⁸⁶ Cass. civ. 1^{re}, 20 juin 1995, préc.

¹⁸⁷ Cass. civ. 3^e, 6 mai 1998: Bull. civ. III, n° 92 ; D. 1999. 172, note Ruellan et Lauba ; JCP 1998. II. 10180, note du Rusquec ; D. 1999, jurispr. p. 172, note Ruellan et Lauba ; Cass. civ. 1^{re}, 4 mai 1999: Bull. civ. I, n° 14.

¹⁸⁸ Cass. civ. 1^{re}, 21 janv. 1997, n° 94-15.847 : JurisData n° 1997-000274 ; Resp. civ. et assur. 1997, comm. 144. Toutefois, dans un arrêt du 2 mai 2012, la 3^e chambre civile de la Cour de cassation a choisi curieusement d'adopter une solution différente. Dans cet arrêt (Cass. civ. 3^e, 2 mai 2012, n° 11-11.997 : JurisData n° 2012-009307) il semble que la Cour de cassation ne reconnait bizarrement pas au créancier le droit de se prévaloir du montant réel de sa créance dans le cas où il a commis, dans la mise en demeure, une erreur au bénéfice de son débiteur. Elle a ainsi jugé qu'un copropriétaire ne pouvait être condamné au paiement d'intérêts au taux légal sur le montant des charges impayées (3 062 euros) dès lors que la mise en demeure ne portait que sur la moitié de cette somme (1 415 euros).

¹⁸⁹ V. P. Malinvaud, P. Jestaz, P. Jourdain et O. Tournafond, *Droit de la promotion immobilière* : Dalloz, 9^e éd. 2014, n° 286. Autrefois, on appelait ce délai le « délai moral » (C. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. XXVIII : Auguste Durand et Hachette et Cie, Paris, 1876, n° 531 ; N. H. Mograbi, *op. cit.*, n° 215).

¹⁹⁰ Cass. com., 2 juin 1958 : Bull. civ. III, n° 225 ; Cass. civ. 3^e, 16 oct. 1990, n° 89-15.670 : Rev. Loyers 1991, p. 19 ; Cass. civ. 3^e, 5 juin 1991, n° 89-21.166 : JurisData n° 1991-001497 ; Bull. civ. III, n° 163 ; JCP G 1991, IV, p. 304 ; Loyers et copr. 1991, comm. 334 ; RTDCiv. 1992, p. 92, obs. J. Mestre ; Cass. civ. 3^e, 11 mai 1995, n° 93-18.054 : Loyers et copr. 1996, comm. 219 ; Rev. Loyers 1996, p. 13.

nouvel article 1231 du Code civil tel que modifié par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 (art. 2), est venu consacrer cette exigence que le délai prévu dans l'acte opérant mise en demeure soit raisonnable « (...) les dommages et intérêts ne sont dus que si le débiteur a préalablement été mis en demeure de s'exécuter *dans un délai raisonnable* »¹⁹¹.

162. La prescription est assortie d'une menace incertaine. La prescription que contient la mise en demeure est assortie d'une menace, expresse ou tacite, de sanction en cas de manquement, la menace d'un contentieux. « Une mise en demeure n'est pas seulement une interpellation pressante à faire quelque chose ; elle est aussi la promesse, explicite ou implicite, que si rien n'est fait dans le délai imparti, le destinataire doit craindre une sanction »¹⁹². Toutefois, et sauf disposition légale ou conventionnelle contraire, un créancier n'est pas tenu en principe de faire mention de la sanction encourue dans la mise en demeure qu'il délivre à son débiteur qui est supposé connaître les termes du contrat et savoir quelles seraient les conséquences attachées à l'inexécution ou au retard dans l'exécution de ses obligations¹⁹³.

Toutefois, il arrive que le législateur fasse du rappel de la sanction encourue au sein de la mise en demeure une condition formelle de validité de cet acte. Il en est ainsi en matière de nantissement d'un compte d'instruments financiers où la mise en demeure prévue au paragraphe V de l'article L.211-20 du Code monétaire et financier doit contenir, à peine de nullité, l'indication qui suit : « faute de paiement, le nantissement pourra être réalisé par le créancier dans les huit jours ou à l'échéance de tout autre délai préalablement convenu avec le titulaire du compte nanti (...) »¹⁹⁴. De même, en cas de surendettement, et lorsque le débiteur ne parvient pas à rembourser le prêt qui lui a servi à acheter son logement, la banque prêteuse fera procéder à la vente forcée de

¹⁹¹ Ce délai raisonnable a aussi été exigé par l'article 1226 du Code civil pour la mise en demeure préalable à la résolution du contrat.

¹⁹² N. Cayrol, Jurisclasseur civil code, art. 1344 à 1344-2, Fasc. unique : Régime général des obligations – Extinction des obligations – Mise en demeure du débiteur, n° 61.

¹⁹³ Cass. com., 27 octobre 1953 : D. 1954, p. 201 ; Cass. soc., 10 janvier 1957 : Gaz. Pal. 1957, 1, p. 324 ; Cass. civ. 3^e, 23 février 1982 : RTDCiv. 1982, p. 619, obs. Rémy.

¹⁹⁴ C. mon. fin., art. D. 211-11, réd. D. n° 2009-297, 16 mars 2009, art. 1^{er} : JO 18 mars 2009.

l'immeuble. Mais auparavant, elle doit adresser au débiteur personne physique une sommation de payer lui indiquant que « s'il s'estime en situation de surendettement, il a la faculté de saisir la commission de surendettement des particuliers »¹⁹⁵ et cette mention, comme les autres mentions du commandement de payer valant saisie, est prescrite à peine de nullité¹⁹⁶.

Ceci étant dit, ce qui caractérise vraiment l'aspect comminatoire de la mise en demeure c'est le fait que la sanction dont la menace pèse sur le destinataire reste incertaine. Ni la sanction ni même le contentieux qu'elle annonce ne sont jamais sûrs. « La menace n'est comminatoire que si la condition de son exécution est susceptible d'être aménagée voire rapportée »¹⁹⁷. Selon Carbonnier, « la notion si remarquable du comminatoire, non pas au sens vulgaire de la simple menace, mais au sens technique qu'y mettent les juristes, désigne une sanction destinée à exercer une pression psychologique par l'incertitude même de son application »¹⁹⁸. En effet, au moment où la mise en demeure est adressée au débiteur, les intérêts moratoires ne sont qu'éventuels¹⁹⁹. Si le débiteur exécute dans le délai raisonnable qui lui est fixé le droit du créancier à des intérêts moratoires ne prend pas naissance. Ce n'est donc qu'un droit éventuel.

¹⁹⁵ Code de procédures civiles d'exécution, art. R. 321-3, 13°.

¹⁹⁶ Code de procédures civiles d'exécution, art. R. 321-3, *in fine*. Il arrive aussi que le législateur fasse du rappel de la sanction encourue au sein de la mise en demeure seulement une condition de mise en œuvre de la sanction encourue. C'est le cas en matière de résolution du contrat, que ce soit par le jeu d'une clause résolutoire expresse ou par voie de notification (dite parfois résolution unilatérale), où la mention expresse de la sanction encourue au sein de la mise en demeure constitue, non pas une condition de sa validité, mais une condition de la mise en œuvre de la sanction (article 1225, alinéa 2 et 1226, alinéa 2 du Code civil). A défaut d'une telle menace dans la mise en demeure, le débiteur serait en droit de contester la résolution par notification effectuée. Il a ainsi été décidé que cette référence ne doit pas être allusive (Cass. civ. 3^e, 31 octobre 1989, n° 88-12.590 : JurisData n° 1989-003810 ; Bull. civ. III, n° 200 ; Gaz. Pal. 1990, 1, pan. p. 4 : « La seule allusion à l'existence de la clause résolutoire insérée dans le bail commercial sans la mentionner explicitement ne remplit pas les conditions requises par la loi »).

¹⁹⁷ V. Comminatoire, Dictionnaire de droit privé français par Serge Braudo.

¹⁹⁸ J. Carbonnier, Effectivité et ineffectivité de la règle de droit, *in* Flexible droit : LGDJ, 8^e éd. 1995, p. 143.

¹⁹⁹ V. R. Demogue, Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance : RTDCiv. 1905, p. 723 ; J.-M. Verdier, Les droits éventuels. Contribution à la formation successive des droits : thèse Paris, Rousseau, 1955.

163. Un acte soumis à péremption ? La question s'est posée de savoir si la demeure dans laquelle se retrouve le débiteur est perpétuelle ou si elle est, au contraire, accessible à la péremption. Qu'advient-il de la mise en demeure lorsque le créancier ne fait plus rien après l'avoir délivrée ? Doit-on considérer que le débiteur reste en demeure aussi longtemps que la créance n'est pas elle-même atteinte par la prescription ? Le droit français contemporain²⁰⁰ ignore la surannation des actes extrajudiciaires²⁰¹ et aucune disposition particulière ne prévoit la caducité de l'acte de mise en demeure. Seule la caducité de la citation en justice fait l'objet de dispositions dans le Code de procédure civile²⁰². Celle-ci, comme tout ce qui emporte extinction de l'instance²⁰³, purge la demeure du défendeur. Il a ainsi été décidé que, « lorsqu'une nouvelle instance est introduite après une demande en justice périmée, eût-elle été précédée d'une mise en demeure, les intérêts moratoires ne sont dus, postérieurement à la péremption de la première instance, qu'à compter d'un nouvel acte de mise en demeure »²⁰⁴.

Quelle soit théoriquement justifiable ou non, la mise en demeure qui s'opère au moyen d'une interpellation formelle, réceptice et comminatoire adressée par le créancier à son débiteur après l'échéance de sa créance reste en principe, en droit français et libanais, une condition nécessaire pour considérer ce débiteur dans un état de retard juridique, ou de *mora*, justifiant le déclenchement du cours des intérêts moratoires à son égard. Toutefois, et par exception à ce principe, le droit considère dans certains cas que le débiteur qui tarde à exécuter son obligation devenue exigible se trouve *ipso facto* dans un état de demeure sans que le créancier ne lui ait adressé une

²⁰⁰ Sous réserve, en matière de saisie-vente des biens corporels, de l'article art. R. 221-5 du Code de procédures civiles d'exécution qui prévoit que « si, dans un délai de deux ans qui suit le commandement de payer, aucun acte d'exécution n'est intervenu, les poursuites ne peuvent être engagées que sur un nouveau commandement (...) ».

²⁰¹ Comme le droit libanais d'ailleurs. Autrefois, aux dires de Demolombe, les coutumes de certaines provinces et notamment de Bretagne, limitaient la durée des effets des actes extrajudiciaires à un an. Au-delà d'une année, l'acte était caduc, et la caducité de l'acte entraînait la disparition de ses effets (Traité des contrats, préc. n° 60, spéc. n° 539).

²⁰² Article 406 CPC.

²⁰³ Article 385 CPC : le désistement d'instance ou la péremption de celle-ci.

²⁰⁴ Cass. com., 25 février 2004, n° 01-13.588 : JurisData n° 2004-022750 ; Bull. civ. IV, n° 40 ; Bull. inf. C. cass. 2004, n° 683 ; JCP G 2004, IV, 1810.

quelconque interpellation. Le débiteur sera dans ces cas constitué en demeure à partir du moment où il n'exécute pas une obligation arrivée à terme et devenue exigible et du seul fait de cette inexécution sans aucun besoin qu'il soit rappelé à l'ordre.

§2- L'exception : le débiteur est constitué en demeure du seul fait de l'exigibilité de l'obligation.

164. Deux types de demeure peuvent coexister : la *mora* due à l'intervention du créancier et la *mora* directement liée à l'échéance du terme. Le droit romain en faisait deux catégories : la *mora ex persona*, nécessitant la manifestation unilatérale du créancier pour faire constater l'inexécution, et la *mora ex re* suffisamment établie par l'existence du terme²⁰⁵. En droit français et libanais, le débiteur est automatiquement considéré en demeure du seul fait de l'échéance du terme et de la réalisation de l'exigibilité de la créance dans deux hypothèses qui sont similaires dans leurs effets mais différents dans leurs fondements. C'est en premier lieu le cas lorsque, soit par prescription légale ou par accord entre les parties, la demeure du débiteur est acquise avant toute intervention de la part de son créancier (A). C'est aussi le cas lorsque l'état d'expectative qui fait partie de l'essence de l'état de demeure²⁰⁶ n'existe plus de sorte que l'idée même de demeure devient inconcevable : il en est ainsi lorsque l'inexécution est devenue définitive (B).

A- Une demeure acquise.

165. Il existe plusieurs hypothèses où la mise en demeure du débiteur par une intervention active de la part du créancier n'est pas nécessaire et ceci simplement parce que ce débiteur est déjà en demeure. Le principe de l'exigence d'une mise en demeure est ainsi émaillé par une série d'entorses qui, étant donné leur élargissement constant, font maintenant presque concurrence égale avec le principe. Elles sont généralement

²⁰⁵ R. Zimmermann, *The law of obligations*, 1996, Oxford university press, p. 791.

²⁰⁶ Sur l'état d'expectative qui définit la demeure v. *supra* n° 124.

l'œuvre de la loi ou de la jurisprudence (a) et procèdent parfois de la volonté des parties (b).

a- Des dispenses légales ou jurisprudentielles de mise en demeure.

166. Avant la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, l'ancien article 1153, alinéa 3, du Code civil réservait explicitement à l'exigence d'une mise en demeure du débiteur les cas de dispense légale et disposait ainsi que les intérêts moratoires « ne sont dus que du jour de la sommation de payer, ou d'un autre acte équivalent telle une lettre missive s'il en ressort une interpellation suffisante, *excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit* ». Les nouveaux textes issus de l'ordonnance de 2016 ne réservent pas explicitement cette exception mais les dispenses légales à l'exigence d'une mise en demeure continuent à exister au sein de diverses dispositions dans le code civil mais aussi dans d'autres codes spéciaux comme le code de commerce et le code de la consommation.

Si la situation d'urgence peut, d'une manière générale, justifier une dispense de mise en demeure comme c'est le cas dans le cadre de la résolution par notification²⁰⁷ ou encore dans l'exécution aux dépens²⁰⁸, les dispenses de mise en demeure puisent, en matière de créances monétaires, essentiellement à deux sources : elles reposent sur l'impératif de ponctualité des paiements et sont alors liées à l'objet de l'obligation (1)

²⁰⁷ L'article 1226 du Code civil relatif à la résolution par notification le prévoit explicitement : « sauf urgence, il [le créancier] doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable ». *Adde* : Décr. n° 67-223 du 17 mars 1967, art. 49, al. 3 : en matière de copropriété.

²⁰⁸ La jurisprudence y a vu aussi un motif de dérogation à la mise en demeure, l'urgence de la situation permettant ainsi au créancier de s'adresser directement au juge pour qu'il l'autorise à faire exécuter la prestation par un tiers, sans interpellation préalable du débiteur. V. Cass. civ., 2 juillet 1945, D. 1946. 4 ; RTDCiv. 1946. 39, obs. Carbonnier ; Cass. civ. 1^{re}, 28 juin 1988, n° 87-11.898, Bull. civ. I, n° 208 ; RTDCiv. 1989. 315, obs. Mestre ; Cass. civ. 3^e, 23 mai 2013, n° 11-29.011 : « sauf urgence, le bailleur ne doit rembourser au preneur les travaux dont il est tenu que s'il a été préalablement mis en demeure de les réaliser ». V. à ce sujet N. Cayrol, *JurisClasseur civil code*, art. 1344 à 1344-2, Fasc. unique : Régime général des obligations – Extinction des obligations – Mise en demeure du débiteur, n° 218.

ou constituent des mesures de faveur envers certaines catégories de créanciers qui, en raison de leur qualité ou leurs besoins, appellent une protection spécifique²⁰⁹ (2).

1- Des dispenses liées à la nature de l'obligation.

167. Plusieurs dispositions légales et solutions jurisprudentielles qui dispensent le créancier de mettre en demeure le débiteur qui tarde à exécuter son obligation monétaire sont liées à l'objet de cette obligation et visent à préserver l'impératif de ponctualité dans les paiements. On en relève quelques-uns.

Les pénalités de retard dans les transactions commerciales. Sous la pression de l'Union européenne, le législateur français a renforcé la lutte contre les retards de paiement qui gangrènent les rapports économiques²¹⁰. Depuis la loi NRE n° 2001-420 du 15 mai 2001 (JO 16 mai) concernant les rapports entre producteurs, prestataires de service, grossistes ou importateurs et leurs clients²¹¹, les pénalités de retard sont exigibles²¹² le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture et sans qu'un rappel soit nécessaire (ancien article L.441-6 du Code de commerce). Selon l'alinéa 8 de ce texte, les conditions de règlement de ces rapports entre professionnels « doivent obligatoirement préciser les conditions d'application et le taux d'intérêt des pénalités

²⁰⁹ V. David, Les intérêts des sommes d'argent, thèse, Coll. De la Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers, LGDJ, préface Ph. Remy, 2005, n° 255.

²¹⁰ G. Lardeux, La lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, CCC 2000. chron. 12.

²¹¹ Sur les dispositions de la loi NRE relatives au retard de paiement v. R. Gouyet, « La répression des retards de paiement dans les transactions commerciales à travers le prisme de la loi NRE », Contrats conc. consom. 2002, chr. n° 11, et pour une approche plus générale v. D. Guével, « Quelques aspects de la loi N.R.E. en matière de concurrence », Gaz. Pal. 2002.1, doctr.826 ; J. Rochfeld, « Nouvelles régulations économiques et droit des contrats », RTDCiv. 2001.671, n° 3.

²¹² Le terme « exigible » ne signifie pas que le créancier a l'obligation de les réclamer, il a simplement la possibilité de les réclamer ; le fait de ne pas exiger le paiement de ces pénalités n'est pas en soi répréhensible. Toutefois, une pratique consistant à exiger les pénalités de retard de paiement auprès de certains débiteurs et pas à d'autres a pu être considérée comme constitutive d'une pratique abusive au sens de l'(anc.) art. L.442-6-I-7o dans sa version en vigueur jusqu'au 19 mars 2014 (CEPC, avis n° 10-08 du 12 mai 2010). De plus, le vendeur qui renoncerait à réclamer le paiement de ces pénalités pourrait engager sa responsabilité civile pour pratique discriminatoire, sur le fondement de l'art. 36 [C. com., anc. art. L. 442-6], s'il peut être démontré que cette renonciation, effectuée sans contrepartie, a entraîné, par exemple, pour un concurrent de l'acheteur, un préjudice indemnisable (Rép. min. n° 18436: JOAN Q, 4 déc. 1995, p. 515).

de retard *exigibles le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture dans le cas où les sommes dues sont réglées après cette date* »²¹³. Depuis l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées ce sont les articles L.441-10 et suivants du Code de commerce qui traitent des délais de paiement. L'article L.441-10 (II) reprend les termes de l'ancien article L.441-6 et dispose que « les conditions de règlement mentionnées au I de l'article L.441-1 précisent les conditions d'application et le taux d'intérêt des pénalités de retard *exigibles le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture* », le délai de règlement des sommes dues ne pouvant, en application du premier alinéa de cet article, dépasser trente jours après la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation demandée. Le point de départ de ces intérêts de retard n'est donc pas lié à une éventuelle mise en demeure du débiteur²¹⁴.

En droit cambiaire, et en application de l'article L.511-45, I, 2^e du Code de commerce le porteur d'une lettre de change peut réclamer à celui contre lequel il exerce son recours les intérêts au taux légal à partir de l'échéance, c'est-à-dire sans qu'il y ait besoin de lui adresser au préalable une mise en demeure. Il en est de même pour le billet à ordre pour lequel les dispositions de l'article L. 511-45 de ce même code, parmi d'autres, sont applicables²¹⁵. Cette dispense d'une mise en demeure du débiteur s'explique par la réputation qu'a le droit commercial pour sa rigueur qui passe par la ponctualité des paiements. En effet, la célérité des transactions n'est pas compatible avec la pratique d'un constat formel du retard par l'intermédiaire d'une mise en demeure.

En droit de la consommation, une autre dispense légale de mise en demeure a été prévue pour les arrhes versés d'avance pour tout contrat de vente ou de prestation de services conclu entre un professionnel et un consommateur. En effet, l'article L.214-2 du Code de la consommation créé par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016

²¹³ Nous soulignons.

²¹⁴ Sur ce texte, V. M.-P. Wagner, Pénalités de retard : encore des interrogations : D. 2004, p. 2634 ; Voir D. Ferrier et D. Ferré, La réforme des pratiques commerciales, D. 2008. 2234.

²¹⁵ Article L.512-3 C. com.

dispose que « lorsque le contrat de vente porte sur un bien mobilier, toute somme versée d'avance sur le prix, quels que soient la nature de ce versement et le nom qui est donné dans l'acte, est productive, au taux légal en matière civile, d'intérêts qui commencent à courir à l'expiration d'un délai de trois mois à compter du versement jusqu'à la livraison (...). Lorsque le contrat porte sur une prestation de services, les sommes versées d'avance portent intérêt au taux légal à l'expiration d'un délai de trois mois à compter du versement jusqu'à l'exécution de la prestation (...) »²¹⁶, et ces dispositions sont d'ordre public²¹⁷.

Les sommes allouées judiciairement. S'il avait été jugé que les intérêts moratoires dus pour le retard dans le versement d'une indemnité accordée par un jugement ne courent, en l'absence de toute disposition contraire de celui-ci, qu'après mise en demeure²¹⁸, cette solution a été écartée par la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 (D. 1985.371, rect. 588) introduisant l'article 1153-1 du Code civil selon lequel « en toute matière, la condamnation à une indemnité emporte intérêts au taux légal même en l'absence de demande ou de disposition spéciale du jugement. Sauf disposition contraire de la loi, ces intérêts courent à compter du prononcé du jugement à moins que le jugement n'en décide autrement ». Après la réforme apportée par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 c'est le nouvel article 1231-7 qui reprend les mêmes dispositions. La signification de la décision de justice, qui vaut mise en demeure, n'est donc pas exigée pour faire courir les intérêts simples sur les créances judiciaires. Elle n'est exigée que pour la majoration de 5 points de l'intérêt légal à l'expiration d'un délai de deux mois à compter du jour où la décision est devenue exécutoire²¹⁹ puisque, comme le décide la Cour de cassation, ce délai de deux mois commence à courir non pas du jour du prononcé de l'arrêt d'appel mais du jour de sa signification à la partie perdante²²⁰.

²¹⁶ Cet article reprend les dispositions des anciens articles L.122-3 et L.131-1 du Code de la consommation.

²¹⁷ Article L.214-4 C. cons.

²¹⁸ Cass. civ. 2^e, 24 janvier 1974, Bull. civ. II, n° 42.

²¹⁹ Sur cette question de majoration du taux de l'intérêt légal v. *infra* n° 293 et s.

²²⁰ Cass. civ. 3^e, 3 juin 1992, Bull. civ. 1992, III, n° 189 ; JCP G 1992, IV, 2223 ; RTDCiv. 1992, p 645.

Outre les cas objectifs de dispense d'une mise en demeure reposant sur l'impératif de ponctualité des paiements et liés à la nature de l'obligation, il existe des cas de dispense légale subjectifs liés à la qualité des parties.

2- *Des dispenses liées à la qualité des parties.*

168. Le législateur vise par certaines dispenses de mise en demeure à favoriser un créancier qu'il trouve, pour une raison ou une autre, digne d'intérêt. Par d'autres dispositions il vise à sanctionner un débiteur particulièrement indélicat.

169. Une volonté de favoriser un créancier digne d'intérêt. Cette volonté s'exprime dans divers cas où, par exception au principe établi à l'article 1231 du Code civil, le législateur décide que les intérêts moratoires commencent à courir à une date autre que la date de la mise en demeure du débiteur, ce qui revient à exclure toute nécessité d'une mise en demeure de ce dernier. Il en est ainsi pour la communauté créancière d'une récompense (art 1473 C. civ.²²¹), pour la dette d'un héritier sujette à rapport à ses cohéritiers (art. 856 du code civil²²²), pour le bénéficiaire d'une dot (art. 1440 C. civ.²²³), pour l'indemnité de réduction en cas de réduction de libéralités excessives (article 924-3 C. civ.²²⁴), pour le reliquat qui lui est dû au mineur par son tuteur (art 474 C. civ. dans sa version qui était en vigueur jusqu'au 1^{er} janvier 2009, avant sa modification par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007), pour les avances faites par le mandataire (art. 2001 C. civ.²²⁵). En matière de gestion d'affaires, l'ancien article

²²¹ « Les récompenses dues par la communauté ou à la communauté portent intérêts de plein droit du jour de la dissolution.

Toutefois, lorsque la récompense est égale au profit subsistant, les intérêts courent du jour de la liquidation »

²²² En application de cet article les intérêts ne sont dus qu'à compter du jour où le montant du rapport est déterminé.

²²³ Les intérêts « courent du jour du mariage, encore qu'il y ait terme pour le paiement, s'il n'y a stipulation contraire ».

²²⁴ Cette indemnité qui est, sauf accord entre les cohéritiers, payable au moment du partage, est productive d'intérêt au taux légal à compter de la date à laquelle le montant de l'indemnité de réduction a été fixé

²²⁵ L'intérêt de ces avances faites par le mandataire lui est dû par le mandant à dater du jour des avances constatées.

1375 du Code civil avant sa modification par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 permettait au gérant de réclamer le remboursement de « toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites » et un arrêt déjà ancien avait considéré que, par analogie avec la solution posée par l'article 2001 pour les avances faites par le mandataire, le gérant avait droit aux intérêts depuis le jour où les avances ont été constatées²²⁶. Le nouvel article 1301-2 du Code civil, créé par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 (art. 2) est venu consacrer cette solution jurisprudentielle et dispose clairement que « les sommes avancées par le gérant portent intérêt du jour du paiement ». De plus, les intérêts accordés de plein droit par la loi à la caution qui a payé en application de l'article 2305 du Code civil²²⁷ sont dus à compter de son paiement au créancier et non du jour d'une éventuelle sommation de payer adressée au débiteur. En effet, la Cour de cassation avait décidé que lorsque les intérêts étaient attribués de plein droit par la loi l'ancien article 1153, al. 2 du Code civil ne trouvait plus application ; il en est ainsi notamment de ceux accordés par l'(anc.) art. 2028 al. 2, C. civ. à la caution qui a payé²²⁸.

170. Une volonté de sanctionner un débiteur particulièrement indélicat.

Comme il vise à favoriser des catégories de créanciers qu'il trouve dignes de protection, le législateur cherche par d'autres dispositions qui écartent, explicitement ou implicitement, toute nécessité d'adresser au débiteur une mise en demeure, à sanctionner en quelque sorte un débiteur qu'il trouve particulièrement indélicat. C'est le cas par exemple pour le mandataire ayant employé à son usage personnel les sommes perçues pour le compte de son mandant (art 1996 C. civ) et qui en doit l'intérêt à compter de cet emploi²²⁹. C'est aussi le cas pour l'acheteur d'une chose ayant produit des fruits ou autres revenus (C. civ., art. 1652)²³⁰ et pour l'associé qui devait apporter

²²⁶ Cass. civ. 1^{re}, 12 juin 1979, Bull. civ. I n° 173.

²²⁷ Qui a repris les termes de l'ancien article 2028 de ce code.

²²⁸ Cass. civ. 1^{re}, 26 avril 1977: Bull. civ. I, n° 187.

²²⁹ Alors qu'il ne doit l'intérêt des sommes dont il est reliquataire qu'à compter du jour qu'il est mis en demeure.

²³⁰ L'acheteur doit dans ce cas l'intérêt du prix de la vente jusqu'au paiement du capital.

une somme dans la société et qui ne l'a point fait et qui « devient de plein droit et sans demande, débiteur des intérêts de cette somme [...] et ce sans préjudice de plus amples dommages-intérêts » (art. 1843-3 alinéa 5 C. civ.), ainsi que pour celui qui aurait reçu une somme de mauvaise foi et qui doit les intérêts à compter du paiement (art. 1352-7 du C. civ.)²³¹.

La dispense d'une mise en demeure du débiteur est l'œuvre non seulement de la loi ou de la jurisprudence mais peut aussi bien résulter de l'accord des parties qui, sauf quand la loi l'interdit explicitement, peuvent convenir comme elles le trouvent convenable à ce sujet.

b- Une possible dispense conventionnelle de mise en demeure.

171. Une possibilité consacrée dans les textes. Les parties peuvent convenir que le débiteur sera en demeure par le seul fait que le terme qui lui est accordé sera expiré sans qu'il ait exécuté son obligation. Cette possibilité était prévue expressément par l'ancien article 1139 C. civ. qui disposait que « le débiteur est constitué en demeure, soit par une sommation ou par autre acte équivalent [...], soit par l'effet de la convention lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure ». Aujourd'hui, et depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, c'est l'article 1344 qui dispose régit cette dispense conventionnelle et dispose que « le débiteur est mis en demeure de payer soit par une sommation ou un acte portant interpellation suffisante, soit, si le contrat le prévoit, par la seule exigibilité de l'obligation »²³². La dispense conventionnelle de mise en demeure peut ainsi découler d'une convention expresse ou tacite (1). Cette possibilité n'est toutefois pas sans certaines limites (2).

²³¹ Ancien art. 1378 C. civ. Sur la question des intérêts moratoires sur les créances de restitution v. *infra* n° 447 et s. En droit libanais, cette dispense de mise en demeure dans le cas où « la prestation à effectuer consiste dans la restitution d'une chose que le débiteur (...) avait reçue indûment et en connaissance de cause » est prévue à l'article 258, 3° du COC.

²³² Notons que l'« échéance du terme » a été heureusement remplacée par la plus précise « exigibilité de l'obligation ». Sur le rapport entre l'exigibilité et l'échéance, v. *supra* n° 21.

I- Une convention expresse ou tacite.

172. Une exigence prévue par les textes. Selon les termes de l'article 1344 du Code civil, comme ceux de l'ancien article 1139, il ne suffit pas qu'un terme soit prévu dans convention pour dire que les parties ont dispensé le créancier de mettre en demeure le débiteur, encore faut-il que la convention prévoie expressément qu'à l'échéance de ce terme et quand la créance est devenue exigible, et sans qu'il soit besoin d'acte, le débiteur sera considéré en demeure²³³. Sous l'empire de l'ancien article 1139 la Cour de cassation décidait que le juge du fond ne peut se contenter de retenir l'absence de justification d'une mise en demeure sans rechercher si les parties, qui avaient fixé un terme pour l'achèvement des travaux, n'avaient pas eu l'intention de dispenser le créancier de l'obligation de toute mise en demeure²³⁴. Elle laissait ainsi au pouvoir souverain des juges du fond l'interprétation de la volonté implicite des parties et décidait que « les juges du fond estiment souverainement que les parties ont convenu que le vendeur serait mis en demeure par la seule échéance du terme »²³⁵. La jurisprudence attachait ainsi une importance particulière au caractère stricte des délais d'exécution prévus par la convention pour en déduire un accord implicite d'écarter la

²³³ Dans un arrêt rendu par la 1^{re} chambre civile le 3 juin 2015 (arrêt n° 14-15655, Bull. civ., I, 2015, n° 131 ; Bulletin numérique des arrêts publiés ('P') des chambres civiles) la Cour de cassation réaffirme la validité de la dispense conventionnelle de mise en demeure tout en rappelant la nécessité qu'elle soit prévue explicitement : « Attendu que, si le contrat de prêt d'une somme d'argent peut prévoir que la défaillance de l'emprunteur non commerçant entraînera la déchéance du terme, celle-ci ne peut, sauf disposition expresse et non équivoque, être déclarée acquise au créancier sans la délivrance d'une mise en demeure restée sans effet, précisant le délai dont dispose le débiteur pour y faire obstacle ».

En droit libanais, l'article 258 du COC prévoit, d'une manière plus large, que la mise en demeure cesse d'être exigée « lorsque l'obligation était affectée d'un terme, actuellement échu, et qui avait été inséré, au moins partiellement, dans l'intérêt du débiteur ». Il suffit donc qu'un terme dans l'intérêt, même partiel, du débiteur soit prévu dans convention pour dire que le créancier est dispensé de le mettre en demeure sans même que la convention prévoie expressément qu'à l'échéance de ce terme et quand la créance est devenue exigible, et sans qu'il soit besoin d'acte, le débiteur sera considéré en demeure.

²³⁴ Cass. civ. 3^e, 17 novembre 1971, Bull. civ. III, n° 564 ; 7 mars 1969, JCP 1970. II. 16461, note Prieur.

²³⁵ Cass. com., 3 nov. 1972 : Gaz. Pal. 1973, 2, p. 533, 2^e esp.). Jurisprudence bien établie (V. Cass. req., 16 mai 1882 : D. 1883, 1, p. 175 ; Cass. civ., 18 octobre 1927 : S. 1928, 1, p. 22 ; DH 1927, p. 510 ; Cass. req., 21 juin 1933 : DH 1933, p. 412 ; Cass. req., 28 février 1938 : Gaz. Pal. 1938, 1, p. 871 ; Cass. soc., 3 juill. 1953 : D. 1954, jurispr. p. 615 ; Cass. civ. 3^e, 24 mars 1971, n° 69-12.444 : Bull. civ. 1971, III, n° 214 ; Cass. civ. 2^e, 25 novembre 1992 : Bull. civ. 1992, II, n° 275 ; Cass. civ. 3^e, 9 juin 1999, n° 97-20.977 : JurisData n° 1999-002335 ; Bull. civ. 1999, III, n° 131 ; Contrats, conc. consom. 1999, comm. 154, obs. Leveneur. V. P. Collomb, thèse préc., n° 208.

nécessité d'une mise en demeure²³⁶. Les juges du fond devaient « rechercher si la nature des engagements souscrits, le caractère strict des délais, spécialement négociés, stipulés à la convention pour l'accomplissement d'obligations dont le créancier avait intérêt à obtenir l'exécution immédiate et dont les débiteurs ne pouvaient ignorer qu'elles étaient essentielles à la poursuite de la convention, n'impliquaient pas une renonciation tacite à l'exigence d'une mise en demeure»²³⁷. La stipulation selon laquelle un bien doit être livré ou un service accompli dès la conclusion du contrat dispenserait ainsi de mise en demeure²³⁸. En droit bancaire, c'est en vertu d'une convention tacite que la jurisprudence et la doctrine admettent depuis longtemps déjà que « le solde d'un compte courant porte intérêt de plein droit à compter de sa clôture sans mise en demeure préalable »²³⁹. Il a aussi été décidé que le court laps de temps entre la signature de l'acte et le terme convenu peut indiquer la volonté des parties de dispenser le créancier de procéder à une mise en demeure en cas de non-exécution à la date fixée²⁴⁰. De même, la stipulation de pénalités de retard immédiatement exigibles suffirait à évincer la mise en demeure²⁴¹.

173. Le cas de la clause pénale. La seule insertion d'une clause pénale dans une convention ne vaut pas implicitement dispense de mise en demeure. En effet, l'ancien article 1230 C. civ. disposait que « soit que l'obligation primitive contienne, soit qu'elle ne contienne pas un terme dans lequel elle doit être accomplie, la peine n'est encourue

²³⁶ Cass. civ. 1^{re}, 18 mai 1966 : Bull. civ. 1966, I, n° 306 ; Cass. com., 18 octobre 1976, n° 74-14.819 : Bull. civ. 1976, IV, n° 261 ; Cass. com., 8 octobre 2002, n° 01-01.200 : JurisData n° 2002-015769 ; Bull. civ. 2002, IV, n° 138 ; RTDCiv. 2003, p. 503, obs. Mestre et Fages, arrêt se référant à la « nature des engagements souscrits », au « caractère strict des délais, spécialement négociés » et à « l'intérêt du créancier à obtenir une exécution immédiate ».

²³⁷ Cass. com., 8 octobre 2002, RTDCiv. 2003.503.

²³⁸ Cass. civ., 28 février 1938, Gaz. Pal. 1938, I, 871 ; Paris, 28 mars 1990, D. 1990, I.R., 98.

²³⁹ Cass. com., 4 novembre 1981 : Bull. civ. IV, n° 378 ; F. Grua, Les contrats de base de la pratique bancaire : Litec, 2000, n° 96. A noter qu'il s'agissait dans ce cas d'un solde débiteur.

²⁴⁰ Cass. civ. 3^e, 19 février 1986, Gaz. Pal. 1986, Pan.137. Voir aussi Cass. com. 8 oct. 2002, RTDCiv. 2003.503, note 108 ; A. Cathelineau, Le retard en droit civil (1^{re} partie), L.P.A. 1998.103.4, sous la note 31.

²⁴¹ V. par ex. Req. 7 mars 1933, DH 1933. 218 ; Cass. civ. 1^{re}, 18 mai 1966, Bull. civ. I, n° 306 ; Cass. com. 8 octobre 2002, n° 01-01.200, Bull. civ. IV, n° 138, RTDCiv. 2003. 503, obs. J. Mestre et B. Fages.

que lorsque celui qui s'est obligé soit à livrer, soit à prendre, soit à faire, est en demeure ». Sous l'empire de cet article il a ainsi été jugé, qu'en soi, « la clause pénale n'implique pas que les parties aient entendu se dispenser de la formalité de la mise en demeure »²⁴² et que, en cas de non-paiement du montant de la clause pénale, les intérêts moratoires (au taux légal) sont dus à compter du jour de la sommation de payer²⁴³. Toutefois, et en dépit des termes de l'ancien article 1230 C. civ.²⁴⁴, il a parfois été jugé qu'une clause pénale pouvait être exigée sans mise en demeure préalable et ceci dans l'hypothèse où elle sanctionnait la défaillance d'une condition suspensive²⁴⁵. De même, faisant usage de leur pouvoir souverain, les juges du fond ont parfois considéré que la seule présence d'une clause pénale dans le contrat peut être interprétée comme rendant inutile tout rappel à l'ordre du débiteur, c'est-à-dire comme une dispense de mise en demeure²⁴⁶. Certains auteurs critiquent ces solutions qui font de la seule présence d'une clause pénale dans le contrat une raison suffisante pour exclure la nécessité d'une mise en demeure du débiteur et considèrent qu'elles sont synonymes de dévoiement des principes²⁴⁷. D'autres auteurs, comme X. Lagarde, approuvent et considèrent que l'inclusion d'une clause pénale dans le contrat vaut dispense de mise en demeure, l'obligation assortie d'une clause pénale étant de ce seul fait stipulée avec un délai d'une certaine rigueur²⁴⁸.

Avec le nouvel article 1344 du Code civil tel que modifié par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 il est permis de douter que cette tendance de la jurisprudence à chercher dans la nature des engagements souscrits, le caractère strict des délais

²⁴² Cass. civ. 3^e, 20 janvier 1976, n° 74-130422, Bull. civ. 1976, III, n° 23, JCP G 1976, IV, 84.

²⁴³ Cass. civ. 3^e, 25 novembre 1998, n° 96-22.910, RCA 1999, n° 7.

²⁴⁴ Le nouvel article 1231-5 du Code civil, issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, reprend, en des termes plus résumés, les dispositions de l'ancien article 1230 et dispose que « sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure ».

²⁴⁵ Cass. com., 28 novembre 1978, Bull. civ. IV, n° 282.

²⁴⁶ Cass. civ. 3^e, 7 mars 1969 : JCP G 1970, II, 16461, note Prieur ; Bull. civ. 1969, III, n° 208 ; CA Versailles, 20 oct. 1981 : Gaz. Pal. 1983, 1, somm. p. 116 ; Cass. civ. 3^e, 9 juin 1999, n° 97-20.977 : JurisData n° 1999-002335, préc. : Bull. civ. 1999, III, n° 131 ; Contrats, conc. consom. 1999, comm. 154, obs. Leveneur.

²⁴⁷ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, préc., n° 1082.

²⁴⁸ X. Lagarde, préc., p. 426.

d'exécution ou tout autre circonstance de l'accord, une volonté implicite des parties de dispenser le créancier d'une éventuelle mise en demeure du débiteur, puisse perdurer. En effet, les termes de l'article 1344 sont clairs : « le débiteur est mis en demeure de payer soit par une sommation ou un acte portant interpellation suffisante, soit, *si le contrat le prévoit*²⁴⁹, par la seule exigibilité de l'obligations ». La dispense conventionnelle d'une mise en demeure ne serait donc envisageable que si les parties prévoyaient explicitement dans le contrat que le débiteur est mis en demeure par la seule exigibilité de l'obligation. L'article 1344 doit donc être interprété strictement et une expression explicite de la volonté des parties devrait seule être prise en considération. A notre connaissance, il n'y a jusque-là pas d'arrêts de Cour d'appels ou de la Cour de cassation qui se soient prononcés sur cette question.

Dans tous les cas, il est clair que la possibilité d'une dispense conventionnelle de mise en demeure du débiteur n'est pas sans limites.

2- Des limites à la possibilité de dispense conventionnelle.

174. La validité des clauses qui dispensent le créancier de la formalité de mise en demeure ne fait pas de doute au regard des termes de l'(anc.) article 1139 et du nouvel article 1344 du Code civil. Ceci est vrai lorsque la règle imposant la charge de la mise en demeure n'est pas d'ordre public. En revanche, lorsque la nécessité de la mise en demeure préalable est imposée par une règle d'ordre public, il n'est pas permis d'y déroger par convention. Certaines de ces limites à la possibilité de dispense conventionnelle de mise en demeure tiennent à des réglementations d'ordre public spécifiques à certaines conventions. Ainsi en est-il en matière de baux commerciaux pour lesquels il a été jugé que « l'exigence de la mise en demeure est d'ordre public »²⁵⁰, ou encore en matière de contrat d'assurance (art. L.111-2 et L.113-3 du Code de l'assurance), et de construction immobilière (CCH, art. L.222-4 et L.261-13) où les réglementations présentent un caractère d'ordre public. D'autres limites tiennent à certaines règles générales applicables à toutes les conventions telle la réglementation

²⁴⁹ Nous soulignons.

²⁵⁰ Cass. com., 20 décembre 1962 : Bull. civ. III, n° 528.

relative aux clauses abusives. La doctrine considère ainsi que la réglementation relative aux clauses abusives pourrait faire obstacle, dans les contrats conclus entre consommateur et professionnel, à la validité d'une clause sanctionnant par la résolution de plein droit et sans mise en demeure préalable une inexécution quelconque du contrat par le consommateur²⁵¹.

Quelle que soit son origine, légale, jurisprudentielle ou conventionnelle, l'idée derrière la dispense de mise en demeure du débiteur est que la demeure de ce dernier est déjà acquise de sorte qu'il n'est plus nécessaire d'œuvrer pour la réaliser. Cette dispense ne doit toutefois pas être confondue pour une dispense de prouver le retard dans l'exécution d'une obligation. Même s'il n'est pas nécessaire pour le créancier de le constater formellement par une interpellation qu'il adresse à son débiteur, il doit quand même prouver que l'obligation n'a pas été exécutée à son échéance. Cette preuve pourra être rapportée par tous moyens, puisque l'inexécution d'une obligation, même contractuelle, reste un fait juridique²⁵².

En revanche, lorsque l'inexécution est devenue définitive, l'état d'expectative qui fait définir la demeure n'existe plus de sorte que l'idée même de demeure devient inconcevable. Dès lors, il n'y a plus lieu d'adresser au débiteur un acte formel qui le mette en demeure non parce que cet acte serait superflu mais parce que, précisément, l'état de demeure n'est plus envisageable.

B- Une demeure inconcevable.

175. Si l'appréhension excessivement restrictive du retard du débiteur dont témoigne l'exigence d'une mise en demeure de ce dernier par une intervention active de la part de son créancier a poussé certains auteurs à proposer de faire dépendre le retard du débiteur uniquement du contenu de l'obligation, c'est-à-dire de déconnecter « *mora* » et « *interpellatio* » de telle sorte que la mise en demeure se bornerait alors à avertir le débiteur sans être constitutive du manquement, lequel devrait uniquement

²⁵¹ C. Paulin, La clause résolutoire, thèse Toulouse, LGDJ, 1996, préf. J. Devèze, n° 293.

²⁵² Cass. civ. 2^e, 11 janvier 1995, D. 1995, I.R. 25 ; J.C.P. 1995. IV. 589.

être apprécié en fonction des termes de la promesse²⁵³, et si la jurisprudence semblait rejoindre petit à petit ce courant sans le consacrer explicitement et ceci notamment en faisant primer, dans l'appréciation de l'inexécution, la volonté des parties sur l'observation du formalisme, la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 a cependant réaffirmé l'attachement du droit français à la nécessité d'une mise en demeure du débiteur, tout en adoucissant, il est vrai, cet attachement par la consécration des solutions jurisprudentielles antérieures qui avaient réservé le cas où l'inexécution était devenue définitive.

176. Demeure inconcevable en présence d'une inexécution définitive. Parce que la demeure est un état d'expectative pour le créancier²⁵⁴ elle est inconcevable lorsque l'inexécution est devenue définitive. L'article 1231 du Code civil issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 le dit explicitement : « *A moins que l'inexécution soit définitive*, les dommages et intérêts ne sont dus que si le débiteur a préalablement été mis en demeure de s'exécuter dans un délai raisonnable ». A l'exigence d'une mise en demeure du débiteur cet article réserve donc, dans l'esprit de l'ancien article 1146²⁵⁵, l'exception d'une inexécution devenue définitive. Le nouvel article 1231-5 réserve la même exception à propos de la clause pénale : « *Sauf inexécution définitive*, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure ».

L'un comme l'autre article ne donne pas une définition de ce qu'est une inexécution devenue définitive. Il faut aller chercher cette définition dans les arrêts de la Cour de cassation qui, même avant la réforme de 2016, avait relevé cette hypothèse et décidé que, l'inexécution étant acquise et ayant causé un préjudice au contractant, celui-ci est

²⁵³ X. Lagarde, article préc., n° 9 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, Droit civil, Les obligations, t. 2, Le contrat, Litec. 6^e éd., 1998, n° 1603 ; B. Grimonprez, De l'exigibilité en droit des contrats, préc., n°s 219 et s.

²⁵⁴ V. sur cet état d'expectative qui définit la demeure v. *supra* n° 124.

²⁵⁵ Cet article, après avoir posé le principe de la nécessité d'une mise en demeure pour que les dommages intérêts soient dus, réservait immédiatement l'hypothèse où « la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer », ce qui revient à dire lorsque l'inexécution était devenue définitive.

en droit d'obtenir des dommages-intérêts, malgré l'absence de mise en demeure²⁵⁶, ainsi que dans l'œuvre de la doctrine qui en a synthétisé les éléments essentiels. L'inexécution est ainsi dite définitive lorsque l'exécution est devenue impossible (a) ou ne présente plus aucun intérêt pour le créancier (b).

a- Une exécution devenue impossible.

177. Une impossibilité juridique ou morale d'exécution. Si le débiteur s'est mis, d'une façon ou d'une autre dans l'impossibilité de s'exécuter, toute mise en demeure devient complètement inutile puisque l'état de demeure en tant qu'il est une expectative devient inconcevable. « L'exigence d'une mise en demeure, destinée à informer le débiteur des sanctions qu'il encourt s'il poursuit dans la voie de l'inexécution, n'a de sens que s'il est encore en mesure d'exécuter son obligation ou simplement disposé à le faire. Ainsi, les sanctions de l'inexécution n'appellent de mise en demeure préalable qu'autant que l'inexécution présente un caractère provisoire »²⁵⁷. C'est la solution prévue explicitement en droit libanais où l'article 258 dispose que la mise en demeure « cesse toutefois d'être exigée lorsque l'exécution est devenue impossible ».

Si l'impossibilité d'exécution peut être de nature matérielle²⁵⁸, juridique ou simplement morale, il est clair qu'en matière de créances monétaires seules les deux

²⁵⁶ Cass., ch. mixte, 6 juillet 2007, n° 06-13.823 P: R., p. 440 ; BICC 1^{er} novembre 2007, rapp. Héderer, avis de Gouttes ; D. 2007. 2642, note Viney ; *ibid.* AJ 1956, obs. Gallmeister ; *ibid.* pan. 2974, obs. Fauvarque-Cosson ; JCP 2007. II. 10175, note Mekki ; *ibid.* 2008. I. 125, n° 12, obs. Stoffel-Munck ; Gaz. Pal. 10-11 août 2007, note Lanthiez ; Defrénois 2007. 1442, obs. Savaux ; CCC 2007, n° 295, note Leveneur ; RCA 2007, n° 300, note Dupuy-Loup ; Dr. et patr. 2/2008. 40, obs. Forray ; *ibid.* 5/2008. 94, obs. Aynès et Stoffel-Munck ; LPA 27 sept. 2007, note Prigent ; *ibid.* 1^{er}-2 nov. 2007, note Pellier ; *ibid.* 8 janvier 2008, obs. Casson ; *ibid.* 25 janvier 2008, note Latina ; RLDC 2007/43, n° 2716, note Garaud ; RDC 2007. 1115, obs. D. Mazeaud ; RTDCiv. 2007. 787, obs. Jourdain.

²⁵⁷ X. Lagarde, *op. cit.*, n° 9.

²⁵⁸ En matière de créances non monétaires (obligations de faire, de donner) les causes de l'impossibilité matérielle d'exécution par le débiteur de son obligation peuvent être très diverses : causes personnelles au débiteur (ex : maladie grave l'empêchant d'exécuter son obligation), ou d'ordre commun (ex : guerre, intervention d'une loi ou d'un règlement ou d'un autre texte rendant impossible l'exécution de l'obligation, destruction totale de la chose objet du contrat etc...). Dans toutes ces hypothèses une mise en demeure du débiteur n'est pas nécessaire puisque l'état d'expectative qui caractérise l'état de demeure n'existe tout simplement plus. C'est aussi la raison pour laquelle la notion de demeure est inconcevable pour les obligations de ne pas faire. Une fois le débiteur agit en violation de son obligation de ne pas faire (exemple : obligation de non-concurrence), l'obligation est définitivement inexécutée

dernières sont concevables et la Cour de cassation se montre très stricte dans l'appréciation de ce que le débiteur d'une obligation monétaire avance comme cause d'une impossibilité d'exécution comme en témoigne cet arrêt rendu récemment par l'Assemblée plénière²⁵⁹. En l'espèce, le moyen du pourvoi invoquait la survenance d'un fait du prince, constitutif d'un cas de force majeure, et soutenait que les intérêts moratoires ne pouvaient courir contre le débiteur d'une obligation monétaire qui se trouve temporairement placé dans l'impossibilité absolue d'exécuter de manière licite son obligation et faisait ainsi valoir que le Conseil de sécurité de l'ONU avait adopté une résolution 1747(2007) prononçant plusieurs mesures restrictives à l'encontre de la République islamique d'Iran qui incluaient le gel de ses avoirs en tant qu'« entité d'appui de l'Organisation des industries aérospatiales » et de ses émanations, et que des mesures de même nature avaient été adoptées par la Commission européenne dans un règlement n° 441/2007 ce qui fait que du temps où cet embargo était applicable, la banque Sepah avait été placée dans l'impossibilité absolue d'exécuter l'arrêt du 26 avril 2007 par lequel la cour d'appel de Paris l'avait condamnée à verser aux sociétés Overseas et Oaktree la contrevaletur en euros de 4 000 000 USD assortie des intérêts au taux légal à compter de la décision de condamnation, ce qui fait que les intérêts

parce que l'exécution est devenue impossible. Aucune mise en demeure n'est exigée, précisément parce qu'aucune demeure n'est concevable. C'était la solution prévue par l'ancien article 1145 du Code civil : « si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages et intérêts par le seul fait de la contravention ». La jurisprudence admettait que ce texte valait dispense de mise en demeure (Cass. civ. 3^e, 25 octobre 1968, JCP 1969, éd. G, II, 16062, note Prieur (violation par le preneur de la clause du bail prohibant la mise en location-gérance du fonds de commerce) ; 22 mai 1969, JCP 1969, éd. G, II, 16141). Il serait en effet inutile de sommer le débiteur de s'exécuter dans la mesure où il a déjà manqué à son engagement (dans ce sens, G. Durry, obs. RTDCiv. 1970. 187 ; P. Esmein, note sous Cass. civ. 31 juillet 1946, JCP 1947. II. 3809). Bien que la jurisprudence soit constante sur le sujet, certains auteurs avaient souligné l'intérêt que pourrait présenter la mise en demeure pour la sanction des obligations de ne pas faire, ou les obligations d'abstention. Elle serait par exemple utile pour intimier au débiteur l'ordre de cesser l'infraction à ses obligations ou lui demander de remettre la situation dans son état antérieur (X. Lagarde, *op. cit.*, n° 9 ; R. Libchaber, *op. cit.*, p. 125, n° 16). Toutefois la cour de Cassation n'a pas rejoint cette opinion et continue à accorder des dommages et intérêts en raison de la seule violation de l'obligation de ne pas faire (Cass. civ. 1^{re}, 26 février 2002, n° 99-19.053, Bull. civ. I, n° 68, RTDCiv. 2002. 809, obs. J. Mestre et B. Fages). Bien que les nouveaux textes issus de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 ne font pas de référence explicite à l'exception prévue par l'ancien article 1145, cette exception se trouve englobée dans l'exception générale, précise et concise, prévue au début du nouvel article 1231 : « à moins que l'inexécution soit définitive ».

²⁵⁹ Cass. ass. plén., 10 juillet 2020, pourvoi n° 18-18.542, n° 18-21.814 ; JurisData n° 2020-010228 ; Dalloz Actualité, 10 avril 2021, note J.-D. Pellier ; JCP G 2020, 1032, note P. Oudot ; JCP E 2020, 1442, note. J. Clavel-Thoraval ; RLDC 2021, n° 189, note G. Payan ; RTD civ. 2020, p. 623, obs. H. Barbier

moratoires n'avaient pu courir à son encontre sur la période considérée. A cela l'Assemblée plénière répond clairement que « ne constitue pas un cas de force majeure pour celle qui le subit, faute d'extériorité, le gel des avoirs d'une personne ou d'une entité qui est frappée par cette mesure en raison de ses activités ». Dans un autre arrêt datant de 2014, la Cour de cassation s'était montrée encore plus catégorique au sujet des créances monétaires et avait décidé clairement, et sans aucune référence au critère d'extériorité²⁶⁰, que « le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut s'exonérer de cette obligation en invoquant un cas de force majeure »²⁶¹.

L'impossibilité juridique d'exécution se trouve caractérisée quand l'obligation est associée d'un terme de rigueur qui se trouve dépassé. Trois types de délais d'exécution doivent être distingués : les délais de rigueur, les délais impératifs et les délais purement indicatifs. Les délais purement indicatifs sont ceux dont le dépassement n'empêche pas une exécution ultérieure mais aussi ne rend pas le débiteur redevable de dommages moratoires s'il n'est pas mis en demeure par une interpellation expresse de la part de son créancier. Cette interpellation s'avère nécessaire pour dépouiller ces délais de leur caractère approximatif. Les délais impératifs sont ceux dont le dépassement n'empêche pas une exécution ultérieure tardive mais rend le débiteur redevable de dommages moratoires sans mise en demeure. Il en est ainsi du délai associé d'une dispense conventionnelle de mise en demeure²⁶². En revanche, les délais

²⁶⁰ La notion d'extériorité avait en effet tendance à être évincée par la jurisprudence au profit du diptyque imprévisibilité/irrésistibilité, en dépit des doutes émis par une partie de la doctrine à cet égard (V. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, Droit civil. Les obligations, 12^e éd., Dalloz, 2018, nos 748 s.) et a été clairement écartée par le nouvel article 1218 du Code civil, le rapport au président de la République relatif à ladite ordonnance précisant d'ailleurs à ce sujet que « le texte reprend la définition prétorienne de la force majeure en matière contractuelle, délaissant le traditionnel critère d'extériorité, également abandonné par l'assemblée plénière de la Cour de cassation en 2006 (Cass., ass. plén., 14 avril 2006, n° 04-18.902 et n° 02-11.168, D. 2006. 1577, obs. I. Gallmeister, note P. Jourdain ; *ibid.* 1566, chron. D. Noguéro ; *ibid.* 1929, obs. P. Brun et P. Jourdain ; RTDCiv. 2006. 775, obs. P. Jourdain), pour ne retenir que ceux d'imprévisibilité et d'irrésistibilité.

²⁶¹ Cass. com., 16 septembre 2014, n° 13-20.306, D. 2014. 2217, note J. François ; Rev. sociétés 2015. 23, note C. Juillet ; RTDCiv. 2014. 890, obs. H. Barbier.

²⁶² V. à propos de la dispense conventionnelle de mise en demeure *supra* n° 171 et s. Un délai impératif peut aussi être prévu par la loi. Il en est ainsi du délai de 15 jours pendant lequel l'assureur de dommages en matière de travaux de construction, en cas d'acceptation par l'assuré de l'offre qui lui a été faite, doit régler l'indemnité offerte sous peine de voir l'indemnité majorée *de plein droit* (ce qui revient à dire qu'aucune mise en demeure n'est à cette fin exigée) d'un intérêt égal au double du taux de l'intérêt légal. (alinéa 4 et 5 de l'article L.242-1 du Code des assurances).

de rigueur que nous visons dans cette partie de la recherche sont ceux au-delà desquels l'exécution de la prestation est tout simplement non avenue.

En présence d'un délai de rigueur aucune mise en demeure du débiteur n'est exigée quand ce délai est dépassé car aucune exécution n'est plus envisageable. Dans un cas pareil, et selon l'expression de M. Jestaz, « la volonté d'écarter la mise en demeure doit être irréfragablement présumée »²⁶³. « L'existence d'un délai de rigueur ôte tout intérêt à l'étude de la passivité du créancier lors du dépassement du délai d'exécution. Le caractère irrémédiable du manquement est d'ores et déjà avéré et il devient par conséquent inutile de s'interroger sur le défaut de protestation du créancier »²⁶⁴. Sous le visa de l'(anc.) article 1146 du code civil est ainsi cassé l'arrêt d'appel qui a rejeté la demande de réparation formée par un contractant au motif que celui-ci n'avait pas mis l'autre partie en demeure d'exécuter son obligation, alors que le contrat, qui était à durée déterminée, avait déjà pris fin lorsque l'assignation avait été délivrée, « ce dont il résultait que l'exécution de l'obligation était devenue impossible »²⁶⁵. Il est évident que le droit civil français se refuse jusqu'à présent à considérer comme délai de rigueur l'échéance contractuelle, à moins que les termes du contrat ou sa nature ne l'exigent, ce qui se traduit dans les termes de l'article 1344 du Code civil : le débiteur n'est mis en demeure de payer par la seule exigibilité de l'obligation que si le contrat le prévoit.

L'impossibilité morale d'exécution résulte, elle, de la déclaration explicite par le débiteur de son refus d'exécuter. En effet, il est admis, qu'abstraction faite de la nature de l'obligation, la certitude de l'inexécution prive de toute pertinence l'exigence d'une mise en demeure. Il est dès lors admis que la volonté exprimée par le débiteur de ne pas poursuivre l'exécution de ses obligations exclut la nécessité d'une mise en demeure préalable à la demande en réparation du préjudice. « Pour obtenir réparation du préjudice causé par l'inexécution, il n'est jamais besoin de mise en demeure lorsqu'il est devenu certain que l'exécution est impossible *ou quand le débiteur s'y refuse*

²⁶³ M. Jestaz, *L'urgence et les principes classiques du droit civil* : LGDJ, 1968, n° 205.

²⁶⁴ P. Rainville, *op. cit.* p. 621.

²⁶⁵ Cass. com., 17 février 2009, n° 08-13.896, inédit : RTDCiv. 2009, p. 322, note B. Fages.

(...) »²⁶⁶. Sur ce point la jurisprudence est constante : il a ainsi été décidé que n'a pas besoin d'être interpellé le contractant qui rompt prématurément un contrat à durée déterminée²⁶⁷, mais aussi que « la mise en demeure est inutile quand le débiteur prend l'initiative de déclarer à son créancier qu'il refuse d'exécuter son obligation »²⁶⁸.

L'inexécution est définitive non seulement lorsqu'elle est devenue impossible mais aussi lorsqu'elle ne présente pratiquement plus aucun intérêt pour le créancier.

b- Une exécution qui ne présente plus d'intérêt pour le créancier.

178. Si l'exécution matériellement et juridiquement possible ne présente plus un intérêt pour le créancier, aucune mise en demeure n'est nécessaire. Comme l'observent MM. Perrot et Giverdon²⁶⁹, les tribunaux n'hésitent pas à écarter la nécessité d'une mise en demeure du débiteur « dans des cas où bien que l'exécution soit encore possible, celle-ci ne présente plus qu'une faible utilité pour le créancier ». Ainsi dans un arrêt datant de 1965²⁷⁰ la première chambre civile a considéré que la partie à un contrat qui l'oblige à rendre, au bout d'un certain temps, un cheval pour la monte a conservé ce cheval au-delà du temps prévu jusqu'à une date où l'animal ne pouvait plus utilement être inscrit sur la liste des étalons pour la remonte à laquelle il était destiné, une cour d'appel sans méconnaître le principe inscrit dans l'article 1139 du code civil, a fait justement jouer l'exception prévue par l'article 1146 de ce code ». C'est comme si la jurisprudence avait ajouté un mot à l'exception prévue par l'(anc.) article 1146 du code civil qui devient ainsi : « excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur

²⁶⁶ P. Esmein, note sous Cass. civ., 31 juillet 1946 : JCP 1947, éd. G, II, 3809 ; adde D. Allix, préc. note (1), nos 36 et s. (nous soulignons).

²⁶⁷ Cass. req. 12 juin 1903, S. 1905. I. 404, DP 1903. I. 413.

²⁶⁸ Cass. req., 4 janvier 1927 : DH 1927, p. 65 ; S. 1927, 1, p. 188 ; Gaz. Pal. 1927, 1, p. 587 ; Cass. civ., 24 juillet 1928 : DP 1930, 1, p. 16 ; Cass. soc., 26 juin 1959 : D. 1959, p. 514 ; RTDCiv. 1960, p. 115, obs. H. et L. Mazeaud ; Cass. com., 14 février 1967 : Bull. civ. 1967, III, n° 73 ; Cass. 3^e civ., 3 avr. 1973, n° 72-10.247 : Bull. civ. 1973, III, n° 254 ; Cass. com., 18 octobre 1976, n° 74-14.819 : Bull. civ. 1976, IV, n° 261. Plus récemment, Cass. civ. 1^{re}, 9 décembre 1992, pourvoi n° 90-21.073, non publié.

²⁶⁹ Répertoire civil Dalloz, 2^e éd., V. mise en demeure, n° 18.

²⁷⁰ Cass. civ. 1^{re}, 24 novembre 1965 : Bull. civ. I, n° 647.

s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait (*utilement*) être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer ». En matière de créances monétaires le paiement ne présente plus aucun intérêt pour le créancier lorsque, par exemple, celui-ci s'était mis d'accord avec le débiteur dans la convention que celui-ci allait lui faire un virement bancaire à une date précise pour qu'il l'utilise spécifiquement dans la participation à une vente aux enchères qui a eu lieu sans que ce virement ne lui soit parvenu. Matériellement et juridiquement toujours possible, le paiement par le débiteur de son obligation monétaire n'a plus, dans cette hypothèse, aucun intérêt pour le créancier, d'où il s'ensuit qu'aucune mise en demeure du débiteur ne devrait être nécessaire.

179. Purge de la demeure. Quoique les rédacteurs du Code civil, mais aussi le législateur de 2016, aient omis de traiter de la question de la purge de la demeure, la possibilité de cette purge fait l'unanimité en doctrine²⁷¹. La purge signifie que le débiteur est relevé de sa demeure ce qui fait que les effets de l'acte de mise en demeure cessent pour l'avenir, notamment le cours des intérêts moratoires. Elle peut résulter d'une convention par laquelle le créancier et le débiteur conviennent d'un nouvel échéancier pour la dette ou s'entendent pour contracter une nouvelle dette se substituant à l'ancienne, ce qui emporte novation²⁷², ou encore d'une renonciation unilatérale de la part du créancier.

La purge de la demeure est aussi, le plus souvent, la conséquence d'un paiement satisfaisant pour le créancier. En effet, le paiement intégral de la dette accompli dans le délai imparti purge la demeure. Accompli tardivement, il n'empêche pas le cours des intérêts moratoires pour toute la période de retard si le créancier décide de ne pas se satisfaire de la somme reçue et insiste à poursuivre son débiteur en justice. Au paiement satisfaisant pour le créancier pouvaient être assimilées les offres réelles suivies d'une consignation régulière qui, avant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016,

²⁷¹ M. Pothier, œuvres par Bugnet, t. II, Traité des obligations, Marchal, Billard et Cie : E. Plon, Paris, 1861, n° 126, spéc. n° 627 ; C. Demolombe, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, préc., n° 60, spéc. n° 532 ; Sur la « *purgatio morae* », V. M.-A. Daillant, Le retard dans l'exécution des contrats (XIIe-XIXe siècle). Contribution historique à l'étude de la responsabilité contractuelle, éd. Institut Universitaire Varenne, Collection Thèses, Tome 147, 2017, n° 103, spéc. p. 146.

²⁷² V. C. Demolombe, Traité des contrats, préc., n° 60, spéc. n° 535 et 536.

tenaient lieu de paiement à l'égard du débiteur et le libéraient²⁷³. En effet, l'(anc.) article 1257, alinéa 1^{er}, du Code civil, disposait que « lorsque le créancier refuse de recevoir son paiement, le débiteur peut lui faire des offres réelles, et au refus du créancier de les accepter, consigner la somme ou la chose offerte ». Or « les offres réelles suivies d'une consignation libèrent le débiteur ; elles tiennent lieu à son égard de paiement, lorsqu'elles sont valablement faites, et la chose ainsi consignée demeure aux risques du créancier »²⁷⁴, poursuit l'alinéa 2. Autrement dit, les offres réelles suivies de consignation régulière purgeaient la demeure du débiteur²⁷⁵. Après l'ordonnance n° 2016-131 c'est la consignation à la Caisse des dépôts et consignation qui, en application du nouvel article 1345-1 du Code civil, libère le débiteur à compter de sa notification au créancier.

Ceci ne veut pas dire que le créancier peut, jusqu'à la consignation, refuser sans motif légitime le paiement qui lui est offert et prolonger ainsi éternellement la demeure de son débiteur. En effet, l'une des grandes innovations apportées par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 est d'avoir consacré dans les textes la possibilité d'une mise en demeure du créancier qui, elle aussi, dans certaines conditions, purge la demeure du débiteur. C'est sur l'étude de cette mise en demeure du créancier et son articulation avec la demeure du débiteur, que nous allons nous pencher dans la section suivante.

Section 2- Demeure du débiteur et demeure du créancier.

²⁷³ La procédure des offres suivies de consignation est règlementée en droit libanais aux articles 822 et s. du Code de procédure civile et les articles 294 et s., qui figurent dans chapitre dédié au paiement, y font référence.

²⁷⁴ L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a abrogé la procédure des offres réelles qui était régie par les articles 1257 à 1264 du Code Civil et aux articles 1426 à 1429 du Code de procédure civile.

²⁷⁵ La consignation valablement faite libère le débiteur en droit libanais. L'article 294 du COC l'énonce clairement : à partir du moment où le débiteur consigne l'objet de l'obligation il se libère de son obligation. L'article 825 du Code de procédure civile libanais dispose aussi, dans le même sens, que le jugement décidant de la validité de l'offre et de la consignation effectués déclare la libération du débiteur depuis la date de l'offre et de la consignation. A partir de la date de la consignation le cours des intérêts sur la créance est interrompu.

180. Une libération retardée. Une fois la créance devenue exigible et le débiteur mis en demeure de payer, il arrive que le créancier refuse le paiement qui lui est proposé ou ne facilite pas pour le débiteur son exécution dans des cas où son intervention est nécessaire. « Quel intérêt, dira-t-on ? (...) Drôle de créancier que celui ne voulant pas un paiement ! »²⁷⁶. Pour comprendre pareille attitude, il faut garder en vue que le paiement met fin à l'obligation du débiteur. Dès lors, il est concevable que le créancier fasse trainer les choses en longueur et refuse l'exécution de l'obligation devenue pourtant exigible et ceci, mises à part les hypothèses de simple malice, soit parce qu'il trouve un intérêt économique à ne pas recevoir paiement pour le moment, soit parce qu'il cherche à échapper à une baisse du taux de l'intérêt ou à repousser la date du transfert des risques de la chose, ou encore parce que l'exécution du contrat ne l'intéresse plus ou, tout simplement, pour profiter d'une augmentation de sa créance par l'effet des dommages-intérêts moratoires. En tout cas, la fuite en avant du créancier lui permet « de maintenir le rapport contractuel et empêche le débiteur de s'en extraire »²⁷⁷. Quelle que soit la raison du refus du créancier, et qu'il « soit motivé par un pur caprice, la mauvaise foi (...), il contrarie en tout cas l'intérêt du débiteur à se libérer »²⁷⁸. En effet, toute dette génératrice d'intérêts continue de croître, les sûretés qui lui sont attachées demeurent en place et, quand l'objet du contrat est une chose, les risques de sa destruction ou de sa détérioration restent à la charge du débiteur.

De même, des raisons purement pratiques qui ne tiennent pas à un refus de la part du créancier peuvent empêcher le paiement comme quand ce dernier est absent ou que le débiteur n'est pas sûr de l'identité de son créancier et qu'il hésite à payer telle ou telle personne de crainte qu'en cas d'erreur il soit contraint de payer une seconde fois. Le débiteur se trouve alors dans une situation où il lui est impossible de se libérer seul de l'obligation qu'il avait contractée et se trouve en même temps dans un état de demeure qui pourrait lui être reproché. Que peut-il faire dans ce cas ? Le retard lui

²⁷⁶ N. Dissaux et Ch. Jamin, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Commentaire article par article, Dalloz, 2016, p. 185)

²⁷⁷ A.-M. de Matos, *Refus de recevoir une somme d'argent*, in *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, Prieto C. (sous la dir.), PUAM, 2003, p. 404.

²⁷⁸ J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau, *Traité de droit civil. Le régime des créances et des dettes*, préc., n° 615.

reste-il imputable avec toutes les conséquences qu'il entraîne quant à sa responsabilité et notamment, et c'est l'aspect qui nous intéresse dans notre étude, en ce qui concerne les dommages-intérêts moratoires auxquels il pourrait éventuellement être condamné ?

181. Droit du créancier et droit du débiteur. Si le créancier détient un droit à l'encontre de son débiteur, celui de le contraindre à exécuter l'obligation à sa charge pour obtenir le paiement, et qu'il s'agit bien *d'un droit* dont il est libre d'user ou non et qui ne peut pas se transformer en *une obligation* pour lui d'accepter le paiement offert, il est admis d'un autre côté que le débiteur qui s'est engagé à effectuer un paiement a non seulement l'obligation de payer mais aussi *le droit* de mettre fin à son obligation en payant²⁷⁹ et donc de ne pas voir cette obligation perdurer et sa responsabilité engagée du fait d'un retard dans l'exécution. L'extinction de la créance par le paiement constitue donc non seulement un devoir pour le débiteur mais aussi un véritable droit pour lui, droit qui n'est autre que la contrepartie de celui dont dispose le créancier de recevoir le paiement²⁸⁰. « Ce n'est pas un devoir pour le débiteur de payer, c'est aussi un droit ! », le dit pertinemment C. Demolombe dans son *Traité des*

²⁷⁹ En ce sens : CA Rennes, 1^{re} ch. , 4 juillet 1865 : DP 1865, 2, p. 185 : la dette implique pour son débiteur, « le droit de se libérer, comme le devoir de payer » ; D.-J. Baroncea, *Essai sur la faute et le fait du créancier* : Librairie de jurisprudence ancienne et moderne : Paris, 1929, p. 144 ; G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, t. II : Lib. de la soc. du recueil général des lois et des arrêts : Paris, 3^e éd. 1907, n° 1387 ; Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, *Les contrats et les obligations avec la collaboration de G. Lagarde*, t. VIII : Rousseau et Cie, Paris, 2^e éd., 1936, n° 613 ; J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, t. 4, préc., n° 333 ; N. Catala, *La nature juridique du paiement*, préf. J. Carbonnier : Imp. J. Reschly, Montpellier, 1960, p. 62, 197 ; R. Demogue : RTDCiv. 1935, p. 840 ; *Traité des obligations en général, Effets des obligations*, t. VI : Lib. A. Rousseau, Paris, 1931, n° 26 ; C. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, préc., n° 63 ; J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes* : LGDJ, préc., n° 615 ; L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. II, *Théorie générale des obligations, les principaux contrats du droit civil, Les sûretés*, Sirey, 3^e éd., 1939, n° 864 ; J. Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral*, Thèse Toulouse, préf. P. Raynaud : Sirey, Paris, 1951, n° 56 ; G. Marty, P. Raynaud et Ph. Jestaz, *Les obligations, Le régime*, préc., n° 213 ; Pothier, *op. cit.*, n° 572 ; E. Putman, *La formation des créances*, t. II : Thèse dactyl., Aix-Marseille III, 1987, n° 554 ; G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol*, t. II : LGDJ, 1957, n° 1526 ; C. Robin, *La « mora creditoris »* : RTDCiv. 1998, p. 608 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, préc., n° 1347.

²⁸⁰ E. Putman, *La formation des créances*, thèse dactyl., Aix-Marseille III, 1987, n° 554 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, préc., n° 1347 ; L. Josserand, *op. et loc. cit.*

contrats²⁸¹. Dans son article au Jurisclasseur Civil, M. Mignot dit à ce sujet : « Le principe est celui de la liberté des personnes. L'obligation est une situation exceptionnelle parce qu'elle limite celle du débiteur. L'ordre juridique doit donc mettre à sa disposition des moyens efficaces pour se libérer de son créancier et recouvrer ainsi sa liberté »²⁸². On retrouve ici l'idée de R. Demogue : « Le créancier a plusieurs obligations... il doit par des actes positifs faciliter (au débiteur) l'exécution de l'obligation et notamment se prêter à l'exécution, de là la théorie de la demeure du créancier »²⁸³.

Le créancier n'est donc pas exempt de tout devoir. Afin d'évoquer les sujétions qui sont à sa charge, les juristes suisses parlent d'*incombances*, situant leur valeur juridique quelque part entre l'obligation civile et l'obligation naturelle. Il s'agit d'initiatives tournées vers la bonne fin du droit de créance mais qui ne s'analysent pas en des obligations « au sens technique »²⁸⁴. Œuvrer en vue de permettre l'exécution, faire en sorte qu'elle puisse se concrétiser en est une. « Ainsi, lorsqu'un débiteur s'engage à procéder à des aménagements intérieurs d'une maison, faut-il encore que celle-ci soit construite. De même, un avocat qui est mandaté pour la conduite d'un procès, doit-il se voir remettre par son client les pièces nécessaires »²⁸⁵.

182. Les remèdes de droit interne et de droit international au refus du créancier de recevoir le paiement. Pour remédier à la situation dans laquelle se trouve le débiteur face à un créancier qui refuse sans motif légitime le paiement ou l'entrave,

²⁸¹ C. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, préc., n° 63, p. 51. Dans le même sens, Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 6^e éd. Paris, LGDJ, 1912, n° 446, p. 150 ; L. Josserand, *op. cit.*, n° 864, p. 466. Dans le même sens : CA Rennes, 1^{re} ch., 4 juill. 1865 : DP 1865, 2, p. 185 : la dette implique pour son débiteur, "le droit de se libérer, comme le devoir de payer".

²⁸² M. Mignot, *Jurisclasseur Civil*, art. 1345 à 1345-3, Régime général des obligations, Extinction des obligations, Mise en demeure du créancier, n° 2.

²⁸³ R. Demogue, *Traité des obligations en général*, Effets des obligations, t. VI, préc., n° 12. V. également en ce sens : D.-J. Baroncea, *Essai sur la faute et le fait du créancier*, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne : Paris, 1929, p. 90-105 ; A. Sériaux, *Conception juridique d'une opération économique : le paiement* : RTDCiv. 2004, p. 227.

²⁸⁴ P. Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, Staempfli, 2^e éd., 1997, p. 662.

²⁸⁵ D. Guggenheim, *Le droit suisse des contrats. Les effets du contrat*, t. 2, Georg, 1995, p. 222.

et tandis que certaines législations voisines telles la législation allemande, suisse ou néerlandaise reprenaient la solution classique de la *mora creditoris*²⁸⁶ héritée du droit romain²⁸⁷ dans laquelle la consignation ne constitue qu'un moyen parmi d'autres de faire cesser la demeure du débiteur et de le libérer et permettaient ainsi à ce débiteur de se libérer en démontrant le simple fait du créancier même non constitutif d'une faute²⁸⁸, le législateur français avait choisi, quant à lui, de ne pas consacrer cette solution qui pourtant était aussi celle retenue dans le droit du commerce international. En effet, la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises²⁸⁹ et les principes relatifs aux contrats du commerce international posés par Unidroit prennent en compte le refus du créancier. La première, applicable en France, prévoit en son art. 80 qu'« une partie ne peut pas se prévaloir d'une inexécution par l'autre partie dans la mesure où cette inexécution est due à un acte ou à une omission de sa part ». Les principes relatifs aux contrats du commerce international adoptent une rédaction proche. En effet, l'article 7.1.2 (fait du créancier) dispose qu'« une partie ne peut se prévaloir de l'inexécution par l'autre partie dans la mesure où l'inexécution est due à un acte ou à une omission de sa propre part ou encore à un événement dont elle a assumé le risque».

Le droit libanais, quant à lui, consacre clairement, et depuis 1934, la demeure du créancier et précise ses conditions et ses effets au sein de l'article 294 du COC qui dispose que « le créancier qui refuse, sans cause légitime, le paiement qui lui est offert dans des conditions régulières, se trouve, par cela même, constitué en demeure, du moment que son refus est constaté par un acte officiel. A partir de ce moment, la perte

²⁸⁶ La *mora creditoris*, ou demeure du créancier, désigne le retard du créancier par opposition à la *mora debitoris* qui désigne le retard du débiteur.

²⁸⁷ R. Monier, Manuel élémentaire de droit romain, t. 2, Les obligations, éd. Domat-Montchrestien, 1954, n° 164, p. 223.

²⁸⁸ M. Pédamon, Le contrat en droit allemand, LGDJ, 1993, p. 155 ; pour le droit suisse, P. Engel, Traité des obligations en droit suisse, préc., n° 191, p. 445. Ainsi l'article 91 du code des obligations suisse dispose que « le créancier est en demeure lorsqu'il refuse sans motif légitime d'accepter la prestation qui lui est régulièrement offerte, ou d'accomplir les actes préparatoires qui lui incombent et sans lesquels le débiteur ne peut exécuter son obligation ». Le code suisse autorise alors le débiteur à consigner ou à vendre la chose objet de l'obligation (art. 92 et 93), ou bien à résilier le contrat quand l'objet de l'obligation ne consiste pas en la livraison d'une chose (art. 95).

²⁸⁹ Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises du 11 avr. 1980, Décr. n° 87-1034 du 22 déc. 1987, JO 27 déc. 1987, p. 15241.

ou la détérioration de la chose sont à ses risques et la dette cesse de produire ses intérêts; de plus, le débiteur a désormais le droit de consigner l'objet de l'obligation aux frais et risques du créancier et de se libérer ainsi de son obligation ». D'autres articles du COC font aussi référence à cet état dans lequel peut se retrouver le créancier comme par exemple l'article 30 qui vise explicitement la « demeure du créancier » et dispose que cette demeure, à l'égard de l'un de coobligés solidaires produit ses effets au profit des autres.

Au lieu de consacrer la notion de demeure du créancier ou *mora creditoris*, le législateur français de 1804 a choisi d'adopter le système rigide des offres réelles suivies obligatoirement de consignation. Cette procédure qui, depuis 1804, était régie par les articles 1257 et suivants du Code civil et les articles 1426 et suivants du Code de procédure civile permettait à un débiteur qui se heurtait au refus de paiement de son créancier de consigner la somme qu'il estimait devoir et de faire délivrer un acte au créancier pour lui préciser que cette consignation avait lieu et qu'à défaut de contestation, celle-ci vaudrait paiement. En cas de contestation par le créancier concernant la somme consignée, le litige devait être porté devant la juridiction compétente qui tranchait pour déterminer si la somme proposée était suffisante et valait paiement ou, au contraire, si elle n'était pas suffisante et ne valait pas paiement intégrale de la créance²⁹⁰. Jusqu'à récemment, la procédure des offres réelles suivies de consignation paraissait en droit français comme le seul le moyen par lequel le débiteur pouvait contraindre son créancier de recevoir le paiement, consacrer la

²⁹⁰ En droit libanais, ce sont les articles 822 à 826 du Code de procédure civile qui régissent la procédure de l'offre suivie de consignation. L'offre doit obligatoirement être faite chez un notaire et la consignation, s'il s'agit d'une somme d'argent, dans une banque agréée ou à la trésorerie, au nom du créancier. Si la chose offerte ne peut être transportée chez le notaire le débiteur offre au créancier de la recevoir dans un endroit qu'il détermine et donne au notaire procuration de le délivrer. Le notaire dresse un procès-verbal de l'offre et de la consignation et en notifie une copie sans tarder au créancier (article 822). Ce dernier doit prendre position de l'offre qui lui est faite dans un délai de 48 heures de la réception (article 823). S'il refuse l'offre le notaire doit notifier son refus au débiteur qui dispose alors d'un délai de 10 jours à compter de sa notification pour saisir le tribunal compétent afin de faire déclarer la validité de son offre et consignation (article 824). Le jugement qui décide que l'offre et de la consignation sont valides déclare la libération du débiteur à partir de la date où elles ont été faites. A compter de la consignation le cours des intérêts est arrêté et le débiteur n'est plus responsable du retard de paiement (article 825).

demeure de ce dernier et faire cesser sa propre demeure²⁹¹. Sur le plan pratique, les limites que présentait cette procédure qui s'avérait inutilisable dans certaines situations²⁹², ajoutées à son aspect lourd en formalités et coûteux en temps et en argent, lui ont attiré de nombreuses critiques doctrinales²⁹³. Sur le plan théorique, certains auteurs y ont vu la traduction d'une position assez réductrice du droit français sur l'inexécution du contrat qui ignore l'inexécution du contrat imputable au créancier pour

²⁹¹ Sur cette procédure v. M. Mignot, J.-Cl. Civil (archives antérieures au 1^{er} octobre 2016), Contrats et obligations, Offres de paiement et consignation, art. 1257 à 1264 ; N. Fricero, archives du Rép. Pr. civ. Dalloz, Offres de paiement et consignation; Stéphane Bénils, Rep. Dr. Civil. Dalloz, v^o paiement n^o 77 et s ; C. Aubry et C. Rau, Droit civil français, t. IV, par E. Bartin : Lib. Techniques, Paris, 6^e éd., 1942, § 322, p. 294 ; G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, t. II, préc. n^o 2, spéc. n^o 1595 ; Ch. et R. Beudant, par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, avec la collaboration de G. Lagarde, t. VIII, préc. n^o 2, spéc. n^o 613 ; E. Garsonnet et Ch. César-Bru, Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale, t. VIII : Lib. Recueil-Sirey, Paris, 3^e éd., 1925, n^o 109 ; J. François, Droit civil, ss dir. Ch. Larroumet, Les obligations, Régime général, t. IV : Economica, Paris, 2^e éd., 2011, n^o 27 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, Droit civil, Les obligations, t. III, Le rapport d'obligation, préc., n^o 146 ; J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau, préc. n^o 2, spéc. n^o 615 ; E. Glasson, A. Tissier et R. Morel, Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, t. V : Lib. du Recueil-Sirey, 3^e éd., 1936, n^o 1724 ; Dalloz, jur. gén., t. 33, V^o Obligations, n^o 2047 ; G. Marty, P. Raynaud et Ph. Jestaz, Les obligations, Le régime, t. 2, préc. n^o 2, spéc. n^o 213 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, Les obligations, préc., n^o 1089 ; H. L. et J. Mazeaud par F. Chabas, Leçons de droit civil, Les obligations, Théorie générale, t. II, 1^{er} vol., préc., n^o 839 ; H. de Page, Traité élémentaire de droit civil belge, Les obligations (Seconde partie), t. III : Bruylant, Bruxelles, 3^e éd., 1967, n^o 491 ; M. Planiol et G. Ripert, Traité pratique de droit civil français, Obligations, 2^e partie, avec le concours de P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, t. VII, préc., n^o 1207 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, Droit civil. Les obligations, Régime général, t. III : Litec, Paris, 6^e éd., 1999, n^o 139 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, Droit civil, Les obligations, préc. n^o 2, spéc. n^o 1347 ; P. Van Ommeslaghe, Droit des obligations, Régime général de l'obligation-Théorie des preuves, t. III : Bruylant, Bruxelles, 2010, n^o 1465 ; Roger Vigneron, Offere aut deponere, De l'origine de la procédure des offres réelles suivies de consignation, Faculté de droit de Liège, 1979 p. 180, 197 ; Reinhard Zimmermann, The law of obligations, Roman foundations of the civilian tradition, Juta & Co Ltd. 1990, p. 821.

²⁹² Notamment en ce qui concerne les obligations de faire ou de ne pas faire pour lesquelles les offres ne sont pas susceptibles d'être réelles (C. Demolombe, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, préc., n^o 177-178 ; L. Larombière, Théorie et pratique des obligations, éd. 1885, tome 4, art. 1258, n^o 1) car, et selon les termes de M. Mignot (archives antérieures au 1^{er} octobre 2016), Contrats et obligations, Offres de paiement et consignation, art. 1257 à 1264, n^o 20), « le paiement d'une obligation de faire constitue un service qui n'a d'existence qu'au moment de son exécution. Le service est éphémère: il n'existe que le temps où il est rendu », et « le débiteur d'un service peut offrir le service mais il ne peut pas, à proprement parler, le représenter au créancier. Le débiteur d'une obligation de ne pas faire paye par une abstention. Il est encore plus évident qu'il ne peut représenter au créancier ce qui consiste dans un fait négatif ».

²⁹³ C. Demolombe, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, *préc.* n^o 64 ; Louis Josserand, *op. cit.*, n^o 866, p. 466 ; A. Colin et H. Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, tome 2, 10^e éd. par L. Julliot de La Morandière, Paris, Dalloz, 1953, n^o 499, p. 361 ; F. David, De la mise en demeure, *Rev. crit. de législation et de jurisprudence*, 1939, p. 99-100 ; R. Vigneron, Offere aut deponere, de l'origine de la procédure des offres réelles et de la consignation, préf. F. Sturm, Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, n^o 44 : Faculté de Liège, 1979, p. 15.

se focaliser sur la seule inexécution du débiteur²⁹⁴. Une grande partie de la doctrine encourageait ainsi la jurisprudence à prendre en compte la demeure du créancier malgré le silence du Code civil. Pour un auteur « rien n'interdit à la jurisprudence d'admettre la cessation du cours des intérêts à compter de la date à laquelle le retard peut être imputé au créancier »²⁹⁵. Il rejoint un autre auteur qui considère que « cette mise en demeure du créancier peut, malgré le silence du Code civil, parfaitement se concevoir dans notre droit : elle se justifie par ce motif qu'il ne doit pas appartenir au créancier d'aggraver, par son fait, la situation de son débiteur »²⁹⁶. D'autres auteurs exprimaient ouvertement leur souhait que le législateur français remplace le mécanisme des offres réelles suivies de consignation par une procédure simplifiée de mise en demeure²⁹⁷. La jurisprudence n'était d'ailleurs pas loin de ce courant, et si elle ne consacrait pas ouvertement l'institution de la *mora creditoris* à l'instar des législations voisines, il était clair qu'elle faisait produire à certaines situations les effets de cette *mora creditoris*, se servant dans ce but de techniques juridiques connues du droit français comme la faute de la victime qu'elle appliquait avec quelques adaptations²⁹⁸ ou de techniques qu'elle détournait tout simplement comme la demeure du débiteur²⁹⁹.

183. L'avènement de la demeure du créancier avec la réforme de 2016. C'est avec la réforme introduite au Code civil français par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations que le législateur français va enfin, sous une pression doctrinale et

²⁹⁴ F. Gréau, thèse préc., n° 118 : « le respect scrupuleux de la procédure (d'offre réelle suivie de consignation) est la condition *sine qua non* de la reconnaissance, bien tardive, de l'irresponsabilité du débiteur dans le retard. Cette solution reflète la position excessivement réductrice du droit français sur l'inexécution du contrat : il ignore en principe l'inexécution du contrat imputable au créancier pour se focaliser sur la seule inexécution du débiteur ».

²⁹⁵ F. Gréau, thèse préc., n° 119.

²⁹⁶ F. David, De la mise en demeure, préc., p. 95, n° 3.

²⁹⁷ A. Colin et H. Capitant par L. Julliot de la Morandière, préc., n° 1475 ; L. Josserand, Cours de droit civil positif français t. II, préc., n° 866 ; G. Marty, P. Raynaud et Ph. Jestaz, Les obligations, Le régime, t. 2, préc., n° 218.

²⁹⁸ V. à ce sujet *infra* n° 198.

²⁹⁹ V. à ce sujet *infra* n° 193.

jurisprudentielle constante dans ce sens, sauter le pas pour consacrer explicitement la mise en demeure du créancier. L'article 2 de cette ordonnance abroge ainsi les anciens articles 1257 à 1259 du Code civil³⁰⁰. Après les articles relatifs à la mise en demeure du débiteur, le Code civil consacre désormais quatre articles à la mise en demeure du créancier qui sont les nouveaux articles 1345 à 1345-3. Le nouvel article 1345, alinéa 1^{er}, dispose ainsi que « lorsque le créancier, à l'échéance et sans motif légitime, refuse de recevoir le paiement qui lui est dû ou l'empêche par son fait, le débiteur peut *le mettre en demeure* d'en accepter ou d'en permettre l'exécution »³⁰¹. La procédure assez lourde des offres réelles qui était régie par les articles 1257 à 1264 du Code Civil et les articles 1426 à 1429 du Code de procédure civile, est ainsi abrogée et remplacée par la reconnaissance explicite de la possibilité de mise en demeure du créancier. Une fois le créancier mis en demeure (§1), sa demeure se projette sur celle du débiteur pour la purger et en paralyser les effets (§2).

§1 - La mise en demeure du créancier.

184. La demeure du créancier, comme celle du débiteur, suppose qu'il soit dans un état de retard qui lui est imputable. La *mora creditoris* qui a été définie comme étant « la situation dans laquelle se trouve le créancier lorsqu'il a, par son fait, empêché le débiteur d'exécuter son obligation »³⁰² se distingue ainsi du simple retard du créancier et suppose que soient réunies certaines conditions (A). Une fois ces conditions réunies, c'est un acte opéré par le débiteur qui consacre juridiquement la demeure du créancier et les modalités de cet acte doivent être examinés dans le cadre des nouveaux articles 1345 et s. du Code civil (B).

A- Les conditions de la demeure du créancier.

³⁰⁰ Les articles 1426 à 1429 du Code de procédure civile ont également été abrogés par l'article 31 du décret n° 2017-892 du 6 mai 2017 portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile, à compter de son entrée en vigueur le 11 mai 2017.

³⁰¹ Nous soulignons.

³⁰² C. Robin, *La mora creditoris*, préc., p. 608.

185. Demeure et faute du créancier. Le droit romain considérait que le créancier pourrait avoir des raisons légitimes de refuser le paiement ou de différer le paiement et dans ce cas-là il ne serait pas en demeure³⁰³. Pour qu'il soit valablement considéré en demeure il fallait qu'une circonstance lui ressortissant rende impossible le paiement ou l'exécution offerte de l'obligation. Si certains auteurs en déduisent que le droit romain subordonnait la *mora creditoris* à la preuve d'une faute de la part du créancier³⁰⁴, d'autres soutiennent le contraire et affirment que la faute n'était pas un élément de la *mora creditoris*³⁰⁵. Les législations étrangères qui admettent la demeure du créancier rejettent l'idée de *faute* au profit de celle de *fait* du créancier. Ainsi, les codes civils allemand et suisse³⁰⁶ n'exigent pas du créancier qu'il ait commis une faute pour le placer en demeure. Le droit suisse va même plus loin puisque même le cas fortuit qui empêche le créancier d'accepter l'offre de paiement provoque sa demeure³⁰⁷. En effet, l'article 96 du code des obligations suisse assimile la cause personnelle au créancier qui regroupe l'absence, la fuite, le changement de domicile d'une manière préjudiciable au débiteur ou l'incertitude sur sa personne, à un fait du créancier. Le code néerlandais dans ses articles 58 et 59 prévoit une demeure du créancier lorsque l'inexécution de l'obligation lui est imputable, celui-ci n'étant plus en demeure lorsque l'inexécution résulte d'une cause étrangère. De même, la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises préfère à la notion de faute celle de fait du

³⁰³ R. Monier, Manuel élémentaire de droit romain, t. 2, Les obligations, éd. Domat-Montchrestien, 1954, n° 164, p. 223.

³⁰⁴ J. Virey dans sa thèse : De la mise en demeure en droit romain et en droit français, th. Paris, 1880 n° 46, p. 85 considère que « comme la demeure du débiteur, la demeure du créancier suppose la faute ». Dans le même sens, A. E. Giffard, Droit romain et ancien droit français, Les obligations, 4^e éd. par Robert Villers, Dalloz, 1976, n° 487, p. 347; P.-F. Girard, Manuel élémentaire de droit romain, 8^e éd., Dalloz, 2003, p. 687

³⁰⁵ F. Cirier soutient ainsi que la faute n'est pas un élément de la *mora creditoris* (De la demeure du créancier en droit romain, th. Paris, 1886, p. 21)

³⁰⁶ L'art. 91 du code des obligations suisse dispose « le créancier est en demeure lorsqu'il refuse sans motif légitime d'accepter la prestation qui lui est régulièrement offerte... ».

³⁰⁷ R. Liron, Essai sur la nature de la demeure du créancier d'après le droit suisse, th. Lausanne, 1953, p. 29

créancier³⁰⁸. L'article 80 de cette convention dispose ainsi: « une partie ne peut se prévaloir d'une inexécution par l'autre partie dans la mesure où cette inexécution est due à *un acte ou à une omission de sa part* ». L'institut international pour l'unification du droit privé, adopte dans les principes relatifs aux contrats du commerce international, une rédaction proche. L'art. 7.1.2 (fait du créancier) dispose ainsi qu'« une partie ne peut se prévaloir de l'inexécution par l'autre partie dans la mesure où l'inexécution est due à *un acte ou à une omission de sa propre part ou encore à un événement dont elle a assumé le risque* ». Le critère retenu est donc celui de l'imputabilité, non celui de faute.

Le législateur français qui a consacré en 2016 la notion de demeure du créancier au sein du nouvel article 1345 du Code civil a suivi les pas des droits voisins et n'a pas attaché cette demeure à une quelconque faute de la part de ce dernier³⁰⁹. Il suffit ainsi que le créancier ait refusé ou empêché le paiement (a) sans motifs légitimes (b).

a- Le fait du créancier : un refus ou un empêchement du paiement.

186. Les législations étrangères qui admettent l'institution de la *mora creditoris* distinguent deux modalités du fait du créancier : celui-ci peut consister en un acte ou en une omission³¹⁰. Il peut consister en un simple refus, exprès ou tacite, d'accepter la prestation dument offerte, mais aussi en un refus d'une nécessaire collaboration à l'exécution de l'obligation du débiteur ou une absence d'accomplissement des actes préalables indispensables à l'exécution de l'obligation du débiteur, la place de la participation du créancier variant avec la nature de l'obligation pesant sur le débiteur.

³⁰⁸ B. Audit, La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980, LGDJ, 1990, n° 187, p. 179 ; V. Heuzé, La vente internationale de marchandises, Droit uniforme, éd. Joly, 1992, n° 463, p. 349.

³⁰⁹ Le législateur libanais de 1934 n'avait pas, lui non plus, attaché la demeure du créancier à une faute commise par lui, l'article 294 qui définit cet état ne faisant aucune référence à une faute.

³¹⁰ Art. 91 du code des obligations suisse, art. 293 et 295 du BGB, art. 58 du code civil néerlandais. De même, l'article 80 de la Convention sur la vente internationale de marchandises dispose : « Une partie ne peut se prévaloir d'une inexécution par l'autre partie dans la mesure où cette inexécution est due à *un acte ou à une omission de sa part* ».

Le législateur français a repris en 2016 cette dualité dans la modalité du fait du créancier et deux situations visées par l'article 1345 du Code civil justifient désormais que le débiteur, qui déclare être disposé à payer sa dette devenue exigible, puisse mettre en demeure son créancier récalcitrant. La première correspond au créancier qui refuse de recevoir une offre de paiement de ce qui lui est dû (1), la seconde correspond au créancier qui empêche le paiement quand ce paiement nécessite une collaboration positive de sa part (2).

1- Un refus de recevoir le paiement valablement offert.

187. Une offre de paiement et une circonstance ressortissant au créancier rendant impossible le paiement offert. Dans un premier scénario le débiteur offre au créancier le paiement de ce qui est dû et ce dernier refuse de le recevoir³¹¹. Ce scénario suppose donc à la fois une offre de paiement de la part du débiteur et un refus de la part du créancier ce qui rappelle que selon les juristes romains, la *mora creditoris* requérait deux conditions : une offre d'exécution du débiteur, et « une circonstance ressortissant au créancier et rendant impossible l'exécution »³¹². Si dans les termes du nouvel article 1345 du Code civil la circonstance ressortissant au créancier et rendant impossible l'exécution est explicite et consiste en un refus du paiement, l'offre d'une exécution réelle et satisfaisante n'est pas visée directement mais n'en demeure pas moins un prérequis³¹³. En effet, même dans les cas où le paiement est quérable³¹⁴, le débiteur qui souhaite se libérer de son obligation en l'exécutant doit agir. Sans attendre, il doit faire savoir explicitement au créancier qu'il entend exécuter son obligation dans

³¹¹ Elle est d'ailleurs la seule hypothèse envisagée par l'article 294 du COC qui vise « le créancier qui refuse, (...), le paiement qui lui est offert ».

³¹² F. Cirier, thèse préc. p. 8 ; dans le même sens : J. Virey, thèse préc., n° 46, p. 81 ; R. Vigneron, *Offere aut deponere, de l'origine de la procédure des offres réelles et de la consignation*, Préf. F. Sturm, Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, n° 44 : Faculté de Liège, 1979, p. 53.

³¹³ Mignot, Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (X), LPA 6 mai 2016, p. 10. L'article 294 du COC libanais parle explicitement de « paiement offert ».

³¹⁴ Le paiement est en principe payable pour les obligations de sommes d'argent (article 1343-4 du Code civil) et quérable pour les autres genres d'obligations (article 1342-6).

les délais contractuellement fixés, et ceci en lui faisant une offre. On ne peut pas parler d'un refus de la part du créancier si aucune offre ne lui a été faite³¹⁵. L'offre constitue ainsi la première phase du paiement, celle qui incombe au débiteur qui présente l'exécution de son obligation³¹⁶. Elle est définie comme étant « la présentation faite à quelqu'un de ce qui lui est dû, en observant les formalités tracées par la loi »³¹⁷. Elle manifeste la volonté du débiteur d'accomplir l'obligation dont il est tenu. C'est un « acte essentiellement unilatéral, accompli sitôt que le débiteur a mis en œuvre tout ce que, de bonne foi, on pouvait attendre de lui pour solliciter l'acceptation du créancier »³¹⁸. « L'offre consiste dans tous les cas dans une tentative d'exécution dont la forme varie non selon que la chose due est meuble ou immeuble, mais suivant la volonté manifestée par les parties lors du contrat »³¹⁹.

188. Une offre valide. Cette offre doit être valide³²⁰ et puisqu'elle constitue la première phase du paiement, les conditions de validité de l'offre de paiement sont en principe celles de la validité du paiement³²¹. Selon les termes de J. Virey, « Le paiement

³¹⁵ J. Virey, thèse préc. n° 30 et 33, p. 84 et 86. Le débiteur peut ainsi être condamné à payer une certaine somme à titre de dommages et intérêts pour abus de procédure s'il apparaît qu'il a eu recours à la procédure de la mise en demeure et à la consignation, alors que son créancier avait manifesté la volonté d'accepter son offre simple de paiement en l'invitant à virer la somme due sur son compte bancaire dont il avait joint un intitulé (Cass. civ. 2^e, 25 oct. 1995, n° 93-14.077, 93-14.078 et 93-14.079 : JurisData n° 1995-002683 ; Bull. civ. II, n° 252).

³¹⁶ C. Robin, *op. cit.*, p. 612

³¹⁷ G. Griollet, Ch. Verge, Nouveau code civil annoté et expliqué d'après la jurisprudence et la doctrine. Jurisprudence générale, Dalloz, t. 3, Paris, 1903-1905, art. 1257, n° 68, p. 162. Notons que cette définition en imposant le respect de formalités légales fait directement référence aux offres réelles.

³¹⁸ R. Liron, *préc.*, p. 34.

³¹⁹ F. Cirier, *op. cit.*, p. 35.

³²⁰ L'article 294 du COC libanais parle de « paiement qui est offert [au créancier] dans des conditions régulières ». La Cour de cassation libanaise a ainsi décidé dans un arrêt rendu le 29 avril 2014 que la cour d'appel qui a vérifié que l'offre n'était pas conforme aux conditions juridiques et en a déduit que le créancier n'était pas dans un état de retard et que le cours des intérêts sur la dette n'était pas de ce fait interrompu a correctement appliqué l'article 298 du COC (Cass. lib., 2^e ch. civ., 29 avril 1994, décision n° 43/2014, IDREL).

³²¹ C. Aubry et C. Rau, Droit civil français, tome IV, par E. Bartin, préc., n° 68 ; H. De Page, Traité élémentaire de droit civil belge, Les obligations, Seconde partie, t. III : Bruylant, Bruxelles, 3e éd. 1967, n° 494 ; M. Planiol et G. Ripert, Traité pratique de droit civil français, Obligations, 2^e partie, avec le concours de P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, t. VII, préc., n° 1208.

offert doit réunir toutes les conditions de validité exigées pour un paiement »³²². L'offre de paiement est dans ce sens un acte unilatéral qui relève, dans son fond, des conditions générales de validité de tous les actes juridiques, conditions relatives à l'auteur et au destinataire de cet acte et à son objet. Dans la forme, l'offre est soumise aussi à certaines conditions.

189. Les conditions de validité de l'offre de paiement relatives à l'auteur et au destinataire. Comme le paiement, l'offre de paiement peut être faite par le débiteur³²³ ou même par autre personne qui n'est pas tenue à la dette³²⁴, sauf refus légitime du créancier (C. civ., art. 1342-1). Elle doit être faite au créancier³²⁵ ou à la personne

³²² J. Virey, thèse préc., n° 5, p. 277.

³²³ En cas de cession de dette, l'offre doit être faite par le débiteur cédant jusqu'à ce que la cession de dette soit opposable au créancier cédé. Elle doit être faite par le débiteur cessionnaire après que la cession lui est opposable (C. civ., art. 1327-1). En cas d'obligation solidaire ou de prestation indivisible, chaque codébiteur peut faire une offre pour le tout au créancier commun (C. civ., art. 1313, 1320, al. 2^e).

Les offres peuvent être faites par un tiers agissant au nom du débiteur (Cass. req., 17 janv. 1938 : Gaz. Pal. 1938, 1, p. 542 ; RTDCiv. 1938, p. 263, obs. H. et L. Mazeaud : « L'article 1257 [ancien] du Code civil ne prohibe pas les offres faites par un tiers pour le compte du débiteur et (...) une obligation pouvant (...) être acquittée par toute personne qui y est intéressée si elle agit au nom et en l'acquit du débiteur, un tiers est en droit de faire des offres réelles pour parvenir à l'extinction d'une créance qui ne le concerne pas personnellement » ; CA Paris, 11 août 1806 : Dalloz, jurispr. gén., t. 33, V^o Obligations, n° 2080 ; Pothier, t. II, préc. n° 3, spéc. n° 500). Un tiers qui proposerait d'acquitter les dettes du débiteur conjointement avec lui est en droit de faire des offres au créancier et de se joindre à l'instance intentée par le débiteur en validation desdites offres (T. civ. Seine, 8^e ch. , 19 janv. 1948 : D. 1948, p. 137, époux marié sous le régime de la séparation de biens offrant le paiement au créancier de son épouse).

³²⁴ Avant même le nouvel article 1342-1 du Code civil issu de l'ordonnance n° 2016-131 il était acquis que toute personne susceptible de payer la dette du débiteur pouvait également faire des offres. Et qu'il pouvait s'agir d'un tiers obligé ou non à la dette avec le débiteur : C. Aubry et C. Rau par E. Bartin, t. IV, préc. n° 3, spéc. n° 322, p. 295, note 1 ; G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, t. II, préc. n° 2, n° 1598 ; C. Demolombe, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, t. XXVIII, préc. n° 2, spéc. n° 71 ; Dalloz, jurispr. gén., t. 33, V^o Obligations, n° 2080 ; L. Larombière, tome 4, préc. n° 5, spéc. art. 1257, n° 16 ; H., L. et J. Mazeaud, par F. Chabas, t. II, 1^{er} vol., préc. n° 3, spéc. n° 840.

³²⁵ L'offre du débiteur condamné indivisément envers plusieurs cocréanciers peut leur être faite en bloc et collectivement (C. civ., art. 1311, 1320, al. 1^{er} ; CA Paris, 4^e ch. , 28 avr. 1883 : DP 1884, 2, p. 119 ; Cass. req., 10 juin 1885 : DP 1886, 1, p. 222 ; S. 1886, 1, p. 31). En cas de cession de créance, l'offre doit être faite au cédant jusqu'à ce que la cession de créance soit devenue opposable au débiteur cédé (C. civ., art. 1324, al. 1^{er} ; Dalloz, jurispr. gén., t. 33, V^o Obligations, n° 2072.

désignée par lui pour recevoir le paiement (C. civ., art. 1342-2)³²⁶. Si l'offre n'est pas faite au créancier ou à la personne ayant pouvoir de recevoir pour lui, elle ne serait pas valable et le premier ne serait pas mis en demeure de recevoir³²⁷.

L'offre doit être pure et simple, faite par une personne ayant la capacité et le pouvoir de payer à une personne ayant la capacité et le pouvoir de recevoir³²⁸. La capacité requise pour l'un et pour l'autre est proche de celle d'aliéner ou de celle de disposer car le paiement entraîne la disparition de la créance dans le patrimoine du créancier³²⁹. Les offres faites à un créancier incapable, ou par un débiteur incapable, sont nulles et de nul effet. Ont ainsi été considérées comme nulles les offres faites au nom d'une personne décédée parce que faites par une personne qui n'est pas capable³³⁰. Si l'incapable a un représentant légal, les offres doivent être faites à son représentant légal.

³²⁶ L'offre qui ne n'est pas faite au représentant du créancier est nulle (C. Demolombe, t. XXVIII, préc. n° 2, spéc. n° 70). Les offres ne peuvent être faites à une personne qui n'a pas reçu pouvoir du créancier pour recevoir le paiement (CA Bourges, 29 mars 1914 : Dalloz, jurispr. gén., t. 33, V° Obligations, n° 2076, offres faites à un huissier sans pouvoir). Ne sont pas valables les offres faites à l'huissier instrumentaire lors d'un commandement ou d'une saisie faute pour celui-ci d'avoir reçu pouvoir du créancier de les recevoir et faute pour cet huissier d'être constitué séquestre desdites sommes (T. civ. Seine, réf., 24 janv. 1952 : D. 1952, somm. p. 31 ; Gaz. Pal. 1952, 1, p. 170). Ont aussi été considérées comme nulles pour avoir été faites à une personne sans pouvoir du créancier les offres faites à un avoué ayant seulement reçu un mandat *ad litem* pour les actes nécessaires pour obtenir un jugement mais n'ayant aucun pouvoir pour recevoir un paiement (CA Paris, 23 nov. 1897 : Rec. Gaz. trib. 1898, 2e sem., 2, p. 110). Si le titre de la créance désigne la personne ayant qualité pour recevoir le paiement, les offres devront lui être faites (Dalloz, jurispr. gén., t. 33, V° Obligations, n° 2079). Il a ainsi été jugé que si, d'après le cahier des charges, l'adjudicataire ne peut payer son prix qu'aux créanciers inscrits, utilement colloqués ou délégués, les offres qu'il a faites sont nulles si elles l'ont été par un seul acte, avant qu'il n'y ait ni ordre, ni délégation à la masse des créanciers et au domicile élu par une inscription d'office (CA Paris, 3^e ch., 20 août 1813 : Dalloz, jurispr. gén., t. 33, V° Obligations, n° 2075). Néanmoins, et en application de l'article 1342-2 du Code civil, le paiement fait à une personne qui n'avait pas qualité pour le recevoir est valable si le créancier le ratifie ou s'il en a profité.

³²⁷ C. Demolombe, t. XXVIII, *op. cit.*, n° 70. Les offres réelles faites à un avoué ayant seulement reçu un mandat *ad litem* pour les actes nécessaires pour obtenir un jugement mais n'ayant aucun pouvoir pour recevoir un paiement sont nulles comme faites à une personne sans pouvoir du créancier : CA Paris, 23 nov. 1897 : Rec. Gaz. Trib. 1898, 2^e sem., 2, p. 110.

³²⁸ C. civ., art. 1145, 1342-2, 1258, 1^o, 2^o (anciens).

³²⁹ M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, Obligations, 2^e partie, avec le concours de P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, t. VII, préc., n° 1154 ; Ch. et R. Beudant par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, avec la collaboration de G. Lagarde, t. VIII, préc. n° 2, spéc. n° 490.

³³⁰ Cass. civ. 2^e, 19 novembre 1954, n° 1.187 : Bull. civ. II, n° 367.

Les offres ne sont valables que si elles sont faites à un créancier ayant pouvoir de recevoir le paiement³³¹. Le débiteur perd ainsi le pouvoir de faire des offres à son propre créancier à chaque fois que la créance devient indisponible parce qu'elle a été saisie dans le patrimoine du créancier par l'un de ses créanciers suite à une saisie conservatoire³³² même si la consignation reste possible³³³ ou suite à une saisie-arrêt³³⁴, ou a été saisie par l'autorité publique suite à une saisie pénale³³⁵, ce qui entraîne la perte pour le créancier du pouvoir de payer, ou encore si la créance fait l'objet d'un nantissement et que le débiteur de la créance nantie a reçu notification de l'existence du nantissement par le créancier nanti et qu'il doit alors payer ce dernier³³⁶. De même, et comme pour tout acte juridique, les volontés de l'offrant et du destinataire de l'offre doivent exister et être exemptes de vices (C. civ., art. 1100-1, al. 1^{er}, 1129, 1130).

190. L'objet d'une offre valide : une obligation existante et exigible. Comme tout paiement suppose une dette (article 1302 du Code civil) l'offre suppose elle aussi l'existence d'une dette³³⁷. Si l'obligation qui sert de cause au paiement n'existe pas, une offre de paiement est sans cause objective et par suite nulle³³⁸. Il en est ainsi pour

³³¹ Sauf exceptions d'origine légale ou conventionnelle, le créancier est investi du pouvoir de disposer librement de sa créance (article 537 C. civ.) et d'en recevoir ainsi le paiement (C. civ., art. 537). Lorsque le créancier n'a pas, ou a perdu le pouvoir de recevoir paiement, le débiteur est dispensé de lui faire des offres et peut procéder directement au dépôt. Il en est ainsi par exemple pour le créancier du prix indivis d'un immeuble vendu qui n'a pas par exemple le pouvoir de recevoir seul la totalité de celui-ci (Cass. 2^e civ., 16 février 1972, n° 70-11.974 : Bull. civ. II, n° 43 ; D. 1972, p. 638)

³³² En application de l'article art. L. 523-1 CPCE.

³³³ Cass. civ., 9 mars 1910, préc. ; CA Orléans, 17 janv. 1854 : S. 1856, 2, p. 500 ; Contra : CA Paris, 4^e ch., 24 déc. 1853 : S. 1856, 2, p. 503 ; T. Paix de Villejuif, 20 sept. 1898 : DP 1900, 2, p. 217, 8^e esp., n° 13 ; G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, t. II, préc. n° 2, spéc. n° 1620.

³³⁴ Cass. civ., 9 mars 1910 : DP 1911, 1, p. 34 ; S. 1911, 1, p. 433, note A. Tissier ; Gaz. Pal. 1910, 1, p. 485 ; RTDCiv. 1910, p. 439, obs. R. Demogue, qui souligne que des offres faites au créancier seraient parfaitement inutiles.

³³⁵ CPP, art. L. 706-155.

³³⁶ C. civ., art. 2363, al. 1^{er}.

³³⁷ T. civ. Seine, 1^{re} ch., 10 mars 1905 : Gaz. Pal. 1905, 1, p. 513 ; E. Putman, t. II, préc. n° 2, spéc. n° 554.

³³⁸ Dalloz, jurispr. gén., t. 33, V° Obligations, n° 2111. Il a ainsi été jugé que le débiteur qui aurait fait une offre et qui s'aperçoit qu'il ne doit aucune dette, peut retirer son offre. Celle-ci serait nulle (CA Paris, 1^{re} ch., 25 juill. 1826 : Dalloz, jurispr. gén., t. 33, V° Obligations, n° 2048)

l'obligation affectée par une condition suspensive qui n'existe pas tant que la condition est pendante. Si cette dernière se réalise, l'obligation existera rétroactivement à compter de la conclusion du contrat qui en est à l'origine. Pour que l'offre de paiement soit valable, il faut donc que la condition suspensive se soit réalisée³³⁹. Au contraire, lorsque la condition est résolutoire, et tant que cette condition est pendante, l'obligation existe comme une obligation pure et simple et le débiteur est fondé à offrir le paiement au créancier.

Une offre valable de paiement ne peut porter que sur une obligation exigible, c'est-à-dire, rappelons-le, à la fois échue et liquide. Si le terme est stipulé dans l'intérêt du débiteur, ce que la loi présume d'ailleurs³⁴⁰, il peut y renoncer et offrir valablement le paiement au créancier³⁴¹. En revanche, si le terme est stipulé au bénéfice du créancier seul ou s'il est stipulé dans l'intérêt des deux parties, le débiteur doit attendre son échéance pour faire une offre valable de paiement au créancier³⁴². En effet, si rien ne l'empêche d'offrir un paiement prématuré au créancier, son offre de paiement n'est toutefois pas juridiquement contraignante pour ce dernier en ce sens qu'elle ne peut pas constituer un prélude à sa mise en demeure.

Si l'article 1345 du Code civil se contente de viser « l'échéance » de la créance il aurait été juridiquement plus correcte de viser son « exigibilité » vu que la créance, même échue, n'est pas exigible avant d'avoir été liquidée dans les hypothèses où elle n'est pas liquide *ab initio*³⁴³. C'est ainsi que pour l'ancienne procédure d'offres réelles suivies de consignation des offres réelles portant sur une créance non liquide ont été considérées comme nulles même si le montant offert apparaissait comme supérieur à ce qui peut être réellement dû par le débiteur. Dans ce sens ont été jugées nulles des

³³⁹ Dans ce sens, l'ancien article 1258 du Code civil prévoyait dans son alinéa 5 pour la validité de l'offre réelle que la condition sous laquelle la dette a été contractée soit arrivée.

³⁴⁰ Article 1305-3 du Code civil, art. 109 du COC.

³⁴¹ G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, t. II, préc., n° 1603 ; E. Putman, *La formation des créances*, Thèse Dactyl., Aix-Marseille III, 1987, t. II, n° 554.

³⁴² L'ancien article 1258 du Code civil prévoyait expressément cette condition dans son alinéa 4 et exigeait pour que les offres réelles soient valables que le terme soit échu s'il a été stipulé en faveur du créancier.

³⁴³ Sur la différence entre échéance et exigibilité et le rapport entre les deux, v. *supra* n° 21.

offres portant sur une créance au montant incertain et en conséquence subordonnées à un règlement judiciaire éventuel faite pour les parties de l'avoir amiablement fixé, même s'il apparaît que les sommes offertes sont supérieures aux sommes dues³⁴⁴. Toutefois, lorsque la créance n'est pas liquide et que le débiteur s'est trouvé, par le fait du créancier qui n'a pas répondu à sa demande de fournir le chiffre, dans l'impossibilité de le connaître, les offres ont été considérées comme valables, alors même qu'elles étaient inférieures à ce chiffre, à condition que le débiteur se soit engagé à payer le surplus au cas où il se serait trompé sur le montant réellement dû³⁴⁵. La même règle a été appliquée aux frais non liquidés. D'abord, le débiteur doit faire une offre de paiement et de consignation d'une somme quelconque. Ensuite, il doit souscrire l'obligation de parfaire, c'est-à-dire de payer la différence entre la somme offerte et consignée à cet effet et la somme finalement due. Cette obligation de parfaire ne concerne que les frais non liquidés³⁴⁶ et ne peut donc être relative ni au capital, ni aux intérêts et frais liquidés³⁴⁷. Ces solutions établies par la jurisprudence pour l'ancienne procédure d'offres réelles suivies de consignation ont vocation, à notre avis, à s'appliquer aussi à la nouvelle offre de paiement prévue à l'article 1345 du Code civil.

191. Une offre réelle ou une offre simple ? Le débiteur devra-t-il au regard du nouvel article 1345 du Code civil faire au créancier une offre réelle de la chose ou la somme qu'il doit lui payer ou peut-il en faire une offre simple ? L'offre réelle est

³⁴⁴ CA Douai, 1^{re} ch., 12 mai 1857 : DP 1857, 2, p. 153.

³⁴⁵ Cass. req., 27 févr. 1849 : DP 1849, 1, p. 158 ; S. 1849, 1, p. 412. En ce sens : D.-J. Baroncea, préc. n° 2, spéc. p. 149-150. R. Demogue, t. VI, préc. n° 2, spéc. n° 14. C. Demolombe, t. XXVIII, préc. n° 2, spéc. n° 76. M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, Obligations, 2^e partie, avec le concours de P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, t. VII, préc. n° 3, spéc. n° 1208 ; E. Putman, t. II, préc. n° 2, spéc. n° 642.

³⁴⁶ G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, t. II, préc. n° 2, spéc. n° 1599 ; Dalloz, *jurispr. gén.*, t. 33, V° Obligations, n° 2098-2099 .

³⁴⁷ Cass. req., 28 janvier 1867 : DP 1867, 1, p. 208 ; S. 1867, 1, p. 111 ; Cass. req., 16 avril 1883 : DP 1884, 1, p. 256 ; S. 1885, 1, p. 199 ; Cass. civ., 28 déc. 1887, préc. n° 45 ; Cass. civ., 1^{er} mai 1897 : DP 1897, 1, p. 516 ; S. 1897, 1, p. 312 ; Gaz. Pal. 1897, 1, p. 773 ; Cass. req., 17 février 1908 : Gaz. Pal. 1908, 1, p. 297 ; S. 1908, 1, p. 192 ; DP 1908, 1, p. 159 ; CA Bourges, 2^e ch. , 9 décembre 1830 : Dalloz, *jurispr. gén.*, t. 33, V° Obligations, n° 2085 ; CA Pau, 21 décembre 1885, préc. n° 45 ; T. civ. Le Puy, 2^e ch., 2 août 1904 : Gaz. Pal. 1904, 2, p. 556.

réalisée par la présentation effective de l'objet du paiement, au créancier³⁴⁸. Le caractère réel de l'offre serait en quelque sorte le pendant du caractère réel du paiement³⁴⁹. Il permet ainsi « au créancier de vérifier que le paiement offert est vraiment satisfactoire »³⁵⁰. Or pour qu'une offre soit véritablement une offre réelle il ne suffit pas que le débiteur se déclare prêt à payer. Il faut encore que l'objet de la dette ait été effectivement présenté au créancier. Il a ainsi été jugé que le maintien à la disposition du créancier d'une somme auprès de l'administration des postes auprès de laquelle le débiteur avait réalisé un mandat postal de paiement ne vaut pas offre réelle³⁵¹, qu'un débiteur ne fait pas des offres réelles mais des offres amiables lorsqu'il propose de payer sa dette et que le créancier déclare être prêt à recevoir le paiement³⁵². Il a aussi été jugé qu'une proposition de remise des sommes à la banque créancière « moyennant que ces fonds restent placés sur un compte spécial dans l'attente de la régularisation du contentieux en cours » ne peut être considérée comme formant une offre réelle³⁵³, et que l'indication faite dans les conclusions de l'avocat du débiteur que les fonds sont disponibles ne vaut pas offre réelle de paiement, cette disponibilité n'impliquant pas que le débiteur se libèrera à première demande³⁵⁴. De même, a été jugé

³⁴⁸ CA Bastia, 12 juin 1950 : D. 1950, p. 635, n° 46 : « Pour qu'il y ait offres réelles, il ne suffit pas que le débiteur se déclare prêt à payer, il faut que l'objet de la dette ait été présenté au créancier d'une manière effective ». L'offre simple n'était admise en droit français et assimilée à l'offre réelle que dans le seul cas où l'obligation portait sur un corps certain qui est livrable là où il se trouve, solution prévue par l'anc. article 1264 du code civil et au domaine assez restreint et à laquelle peut être assimilée par analogie le cas où le corps certain doit être livré en un autre lieu que celui où il se trouve déjà mais qui n'est pas le domicile du créancier et le débiteur devra alors déplacer le corps certain au lieu où il doit être livré et faire sommation au créancier de venir en prendre livraison. En dehors de ce deux cas le débiteur qui souhaite se libérer est obligé de présenter réellement l'objet de son obligation à son créancier.

³⁴⁹ Sur le caractère réel du paiement v. A. Sériaux, Conception juridique d'une opération économique : le paiement, RTDCiv. 2004, p. 229.

³⁵⁰ M. Mignot, Jurisclasseur Civil (archives antérieures au 1^{er} octobre 2016), Contrats et obligations, Offres de paiement et consignation, art. 1257 à 1264, n° 5.

³⁵¹ CA Orléans, ch. civ., 2^e sect., 20 septembre 1994 : JurisData n° 1994-043767.

³⁵² Cass. req., 16 juin 1884 : DP 1885, 1, p. 161.

³⁵³ CA Angers, ch. com. 22 janvier 2008, n° 06/00190 : JurisData n° 2008-364183.

³⁵⁴ CA Nouméa, 15 avril 1999, n° 487/97 : JurisData n° 1999-044823

que l'indication dans un courrier que les sommes sont à la disposition du créancier dans une banque déterminée ne vaut pas offre réelle³⁵⁵.

Aux offres réelles on oppose souvent les offres verbales, labiales ou amiables³⁵⁶ mais il serait plus exact de lui opposer l'offre simple, sans présentation de l'objet dû. En effet, l'offre simple peut aussi bien être verbale qu'écrite et si une offre réelle doit en principe être écrite, ce n'est pas sa forme écrite ou verbale qui la caractérise mais la présentation ou non de l'objet dû. Plusieurs codes étrangers admettent que l'offre simple produise des effets dans certains cas. Ainsi l'article 295 du BGB admet qu'une offre verbale (simple) est suffisante lorsque le créancier a déclaré au débiteur « qu'il n'accepterait pas la prestation ou lorsqu'un fait du créancier est nécessaire pour l'exécution de la prestation, notamment lorsque c'est au créancier à prendre livraison de la chose due »³⁵⁷. Dans ce cas est « assimilée à l'offre de la prestation l'invitation adressée au créancier de procéder à l'acte qui lui incombe ». En droit suisse, l'offre verbale suffit si la dette est quérable, ou si le créancier a manifesté qu'il ne la recevrait pas ou s'il empêche le débiteur de s'exécuter³⁵⁸. En France, les textes qui régissaient la procédure des offres suivies de consignation exigeaient que l'offre soit réelle (art. 1257 et 1258 C. civ., 1258, art. 1426 CPC) et la jurisprudence attachait une importance particulière à cet aspect de l'offre refusant ainsi de valider les offres simples³⁵⁹. Les nouveaux textes issus de l'ordonnance n° 2016-131, quant à eux, n'exigent pas explicitement qu'une offre soit faite au créancier. Certains auteurs considèrent, malgré

³⁵⁵ CA Paris, 2^e ch. A, 18 septembre 1989, n° 89-008952 : JurisData n° 1989-024315 ; JCP N 1990, II, 135.

³⁵⁶ C. Aubry et C. Rau par E. Bartin, t. IV, *op. cit.*, § 322, p. 295, note 2 ; G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, t. II, *op. cit.*, n° 1595 ; C. Demolombe, t. XXVIII, *op. cit.*, n° 72 ; E. Garsonnet et Ch. Cézard-Bru, t. VII, *op. cit.*, n° 2715 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français, Obligations*, 2^e partie, avec le concours de P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, t. VII, *op. cit.*, n° 1209.

³⁵⁷ Dans son *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand* (3^e éd., Paris, 1925, LGDJ, n° 38, p. 32), Raymond Saleilles arrive au résultat que si le principe retenu par le projet de code civil allemand est celui des offres réelles, « il est suivi de telles exceptions qu'on pourrait tout aussi bien ériger en règle celui de l'offre purement verbale ».

³⁵⁸ P. Engel, *Traité des obligations en droit suisse, préc.*, n° 191, p. 446.

³⁵⁹ Cass., 9 brumaire an VIII : Dalloz, *jurispr. gén.*, t. 33, V^o Obligations, n° 2059 ; CA Orléans, ch. civ., 2^e sect., 20 septembre 1994 : JurisData n° 1994-043767 ; CA Paris, 2^e ch. A, 18 septembre 1989, *préc.* ; CA Nouméa, 15 avril 1999, *préc.* ; CA Paris, 2^e ch. A, 5 février 2002, n° 2001/16830 : JurisData n° 2002-171098 ; CA Angers, ch. com. 22 janvier 2008, *préc.*

le silence du législateur, que le caractère réel de l'offre reste le pendant du caractère réel du paiement et qu'il participe de la nature de l'obligation et de son paiement. « Cela ne veut pas dire pour autant que toute obligation soit susceptible de générer une offre réelle. Tout dépend de la nature de l'obligation et de l'importance respective des prestations du débiteur et du créancier. L'offre doit être réelle lorsqu'elle peut l'être. Lorsque l'obligation porte indirectement sur un meuble portable, l'offre peut et doit être réelle. Elle doit alors se faire au domicile du créancier. Dans les autres cas, le débiteur doit seulement fournir les assurances d'une exécution effective compte tenu de toutes les circonstances, sans être tenu de faire une offre réelle »³⁶⁰. Nous ne pouvons approuver cette opinion. Si le législateur de 2016 avait l'intention de continuer à exiger une offre réelle, cette exigence aurait figuré explicitement au sein du nouvel article 1345 du Code civil. Puisqu'aucune référence n'est faite à une offre réelle on peut aisément supposer que le législateur français a voulu s'aligner sur les droits voisins pour donner effet à toute offre, même simple sans présentation effective de la chose³⁶¹.

192. Les conditions de forme de l'offre. Si les offres réelles de l'ancienne procédure des articles 1257 et suivants du Code civil devaient obligatoirement être constatées par acte authentique et devaient être faites par des huissiers de justice³⁶² ou

³⁶⁰ M. Mignot, Jurisclasseur civil, art. 1345 à 1345-3, Régime général des obligations, Extinction des obligations, Mise en demeure du créancier, n° 64.

³⁶¹ Le législateur libanais, au sein de l'article 294 du COC n'exige pas non plus que l'offre de paiement soit réelle.

³⁶² Ord. n° 45-2592, 2 novembre 1945, art. 1^{er} relatif au statut des huissiers.

par des notaires³⁶³ ayant compétence pour ces sortes d'actes³⁶⁴, et si un procès-verbal de l'offre réelle devait être dressé et contenir certaines mentions obligatoires³⁶⁵, l'offre simple, dans les législations qui l'admettent, ne revêt pas nécessairement la forme d'une sommation ; elle peut être effectuée sous une forme moins solennelle comme un simple avertissement ou une incitation à agir adressée au créancier, et elle peut être écrite ou verbale quitte au débiteur de pouvoir la prouver dans ce dernier cas. Il en est ainsi par exemple de l'article 295 du BGB relatif aux cas dans lesquels une offre verbale suffit et qui dispose qu'est « assimilée à l'offre de la prestation l'invitation adressée au créancier de procéder à l'acte qui lui incombe ». L'offre qui consiste un prérequis pour l'application du nouvel article 1345 du Code civil ne devant pas obligatoirement être une offre réelle, rien n'oblige qu'elle soit faite par un acte authentique et constatée par un procès-verbal pour autant que son contenu, de même que sa réception par le créancier, puissent être prouvés par le débiteur. En effet, le créancier doit avoir pris connaissance effective de l'offre du débiteur pour qu'il soit en mesure de l'accepter ou de la refuser et, en cas de litige, il revient au débiteur qui demande à ce que son offre de paiement sorte ses effets de prouver que le créancier avait bien reçu cette offre. «Ecrité ou verbale, cette signification (il s'agit de l'offre) sera valable pourvu qu'elle

³⁶³ Ord. n° 45-2590, 2 novembre 1945, art.1^{er} relatif au statut du notariat. La rigidité du dispositif légal a toutefois été sensiblement assouplie par la jurisprudence qui a validé depuis longtemps les offres faites au cours du litige d'avocat à avocat hors de l'audience ou celles faites à l'audience même par le débiteur bien qu'elles ne soient pas effectuées par un officier ministériel, les offres faites en cours d'instance par le débiteur hors de l'audience relevant toujours du droit commun : Cass. req., 4 mars 1824 : Jur. Gen., t. 33, V° Obligations, n° 2060 ; Cass. req., 2 juillet 1833 : Jur. Gen., t. 33, V° Obligations, n° 2130 ; Cass. req., 27 juin 1849 : DP 1849, 1, p. 166 ; S. 1849, 1, p. 694 ; Cass. civ., 19 avr. 1928 : Gaz. Pal. 1928, 1, p. 820 ; CA Paris, 5^e ch., 21 novembre 1903 : Gaz. Pal. 1904, 1, p. 245 ; Pand. franç. 1904, 2, p. 116 ; CA Lyon, 2^e ch., 13 novembre 1902 : DP 1906, 2, p. 423 ; RTDCiv. 1907, p. 109, obs. R. Demogue ; Jur. Gen., t. 33, V° Obligations, n° 2130-2131 ; L. Larombière, tome 4, *op. cit.*, art. 1258, n° 19.

³⁶⁴ C. civ., anc. art. 1258 7° ; CA Lyon, 2^e ch., 14 mars 1827 : S. 1828, 2, p. 5 ; CA Agen, ch. civ., 17 mai 1836 : S. 1837, 2, p. 123 ; CA Bordeaux, 4^e ch., 30 juin 1836 : S. 1837, 2, p. 79 ; C. Aubry et C. Rau par E. Bartin, t. IV, *op. cit.*, § 322, p. 295, note 4 ; C. Demolombe, t. XXVIII, *op. cit.*, n° 96 ; Jur. Gen., t. 33, V° Obligations, n° 2127 ; L. Larombière, tome 4, *op. cit.*, art. 1258, n° 16.

³⁶⁵ Le procès-verbal devait ainsi désigner la chose offerte et s'il s'agit d'une somme d'argent, préciser le montant et le mode de paiement (CPC, anc. art. 1426, al. 1^{er} ; C. civ., anc. art. 1259, 3°). Si les offres portaient sur des choses fongibles, le procès-verbal devait en mentionner le poids et la mesure avec la plus grande précision, et si possible leur valeur. Il devait indiquer également, dans tous les cas, le lieu où la consignation sera faite si les offres ne sont pas acceptées (CPC, anc. art. 1426, al. 2°). L'absence de ces mentions obligatoires était sanctionnée par la nullité des offres réelles.

soit suffisamment claire pour ne laisser subsister aucun doute sur son caractère sérieux
»³⁶⁶.

Le créancier qui refuse une offre de paiement satisfaisant à toutes les conditions de validité de fond et de forme élaborées ci-dessus risque d'être mis en demeure au sens du nouvel article 1345 du Code civil. Mais le refus d'un paiement offert n'est pas la seule attitude qui puisse l'exposer à être mise en demeure. En effet, si l'ancienne procédure d'offre réelle suivie de consignation ne trouvait de remède qu'à la seule situation où le créancier refusait sans motif légitime le paiement qui lui est valablement offert par son débiteur, le nouvel article 1345 du Code civil remédie à une autre situation dans laquelle le créancier retarde la libération du débiteur, cette fois-ci non parce qu'il refuse un paiement offert, mais parce qu'il empêche ce dernier, par son action ou son abstention, de pouvoir lui faire une offre valable de paiement.

2- *L'empêchement d'une offre de paiement.*

193. Détournement d'une institution bien connue du droit français. Il arrive que, pour l'exécution de certaines obligations, le créancier doive apporter son concours comme par exemple donner accès au lieu où doit se réaliser la prestation, mettre à disposition le matériel dont a besoin le débiteur pour remplir sa part du contrat etc..., et lorsque l'obligation est une obligation de somme d'argent, il arrive qu'il doive désigner le lieu de paiement ou tendre la main et prendre la monnaie fiduciaire fournie par le débiteur ou encore lui fournir les informations relatives à son compte en banque pour permettre le transfert de monnaie scripturale. Dans ces hypothèses données à titre d'exemple le créancier peut, par son action ou son abstention, empêcher le paiement de se produire en ne donnant pas accès au lieu, en ne mettant pas le matériel à disposition du débiteur ou encore en ne lui procurant pas les informations relatives à son compte en banque. La jurisprudence avait trouvé une solution à certaines de ces hypothèses et était parvenue à faire naître des effets juridiques comparables à ceux de la *mora creditoris* en détournant une institution bien connue du droit français, la demeure du débiteur. La faute du créancier a ainsi pu être retenue au regard de l'inexécution d'une

³⁶⁶ F. Cirier, *op. cit.*, p. 28

obligation créée à sa charge, dont il devient alors le débiteur, et dès lors il devient passible d'être mis en demeure en tant que débiteur. Cette idée avait été développée par D. J. Baroncea dans sa thèse « Essai sur la faute et le fait du créancier (cause justificative du débiteur) ». En se fondant sur « l'obligation générale de ne pas aggraver la position du débiteur » cet auteur considère qu'une obligation d'aider le débiteur à s'exécuter pèse sur le créancier³⁶⁷ qui est alors débiteur de cette obligation. Selon les termes d'un autre auteur, « l'obligation d'exécution de bonne foi extraite de l'article 1134 alinéa 3 du code civil offre au juge un moyen idéal de pallier les inconvénients de l'absence de la théorie de la *mora creditoris* en droit français. Il suffit de remplacer la demeure du créancier par la demeure du débiteur. La mise à la charge du créancier d'une obligation contractuelle (dont il est débiteur) qu'il n'exécute pas, le rend fautif et le place en demeure du débiteur »³⁶⁸.

Une abondante jurisprudence s'est développée dans ce sens. Par une relecture de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil (dans sa version antérieure au 1^{er} octobre 2016), et sans constater explicitement que le créancier était « en demeure », les juges ont mis à la charge de celui-ci une obligation d'exécuter ses obligations de bonne foi³⁶⁹ et son corollaire une obligation de faciliter l'exécution de l'obligation de son cocontractant qu'une partie de la doctrine et de la jurisprudence a nommé « obligation de collaboration ou de coopération »³⁷⁰. Le rapport d'obligation initial se trouve ainsi doublé d'un second rapport annexe dans lequel les positions sont inversées, le créancier devenant débiteur de cette obligation nouvelle vis-à-vis d'un ancien débiteur devenu créancier. Ensuite les juges ont constaté l'inexécution de cette nouvelle obligation et le

³⁶⁷ D.- J. Baroncea, Essai sur la faute et le fait du créancier (cause justificative du débiteur), th. Paris, 1929, p. 16 ; Contra, R. Saleilles, préc., n° 41, p. 34.

³⁶⁸ C. Robin, op. cit., p. 607.

³⁶⁹ R. Desgorces, La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et Perspectives, th. Paris II, 1992 ; A. Bénabent, Rapport français, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLIII, La bonne foi, Litec, 1992, p. 291-300.

³⁷⁰ V. Y. Picod, L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, JCP 1988.I.3318.

créancier en faute a été alors placé en demeure du débiteur, position bien connue du droit français³⁷¹.

194. Critique du mécanisme. Pour pallier l'absence d'une reconnaissance explicite de l'institution de la *mora creditoris* la jurisprudence française s'est trouvée obligée de créer une obligation à la charge du créancier pour ensuite caractériser une faute de sa part. Cette création quelque peu artificielle d'une obligation contractuelle à la charge du créancier a fait l'objet de plusieurs critiques de la part d'auteurs qui l'ont qualifiée de « forçage »³⁷² du contrat, ou encore de violation du principe de l'autonomie de la volonté³⁷³ et préconisaient que le raisonnement gagnerait en cohérence et en

³⁷¹ Ainsi, dans un arrêt déjà ancien de 1957, la Cour de cassation a constaté dans une vente FOB³⁷¹ que l'acheteur qui doit fournir le fret et choisir le navire d'embarquement de la marchandise « s'est trouvé, en fait, défaillant » lorsque le vendeur, informé tardivement de la désignation du navire, n'a pas pu accomplir son obligation d'amener la marchandise au lieu d'embarquement, mettant ainsi à la charge de l'acheteur une obligation de « faire diligence pour que le vendeur puisse amener la marchandise à quai près du navire choisi », et alors le vendeur (débiteur de l'obligation d'embarquer les marchandises) qui attend que l'acheteur, créancier de cette obligation, lui désigne le navire d'embarquement et se montre prêt à livrer la marchandise ne peut pas se voir reprocher son retard dans la livraison (Cass. com. 27 novembre 1957, D. 1958. somm. 79. V. J.-F. Pillebout, Recherches sur l'exception d'inexécution, t. 119, LGDJ, 1971, n° 119, p. 111. Cet auteur écrit : « Dans une vente « FOB », l'acheteur qui aura tardé à indiquer le nom du navire auprès duquel la marchandise doit être déposée sera responsable de l'inexécution du contrat. On pourrait penser qu'il y a là des applications de l'exception d'inexécution, mais celle-ci est un refus volontaire d'exécuter, justifié par l'attitude du cocontractant. Or, en l'espèce, le vendeur se trouve dans l'impossibilité d'exécuter du fait de la carence de l'acquéreur ». il poursuit plus loin : « cela prouve seulement qu'une collaboration est souvent nécessaire pour parvenir à l'exécution de l'obligation qui pèse sur l'un d'entre eux »). Dans un arrêt plus récent (CA Paris, 7 décembre 1990, Juris-Data n° 90-25707), la Cour d'appel de Paris a évoqué l'obligation de coopération du créancier afin d'exclure l'exception d'inexécution soulevée par le client d'une entreprise installatrice d'informatique qui avait empêché le prestataire de service d'achever sa mission et refusé de payer. La cour d'appel a ainsi déclaré mal fondée l'exception d'inexécution soulevée par le client en raison de l'absence de mise en demeure d'effectuer le reliquat des opérations et ceci « d'autant plus qu'il y a eu de la part du client un manque de collaboration indéniable rendant impossible l'achèvement de la mission du prestataire ». Dans le même sens, et dans un arrêt de la même année, la Cour de cassation a procédé à un partage de responsabilité en retenant que le retard dans la mise au point de logiciels d'application pour un système informatique est dû partiellement au comportement de l'utilisateur qui n'a pas su exposer ses besoins (Cass. com., 4 décembre 1990, Bull. civ. IV, n° 310, p. 215). Dans un autre arrêt, la Cour de cassation a évoqué le « concours du créancier » et reproché aux juges du fond d'avoir condamné le débiteur à verser des dommages-intérêts au créancier sans avoir constaté que le créancier avait mis le débiteur en demeure d'exécuter cette obligation, « exécution qui requérait, notamment pour la fixation de ses lieux et de ses dates, le concours du créancier » (Cass. com. 28 mai 1996, Bull. civ. IV, n° 145, p. 127).

³⁷² Selon les termes de Ph. Malaurie et L. Aynès, Droit civil, Les obligations, préc., n° 632, p. 362.

³⁷³ C. Robin, *op. cit.*, p. 607. Selon cet auteur le fait et la faute du créancier n'interviennent pas à un même degré dans l'exécution contractuelle. La faute est l'inexécution de son obligation par le créancier

simplicité si l'exigence d'une faute de la part du créancier était abandonnée au profit d'une prise en compte plus large de tout fait ou comportement de sa part empêchant ou retardant l'exécution par le débiteur de ses obligations contractuelles.

195. L'innovation législative de 2016. Le législateur français, par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, a répondu à ces demandes et a explicitement consacré la demeure du créancier, mettant à cet égard son fait qui empêche le paiement au même titre que son refus d'un paiement. Désormais, l'un comme l'autre peut provoquer la demeure : « lorsque le créancier, à l'échéance et sans motif légitime, refuse de recevoir le paiement qui lui est dû *ou l'empêche par son fait*, le débiteur peut le mettre en demeure d'en accepter ou d'en permettre l'exécution »³⁷⁴. Notons bien qu'aucune référence n'est faite dans le nouveau texte à une quelconque *faute* de la part du créancier³⁷⁵. La nouvelle disposition législative met ainsi un terme à la création jurisprudentielle d'une obligation contractuelle de collaboration ou de coopération à la charge du créancier dont l'inexécution entrainerait sa demeure en tant que débiteur de cette obligation. Désormais, tout fait du créancier qui empêcherait ou retarderait l'exécution par le débiteur de ses obligations contractuelles expose le créancier à être lui-même mis en demeure avec tous les effets que cette demeure peut entraîner³⁷⁶.

La demeure du créancier dépendra ainsi de la place de sa participation qui varie elle-même avec la nature de l'obligation pesant sur le débiteur : si ce dernier doit une simple somme d'argent à payer en personne le créancier sera en demeure par son seul refus d'accepter le paiement, mais quand le paiement consiste dans un sens plus large en l'exécution d'une prestation pour laquelle la participation du créancier est nécessaire, comme s'il lui faut communiquer au débiteur le numéro de son compte en banque, il sera en demeure s'il refuse d'accomplir les actes préalables nécessaires pour que le débiteur puisse s'exécuter valablement.

(débiteur) ; le fait est la participation du créancier à l'inexécution de l'obligation de son débiteur. Il ne s'agit pas de chercher et de trouver, voire de créer, une quelconque obligation à la charge du créancier pour ensuite constater son inexécution et caractériser la faute de ce créancier. Seul est pris en compte un fait de sa part par lequel il participe à l'inexécution par le débiteur de son obligation.

³⁷⁴ Article 1345 du Code civil.

³⁷⁵ Pour des développements sur l'abandon de l'exigence d'une faute du créancier, v. *infra* n° 198 et s.

³⁷⁶ Sur lesquels v. *infra* n° 212.

3- *La preuve du fait du créancier.*

196. Il incombe au débiteur de prouver que le créancier refuse ou empêche le paiement volontaire. L'article 1345 du Code civil ne soumet ce refus à aucune condition de forme. Il doit donc être considéré comme un fait relevant de la liberté de la preuve en application de l'article 1358 du Code civil. La notion de refus est interprétée largement par la doctrine et la jurisprudence. Y est ainsi assimilé le silence du créancier ou même son absence³⁷⁷, et plus généralement tout défaut avéré d'acceptation. Ainsi a-t-il été jugé que le refus de donner satisfaction à une demande de justificatif de l'existence et du montant de la créance, émanant d'un débiteur dans l'impossibilité d'en avoir autrement connaissance, équivaut à un refus de recevoir le paiement proposé³⁷⁸. De plus, l'acceptation par le créancier des offres faites par le débiteur doit être pure et simple et elle a été considérée comme inopérante lorsqu'elle était faite sous certaines réserves de nature à compromettre les droits du débiteur³⁷⁹. Un auteur a justement relevé que des difficultés d'appréciation risquent de se poser sur le plan pratique « dans la mesure où l'on se situe souvent en amont de l'offre de paiement, le débiteur n'étant pas mis dans les conditions pour la formuler. On peut donc redouter que le débiteur tire prétexte de cette gêne pour ne pas proposer d'offre de paiement réellement satisfaisante »³⁸⁰ mais en fin de compte il s'agit d'une question d'appréciation des faits qui doit être laissée au bon sens du juge qui tranche l'affaire.

Afin d'éviter que le débiteur ne se donne un titre de libération à lui-même alors qu'il n'offre pas un paiement satisfaisant, et pour tenir compte des cas où le créancier a des raisons légitimes de s'opposer au paiement, l'article 1345 du Code civil

³⁷⁷ En ce sens : CA Bastia, ch. civ., 11 avril 1996, JurisData n° 1996-167387, n° 42 : absence du créancier de son domicile au moment de la signification des offres par l'huissier alors qu'il avait été informé de son passage, jugé que cette absence vaut refus des offres réelles.

³⁷⁸ Cass. com., 9 octobre 2001, Bull. civ. IV, n° 163 ; D. 2001.AJ 3272, obs. Avena-Robardet ; RTDCiv. 2002. 102, obs. Mestre et Fages.

³⁷⁹ Cass. req., 17 juin 1942 : DA 1943.21

³⁸⁰ B. Grimonprez, Répertoire civil Dalloz, Mise en demeure, n° 40.

conditionne l'efficacité de la demeure au caractère illégitime de l'obstruction du créancier, ou comme le dit le texte, à l'absence de « motif légitime ».

b- Une absence de « motif légitime ».

197. Une condition affirmée dans les textes. Pour que le refus du créancier de recevoir le paiement, ou son fait qui empêche l'offre de paiement, puisse l'exposer à être mis en demeure, il faut que son attitude soit injustifiée, qu'il n'ait aucun motif légitime de s'opposer au paiement offert. Cette condition est capitale dans la logique du nouveau système et rappelle qu'autrefois, dans le système des offres réelles suivies de consignation, le débiteur n'était définitivement libéré qu'à compter du moment où son offre réelle adressée par huissier ou notaire faisait ensuite l'objet d'une consignation qui devait elle-même être reconnue valable par le créancier ou à défaut jugée telle par le juge³⁸¹. Le nouvel article 1345 du Code civil exige ainsi, pour mettre en demeure le créancier qui refuse de recevoir le paiement qui lui est offert ou l'empêche par son fait, que son comportement soit « sans motif légitime »³⁸². Le législateur semble donc avoir répondu au souhait exprimé par une grande partie de la doctrine d'abandonner la notion de *faute* du créancier à laquelle avait eu recours la jurisprudence antérieure au profit de la consécration du seul *fait* du créancier (1). L'absence de « motif légitime » doit dès lors être définie objectivement à partir de la conformité de l'offre de paiement à la prestation due mais aussi subjectivement à partir des circonstances propres au créancier (2).

1- L'abandon de la faute.

198. Le recours de la jurisprudence à la notion de faute du créancier. Dans le cadre de l'ancienne procédure des offres réelles suivies de consignation, l'article 1257 du Code civil disposait que « lorsque le créancier refuse de recevoir son paiement, le

³⁸¹ Anciens articles 1257 et 1258 du Code civil.

³⁸² Le COC libanais vise dans le même sens, à l'article 294, la « cause légitime ».

débiteur peut lui faire des offres réelles et, au refus du créancier de les accepter, consigner la somme ou la chose offerte ». Tout refus de la part du créancier, même tacite, suffisait donc pour permettre au débiteur de consigner la somme et d'arrêter ainsi le cours des intérêts sur sa créance à compter de la consignation. Mais en dehors de la consignation, la doctrine semblait être divergente sur la question de l'exigence d'une faute de la part du créancier. Comme ce dernier n'a pas une obligation d'accepter la prestation fournie par le débiteur, il ne peut en principe pas être en faute³⁸³, sauf à considérer qu'il a manqué à une certaine autre obligation. Ceci n'a pas empêché les juges de recourir aux principes de base de la responsabilité pour faute pour évaluer l'attitude du créancier assimilé à une victime et, à partir de là, atténuer, ou même supprimer complètement, les effets de la demeure du débiteur quand cette attitude était fautive. En effet, les intérêts moratoires étant traditionnellement perçus comme la manifestation de la responsabilité du débiteur pour le préjudice moratoire causé à son créancier, il était logique d'en réduire le montant, ou même d'en écarter complètement l'application, à chaque fois que le retard dans l'exécution de l'obligation était causé par une faute du créancier, assimilé à la victime d'un dommage, et dont la responsabilité devait alors empêcher, ou au moins diminuer, la responsabilité du débiteur. Les juges ont ainsi relevé la faute du créancier pour paralyser son droit de demander la résiliation du contrat³⁸⁴ mais aussi, et c'est cela qui nous intéresse dans notre étude, pour écarter la condamnation du débiteur aux intérêts de l'(anc.) article 1153 du code civil quand la responsabilité du créancier était démontrée. Ils ont tantôt relevé la *faute* du créancier, tantôt *l'abus ou la négligence*. Ainsi lorsqu'un assuré en conflit avec son assureur a attendu près de quatre ans après le dépôt du rapport d'expert pour signifier ses conclusions de reprise d'instance, la Cour de cassation a décidé qu'il ne pouvait pas imputer son préjudice moratoire à son assureur et, vu sa *négligence*

³⁸³ Pour une analyse de cette obligation, voir P. Bouet, *Des offres réelles*, th. Paris, 1910, p. 7 ; R. Liron, préc. p. 31 et 40 ; P. Collomb, thèse préc., n° 54, p. 114.

³⁸⁴ Ainsi, pour casser l'arrêt de la Cour d'appel qui avait prononcé la résiliation d'un contrat d'édition aux torts exclusifs de l'éditeur, la Cour de cassation considère que les juges du fond « n'ont pas tenu compte de la part de responsabilité qu'ils avaient reconnu incomber à l'auteur ». En l'espèce, l'accomplissement de son obligation d'édition par le débiteur (l'éditeur) avait été gêné par le manque de correction du créancier (l'auteur) qui a ainsi par son fait participé à la mauvaise exécution de son obligation par le débiteur et entraîné un retard dans l'édition (Cass. civ. 1^{re}, 12 oct. 1977, Bull. civ. n° 363, p. 288).

*persistante*³⁸⁵ dans la poursuite de la procédure, il ne pouvait prétendre au cours des intérêts à compter de la demande au titre des dommages-intérêts pour le retard qu'aurait apporté la compagnie à l'exécution de ses obligations contractuelles³⁸⁶. Dans un arrêt rendu le 19 octobre 1993 la chambre commerciale de la Cour de cassation a décidé, au visa de l'(anc.) article 1153, alinéa 3, du Code civil « que les intérêts afférents à une dette déjà déterminée que le juge constate sont dus de plein droit dès la sommation de payer, sauf au débiteur à établir une *faute* du créancier l'ayant empêché de s'acquitter du montant de sa dette »³⁸⁷. Dans un autre arrêt rendu par la deuxième chambre civile le 9 juillet 1997³⁸⁸ les débiteurs reprochaient à la cour d'appel de les avoir condamnés à payer des intérêts moratoires sans tenir compte du comportement du créancier qui, en procédant de manière précipitée à des mesures conservatoires, avait, selon eux, commis une faute les ayant empêchés de s'acquitter en temps utile du montant de leur dette. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi au motif que, des circonstances de la cause, « la cour d'appel a pu déduire que les sociétés créancières n'avaient pas commis un *abus*³⁸⁹ de nature à les priver des intérêts moratoires », ce qui laisse penser que, *a contrario*, l'abus caractérisé du créancier dans le recouvrement de sa créance aurait pu justifier une privation des intérêts. Certains arrêts ont même condamné le créancier à des dommages-intérêts compensatoires quand son refus d'accepter les offres du débiteur était *fautif*³⁹⁰.

³⁸⁵ Nous soulignons.

³⁸⁶ Cass. civ. 1^{re}, 14 novembre 1978, Bull. Civ. I, n° 345 ; RTDCiv., IV, n° 85. Dans le même sens, Cass. com., 24 septembre 2003 (*a contrario*), Bull. civ., IV, n° 138 ; Dr. et patrimoine, janvier 2004, n° 3424, p. 88 obs. Chauvel ; 20 janvier 1998, Bull. civ., IV, n° 32 (l'arrêt est censuré pour ne pas avoir recherché si la faute du créancier n'était pas susceptible d'écarter l'application de la clause d'anatocisme) ; Cass. civ. 1^{re}, 14 mai 1992, Bull. civ. I, n° 142 ; RTDCiv.1993.175, obs. J. Patarin ; D. 1993. Somm.225, obs. M. Grimaldi ; JCP 1992, IV, 1961 ; Cass. com., 13 février 1979 (*a contrario*), Bull. civ., IV, n° 64 ; Cass. Req., 16 juin 1942, DA. 1943.11 ; 19 février 1918 (*a contrario*), S. 1920.1.15.

³⁸⁷ Cass. com. 19 octobre 1993, Bull. civ. IV, n° 3348 ; RGDA 1994, n° 142.

³⁸⁸ Cass. civ. 2^e, 9 juillet 1997, pourvoi n° 95-18319 (*a contrario*).

³⁸⁹ Nous soulignons.

³⁹⁰ Cass. req., 13 juil. 1881 : S. 1883, 1, p. 272 ; CA Colmar, 1^{re} ch. civ., 5 janv. 1929 : RJAL 1930, p. 363 ; C. Aubry et C. Rau par E. Bartin, t. IV, *op. cit.*, § 322, p. 306 ; D. J. Baroncea, *op. cit.*, p. 168 et 169 ; G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, t. II, *op. cit.*, n° 1634 ; M. Planiol et G. Ripert, t. VII, Traité pratique de droit civil français, Obligations, 2^e partie, avec le concours de P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, n° 1212.

199. Une application assez particulière de la notion de faute. Cette application du mécanisme de la faute de la victime, à laquelle était assimilé le créancier d'une obligation non exécutée, était assez particulière. En effet, en revenant sur les arrêts de la Cour de cassation exposés ci-dessus on remarque que la faute du créancier a abouti dans plusieurs cas à une exonération totale du débiteur alors même qu'elle n'était pas qualifiée de force majeure or, traditionnellement, on ne reconnaît cet effet d'exonération totale qu'à la seule faute de la victime présentant les caractères de la force majeure³⁹¹ comme l'affirme de manière constante la Cour de cassation : la faute de la victime doit revêtir les caractères de la force majeure pour justifier l'exonération totale du défendeur, sinon l'exonération n'est que partielle³⁹². Dans un arrêt de la chambre commerciale de 2015, la Cour de cassation a même écarté expressément la nécessité de qualifier le comportement du créancier de force majeure. En réponse à un

³⁹¹ F. Chabas et F. Gréau, « Force majeure », Rép. civ. Dalloz, septembre 2002, n° 4 ; G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité* : LGDJ, 4^e éd. 2013, n° 402.

³⁹² Cette dernière solution était basée sur l'(anc.) article 1147 du code civil qui disposait que « le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part ». V. par ex. Cass. civ. 1^{re}, 28 novembre 2012, pourvoi n° 11-26814, D. 2013. 591, obs. Darret- Courgeon; CCC 2013, n° 26, note Leveneur ; AJDA 2013. 697, obs. Pouillaude (la Cour de cassation considère dans cet arrêt que la commune était tenue de fournir une eau propre à la consommation et qu'elle ne pouvait s'exonérer de cette obligation contractuelle de résultat, que totalement, par la preuve d'un événement constitutif d'un cas de force majeure, ou, partiellement, par celle de la faute de la victime) ; Cass. com. 5 juin 2012, pourvoi n° 11-10675 : « le vendeur, débiteur de l'obligation de délivrer une chose conforme aux stipulations contractuelles, doit réparer le préjudice subi par l'acheteur du fait de l'inexécution de son obligation, sauf à justifier d'une cause étrangère, c'est-à-dire d'un cas de force majeure ou d'une faute du créancier de nature à l'exonérer, en tout ou partie, de sa responsabilité » ; dans le même sens, Cass. civ. 2^e, 19 nov. 2009, n° 09-10.849; Cass. civ. 2^e, 8 janv. 2009, n° 07-20.711 ; Cass. civ. 2^e, 5 avr. 2007, n° 06-10.797; Cass. civ. 2^e, 15 déc. 2005, n° 03-16.772, Bull. civ. II, n° 336 ; Cass. civ. 2^e, 16 déc. 2004, n° 03-18.860, RCA 2005, n° 83, note Hocquet-Berg ; Cass. civ. 2^e, 29 mars 2001, n° 99-10.735, Bull. civ. II, n° 68 ; Dr. et patr. juill.-août 2001. 106, obs. F. Chabas ; RTDCiv. 2001. 598, obs. Jourdain; RCA 2001, chron. 14, par H. Groutel ; Cass. civ. 2^e, 15 mars 2001, n° 99-11.033, Bull. civ. II, n° 56 ; RCA 2001. chron. 14, par H. Groutel ; Cass. civ. 2^e, 27 mai 1999, n° 97-16.200, Bull. civ. II, n° 104 ; D. Affaires 1999. 1108, obs. J. F.; Cass. civ. 2^e, 25 juin 1998, n° 96-19.752, Bull. civ. II, n° 238; Dr. et patr. mars 1999. 87, obs. F. Chabas ; D. 1999. 416, note Lapoyade Deschamps; RTDCom. 1999. 494, obs. Boulloc ; JCP 1998. II. 10191, note Fromion-Hebrard ; RCA 1998, n° 296, note Groutel ; Cass. civ. 2^e, 2 avril 1997, n° 95-16.531 et 95-17.278, Bull. civ. II, n° 109 [2 arrêts] ; RCA 1997, n° 255, note Leduc ; Dr. et patr. sept. 1997. 85, obs. F. Chabas.

des moyens du pourvoi qui considérait que « l'inexécution de l'obligation oblige le débiteur à réparer le préjudice qui en est résulté pour le créancier, sauf faute de la victime présentant les caractéristiques de la force majeure », la Cour de cassation répond « qu'ayant retenu que l'inexécution des opérations de rachat des stocks n'était pas imputable à la société Vêtir qui avait entrepris d'exécuter ses obligations dans le délai qui lui était imparti et qui n'avait pas, à raison du seul comportement de la société France décors, été mise en mesure de remplir son obligation, la cour d'appel, *qui n'avait pas à procéder à la recherche invoquée à la troisième branche* (rechercher si la faute du créancier présentait les caractères de la force majeure), que ses constatations et appréciations rendaient inopérante, en (...) exactement déduit que la société France décors ne pouvait prétendre au paiement de dommages-intérêts compensant l'absence de reprise du stock »³⁹³.

Cette reconnaissance par la Cour de cassation d'un effet d'exonération totale à la faute du créancier-victime ayant causé le retard d'exécution, sans rechercher si celle-ci présentait ou non les caractères de la force majeure, a fait que les effets de cette faute se trouvaient élargis par rapport aux effets traditionnels de la faute de la victime et marquait ainsi une volonté certaine de la part des juges d'élargir à cet égard la responsabilité du créancier pour l'inexécution du contrat par le débiteur. Dans certains arrêts, la Cour de cassation était allée encore plus loin et avait délaissé la référence à la notion de *faute* du créancier au profit de celle, plus large, de *fait* de ce dernier. Ainsi, dans un arrêt de la chambre commerciale du 6 février 1973 elle a constaté que l'obligation qu'avait le vendeur d'un véhicule d'occasion d'en remettre les documents administratifs « a été paralysée par le *fait* de l'acheteur » qui avait refusé de faire conduire l'engin au garage où les réparations nécessaires auraient été effectuées³⁹⁴, sans aucune référence à une *faute* de sa part. Aussi, dans un arrêt du 3 juillet 1996, la chambre sociale a considéré que « les intérêts sur la somme dont l'accipiens est restituable, courent, en application de l'article 1153 du Code civil, à compter de la mise en demeure de restituer ; que le juge ne peut en retarder le point de départ sauf à relever

³⁹³ Cass. com., 7 juillet 2015, pourvoi n° 13-25206, non publié au bulletin.

³⁹⁴ Cass. com., 6 février 1973, Bull. civ. IV, n° 61, p. 55.

que ce report a pour origine *un fait imputable au créancier*³⁹⁵ postérieur à la mise en demeure »³⁹⁶. De même, dans l'arrêt précité de la chambre commerciale de 2015³⁹⁷ la Cour de cassation a fait référence au « *comportement* » de la société France décors (société créancière) qui était la seule raison pour laquelle la société Vêtir (société débitrice), qui avait pourtant « entrepris d'exécuter ses obligations dans le délai qui lui était imparti », « n'avait pas été mise en mesure de remplir son obligation » pour en déduire que l'inexécution des opérations de rachat des stocks n'était pas imputable à la société Vêtir. Elle fait ainsi référence au seul comportement du créancier sans qualifier ce comportement de fautif ou d'abusif.

200. Une application jurisprudentielle intuitive du mécanisme de la *mora creditoris*. La jurisprudence française semblait ainsi, même avant la réforme de 2016, rejoindre progressivement la solution admise par certains droits étrangers qui reconnaissent l'institution de la *mora creditoris* et permettent au débiteur de se libérer en démontrant le simple fait du créancier non constitutif d'une faute³⁹⁸.

Cette tendance de la jurisprudence rappelle l'idée de R. Saleilles qui préconisait de délaissier la notion de faute du créancier au profit de celle de *fait* du créancier. Ainsi, dans son « Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand »³⁹⁹, cet auteur avait considéré que la demeure du créancier résulte « de l'impossibilité [pour lui] de demander au débiteur plus qu'il ne doit : or, prolonger l'obligation, c'est demander au débiteur plus qu'il ne doit ; c'est de la part du créancier, s'arroger un droit que l'obligation ne lui donne pas (...) et alors il est indifférent de savoir si le créancier était ou non en faute ». Il poursuit plus loin que le comportement du créancier qui a empêché l'exécution de l'obligation du débiteur n'est pas constitutif d'une faute mais d'un fait. L'abandon de la faute du créancier au

³⁹⁵ Nous soulignons.

³⁹⁶ Cass. soc., 3 juillet 1996, pourvoi n° 94-43.403.

³⁹⁷ Cass. com., 7 juillet 2015, pourvoi n° 13-25206, non publié au bulletin.

³⁹⁸ M. Pédamon, Le contrat en droit allemand, LGDJ, 1993, p. 155 ; pour le droit suisse, P. Engel, Traité des obligations en droit suisse, préc., n° 191.

³⁹⁹ Préc., n° 38, p. 32, et n° 40, p. 33.

profit du maintien du fait de ce dernier a ainsi été approuvé par une grande partie de la doctrine. Dans son article « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation » D. Tallon⁴⁰⁰ souligne que « la question de la participation du créancier à l'inexécution (...) est la plupart du temps masquée par la théorie de la faute de la victime, dont on ne la distingue pas suffisamment. Or fait du créancier et faute de la victime sont deux questions différentes, tant dans leur substance que dans leurs conséquences (...) et si la faute de la victime conduit seulement à un « partage de responsabilité » et à une réduction des dommages et intérêts dus, le fait du créancier peut interférer avec tous les remèdes soit pour les refuser, soit pour les limiter s'ils sont divisibles »⁴⁰¹.

Alors même que le droit français ne reconnaissait pas en tant que telle l'institution de la *mora creditoris*, les juges, à partir de la constatation de la bonne foi du débiteur qui manifeste une volonté certaine de s'exécuter, et du refus injustifié du créancier de recevoir cette exécution, semblaient dégager intuitivement⁴⁰² une offre d'exécution et un fait du créancier, conditions auxquelles ils faisaient produire les effets de la *mora creditoris* sans la nommer explicitement et ceci afin de paralyser le droit du créancier de demander la résolution du contrat, de soulever l'exception d'inexécution ou encore de demander des dommages-intérêts. Il n'était plus alors nécessaire de qualifier le comportement du créancier au regard d'une quelconque obligation créée artificiellement à sa charge. Tout comportement de sa part ayant empêché ou retardé l'exécution de son obligation par le débiteur suffit à empêcher l'imputabilité du retard à ce dernier.

Avec la réforme de 2016, la demeure du créancier a été officiellement reconnue par le législateur français qui a choisi, suivant les pas de la jurisprudence antérieure, de ne faire aucune référence à une faute du créancier mais seulement d'exiger que le fait de celui-ci, refus du paiement offert ou fait par lequel il empêche le paiement, soit sans « motif légitime ». Cette absence de motif légitime pour le refus du créancier, qui est

⁴⁰⁰ RTDCiv. 1994, p. 223, n° 19.

⁴⁰¹ Dans le même sens, Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil, Les obligations, préc.*, n° 833, p. 479.

⁴⁰² Il s'agit d'une recherche effectuée dans son inconscient en fonction notamment de sa conception de l'équité : C. Cerda, *La nature du procès*, th. Paris II, 1979, p. 149 et 177. Sur l'intuition du juge, F. Gorphe, *Les décisions de justice, Etude psychologique et judiciaire*, PUF, 1952, p. 31.

en fait la contrepartie de l'abandon de l'exigence d'une consignation comme condition de la mise en demeure du créancier⁴⁰³, doit dès lors être définie.

2- La nature du « motif légitime ».

201. Un motif légitime objectif ou subjectif. Le motif légitime qui justifie que le créancier refuse l'offre de paiement ou empêche par son fait le paiement peut être de nature subjective ou objective. Il est subjectif quand les raisons du refus ou de l'« obstruction » comme le dit l'article 1345-1 du Code civil ne sont pas en rapport avec le contenu de l'offre de paiement mais sont personnelles au créancier : il en est ainsi, à titre d'exemple, quand l'acceptation de l'offre faite par un tiers serait de nature à lui causer un préjudice⁴⁰⁴. Plus couramment, le motif légitime est objectif : c'est le cas à chaque fois que l'offre de paiement que fait le débiteur ne correspond pas en tout point à la prestation promise. En effet, comme pour l'ancienne offre réelle, l'offre de paiement du nouvel article 1345 du Code civil doit être exactement conforme à la prestation due de telle façon que si le créancier l'accepte il en retire tous les avantages qu'il est en droit d'attendre du paiement ou de l'exécution de la prestation due. Cette offre n'est valable que si le créancier avait « en l'acceptant retiré de la convention tous les avantages qu'il est actuellement en droit d'exiger »⁴⁰⁵. Comme « le paiement doit comprendre ce qui est dû, tout ce qui est dû, rien que ce qui est dû »⁴⁰⁶, l'offre de

⁴⁰³ Il est vrai que cette consignation est toujours demandée pour libérer le débiteur quand l'obstruction continue au-delà de 2 mois (article 1345-1 C. civ.) mais la mise en demeure, avec les conséquences qu'elle entraîne notamment quant à l'arrêt du cours des intérêts moratoires sur la créance (v. sur cette question, *infra* n° 218) n'est plus liée à la consignation comme c'était le cas dans l'ancien mécanisme des offres réelles suivies consignation.

⁴⁰⁴ Cass. civ., 24 juin 1913, Gaz. Pal. 1913, 2, p. 159 : « si le créancier ne peut, en général, refuser le paiement de la dette qui lui est offert par un tiers en vertu de l'article 1236 du Code civil, il en est autrement lorsque l'acceptation de cette offre serait de nature à lui causer un préjudice ».

⁴⁰⁵ F. Cirier, *op. cit.*, p. 30 et 32. C'est la solution admise en droit allemand où l'article 294 du BGB énonce clairement que « la prestation doit être effectivement offerte au créancier telle qu'elle devait être exécutée (V. M. Pédamon, *Le contrat en droit allemand*, préc., p. 155 ; pour le droit suisse, P. Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, préc., n° 191, p. 446).

⁴⁰⁶ Ch. et R. Beudant, par P. Lerebours-Pigeonnière et G. Lagarde, t. VIII, n° 492 . V. également : C. Aubry et C. Rau par E. Bartin, *op. cit.*, § 318, p. 231 ; N. Catala, *La nature juridique du payement*, préf. J. Carbonnier, Imp. J. Reschly : Montpellier, 1960, p. 258-259 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, Obligations, 2^e partie, avec le concours de P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde,

paiement doit elle aussi comprendre ce qui est dû, tout ce qui est dû, rien que ce qui est dû. La jurisprudence a ainsi, à plusieurs reprises, annulé des offres non conformes aux prestations dues et s'il est vrai qu'il s'agissait en l'espèce d'offres réelles dans l'ancien système des offres suivies de consignation, les solutions établies ont vocation à s'appliquer aussi à l'offre simple de paiement du nouvel article 1345 du Code civil vu l'identité de la logique qui sous-tend l'une et l'autre offre. A chaque fois que l'offre de paiement est non satisfaisante pour le créancier parce que non conforme en tout point à la prestation due, il a un motif légitime de la refuser.

202. Les offres insuffisantes en principal, intérêts et frais liquidés. Les offres doivent être satisfaisantes, donc porter sur la totalité des sommes dues, sinon elles sont nulles et le créancier a le droit de les refuser. Ont ainsi été considérées comme nulles les offres d'une somme inférieure à la somme due⁴⁰⁷, les offres portant sur le capital dû mais pas sur les intérêts⁴⁰⁸ ou sur le capital sans les arrérages⁴⁰⁹, celles contenant des mensualités dont le montant est inférieur à ce qui est prévu au contrat⁴¹⁰, ou encore

t. VII, n° 1157 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil. Les obligations, Régime général*, préc., n° 146, CA Rouen, 1^{re} ch. civ., 24 nov. 1999, n° 9703116 : JurisData n° 1999-116817.

⁴⁰⁷ Cass. civ., 28 décembre 1887 : DP 1888, 1, p. 217 ; S. 1888, 1, p. 205 ; Cass. req., 21 mars 1892, préc. n° 26 ; Cass. civ., 5 mars 1894, préc. n° 29 ; Cass. req., 23 octobre 1895 : DP 1896, 1, p. 64 ; S. 1899, 1, p. 454 ; Cass. req., 26 décembre 1899 : DP 1900, 1, p. 126 ; S. 1901, 1, p. 353, note Naquet ; Gaz. Pal. 1900, 1, p. 118 ; RTDCiv. 1902, p. 206, obs. F. Amiot ; Cass. req., 13 mai 1925 : S. 1925, 1, p. 255 ; Cass. req., 29 juillet 1925 : S. 1925, 1, p. 231 ; Cass. com. 18 juin 1991, n° 90-10.760 ; Cass. civ. 2^e, 15 janvier 2004, n° 01-17.420.

⁴⁰⁸ CE, 20 juill. 1854 : DP 1855, 3, p. 33 ; Cass. req., 13 mai 1925, préc. ; CA Bruxelles, 7 mars 1822 : Jur. Gen., t. 43, V° Vente publique d'immeubles, n° 1332 ; CA Paris, 1^{re} ch., 25 août 1810 : Jur. Gen., t. 33, V° Obligations, n° 2090 ; CA Bourges, 26 juillet 1923 : S. 1923, 2, p. 135 (les offres sont nulles même si le jugement ne fait mention que du principal et non des intérêts, dès lors que les intérêts sont dus en raison de la demande du créancier sur ce point dans son acte introductif d'instance). Les arrérages obéissent à la même règle : les offres ne sont valables que si elles portent sur la totalité de ceux échus au moment où elles sont faites (Cass. req., 19 novembre 1834 : Dalloz, jurispr. gén., t. 33, V° Obligations, n° 2092 ; Cass. req., 25 nov. 1839 : Dalloz, jurispr. gén., t. 39, V° Rentes constituées, n° 165).

⁴⁰⁹ Les offres ne sont valables que si elles portent sur la totalité des arrérages échus au moment où elles sont faites : Cass. req., 19 novembre 1834 : Dalloz, jurispr. gén., t. 33, V° Obligations, n° 2092 ; Cass. req., 25 nov. 1839 : Dalloz, jurispr. gén., t. 39, V° Rentes constituées, n° 165.

⁴¹⁰ CA Rouen, 1^{re} ch. civ., 24 novembre 1999, n° 9703116 : JurisData n° 1999-116817.

celles dont les intérêts offerts sont inférieurs aux intérêts dus⁴¹¹. Ont aussi été considérées comme nulles les offres qui ne comprennent pas tous les frais liquidés mis à la charge du débiteur et payés pour lui par le créancier⁴¹² et les offres signifiées après commandement de payer les frais liquidés d'un arrêt, le coût de la minute, de la grosse et de la notification à avoué, quand ces offres, faites à charge de donner quittance de tous les frais, ne comprennent ni le coût de la grosse, ni celui de la notification⁴¹³. Par contre, il a été jugé que le fait qu'un débiteur ait successivement contracté plusieurs obligations distinctes à l'égard d'un seul et unique créancier ne justifie pas une opposition de celui-ci au règlement isolé mais intégral de l'une des dettes parmi cet ensemble, qu'il entend refuser jusqu'au paiement en bloc de toutes les autres⁴¹⁴.

203. Les offres excessives. Lorsque le montant des offres est, au contraire, supérieur au chiffre de la somme due, le créancier peut légitimement les refuser pour éviter de s'exposer ultérieurement à une action en répétition de l'indu. D'un point de vue formel, il faut néanmoins que le créancier révèle cet excès et refuse par voie de conséquence les offres qui lui sont faites pour l'excédent. À défaut, il ne peut reprocher au débiteur d'avoir surévalué les sommes dues⁴¹⁵.

204. Les offres tardives. Le créancier est en droit de refuser des offres lorsqu'elles sont tardives. En effet, pour que le débiteur puisse offrir le paiement à son créancier et

⁴¹¹ Cass. civ. 1^{re}, 30 septembre 2008, n° 07-18.093 : JurisData n° 2008-045207 ; CA Paris, 23^e ch. A, 14 mars 1990, n° 88/19283 : JurisData n° 1990-020658, offres insuffisantes en principal et accessoires ; CA Amiens, 1^{re} et 3^e ch. réunies, 18 juin 1990, n° 2509-1988 : JurisData n° 1990-044365, offres réelles du seul principal sans les intérêts ; CA Paris, 8^e ch. B, 22 janvier 2009 : JurisData n° 2009-376546 : offres réelles non validées ne portant pas sur les intérêts au taux majoré de 5% en cas de non-paiement dans un délai de deux mois à compter du jour où la décision est devenue exécutoire.

⁴¹² Cass. req., 17 avril 1934 : S. 1934, 1, p. 190, frais d'un commandement et de la résiliation du contrat payés par le créancier.

⁴¹³ CA Rennes, 2^e ch., 22 décembre 1904 : Rec. Gaz. trib., 1905, 2^e partie, 1, p. 237.

⁴¹⁴ Cass. civ. 2^e, 20 avril 2017, n° 16-15.936, Bull. civ. II, n° 78 ; JCP G 2017, n° 40, 1040, n° 5, obs. Loiseau.

⁴¹⁵ G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, t. II, *op. cit.*, n° 1602 ; C. Demolombe, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, t. XXVIII, préc., n° 80. En revanche, les offres contenant un excédent léger ont été validées : CA Poitiers, 14 juillet 1819 : Jur. Gen., t. 33, V° Obligations, n° 2114.

mettre ce dernier en demeure s'il refuse le paiement offert, encore faut-il que le créancier ait toujours un intérêt au paiement or cet intérêt peut avoir disparu lorsque l'offre est tardive. Ont été considérées comme nulles parce que tardives les offres faites alors que la convention à l'origine de la dette a été résolue par une décision de justice⁴¹⁶ ou par application d'une clause résolutoire expresse qui a produit ses effets⁴¹⁷. Ont aussi été considérées comme tardives les offres faites en cours d'instance par un tiers en vue de faire échec à une action en révocation d'une donation avec charge lorsque la révocation a été prononcée en première instance⁴¹⁸.

205. Les offres conditionnées. Il a été décidé que le créancier avait un motif légitime de refuser les offres à lui faites si elles contenaient des conditions impossibles à réaliser ou des conditions dont l'acceptation était susceptible de lui porter préjudice⁴¹⁹.

Conditions impossibles à réaliser. A été considérée comme impossible à réaliser pour le créancier une condition qui consiste à lui demander la levée de toutes les inscriptions grevant l'immeuble acheté⁴²⁰. Peuvent ainsi être refusées les offres réelles de payer le supplément de prix d'une vente menacée de rescision faites par un acheteur sous condition que le vendeur rapportera mainlevée de toutes inscriptions hypothécaires⁴²¹. Peut aussi être refusée l'offre faite par l'actionnaire d'une société locataire d'un immeuble formant l'actif de celle-ci quand elle est subordonnée à l'attribution immédiate de la propriété de celui-ci alors que cette attribution dépend du partage de l'actif social et de la fixation des droits du locataire⁴²².

⁴¹⁶ Cass. civ. 1^{re}, 19 octobre 1976, n° 75-14.869 : Bull. civ. 1976, I, n° 303.

⁴¹⁷ Cass. civ. 2^e, 29 juin 1960, n° 59-10.987 : Bull. civ. 1960, II, n° 414.

⁴¹⁸ Cass. civ. 1^{re}, 26 mars 1963, n° 61-13.073 : Bull. civ. I, n° 190.

⁴¹⁹ Cass. com., 4 mai 1949, n° 41.279 : Bull. civ. II, n° 189.

⁴²⁰ Cass. civ., 10 juin 1898 : DP 1906, 1, p. 453 (à propos de l'offre subordonnée à la levée par le créancier d'une inscription hypothécaire prise par un tiers, jugé qu'elle peut être refusée par le créancier).

⁴²¹ T. civ. Seine, réf., 24 janvier 1952, préc. n° 32.

⁴²² Dans la même affaire : CA Paris, 2^e ch., 7 juillet 1932 : S. 1933, 2, p. 76, note H. Rousseau, et rejet du pourvoi par Cass. req., 8 nov. 1933 : S. 1934, 1, p. 91 .

Conditions portant préjudice. Si le débiteur peut en principe subordonner son offre à la remise des documents nécessaires qui assurent sa libération, notamment la grosse du jugement et une quittance du paiement effectuée⁴²³, il ne peut pas la subordonner à la remise des actes sous signature privée qui ont motivé l'action en justice du créancier et des pièces de la procédure⁴²⁴, ni exiger que les billets à ordre qui ont motivé sa condamnation lui soient remis ou, à défaut, que le créancier lui fournisse caution⁴²⁵. Il ne peut non plus subordonner ses offres à la renonciation du créancier à ses droits au moins éventuels lorsqu'elles se réfèrent à une instance dont le juge n'est plus saisi⁴²⁶. De même, un débiteur ne peut subordonner ses offres à la restitution par le créancier de biens détenus par lui en gage, alors que la consistance de ses biens est incertaine et que si cette condition était admise, elle aurait pour conséquence de faire échec à un titre constatant une créance liquide et exigible⁴²⁷. Enfin, un employeur ne peut subordonner ses offres à la renonciation par le salarié à l'encaissement d'un précédent chèque s'il ne démontre pas lui avoir remis un tel chèque⁴²⁸.

206. Le lieu de paiement et le mode de paiement. Les offres faites en un autre lieu que celui convenu ou désigné par la loi ou la convention sont elles aussi nulles⁴²⁹ et le créancier a le droit de les refuser. Quant au mode de paiement, et depuis le décret du 12 mai 1981 complétant le Code de procédure civile, il était admis sur la base de

⁴²³ Cass. civ., 5 février 1901 : Rec. Gaz. trib. 1902, 1er sem., 1, p. 25 ; CA Angers, ch. civ. , 12 avril 1806 : DP 1806, 2, p. 111.

⁴²⁴ Cass. req., 12 juin 1876 : DP 1877, 1, p. 159 ; S. 1876, 1, p. 377 ; T. civ. Seine , 7^e ch., 3 févr. 1904 : Gaz. Pal. 1904, 1, p. 757 ; S. 1905, 2, p. 117 ; RTDCiv. 1905, p. 656, obs. R. Demogue.

⁴²⁵ T. civ. Seine, 7^e ch. , 3 février 1904 : S. 1905, 2, p. 117 ; Gaz. Pal., 1904, 1, p. 757 ; Rec. Gaz. trib. 1904, 2^e sem., 1, p. 401.

⁴²⁶ Cass. req., 17 février 1925 : DH 1925, p. 178.

⁴²⁷ Cass. req., 17 décembre 1894 : DP 1895, 1, p. 90 ; S. 1895, 1, p. 215.

⁴²⁸ Cass. soc., 3 mai 2001, n° 99-41.222.

⁴²⁹ Cass. req., 2 octobre 1940 : S. 1940, 1, p. 139 ; RTDCiv. 1940-1941, p. 649, obs. H. Vizioz, (cet arrêt écarte l'application de l'article 584 ancien du CPC permettant au débiteur de signifier des offres au domicile élu dans le commandement qui précède la saisie-exécution au motif que la convention faisait la loi des parties qui prévoyait que le notaire avait seul qualité pour recevoir le paiement) ; C. Aubry et C. Rau par E. Bartin, t. IV, préc. n° 3, spéc. n° 322, p. 296, note 5.

l'(anc.) article 1426 de ce code⁴³⁰ que le débiteur d'une obligation de somme d'argent puisse faire son offre en monnaie scripturale par tout moyen de paiement habituel tel que par virement ou par chèque⁴³¹, non seulement en monnaie fiduciaire, billets ou pièces. Les nouveaux textes des articles 1345 et suivants du Code civil ne contenant aucune disposition spécifique à ce sujet, rien n'empêche, à notre avis, que la même solution perdure.

Offre faite en monnaie étrangère. Il est admis depuis longtemps que, puisque le paiement doit être fait avec la monnaie prévue par le contrat, l'offre de paiement doit l'être aussi. Le créancier peut ainsi légitimement refuser une offre de paiement dans une monnaie étrangère alors qu'il aurait dû la recevoir en euros. Les offres réelles faites en une monnaie différente que celle prévue dans le contrat ont ainsi été considérées nulles⁴³². De même, dans le cas où le contrat prévoit un paiement en monnaie étrangère, les offres réelles faites dans cette monnaie ne sont valables que si un tel paiement est licite⁴³³. En effet, le principe est que le paiement en France d'une obligation monétaire s'effectue en euros. Cette solution admise depuis longtemps par la jurisprudence⁴³⁴ a été consacrée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016

⁴³⁰ Abrogé par le décret n° 2017-892 du 6 mai 2017 (art. 31).

⁴³¹ En ce sens, CA Bastia, ch. civ., 11 avril 1996 : JurisData n° 1996-167387, n° 42, où il est jugé que la loi n'exclut pas le paiement par monnaie scripturale dont l'usage est communément admis en fait et en droit, et qu'en conséquence le dépôt par le débiteur d'un chèque à la Caisse des dépôts et consignations est régulier au regard de la procédure des offres réelles et de la consignation. Toutefois, le caractère réel des offres suppose nécessairement que le mode de paiement proposé présente des garanties équivalentes à un paiement en monnaie fiduciaire avec présentation effective par exemple pour le chèque il faut que le débiteur puisse justifier d'une provision suffisante au paiement, et que l'encaissement soit suffisamment rapide pour être assimilable à une présentation matérielle de la somme due. En droit libanais l'article 317 du COC dispose que le paiement par chèque reste soumis aux dispositions de la loi du 7 avril 1933 qui demeure en vigueur et à cet égard la jurisprudence des tribunaux libanais est constante dans le sens de considérer le chèque valable comme un mode de paiement qui éteint la dette en application de l'article 431 du Code de commerce libanais.

⁴³² CA Orléans, ch. civ., 2^e sect., 20 septembre 1994, JurisData n° 1994-043767, mandat postal en dinars algériens alors que le paiement devait être fait en francs français.

⁴³³ T. civ. Seine, 5^e ch., 10 mars 1939 : Gaz. Pal. 1939, 1, p. 925, paiement proposé en Reichsmarks alors qu'un tel paiement était interdit par le décret du 19 juill. 1937.

⁴³⁴ La jurisprudence considérait que, s'agissant d'un contrat de droit interne, la monnaie de paiement devait être nécessairement le franc ou l'euro et non une monnaie étrangère : Cass. civ. 3^e, 18 octobre 2005, n° 04-13.930 P (l'euro ayant cours légal en France [C. mon. fin., art. L. 111-1], pour le paiement de sa créance, tout créancier est tenu d'accepter les instruments monétaires établis par la loi). Par contre le paiement dans une autre devise que l'euro est valable si l'obligation ainsi libellée procède d'un

qui a créé le nouvel article 1343-3 du Code civil disposant que « le paiement, en France, d'une obligation de somme d'argent s'effectue en euros. Toutefois, le paiement peut avoir lieu en une autre devise si l'obligation ainsi libellée procède d'un contrat international ou d'un jugement étranger »⁴³⁵. La rédaction du second alinéa de cet article a été modifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 et la possibilité de paiement en devise a été étendue, l'alinéa est devenant ainsi : « toutefois, le paiement peut avoir lieu en une autre monnaie si l'obligation ainsi libellée procède *d'une opération à caractère international* ou d'un jugement étranger (...)»⁴³⁶. De plus, et par dérogation au premier alinéa de l'article 1343-3 du Code civil, le paiement peut avoir lieu en une autre monnaie si l'obligation ainsi libellée procède d'un instrument financier à terme ou d'une opération de change au comptant (C. mon. fin., art. L.112-5-1, réd. L. n° 2018-287 du 20 avr. 2018, art. 14, en vigueur le 1^{er} oct. 2018⁴³⁷).

En droit libanais, c'est l'article 301 du COC qui dispose que « lorsque la dette est d'une somme d'argent, elle doit être acquittée dans la monnaie du pays. En période normale et lorsque le cours forcé n'a pas été établi pour la monnaie fiduciaire, les parties sont libres de stipuler que le paiement aura lieu en espèces métalliques déterminées ou en monnaie étrangère ». Dans une société ultra dollarisée l'habitude est depuis longtemps établie de rédiger les contrats, de tirer les chèques, de fixer les prix et de faire toutes les opérations en dollar américain. Ceci ne posait pas de problème quand la valeur du dollar contre la livre libanaise était (artificiellement, il faut le dire) fixée par la BDL à 1507,5 L.L./ \$ mais quand dans l'espace de quelques mois le taux réel de change a atteint les 24,000 L.L./\$ (en juillet 2021) alors que le taux officiel, lui,

contrat international ou d'un jugement étranger (Cass. civ. 1^{re}, 11 juin 2002, n° 99-10.044 ; Cass. civ. 1^{re}, 19 septembre 2007, n° 06-17.096).

⁴³⁵ La jurisprudence antérieure allait dans le même sens et considérait que, s'agissant d'un contrat de droit interne, la monnaie de paiement devait être nécessairement le franc ou l'euro et non une monnaie étrangère : Cass. civ. 3^e, 18 oct. 2005, n° 04-13.930 P (l'euro ayant cours légal en France [C. mon. fin., art. L. 111-1], pour le paiement de sa créance, tout créancier est tenu d'accepter les instruments monétaires établis par la loi).

⁴³⁶ Version applicable aux actes juridiques conclus ou établis à compter du 1^{er} octobre 2018 (Loi préc., art. 16).

⁴³⁷ Cet article est applicable aux actes juridiques conclus ou établis à compter du 1^{er} oct. 2018 (L. n° 2018-287 du 20 avr. 2018, art. 16).

est demeuré inchangé, les transactions ont été frappées d'insécurité. En effet, le problème de la monnaie du paiement se pose avec grande acuité au Liban depuis la baisse vertigineuse de la valeur réelle de la monnaie libanaise contre le dollar américain depuis le mois de novembre 2019. Une offre de paiement d'un loyer ou d'un salaire ou toute autre somme fixée dans le contrat en dollars américains et faite en L.L. au taux de change officiel de 1507.5 L.L./\$ peut-elle être considérée comme satisfaisante pour le créancier ou est-ce que ce dernier peut légitimement la refuser ? La question est encore récente et aucune réponse claire n'a encore été apportée par la jurisprudence à ce sujet. La Cour de cassation n'a pas encore eu le temps de s'y prononcer, seuls certains arrêts des tribunaux de première instance ont considéré qu'une offre de paiement en L.L. est valable au taux de change officiel même si l'obligation était prévue dans le contrat en dollars américains. On en cite notamment un arrêt récent du tribunal de première instance de Beyrouth rendu le 1^{er} décembre 2020⁴³⁸. En l'espèce, la banque (Bank of Beirut) demandait l'annulation d'une procédure d'offre et de consignation effectuée par un client auprès d'un notaire du solde d'un crédit personnel au motif que la consignation avait été faite en livres libanaise et le montant calculé au taux de change officiel au lieu d'être fait avec la monnaie du crédit, le dollar américain. Pour le débouter de sa demande et déclarer la validité de la consignation effectuée les juges de première instance adoptent un raisonnement en deux temps. En premier lieu, ils considèrent qu'en application de l'article 301 du COC tout paiement d'une dette en livres libanaise est permis et ne peut être refusé par le créancier, tout accord contraire entre les parties à ce sujet étant nul puisque ces dispositions sont d'ordre public économique et monétaire. En second lieu, les juges de première instance considèrent en ce qui concerne le taux de change sur lequel doit être calculé le montant de la créance en livres libanaise, qu'en application des articles 2 et 229 de la loi de la monnaie et du crédit⁴³⁹, la valeur de la livre libanaise contre l'or, et donc contre les monnaies étrangères, est fixée par une loi, et en attendant qu'un nouveau prix soit fixé pour la monnaie libanaise en or par une loi en accord avec le Fonds Monétaire International, le ministre de la finance prends les mesures intermédiaires, d'où ils en

⁴³⁸ Décision n° 289/2020, Bank of Beirut c/Abdo Yammine, non publié.

⁴³⁹ Décret-loi n°13513 du 1^{er} août 1963

déduisent que la modification du prix de la monnaie libanaise entre dans la compétence exclusive du législateur, non celle du juge, et puisqu'aucune loi n'est intervenue pour changer le taux officiel adopté selon le journal de la BDL (1507,5), ce taux doit être appliqué en l'espèce. Le raisonnement n'est pas sans reproche puisque le dernier taux n'a précisément pas été fixé par le législateur mais par la BDL. Une commission regroupant plusieurs juges a récemment été formée par le ministère de la justice⁴⁴⁰ libanais afin de faire les recherches nécessaires et de tenter de trouver des réponses à plusieurs questionnements suscités par la chute libre de valeur que connaît la livre libanaise depuis octobre 2019 dont notamment les questions suivantes : est-ce que les parties au contrat ont le droit d'exiger le paiement en monnaie étrangère ? Si les parties se sont mises d'accord dans la convention que le paiement s'opère en monnaie étrangère est-ce que le débiteur peut quand même valablement se libérer en payant en livres libanaises ? Est-ce la valeur de change du dollar contre la livre libanaise adoptée par la BDL dans les opérations qu'elle effectue avec les banques (1507,50) est considérée comme le taux de change officiel, sinon comment les tribunaux doivent-ils déterminer le taux de change ? Est-ce que le créancier peut refuser le paiement par le moyen d'un chèque libellé en dollars américains si sa provision est retenue dans la banque ? Le travail de la commission, jusqu'à cette date (octobre 2021), n'a pas encore abouti et reste attendu.

207. Pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond. L'appréciation de l'absence de motif légitime pour le refus du créancier de recevoir le paiement, ou pour son attitude qui l'empêche, est une question de faits qui, comme il en était pour l'appréciation du caractère satisfaisant des anciennes offres réelles, relève du pouvoir souverain des juges du fond⁴⁴¹ qui décident souverainement si ces offres étaient sérieuses ou si elles n'avaient pour but que de retarder le paiement⁴⁴². L'avenir dira si les juges du fond privilégieront de ce motif légitime une approche davantage subjective

⁴⁴⁰ Décision n°1189 en date du 28 janvier 2021.

⁴⁴¹ Cass. req., 15 décembre 1829 : Jur. Gén., t. 33, V° Obligations, n° 2108 ; Cass. req., 15 déc. 1891 : DP 1892, 1, p. 480 ; Cass. com., 25 octobre 1972, n° 70-14.166 : Bull. civ. 1972, IV, n° 266.

⁴⁴² Cass. civ., 18 mai 1829 : Jur. Gén., t. 33, V° Obligations, n° 2064 pour des offres dilatoires ayant eu pour but d'éluder le paiement aux échéances convenues.

ou objective. Il n'y a pas encore jusqu'à présent, à notre connaissance, des arrêts de Cours d'appel ou de la Cour de cassation à ce sujet.

Il ne suffit pas que les conditions de la demeure du créancier, refus du paiement offert ou empêchement d'une offre de paiement ajoutés à une absence de motif légitime, soient réunies pour que cet état soit caractérisé. Comme pour le débiteur, le créancier récalcitrant doit être *mis* en demeure au moyen d'une intervention active de la part du débiteur et dès lors se pose la question des modalités de cette mise en demeure.

B- Les modalités de la mise en demeure du créancier.

208. Le débiteur doit *mettre* le créancier récalcitrant en demeure d'accepter l'exécution ou de la permettre. C'est l'objet de la mise en demeure. L'article 1345 du Code civil ne détaillant pas le contenu de cette mise en demeure, l'important est que le libellé mette en évidence « la violation par le créancier des devoirs qu'il supporte en cette qualité »⁴⁴³. Ainsi, si l'obligation porte sur une somme d'argent, le débiteur l'invitera à transmettre les coordonnées bancaires d'un compte à créditer. S'il s'agit d'un bien à livrer, la mise en demeure indiquera que la chose lui sera présentée à telle date et à tel lieu afin d'en prendre possession. S'il s'agit d'une prestation de service, il lui fixera un rendez-vous et lui demandera d'accomplir les préparatifs qui lui incombent et qui sont nécessaires pour l'exécution.

209. Une identité de forme avec la mise en demeure du débiteur ? Du point de vue de la forme, si l'ancienne procédure des offres réelles avait pour support un procès-verbal dressé par un officier ministériel⁴⁴⁴, les articles 1345 et suivants du Code civil qui régissent la nouvelle procédure de mise en demeure du créancier ne se prononcent pas sur ses modalités. L'article 1345 se contente ainsi de disposer que le débiteur peut mettre le créancier en demeure sans préciser exactement comment il doit le faire.

⁴⁴³ M. Mignot, J.-Cl. Civil Code (archives antérieures au 1^{er} octobre 2016), Art. 1257 à 1264, Offres de paiement et consignation, n° 10. L'article 294 du COC libanais précise que le but est de constater le refus du créancier par un acte officiel.

⁴⁴⁴ Un huissier ou un notaire : (anc.) art. 1426 et 1427 du CPC.

Plusieurs auteurs se prononcent pour une identité de forme avec la mise en demeure du débiteur⁴⁴⁵. Le débiteur peut ainsi adresser au créancier une sommation ou tout autre acte comportant une interpellation suffisante. Rien n'empêche aussi que le contrat stipule que la seule exigibilité de l'obligation suffira à placer le créancier en demeure. en revanche, si les anciens textes sur l'offre réelle suivie de consignation prévoyaient une signification de l'offre de paiement au créancier⁴⁴⁶, ceux issus de l'ordonnance n° 2016-131 n'exigent pas que la mise en demeure, pas plus que l'offre, lui soient notifiées ou signifiées⁴⁴⁷. Néanmoins, il s'agit, comme pour la mise en demeure du débiteur, d'un acte réceptice et dès lors il faut considérer qu'elle doit l'être⁴⁴⁸. L'une comme l'autre ne peut produire ses effets que si elles parviennent au créancier⁴⁴⁹. À défaut, elles sont inefficaces.

210. Un acte juridique unilatéral et comminatoire. La mise en demeure du créancier, comme celle du débiteur, est un acte juridique unilatéral et comminatoire qui relève dans le fond des conditions générales de validité de tous les actes juridiques⁴⁵⁰. De plus, cet acte a une autonomie limitée par rapport à l'offre de paiement au sens où sa validité dépend de celle de l'offre⁴⁵¹ et la nullité de la seconde entraîne celle du premier.

211. Frais de la mise en demeure. Notons enfin qu'aux termes du nouvel article 1345-3 du Code civil c'est au créancier qu'incombent les frais de la mise en demeure,

⁴⁴⁵ Chantepie et Latina, La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, 2016, Dalloz, n° 985 ; N. Fricero, Une nouvelle réponse déjudiciarisée à l'obstruction au paiement du créancier, JCP 2016. 807.

⁴⁴⁶ Ancien article 1427 CPC.

⁴⁴⁷ La « signification » est une forme de notification. Elle est faite par un huissier de justice par le moyen d'un acte authentique appelé « exploit »

⁴⁴⁸ J. Martin de la Moutte, L'acte juridique unilatéral : Thèse Toulouse, préf. P. Raynaud : Recueil-Sirey, Paris, 1951, n° 2, spéc. n° 181, 197.

⁴⁴⁹ Dalloz, jurispr. gén., t. 33, V° Obligations, n° 2113.

⁴⁵⁰ Pour des approfondissements concernant l'acte opérant mise en demeure du débiteur, v. *supra* n° 138 et s.

⁴⁵¹ Sur les conditions de la validité de l'offre, v. *supra* n° 188 et s.

ainsi que ceux de la consignation ou du séquestre. Les frais demeurent à sa charge même s'il finit par accepter des offres qu'il avait préalablement refusées. La règle paraît seulement juste dans le cas où des offres verbales lui avaient été faites par le débiteur et qu'il les avait refusées. C'était la solution consacrée par la jurisprudence et approuvée par la doctrine sous l'égide de l'ancienne procédure des offres réelles suivies de consignation⁴⁵². Jurisprudence et doctrine considéraient, en revanche, que les frais ne sont pas à la charge du créancier si le débiteur n'a pas pris la précaution, avant de recourir à la procédure des offres et du dépôt, de lui faire une offre verbale susceptible de le satisfaire et d'éviter des dépenses inutiles⁴⁵³ dans lequel cas les frais demeurent à la charge du débiteur puisqu'ils résultent de sa négligence. Le nouvel article 1345-3 du Code civil n'opère pas de distinction à cet égard et met invariablement les frais de la consignation et de la mise en demeure à la charge du créancier.

Il incombe au créancier qui reçoit dûment une mise en demeure qui lui est adressée par son débiteur et qui dément se trouver dans cette situation de saisir le juge pour faire déclarer la mise en demeure irrégulière. A défaut, l'état de demeure dans lequel il se retrouve sans protester entraîne des effets sur sa situation juridique.

§2- Les effets de la demeure du créancier.

212. Dans l'ancien système des offres réelles suivies de consignation une offre réelle devait être acceptée immédiatement. A défaut, elle n'existe plus et la consignation peut avoir lieu. Désormais, dans le nouveau système établi par les articles 1345 et s. du Code civil il est prévu que le créancier dispose d'un délai de deux mois à compter du lendemain de la réception de la mise en demeure pour mettre fin à l'obstruction (article 1345-1 alinéa 1^{er}). A défaut, la mise en demeure valablement

⁴⁵² Cass. civ., 28 juin 1892 : DP 1892, 1, p. 383 ; S. 1896, 1, p. 335 ; C. Aubry et C. Rau par E. Bartin, t. IV, préc. n° 3, spéc. n° 322, p. 299 ; G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, t. II, préc. n° 2, spéc. n° 1611, 1634 ; L. Larombière, tome 4, préc., spéc. art. 1260, n° 2 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français, Obligations*, 2^e partie, avec le concours de P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, t. VII, préc. n° 3, spéc. n° 1212.

⁴⁵³ Dalloz, *jurispr. gén.*, t. 33, V° Obligations, n° 2149.

délivrée au créancier, si elle n'interrompt pas la prescription⁴⁵⁴, produit plusieurs effets décrits aux articles 1345 à 1345-3 du Code civil. L'originalité de ces effets est qu'ils ne se manifestent pas tous au même moment. Alors que certains sont différés (A), d'autres sont instantanés, le plus notable de ces derniers étant l'arrêt du cours des intérêts (B).

A- Des effets différés.

213. Des effets liés à l'expiration d'un délai de deux mois. Il arrive que le créancier qui a reçu une offre valable de paiement l'accepte ou cesse son obstruction au paiement. Rien n'est prévu explicitement à ce sujet par les articles 1345 et s. du Code civil mais on peut aisément supposer que l'acceptation par le créancier de l'offre émise par le débiteur rend le paiement immédiatement exigible. Lorsque l'offre est réelle, le créancier qui accepte l'exécution sous forme d'offre et reçoit immédiatement les sommes dues par le débiteur doit lui-même s'exécuter et remettre une quittance au débiteur⁴⁵⁵. Les deux prestations seront exécutées et l'obligation sera éteinte. Lorsque l'offre est simple le créancier doit se déplacer au domicile du débiteur (C. civ., art. 1342-6). Les deux prestations seront exécutées et l'obligation sera de même éteinte.

En revanche, si le créancier rejette le paiement offert ou continue de faire obstacle à l'extinction normale de l'obligation, s'ouvre alors, à compter de la mise en demeure, un délai de deux mois à l'expiration duquel le débiteur peut se libérer du poids de la dette par des moyens qui diffèrent alors selon le type de prestation offerte⁴⁵⁶.

⁴⁵⁴ Article 1345, alinéa 3 du Code civil. La règle peut paraître bizarre au premier abord vu que la manifestation de la volonté de payer du débiteur vaut reconnaissance de la dette, acte qui est normalement interruptif du délai de prescription (C. civ., art. 2240) mais elle se comprend parfaitement en termes d'équité vu qu'il serait injuste de lui tenir rigueur (en allongeant le temps pour le poursuivre) d'un obstacle au paiement qui est le fait du créancier (Théry, De la consignation avec offre de paiement [art. 1233 à 1236], in Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 2006, Doc. fr., p. 70). Ce dernier doit au contraire assumer les conséquences de ses actes, en ne profitant pas d'une prescription plus longue.

⁴⁵⁵ C. Aubry et C. Rau par E. Bartin, t. IV, préc. n° 3, spéc. n° 322, spéc. p. 299 ; G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, t. II, préc. n° 2, spéc. n° 1611.

⁴⁵⁶ En droit suisse, le débiteur a le droit de consigner quand l'objet de l'obligation consiste en une chose, comme il a le droit de faire vendre la chose ou de résoudre le contrat. Le droit allemand permet au débiteur de consigner, de résoudre le contrat (art. 372 du BGB), ou d'abandonner la chose (art. 303 du

Lorsque l'objet de l'obligation n'est pas une chose ou une somme d'argent, autrement dit lorsque l'objet de l'obligation est simplement de faire (accomplir un service), l'article 1345-2 du code civil considère que le débiteur est automatiquement libéré si le créancier n'a pas cessé son obstruction au terme des deux mois. En effet, aucun séquestre et aucune consignation n'est concevable à l'égard de ce type d'obligations. La solution, assez radicale, procure un gain de rapidité et de simplicité pour le débiteur qui n'a pas la possibilité, de toute manière, de passer par le biais de la consignation⁴⁵⁷. Toutefois, et conformément à la règle posée par l'alinéa 2 de l'article 1353, la charge de la preuve pèse sur le débiteur qui se prétend libéré en raison de la persistance de l'obstruction : « celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation »⁴⁵⁸.

En revanche, lorsque l'objet de l'obligation est une somme d'argent, le seul moyen pour le débiteur de se libérer de sa dette est de la consigner et la mise en demeure ouvre le délai de deux mois à la fin duquel cette consignation devient possible.

BGB). En droit libanais, l'article 294 du COC permet au débiteur de « consigner l'objet de l'obligation aux frais et risques du créancier et de se libérer ainsi de son obligation » à partir du moment où le refus est constaté par un acte officiel et n'exige pas qu'il attende un certain délai.

⁴⁵⁷ Andreu, L'extinction de l'obligation, Dr. et patr. mai 2016. 86. Pour une critique de la solution v. M. Mignot, Jurisclasseur Civil, art. 1345 à 1345-3, Régime général des obligations, Extinction des obligations, Mise en demeure du créancier, n°147, qui trouve que la solution ancienne qui prévoyait que le débiteur devait faire au créancier des offres satisfaisantes dépourvues de caractère réel, et à défaut d'acceptation de ces offres par le créancier, le débiteur était fondé à demander l'exécution en nature de sa prestation ou la résolution, le tout assorti de dommages et intérêts le cas échéant, devait être reconduite.

⁴⁵⁸ Il faut dire que cette preuve ne sera pas simple. Deux hypothèses risquent de susciter des difficultés à ce sujet. Dans une première hypothèse, le débiteur est bloqué dans son élan en raison d'une information manquante que son créancier ne communique pas, tel l'entrepreneur qui attend de savoir s'il doit peindre les murs avec l'une ou l'autre des couleurs entre lesquelles le client hésite. Si la preuve de l'appel à faire un choix qu'il lui lance est facile à apporter, en revanche, on « ne pourra pas prouver le fait négatif que constitue le silence du créancier » (O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article, préc., p. 746). La démonstration du fait à établir étant impossible, il serait opportun « de considérer que c'est alors au créancier de prouver qu'il a mis fin à l'obstruction en communiquant l'information requise » (O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *op. et loc. cit.*). Dans une deuxième hypothèse, le débiteur est physiquement stoppé par un créancier qui le tient à distance du lieu de l'exécution, tel le propriétaire d'une maison qui refuse l'accès à sa propriété aux ouvriers venus installer les portes coulissantes dont il a commandé la pose (Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} mars 2017, n° 16-14.157, RDC 2017, p. 502, note N. Sauphanor-Brouillaud, Contrats, conc., consom. 2017, comm. 94, obs. L. Leveneur). Après avoir mis en demeure son cocontractant de lui faciliter l'exécution, il va être impossible au débiteur « de prouver que l'obstruction a persisté, de manière continue, pendant tout le délai de deux mois » (O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *op. et loc. cit.*). Suffira-t-il dans cette hypothèse qu'il justifie avoir effectué un nombre raisonnable de tentatives pour obtenir un rendez-vous, dont une le dernier jour des deux mois, montrant ainsi sa persévérance? On peut bien l'espérer.

214. Nature du délai de deux mois. Le délai de deux mois établi à l'article 1345-1 C. civ. n'est ni un délai de prescription, ni un délai de forclusion⁴⁵⁹ mais ressemble plutôt à un délai d'attente imposé au débiteur pour l'exécution de sa prestation par le créancier. Il s'agit d'un délai impératif pour le débiteur qui doit obligatoirement attendre son expiration⁴⁶⁰ avant de procéder à la consignation ou le séquestre ou demander l'autorisation de vente. Ceci étant dit, le créancier peut renoncer à ce délai puisqu'il résulte du texte de l'article 1345-1 qu'il est établi en sa faveur (C. civ., art. 1305-3, al. 1^{er}). Ainsi, le débiteur serait dispensé d'attendre si le créancier lui affirmait expressément qu'il refuse d'exécuter sa propre prestation exprimant ainsi sa volonté de renoncer au bénéfice du délai légal.

215. Nécessité d'une consignation. La *depositio* qui correspond à la consignation est apparue en droit romain comme une solution apportée par les juriconsultes romains à une difficulté spécifique, quand le débiteur ne savait pas à qui proposer son offre parce que, par exemple, l'héritier du créancier décédé n'était pas connu⁴⁶¹. Elle permettait ainsi au débiteur de placer le créancier en demeure et de purger sa propre demeure. Utilisée très fréquemment, la *depositio* est devenue une formalité qui s'ajoute à l'offre et que le débiteur doit accomplir même en cas de simple refus du créancier d'accepter le paiement. Elle a été consacrée par le législateur français en 1908 au sein de l'(anc.) article 1257 alinéa 2 du Code civil qui disposait que « les offres réelles suivies de consignation libèrent le débiteur » et « tiennent lieu à son égard de paiement, lorsqu'elles sont valablement faites ». En 2016, elle sera reprise au sein du nouvel article 1345-1 C. civ. qui prévoit dans son alinéa 1^{er} que lorsque l'obligation porte sur

⁴⁵⁹ Si toute proposition d'exécution postérieure à la fin du délai émanant du créancier pourra être repoussée par le débiteur, ce dernier a intérêt à accepter une offre d'exécution de la part du créancier postérieure à la fin du délai si elle n'est pas faite de mauvaise foi.

⁴⁶⁰ Le point de départ du délai est déterminé par le texte comme étant le jour de la mise en demeure (« dans les deux mois de la mise en demeure » : C. civ., art. 1345-1). L'acte opérant mis en demeure étant réceptice (v. *supra* n° 158), et le principe étant qu'un délai se compte par jours (C. civ., art. 2228), le délai de 2 mois court donc à compter du lendemain du jour où l'offre de paiement et la mise en demeure parviennent au créancier. La fin du délai sera fixée à 24h00 le jour portant le même quantième que celui fixé pour le point de départ (C. civ., art. 2229).

⁴⁶¹ R. Vigneron, *op. cit.*, p. 57

une somme d'argent, le débiteur peut la consigner à la Caisse des dépôts et consignations.

216. Lieu de la consignation. La consignation doit donc en principe être faite obligatoirement à ladite caisse, comme il en était précédemment. Par exception, la consignation peut avoir lieu auprès de l'exploitant d'un magasin général par le porteur d'un récépissé séparé du warrant comme le prévoit l'art. L.522-30 du Code de commerce⁴⁶². Outre cette exception légale, la jurisprudence avait, dans le cadre de l'ancienne procédure d'offre suivie de consignation, considéré que la réalisation effective de la consignation dans les mains d'un séquestre judiciaire produisait les mêmes effets que celle à la Caisse des dépôts et consignation⁴⁶³. Ainsi dans un arrêt du 17 février 1998, la première chambre civile de la Cour de cassation avait considéré qu'il résulte de l'article 1961, 3° du Code civil que le débiteur est libéré lorsqu'il remet au séquestre désigné par la justice les choses qu'il a offertes pour sa libération, admettant ainsi que la consignation soit pratiquée au bénéfice d'une personne distincte de la Caisse des dépôts et consignations en dépit du monopole prévu par l'article 3 de l'ordonnance du 3 juillet 1816 et repris par l'article L.518-19 du Code monétaire et financier d'après lequel « les juridictions et administrations ne peuvent autoriser ou ordonner des consignations auprès de personnes physiques et d'organismes autres que la caisse des dépôts et consignations et autoriser les débiteurs, dépositaires, tiers saisis, à les conserver sous le nom de séquestre ou autrement. Les consignations faites en infraction à ces dispositions sont nulles et non libératoires »⁴⁶⁴. De même, la Cour

⁴⁶² « Si le porteur du *warrant* n'est pas connu ou si, étant connu, il n'est pas d'accord avec le débiteur sur les conditions auxquelles aurait lieu l'anticipation de paiement, la somme due, y compris les intérêts jusqu'à l'échéance, est consignée à l'administration du magasin général qui en demeure responsable. Cette consignation libère la marchandise ».

⁴⁶³ Dans les deux cas, consignation et séquestre, l'opération n'a pas à être préalablement autorisée en justice.

⁴⁶⁴ Cass. civ. 1^{re}, 17 février 1998, n° 95-19.305, JurisData n° 1998-000678 ; Bull. civ. 1998, I, n° 64 ; D. affaires 1998, p. 469; Contrats, conc. consom. 1998, comm. 58, note L. Leveneur ; RTDCiv. 1998, p. 700, obs. P.-Y. Gautier (cassation de l'arrêt qui condamne le débiteur à payer des intérêts jusqu'au versement des fonds au créancier) ; Cass. com., 29 avril 1997, Bull. civ. III n° 1, RTDCiv. 1999. 414. obs. Gautier : la banque qui n'a retenu une somme litigieuse qu'en qualité de séquestre judiciaire, à la suite d'une instance engagée par sa cliente et au profit de celle-ci, n'est pas tenue aux intérêts à compter de la mise sous séquestre ; Cass. civ. 3^e, 4 juillet 2001, Bull. civ. III, n° 93 : les intérêts au taux légal

d'appel de Rouen, et en soulignant la bonne foi du débiteur et son ignorance excusable de la nécessité légale de consigner auprès de la Caisse des dépôts et consignations a pu ainsi expressément valider la consignation d'une caution auprès du Bâtonnier de l'ordre des avocats⁴⁶⁵. Il n'y a aucune raison pour que ces solutions jurisprudentielles ne persistent pas dans le cadre de la nouvelle procédure de mise en demeure du créancier.

217. Effets de la consignation. L'alinéa 3 de l'article 1345-1 C. civ. prévoit que « la consignation (...) libère le débiteur à compter de [sa] notification au créancier ». Le nouveau texte qui ne reprend pas la nuance qui existait au sein de l'alinéa 2 de l'ancien article 1257 du Code civil (« *tiennent lieu à son égard*⁴⁶⁶ de paiement ») semble aller bien au-delà des solutions antérieures qui considéraient que la consignation précédée par des offres réelles ne valait pas paiement⁴⁶⁷ mais ne faisait qu'en tenir lieu à l'égard du débiteur, ce dont la jurisprudence déduisait que si le débiteur était déclaré en liquidation judiciaire, le créancier devait encore déclarer sa créance⁴⁶⁸. En effet, dans le cadre de l'ancienne procédure des offres suivies de consignation, seul l'acceptation de la consignation par le créancier, ou le jugement passé en force de chose jugée⁴⁶⁹ qui valide les offres et la consignation et qui était

ne courent pas sur une indemnité d'éviction pendant le temps où cette indemnité reste légitimement entre les mains du séquestre.

⁴⁶⁵ CA Rouen, ch. appels prioritaires, 29 avril 2003, n° 00/00456: JurisData n° 2003-215538, n° 6.

⁴⁶⁶ Nous soulignons. Le verbe « tenir lieu » valait reconnaissance d'une espèce de fiction. La précision « à son égard » limitait la portée de la libération.

⁴⁶⁷ En ce sens : Cass. civ. 3^e, 20 déc. 1977, n° 76-12.204 : Bull. civ. III, n° 461, p. 351 ; J. Courrouy, La consignation d'une somme d'argent après offres réelles est-elle un paiement ? : RTDCiv. 1990, n° 11-12, p. 30 : « il est, dès lors, patent de constater qu'en notre matière, le législateur entend bien ne pas reconnaître aux offres réelles suivies de consignation un effet d'extinction de l'obligation à l'instar d'un paiement véritable, mais souhaite attribuer à cette situation voisine certains effets attachés au paiement » ; R. Libchaber, Recherches sur la monnaie en droit privé, préf. P. Mayer, Bibliothèque de droit privé, t. 225 : LGDJ, 1992, n° 464 ; J. Martin de la Moutte, préc. n° 2, spéc. n° 54 bis ; *Contra* : A. Sériaux, Conception juridique d'une opération économique : le paiement, préc. n° 2, spéc. p. 227, note 12)

⁴⁶⁸ Cass. com., 8 janvier 1991 : n° 89-17.199 P.

⁴⁶⁹ Pour que le débiteur soit libéré vis-à-vis de son créancier, il fallait qu'une décision validant les offres et la consignation ait acquis force de chose jugée : C. civ., art. 1262 ; CE, ss-sect., 9 et 8 réunies, 12 oct. 1994, n° 141938 : JurisData n° 1994-05228.

considéré comme valant consignation acceptée⁴⁷⁰, aboutissaient à une libération du débiteur vis-à-vis de son créancier, opérant ainsi mainlevée le cas échéant de l'hypothèque qui garantissait la créance⁴⁷¹. Selon un auteur, le texte de l'article 1345-1 « ne doit pas être pris à la lettre et (...) il n'y a en réalité aucune libération effective du débiteur », la libération étant « toujours subordonnée à un acte de volonté » de la part du créancier⁴⁷². Le texte de l'article 1345-1 du Code civil nous semble pourtant clair et ne devrait pas prêter à interprétation.

Quoiqu'il en soit, la consignation, dont les frais restent à la charge du créancier en vertu de l'article 1345-3 du Code civil⁴⁷³, ne libère le débiteur qu'à compter de sa notification au créancier (alinéa 3 de l'article 1345)⁴⁷⁴, ce dernier devant en effet être prévenu que la somme a été déposée et qu'il peut à présent la récupérer. De plus, elle reste subsidiaire par rapport à l'offre réelle refusée. Si cette dernière est acceptée par le créancier, la consignation devient inutile ce qui explique la solution adoptée par la jurisprudence qui avait, à plusieurs reprises, considéré que la consignation non précédée d'une offre réelle ne produisait pas les effets d'un paiement⁴⁷⁵.

Outre ces effets différés qui ne se cristallisent qu'à l'expiration dudit délai de deux mois, la réception par le créancier d'une mise en demeure valide de la part de son débiteur produit en elle-même des effets instantanés dont notamment l'arrêt du cours des intérêts sur la créance.

⁴⁷⁰ C. Aubry et C. Rau par E. Bartin, t. IV, *op. cit.*, § 322, p. 304-305 ; G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *op. cit.*, n° 1632 ; E. Garsonnet et Ch. Cézard-Bru, t. VII, *op. cit.*, n° 2723 ; Jur. Gen., t. 33, V° Obligations, n° 2246 ; M. Planiol et G. Ripert par *Traité pratique de droit civil français, Obligations*, 2^e partie, avec le concours de P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, t. VII, *op. cit.*, n° 1211 ; *Traité des consignations en France, Caisse des dépôts et consignation: LGDJ*, 1998, n° 142-143, 146.

⁴⁷¹ Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 1973, n° 71-14.780 : Bull. civ. 1973, I, n° 83 ; Cass. civ. 3^e, 2 février 2000, n° 97-22.665 : JurisData n° 2000-000236 ; Bull. civ. 2000, III, n° 24 ; RTDCiv. 2000, p. 333, obs. J. Mestre et B. Fages ; T. civ. Seine, 5^e ch., 12 oct. 1955, préc. n° 55 ; CA Paris, 2^e ch. B, 8 févr. 1991, n° 90.6470 : JurisData n° 1991-020395.

⁴⁷² M. Mignot, préc., n° 142 et 144.

⁴⁷³ Cet article reprend en substance l'ancien article 1260 du Code Civil.

⁴⁷⁴ Une simple notification, libre en la forme, suffit là où autrefois il fallait une signification (C. civ., anc. art. 1259).

⁴⁷⁵ Cass. com., 29 mars 1994, n° 91-19.074 ; Cass. civ. 1^{re}, 31 janv. 1995, n° 93-10.249 ; CA Paris, 24 décembre 1853 : S. 1856, 2, p. 503 ; T. Paix de Villejuif, 20 septembre 1898 : DP 1900, 2, p. 217, 8^e esp. ; CA Dijon, 1^{re} ch., 31 décembre 1906 : Rec. Gaz. Trib. 1907, 1^{re} sem., 2, p. 484 ; S. 1908, 2, p. 270 ; RTDCiv. 1907, p. 413 ; RTDCiv. 1908, p. 173, obs. R. Demogue.

B- Des effets instantanés.

218. Arrêt immédiat du cours des intérêts dus par le débiteur. Le premier des effets instantanés de la réception par le créancier d'une mise en demeure est de transférer aussitôt les risques de la chose sur sa tête, « s'ils n'y sont déjà, sauf faute lourde ou dolosive du débiteur » précise l'article 1345, alinéa 2⁴⁷⁶. La charge des risques est ainsi transmise au créancier comme si l'exécution avait eu lieu⁴⁷⁷ et, sauf dol ou faute lourde, le débiteur n'est plus responsable de la conservation de la chose, le créancier supportant les dépenses supplémentaires de sa conservation⁴⁷⁸.

Le second effet instantané de la mise en demeure, et qui est celui qui nous importe dans notre recherche, est que « la mise en demeure du créancier arrête le cours des intérêts dus par le débiteur ». Ceci revient à dire que l'inexécution ne peut plus être reprochée au débiteur et ce dernier est délivré des conséquences habituelles de son retard. En d'autres termes, une fois le créancier en demeure, le retard matériel dans l'exécution de l'obligation, normalement imputable au débiteur, ne l'est plus. Le créancier ne peut plus invoquer le retard de son débiteur et les moyens dont il dispose habituellement pour le faire, que ce soit la résolution du contrat, le jeu d'une clause pénale, la condamnation à des dommages-intérêts. C'est comme si, selon les termes empruntés à C. Robin, la demeure du créancier purgeait celle du débiteur⁴⁷⁹.

219. Une solution en germe dans la jurisprudence antérieure. La jurisprudence, même avant la réforme de 2016, faisait de la faute ou de l'attitude déloyale du créancier qui avait causé, même partiellement, le retard de paiement, une raison pour lui refuser

⁴⁷⁶ L'hypothèse sera rare en pratique. V. M. Mignot, Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (X), LPA 6 mai 2016, p. 10.

⁴⁷⁷ Règle importante en cas de vente de choses de genre non encore individualisés et dans le contrat d'entreprise.

⁴⁷⁸ L'article 294 du COC précise à ce sujet qu'à partir du moment où le refus du créancier est constaté par un acte officiel « la perte ou la détérioration de la chose sont à ses risques ».

⁴⁷⁹ C. Robin, La « mora creditoris » : RTDCiv. 1998, p. 616.

le bénéfice du mécanisme d'anatocisme de l'(anc.) article 1154 du Code civil⁴⁸⁰. En effet, s'il est vrai que, dès lors que le bénéfice de l'anatocisme a été réclamé et que toutes les conditions sont remplies pour qu'il soit accordé, la capitalisation des intérêts est de droit et s'impose au juge⁴⁸¹ puisqu'il ne s'agit pas d'une simple faculté offerte par la loi que le juge pourrait ou non accorder⁴⁸², ce dernier ne possédant aucun pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité d'une clause d'anatocisme⁴⁸³ au regard de la situation du débiteur, la Cour de cassation a très tôt affirmé que les juges du fond pouvaient refuser la capitalisation des intérêts lorsque le retard du paiement des intérêts était imputable au créancier⁴⁸⁴, ajoutant ainsi implicitement aux restrictions apportées à l'anatocisme par l'(anc.) article 1154 du Code civil, une restriction supplémentaire tenant à la loyauté du créancier. « Dans un souci d'équité, la Cour de cassation permet aux juges du fond de faire obstacle au jeu de l'anatocisme, alors même que les conditions posées par l'article 1154 du Code civil sont réunies, s'ils constatent qu'il incombe au créancier une part de responsabilité dans le retard de paiement par le débiteur. Autrement dit, pour que la capitalisation puisse développer ses effets, il

⁴⁸⁰ Dont les dispositions ont été reprises au sein du nouvel article 1343-2 du même code.

⁴⁸¹ Cass. soc. 29 juin 1995, n° 92-22.025, Bull. civ. IV, n° 228, Gaz. Pal. 1996. 2. somm. 472, obs. H. Croze et C. Morel ; Cass. civ. 1^{re}, 16 avr. 1996, n° 94-13.803 et n° 94-15.989, Bull. civ. I, n° 180, Defrénois 1996. 1443, obs. G. Champenois ; Cass. civ. 1^{re}, 7 janv. 1997, n° 94-21.442, inédit : « il résulte de ce texte [C. civ., art. 1154] que dès lors qu'elle est convenue ou demandée en justice, la capitalisation des intérêts est de droit » ; Cass. soc. 18 avril 2000, n° 97-44.272, inédit : « les seules conditions apportées par ce texte [C. civ., art. 1154] pour que les intérêts échus des capitaux produisent des intérêts sont que la demande en ait été judiciairement formée et qu'il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière » ; Cass. civ. 1^{re}, 6 juin 2001, n° 99-11.528, Bull. civ. I, n° 157.

⁴⁸² Aussi le juge ne peut-il se borner à énoncer qu'une telle demande lui paraît inopportune ou qu'elle n'est pas justifiée sans encourir la cassation : Cass. soc., 18 avr. 2000, n° 97-44.272, Lamyline ; Cass. civ. 1^{re}, 7 janvier 1997, n° 94-21.442, Lamyline ; Cass. civ. 1^{re}, 16 avril 1996, n° 94-15.989, Lamyline ; Cass. soc., 29 juin 1995, préc. il ne peut non plus débouter un justiciable de sa demande tendant à la capitalisation des intérêts, au motif qu'il avait été suffisamment dédommagé et rempli dans ses droits par l'allocation de dommages-intérêts en plus des intérêts légaux : Cass. soc., 6 déc. 1995, n° 94-43.474 et 93-43.860, Lamyline.

⁴⁸³ Cass. soc., 29 juin 1995, n° 92-22.025 : D. 1995, inf. rap. p. 180 ; Gaz. Pal. 1996, 2, somm. p. 472, obs. Croze et Morel ; Cass. civ. 1^{re}, 14 novembre 2006, n° 04-15.645, 04-15.890 et 04-17.578 : JurisData n° 2006-035888 ; JurisData n° 2006-035889 ; JurisData n° 2006-035891 ; Bull. civ. 2006, I, n° 489, note (11) ; CE, 6 et 10^e ss sect., 6 février 1987, n° 36586 : JCP G 1987, II, 20886, note J. Dufau

⁴⁸⁴ V. Cass. civ., 25 août 1845, affaire Pellegrino, D.P. 1845. 1. 380 ; 18 mai 1846, affaire Dreux ; D.P. 1846. 1. 199 ; 11 novembre 1851, affaire Roquelaure précitée ; Req., 11 novembre 1874 ; D.P. 1875. 1. 220 ; Cass. civ., 13 juillet 1915, D.P. 1921. 1. 29 ; Req. 16 juin 1942, Chazotte c/ Van Overberke ; D.A. 1943. J. 11.

convient que ce soit par la faute du débiteur, et non par celle du créancier, que les intérêts dus et échus soient restés impayés »⁴⁸⁵. En effet, lorsque c'est ce dernier qui est responsable du retard dans le paiement des intérêts, il serait pour le moins inéquitable d'en faire supporter les conséquences pécuniaires au débiteur et il en est ainsi dans toutes les hypothèses, que l'anatocisme soit conventionnel⁴⁸⁶ ou judiciaire⁴⁸⁷. Parmi les événements paraissant susceptibles de justifier le refus de la capitalisation des intérêts, la Cour de cassation retient notamment les excès de procédure. Il en est ainsi pour ce cédant d'un fonds de commerce qui oppose une résistance injustifiée à la demande de minoration du prix des marchandises et des éléments incorporels du fonds de commerce et retarde par son fait la liquidation de la créance⁴⁸⁸. De même, il a été jugé que, dès lors que les délais écoulés depuis la cessation d'une indivision sont imputables aux nombreuses procédures tant pénales que civiles pour lesquelles toutes les voies de recours ordinaires avaient été épuisées par le créancier, le comportement abusif de ce dernier, qui a retardé le partage, est caractérisé⁴⁸⁹. A aussi été jugé que, dès lors que les réclamations du créancier ne sont pas étrangères aux lenteurs du règlement d'une succession, qui lui était imputable, il n'y a pas lieu de faire droit à sa

⁴⁸⁵ Extrait de l'article « La prise en compte par le droit du coût de la durée du procès: les intérêts de retard dans le procès civil », in La documentation Française, étude réalisée à la demande du GIP Mission de recherche droit et justice ; Université Jean Monnet, Centre de recherches critiques sur le droit (CERCRID); recherche entreprise sous la direction de Pascal Ancel, Christiane Beroujon., n° 101 (nous soulignons).

⁴⁸⁶ Cass. com. 20 janvier 1998, n° 95-14.101, Bull. civ. I, n° 32.

⁴⁸⁷ Cass. civ. 1^{re}, 14 mai 1992, n° 90-12.275, A. Mouret de Lorbeau et a. c/ P. Mouret de Lorbeau et a. (Cass. partielle) ; Bull. civ. I, n° 142, p. 96 ; J.C.P. 1992, Ed. G, IV, 1961 ; Cass. com. 20 octobre 1992, n° 90-13.072, Epoux Laporte c/ Société Grezillier (Cass. partielle) ; Bull. civ., IV, n° 319, p. 227 ; Cass. com. 20 janv. 1998, préc.

⁴⁸⁸ Cass. com., 20 octobre 1992, préc.: « la règle de l'article 1154 du code civil suivant laquelle les intérêts échus des capitaux peuvent produire des intérêts par une demande judiciaire peut être écartée par les juges du fond si c'est par la faute du créancier et par suite de l'obstacle apporté par lui qu'il n'a pu être procédé à la liquidation de la dette », en l'occurrence, refus injustifié du créancier de minorer le prix des marchandises et des éléments incorporels d'un fonds de commerce) ; Comp. Cass. com., 13 février 1979, consorts Mangin c/ Epoux Sauvaget et a. (rejet), Bull. civ., IV, n° 64, p. 49 ; CA Pau, 1^{re} ch., 8 décembre 1989, Banque Worms c/ Audinet ; Cah. Jurispr. Aquit., 1990, p. 89. Adde : Cass. civ. 1^{re}, 14 mai 1992, A. Mouret de Lorbeau et a. c/ P. Mouret de Lorbeau et a. (Cass. partielle) ; Bull. civ. I, n° 142, p. 96 ; J.C.P. 1992, Ed. G, IV, 1961. Dans cette dernière affaire, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond qui avaient considéré qu'il n'y avait pas lieu de faire droit à la prétention des demandeurs originaires à l'instance tendant à ce que les règles de l'anatocisme soient appliquées aux intérêts des sommes dues à la succession de leur auteur, dès lors que les diverses réclamations de ces derniers n'étaient pas étrangères aux lenteurs de la succession querellée.

⁴⁸⁹ Cass. civ. 1^{re}, 6 décembre 1989, n° 87-19.424, Lamyline.

demande tendant à ce que les règles de l'anatocisme soient appliquées aux indemnités de rapport⁴⁹⁰.

220. Une paralysie de la demeure du débiteur. Si « la demeure du créancier purge celle du débiteur »⁴⁹¹ ceci ne revient pas à dire que le débiteur est, du seul effet de la mise en demeure de son créancier, libéré de son obligation, seul le paiement ou la consignation pouvant le libérer⁴⁹². Il reste tenu à l'exécution de la prestation due mais les effets de sa propre demeure sont paralysés. La situation est en quelque sorte figée. La non-imputabilité du retard au débiteur se reflète directement sur les intérêts moratoires qui ne courent plus ou cessent de courir comme l'énonce clairement l'article 1345 alinéa 2 du Code civil : « la mise en demeure du créancier arrête le cours des intérêts dus par le débiteur »⁴⁹³. Il s'agit d'une nouveauté par rapport au dispositif antérieur où les offres réelles n'avaient pas pour conséquence d'interrompre le cours des intérêts, cette interruption ne résultant que de la consignation. En effet, la Cour de cassation considérait en général que tant que le débiteur n'avait pas accompli valablement la procédure des offres réelles et de la consignation, les intérêts moratoires continuent à courir contre lui même s'il a offert le paiement au créancier par une offre simple⁴⁹⁴. De même, si la doctrine majoritaire admettait que les offres réelles signifiées

⁴⁹⁰ Cass. civ. 1^{re}, 14 mai 1992, préc. Dans cette dernière affaire, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond qui avaient considéré qu'il n'y avait pas lieu de faire droit à la prétention des demandeurs originaires à l'instance tendant à ce que les règles de l'anatocisme soient appliquées aux intérêts des sommes dues à la succession de leur auteur, dès lors que les diverses réclamations de ces derniers n'étaient pas étrangères aux lenteurs de la succession querrellée.

⁴⁹¹ C. Robin, *op. et loc cit.*

⁴⁹² Sur la consignation voir *supra* n° 182.

⁴⁹³ « La dette cesse de produire ses intérêts » (article 294 du COC).

⁴⁹⁴ Cass. civ. 1^{re}, 11 juin 2002, n° 99-10.044: JurisData n° 2002-014739 ; Bull. civ. 2002, I, n° 162 ; Rev. crit. DIP 2003, p. 318, note H. Muir Watt, cassation de la décision qui a arrêté le cours des intérêts au jour où le débiteur s'est déclaré prêt à payer mais sans faire d'offres réelles suivies d'une consignation ; Cass. civ. 1^{re}, 31 mars 1993, n° 90-19.607 : JurisData n° 1993-000636 ; Bull. civ. 1993, I, n° 134 ; Contrats, conc. consom. 1993, comm. 127, obs. L. Leveneur ; RTDCiv. 1993, p. 825, obs. J. Mestre : cassation de l'arrêt qui a débouté l'assuré de sa demande de dommages-intérêts moratoires au motif que l'assureur avait proposé le paiement d'une somme dans le respect des dispositions de l'article L. 132-21 du Code des assurances ; 12 janvier 1983, Bull. civ., I, n° 20 ; D. 1983. IR, 177, obs. D.R. Martin ; 28 avril 1982, Bull. civ., I, n° 151 ; D. 1982, IR, 353.

au créancier, même non acceptées par lui, produisaient certains effets⁴⁹⁵ et auraient pour finalité première de le mettre en demeure de recevoir le paiement⁴⁹⁶, et qu'étant mis en demeure, le créancier n'est plus fondé à commencer ou à continuer ses poursuites contre le débiteur⁴⁹⁷, ou encore que les offres signifiées au créancier empêchaient la demeure future du débiteur ou purgeaient sa demeure passée⁴⁹⁸ ce qui fait qu'il ne devra plus le montant de la pénalité en cas de retard⁴⁹⁹, elle visait uniquement les offres réelles. De plus, elle n'admettait pas que *tous* les aspects de la demeure du débiteur soient purgés du seul fait de la signification d'une offre réelle valable au créancier. En effet, elle considérait, suivie par la jurisprudence⁵⁰⁰, que les offres réelles faites par le débiteur d'une dette de chose de genre, et spécialement celui d'une somme d'argent, à son créancier n'arrêtaient pas le cours des intérêts⁵⁰¹ et que ce n'est que la consignation de la somme due qui arrête le cours des intérêts au jour de sa réalisation. Cette position s'appuyait sur les termes de l'(anc.) article 1428 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile qui disposait que « si le créancier refuse les offres, le débiteur peut, de lui-même, pour

⁴⁹⁵ E. Garsonnet et Ch. Cézard-Bru, t. VII, *op. cit.*, n° 2721. Une autre partie de la doctrine considérait que la procédure des offres réelles des (anc.) articles 1257 et suivants du code civil n'instituait pas une demeure du créancier et que l'offre ne mettait pas ce dernier en demeure : R. Saleilles, préc. p. 32, n° 38 ; V.-N. Marcadé, Explication théorique et pratique du Code Napoléon, (éd. 1873), t. 4, n° 730-731, p. 751-758 ; M. Planiol, préc., n° 450, p. 151 ; L. Josserand, préc. n° 866, p. 466 ; Léon Julliot de La Morandière, préc. n° 498, p. 360.

⁴⁹⁶ C. Demolombe, t. XXVIII, *op. cit.*, n° 68, 139 ; Aubry et Rau, Cours de droit civil français, t. III, 3^e éd. 1856, n° 322 ; F. Laurent, Principes de droit civil français. t. 18, 3^e éd. Paris, 1878, préc. n° 248, p. 312 ; J. Virey, préc. n° 211, p. 318. « Les offres seules... mettent le créancier en demeure », Ch. Beudant, préc. n° 618, p. 445.

⁴⁹⁷ Ch. et R. Beudant par P. Lerebours-Pigeonnière et G. Lagarde, t. VIII, *op. cit.*, n° 618.

⁴⁹⁸ D.-J. Baroncea, préc. n° 2, spéc. p. 146 ; C. Demolombe, t. XXVIII, préc. n° 2, spéc. n° 137 ; Dalloz, jurispr. gén., t. 33, V^o Obligations, n° 2054-2055 ; L. Larombière, tome 4, préc. n° 5, spéc. art. 1257, n° 5-8 ; Ch. et R. Beudant par P. Lerebours-Pigeonnière et G. Lagarde, t. VIII, *op. cit.*, n° 618.

⁴⁹⁹ L. Larombière, tome 4, *op. cit.*, art. 1257, n° 5-8.

⁵⁰⁰ Cass. civ. 1^{re}, 28 avril 1982, n° 81-12.110 : Bull. civ. 1982, I, n° 151 : « la cessation du cours des intérêts n'a lieu, après le refus par le créancier de l'offre réelle de paiement faite par le débiteur, que du jour de la consignation de la somme offerte » ; Cass. civ. 1^{re}, 25 novembre 2003, n° 98-12.734 : JurisData n° 2003-021253 ; RGDA 2004, p. 229, obs. J. Beauchard: la consignation a pour effet de libérer le débiteur et d'arrêter le cours des intérêts jusqu'à ce que les sommes consignées soient versées au créancier ; Cass. civ. 1^{re}, 11 juin 2002, Bull. civ., I, n° 20 ; D. 1983, IR, 177, Obs. D. R. Martin ; CA Bordeaux, 4^e ch., 16 janvier 1833 : S. 1833, 2, p. 180.

⁵⁰¹ C. Aubry et C. Rau par E. Bartin, t. IV, *op. cit.*, § 322, p. 303 et 304, note 26 ; D. J. Baroncea, *op. cit.*, p. 147 ; L. Larombière, tome 4, préc., art. 1257, n° 9 ; G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, t. II, *op. cit.*, n° 1627 ; C. Demolombe, t. XXVIII, *op. cit.*, n° 145 ; F. Gréau, thèse préc., n° 118.

se libérer, se dessaisir de la somme ou de la chose offerte, en la consignait *avec, le cas échéant, les intérêts jusqu'au jour de la consignation* » ce qui revenait à dire que les intérêts sur la créance principale continuaient à courir jusqu'à la consignation et devaient être inclus dans le montant de la somme consignée.

Désormais, et après les modifications apportées par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, il n'y a plus lieu d'attendre la consignation. Dès la réception d'une mise en demeure valide, le créancier n'a plus droit à des intérêts. Un auteur relève à ce sujet que « contrairement à ce qu'énonce la loi, c'est moins la mise en demeure que l'offre de paiement du débiteur qui arrête le cours des intérêts. L'offre de paiement atteste de l'absence de faute du débiteur qui s'exécute ou est prêt à le faire. Or, les dommages et intérêts moratoires sont dus en raison de la faute du débiteur. La mise à l'écart de cette faute exclut toute sanction contre le débiteur. La mise en demeure est liée à l'offre de paiement mais elle n'exclut pas en soi la faute du débiteur. Il aurait donc été plus logique de rattacher l'arrêt du cours des intérêts à l'offre de paiement »⁵⁰². Mais en réalité, si l'offre de paiement valablement effectuée atteste bien de l'absence de faute du débiteur, elle n'est qu'un prérequis et ce n'est que la demeure du créancier qui n'est acquise qu'à partir du moment où l'obstruction qu'oppose ce dernier au paiement est entérinée par la délivrance d'une mise en demeure valide, qui purge celle du débiteur et justifie que l'arrêt du cours des intérêts moratoires à son égard, d'où la pertinence, à notre avis, du rattachement par le législateur de 2016 de l'arrêt du cours des intérêts à la mise en demeure du créancier, cette dernière présupposant, il est vrai, qu'une offre valable de paiement soit effectuée⁵⁰³.

221. Intérêts moratoires ou intérêts conventionnels ? Le texte de l'article 1345 du Code civil reste toutefois imprécis quant à son champ d'application et ne dit pas si l'arrêt du « cours des intérêts dus par le débiteur » concerne uniquement les intérêts moratoires ou atteint aussi les intérêts conventionnels. Si l'on jette un coup d'œil sur les droits voisins on voit que dans le droit allemand, et selon l'article 301 du BGB, même les intérêts conventionnels cessent de courir, la dette du débiteur ne devant plus

⁵⁰² M. Mignot, art. préc., n° 82.

⁵⁰³ Sur les conditions de la mise en demeure du créancier v. *supra* n° 185 et s.

continuer à augmenter après l'offre. Par contre, le droit suisse, tout en retenant le principe selon lequel la dette du débiteur ne doit pas augmenter, prévoit que les intérêts conventionnels continuent à courir parce qu'ils sont considérés comme l'équivalent de la jouissance de l'argent par le débiteur et ils ne cessent de courir à l'encontre du débiteur qu'avec la consignation⁵⁰⁴. Vu la généralité des termes utilisés par le législateur à l'alinéa 2 de l'article 1345, rien n'empêche d'appliquer l'arrêt du cours aux deux types d'intérêts, et moratoires et conventionnels.

222. Un effet sous-jacent de la mise en demeure du créancier. Outre les effets de la mise en demeure visés explicitement aux articles 1345, 1345-1 et 1345-2 du Code civil, un autre effet est sous-jacent : le créancier qui s'abstient de déférer à la mise en demeure ne peut pas prolonger l'existence de la dette en sommant à son tour le débiteur de s'exécuter dans le but de relancer le cours des intérêts et de refaire passer à la charge de celui-ci les risques de la chose due. Si les auteurs de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 n'ont pas cru bon de consacrer cette impossibilité dans les textes, à la différence du projet Terré, lequel prévoyait expressément que la demeure du créancier empêchait celle du débiteur⁵⁰⁵, la solution s'impose néanmoins d'elle-même, l'incohérence du comportement du créancier devant permettre de considérer la mise en demeure qu'il opère comme irrégulière et, dès lors, inefficace⁵⁰⁶.

Une fois la créance devenue liquide et exigible et le débiteur valablement mis en demeure le retard matériel de ce dernier se transforme en un retard juridique qui déclenche, ou devrait déclencher, le cours des intérêts moratoires sur la créance impayée. Pourtant, dans certains cas, il n'en est rien et il est nécessaire qu'un pas supplémentaire soit franchi. Il en était ainsi, depuis 1804 et jusqu'à la réforme opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations pour les revenus échus, tels que fermages, loyers, arrérages de rentes perpétuelles ou viagères qui, bien qu'elles soient

⁵⁰⁴ Le droit romain allait dans le même sens. Sur ce point v. J. Virey, préc. n° 81, p. 132.

⁵⁰⁵ F. Terré (sous la dir.), Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008, art. 83.

⁵⁰⁶ M. Julienne, Régime général des obligations, LGDJ, 2^e éd., 2018, n° 576.

des créances liquides ab initio au sens de l'(anc.) article 1153 du Code civil, ne produisaient d'intérêts, en application de l'ancien article 1155 du Code civil que du jour de la demande ou de la convention ce qui témoigne d'un net recul de la demeure du débiteur. La même règle s'appliquait aux restitutions de fruits, et aux intérêts payés par un tiers aux créanciers en acquit du débiteur. Si ces hypothèses ont disparu avec la réforme de 2016 un cas notable de recul de la demeure persiste encore aujourd'hui, quand il s'agit intérêts moratoires composés produits par les intérêts simples.

Section 3- Le recul de la demeure du débiteur pour les intérêts composés.

223. Abandon des dispositions de l'ancien article 1155 du Code civil. Dans certains cas, la demeure du débiteur ne suffit pas pour déclencher le cours des intérêts sur la créance non payée et il est nécessaire qu'un pas supplémentaire soit franchi. Il en était ainsi, depuis 1804 et jusqu'à la réforme opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations pour les revenus échus, tels que fermages⁵⁰⁷, loyers, arrérages de rentes perpétuelles⁵⁰⁸ ou viagères⁵⁰⁹ qui, selon l'alinéa 1^{er} de l'ancien article 1155 du Code civil ne produisaient intérêts que du jour de la demande ou de la convention. La même règle s'appliquait aux restitutions de fruits, et aux intérêts payés par un tiers aux créanciers en acquit du débiteur (2^e alinéa). Cet article qui suivait directement l'(anc.) article 1154 sur l'anatocisme et qui était introduit par l'adverbe « néanmoins » laissait par sa forme présager une exception aux conditions posées par ce dernier. Or en vérité il n'en était rien. Sa formulation s'expliquait par le fait que, dans le projet

⁵⁰⁷ Le mot « fermage » désigne le prix du bail ou loyer reçu pour la location d'une exploitation agricole. Le statut des baux à ferme est déterminé par les articles 1763 et suivants du Code civil et par des dispositions particulières dites « statut des baux ruraux » (L. 411-1 et suivants du Code rural)

⁵⁰⁸ La rente « perpétuelle » est celle qui ne s'achève en principe jamais (sous réserve du rachat de la rente par le débirentier). Ce type de rente est aujourd'hui tombé en désuétude.

⁵⁰⁹ La rente « viagère » (ou rente de mortalité) est celle qui prend fin au décès de son bénéficiaire, autrement dit qui est versée tant que ce dernier est en vie. En pratique, ce type de rente est utilisé dans le cadre de l'achat d'un bien immobilier en viager, le plus souvent à une personne âgée. Une rente viagère peut également être versée conformément aux règles prévues dans un contrat d'épargne ou suite à un accident du travail ou à une maladie professionnelle.

initial du Code civil, ce texte figurait au sein de la même disposition qui reprenait le principe de la prohibition de l'anatocisme auquel il était censé apporter une exception⁵¹⁰ et avec l'abandon de la prohibition dans le projet final cet article est devenu une disposition distincte. En effet, les intérêts visés par l'(anc.) article 1155 ne sont pas de même nature que les intérêts de l'(anc.) article 1154 et leur périodicité ne suffit pas à les assimiler à des intérêts d'une somme d'argent encore moins à des intérêts moratoires. Tandis que l'(anc.) article 1154 visait les intérêts *secondaires* c'est-à-dire les intérêts produits par d'autres intérêts, ceux visés par l'(anc.) article 1155 étaient des intérêts *primaires* créés par des créances principales mais périodiques, c'est-à-dire effectivement des intérêts de nature identique à ceux visés par l'(anc.) article 1153⁵¹¹. Ceci est évident pour les intérêts des fermages ou loyers qui ne sont pas en réalité des intérêts mais des créances principales périodiques, mais aussi pour les arrrages de rentes perpétuelles ou viagères qui sont des versements réguliers⁵¹² effectués par l'assureur au titre du contrat de rente. En effet ces arrrages, même si on leur applique des fois le terme générique d'intérêt⁵¹³, ne sont pas une rémunération de la mise à disposition d'un capital ni à fortiori des intérêts moratoires, la rente constituant simplement une modalité de paiement. Même les intérêts payés par un tiers aux créanciers en acquit du débiteur visés à l'alinéa 2 de l'(anc.) article 1155 ne sont pas véritablement des intérêts secondaires : pour une caution qui a payé au créancier le principal et les intérêts de la créance et se retourne contre le débiteur cautionné la distinction entre le principal et les intérêts n'existe pas en réalité mais il existe une seule créance de remboursement formée par un capital unique et qui produirait des intérêts moratoires simples au profit de la caution en cas de retard de paiement par le débiteur.

⁵¹⁰ P.-A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil., préc., p 11 ; C.-B.-M. Toullier, Le droit civil français suivant l'ordre du code : Warée, 1824, t. VI, n° 274, p. 287.

⁵¹¹ Selon les termes de L. Josserand à propos de l'article 1155 il y a ici « capitalisation primaire et non pas capitalisation secondaire venant se superposer à une dette de capital qui s'en trouve rapidement aggravée » : Cours de droit civil positif français, t. 2, préc., n° 646 quater). Domat aussi avait fait nettement cette distinction en soulignant qu'il fallait prendre garde à ne pas confondre les intérêts des intérêts avec « les intérêts des deniers d'une autre nature » : Les lois civiles dans leur ordre naturel. Le droit public et « Legum delectus », t. 1, nouvelle éd., 1777, Paris, p. 266

⁵¹² Mensuels, trimestriels, semestriels ou annuels.

⁵¹³ Il en est ainsi à l'article 1909 du Code civil.

Il était donc à préférable de prendre conscience définitivement de la profonde similitude des intérêts produits par les revenus visés par l'(anc.) article 1155 et de ceux de l'(anc.) article 1153 et de leur appliquer dès lors un régime uniforme quant au point de départ des intérêts sur ces sommes, rien ne justifiant cette exigence d'une « demande » ou « d'une convention » qui aboutissait à un recul du point de départ des intérêts sur les revenus visés à cet article par rapport aux créances monétaires, de nature similaire, de l'ancien article 1153 du Code civil.

L'abrogation a été finalement décidée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations qui ne fait plus aucune distinction entre les différents types de créances monétaires quant au cours des intérêts moratoires et englobe dans de nouvel article 1344-1 du Code civil toutes les obligations de somme d'argent pour faire courir les intérêts sur ces obligations à partir de la mise en demeure, et l'on ne trouve plus de trace des dispositions de l'ancien article 1155.

224. Les intérêts composés des intérêts simples. Le recul de la demeure du débiteur persiste quand il s'agit de faire produire des intérêts aux intérêts simples de la créance. Parmi les dispositions particulières aux obligations de sommes d'argent le nouvel article 1343-2 du Code civil tel que modifié par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 dispose ainsi que : « les intérêts échus, dus au moins pour une année entière, produisent intérêt si le contrat l'a prévu ou si une décision de justice le précise. », reprenant ainsi, dans des termes similaires mais non identiques, les dispositions de l'ancien article 1154 qui consacrait le mécanisme de l'anatocisme et disposait que : « les intérêts échus des capitaux peuvent produire des intérêts, ou par une demande judiciaire, ou par une convention spéciale, pourvu que, soit dans la demande, soit dans la convention, il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière »⁵¹⁴.

⁵¹⁴ En droit libanais, c'est l'article 768 du COC, situé dans le titre III relative au prêt à intérêt du livre VII relative au prêt qui prévoit que « les intérêts des capitaux peuvent produire des intérêts, ou par une demande judiciaire, ou par un contrat spécial postérieur à leur échéance, pourvu que, soit dans la demande soit dans le contrat, il s'agisse d'intérêts dus au moins pour six mois, sauf les règles et les usages particuliers au commerce ». Quoique ce texte soit situé dans une partie relative au prêt à intérêt la jurisprudence libanaise l'applique, sans distinction, à plusieurs autres dettes d'intérêts. Elle

Etymologiquement, le mot anatocisme provient du grec *ana* (encore une fois) et *tokos* (intérêt). Dans le vocabulaire juridique Cornu ce mécanisme est défini comme étant « la capitalisation des intérêts échus d'une dette de somme d'argent, de manière que les intérêts capitalisés produisent à leur tour des intérêts »⁵¹⁵. La doctrine le définit comme étant un mécanisme qui permet de « fusionner les intérêts de retard dans le rapport primaire d'obligation pour que ces intérêts de retard produisent à leur tour des revenus » et considère qu'il est « légitime pour le créancier d'incorporer au capital les intérêts non acquittés pour que ceux-ci produisent également des revenus. C'est la règle de l'anatocisme : les intérêts non payés, ajoutés au principal, génèrent à leur tour des intérêts [...]»⁵¹⁶. La règle de l'anatocisme est donc la suivante : les intérêts non payés, ajoutés au principal, génèrent à leur tour des intérêts moratoires afin de réparer le préjudice moratoire causé par le retard dans le paiement des intérêts de la créance principale. Si certains auteurs, à l'instar de T. Samin⁵¹⁷ parlent de novation et considèrent que « la capitalisation opère novation par changement de nature, les intérêts se transformant en capitaux afin de devenir eux-mêmes productifs d'intérêts conformément à la volonté des parties ou à la décision du juge », la majorité de la doctrine en doute⁵¹⁸ et insiste sur le caractère indemnitaire de la capitalisation de l'(anc.) article 1154 du Code civil et du nouvel article 1343-2 (§1). Traditionnellement

l'applique ainsi aux intérêts moratoires dus sur le solde débiteur d'un compte courant après clôture du compte (Cass. civ., 24 décembre 2003, décision n° 54, encyclopédie BAZ, n°42, 2003, p. 498 ; 2° ch. civ., 13 octobre 2020, décision n° 85/2020, IDREL) et décide ainsi que la capitalisation des intérêts ne peut se faire, après clôture du compte courant, que selon les conditions édictées à l'article 768 du COC qui sont d'ordre public (Cass. lib. 5° ch. civ., 12 décembre 2000, décision n° 957/2000, IDREL). Dans un arrêt rendu le 24 décembre 2012, la Cour de cassation a toutefois décidé que l'article 768 du COC figure au sein des dispositions du code relatives au crédit à intérêt et son application devait être restreinte à ce domaine (2° ch. civ., 24 mai 2012, décision n°34/2012, IDREL).

⁵¹⁵ G. Cornu, Vocabulaire juridique, préc., v° Anatocisme.

⁵¹⁶ O. Gout, « La capitalisation des intérêts : éclairage sur un mécanisme réputé obscur », Dr. et patrimoine, déc. 2000, n° 88, p. 26.

⁵¹⁷ T. Samin, Regards sur l'anatocisme en tant que mode de réparation, LPA 1994, note 2, n° 25.

⁵¹⁸ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, Droit civil, Les obligations, préc., n° 1429 ; P. Simler, Contrats et obligations, J.-Cl. Civil, Art. 1271 à 1281, Fasc. 20, 2005, n° 41 ; Ph. Emy, Les deux visages de la capitalisation des intérêts, RTDCom. 2006, p. 549.

considéré comme dangereux pour le débiteur⁵¹⁹ puisqu'il peut accroître rapidement et considérablement la dette⁵²⁰, l'anatocisme demeure une opération permise mais règlementée. L'(anc.) article 1154, et après lui le nouvel article 1342-2 du Code civil, établissent en effet des conditions strictes pour son exercice par le créancier, conditions qui laissent transparaître un net recul des effets de la demeure du débiteur (§2).

§1- L'anatocisme comme mécanisme d'indemnisation.

225. Coexistence de deux logiques de capitalisation des intérêts. Dans son article « Les deux visages de la capitalisation des intérêts »⁵²¹ Ph. Emy distingue entre deux mécanismes de capitalisation des intérêts : la capitalisation des intérêts entendue au sens strict, c'est-à-dire telle que définie à l'(anc.) article 1154 du Code civil, et qui est une *mécanisme indemnitaire* visant à réparer le préjudice causé par le défaut de paiement des intérêts, qu'il s'agisse des intérêts moratoires ou des intérêts nés d'un prêt d'argent, par des dommages-intérêts moratoires, et le *mécanisme fusionnel* ou la capitalisation/fusion qui se situe en dehors de toute logique indemnitaire et échappe ainsi au domaine de l'(anc.) article 1154 du Code civil. A partir de la technique de la novation, la capitalisation/fusion réalise une véritable fusion de la créance initiale et des intérêts au sein d'une nouvelle créance. Il en est ainsi dans les prêts à taux constant mais à échéances progressives dans lesquels le prêteur ne peut pas mathématiquement faire autrement que de capitaliser les intérêts reportés selon une périodicité identique à celle des échéances (ce qui apparaît dans le tableau d'amortissement). La capitalisation

⁵¹⁹ G. Marty, P. Raynaud et Ph. Jestaz, Les obligations, Le régime, t. 2, préc., n° 524, p. 571. Comp. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, Droit civil, les obligations, préc., n° 587 ; B. Cukier, « L'anatocisme obsolète ou nocif ? », Gaz. Pal. 1991, Doctr. p. 8-9 ; M. Boizard, « Le régime juridique et fiscal des intérêts », thèse dactyl., Paris, I, 1986, 2 tomes, spéc. tome II, n° 411, p. 312.

⁵²⁰ V. G. Ripert et J. Boulanger, « Traité de droit civil », tome II, obligations, Paris, L.G.D.J., 1957, n° 858, p. 315 ; A. Colin et H. Capitant, par L. Julliot de la Morandière, préc., n° 910 ; L. Josserand, Cours de droit civil positif français, tome II, préc., n° 464 bis, p. 315 ; Comp. ce que disait Maleville lors des travaux préparatoires du Code civil : « il n'y a pas de plus sûr moyen de ruiner les familles et l'Etat lui-même : et l'on peut se faire une idée de l'énorme et rapide progression d'une dette même modique que l'on permettra à un créancier avide de multiplier ainsi en faisant produire sans cesse de nouveaux intérêts à d'autres intérêts », in « Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil », par P.-A. Fenet, p. 61-66, spéc. p. 62.

⁵²¹ Ph. Emy, Les deux visages de la capitalisation des intérêts, préc.

dans ces types de prêts est en fait une méthode de computation, de calcul des intérêts dont le montant exact est parfaitement connu de l'emprunteur dès l'origine, non un moyen destiné à indemniser forfaitairement le préjudice subi par le créancier du fait d'un retard dans le paiement des intérêts et susceptible de générer un accroissement illimité de la dette du débiteur. Il en est ainsi aussi en matière de compte courant pour lequel la jurisprudence a admis qu'il n'est pas nécessaire que la capitalisation porte sur les intérêts d'une année puisque les intérêts débiteurs sont calculés lors de chaque arrêté de compte (c'est-à-dire pour une période inférieure à l'année)⁵²² et aussitôt inscrits en compte de sorte qu'ils produisent eux-mêmes immédiatement intérêts. Une doctrine approuvée estime que l'(anc.) article 1154 du Code civil se trouvait effectivement inapplicable dans ce cas⁵²³ et que les intérêts perdaient leur individualité pour fusionner⁵²⁴ avec le solde du compte. Par contre, « la capitalisation décrite dans le code civil permet de réparer le préjudice résultant du défaut de paiement des intérêts par la production de nouveaux intérêts. Mais, en aucun cas elle ne suppose que les premiers intérêts issus de la dette initiale doivent s'incorporer à ce capital pour générer par là même de nouveaux intérêts »⁵²⁵.

226. Consécration de la seule fonction indemnitaire de la capitalisation. Cette dualité de logiques de capitalisation avait été remarquée lors des travaux préparatoires

⁵²² V., par ex., Cass. civ. 1^{re}, 4 décembre 1990 : JCP E 1991, I, 65, p. 310, chron. Ch. Gavalda et J. Stoufflet ; Banque 1991, p. 428, obs. J.-L. Rives-Lange. *Adde* Cass. com., 22 mai 2001, n° 97-16.265, inédit titré : JurisData n° 2001-009865). L'anatocisme ne retrouve à s'appliquer que lorsque le compte courant se trouve clôturé (Cass. com., 19 juin 2001, n° 98-11.941, inédit titré : JurisData n° 2001-010374).

⁵²³ S. Hovasse-Banget, La capitalisation des intérêts et les comptes bancaires : RD bancaire et bourse 1993, n° 35, p. 25 ; F. Gréau, thèse préc., n° 199. Cet auteur reproche à la doctrine et à la jurisprudence d'avoir posé en postulat que la capitalisation infra-annuelle dans le cadre du compte courant constituait une dérogation à l'(anc.) article 1154 du Code civil alors que cette capitalisation infra-annuelle se situe en réalité *en dehors* du champ d'application de cet article qui ne fait qu'instaurer une réglementation restrictive de la capitalisation dans le seul cadre du retard de paiement or, avant la clôture du compte, la créance formée par le solde provisoire n'est pas exigible et il est alors impossible d'imputer au débiteur un quelconque retard de paiement. Ce n'est qu'après la clôture du compte que le solde désormais définitif, devient exigible et que les intérêts sur le solde commencent à courir selon les règles établies à l'(anc.) article 1153 et ne peuvent produire d'autres qu'en respectant les conditions de l'(anc.) article 1154.

⁵²⁴ Ch. Gavalda et J. Stoufflet, Droit bancaire : LexisNexis Litec, 9^e éd., 2015, n° 256.

⁵²⁵ Ph. Emy, art. préc., n°2.

du Code civil. Ainsi dans son *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*⁵²⁶, P.-A. Fenet écrit : « Le consul Cambacérès pense que la disposition tend seulement à empêcher le juge de prononcer une condamnation d'intérêts des intérêts. Si, par exemple, un créancier demande une somme qui lui est due depuis plusieurs années, et les intérêts à raison du retard de paiement, les tribunaux lui alloueront l'un et l'autre ; mais ils ne pourront lui allouer également des intérêts pour le retard de paiement de ceux que le capital a produits. Cependant si, par une convention nouvelle, les parties avaient réglé ensemble, et si, ajoutant au capital primitif les intérêts échus, le créancier avait accordé pour le tout un nouveau crédit au débiteur, avec la stipulation d'intérêts qui deviendraient le prix de ce nouveau crédit, il n'y a point de doute que la stipulation ne dût avoir ses effets ». En fin de compte, seule la fonction indemnitaire de la capitalisation des intérêts avait été retenue⁵²⁷ ce que prouve d'ailleurs la place qu'occupait l'(anc.) article 1154 au sein du Code civil. En effet, le siège de cet article se trouvait dans la section IV, chapitre III, titre III du livre troisième traitant « des dommages intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation ». Les intérêts réglés par l'(anc.) article 1154 du code civil venaient donc compenser le préjudice subi par le créancier du fait du retard dans le paiement des intérêts qu'ils soient moratoires ou rémunérateurs⁵²⁸. En effet, si ce dernier avait été payé à l'échéance des intérêts qui lui sont dus, il aurait pu placer cette somme et en percevoir les fruits. Puisqu'il n'est pas payé, il perd les intérêts non seulement sur le principal mais également sur les intérêts, voire il est possible qu'il subisse une véritable perte dans la mesure où pour se financer il a pu de son côté emprunter à un taux élevé. Il est alors nécessaire qu'il soit indemnisé du préjudice qu'il subit du fait du retard du débiteur à payer ces intérêts. Dans cette optique l'anatocisme apparaît, selon la formule consacrée par la chambre civile de la

⁵²⁶ Tome XIII, Réimp. éd. 1827, Otto Zeller, Osnabrück, 1968, p. 61

⁵²⁷ En ce sens, v. F. Gréau, thèse préc., n°193 et s. ; Ch. Biquet-Mathieu, thèse préc., n° 71 ; Th. Samin, art. préc., n°16 qui souligne clairement que le législateur de 1804 avait envisagé et réglementé la capitalisation des intérêts uniquement dans sa fonction réparatrice. *Contra* : M. Boizard, thèse préc., qui considère qu'un échéancier qui reporterait le paiement des intérêts peut prévoir leur capitalisation à condition qu'ils aient couru pour une année entière (n° 142).

⁵²⁸ La lettre du texte qui vise sans distinction « les intérêts échus des capitaux » n'invite absolument pas à une distinction entre intérêts moratoires et intérêts rémunérateurs. En ce sens : Ch. Biquet-Mathieu, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit. Actualité ou désuétude du Code civil ?*, préf. Moreau-Margrève, 1998, coll. scientifique de la Faculté de droit de Liège, n° 67.

Cour de cassation dans une décision du 11 novembre 1851, comme « la juste indemnité de la privation qu'éprouve le créancier des sommes qui lui sont légitimement dues »⁵²⁹.

227. Des hésitations jurisprudentielles. Pourtant, en présence d'une clause d'anatocisme, la jurisprudence avait parfois considéré que les intérêts non payés se métamorphosaient en capitaux dès l'échéance non honorée, par le seul fait de cette clause. Elle l'affirmait déjà dès 1998⁵³⁰ dans cette espèce où l'analyse avait présenté l'avantage de faire perdre aux intérêts capitalisés le bénéfice de l'ancien article 2277 du Code civil⁵³¹ qui soumettait les intérêts des sommes prêtées, et généralement de tout ce qui est payable par année ou à des termes périodiques plus courts à la prescription libératoire abrégée de cinq ans. À la prescription initiale de cinq années, la Cour de cassation avait donc substitué la prescription extinctive de droit commun s'attachant à l'obligation nouvelle, laquelle était de dix ou trente ans selon le cas⁵³². Elle l'affirmait encore en 2004⁵³³ dans un arrêt où elle a souligné que « lorsque le créancier et le débiteur sont convenus que les intérêts à échoir se capitaliseront à la fin de chaque année pour produire eux-mêmes des intérêts, ils ne constituent plus des intérêts mais un nouveau capital qui s'ajoute au premier ». Elle le réaffirmera en 2015⁵³⁴ en approuvant la Cour d'appel de Montpellier qui, « ayant rappelé que les intérêts capitalisés ne constituaient plus des intérêts, mais un nouveau capital s'ajoutant au premier, [avait] « exactement retenu que les dispositions de l'article R. 321-3 du code

⁵²⁹ Cass. civ., 11 novembre 1851, *Veuve de Roquelaure c/ Dames de Virieu*, D.P. 1851. 1. 317, spéc. p. 320, col. 2.

⁵³⁰ Cass. com., 20 janvier 1998, n° 95-14.101 : Bull. civ. 1998, IV, n° 32 ; Quot. jur. 12 mars 1998, p. 4, note P. Mérite ; 27 oct. 1998, n° 96-10.968 P (sol. impl.) ; Cass. civ. 1^{re}, 31 mars 2016, n° 14-20.193 P : D. 2016. 782 ; AJ fam. 2016. 274, obs. Casey (prescription trentenaire à l'époque).

⁵³¹ Modifié par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile.

⁵³² Cass. com., 20 janvier 1998, préc. ; Adde Th. Samin, préc. note (3), p. 7. Cette prescription a d'ailleurs changé avec la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 (art. 2224 et suivants du code civil).

⁵³³ Cass. com., 28 janvier 2004, n°00-21.039, inédit.

⁵³⁴ Cass. civ. 2^e, 8 janvier 2015, n° 13-26.657 P. Il s'agissait là aussi d'un anatocisme conventionnel.

des procédures civiles d'exécution n'imposaient pas qu'ils soient distingués du capital échu dans le commandement de payer »⁵³⁵.

Cette position qui aboutit à modifier la nature des intérêts, qu'ils soient des intérêts rémunérateurs ou des intérêts moratoires, du seul fait que le débiteur tarde à les payer, nous paraît critiquable, quelles que soient les raisons pratiques qui la justifieraient. En effet, si les intérêts échus génèrent de nouveaux intérêts, ce n'est pas parce qu'ils ont changé de nature par l'effet d'une novation, mais tout simplement parce que le débiteur tarde à les payer et il est nécessaire dès lors de réparer le préjudice causé au créancier par ce retard spécifique. Selon les termes de Ph. Emy⁵³⁶, « il permet seulement à des intérêts échus, considérés à part entière comme des obligations de sommes d'argent, de produire des intérêts moratoires. Dans cette optique, la fusion avec la créance initiale est non seulement inutile, mais également hors de propos car parfois irréalisable ». Cet auteur préconise ainsi de « vérifier, au-delà des mots, si cette conversion des intérêts en capitaux atteste bien d'une modification de nature susceptible de constituer une novation » pose pertinemment la question de savoir si l'octroi d'intérêts moratoires réparant le retard de paiement d'une créance exigible pouvait modifier la nature de cette créance au point de réaliser une novation : « la réponse est évidemment négative, sans quoi toute application de l'article 1153 du code civil et de ses dérivés entraînerait novation. Cette qualification doit donc être écartée, tout simplement parce que la production d'intérêts ne résulte pas ici - contrairement à ce qui se passe lors de la capitalisation/fusion - d'une mutation structurelle essentielle de l'obligation, mais uniquement du retard de paiement de la créance par le débiteur »⁵³⁷. Même quand l'anatocisme est prévu par une clause contractuelle on ne voit pas pourquoi cette clause

⁵³⁵ Rappelons que l'article R.321-3 du Code de procédures civiles d'exécution dispose que: « Outre les mentions prescrites pour les actes d'huissier de justice, le commandement de payer valant saisie comporte: (...) »

3° Le décompte des sommes réclamées en principal, frais et intérêts échus ainsi que l'indication du taux des intérêts moratoires ».

⁵³⁶ P. Emy, « Les deux visages de la capitalisation des intérêts », *op. cit.*, n° 5.

⁵³⁷ P. Emy, *op. cit.*, n° 11.

modifierait la nature de l'obligation pour la rendre facultative comme le dit un auteur⁵³⁸ et autoriserait ainsi le débiteur à ne pas s'exécuter à l'échéance ou empêcherait le créancier de le contraindre à payer.

228. La capitalisation des intérêts après la réforme de 2016. Le nouvel article 1343-2 du Code civil qui règle désormais la question de l'anatocisme a, lui, été placé par le législateur de 2016 au sein d'une sous-section concernant le paiement de l'obligation de somme d'argent dans un chapitre IV traitant de l'extinction de l'obligation. Ceci ne change pourtant en rien la nature du mécanisme de capitalisation visé par cet article qui demeure un mécanisme indemnitaire n'aboutissant à aucune incorporation des intérêts simples dans la créance initiale⁵³⁹. La logique est simple et elle est dictée par les termes mêmes de l'(anc.) article 1154 comme par ceux du nouvel article 1343-2 du Code civil : une créance monétaire arrive à échéance. Elle n'est pas payée. La créance en elle-même produit des intérêts moratoires qui seront en principe calculés à partir de la date de la mise en demeure selon les conditions de l'article 1231-6 du code civil⁵⁴⁰. Ces intérêts moratoires produits par la créance, comme les intérêts

⁵³⁸ Ch. Bragantini-Bonnet distingue ainsi dans son article « L'anatocisme conventionnel », *in* La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 28, 11 Juillet 2008, 1240, entre l'anatocisme judiciaire et l'anatocisme conventionnel et considère que la clause d'anatocisme s'apparente à une promesse unilatérale de crédit consentie par le créancier au débiteur et laissée à la discrétion de ce dernier : « en elle-même, la stipulation d'anatocisme figure un negotium de crédit à part entière. Lorsqu'une clause d'anatocisme est stipulée dans un instrumentum de prêt, se greffe au negotium de prêt principal un negotium latent qui n'attend qu'un événement pour révéler ses effets. Or, fait remarquable, cet événement est abandonné à la discrétion du débiteur » qui « peut, désormais, à sa discrétion, effectuer le paiement de l'intérêt dû ou bien ne pas l'effectuer ». Elle poursuit plus loin : « ainsi, le non-paiement de l'intérêt échu, loin de constituer une défaillance du débiteur, constitue l'exercice d'un droit d'option conféré par le contrat initial du fait de la présence de la stipulation d'anatocisme. Dès la conclusion du contrat, par la clause d'anatocisme, le créancier autorise le débiteur à ne pas payer les intérêts qui seront dus à l'échéance. Cette autorisation donne à l'évènement « paiement des intérêts à l'échéance » la nature d'obligation facultative. Car si, d'un côté, le créancier ne peut plus contraindre son débiteur à payer l'intérêt à l'échéance, de l'autre pourtant, ce paiement emporte libération du débiteur ».

⁵³⁹ Dans ce sens, F. Grua, *Jurisclasseur civil*, Art. 1343 à 1343-5 - Fasc. 10 : Régime général des obligations, Paiement des obligations de sommes d'argent, Évaluation des obligations de sommes d'argent, n° 177 : « l'anatocisme est destiné à compenser le préjudice du créancier pour le retard de paiement qu'il supporte et à inciter le débiteur à y mettre fin en s'exécutant promptement. Le fondement de l'anatocisme est là : améliorer l'indemnisation du créancier et faire pression sur le débiteur ».

⁵⁴⁰ La capitalisation peut d'ailleurs être décidée après le paiement du principal de la dette quand les intérêts n'ont pas été eux-mêmes versés. En ce sens, Cass. com. 23 janvier 1990, Bull. civ. IV n° 19, p. 12 ; JCP 1990, IV, 111 ; Contra, C.E., section, 16 janvier 1987 (affaire Ribot) ; Rec. Lebon, 1987, p. 9 et s. et les conclusions de M. le Commissaire du gouvernement Roux ; D. 1987. I.R. 24. Selon le Conseil

rémunératoires que certaines créances produisent, une fois eux-mêmes échus et non payés, produisent à leur tour des intérêts moratoires mais selon des conditions plus restrictives qui ont été prévues par l'(anc.) article 1154 et reprises par le nouvel article 1343-2 du Code civil⁵⁴¹.

§2- Les conditions de la mise en œuvre du mécanisme.

229. Alerte au danger d'un accroissement rapide de la dette. On l'a déjà dit, la capitalisation a pour effet d'accroître rapidement et considérablement la dette et ceci inquiète à fois la doctrine, le législateur et le juge. Ainsi, selon un exemple toujours cité, à un taux de 4 % l'an, si les intérêts ne sont pas payés à l'échéance et viennent s'ajouter, chaque année, au principal de la dette, le capital dû doublera en 19 ans, et, à un taux de 5 % l'an, en un peu plus de 14 ans, alors que si l'on se contentait d'additionner tous les ans les intérêts échus sans les rendre eux-mêmes productifs d'intérêts, le chiffre de la dette mettrait quelque 25 ans dans le premier cas et pas moins de 20 ans dans le second à doubler par l'accumulation des intérêts impayés. Ce danger d'un accroissement accéléré du montant de la créance qui menace le débiteur en situation de faiblesse est d'autant plus grand lorsque, comme c'est souvent le cas, le capital dû résulte d'un prêt de somme d'argent. L'emprunteur dans le besoin impérieux d'obtenir le prêt en est d'autant plus facilement enclin à accepter la capitalisation conventionnelle imposée par son prêteur qu'il ne pense pas au jour, plus ou moins lointain, où il lui

d'Etat, les règles de l'(anc.) article 1154 C. civ. sont sans application dans le cas où le débiteur s'étant acquitté de sa dette en principal a interrompu le cours des intérêts mais ne les a pas payés contraignant ainsi le créancier à en solliciter le versement par une demande distincte. Dans ce cas, les intérêts dus au jour du paiement du principal ne formeraient eux-mêmes une créance productive d'intérêts que dans les conditions de l'(anc.) article 1153 C. civ. ; *Adde*, C.A.A. Nantes, 2^e ch., 18 février 1993, Beauclair et Depondt ; J.C.P. 1993, Ed. E, Pan. 935. De même, il a été décidé que l'extinction de l'obligation principale par compensation ne dispense pas de rechercher si des intérêts avaient couru dans les conditions de l'(anc.) article 1154 avant que la compensation fût judiciairement prononcée (Cass. civ. 1^{re}, 6 juin 2001, Bull. civ I., n° 157 ; JCP 2001, IV, 2442 ; Gaz. Pal. 2001.2, somm. 1 689.

⁵⁴¹ La question de l'anatocisme au 2^e degré, c'est-à-dire si les intérêts capitalisés peuvent à leur tour produire des intérêts, demeure toutefois beaucoup moins évidente. La formule « intérêts échus *des capitaux* » semble exclure une telle solution et si les travaux préparatoires semblent favorables à cet anatocisme au second degré (Ch. Biquet-Mathieu, thèse préc., n° 77), l'idée derrière la réglementation stricte de l'anatocisme et qui est de limiter l'accroissement rapide de la dette semble militer en faveur d'une capitalisation limitée au premier degré (en ce sens : Trib. Civ. Abbeville, 28 décembre 1921, DP 1922.2.32).

faudra restituer un capital considérablement accru par la capitalisation des intérêts impayés. De plus, il arrive que l'anatocisme soit utilisé comme un moyen de contourner la prohibition des taux d'intérêts usuriers⁵⁴² car si le taux d'intérêt initial stipulé n'est pas par lui-même prohibitif, il pourrait le devenir une fois un taux d'intérêt lui est ajouté.

230. La réticence du droit positif à l'égard de l'anatocisme. Les multiples dangers que présente l'anatocisme expliquent que le droit romain⁵⁴³, du moins celui de la compilation justinienne⁵⁴⁴, interdisait expressément et réprimait sévèrement toute perception d'intérêts des intérêts, réputée usure : « *nullo modo usurae usurarum a debitoribus exigantur* »⁵⁴⁵. Les lois canoniques et civiles⁵⁴⁶ proscrivaient, elles aussi, l'anatocisme dans les cas où, indépendamment d'un contrat de prêt, des intérêts étaient dus par un débiteur. L'ordonnance de mars 1673 sur le commerce de terre interdit expressément la capitalisation des intérêts, même dans les conventions commerciales : « les négociants, marchands et aucun autre ne peut prendre l'intérêt d'intérêt sous

⁵⁴² En ce sens, par ex., P.-H. Antonmattei et J. Raynard, *Contrats spéciaux* : LexisNexis Litec, 5^e éd., 2007, n° 355

⁵⁴³ Pour un tableau historique d'ensemble, V. Dalloz, *Jur. Gén.*, v. Prêt à intérêt et à usure, n^{os} 128 et s. ; Répertoire Général du droit français sous la direction de Ed. Fuzier-Herman, A. Carpentier, et G. Frèrejoubert du Saint, tome IV, Paris, 1888, V. anatocisme. *Adde* : Ph. A. Merlin de Douai, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, tome I, 4^e éd., Paris, 1812, V. anatocisme, spéc. p. 240 col. 2 *in fine*.

⁵⁴⁴ En effet, selon P.F. Girard : « la capitalisation était encore permise à l'époque de Cicéron, où les édits des magistrats suivis par lui dans son édit de Cilicie de 704 prescrivaient seulement de la faire pour les intérêts de chaque année (*anatocismus anniversarius*) et non pas ceux de chaque mois (*anatocismus menstruus*) » in « Manuel élémentaire de droit romain », Paris, A. Rousseau, 8^e éd., 1929 par F. Senn, spéc. p. 550 et la note 2. Comp. R. Monier, « Manuel élémentaire de droit romain », tome II, éd. Domat-Montchrestien, 1954, spéc. n° 92, p. 114 et la note 3.

⁵⁴⁵ Aucun moyen de payer les intérêts sur les intérêts sur les dettes : Loi 28 au Code De Usuris, Livre 4, titre 32 ; V. E. Ortolan : « Explication historique des Institutes de l'empereur Justinien », 6^e éd., tome III, Paris, 1857, spéc. n° 1663, p. 365 et la note 5.

⁵⁴⁶ V. notamment l'ordonnance de Philippe le Bel de 1311 et l'arrêt de règlement du Parlement de Besançon en date du 8 janvier 1707 cités in Dalloz, *Jur. Gén.*, *op. cit.*, *eod Vo*, n° 128, col. 2 *in principio*. *Adde* les nombreuses références citées par Albert Wahl dans sa note sous Paris, 19 mars 1903, S. 1906-2-41, spéc. col. 2 et le remarquable « Traité des intérêts des créances » par Me Bertrand Louis le Camus d'Houlouve, Paris, 1774, spéc. p. 162-211.

quelque prétexte que ce soit »⁵⁴⁷. Si l'assemblée nationale constituante a, par le décret du 3-12 octobre 1789, levé l'interdiction pesant sur le prêt à intérêt, aucun texte du droit intermédiaire ne vint en revanche réformer les dispositions de cette ordonnance de 1673.

Le projet primitif du Code civil devait reprendre cette prohibition de principe de l'anatocisme : « il n'est point dû d'intérêt des intérêts » et ce n'est que lors des discussions dont fit l'objet le projet devant le Conseil d'Etat avant son adoption que certains membres de la haute assemblée, tels Pelet et Regnault de Saint-Jean d'Angely, proposèrent d'introduire dans le nouveau Code une disposition permettant d'allouer les intérêts des intérêts. Le codificateur de 1804, dans un esprit de transaction, a ainsi retenu un système intermédiaire entre la prohibition absolue et la permission incontrôlée. Sans aller jusqu'à prohiber ce procédé mais voulant éviter qu'un débiteur qui n'a pas payé sa dette à l'échéance n'assiste impuissant à un accroissement exponentiel de celle-ci par le jeu de la capitalisation, le législateur français a choisi d'encadrer sa mise en œuvre dans des dispositions qui ont vite été considérées par la Cour de cassation comme ayant un caractère d'ordre public interne de protection⁵⁴⁸. Il en découle que les parties ne sauraient, même d'un commun accord, déroger à ces dispositions⁵⁴⁹ et que le moyen pris de la violation de l'(anc.) article 1154 peut être

⁵⁴⁷ V. Titre VI intitulé « Des intérêts du change et du rechange » ; art. 1 et 2, spéc. art 2, V. C.J. Ferrière, « Dictionnaire de droit et de pratique », 3^e éd., 1749, V. intérêt des intérêts, tome II, p. 79 ; J. Domat, Les lois civiles dans leur ordre naturel, éd. 1697, liv. III, titre V, sect. 1, n^o 9 ; R.J. Pothier estimait même dans son « Traité du contrat de constitution de rente », Hachette 2016, (chap. II, art. II, n^o 38, §1 *in fine*) qu'en matière de rente constituée, le débirentier ne pouvait pas remplacer le paiement des arrérages par la constitution d'une nouvelle rente au profit du créancier, car cette opération « est considérée comme une espèce d'anatocisme, contraire aux lois qui défendent *ne usurae usurarum exigantur* ».

⁵⁴⁸ Cass. civ., 18 mars 1850 ; S. 1850. 1. 381 ; 17 mai 1865 ; D.P. 1865. 1. 273, S. 1865. 1. 250, 9 juillet 1895, D.P. 1896. 1. 85 ; S. 1897. 1. 133 ; 21 juin 1920 ; D. P. 1924. 1. 102 ; 22 décembre 1926 ; S. 1927. 1. 108 ; Trib. civ. Seine, 5^e ch., 31 mars 1941, Crédit National c/ Etlin, Bloch et alii ; D.A. 1941, J, 253 : « Attendu que cette disposition (art. 1154 C. civ.) est d'ordre public... ». *Adde*, Cass. civ., 1^{re}, 1^{er} juin 1960, Bull. civ., I, n^o 305, p. 251 ; V. J. et L. Boré, « La cassation en matière civile », 4^e éd., 2008, n^o 2655.

⁵⁴⁹ Notons toutefois que la Cour de Cassation n'a pas considéré les dispositions de cet article comme étant d'ordre public international⁵⁴⁹. Ainsi dans un arrêt de 1953 (Cass. com., 20 octobre 1953, Nassif c/ B.N.C.I. Afrique, Rev. crit. DIP., 1954, 386, note Y. Loussouarn, S. 1954-1121 et la note de M. le Conseiller rapporteur Pierre Lescot, spéc. p. 125-126.) dans une affaire opposant le sieur Nassif à la B.N.C.I.A., la chambre commerciale a considéré que les dispositions de la *lex contractus* autorisant la capitalisation semestrielle des intérêts, en l'occurrence la loi libanaise, ne heurtaient pas la conception française de l'ordre public international.

invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation⁵⁵⁰, les juges du fond n'ayant cependant pas l'obligation de le soulever d'office⁵⁵¹.

L'ancien article 1154 comme le nouvel article 1343-2 du Code civil prévoient ainsi deux conditions cumulatives bien strictes pour la mise en œuvre de l'anatocisme. L'une concerne les caractéristiques des intérêts capitalisables (A), l'autre tient à la nécessité d'une manifestation expresse de volonté de la part des deux parties ou du créancier seul (B).

A- Les intérêts capitalisables.

Les intérêts capitalisables selon l'ancien article 1154, comme le nouvel article 1343-2, du Code civil sont les intérêts échus (a), dus pour une année entière (b).

a- Des intérêts nécessairement échus.

231. Une condition liée à la nature indemnitaire de la capitalisation. L' (anc.) article 1154 du Code civil prévoyait expressément que « les intérêts échus des capitaux peuvent produire des intérêts ». Le nouvel article 1343-2 reprend la même idée : « les intérêts échus, (...) produisent intérêt si (...) ». Ne sont donc visés par ces deux textes que les intérêts devenus exigibles suite à l'arrivée de leur date d'échéance. Cette disposition s'explique par la fonction purement réparatrice de la capitalisation des intérêts telle que l'a envisagée et réglementée le législateur au sein de ces deux articles. En effet, le créancier ne peut être indemnisé par le processus de la capitalisation que s'il éprouve une perte et ce n'est le cas que s'il est privé de sommes auxquelles il peut légitimement prétendre, ces sommes étant le cas échéant des intérêts qui lui sont dus et ne sont pas remboursés à l'échéance ce qui le prive du loisir de les placer pour qu'ils soient à leur tour productifs d'intérêts.

⁵⁵⁰ Cass. civ., 21 juin 1920, DP 1924.1.102.

⁵⁵¹ Cass. civ., 15 novembre 1898, Bénard c/ Canon et alii, D.P. 1904-1-465 : « Attendu que l'arrêt attaqué... n'avait pas à rechercher d'office si l'engagement des époux Solviac contenait une clause prohibée d'anatocisme ».

232. L'anatocisme, un mécanisme de portée générale. L'anatocisme réglementé par l'article 1343-2 et avant lui par l'article 1154 du Code civil concerne toutes les dettes d'« intérêts », quelle que soit leur nature, qu'ils soient moratoires ou rémunérateurs. En effet, les deux articles ne font aucune distinction entre les différentes sortes d'intérêts. Sous réserve de l'existence de dispositions particulières contraires comme en droit des procédures collectives⁵⁵², ou encore en droit de la consommation⁵⁵³, l'anatocisme est un mécanisme de portée générale.

De même, au sein des intérêts moratoires aucune distinction n'est faite selon leur source. Même les intérêts produits par les créances que le juge constate et liquide⁵⁵⁴ pour une période antérieure au prononcé de la décision, donc *a priori* antérieure à la possibilité pour le débiteur de les acquitter, ont été considérés comme passibles d'une capitalisation : « les intérêts d'une créance d'indemnité alloués par le juge pour une période antérieure à sa fixation, qui ont un caractère moratoire, peuvent être capitalisés dans les conditions prévues par l'article 1154 du Code civil, dont les dispositions sont applicables sans distinction à tous les intérêts moratoires »⁵⁵⁵.

⁵⁵² V. C. com., art. L. 622-28, al. 1^{er}, *in fine*.

⁵⁵³ Cass. civ. 1^{re}, 9 février 2012, n° 11-14.605 : JurisData n° 2012-001641 ; Bull. civ. I, n° 27 ; RDC 2012, p. 827, obs. J. Klein ; D. 2012. 1158, note Poissonnier. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a analysé la capitalisation des intérêts comme une charge qui ne pouvait être mise à la charge du consommateur, du fait des dispositions protectrices du code de la consommation, faute de texte spécial. Dans le même sens : Cass. 1^{re} civ., 13 mai 2014, n° 12-35.149 : JurisData n° 2014-010026 qui exclut l'anatocisme pour les crédits mobiliers ou immobiliers soumis au Code de la consommation ; Cass. civ. 1^{re}, 20 janvier 2021, 19-15.394, (inédit) qui approuve une Cour d'appel d'avoir retenu que la capitalisation des intérêts n'était pas de droit au motif que « la règle édictée par l'article L. 312-23 du code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-351 du 25 mars 2016, selon laquelle aucune indemnité ni aucun coût autres que ceux qui sont mentionnés aux articles L. 312-21 et L. 312-22 du même code peuvent être mis à la charge de l'emprunteur dans les cas de remboursement par anticipation d'un prêt immobilier ou de défaillance prévue par ces articles, fait obstacle à une capitalisation des intérêts dus par l'emprunteur » et puisque « la caution s'est substituée aux emprunteurs à la suite de leur défaillance et exerce un recours sur les sommes demeurant dues par ceux-ci au titre du prêt » sa demande de capitalisation ne pouvait qu'être rejetée. Depuis l'ordonnance n°2016-351 du 25 mars 2016 les dispositions de l'article L.313-52 ont remplacé, dans des termes similaires, les dispositions de l'ancien article L.312-23 du Code de la consommation.

⁵⁵⁴ Les créances de l'article 1231-7 du Code civil.

⁵⁵⁵ Cass. com., 22 janvier 2013, n° 11-30.536 ; Cass. civ. 3^e, 3 octobre 2012, n° 11-17.177 : JurisData n° 2012-022152 ; Bull. civ. III, n° 136 ; Loyers et copr. 2012, repère 10, note J. Monéger (à propos des intérêts moratoires d'une dette de loyers courant en attendant sa fixation par le juge). La Cour de cassation avait d'ailleurs décidé depuis bien longtemps qu'aucune distinction n'était à faire entre les intérêts conventionnels et les intérêts judiciaires : Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 1978, Bull. civ. I, n° 187.

233. Le moment d'appréciation de l'échéance. La question s'est posée de savoir si l'exigence que les intérêts soient échus s'oppose à ce que la demande de capitalisation soit formée avant leur échéance. En fait il faut distinguer entre trois dates : la date de la demande, la date de la décision de capitalisation et le point de départ de la capitalisation. La Cour de cassation a décidé à maintes reprises que la demande de capitalisation pouvait être formée avant que les intérêts visés ne soient échus⁵⁵⁶, la capitalisation ne se réalisant dans ce cas qu'après échéance des intérêts⁵⁵⁷, et a même retenu la validité des conventions qui prévoyaient la capitalisation des intérêts échus non seulement pour l'année écoulée, mais également pour les années à venir⁵⁵⁸, solution qui a pour avantage d'inciter le débiteur à s'acquitter de ses obligations pendant le temps qui lui reste avant la capitalisation. Certains auteurs approuvent cette position et considèrent que « l'article 1154 du Code civil ne permet aux intérêts des capitaux de produire eux-mêmes intérêts que s'ils sont échus. Mais cette dernière expression signifie simplement que les nouveaux intérêts ne peuvent commencer à courir qu'à partir du moment où les premiers sont exigibles et non que la prétention de les obtenir ne pourra être manifestée qu'à partir de ce moment-là »⁵⁵⁹. D'autres s'appuient sur l'expression « intérêts échus » pour la contester⁵⁶⁰. Un auteur la critique au motif que

⁵⁵⁶ Cass. civ. 3^e, 26 février 1974, Bull. civ. III, n° 91 ; Cass. com., 20 octobre 1982, Bull. civ. IV, n° 323 ; Cass. civ. 1^{re}, 12 mars 1991, Bull. civ. I, n° 89 ; 7 janv. 1992, pourvoi n° 89-11.894 ; 22 novembre 1994, pourvoi n° 92-19.554 ; Cass. civ. 3^e, 8 mars 1995, Bull. civ. III, n° 77 ; D. 1996, somm. p. 121, obs. R. Libchaber ; 2 février 2000, pourvoi n° 97-21.840, AJDI 2000, p. 612, obs. J.-P. Blatter, Cass. civ. 1^{re}, 14 novembre 2006, n° 04-15.645, 04-15.890 et 04-17.578 : JurisData n° 2006-035888 ; JurisData n° 2006-035889 ; JurisData n° 2006-035891 ; Bull. civ. 2006, I, n° 489.

⁵⁵⁷ Il a ainsi été jugé que l'acte n'était pas nul mais ne pouvait prendre effet qu'une fois le délai d'un an écoulé c'est-à-dire que la capitalisation des intérêts ne prendra effet que lorsque ce délai sera écoulé : Cass. civ. 3^e, 26 février 1974 (Cass. partielle) *Veuve Gidy c/ Fillaire*, Bull. civ. III, n° 91, p. 69 ; D. 1974, somm. 79 ; Cass. civ. 1^{re}, 12 mars 1991 ; Bull. civ. I, n° 89, p. 59.

⁵⁵⁸ Cass. civ., 15 juillet 1913, DP 1917. 1. 50 ; Cass. civ. 19 octobre 1938, DH 1938. 561 ; Cass. civ. 1^{re}, 7 janvier 1992, n° 89-11.894 ; Cass. com., 20 janvier 1998, n° 95-14.101, Bull. civ. IV, n° 32.

⁵⁵⁹ T. Samin, art. préc., n° 14.

⁵⁶⁰ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *op. cit.*, n° 607 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 3, vol. 1, LGDJ, 2013, n° 2292 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, Obligations (éd. 1954), par P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, préc., n° 889.

« dans la mesure où le mécanisme de l'article 1154 du code civil a une nature indemnitaire, on ne peut que porter un regard réprobateur à l'égard d'une décision qui, statuant sur une question de responsabilité, condamne par avance le débiteur à des intérêts moratoires au cas où il n'exécute pas son obligation, alors même que cette obligation n'est pas exigible au moment de la décision et qu'il n'y a donc ni faute ni préjudice »⁵⁶¹. La critique est à notre avis pertinente. En effet, si cette position de la Cour de cassation ne modifie en rien les conditions de réalisation de la capitalisation qui demeurent inchangées surtout que la capitalisation ne se réalisera effectivement qu'avec l'échéance des intérêts, elle est par contre susceptible d'aboutir à une capitalisation automatique et par avance des intérêts futurs ce qui ôte au juge la faculté d'exercer un contrôle efficace sur l'attitude du créancier alors que cette attitude pourrait jouer un rôle important dans l'appréciation de l'imputabilité du retard au débiteur⁵⁶².

234. Une condition parfois ignorée par la jurisprudence. Même si la plupart des décisions concernent un retard dans le paiement d'intérêts exigibles il est vrai que la jurisprudence tend des fois à ignorer la condition fondamentale de mise en œuvre de l'anatocisme qu'est l'échéance des intérêts et à étendre son application à des intérêts qui ne sont pas encore échus. La Cour de cassation avait ainsi appliqué l'(anc.) article 1154 à des intérêts non encore exigibles et pour lesquelles le retard, source de responsabilité pour le débiteur, semblait *a priori* exclu. Ainsi avait-elle admis que les intérêts moratoires dus en application de l'(anc.) article 856 du code civil⁵⁶³ par un héritier tenu au rapport en valeur d'une libéralité pouvaient être capitalisés dans les conditions de l'(anc.) article 1154 bien que ces intérêts qui commençaient à courir dès l'ouverture de la succession n'étaient exigibles qu'au jour de la clôture des opérations

⁵⁶¹ Ph. Emy, Les deux visages de la capitalisation des intérêts, préc., n° 8.

⁵⁶² Sur la demeure du débiteur et comment celle-ci peut être affectée par l'attitude du créancier v. *supra* n° 212 et s.

⁵⁶³ Dans sa version antérieure à la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006.

de liquidation par le partage⁵⁶⁴. La même solution avait été retenue par la Cour de cassation pour les intérêts dus en application de l'article 1473 alinéa 1^{er} du code civil sur les récompenses consécutives à la dissolution du régime de la communauté légale alors que si ces intérêts courent bien à partir de la dissolution, ils ne deviennent exigibles qu'avec la clôture des opérations de liquidation qui, seule, permet de déterminer les droits et obligations respectifs de chacun des époux⁵⁶⁵. Dans sa thèse⁵⁶⁶, Fabrice Gréau, relève pertinemment que dans tous ces cas il s'agit de sommes qui produisent « des intérêts moratoires pendant une période où le créancier n'est pas en droit de réclamer le paiement à un débiteur qui reste d'ailleurs purement éventuel avant que le principe même de la dette ait été confirmé par le juge ou par le partage ». Dès lors, le cours des intérêts sur ces sommes se justifie « non par la responsabilité du débiteur auquel on ne peut imputer en principe aucune faute dans ce retard et qui n'est absolument pas en demeure de payer, mais par la volonté de ne pas faire supporter au créancier d'une telle somme le temps qui aurait été nécessaire à la reconnaissance de ses droits ».

L'indifférence de la Cour de cassation à l'égard de l'exigence d'une exigibilité des intérêts comme condition de leur capitalisation l'a poussé à une décision des plus surprenantes le 21 mai 1997⁵⁶⁷. En l'espèce, M. Canal, par convention du 2 mars 1990, s'était reconnu débiteur à l'égard de la société Mecaero France. Dans cet acte, il avait été décidé que la créance produirait intérêts quotidiennement jusqu'à complet paiement devant intervenir au plus tard le 30 octobre 1992. Bien que M. Canal se soit acquitté de sa dette dans les délais prévus, le créancier a, le 4 février 1992, demandé la capitalisation des intérêts échus et à échoir. Bizarrement, la cour d'appel de Paris fait droit à sa demande et ordonne la capitalisation des intérêts passés et payés au motif que

⁵⁶⁴ Cass. civ. 15 février 1865, DP 1865. 1429 ; 8 décembre 1884, DP. 1886.1.74). Cette solution avait été rendue sous l'ancien art. 856 aujourd'hui modifié par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006. Depuis cette modification les intérêts ne sont dus qu'à compter du jour où le montant du rapport est déterminé, c'est-à-dire le jour de la clôture des opérations de liquidation par le partage. La question de la capitalisation des intérêts pour la période antérieure au partage ne se pose donc plus.

⁵⁶⁵ Cass. civ. 1^{re}, 16 avril 1996, Rep. Def. 1996.1443 n° 168, obs. Champenois ; Gaz. Pal. 1997.1 somm. 202, obs. H. Croza et Ch. Morel.

⁵⁶⁶ F. Gréau, thèse préc., n°114, p. 119, 120.

⁵⁶⁷ Cass. civ 1^{re}, 21 mai 1997, pourvoi n° 95-13.175.

si le débiteur ne devait rembourser sa dette en principal et intérêts que le 30 octobre 1992, les intérêts n'en étaient pas moins échus quotidiennement. La solution est étonnante, et naturellement M. Canal, qui avait remboursé le principal et payé les intérêts conventionnels dans les temps, se pourvoit en cassation pour violation de l'(anc.) article 1154 du Code civil. Surprenant est le rejet de son pourvoi par la Cour de cassation qui pour cela affirme que « *la seule condition posée par l'article 1154 du Code civil pour que les intérêts échus des capitaux produisent des intérêts est qu'ils soient dus au moins pour une année entière à la date de la demande ; que la circonstance que le paiement n'était pas exigible à cette date ou que la dette avait été payée à la date ultime convenue ne saurait faire obstacle à la capitalisation (...)* ». Plusieurs annotateurs de cette décision l'ont critiquée à juste titre⁵⁶⁸. La capitalisation compense un retard dans le paiement des intérêts exigibles, or il n'y a pas de retard si la dette d'intérêt n'est pas exigible au moment de la demande parce que non encore arrivée à échéance. Dans l'affaire posée devant la Cour de cassation la dette des intérêts ne pouvait être considérée comme arrivée à échéance avant que le créancier puisse procéder au recouvrement forcé. Les intérêts qui ont été capitalisés n'étaient donc pas des intérêts exigibles, ils étaient simplement dus. La Cour de cassation a donc autorisé la capitalisation des intérêts alors que le créancier n'a, à aucun moment, été privé des sommes qui lui étaient dues. Comme l'affirme M. Libchaber, cette décision confond les intérêts produits avec les intérêts échus. Or il est nécessaire de tenir compte de la particularité de la dette d'intérêt qui peut augmenter quotidiennement⁵⁶⁹ sans que, pour autant, les intérêts nouveaux soient exigibles au jour de leur naissance. L'indifférence dont témoigne la Cour de cassation dans cet arrêt à l'égard de la condition d'exigibilité des intérêts, dans un contexte qui fait ressortir clairement le caractère inéquitable de la solution, ne peut que surprendre. En effet, la Cour de cassation met en œuvre dans cet arrêt la responsabilité contractuelle d'un débiteur qui n'avait pourtant commis aucune inexécution, détachant ainsi complètement l'application de l'(anc.) article 1154 du Code civil de l'(anc.) article 1153 : « en niant le lien irréductible qui unit l'art. 1154 à

⁵⁶⁸ R. Libchaber, D. 1998, somm. comm p.114, O. Gout, art. préc., p. 26 ; A. Balan « Réflexions sur l'anatocisme », Ann. Loyers, 1999.1548 ; F. Gréau, thèse préc, p. 120.

⁵⁶⁹ Art. 586 du Code civil : « les fruits civils sont réputés s'acquérir jour par jour ».

l'art 1153 la cour de cassation transforme ainsi radicalement le sens du texte : de la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle du débiteur monétaire, il devient une technique de gestion de la créance qui permet l'accroissement des revenus du créancier en dehors de toute demeure du débiteur »⁵⁷⁰.

Une décision rendue presque une année plus tard, le 7 avril 1998, et provenant également de la première chambre civile, semble affirmer que seuls les intérêts exigibles peuvent être capitalisés⁵⁷¹ et on aurait pu y voir une remise en cause de la décision rendue le 21 mai 1997 sauf que la même chambre réaffirmera la solution de ce dernier arrêt, en des termes identiques, par une autre décision rendue le 6 octobre 2011 : « la circonstance que le paiement ne soit pas exigible à cette date ou que la dette ait été payée à la date ultime convenue, ne fait pas obstacle à la capitalisation »⁵⁷². Ce détournement par la jurisprudence du sens du texte de l'(anc.) article 1154 du Code civil ne peut être approuvé. Il n'a pas été repris, à notre connaissance, sous l'empire du nouvel article 1343-2 du Code civil.

Les intérêts échus des capitaux, pour être capitalisables au sens de l'article 1343-2 du Code civil, doivent être dus pour une année entière.

b- Des intérêts dus pour une année entière.

235. Une condition maintenue depuis 1804. L'(anc.) article 1154 précisait que les intérêts échus des capitaux ne peuvent être capitalisés que s'ils sont « dus au moins pour une année entière »⁵⁷³. Selon un auteur, « cette limitation, qui consiste à

⁵⁷⁰ F. Gréau, thèse préc., n°115. Cet auteur accuse, à juste titre, l'approbation explicite (M. Grimaldi, Droit civil, Successions, Litec, 6^e éd. 2001, n°881) ou implicite, par son silence, de la majorité de la doctrine à ce sujet.

⁵⁷¹ Cass. civ. 1^{re}, 7 avril 1998, n° 96-12.556.

⁵⁷² Cass. civ. 1^{re}, 6 octobre 2011, pourvoi n° 10-23742.

⁵⁷³ Ces deux articles, en exigeant que les intérêts échus soient dus pour une année au moins ne fixent qu'un minimum de durée et n'interdisent pas, l'un comme l'autre, la capitalisation des intérêts dus pour une période supérieure à un an, ni n'imposent la capitalisation par années complètes, du moment où le total des intérêts dus représente au minimum ce qui est dû au titre d'une année. En droit libanais l'article 768 du COC dispose que les intérêts capitalisables doivent être dus au moins pour six mois, sauf les règles et les usages particuliers au commerce. Parmi ces règles particulières au commerce on peut citer notamment l'article 305 du Code de commerce terrestre qui prévoit, dans le cadre du compte courant,

n'autoriser la capitalisation que pour des intérêts dépassant une certaine durée, a pour objectif de modérer l'accroissement de la dette qui serait plus rapide si les intérêts étaient ajoutés au capital à intervalles plus brefs, par exemple tous les trimestres ou tous les mois. Aussi seuls les intérêts ayant plus d'un an d'ancienneté sont-ils productifs d'intérêts »⁵⁷⁴. Il a toutefois été souligné qu'une telle limite annuelle était quelque peu illusoire car « le grossissement de la dette n'est pas sensiblement moindre avec la capitalisation des intérêts faite tous les ans qu'avec la capitalisation faite tous les mois ou même toutes les semaines »⁵⁷⁵. Un auteur a même souligné que la protection du débiteur n'était pas susceptible de justifier cette condition d'annalité qu'il faudrait alors plutôt expliquer par le fait que, l'opération de capitalisation ayant pour objet la réparation du retard de paiement des intérêts, la subordonner à l'écoulement d'un délai d'un an permettrait au débiteur de prendre conscience de l'ampleur de sa dette⁵⁷⁶. Ces doutes exprimés par la doctrine n'ont toutefois pas convaincu le législateur de 2016 qui a réaffirmé clairement la condition d'annalité au sein du nouvel article 1343-2 du Code civil.

236. Une condition qui suscite des difficultés dans son interprétation. Une difficulté récurrente depuis près de deux siècles tient dans l'interprétation de l'expression utilisée à l'(anc.) article 1154⁵⁷⁷. S'agit-il des intérêts dus pour une année

la possibilité d'arrêter et de liquider le compte selon les délais désignés dans le contrat ou selon les usages locaux, sinon à la fin de chaque 6 mois.

⁵⁷⁴ O. Gout, art. préc., p. 26, spéc. p. 31.

⁵⁷⁵ M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, Obligations, 2^e partie, par P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, préc., n° 888. Dans le même sens, R. Demogue, *Traité des obligations en général*, II, Effets des obligations, t. VI, préc., n° 416 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, préc., n° 2290 qui soulignent que là où une capitalisation annuelle à 5% double la dette en 14 ans et 77 jours, une capitalisation mensuelle parvient au même résultat en 13 ans et 340 jours, différence aucunement significative. Mais en fait ces résultats assez proches s'expliquent en grande partie par le montant du taux de l'intérêt. En effet, un autre exemple chiffré met en relief une forte différence : « à 10 %, un capital qui mettrait 10 ans à doubler, n'en met plus qu'environ 7 avec capitalisation annuelle ; [...] une capitalisation mensuelle doublerait le capital en moins de quatre ans ! » (A. Bénabent, *Droit des obligations*, préc., n° 760).

⁵⁷⁶ R. Libchaber, obs. sur Cass. civ. 3^e, 8 mars 1995, D. 1996, somm.121, n° 2.

⁵⁷⁷ Il est vrai que cette difficulté concerne tout particulièrement le prêt à intérêt qui produit des intérêts conventionnels dus sans forcément être immédiatement échus. Elle ne se pose pas pour les intérêts

de jouissance de la dette qui seraient capitalisables dès leur échéance ou bien s'agit-il des intérêts dus et échus pendant une année à compter de la défaillance du débiteur ? La doctrine est divisée sur la question⁵⁷⁸ et la nouvelle rédaction de l'article 1343-2 du Code civil issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ne semble pas apporter l'éclaircissement demandé à cet égard. Trois interprétations différentes de cette expression ont été proposées par la doctrine.

Une première interprétation soutenue par T. Samin suggère de faire porter l'exigence d'une durée d'un an non sur les intérêts échus mais sur la jouissance du capital⁵⁷⁹ : « les intérêts échus des capitaux ne peuvent être capitalisés que s'ils sont dus pour une année au moins. Cette dernière expression ne signifie pas, selon nous, que les intérêts échus doivent être dus depuis au moins un an pour pouvoir être capitalisés. Peu importe le temps qui s'écoule entre la date d'échéance des intérêts et celle où débute la capitalisation. Les intérêts échus et dus peuvent être capitalisés dès le lendemain de leur échéance pourvu qu'ils soient dus pour un an c'est-à-dire pour une jouissance du capital pendant un an ».

Selon une deuxième interprétation, il faut que les intérêts à capitaliser soient dus au moins pendant un an⁵⁸⁰. Cela signifie que le délai d'un an doit être apprécié à partir du premier intérêt versé. Il faut donc que des intérêts aient été versés au minimum pendant la période allant de J (date de versement du premier intérêt) à J + 365.

Une troisième partie de la doctrine dont fait partie notamment Ph. Emy suggère de considérer que les intérêts capitalisables doivent tous être échus depuis au moins une année⁵⁸¹ : « cette solution présente deux avantages. Elle permet tout d'abord de capitaliser les intérêts relatifs à des prêts d'argent d'une durée inférieure à un an, dès lors qu'ils sont échus depuis au moins un an. Surtout, elle est la seule à redonner son

moratoires dus pour le retard dans l'exécution d'une obligation. En effet, ces derniers sont simultanément dus et échus et c'est donc seulement si le débiteur ne s'est pas exécuté au bout d'une année de retard qu'il deviendra possible de capitaliser les intérêts impayés.

⁵⁷⁸ V. sur ce débat et les arguments des différents auteurs, S. Hovasse-Banget, art. préc., spéc. p. 25, col. 2 et p. 26.

⁵⁷⁹ T. Samin, art. préc., n° 86, p. 17.

⁵⁸⁰ S. Hovasse-Banget, art. préc., n° 35, p. 24, et spéc. p. 25.

⁵⁸¹ Ph. Emy, Les deux visages de la capitalisation des intérêts, préc., n° 7.

véritable sens à l'article 1154 du code civil, celui d'un régime restrictif protégeant le débiteur contre les dangers de l'anatocisme. Ainsi, seuls les intérêts échus depuis un an, et non les intérêts dus pendant une période d'un an, seront susceptibles d'être capitalisés. Cette disposition confère un délai d'un an au débiteur pour s'acquitter de chaque intérêt échu (...) avant d'encourir leur capitalisation ». Un autre auteur va dans le même sens : « le délai visé par l'article 1154 (...) débiterait à partir du moment où les intérêts ne seraient plus payés. Cette seconde interprétation paraît la plus légitime et la plus satisfaisante, car il faut garder à l'esprit que la capitalisation sanctionne un retard dans le paiement des intérêts exigibles. Ainsi, pour être clair sur la question, des intérêts exigibles et non payés à leur échéance au jour J ne devraient être capitalisables qu'au jour J + 365 »⁵⁸². Un autre auteur approuve cette solution et préconise de limiter l'application de l'(anc.) article 1154 du code civil aux seuls intérêts exigibles, la condition d'annuité ne concernant ainsi que les intérêts qui courent depuis la défaillance du débiteur⁵⁸³.

On ne peut qu'approuver cette 3^e interprétation qui, dans la mise en œuvre du mécanisme de l'anatocisme, a le mérite d'aligner le régime des intérêts conventionnels sur celui des intérêts moratoires. En effet, si on permettait la capitalisation des intérêts dus pour une année de jouissance de la dette, et non seulement des intérêts dus et échus pendant une année à compter de la défaillance du débiteur, les intérêts conventionnels simples seraient productifs d'intérêts composés dès leur échéance, sans attendre aucun retard de la part du débiteur, ce qui va à l'encontre de la fonction indemnitaire de ces intérêts composés. Si ce n'est le retard dans le paiement des intérêts simples qu'est ce qui justifierait l'octroi d'intérêts composés, et pourquoi alors cette augmentation exponentielle de la dette de réparation du retard dans l'exécution de l'obligation principale ? Bien que la Cour de cassation ne soit pas toujours d'une très grande clarté en matière de capitalisation des intérêts, elle se prononce pourtant de façon régulière en faveur de cette troisième interprétation. Elle a ainsi admis depuis le XIX^e siècle la capitalisation « sous la seule condition qu'il s'agisse d'intérêts dus au moins depuis une

⁵⁸² O. Gout, art. préc., p. 26, spéc. p. 31

⁵⁸³ F. Gréau, thèse préc., p. 117.

année entière »⁵⁸⁴. Depuis, la solution est appliquée de façon plus constante⁵⁸⁵ et avec plus de netteté puisque la Cour exige « des intérêts échus depuis au moins une année entière »⁵⁸⁶ ou encore des intérêts « ayant plus d'un an d'ancienneté »⁵⁸⁷ et précise que le texte de l'(anc.) article 1154 du Code civil « n'exige pas que, pour produire des intérêts, les intérêts échus des capitaux soient dus au moins pour une année entière au moment où le juge statue, mais exige seulement que la capitalisation soit ordonnée sous les conditions posées par l'article susvisé »⁵⁸⁸.

Pour que la capitalisation des intérêts se réalise il ne suffit pas que les intérêts échus soient dus pour une année entière, encore faut-il que le contrat ait prévu cette possibilité ou qu'une décision de justice la décide, ce qui témoigne d'un réel recul de la demeure du débiteur.

B- Une nécessaire manifestation de volonté.

237. Un cas spécifique de retard imputable débiteur. Pour que le préjudice subi par le créancier du fait du retard du débiteur dans le paiement des intérêts moratoires ou rémunérateurs échus et dus pour une année entière soit réparé, et que ces intérêts produisent à leur tour des intérêts, il ne suffit pas que ce retard soit caractérisé et imputé

⁵⁸⁴ Cass. civ., 11 novembre 1851, DP 1851, 1, p. 317.

⁵⁸⁵ Cass. civ. 1^{re}, 6 octobre 2011, 10-23.742 : Bull. civ., 2011, I, n° 156 « Les intérêts échus des capitaux produisent des intérêts quand la demande en a été judiciairement formée et s'ils sont dus au moins pour une année entière » ; Cass. civ. 1^{re}, 6 novembre 2013, 12-16.625 : Bull. civ., 2013, I, n° 214 : « Vu l'article 1154 du code civil ; attendu que les seules conditions posées par ce texte pour que les intérêts échus des capitaux produisent des intérêts sont que la demande en ait été judiciairement formée et qu'il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière » ; "les intérêts à échoir ne peuvent se capitaliser à la fin de chaque année pour produire eux-mêmes des intérêts et constituer un nouveau capital s'ajoutant au capital initial qu'à compter de la demande qui en est faite en justice ;

⁵⁸⁶ Cass. civ. 1^{re}, 4 février 1975, Bull. civ. I, n° 45 ; 16 février 1988, pourvoi n° 86-12.764 ; Cass. com., 3 décembre 1991, pourvoi n° 89-14.263 ; Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 1998, pourvoi n° 96-17.392 ; Cass. com., 27 mars 2001, pourvoi n° 98-12.222.

⁵⁸⁷ Cass. civ. 1^{re}, 10 juin 1981, Bull. civ. I, n° 196 ; Cass. civ. 1^{re}, 7 avril 1998, n° 96-12.556. Cependant, V. contra, Cass. 3^e civ., 18 février 1998, Bull. civ. III, n° 42 dans lequel la Cour de cassation semble considérer que la capitalisation des intérêts est possible dès lors qu'il s'agit d'intérêts dus pour une année ; dans le même sens, Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 1995, pourvoi n° 93-11.341.

⁵⁸⁸ Cass. civ. 1^{re}, 14 novembre 2006, 04-15.645 : Bull. civ., 2006, I, n° 489 p. 424.

au débiteur comme c'est le cas en général. Encore faut-il, dans cette situation spécifique, que la volonté du créancier seul, ou des deux parties à la fois, se soit manifestée. En cela le mécanisme de l'anatocisme prévu par l'article 1343-2 du Code civil constitue une dérogation à l'article 1231-6 du même code concernant les créances monétaires, non en ce qui concerne le principe de l'octroi d'intérêts moratoires, mais pour ce qui est de la mise en œuvre de ce principe⁵⁸⁹.

En effet, sans les dispositions particulières du premier, il conviendrait d'appliquer à la dette d'intérêts la règle consacrée au second selon laquelle les intérêts demeurés impayés (qui constituent alors la créance monétaire) deviendraient eux-mêmes productifs d'intérêts à compter du jour où le débiteur aurait été mis en demeure de les payer par le créancier au moyen d'une sommation ou d'un acte équivalent. Or il n'en est rien. Aux termes de l'article 1343-2 du Code civil les intérêts impayés peuvent être capitalisés « *si le contrat l'a prévu ou si une décision de justice le précise* ». Si les termes utilisés par le législateur de 2016 ont quelque peu changé par rapport au texte de l'ancien article 1154 qui disposait que les intérêts échus pouvaient produire des intérêts « *ou par une demande judiciaire, ou par une convention spéciale* », le principe est le même : la capitalisation des intérêts, ou la production d'intérêts par les intérêts, ne saurait être automatique. En effet, une simple sommation, qui suffit pourtant à déclencher le cours des intérêts simples ne suffit pas pour que le retard dans le paiement des intérêts simples enclenche à son tour la production d'intérêts composés. En d'autres termes, cette sommation simple ne suffit pas à imputer juridiquement au débiteur le retard dans le paiement des intérêts simples, une seconde manifestation de volonté plus contraignante est nécessaire. Il s'agit ici comme l'exprime pertinemment F. Gréau dans sa thèse d'un « *recul protecteur de l'état de demeure pour le retard de paiement des intérêts* »⁵⁹⁰. Cette manifestation supplémentaire de volonté, indispensable pour caractériser la demeure du débiteur et lui faire sortir ses effets, peut émaner de la part des deux parties (a) ou du créancier seul (b).

⁵⁸⁹ Dans ce sens, v. R. Libchaber, note sous Cass. com., 29 avril 1987, D. 1998, somm. p. 114 ; G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, Les effets de la responsabilité, préc., n° 353 et s.

⁵⁹⁰ F. Gréau, thèse préc., n° 171.

a- Une manifestation commune de volonté.

238. Une disposition dans le contrat. Les intérêts échus des capitaux peuvent produire des intérêts par « une convention spéciale » entre les parties selon les termes de l'(anc.) article 1154 du Code civil, ou encore « si le contrat l'a prévu » selon les termes du nouvel article 1343-2. Il est donc possible pour les parties d'exprimer leur commun souhait que les intérêts échus des capitaux, dans le cas où ils ne seraient pas payés, produiraient à leur tour des intérêts. Cette manifestation de volonté de la part des deux parties qui est nécessaire pour que les intérêts puissent produire à leur tour des intérêts, ne manque pas de susciter quelques interrogations.

239. Nécessité d'une convention spéciale. La convention d'anatocisme devait, selon les termes de l' (anc.) article 1154 du Code civil, présenter un caractère « spécial ». Selon la jurisprudence, cela signifiait que la convention devait être expresse⁵⁹¹ et ne saurait se déduire des seuls actes ou circonstances de la cause et la Cour de cassation se montrait très exigeante sur ce point. Elle a par exemple jugé que la capitalisation ne pouvait être ordonnée si une reconnaissance de dette ne contenait pas une mention manuscrite la prévoyant⁵⁹², faisant ainsi de l'exigence d'une mention manuscrite une véritable règle de protection de celui qui s'engage. Cette exigence d'un accord explicite prévoyant la possibilité de la capitalisation des intérêts a été clairement consacrée dans le nouvel article 1343-2 du Code civil qui exige désormais que cette possibilité soit prévue dans le contrat.

240. Validité d'une convention anticipée d'anatocisme. La doctrine s'était souvent interrogée sur le point de savoir si la convention relative à la capitalisation des intérêts pouvait intervenir avant l'échéance des intérêts, c'est-à-dire au moment même

⁵⁹¹ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juin 1960, Demoiselle du Bouchage c/ Pellet ; Bull. civ., I, n° 305, p. 251 : « Attendu qu'aux termes de ce texte (art. 1154 C. civ.) les intérêts échus des capitaux ne peuvent produire des intérêts que si la capitalisation... a été expressément prévue dans la convention ». Il convient de préciser que les conventions d'anatocisme dépendent entièrement, pour leurs conditions de validité et pour leurs effets, du jour où elles ont été passées. V. P. Roubier, « Les conflits de lois dans le temps », tome II, Sirey, 1933, spéc. p. 24, a) *in fine*.

⁵⁹² Cass. civ. 1^{re}, 21 octobre 1997, n° 95-19.398.

de la naissance de la dette ou si elle devait uniquement intervenir après l'échéance de ceux-ci⁵⁹³. Tirant argument d'une part de la rédaction de l'(anc.) article 1154 du Code civil qui fait état d'intérêts échus, et d'autre part de la nécessité de protéger le débiteur en situation de faiblesse face à son créancier lors de l'octroi d'un crédit, plusieurs auteurs se sont vigoureusement opposés à la validité des clauses anticipées d'anatocisme⁵⁹⁴ et avaient soutenu que la convention de capitalisation n'était admissible qu'une fois les intérêts échus et exigibles et leur non-paiement constaté. D'autres auteurs avaient considéré, à l'opposé, « qu'il est inutile d'obliger le créancier à renouveler chaque année une formalité lourde et coûteuse afin de profiter d'une faculté qui n'a rien d'exorbitant »⁵⁹⁵, et que la condition d'échéance des intérêts « ne signifie pas que les parties ne peuvent s'entendre sur le principe de la capitalisation avant l'échéance des intérêts, mais, beaucoup plus simplement, que sa mise en œuvre est subordonnée à cette échéance ainsi qu'au respect de la condition d'annuité »⁵⁹⁶. La Cour de cassation, en accord avec cette deuxième position, admettait traditionnellement et sans aucune difficulté la convention anticipée d'anatocisme⁵⁹⁷ et considérait que la capitalisation prévue de manière anticipée n'a pas à être subordonnée à des mises en demeure annuelles⁵⁹⁸, ou à une manifestation de volonté de la part du créancier à

⁵⁹³ En droit libanais la question ne se pose pas puisque l'article 768 du COC prévoit explicitement la nécessité d' « d'un contrat spécial *postérieur* à leur échéance » (nous soulignons).

⁵⁹⁴ Dont par exemple, et en faveur de cette analyse, H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, préc. n° 2292 ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *op. cit.*, n° 607 ; C. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, préc., n° 655 et s. ; H. Lalou, note sous Nancy, 21 novembre 1908, DP 1909.2.224 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, Obligations, 2^e partie, par P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, préc., n°889 ; H. Lalou, note sous Paris, 21 janvier 1941, DC, 1941.47 qui évoque également l'esprit de compromis des rédacteurs du Code.

⁵⁹⁵ G. Viney et P. Jourdain et S. Carval, *op. cit.*, n° 354.

⁵⁹⁶ F. Gréau, thèse préc., p. 157, n° 144. Dans le même sens, H. Hamel, *Recherches sur la théorie juridique de la monnaie*, 1^{re} partie, Les cours de droit, 1938-39, p. 362-363 ; R. Demogue, *op. cit.*, n° 411 ; C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 4, 4^e éd. 1871, p. 109, note n° 58 ; Larombière, *op. cit.* p. 607, n° 6 ; A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 10. 1830, n° 499 ; F. Gréau, *op. cit.*, p. 157, n° 144.

⁵⁹⁷ Cass. req., 10 août 1859, DP 1859.1.441 ; Cass. civ., 15 juillet 1913, DP 1917.1.50 ; Cass. Civ., 7 décembre 1926, Bull. civ., n° 165 ; Cass. civ. 1^{re}, 10 février 1969, Bull. civ., I, n° 65 ; Cass. civ. 1^{re}, 7 janvier 1992, n° 90-12.318, Lamyline ; Cass. com., 20 janvier 1998, Bull. civ. IV, n° 32 ; Cass. com. 20 janvier 1998, Bull. civ., IV, n° 32.

⁵⁹⁸ Cass. civ. 1^{re}, 7 janvier 1992, préc.

l'expiration de chaque période annuelle⁵⁹⁹. Les termes utilisés par le législateur de 2016 à l'article 1343-2 du Code civil devrait mettre fin à notre avis à toute hésitation sur ce point : le fait pour le législateur d'avoir utilisé la formule « si le contrat l'a prévu » au lieu de « si un contrat l'a prévu », laisse penser, et contrairement à ce que soutenaient certains auteurs, qu'une convention indépendante postérieure à l'échéance des intérêts n'est pas indispensable⁶⁰⁰ et qu'une clause d'anatocisme dans le contrat initial donnant naissance à la créance pouvait prévoir une capitalisation ultérieure des intérêts échus de cette créance⁶⁰¹.

241. Nécessité d'une mise en demeure ? Une dernière question peut se poser au sujet de la convention qui prévoit la capitalisation : si une clause d'anatocisme a été prévue dans le contrat ou si une convention spéciale ultérieure d'anatocisme est signée, à partir de quand les intérêts des intérêts commenceront à courir? Faut-il pour cela une mise en demeure ? La réponse devrait être affirmative. Rien ne justifie à notre avis de déroger, même dans ce cas, à l'exigence d'une mise en demeure du débiteur pour constater son retard juridique, exigence prévue déjà à l'ancien article 1146 du Code civil et réitérée au nouvel article 1231 de ce code. Lorsque la capitalisation a été prévue dans une clause du contrat il suffit que le débiteur des intérêts échus et dus pour une année entière tarde à les payer, *et* qu'il soit dument mis en demeure, pour que les intérêts sur ces intérêts commencent à courir à compter de la date de la mise en demeure. Par contre, lorsque la capitalisation n'a pas été prévue par le contrat initial, les intérêts échus et dus pour une année entière ne peuvent pas commencer à produire des intérêts moratoires à compter de la mise en demeure du débiteur défaillant et ceci en dépit de la réalité du retard qui lui est devenu imputable. Ils ne produiront à leur tour des intérêts qu'à une date postérieure à la mise en demeure qui est celle de la convention ultérieure d'anatocisme. Un pas supplémentaire doit donc être effectué pour

⁵⁹⁹ Cass. civ. 1^{re}, 10 février 1969, préc.

⁶⁰⁰ Il est d'ailleurs est fort douteux en pratique que le créancier, après l'échéance des intérêts puisse obtenir l'accord d'un débiteur logiquement peu disposé à accepter une aggravation de sa situation.

⁶⁰¹ Comp. l'article 1283 du Code Civil italien de 1942 qui prévoit clairement à ce sujet que, sauf usage contraire, les intérêts échus ne peuvent à leur tour produire intérêts qu'à compter du jour d'une demande en justice ou par l'effet d'une convention *postérieure à leur date d'échéance* pour autant qu'il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une durée de 6 mois.

que ces intérêts moratoires composés commencent à courir et la demeure du débiteur se voit reculée dans le temps.

Ce recul de la demeure est de même perceptible quand la capitalisation des intérêts est demandée en justice, les intérêts échus et dus pour une année entière produisant dans ce cas des intérêts seulement, si une décision de justice le précise, à compter de la demande judiciaire.

b- Une manifestation de volonté unilatérale.

242. Une demande judiciaire. Il est vrai que le nouvel article 1343-2 du Code civil a délaissé, dans sa rédaction, l'exigence de l'ancien article 1154 d'une « demande judiciaire » au profit de l'exigence d'« une décision de justice » comme condition de la réalisation du mécanisme de l'anatocisme mais la portée de ce changement doit tout de suite être relativisée. En effet, considérant le principe de l'interdiction pour le juge de juger *ultra petita*⁶⁰², et en l'absence d'un texte qui le lui permet explicitement, ce dernier ne peut statuer sans demande expresse de la part des parties au procès ou excéder dans sa décision le montant de la demande. Ceci revient à dire que les intérêts échus ne peuvent produire à leur tour des intérêts sans demande de la part du créancier *et* décision affirmative de la part du juge, ce qui fait que la demande judiciaire est forcément englobée dans l'expression employée par le nouvel article 1343-2 du Code civil. La demande en justice expresse et spéciale tendant à ce que les intérêts impayés soient capitalisés est donc exigée⁶⁰³. Elle ne peut émaner que du créancier des intérêts et non, par exemple, de son assureur⁶⁰⁴.

Une fois les conditions de l'anatocisme réunies et une demande judiciaire dument présentée, la capitalisation des intérêts doit être prononcée par le juge. C'est ainsi que

⁶⁰² Articles 5 et 464 du CPC ; article 641 CPCL qui cite parmi les moyens valables de l'appel le fait pour le tribunal de première instance d'avoir jugé de ce qui n'a pas été demandé ou d'avoir dépassé ce qui a été demandé.

⁶⁰³ Cass. civ., 2^e, 11 mai 2017, 16-14.881, inédit : « les intérêts à échoir ne peuvent se capitaliser à la fin de chaque année pour produire eux-mêmes des intérêts et constituer un nouveau capital s'ajoutant au capital initial qu'à compter de la demande qui en est faite en justice ».

⁶⁰⁴ Cass. civ. 1^{re}, 7 octobre 1998, pourvoi n° 96-17.777.

la Cour de cassation, au visa de l'article 1154 du Code civil alors applicable dans sa version antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, a censuré l'arrêt de la Cour d'appel qui avait débouté une salariée de sa demande de capitalisation des intérêts pour chaque année entière au motif qu'en application de l'article 1153 du code civil elle était fondée à obtenir des intérêts au taux légal, sans capitalisation, sur les créances à caractère salarial à compter de la date de l'introduction de sa demande : « en statuant ainsi, alors que les seules conditions posées par l'article 1154 du code civil pour que les intérêts échus des capitaux produisent des intérêts étaient que la demande en eût été judiciairement formée et qu'il se fût agi d'intérêts dus au moins pour une année entière, la cour d'appel a violé le texte susvisé »⁶⁰⁵.

243. Le juge compétent pour accueillir la demande judiciaire. La question s'est posée de savoir si la demande de capitalisation d'intérêts échus pouvait être adressée au juge des référés. Un arrêt rendu par la troisième Chambre civile le 17 juin 1998⁶⁰⁶, revenant sur une solution antérieure⁶⁰⁷, l'affirme. Une cour d'appel, statuant en référé, avait accordé à une entreprise une provision à valoir sur le coût des travaux, outre les intérêts au taux légal et la capitalisation des intérêts échus. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi qui lui faisait grief d'avoir violé les articles 808 du nouveau Code de procédure civile et 1154 du Code civil et décide que « le juge des référés peut, sans excéder ses pouvoirs, assortir d'intérêts moratoires la condamnation qu'il prononce et en ordonner la capitalisation »⁶⁰⁸.

⁶⁰⁵ Cass. soc., 14 octobre 2020, 18-12.674, inédit. Au Liban, par contre, la Cour de cassation a clairement décidé dans un arrêt rendu par la 8^e chambre civile le 10 octobre 2016⁶⁰⁵ dans lequel elle avait approuvé une cour d'appel d'avoir écarté l'application de l'article 768 du COC sur une créance salariale que cette application par les juges du fond des dispositions de l'article 768 était facultative, non obligatoire.

⁶⁰⁶ Pourvoi n° 96-19.230, arrêt publié au Bull. civ. III n° 128

⁶⁰⁷ Cass. civ. 3^e, 4 mars 1987, Bull. civ., III, n° 41; D. 1987, somm. 233, obs. P. Julien ; D. 1987, IR, 58.

⁶⁰⁸ La solution antérieure était contraire: dans un arrêt du 4 mars 1987 (publié au Bull. civ., III, n° 41, p. 25) la troisième Chambre civile de la Cour de cassation avait considéré que la juridiction des référés n'avait pas le pouvoir de prononcer la capitalisation des intérêts, pareille prérogative n'entrant pas dans son office.

244. Le point de départ des intérêts composés. Quand les intérêts composés sont demandés en justice par le créancier la question se pose de savoir à quelle date fixer leur point de départ : faut-il retenir la date de l'assignation en justice ou la date d'une éventuelle mise en demeure préalable ou encore la date du prononcé de la décision qui ordonne la capitalisation ? La jurisprudence est claire sur le sujet et considère que c'est uniquement à compter de la demande que la capitalisation des intérêts est susceptible de produire ses effets⁶⁰⁹. Tant que le créancier n'a pas clairement manifesté sa volonté de bénéficier d'une capitalisation des intérêts, le débiteur reste à l'abri de celle-ci. C'est la solution que réaffirme la Cour de cassation en 2019⁶¹⁰ au visa de l'article 1154 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 : « attendu que pour ordonner la capitalisation à compter du 10 novembre 2011 des intérêts échus dus par M. et Mme A..., l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que la Caisse en a formé la demande devant le tribunal et que le point de départ de la capitalisation doit être fixé à la date de la mise en demeure résultant de la lettre du 10 novembre 2011 ; qu'en statuant ainsi, alors qu'à défaut de convention spéciale, les intérêts échus des capitaux ne peuvent eux-mêmes produire d'intérêts que moyennant une demande en justice et à compter de la date de celle-ci, et non de celle d'une mise en demeure, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; (...) ».

Par contre, si l'anatocisme a été sollicité postérieurement à l'assignation, par exemple au moment du dépôt des conclusions, alors c'est seulement à compter de ce jour que les intérêts des intérêts vont courir⁶¹¹. De même, il a été jugé que la demande du créancier ne peut pas rétroagir⁶¹². Dès lors, une cour d'appel ne saurait ordonner la

⁶⁰⁹ V. par ex., Cass. civ. 3^e, 19 octobre 2017, 16-14.111, inédit ; Cass. civ., 2^e, 11 mai 2017, préc. ; Cass. soc., 22 févr. 2000, n° 97-45.611, Lamyline ; Cass. com., 25 janv. 1994, n° 91-15.412, Lamyline, qui affirment que la capitalisation ne peut être fixée à une date antérieure à la demande.

⁶¹⁰ Cass. com., 9 octobre 2019, pourvoi n° 18-11694, non publié au bulletin.

⁶¹¹ Cass. soc., 13 février 1996, n° 92-42.024, Lamyline ; Cass. com., 16 avril 1996, n° 94-14.250, Lamyline ; Cass. com., 12 décembre 1989, n° 88-10.071, Lamyline.

⁶¹² V. obs. L. Aynès sous Cass. civ. 2^e, 3 juillet 1991, fonds de garantie c/ Cie via assurances nord et monde ; D. 1992, somm. 277.

capitalisation des intérêts à compter de l'assignation en justice ou du jugement de première instance, alors que le créancier ne l'avait demandée qu'en cause d'appel⁶¹³.

245. Des assouplissements jurisprudentiels aux conditions de l'anatocisme. La jurisprudence a assoupli dans certains aspects les exigences de l'(anc.) article 1154 concernant la demande de capitalisation. Ainsi a-t-elle admis qu'une demande soit formée de manière anticipée pour viser des intérêts qui ne sont pas encore échus ou pour lesquels le délai d'un an n'est pas encore atteint⁶¹⁴. Elle a aussi admis, qu'une fois que la demande de capitalisation a été faite, il n'est pas nécessaire de la réitérer à chaque date anniversaire, le créancier pouvant ainsi demander au juge d'ordonner cette capitalisation des intérêts à chaque échéance annuelle. On parle ici d'effet continu de la demande de capitalisation : dès lors que le mécanisme de l'anatocisme a été invoqué en justice en application de l'(anc.) article 1154 du Code civil, « celui-ci s'accomplit sans qu'il soit nécessaire de formuler une nouvelle demande à l'expiration de chaque période annuelle »⁶¹⁵.

Cette solution n'est pas sans reproche : si l'on admet la possibilité pour le juge d'ordonner, à la demande du créancier, la capitalisation des intérêts échus pour les années à venir, comment alors contrôler effectivement la loyauté de ce dernier et l'absence de faute commise de sa part pour le défaut de paiement des intérêts pour ces années à venir, condition pourtant posée par la jurisprudence elle-même pour permettre la mise en jeu du mécanisme de capitalisation ?⁶¹⁶ En effet, si l'on admet qu'une fois la demande de capitalisation faite et celle-ci ordonnée il n'est pas nécessaire de réitérer la demande à chaque date anniversaire, le créancier pouvant ainsi dès le départ

⁶¹³ Cass. civ. 3^e, 22 février 1989, n° 87-15.466, Lamyline ; Cass. civ. 3^e, 8 décembre 1999, n° 98-11.127, Lamyline.

⁶¹⁴ Cass. com., 3 octobre 2000, pourvoi n° 97-21.316 ; Cass. civ. 3^e, 2 février 2000, pourvoi n° 97-21.840 ; 18 février 1998, Bull. civ. III n° 42 ; Cass. civ. 3^e, 8 mars 1995, Bull. civ., III, n° 77 ; D. 1996, somm. 121, obs. Libchaber ; Cass. com., 20 octobre 1982, Bull. civ., IV, n° 323.

⁶¹⁵ Cass. civ. 2^e, 28 févr. 1996, n° 94-10.860, Lamyline. Dans le même sens : Cass. com., 29 avril 1997, Bull. civ. IV, n° 114 ; D. 1998, somm., 114 (1^{re} espèce) ; D. Aff. 1997.701 ; Lamyline, n° 94-20.486 ; Cass. civ. 3^e, 4 janv. 1995, n° 93-12.550, Lamyline. Depuis un revirement de 2003, c'est également la position du Conseil d'état (24 novembre 2003, Sté Le Cadoret, Procédures 2004, n° 63, note S. Deygas).

⁶¹⁶ Sur la jurisprudence qui fait de la faute ou de l'attitude déloyale du créancier une raison pour lui refuser le bénéfice de l'anatocisme v. *supra* n° 219.

demander au juge d'ordonner la capitalisation des intérêts à chaque échéance annuelle, le juge qui est capable d'apprécier l'attitude du créancier antérieurement à sa décision n'aura plus aucun contrôle sur cette attitude après avoir rendu sa décision alors que celle-ci continuera, année après année, à sortir ses effets quant à la capitalisation des intérêts qui vont échoir au fur et à mesure, ce qui semble être contraire à la logique d'équité qui sous-tend la troisième condition prétorienne du mécanisme de l'anatocisme ajoutée aux deux conditions légales, à savoir l'absence de faute ou d'attitude déloyale de la part du créancier.

246. Le recul de la demeure dans le cadre de l'anatocisme envisagé comme mécanisme d'indemnisation qui se justifie d'une part par un souci de renforcer la protection du débiteur d'une capitalisation incontrôlée qui l'exposerait à une augmentation exponentielle du montant de sa dette, d'autre part par une volonté de permettre à ce débiteur de prendre conscience de l'ampleur de sa dette est donc perceptible dans les deux cas de figure dans lesquelles cet anatocisme est permis : lorsque le contrat le prévoit, et à défaut, lorsque le juge le décide sur demande du créancier. Dans la première hypothèse ce recul est perceptible lorsque l'accord qui prévoit l'anatocisme ne consiste pas en une clause du contrat initial mais consiste en une convention spéciale conclue postérieurement à l'échéance des intérêts dus pour une année entière puisque les intérêts composés ne courront qu'à partir de la date de ladite convention même si une mise en demeure avait été adressée antérieurement à ce sujet au débiteur. Dans la seconde hypothèse le recul de la demeure est encore plus perceptible puisque les intérêts composés ne commenceront à courir qu'à partir du moment où le créancier les demande en justice, nonobstant toute mise en demeure antérieure qu'il aurait adressée à son débiteur.

247. L'imputabilité du retard matériel au débiteur de la créance monétaire doit en somme être appréciée non seulement au regard de sa propre demeure, mais aussi au regard de celle de son créancier. Dans le cas spécial des intérêts moratoires composés produits par les intérêts simples, un recul supplémentaire de la demeure du débiteur est observable et repousse encore plus la mutation du retard matériel dans le paiement de la créance en un retard juridique qui déclencherait la responsabilité de ce débiteur.

CONCLUSION DU TITRE 1.

248. Considéré comme l'un des deux piliers essentiels de la responsabilité civile, le fait générateur du dommage, qui consiste pour les créances monétaires en un retard juridique dans le paiement imputable au débiteur, doit donc être caractérisé pour que des intérêts moratoires puissent courir à son égard. La créance monétaire doit être non seulement échue mais aussi exigible dans le sens où elle doit, en plus de l'échéance, avoir acquis une nécessaire liquidité si cette liquidité ne lui est pas inhérente *ab initio*. La demeure du débiteur, qui joue en quelque sorte le rôle d'un catalyseur et se trouve dans maintes hypothèses affectée par la demeure du créancier ou même simplement reculée dans le temps, vient transformer son retard matériel en un retard juridique qui réalise la première condition de sa responsabilité. Toutefois, ce retard est insuffisant en lui-même pour déclencher le cours des intérêts moratoires. En effet, en application des principes généraux de la responsabilité civile, toute réparation suppose un dommage et les intérêts moratoires envisagés dans une fonction purement indemnitaire et évoluant dans le cadre classique de cette institution à travers lequel ils sont traditionnellement pensés ne s'appuient pas uniquement sur un retard juridique imputable au débiteur mais aussi et surtout sur un *dommage*. Ce dommage, ou préjudice moratoire, ne manque pas de susciter des interrogations vu ses diverses particularités qui se reflètent sur le régime juridique des intérêts moratoires qui le réparent.

TITRE 2- LE PREJUDICE MORATOIRE.

249. Le préjudice et la responsabilité civile. Même quand le Code civil français ne l'exigeait pas formellement dans ses textes¹, il était traditionnellement admis que l'existence d'un dommage constituait une condition *sine qua non* de la responsabilité civile et que les dommages et intérêts, moratoires ou autres, ne pouvaient être alloués au créancier auquel l'inexécution ou le retard dans l'exécution n'avait causé aucun préjudice. En effet, la Cour de cassation qui a toujours refusé de condamner le débiteur lorsque l'inexécution de la convention n'avait causé aucun dommage au créancier² a ainsi classiquement considéré que le retard dans l'exécution d'une obligation contractuelle, même imputable au débiteur, n'impliquait pas nécessairement l'occurrence d'un dommage en relation de cause à effet avec cette faute³, et ne pouvaient dès lors être alloués des dommages-intérêts que si le juge constatait, lorsqu'il statuait, qu'il est résulté un préjudice de la faute contractuelle⁴. Ceci explique que le droit

¹ En effet, l'ancien article 1147 du Code civil ne faisait pas référence au dommage comme condition de l'allocation de dommages et intérêts et plusieurs auteurs ont vu dans cette omission un argument pour contester l'idée même de responsabilité contractuelle et considérer que les dommages et intérêts liés à l'inexécution d'un contrat n'avaient pas pour fonction de réparer un prétendu préjudice mais de fournir au créancier de l'obligation inexécutée son équivalent pécuniaire, de telle sorte que l'inexécution d'un contrat justifierait en elle-même l'allocation de dommages-intérêts sans que le créancier ait à prouver son préjudice (A. Brun, Rapport et domaine des responsabilités contractuelle et délictuelle : 1930 ; D. Talon, L'inexécution du contrat : pour une autre présentation : RTDCiv. 1994, p. 223 ; Mél. Cornu 1995, p. 429 ; P. Rémy, Critique du système français de responsabilité civile, Droit et culture : 1996, p. 31 ; La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept : RTDCiv. 1997, p. 323 s. ; Ph. le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation : Dalloz Action 2014/2015, n° 6 ; C. Lapoyade Deschamps, Le mythe de la responsabilité contractuelle en droit français, in Failure of contracts : Oxford, Francis Rose éd. 1997, p. 175 s.). En droit libanais, l'article 252 du COC qui vise les dommages-intérêts compensatoires et les dommages-intérêts moratoires est placé sous le titre « De l'exécution indirecte, sous forme de dommages-intérêts ». Ces dommages-intérêts viennent ainsi « se substituer, faute de mieux, à l'exécution directe de l'engagement ». Ceci n'a pas empêché le législateur d'exiger explicitement, dans l'article suivant (253), et pour qu'il y ait lieu à dommages-intérêts, « qu'un dommage ait été causé ».

² Cass. req., 5 mars 1913 : DP 1914, 1, p. 61 ; 11 juill. 1934 : Gaz. Pal. 1934, 2, p. 609 ; Cass. civ. 3^e, 9 juillet 1970 : Bull. civ. 1970, III, n° 481 ; Cass. civ. 1^{re}, 10 février 1981 : Defrénois 1982, art. 32846, p. 367, n° 15, J.-L. Aubert ; 4 avril 1991 : Bull. civ. 1991, I, n° 127.

³ Cass. civ. 1^{re}, 18 novembre 1997 : Bull. civ. I, n° 317 ; D. Affaires 1998.20, obs. S. P. ; Cass. civ. 2^e, 11 septembre 2008, n° 07-20.857 : JurisData n° 2008-044960 ; Bull. civ. 2008, II, n° 191 ; Cass. civ. 1^{re}, 20 mars 2014, n° 13-12-287 : JurisData n° 2014-005250 ; Resp. civ. et assur. 2014, comm. 204.

⁴ Cass. civ. 3^e, 3 décembre 2003 : Bull. civ. III, n° 221 ; R., p. 364 ; D. 2005. Pan.185, obs. D. Mazeaud ; JCP 2004. I. 163, n° 2 s., obs. Viney ; Gaz. Pal. 2004. 525, note Raby ; *ibid.* 547, note Barbier ;

français actuel, et malgré un fort courant doctrinal favorable à leur instauration⁵, ne reconnaît pas encore les *dommages-intérêts punitifs*⁶ même s'il est vrai que dans un arrêt rendu le 1^{er} décembre 2010 où elle a statué pour la première fois sur la possible reconnaissance en France de décisions étrangères ayant prononcé une condamnation à des dommages et intérêts punitifs, la première chambre civile de la Cour de cassation ne semblait pas réticente à l'admission de ce type de dommages-intérêts qui constituent en réalité une sorte de « sanction civile punitive »⁷. En l'espèce, des époux de nationalité américaine, vivants aux Etats-Unis et qui avaient acheté un bateau fabriqué par une société française, avaient demandé en France l'exequatur d'une décision rendue le 26 février 2003 par les juridictions américaines. Celles-ci avaient condamné la société à leur verser la somme de 1,39 million de dollars en dommages et intérêts compensatoires et de 1,46 millions de dollars en dommages et intérêts punitifs. La Cour

Defrénois 2004. 1332, obs. Ruet ; AJDI 2004. 204, note Beaugendre ; CCC 2004, n° 38, note Leveneur ; LPA 3 nov. 2004, note Rakotovahiny ; RDC 2004.280, obs. Stoffel-Munck ; *ibid.* 359, obs. Seube ; RTDCiv. 2004.295, obs. Jourdain ; Cass. civ. 1^{re}, 22 novembre 2017, n° 16-27.551 : JurisData n° 2017-023987 ; Resp. civ. et assur. 2018, comm. 35. V., sur l'exigence d'un préjudice certain dans son principe et dans son montant : Cass. com. 13 mars 2007 : LPA 11 septembre 2007, note Lanthiez.

⁵ G. Viney, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, 4^e éd., 2019, LGDJ, nos 74-5 et s. ; S. Carval, *La responsabilité civile dans sa double fonction de peine privée*, 1995, LGDJ ; Ph. Le Tourneau, *Parasitisme. Régime juridique*, J.-Cl. Conc. Consum., fasc. n° 228, spéc. n° 30 : « Nous militons depuis 1972 pour l'admission en Droit français des dommages et intérêts punitifs lorsque l'auteur du dommage a commis une faute caractérisée », Y. Picod, *La concurrence déloyale. Rapport français*, in *Trav. de l'Association H. Capitant, La concurrence, Journées marocaines de 2006*, spéc., p. 164 s. ; M. Béhar-Touchais [sous la dir. de], *Faut-il moraliser le droit français de la réparation des dommages ?*, LPA, nov. 2002, numéro spécial ; J.-L. Baudouin, *Les dommages et intérêts punitifs : un exemple réussi d'emprunt à la common law*, *Mél. Malinvaud*, 2006, Litec, p. 101 ; L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, préf. G. Viney, 1997, LGDJ, nos 312 et s. ; J. Bourthoumieux, *Dommages punitifs*, *RGDA* 1996, 861 ; G. Maitre, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, préf. H. Muir Watt, 2005, LGDJ, nos 303 et s. ; S. Piedelièvre, *Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir ?*, *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle*, *RCA* juin 2001, chron. 68 ; D. Fasquelle, *Concurrence déloyale. Amendes civiles ou dommages punitifs ?*, in *Conquête de la clientèle et droit de la concurrence*, *Gaz. Pal.* 2001. 2. doctr. 9 ; *L'existence de fautes lucratives en droit français*, in *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?*, LPA 20 nov. 2002, no 232, p. 27 s.

⁶ « Les dommages-intérêts punitifs sont ceux qui, parce qu'ils excèdent manifestement l'indemnisation du dommage, tendent à infliger une punition au responsable. Ils sont une expression de la notion de peine privée » (P. Jourdain, *Rapport introductif*, in « *Faut-il moraliser le droit français de la réparation des dommages ?* », sous la dir. de M. Béhar-Touchais, LPA, n° 232 du 20 nov. 2002, numéro spécial, n°7). Les États-Unis connaissent, sous certaines formes et à certaines conditions, les dommages-intérêts punitifs : V. not. S.-S. Vacarelu, *La concurrence déloyale. Rapport américain*, in *Trav. de l'Association H. Capitant, La concurrence, Journées marocaines de 2006 - t. LVI, Société de législation comparée*, 2010, spéc. p. 75 s.

⁷ V. Rostan d'Ancezune, « *Indemnisation. Dommages-intérêts punitifs : le chant des sirènes* », *La tribune de l'assurance*, n° 158, mai 2011

d'appel de Poitiers a estimé que le montant des indemnités était disproportionné et qu'il constituait une source d'enrichissement sans cause. Les époux se sont pourvus en cassation. Même si la Cour de cassation a rejeté le pourvoi au motif que « si le principe d'une condamnation à des dommages intérêts punitifs, *n'est pas, en soi*, contraire à l'ordre public, il en est autrement lorsque le montant alloué est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur »⁸.

250. Le préjudice dans la réforme du droit des contrat et des obligations de 2016. Certains auteurs avaient souhaité que la réforme du droit des obligations opérée par cette ordonnance fût l'occasion de décrocher la réparation du préjudice et de libérer du coup les dommages et intérêts de la notion de responsabilité contractuelle⁹. D'autres espéraient avec cette réforme, afin de dissuader la commission de fautes lucratives¹⁰, l'avènement en droit français des dommages-intérêts punitifs qui permettraient de « replacer le fautif dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si la faute n'avait pas été commise, ceci de la même manière que le principe de la réparation intégrale replace

⁸ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 2010: D. 2011.423, note Licari ; JCP 2011, n° 140, note Juvénal (nous soulignons) ; *ibid.* n° 158, § 12, obs. Nourissat ; Gaz. Pal. 2011. 849, note de Bérard ; RLDC 2011/79, n° 4120, obs. Paulin ; Rev. crit. DIP 2011. 93, note Gaudemet-Tallon; RTDCiv. 2011. 122, obs. Fages ; *ibid.* 317, obs. Rémy-Corlay ; V. Wester-Ouisse, « La Cour de cassation ouvre la porte aux dommages-intérêts punitifs ! », RCA 2011, étude 5 ; J. Juvénal, « Dommages-intérêts punitifs : comment apprécier la conformité à l'ordre public international ? », JCP G 2011, 6.

⁹ D. Cohen, Les dommages-intérêts affranchis du préjudice: *in* Mélanges C. Jauffret-Spinosi, Dalloz, 2013, p. 247.

¹⁰ Il s'agit, selon les termes de P. Jourdain « des fautes qui rapportent plus qu'elles ne coûtent » (P. Jourdain. *op. cit.*, n°8). « La faute lucrative est définie par la doctrine comme étant une faute qui, malgré les dommages-intérêts que le responsable est condamné à payer et qui sont calculés sur le préjudice subi par la victime, laisse à son auteur une marge bénéficiaire suffisante pour qu'il n'ait aucune raison de ne pas la commettre à nouveau. Il s'agit donc d'une faute dont les conséquences profitables, pour leur auteur, ne sont pas neutralisées par la simple réparation des dommages causés » (Lutte contre la contrefaçon : premier bilan de la loi du 29 octobre 2007, Rapport d'information n° 296 (2010-2011) de MM. Laurent Bêteille et Richard Yung, fait au nom de la commission des lois, déposé le 9 février 2011, I.B.3.a, disponible sur le site du Sénat). Il s'agit en quelque sorte d'une faute qui rapporte plus qu'elle ne coûte comme le dit P. Jourdain (Rapport introductif, *in* « Faut-il moraliser le droit français de la réparation des dommages ? », sous la dir. de M. Béhar-Touchais, LPA, n° 232 du 20 nov. 2002, numéro spécial, n° 8). L'auteur de la faute commet ce qu'un auteur nomme une « faute intelligente » (S. De Luca, Quelle place en droit français pour les dommages et intérêts à titre punitif ? Analyse des perspectives et problèmes à travers une étude des droits anglais et américain, mémoire, 2012, p. 64). Ce type de faute se rencontre en particulier dans trois situations : les atteintes au droit à l'image ou à l'honneur qui sont commises, pour l'essentiel, par voie de presse, en droit de la concurrence et en droit de la consommation et dans le domaine des atteintes aux droits de propriété intellectuelle.

la victime dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu »¹¹. Ces dommages-intérêts qui seraient alloués à la victime devraient, s'ils étaient admis, s'ajouter aux dommages-intérêts compensatoires ou moratoires, et auraient pour fonction de sanctionner le caractère répréhensible du comportement du débiteur qui commet une telle faute lucrative. Leur évaluation reposerait ainsi, non sur l'ampleur du préjudice subi, mais sur la gravité du comportement du débiteur. « L'auteur a sciemment commis un acte dans le but d'obtenir un profit et n'est pas sanctionné pour le gain qu'il obtient, mais seulement pour le préjudice infligé à la victime. En effet, il s'enrichit en agissant en contradiction avec les règles de droit et la seule réparation, même intégrale, du dommage subi, n'est pas en mesure de supprimer cette situation d'enrichissement »¹². On pense notamment à l'article 1371 de l'avant-projet Catala¹³ qui disposait que « l'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables »¹⁴, et à la proposition de l'article 54 de l'avant-projet

¹¹ R. Mésa, « L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives », D. 2012, p. 2754 et s.

¹² A. Garraud, La faute lucrative et sa sanction, ou l'ombre pénaliste sur les effets de la responsabilité civile, LPA 16 janv. 2017, n° 123b5, p.5, n°1.

¹³ P. Catala, Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription : La documentation française, 2005.

¹⁴ Pour un commentaire critique de cette proposition, V. Y. Lambert-Faivre, Les effets de la responsabilité [Les articles 1367 à 1383 nouveaux du code civil], in L'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité, Actes du colloque organisé par l'Université Panthéon-Sorbonne [Paris I] le 12 mai 2006, RDC 2007. 163, spéc. p. 164 et 165 ; Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon, Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation, 8^e éd., 2015, Dalloz, n° 92, p. 171.

Terré¹⁵ qui autorisait la victime d'une faute lucrative à demander la restitution des profits que son auteur en a retirés¹⁶.

Contrairement à ces souhaits, la réforme de 2016 a clairement réaffirmé l'attachement du législateur français au concept de la responsabilité contractuelle et à la nécessité de lier l'inexécution contractuelle à un préjudice. En effet, le texte finalement adopté ne fait aucune référence aux dommages-intérêts punitifs et le nouvel article 1231-2 du Code civil réaffirme que les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé. De plus, le préjudice est désormais explicitement visé dans le Code civil et figure dans l'intitulé même de la sous-section 5 de la section 5, chapitre IV, sous-titre 1^{er}, titre III relative aux dommages et intérêts contractuels, « la réparation du *préjudice* résultant de l'inexécution du contrat ».

251. Le préjudice dans la réforme à venir de la responsabilité civile. Le projet de réforme de la responsabilité civile présenté par la Chancellerie le 13 mars 2017, en même temps qu'il consacre le principe de la réparation intégrale sans perte ni profit dans les mêmes termes que ceux précédemment utilisés par la jurisprudence¹⁷, prévoit en son article 1266-1, en matière extracontractuelle, la possibilité d'une amende civile en cas de faute lourde commise délibérément : « lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute lourde, notamment lorsque celle-ci a généré un gain ou une économie pour son auteur, le juge peut le condamner, par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile. Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur ou aux profits qu'il en aura retirés. L'amende ne peut être supérieure à 2 millions d'euros. Toutefois, elle peut atteindre le décuple du montant du profit ou de l'économie

¹⁵ F. Terré (ss dir.), Pour une réforme du droit de la responsabilité civile : Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2011.

¹⁶ Sur la restitution des profits en matière contractuelle, V. Z. Jacquemin, Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, allemand et anglais, thèse Paris II, n° 278 et s note (14), n° 405 et s. 120,

¹⁷ Il dispose ainsi dans son article 1258 que « la réparation a pour objet de replacer la victime autant qu'il est possible dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu. Il ne doit en résulter pour elle ni perte ni profit ». Sur le principe de la réparation intégrale du préjudice v. *infra* n° 260.

réalisés. Si le responsable est une personne morale, l'amende peut être portée à 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise ». Cette amende civile qui vise, comme les dommages-intérêts punitifs, à sanctionner les comportements répréhensibles de l'auteur du dommage, ne profite pas directement à la victime du dommage comme c'est le cas pour les dommages-intérêts punitifs, mais est « affectée au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public ». La proposition de loi n° 678 présentée par le Sénat le 29 juillet 2020 portant réforme du droit de la responsabilité civile ne consacre pas, quant à elle, cette innovation du projet de réforme de 2017 et affirme en des termes très clairs l'attachement du législateur français au principe dégagé par la jurisprudence de la réparation intégrale du préjudice sans perte ni profit à la victime et prévoit ainsi à l'art. 1386-24 que « l'allocation de dommages et intérêts a pour objet de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu, de sorte qu'il n'en résulte pour elle ni perte ni profit ».

Dommages-intérêts punitifs et amende civile dans le cadre d'une faute lucrative demeurent, les uns comme l'autre, inconnus du droit libanais qui consacre le principe de la réparation intégrale du préjudice au sein de l'article 260 du COC qui dispose que « les dommages-intérêts doivent correspondre exactement au préjudice éprouvé et au gain manqué ».

252. Le préjudice demeure donc, jusqu'à présent, en droit français comme en droit libanais, un des deux piliers essentiels de la responsabilité civile sans lesquels elle ne peut tenir. Le préjudice *moratoire* causé par le retard dans l'exécution d'une obligation monétaire en est une variante assez originale. Elle est régie dans le Code civil par deux des articles qui constituent la sous-section 5 intitulée « la réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat ». Il s'agit des nouveaux articles 1231-6 et 1231-7 qui reprennent en des termes assez identiques les dispositions des anciens articles 1153 et 1153-1. Ce qui distingue ce type de préjudice c'est qu'il résulte, non d'une inexécution définitive, mais du retard dans l'exécution d'une obligation monétaire. Sa réparation (Chapitre 3) suppose auparavant son identification (Chapitre 1) et son

évaluation (Chapitre 2), ces trois étapes présentant, aussi bien l'une que les autres, plusieurs spécificités liées à la nature de l'obligation que le débiteur tarde à exécuter.

Chapitre 1- L'identification du préjudice moratoire.

253. L'intérêt moratoire étant traditionnellement rattaché au droit de la responsabilité¹⁸, idée qui vient d'être renforcée dans la réforme récente du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, l'octroi de cet intérêt qui constitue une indemnisation suppose au préalable l'identification d'un préjudice moratoire. Ce préjudice d'une nature assez particulière mérite d'être examiné dans sa notion même (Section 1) mais aussi dans sa preuve (Section 2).

Section 1- La notion de préjudice moratoire.

254. Le préjudice moratoire en matière d'obligations monétaires est un préjudice spécial qui doit être distingué de la perte de la prestation due à laquelle il vient s'ajouter. Il doit aussi être distingué de notions voisines telles que la rémunération du créancier pour la mise temporaire d'une somme d'argent à la disposition du débiteur, ou le préjudice lié à la dépréciation monétaire qui, lui-aussi, est étroitement lié au facteur temps. Il doit de même être distingué des effets du retard dans l'exécution d'une décision de justice donnant lieu à une astreinte (§1). Une fois le préjudice moratoire caractérisé, l'étendue réparable de ce préjudice doit être fixée par application des règles communes à tout genre de préjudice avec certaines nuances qui s'imposent vu la particularité de ce type spécifique de préjudice (§2).

§ 1- Un préjudice distinct qui vient s'ajouter à la perte de la prestation due.

¹⁸ L'on dit généralement qu'il est inspiré de la responsabilité contractuelle : J. et Y. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, Les obligations, tome 3, Le rapport d'obligation, préc., n° 144 ; Ph. Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats : Dalloz, Dalloz-Action, 11^e éd. 2018-2019, n° 2454.

255. Une affirmation de la fonction indemnitaire de la responsabilité civile. Le préjudice moratoire doit être distingué de la perte de la prestation due par le débiteur au créancier et, plus largement, des dommages consécutifs à cette perte. Il est le préjudice résultant exclusivement du retard dans l'exécution d'une obligation et les dommages et intérêts moratoires, régis actuellement par les 1231-6 et suivants (anciens articles 1153 à 1155) du Code civil, sont ceux « destinés à réparer le préjudice résultant du retard dans l'exécution d'une obligation »¹⁹. Selon les termes de F. Gréau²⁰, « ce qui fait la particularité de la responsabilité contractuelle pour simple retard, qu'il s'agisse d'ailleurs du retard dans l'exécution d'une obligation monétaire ou d'une autre obligation, c'est que l'indemnité accordée vient non se substituer, mais se superposer à la prestation promise ». Outre sa condamnation à l'exécution de l'obligation principale, le juge condamne le débiteur défaillant à indemniser le préjudice causé au créancier du fait de son retard dans l'exécution de cette obligation. Cette indemnisation du retard par le biais de dommages-intérêts moratoires qui viennent s'ajouter à la somme principale quand il s'agit d'une obligation monétaire met clairement en exergue la fonction indemnitaire de la responsabilité contractuelle. L'on sait que l'existence de la responsabilité contractuelle avait été remise en cause par une importante part de la doctrine²¹ qui considère que les dommages-intérêts accordés par le juge au créancier du fait de l'inexécution de l'obligation contractuelle seraient seulement la manifestation de l'exécution par équivalent de la prestation promise, non une indemnisation d'un dommage et que le concept même de responsabilité devrait être réservé à la matière délictuelle. Une autre partie de la doctrine a vite contre-réagi en affirmant la nature indemnitaire des dommages intérêts accordés aux créanciers d'une

¹⁹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, préc., v. Moratoire.

²⁰ Thèse préc., n° 100.

²¹ Dont le chef de file était M. Remy qui, dans deux articles très remarquables, a présenté la responsabilité contractuelle comme un faux concept : La « responsabilité contractuelle », *histoire d'un faux concept*, RTDCiv. 1997.323 et *Critique du système français de responsabilité civile*, *Droits et Cultures*, 1996.31. Cette critique avait déjà été amorcée par M. Tallon (*Pourquoi parler de faute contractuelle ?*, *Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1995, p. 429) et par M. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats* : Dalloz, Dalloz-Action, 11^e éd. 2018-2019, n° 6 et 802 et 3205 et s.

obligation contractuelle inexécutée ou mal exécutée²² et avait considéré que la seule existence des intérêts moratoires de l'(anc.) article 1153 du Code civil mettait à mal les arguments de ceux qui voyaient dans la notion de responsabilité contractuelle un « faux concept » : en effet le régime de l'inexécution de l'obligation monétaire met en exergue l'existence d'une véritable obligation de réparation sous forme d'intérêts moratoires qui se distingue clairement de l'obligation monétaire primitive dont le créancier peut obtenir l'exécution forcée et cette obligation de réparation ne peut donc en aucun cas s'analyser comme une exécution par équivalent de l'obligation primitive.

L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a tranché la question, consacrant la fonction indemnitaire de la responsabilité contractuelle. En effet, selon le nouvel article 1217 du Code civil, et outre la possibilité pour elle de poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation, la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut « demander *réparation des conséquences*²³ de l'inexécution ». L'intitulé de la nouvelle sous-section 5 du chapitre IV du sous-titre 1^{er} du titre III, « La réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat », plus explicite sur ce point que l'ancien intitulé de la section IV du chapitre III du titre III du Code civil « des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation », et l'utilisation répétée du terme « dommages-intérêts », empreint de l'idée de réparation, confirment aussi cet objectif indemnitaire.

Il existe donc une dualité des obligations pesant sur le débiteur qui tarde à exécuter son obligation monétaire : une obligation de paiement qui trouve son origine dans le contrat ou dans le quasi-contrat ou encore dans le fait dommageable (c'est l'obligation primitive de paiement), et une obligation nouvelle de réparation qui s'y ajoute sans pour autant se confondre avec elle (c'est l'obligation qui naît du retard dans l'exécution de l'obligation de primitive de paiement). Les dommages-intérêts moratoires peuvent

²² G. Viney, « La responsabilité contractuelle en question », Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI siècle, LGDJ, 2001, p. 921 ; Ch. Larroumet, « Pour la responsabilité contractuelle », Etudes offertes à Pierre Catala, Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Litec, 2001, p. 543 ; P. Jourdain, « Réflexions sur la notion de responsabilité contractuelle », in Les métamorphoses de la responsabilité, 6^e journées Savatier, 1997, PUF, 1998, p.65 ; E. Savaux, La fin de la responsabilité contractuelle?: RTDCiv. 1999. 1.

²³ Nous soulignons.

ainsi se cumuler avec l'exécution (forcée ou volontaire) de l'obligation dès lors que l'exécution tardive de l'obligation n'efface pas le préjudice causé au créancier par le retard en tant que tel et ce préjudice moratoire doit être réparé²⁴.

256. Nécessité de distinguer les intérêts moratoires des intérêts rémunérateurs. L'on sait que sous l'Ancien Droit, les intérêts rémunérateurs étaient prohibés et que c'est la nature indemnitaire des intérêts moratoires qui leur avait permis d'échapper à cette prohibition par l'émergence de la théorie de l'*interesse*²⁵, d'où probablement l'origine du mot « intérêt ». Si l'on continue alors à appeler *usure* le profit du prêteur, celui-ci est néanmoins distingué de l'intérêt, qui est défini par sa nature indemnitaire, notamment par Domat qui y voit « le dédommagement, et le désintéressement dont un débiteur d'une somme d'argent peut être tenu envers son créancier, pour le dommage qu'il peut lui causer, faute de payer la somme qu'il doit »²⁶. Aujourd'hui libéralisés, les intérêts rémunérateurs sont présents en permanence dans les esprits ce qui conduit à parasiter parfois l'analyse juridique. Toute confusion doit pourtant être écartée car, au-delà de la similitude de la technique employée, il existe une véritable différence de fond entre les deux types d'intérêts. En effet, si les intérêts rémunérateurs rémunèrent le créancier pour la mise temporaire d'une somme d'argent à la disposition du débiteur, les intérêts moratoires, quant à eux, compensent le préjudice causé par le retard dans le paiement d'une créance monétaire imputable à ce dernier ou encore sanctionnent, dans une optique comminatoire, un comportement dilatoire dans des situations où l'on souhaite imposer une particulière célérité. Proches dans la forme, ils sont de nature juridique très différente. Alors que les intérêts rémunérateurs constituent une exécution du contrat, les intérêts moratoires ne prennent naissance qu'avec une inexécution du contrat, ce qui explique que les seconds ne

²⁴ Sur ce cumul de l'exécution et des dommages-intérêts, v. H. de Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t.3, Les obligations, Bruylant, 1967, n° 137.

²⁵ Sur l'apparition et l'évolution de cette théorie v. : C. Bontems, *Essai sur la théorie des dommages et intérêts en droit romain et dans les droits savants*, thèse dactyl., Paris, 1968 ; Lévy et Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., 2010, Dalloz, nos 666 s.

²⁶ J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, Le droit public et « Legum delectus »*, éd. 1777, t. 1, 1777, p. 259.

puissent se cumuler avec les premiers pour une même période²⁷. Un auteur le décrit dans des termes très clairs : « les intérêts rémunératoires sont dans la créance, les intérêts moratoires sont extérieurs à la créance et viennent s'ajouter à celle-ci, sans se confondre avec elle, en cas d'inexécution suivie d'une mise en demeure du débiteur »²⁸.

257. Nécessité de distinguer les intérêts moratoires de l'astreinte. L'astreinte consiste en une condamnation pécuniaire, accessoire et éventuelle, qui s'ajoute à la condamnation principale prononcée par une décision judiciaire dans le cas où celle-ci ne serait pas exécutée dans les temps impartis. Créée par la jurisprudence au lendemain de la promulgation du Code civil, l'astreinte n'a été consacrée légalement que par la loi du 5 juillet 1972 portant réforme de la procédure civile elle-même modifiée par une loi en date du 9 juillet 1991 relative aux procédures civiles d'exécution²⁹ puis par l'ordonnance n° 2011-1895 du 19 décembre 2011. Elle figure actuellement à l'article L.131-1 du Code des procédures civiles d'exécution qui dispose que « tout juge peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision. Le juge de l'exécution peut assortir d'une astreinte une décision rendue par un autre juge si les circonstances en font apparaître la nécessité ». Ce mécanisme qui peut être utilisé pour obtenir l'exécution de pratiquement tout type d'obligation dont l'exécution est encore possible, à l'exception d'obligations dont *l'intuitu personae* est très marqué, doit être distingué des intérêts moratoires. En effet, si les deux constituent en quelque sorte une sanction du retard, leur finalité est toutefois radicalement différente : alors que la finalité première des dommages-intérêts moratoires est de réparer le préjudice causé par un défaut temporaire d'exécution³⁰ la finalité de l'astreinte est d'assurer l'exécution

²⁷ Cass. civ. 1^{re}, 15 mars 2005, n° 03-10.711, Bull. civ. I, n° 133.

²⁸ *Op. cit.*, n° 128.

²⁹ L'article 34 alinéa 1^{er} de la loi du 9 juillet 1991 reprend textuellement la formule utilisée antérieurement selon laquelle « l'astreinte est indépendante des dommages-intérêts ». Or, le projet initial de la loi ne comportait pas cette formule, mais contenait une disposition selon laquelle les sommes versées devaient s'imputer sur le montant des dommages-intérêts. V. « L'Astreinte », fiche méthodologique du service de Documentation de la Cour de cassation, BICC n° 680 du 15 avril 2008.

³⁰ Cette finalité n'est pas la seule comme nous l'examinerons ultérieurement. V. à ce propos *infra* n° 343 et s.

d'une décision de justice grâce à ce qui n'est autre qu'un moyen de pression³¹. La Cour de cassation rappelle souvent ce caractère éminemment comminatoire de l'astreinte³² dont le montant augmente selon une périodicité fixée par le juge³³, au fur et à mesure que le retard d'exécution s'accroît. L'astreinte peut d'ailleurs être prononcée en l'absence de tout préjudice, et le juge qui la prononce n'a pas à s'expliquer sur l'existence ou sur l'importance du préjudice³⁴. Elle atteint son but lorsque l'exécution de l'obligation est finalement obtenue, le juge étant alors amené à la liquider.

258. Le préjudice lié à la dépréciation monétaire. La question s'est posée de savoir si le préjudice résultant de la dépréciation monétaire constatée entre le moment de l'échéance de la créance monétaire et celui du paiement était un préjudice moratoire et devait à partir de là suivre dans sa réparation les règles de l'(anc.) article 1153 (nouvel article 1231-6) du Code civil. L'importance pratique de la question résidait dans la possibilité ou non d'un cumul entre l'indexation de la dette³⁵ et les intérêts moratoires. Sur ce point, il existait une divergence au sein de la Cour de cassation entre la 1^{re} chambre et la 3^e chambre civile. Si depuis un arrêt du 8 février 1995 la troisième chambre civile considérait qu'une juridiction ne peut décider de l'indexation de la dette de réparation jusqu'à la date du paiement et déclarer que la dette produira intérêt à compter du jour du jugement sous peine de procéder à une double indemnisation inacceptable³⁶, la 1^{re} chambre, elle, avait opéré un brusque revirement de jurisprudence

³¹ D. Denis, L'astreinte judiciaire, nature et évolution, thèse Paris 1973 ; E. du Rusquec, La nature juridique de l'astreinte en matière civile, JCP 1993, éd. G, I. 3699.

³² Cass. civ. 2^e, 11 et 25 juin 1997, D. 1997, p. 536 et s., note P. Julien. La Cour de cassation a décidé que « l'astreinte ne commence à courir, en cas de confirmation du jugement non exécutoire qui en était assorti, qu'à compter du jour où l'arrêt devient exécutoire, à moins que les juges d'appel ne fixent un point de départ postérieur ». Elle rappelle à ce titre que l'astreinte est indépendante des dommages-intérêts (article 34 alinéa 1er loi 9 juillet 1991), et ne constitue qu'un moyen de pression.

³³ En général tant par jour ou semaine ou mois de retard.

³⁴ Cf. par exemple Cass. civ. 1^{re}, 28 février 1989, D. 1989, I.R., 102 ; Cass. civ. 2^e, 20 novembre 1991, Bull. civ. 2, no 308 ; Cass. civ. 2^e, 2 décembre 1992, D. 1993, I.R. 1.

³⁵ L'indexation consiste dans l'ajustement par rapport à un indicateur donné de la valeur d'un actif, d'une somme ou d'une dette.

³⁶ Cass. civ. 3^e, 8 février 1995 : Bull. civ. III, n° 39 ; D. 1995, somm. p. 234, obs. Libchaber ; RTDCiv. 1995, p. 910, obs. P. Jourdain. Elle maintient sa position de refus de ce cumul de la dette de valeur et

par un arrêt rendu le 16 mai 1995 et avait approuvé une cour d'appel d'avoir condamné un assureur contre le vol au versement de l'indemnité réévaluée en fonction de l'indice des risques industriels tout en accordant des intérêts moratoires à compter de l'assignation en application de l'(anc.) article 1153 traditionnellement applicable à l'assurance des choses. Par une formule de principe elle a déclaré que ladite cour d'appel n'a pas procédé à une double réparation du préjudice dès lors que « l'actualisation compense la dépréciation monétaire entre le jour où la créance est évaluée et le jour du paiement tandis que les intérêts moratoires indemnisent seulement le retard de paiement »³⁷. Elle a par la suite accueilli une demande en dommages-intérêts pour préjudice subi du fait de la dépréciation monétaire au motif qu'il s'agit d'un préjudice distinct³⁸. Il faut dire que, depuis, la 3^e chambre s'est ralliée à la position de la 1^{re} chambre et a affirmé clairement dans un arrêt inédit du 28 février 2012 que « l'actualisation par l'effet de l'indexation, qui compense la dépréciation monétaire entre le jour où la créance est évaluée et le jour du paiement, et les intérêts moratoires, qui indemnisent seulement le retard dans le paiement de la somme due, peuvent être cumulativement accordés sans qu'il soit procédé à une double indemnisation du préjudice »³⁹.

des intérêts moratoires jusqu'en 2000 : Cass. civ. 3^e, 26 janvier 2000, pourvoi n° 08-13.424 : « la cour d'appel, qui condamne *in solidum* les sociétés (...) à payer aux propriétaires des indemnités au titre des réparations des dommages consécutifs aux verdissements et décide que ces sommes porteront intérêts à compter du jugement et qu'elles seront réévaluées par indexation sur l'indice BTO1(...) a procédé à une double indemnisation du préjudice subi en raison du retard dans le paiement des indemnités, a violé le texte susvisé (l'article 1153-1).

³⁷ Cass. civ. 1^{re}, 16 mai 1995, Bull. civ. I, n° 207. Cette formule est reprise le 6 juin 2000 pour censurer un arrêt qui a refusé d'assortir la condamnation au paiement d'une indemnité due par un assureur de choses d'intérêts moratoires au motif que « l'actualisation par l'effet de l'indexation compense la seule dépréciation monétaire entre le jour où la créance est évaluée et le jour du paiement tandis que les intérêts moratoires indemnisent seulement le retard dans le paiement de la somme due » : Cass. civ. 1^{re}, 6 juin 2000, JCP 2000. IV. 2310. ; RGDA 2000.829, note L. Mayaux ; Procédures 2000, n° 183, obs. R. Perrot ; Gaz. Pal. 2000.1, somm.27.

³⁸ V. Cass. civ. 1^{re}, 19 septembre 2007, SARL Pêcherie du port c/ SA Bureau Veritas, n° 06-17.096, Rev. crit. DIP 2008. 617, note E. Pataut ; D. 2008. 1507, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; Dr. et proc. 2008, note G. Cuniberti ; JDI 2008. 11, note C. Chalas.

³⁹ Cass. civ. 3^e, 28 février 2012 : pourvoi n° 11-13459.

§ 2- *L'étendue du préjudice moratoire réparable.*

259. Dans la délimitation de l'étendue du préjudice moratoire réparable les principes généraux édictés par les articles 1231-1 et s. (anciens 1149 et s.) du Code civil ont vocation à s'appliquer. Ces articles précisent l'étendue du préjudice réparable qui inclut ainsi la perte subie par le créancier mais aussi le gain dont il a été privé dans le respect du principe de la réparation intégrale du préjudice subi (A). Le préjudice doit être dans tous les cas prévu ou au moins prévisible lors de la conclusion du contrat (B), et en lien de causalité directe avec l'inexécution (C).

A- La perte subie et le manque à gagner.

260. Une réparation soumise au principe de la réparation intégrale. L'article 1231-2 du Code civil, reprenant la distinction opérée classiquement entre le *damnum emergens* (perte éprouvée) et le *lucrum cessans* (gain manqué), dispose dans les mêmes termes de l'ancien article 1149 que « les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, *de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé*, sauf les exceptions et modifications (...) »⁴⁰. Le créancier n'aura donc droit qu'au strict montant perdu et non à une somme supérieure sous prétexte que l'inexécution l'a contraint à engager des frais supplémentaires pour réaliser ses objectifs⁴¹. La réparation du préjudice moratoire, comme tout autre préjudice de nature différente, doit donc s'opérer dans ces limites. Il s'agit ici d'une manifestation du principe de la réparation intégrale du préjudice qu'un auteur préfère nommer « principe d'équivalence entre la réparation et le dommage »⁴². Ce principe qui a été consacré en premier lieu par la jurisprudence vise « à rétablir

⁴⁰ En droit libanais c'est l'article 260 du COC qui dispose clairement que « les dommages-intérêts doivent correspondre exactement au préjudice éprouvé et au gain manqué ».

⁴¹ Cass. com., 16 juin 1993 : Bull. civ. 1993, IV, n° 85 ; Cass. com., 20 janv. 1998, n° 95-19.099, Sté centre alarme protection c/ Sté musée Robert Keyaerts : JurisData n° 1998-000175; Bull. civ. 1998, IV, n° 35 ; D. affaires 1998, p. 288, J.-F.

⁴² P. Jourdain, Rapport introductif, in « Faut-il moraliser le droit français de la réparation des dommages ? », sous la dir. de M. Béhar-Touchais, préc., n° 3. Pour une vue d'ensemble du principe de la réparation intégrale du préjudice v. C. Coutant-Lapalus, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, 2002, PUAM.

aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et à replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu »⁴³. Il signifie notamment qu'il doit y avoir une équivalence quantitative entre le dommage subi et la réparation pécuniaire de ce dommage⁴⁴.

261. Indemnisation du préjudice moral. Si les termes employés par l'article 1231-2 et avant lui l'article 1149 du Code civil, « perte » et « gain », semblent suggérer que le préjudice doit être avant tout matériel⁴⁵, l'article 1235 du projet de réforme du droit de la responsabilité civile⁴⁶ dispose clairement qu'« est réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage et consistant en la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial. » Par sa formulation générale, visant « tout », c'est-à-dire n'importe quel préjudice, le projet d'article 1235 s'inscrit clairement dans la lignée classique du droit français de la responsabilité civile qui, contrairement à certains droits étrangers, notamment le droit allemand qui énumère limitativement les intérêts protégés, admet la réparation de n'importe quel préjudice à partir du moment où celui-ci revêt les caractères requis. De plus, cet article a le mérite de consacrer, dans le texte, la *summa divisio* constituée par la distinction des préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux. Le droit libanais a, lui aussi, choisi de consacrer explicitement la possibilité de réparation du dommage moral et l'article 263 du COC dispose ainsi que « les dommages moraux sont à retenir comme les dommages matériels, pourvu que l'évaluation pécuniaire en soit raisonnablement possible ».

⁴³ Cass. civ. 1^{re}, 17 juillet 1976, Bull. civ. I, n° 327.

⁴⁴ P. Jourdain, Les dommages-intérêts alloués par le juge, in Les sanctions de l'inexécution contractuelle, Études de droit comparé sous la direction de G. Viney et M. Fontaine, Bruylant, L.G.D.J. 2001, p. 263 et s., spéc. p. 265.

⁴⁵ La Cour d'appel de Paris avait ainsi, dans un premier temps, refusé de réparer le seul préjudice moral résultant de l'inexécution (CA Paris, 27 mars 1873 : DP 1874, 2, p. 129). Par la suite elle a changé de position et décidé que l'entrepreneur qui n'achève pas la construction d'un caveau cause à la famille non seulement un préjudice matériel, mais également un préjudice moral évident (CA Paris, 25 mai 1950 : D. 1950, jurispr. p. 439. V. également, à propos du retard pris dans l'organisation de funérailles, T. civ. Seine, 20 déc. 1932 : S. 1932, 2, p. 144).

⁴⁶ Présenté le 13 mars 2017 par Jean-Jacques Urvoas, garde des sceaux, ministre de la justice suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016.

262. Dommage actuel et dommage futur. Le dommage réparable doit en principe être réalisé au jour où le juge statue, ce qui permet de déterminer son existence et sa quotité avec certitude, mais il est des hypothèses où la perte ou le manque à gagner ne se sont pas manifestés immédiatement, tout au moins avant que le juge ne statue. Dans cette hypothèse, le dommage, quoique certain, n'est pas actuel mais futur. En effet, un dommage futur peut être certain lorsque le lien avec l'inexécution est évident et dès lors il est réparable. La situation devient toutefois complexe lorsque le dommage futur n'est pas absolument certain et le doute porte alors non seulement sur l'évaluation du préjudice futur mais aussi sur son existence. Il en est ainsi du préjudice portant sur la perte d'une chance à propos duquel la jurisprudence française a établi à la fin du dix-neuvième siècle une théorie qui accorde à la victime la réparation d'une partie du dommage possible calculée en fonction du pourcentage de chances qu'elle avait d'obtenir satisfaction dans son entreprise⁴⁷. Cette solution est rappelée régulièrement lorsqu'un justiciable est privé de la possibilité de faire appel d'une décision, devenue exécutoire, par la faute d'un avocat⁴⁸ ou d'un avoué⁴⁹ qui a laissé passer le délai de rigueur. La perte de chance présente ainsi un caractère direct et certain qui permet sa réparation chaque fois qu'est constatée la disparition d'une éventualité favorable⁵⁰. Toutefois, seule constitue une perte de chance réparable la disparition

⁴⁷ Cass. req., 17 juill. 1889 : S. 1891, 1, p. 399. V., sur cette question, G. Endréo et E. Maillaud, JCl. Responsabilité civile et Assurances, fasc. 101, ou Code Civil, art. 1382 à 1386, fasc. 101, ou encore Répertoire notarial, V° Responsabilité civile, fasc. 101.

⁴⁸ Cass. civ. 1^{re}, 19 septembre 2007, n° 05-15.139 : JurisData n° 2007-040382 ; Bull. civ. 2007, I, n° 294.

⁴⁹ Cass. civ. 1^{re}, 14 février 2008, n° 06-17.285 : Bull. civ. 2008, I, n° 51.

⁵⁰ Cass. civ. 1^{re}, 22 mars 2012 : Bull. civ. I, n° 68 ; D. 2012. 877 ; RTDCiv. 2012. 529, obs. Jourdain ; RDC 2012. 813, obs. Carval. Perte de chance de faire fructifier son patrimoine : Cass. civ. 3^e, 18 juin 2014, n° 13-13.617 P : AJDI 2015. 129, obs. Prigent (rétractation fautive au bénéfice du statut du fermage) - Perte de chance, pour le vendeur d'un immeuble, de vendre son bien au même prix pour une surface moindre, le vendeur ayant été condamné à indemniser l'acquéreur pour une moindre mesure par rapport à la superficie convenue : Cass. civ. 3^e, 28 janvier 2015, n° 13-27.397 : D. 2015. 657, note Rouvière ; JCP 2015, n° 216, note Viney - Cassation de l'arrêt indemnisant intégralement les acquéreurs d'un immeuble rénové, sur le fondement d'un manquement à l'obligation d'information et de conseil, pour le préjudice lié aux travaux de reprise nécessités par l'exécution défectueuse de la rénovation effectuée sans assurance, sans constater qu'il était certain que, mieux informés, les acquéreurs auraient pu obtenir un avantage équivalent au coût des travaux de réparation : Cass. civ. 1^{re}, 9 décembre 2010 : Bull. civ. I, n° 255 ; Dalloz actualité, 17 janvier 2011, obs. Prigent ; RDI 2011. 119, obs. Dessuet.

actuelle et certaine d'une éventualité favorable⁵¹ et si le dommage dont le créancier demande la réparation n'est que l'une des éventualités envisageables après l'inexécution, ou le retard de l'exécution, de la convention, autrement dit si le débiteur expose le créancier à un simple risque, la jurisprudence française refuse classiquement d'octroyer des dommages et intérêts au motif « qu'un risque, fût-il certain, ne suffit pas à caractériser la perte certaine d'une chance et que le préjudice en résultant était purement éventuel »⁵². Toutefois, la perte d'une chance, même faible, est indemnisable comme l'affirme cet arrêt rendu par la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation le 16 janvier 2013⁵³, affirmation par la voix de sa chambre commerciale rendu le 13 mai 2014 : « la perte certaine d'une chance même faible est indemnisable »⁵⁴.

La proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile présentée par le Sénat le 29 juillet 2020 prévoit clairement à l'article 1236 que « le préjudice futur est réparable lorsqu'il est la prolongation certaine et directe d'un état de choses actuel » et à l'article 1237 que « la perte de chance constitue un préjudice réparable dès lors qu'elle consiste en la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable »⁵⁵. Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile prévoit dans le même sens que « seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable ». Toutefois, la proposition (article 1237) comme le projet (article

⁵¹ Cass. civ. 1^{re}, 21 novembre 2006 : Bull. civ. I, n° 498 ; D. 2006. IR 3013 ; JCP 2007. II. 10181, note Ferrière ; *ibid.* I. 115, n° 2, obs. Stoffel-Munck ; RDC 2007. 266, obs. D. Mazeaud (absence de perte de chance d'intenter un pourvoi en cassation, du fait de l'inertie de l'avocat, dès lors que les clients disposaient encore de la possibilité de se pourvoir contre la décision litigieuse, signifiée par un acte dont la mention relative au délai du recours en cassation était erronée) ; 8 mars 2012: Bull. civ. I, n° 47 ; D. 2012. 736 (absence de perte de chance du versement d'une commission stipulée irrégulièrement dans le mandat d'un agent immobilier).

⁵² Cass. civ. 1^{re}, 16 juin 1998, n° 96-15.437, Mazé : JurisData n° 1998-002738 ; JCP E 1999, 2077, L. Leveneur (cassation de l'arrêt accueillant l'action en responsabilité pour perte de chance de titulaires de parts d'un cheval de course contre le porteur majoritaire, fondée sur la mise à disposition du cheval décidée par ce dernier à une société étrangère, en raison d'un risque d'augmentation des saillies et d'une concurrence de celle-ci, qui n'a pris aucune obligation quant à la limitation des saillies).

⁵³ Cass. civ. 1^{re}, 16 janvier 2013, pourvoi n° 12-14.439, D. 2013. 243, obs. I. Gallmeister, 619, note M. Bacache, 2014. 47, obs. P. Brun, et 169, obs. T. Wickers ; D. avocats 2013. 196, note M. Mahy-Ma-Somga et J. Jeannin ; RTDCiv. 2013. 380, obs. P. Jourdain.

⁵⁴ Cass. com., 13 mai 2014, pourvoi n° 13-11.758.

⁵⁵ Dans le projet de réforme du droit de la responsabilité civile présenté par la Chancellerie l'article 1238 prévoit dans le même sens que « seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable ».

1238) prévoient que le préjudice que constitue la perte de chance réparable « doit être mesuré à la chance perdue et ne peut être égal à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée »⁵⁶.

B- Un préjudice prévu ou prévisible.

263. Une règle propre à l'inexécution contractuelle. L'article 1231-3 du Code civil dispose que « le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive ». Il reprend ainsi en gros les dispositions de l'ancien article 1150 mais avec une formule plus simplifiée et ajoute clairement la notion de « faute lourde » auparavant non visée directement par le texte mais assimilée par la jurisprudence au dol⁵⁷. A son tour, l'article 1251 du projet de réforme du droit de la responsabilité civile reprend le même principe, en des termes différents : « sauf faute lourde ou dolosive, le débiteur n'est tenu de réparer que les conséquences de l'inexécution raisonnablement prévisibles lors de la formation du contrat »⁵⁸. Applicable au préjudice causé par toute inexécution contractuelle cette règle de la prévisibilité du dommage a naturellement vocation à s'appliquer au préjudice moratoire, le retard dans l'exécution étant une forme d'inexécution.

264. Origine et fondement de la règle. La règle de la prévisibilité du dommage trouve son origine dans une constitution de Justinien (C.7.47) qui limitait l'indemnité au double de la valeur vénale dans le cas d'une chose certaine et qui considérait que

⁵⁶ En droit libanais, l'article 264 du COC dispose qu'il peut être fait état des dommages futurs dans les conditions et les mesures fixées dans l'article 134 §6. Ce dernier dispose qu' « exceptionnellement, le juge peut prendre en considération les dommages futurs si, d'une part, leur réalisation est certaine et si, en outre, il possède les moyens d'en apprécier à l'avance l'importance exacte ».

⁵⁷ L'ancien article 1150 disposait ainsi que « le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée ». Dans le même sens l'article 262 du COC libanais dispose qu' « en matière contractuelle, la réparation ne concerne que les dommages qui étaient prévisibles lors de la formation de la convention, du moins si le débiteur n'a point commis de dol ».

⁵⁸ L'article 1251 de la proposition de loi présentée par le Sénat pour la réforme de la responsabilité civile reprend les mêmes exactes dispositions.

pour les obligations incertaines, le montant des dommages et intérêts ne doit pas dépasser le dommage effectivement subi. Les commentateurs de cette constitution ont exclu par la suite la limitation dans le cas de dol du débiteur. Ch. Dumoulin⁵⁹ a ainsi distingué entre les dommages prévus et imprévus, le débiteur n'étant tenu qu'à concurrence des dommages qu'il a pu prévoir (« les limites du danger prévu et tacitement accepté ne doivent pas être dépassées »)⁶⁰. Enfin, ce sont J. Domat puis R. Pothier⁶¹ ont formalisé la règle selon laquelle le débiteur n'est tenu que du seul dommage prévisible sans autre limitation, à moins qu'il n'ait commis un dol et les codificateurs ont repris leur doctrine. Cette règle trouve son fondement dans deux idées principales : la nécessité de respecter la prévision des parties lors de la conclusion du contrat en ce sens que le débiteur ne devrait pas être tenu au-delà du dommage qu'il a pu prévoir de causer à son cocontractant en cas d'inexécution de ses obligations⁶², et le souci d'encourager les opérations économiques sans entraver le débiteur et mettre à sa charge une obligation de réparation trop vaste, plus vaste que l'étendue du contrat, et susceptible de le dissuader de contracter⁶³.

265. Application de la règle par le juge. La jurisprudence considère qu'un dommage est prévisible lorsqu'il peut être normalement prévu par les contractants au moment de la conclusion de la convention⁶⁴. Toutefois, les juges du fond ne sont pas tenus de rechercher d'office si le dommage dont la réparation est demandée était

⁵⁹ Juriste français, né à Paris en 1500, mort en 1566 et qui trouva le premier les véritables sources du droit français et en posa les règles fondamentales.

⁶⁰ V. Jean-Louis Thireau, Charles Dumoulin : Étude sur les sources, la méthode, les idées politiques et économiques d'un juriste de la Renaissance, Genève, Droz, 1980.

⁶¹ V. Van Ryn, Responsabilité aquilienne et contrats en droit positif, Bruxelles, 1933, p. 86 et s. ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, Leçons de droit civil, t. 3, 1^{er} vol., 7^e éd. par Y. Picod, Montchrestien, 1999, n° 2375-2 ; J.-P. Lévy et A. Castaldo, Histoire du droit civil, 2002, Dalloz, n° 666.

⁶² Ch. Larroumet, S. Bros, Traité de droit civil, tome 3, Les obligations. Le contrat, Economica, 9^e éd. 2018, n°657.

⁶³ G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, Les effets de la responsabilité, sous la dir. de J. Ghestin, LGDJ, 4^e éd. 2017, n° 333.

⁶⁴ Cass. civ. 1^{re}, 25 janvier 1989 : D. 1989. IR 47.

prévisible ou non⁶⁵. En effet, il a été décidé que si « seul le dommage prévisible, lors de la conclusion du contrat, est réparable, il ne ressort ni des énonciations du jugement attaqué, ni d'aucune des autres productions, que la société Air France (le transporteur) ait soutenu qu'elle ne pouvait prévoir, lors de la conclusion du contrat, que le terme du vol faisant l'objet de celui-ci, n'était pas la destination finale des intéressés et que ces derniers avaient conclu un autre contrat de transport aérien, avec une autre compagnie aérienne, pour poursuivre leur voyage ; que, dès lors, la juridiction de proximité n'était pas tenue de procéder à une recherche qui ne lui était pas demandée »⁶⁶. Le moyen tiré du caractère prévisible ou imprévisible du dommage étant mélangé de fait et de droit ne peut d'ailleurs pas être invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation⁶⁷, et les juges du fond apprécient souverainement les faits dont ils déduisent le caractère prévisible ou imprévisible du dommage⁶⁸, la Cour de cassation exerçant par la suite son contrôle uniquement sur la notion d'imprévisibilité⁶⁹.

266. Prévisibilité de la cause ou prévisibilité de l'étendue du dommage ? La question s'est posée de savoir si la prévisibilité exigée était une prévisibilité de la cause ou une prévisibilité de l'étendue du dommage et elle n'est pas sans importance puisqu'elle influe directement sur l'étendue finale du dommage réparable. Dans un arrêt de principe du 7 juillet 1924⁷⁰, la Cour de cassation a déclaré que le texte de l'ancien article 1150 du Code civil « ne fait aucune allusion à la prévision de la cause

⁶⁵ Cass. civ. 1^{re}, 15 juillet 1999 : Bull. civ. I, n° 242 ; R., p. 401 ; D. Affaires 1999. 1239, obs. J.F.; RTDCiv. 1999. 843, obs. Jourdain ; v. déjà Cass. civ. 9 janvier 1940, DP 1940. 1. 49, note L.P., Gaz. Pal. 1940. 1. 247 ; Cass. civ. 1^{re}, 15 juillet 1999, n° 97-10.268, Bull. civ. I, n° 242.

⁶⁶ Cass. civ. 1^{re}, 2 avril 2014, n° 13-16.038 P: D. 2014. 1755, note Paulin ; JCP 2014, n° 793, note Delebecque.

⁶⁷ Cass. com. 2 juillet 1962, n° 59-12.275, Bull. civ. III, n° 331.

⁶⁸ Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 1998, n° 95-16.887, D. 1998. 160 ; RTDCom. 1999. 494, obs. B. Bouloc.

⁶⁹ Cass. civ. 1^{re}, 28 avril 2011, n° 10-15.056 : Bull. civ. I, n° 77 ; D. 2011. 1280, obs. Gallmeister ; *ibid.* 1725, note Bacache ; *ibid.* 2012. Pan. 47, obs. Gout ; *ibid.* 2012. Pan. 459, obs. Amrani-Mekki et Mekki ; JCP 2011. 1253, obs. Bernheim-Van de Castele ; Gaz. Pal. 2011. 1529, note Vignolle ; RTDCiv. 2011. 547, obs. Jourdain ; CCC 2011, n° 154, obs. Leveneur ; RCA 2011, n° 242, obs. Hocquet-Berg ; RLDC 2011/85, n° 4331, note Garaud ; RDC 2011. 1157, note Laithier ; *ibid.* 1163, note Viney. Dans le même sens, Cass. civ. 1^{re}, 14 janvier 2016, n° 14-28.227. Dans ce sens, G. Viney. P. Jourdain et S. Carval, Les effets de la responsabilité, *op. cit.*, n° 324.

⁷⁰ Cass. civ., 7 juillet 1924, D. 1927. 119, S. 1925. 1. 321, note R. Lescot.

du dommage, et que, loin de mettre à la charge du débiteur de bonne foi des dommages-intérêts dont la quotité dépasserait ses prévisions, il déclare explicitement que, hors le cas de dol, le débiteur n'est tenu que des dommages-intérêts qui ont pu être prévus lors du contrat ». En d'autres termes, la recherche de la prévisibilité du dommage doit viser l'importance ou l'étendue de ce dommage, non sa cause. Une partie de la doctrine ne semble pas approuver cette interprétation de la condition de prévisibilité. C. Aubry et C. Rau considèrent ainsi que « la distinction entre les dommages-intérêts prévus ou non prévus ne concerne que la cause du dommage et est étrangère à sa quotité, de sorte que le débiteur, fût-il de bonne foi, doit la réparation complète du dommage causé par sa faute, si la cause du dommage a pu être prévue, et bien que, par suite de circonstances extraordinaires, son importance ait notablement dépassé les prévisions des parties »⁷¹. De même, d'autres auteurs comme G. Viney, P. Jourdain et S. Carval considèrent que lorsqu'un meuble qui a été confié à un dépositaire est volé et que l'on découvre qu'un tiroir secret contenait un bien de très grande valeur, le dépositaire est tenu de l'intégralité du préjudice dont la cause, le vol, n'était pas imprévisible⁷². La jurisprudence réaffirme pourtant de manière constante sa position concernant cette condition de prévisibilité qui concerne uniquement l'étendue du dommage et qui doit être appréciée *in abstracto*⁷³. Ainsi dans un arrêt récent la chambre commerciale de la Cour de cassation énonce au visa de l'article 1150 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, qu'« il résulte du texte précité qu'en matière de responsabilité contractuelle, le dommage n'est indemnisable que s'il était prévisible lors de la conclusion du contrat et a constitué une suite immédiate et directe de l'inexécution de ce contrat »⁷⁴. Dans un arrêt un peu plus ancien

⁷¹ C. Aubry et C. Rau, Cours de droit civil français, t. 4, 5^e éd., § 308, note 41, p. 171.

⁷² G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *op. cit.*, n° 321 ; Dans le sens contraire, P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, Les obligations, préc., n° 965 : « la prévisibilité ne concerne pas ici la survenance du dommage, comme pour établir la faute lourde, mais uniquement son étendue. En ce sens, le dommage est imprévisible lorsque son étendue ne pouvait être raisonnablement prévue au moment de la conclusion du contrat ».

⁷³ H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, Leçons de droit civil, t. 3, 1^{er} vol., préc., n° 2381-2 ; G. Durry, obs. RTDCiv. 1983. 145, n° 10

⁷⁴ Cass. com. 11 mars 2020, n° 18-22.472 : Gaz. Pal. 15 sept. 2020, n° 31, p. 29, note D. Houtcieff. Dans le même sens, sur le caractère prévisible du préjudice : Cass. civ. 1^{re}, 26 septembre 2012, pourvoi n° 11-13.177, Bull. 2012, I, n° 185 (cassation partielle) ; Cass. civ. 1^{re}, 28 avril 2011, préc.

qui date de 2011 la première chambre civile de la Cour de cassation avait refusé d'indemniser des vacanciers que le retard de leur train a empêché de partir, faute d'expliquer en quoi la SNCF pouvait prévoir, lors de la conclusion du contrat, que le terme du voyage en train n'était pas la destination finale et qu'ils avaient conclu des contrats de transport aérien⁷⁵. A aussi été cassé l'arrêt ayant admis l'indemnisation du préjudice subi par une avocate, n'ayant pu assister à une audience, au titre de la perte d'honoraires et de crédibilité à l'égard de son client, sans établir que le dommage invoqué était prévisible lors de la conclusion du contrat de transport, si ce n'est quant au coût de celui-ci rendu inutile par l'effet du retard subi, et constituait une suite immédiate et directe de l'inexécution de ce contrat⁷⁶. De même, dans un arrêt portant sur le retard dans le paiement d'une créance monétaire, la Cour de cassation a décidé que « pour rejeter la demande du liquidateur tendant à la condamnation de la société M... à supporter les frais financiers dus au retard de paiement de la cargaison durant 70 jours alors qu'elle avait constaté que le paiement contractuellement convenu de la marchandise livrée, au moyen d'une lettre de crédit payable à vue émise par la société M..., était intervenu avec retard, ce dont il résultait que l'acquéreur était tenu de réparer ces dommages prévisibles causés directement par le manquement à son obligation contractuelle, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations »⁷⁷.

267. Prévisibilité en période d'instabilité monétaire. La question s'est posée de savoir si, en période d'instabilité monétaire, la prévision ou la prévisibilité du dommage prévue par l'article 1231-3 et avant lui l'article 1150 du Code civil concernait seulement les éléments constitutifs du dommage ou si elle s'appliquait aussi à

⁷⁵ Cass. civ. 1^{re}, 28 avril 2011, préc. Dans le même sens, Cass. civ. 1^{re}, 23 juin 2011: RCA 2011, n° 315 ; RDC 2011. 1157, note Laithier. Rappr.: CA Paris, 31 mars 1994: Gaz. Pal. 1994. 1. 407, Dijon, 7 oct. 2003: RCA 2004, n° 3, note Radé (une compagnie de taxis devait prévoir que des clients ayant commandé un taxi pour le lendemain matin voulaient prendre le train conduisant à l'aéroport et donc poursuivre leur voyage).

⁷⁶ Cass. civ. 1^{re}, 26 septembre 2012 : Bull. civ. I, n° 185 ; D. 2012. 2305, obs. Gallmeister ; RTDCom. 2012. 843, obs. Bouloc ; RCA 2012, n° 330, obs. Hocquet-Berg ; Gaz. Pal. 2012. 3317, obs. Pierroux. Comp.: CA Paris, 22 septembre 2010: D. 2011. Actu. 12, obs. Gallmeister ; JCP 2011, n° 47, note Clerc (indemnisation du préjudice subi par l'avocat qui n'a pas pu plaider en raison d'un retard de train).

⁷⁷ Cass. com., 4 juillet 2006, n° 04-19.577, Bull. civ. IV, n° 164.

l'équivalent monétaire destiné à le réparer. La Cour de cassation a tranché cette question en retenant « qu'il s'agissait exclusivement, dans l'espèce, de l'augmentation des cours sous l'influence des variations monétaires ; que, dans ce cas, l'[anc.] art. 1150 c. civ. est sans application, ce texte ne concernant pas une telle variation, une fois le dommage déterminé dans sa nature et dans son étendue »⁷⁸. Elle a ainsi affirmé que « les dispositions de ce texte (l'anc. art. 1150), qui limitent la responsabilité du débiteur, concernent seulement la prévision ou la prévisibilité des éléments constitutifs du dommage, et non l'équivalent monétaire destiné à le réparer »⁷⁹. Bref, ce qui doit être prévisible, c'est l'étendue du préjudice réparable non le montant de l'indemnité destinée à le compenser.

268. La prévisibilité du dommage en présence d'un dol ou d'une faute lourde.

Si un dol ou une faute lourde de la part du débiteur sont établis, la limite posée par l'article 1150 ancien (art. 1231-3 nouveau) du Code civil est écartée et le responsable est alors tenu de l'intégralité des dommages et intérêts, prévisibles et imprévisibles⁸⁰. La notion de *dol ou de faute dolosive* n'a pas suscité d'hésitations et il a été décidé que le débiteur commet un dol ou une faute dolosive lorsque, de propos délibéré, il se refuse à exécuter ses obligations contractuelles, même si ce refus n'est pas dicté par l'intention de nuire à son cocontractant⁸¹. Ainsi, le transporteur de marchandise, qui s'est vu interdire toute sous-traitance par l'expéditeur et qui sous-traite l'opération, se refuse

⁷⁸ Cass. com. 16 février 1954, n° 5159, Bull. civ. III, n° 56 ; D. 1954. 534, note R. Rodière ; JCP 1954. II. 8062, note J.G.B.

⁷⁹ Cass. com. 4 mars 1965 : D. 1965. 449 ; JCP 1965. II. 14219, note R. Rodière (valeur du mobilier confié à un garde-meuble et détruit par incendie supérieure à celle déclarée par le client lors du contrat) ; Cass. civ. 1^{re}, 6 décembre 1983: Bull. civ. I, n° 287 ; solution reprise plusieurs fois par la suite : Cass. com., 17 mars 1969, n° 67-14.304, Bull. civ. III, n° 101 ; Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juin 1976, n° 75-11.611, Bull. civ. I, n° 208 ; Cass. civ. 1^{re}, 6 déc. 1983, n° 82-14.898, Bull. civ. I, n° 287.

⁸⁰ Cass. com., 15 décembre 1992, n° 90-19.490, Bull. civ. IV, n° 420 : « le débiteur d'une obligation n'est tenu que des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée ; que c'est donc à bon droit, qu'ayant retenu la faute lourde de Mme Y... dans l'exécution de la mission qui lui avait été confiée, la cour d'appel l'a condamnée à réparer la totalité des préjudices subis par son client ».

⁸¹ Cass. civ. 1^{re}, 4 février 1969, Soc. des comédiens français : Bull. civ. I, n° 60; D. 1969. 601, note J. Mazeaud ; JCP 1969. II. 16030, note Prieur. Dans le même sens : Cass. civ. 1^{re}, 22 octobre 1975 : Bull. civ. I, n° 290; D. 1976. 151, note J. Mazeaud ; Cass. com. 19 janvier 1993: Bull. civ. IV, n° 24 ; Cass. civ. 3^e, 10 févr. 1999: RCA 1999, n° 110 ; Cass. com. 4 mars 2008, n° 07-11.790, Bull. civ. IV, n° 53.

ainsi, de propos délibéré, à exécuter son engagement, et commet une faute dolosive qui le prive du bénéfice des limitations d'indemnisation⁸².

A la faute dolosive la jurisprudence a vite assimilé *la faute lourde* et ceci bien avant sa consécration explicite par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. La faute lourde empêchait ainsi le contractant auquel elle était imputable de limiter la réparation du préjudice qu'il a causé aux dommages prévus ou prévisibles lors du contrat ou de s'en affranchir par une clause de non-responsabilité⁸³. Cette solution déjà ancienne avait été reconfirmée par la 1^{re} chambre civile dans un arrêt du 29 octobre 2014⁸⁴ où elle a clairement décidé que « la faute lourde, *assimilable au dol*⁸⁵, empêche le contractant auquel elle est imputable de limiter la réparation du préjudice qu'il a causé aux dommages prévus ou prévisibles lors du contrat et de s'en affranchir par une clause de non-responsabilité » et a ainsi sanctionné la décision de la Cour d'appel qui avait jugé que « la faute lourde est inefficace pour évincer la limitation au préjudice prévisible de l'article 1150 du code civil ».

269. La définition jurisprudentielle de la faute lourde. Il est vrai que la jurisprudence a longtemps hésité sur la définition de la faute lourde. La Cour de cassation avait considéré dans un premier temps qu'il y avait faute lourde de la part du débiteur lorsque l'inexécution qui lui était imputable avait pour objet une obligation

⁸² Cass. com., 4 mars 2008 : Bull. civ. IV, n° 53 ; D. 2008. AJ 844, obs. Delpech ; *ibid.* 2009. Pan. 972, obs. Kenfack ; JCP 2008. II. 10079, note Guignard ; RLDC 2008/5, n° 2875, obs. Le Gallou ; Dr. et patr. février 2009, p. 132, obs. Aynès et Stoffel-Munck ; CCC 2008, n° 172, obs. Leveneur ; RTDCiv. 2008. 490, obs. Jourdain ; RTDCom. 2008. 845, obs. Bouloc.

⁸³ Cass. req., 24 octobre 1932 : DP 1932. 1. 176, note E. P. Même solution pour une clause limitative de responsabilité : V. Cass. civ. 29 juin 1932 : DP 1933. 1. 49 (1^{re} esp.), note Josserand ; Cass. com. 7 mai 1980 (deux arrêts) : Bull. civ. IV, nos 184 et 185 ; R., p. 42 ; D. 1981. 245, note F. Chabas (application en matière de transports routiers) ; Cass. com., 3 avril 1990, Bull. civ. IV, n° 108 (cassation pour défaut de base légale de l'arrêt ayant écarté une clause limitative de responsabilité sans caractériser l'existence d'une faute lourde) ; 15 déc. 1992 : Bull. civ. IV, n° 420 ; Cass. com., 16 novembre 2010 : Bull. civ. IV, n° 180 ; CCC 2011, n° 24, obs. Leveneur.

⁸⁴ Cass. civ. 1^{re}, 29 octobre 2014, n° 13-21.980, D. 2014. 2240 ; Dalloz actualité, 13 novembre 2014, obs. T. Coustet ; L'unité et l'utilité de la faute lourde en matière contractuelle, Vincent Mazeaud, D. 2015. 188.

⁸⁵ Nous soulignons.

contractuelle considérée comme essentielle⁸⁶, fondamentale⁸⁷ ou substantielle⁸⁸. Plusieurs auteurs, dont notamment Ch. Larroumet, se sont élevés contre cette objectivation de la faute lourde qui mettait à mal la liberté contractuelle d'autant plus que la notion d'obligation essentielle est insaisissable et que la seule volonté des contractants peut imprimer un tel caractère essentiel à une obligation objectivement accessoire : « (...) une imprudence ou une négligence dans l'exécution d'une obligation, quel que soit le caractère essentiel de cette obligation, n'est pas nécessairement une faute lourde. Le critère de la faute lourde ne se trouve pas dans l'importance de l'obligation inexécutée, mais dans le comportement du débiteur »⁸⁹. Après un long feuilleton jurisprudentiel⁹⁰, une « saga » comme l'a appelée D. Mazeaud⁹¹, en matière de contrat de transport qui avait commencé avec le premier arrêt Chronopost du 22 octobre 1996⁹² et s'est terminé avec l'arrêt Faurecia du 29 juin 2010⁹³, la chambre

⁸⁶ Cass. civ. 1^{re}, 18 janvier 1984 Bull. civ. I, n° 27: en raison du caractère essentiel de l'obligation inexécutée (défaut d'acheminement des bulletins du Loto) et de la gravité des conséquences possibles du manquement constaté, celui-ci s'analyse en une faute lourde faisant obstacle à l'application de la clause exonératoire de responsabilité ; JCP 1985. II. 20372, note J. Mouly ; RTDCiv. 1984. 727, obs. J. Huet ; Cass. civ. 2^e, 9 mai 1990, n° 89-10.172, RTDCiv. 1990. 667, obs. P. Jourdain.

⁸⁷ Cass. civ. 1^{re}, 15 novembre 1988, D. 1989. 349, obs. P. Delebecque ; RTDCiv. 1990. 666, obs. P. Jourdain.

⁸⁸ Cass. civ. 1^{re}, 2 décembre 1997, n° 95-21.907 : la non-exécution d'une obligation prévue par une clause expresse, de sorte qu'elle constituait une condition substantielle du contrat, caractérise la faute lourde ; Bull. civ. I, n° 349 ; D. 1998. 200, obs. D. Mazeaud ; RTDCiv. 1998. 673, obs. J. Mestre ; JCP 1998. I. 144, nos 10 s., obs. G. Viney ; LPA 24 juill. 1998, note Briton.

⁸⁹ Ch. Larroumet, S. Bros, Les obligations, Le contrat, préc. spéc. n° 625.

⁹⁰ Pour un bilan de ce feuilleton jurisprudentiel, V., entre autres, GAJC, 12^e éd., 2008, n° 157 et 166-167 ; P. Delebecque et D. Mazeaud, Les clauses de responsabilité : clauses de non responsabilité, clauses limitatives de réparation, clauses pénales, *in* Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Bruylant, LGDJ, 2001, p. 361 s. ; G. Loiseau, Le crépuscule des clauses limitatives de réparation, RLDC, mai 2007, p. 6 s. ; D. Mazeaud, Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons, D. 2008. 1776. *Adde*, le dossier spécial consacré à cette question *in* RDC 2008. 979 s., avec les contributions de C. Aubert de Vincelles, P. Delebecque, T. Génicon, O. Deshayes, D. Houtcieff et D. Mainguy.

⁹¹ D. Mazeaud, « Clauses limitatives de réparation : la fin de la saga ? », D. 2010. 1832.

⁹² Cass. com., 22 octobre 1996 (Société Banchereau vs Société Chronopost), pourvoi n° 93-18632 : Bull. civ. IV, n° 261 ; GAJC, 11^e éd., n° 156 ; D. 1997, p. 121, note Sériaux ; *ibid.*, 1997, somm., p. 175, obs. Delebecque ; JCP 1997, II, 22881, note D. Cohen ; *ibid.*, I, 4025, n° 17, obs. G. Viney ; *ibid.*, I, 4002, n° 1, obs. M. Fabre-Magnan ; Gaz. Pal. 1997, 2, p. 519, note R. Martin ; Defrénois 1997, p. 333, obs. D. Mazeaud ; CCC 1997, n° 24, obs. L. Leveneur ; RTDCiv. 1997, p. 418, obs. J. Mestre.

⁹³ Cass. com. 29 juin 2010, Faurecia, n° 09-11.841: Bull. civ. IV, n° 115 ; Rapp. 2010 ; D. 2010. 1832, obs. et note D. Mazeaud ; *ibid.* 2011. 35, obs. Brun et Gout ; *ibid.* 472, obs. Amrani Mekki et Fauvarque-Cosson ; RTDCiv. 2010. 555, obs. Fages.

commerciale de la Cour de cassation a fini par considérer que « *la faute lourde ne peut résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur* ». La première chambre civile s'est inscrite dans le sillage de cette jurisprudence de la chambre commerciale par un arrêt rendu le 29 octobre 2014⁹⁴ dans lequel elle a consacré la conception subjective de la faute lourde en s'assurant que la cour d'appel a bien caractérisé « *une négligence d'une extrême gravité, confinant au dol et dénotant l'inaptitude du déménageur, maître de son action, à l'accomplissement de la mission contractuelle qu'il avait acceptée, constitutive d'une faute lourde* »⁹⁵.

Pour être pris en compte par le Droit, le préjudice moratoire, comme tout autre préjudice, doit être attaché par un lien causal au fait générateur du dommage dans le sens où il doit être une suite immédiate et directe du retard.

C- Une suite immédiate et directe du retard : le rapport de causalité.

270. Définition du lien de causalité. Il est traditionnellement admis que la responsabilité civile, qu'elle soit contractuelle ou extracontractuelle, suppose un lien de cause à effet entre le préjudice et le fait dommageable. Si en matière de responsabilité contractuelle il arrive que le dommage se résume à l'inexécution définitive de l'obligation ce qui, évidemment, coupe court à toute discussion sur la causalité entre ces deux événements, l'invocation par le créancier d'un préjudice

⁹⁴ Cass. civ. 1^{re}, 29 octobre 2014, préc.

⁹⁵ Notons que cette faute lourde a disparu au profit de la faute inexcusable en matière de droit de transport. En effet, l'article L.133-8 introduit dans le code de commerce par la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires dispose que « seule est équipollente au dol la faute inexcusable du voiturier ou du commissionnaire de transport. Est inexcusable la faute délibérée qui implique la conscience de la probabilité du dommage et son acceptation téméraire sans raison valable. Toute clause contraire est réputée non écrite ». Cet article exige désormais, pour écarter les plafonds de responsabilité contenus dans certains textes (la Convention CMR de 1956, par exemple), non seulement une faute lourde mais une faute inexcusable, mettant ainsi fin à la jurisprudence antérieure qui écartait les clauses limitatives de responsabilité en cas de faute lourde, elle-même définie comme « une négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du transporteur à accomplir la mission qu'il a acceptée ». Sur la distinction entre les trois types de fautes v. G. Viney, Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde, D. 1975. chron. 263 ; O. Deshayes, La disparition de la faute lourde en droit des transports, RDC 2010. 615.

distinct de l'inexécution, comme par exemple un préjudice moratoire par le retard dans son exécution, pose avec acuité la question de la relation causale entre le préjudice moratoire subi et l'inexécution contractuelle. Généralement abordée comme une constante de la responsabilité civile⁹⁶, la notion de lien de causalité n'est pas définie clairement dans le code civil français. Elle ne l'a pas été en 1804 et la réforme apportée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 n'a rien ajouté sur ce plan. Reprenant les termes de l'ancien article 1151, le nouvel article 1231-4 du Code civil se contente ainsi de disposer que « dans le cas même où l'inexécution du contrat résulte d'une faute lourde ou dolosive, les dommages et intérêts ne comprennent *que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution* ». Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile, comme la proposition de loi n° 678 portant réforme de la responsabilité civile, prévoient à l'article 1239 du Code civil que « la responsabilité suppose l'existence d'un lien de causalité entre le fait imputé au défendeur et le dommage. Le projet de réforme ajoute un second alinéa qui dispose que « le lien de causalité s'établit par tout moyen »⁹⁷. L'un comme l'autre ne donne pas de définition claire de ce lien de causalité et omettent même d'en exiger explicitement un caractère direct.

La jurisprudence n'ignore toutefois pas la question et, rappelant régulièrement la nécessité de l'existence d'un lien de causalité dans le domaine contractuel⁹⁸, considère que seul est indemnisable le préjudice qui est la conséquence directe, la « suite nécessaire »⁹⁹ du fait ou de l'acte dommageable. Le dommage indirect, ou « en cascade » selon l'expression imagée de Josserand¹⁰⁰, n'est donc pas indemnisable, même en cas

⁹⁶ Par ex. : J. Carbonnier, *Droit civil, tome 2 : Les biens, Les obligations*, préc. p. 390. Plus largement, Ch. Quezel-Ambrunaz, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile* : NBT, vol. 99, Dalloz, 2010 ; J. Lagoutte, *Les conditions de la responsabilité en droit privé* : Thèse Bordeaux IV, 2012, n° 220 s.

⁹⁷ La précision de la deuxième phrase du texte est superfétatoire. Elle constitue une redite de l'article 1358 nouveau du code civil et devrait être supprimée. Elle n'a ainsi pas été reprise dans la proposition de loi présentée par le Sénat.

⁹⁸ Par ex. : Cass. civ. 1^{re}, 28 janvier 1997 JurisData n° 1997-000302 ; Bull. civ. 1997, I, n° 35 ; Cass. ass. plén., 17 novembre 2000, n° 99-13.701: JurisData n° 2000-006884 ; Bull. civ. 2001, ass. plén., n° 9.

⁹⁹ La formule est de R. Pothier, *Traité des obligations*, t. 1, nouvelle éd. Paris 1805 nos 166 et s.

¹⁰⁰ *Cours de droit civil positif français*, t. II, 2^e éd., 1933, n° 449.

de dol. Or pour déterminer si un préjudice constitue une « suite immédiate et directe de l'inexécution » la méthode la plus simple consiste à examiner la continuité de l'enchaînement causal, de vérifier « l'empreinte continue du mal »¹⁰¹. Dès qu'un événement s'est interposé dans l'enchaînement causal (fait de la victime, fait d'un tiers etc...), la causalité est rompue et le dommage n'est pas réparable. Il y a rupture du lien de causalité directe par suite du *novus actus interveniens*, selon l'expression latine¹⁰² et le dommage qui n'était pas une « conséquence inévitable » du fait initial¹⁰³ n'est pas réparable. Toutefois, n'est pris en considération que la rupture totale du lien de causalité et cette rupture totale n'a lieu que si le fait de la victime ou du tiers, *le novus actus*, apparaît d'un degré de gravité égal ou supérieur à celui de l'auteur de l'inexécution. Dans le cas contraire, ce dernier reste responsable de la réparation du dommage occasionné même si un partage de responsabilité intervient¹⁰⁴.

271. Preuve du lien de causalité. Élément autonome de la responsabilité, indépendant de la faute et du préjudice, le lien causal doit en principe être constaté. Une fois établi le retard fautif imputable au débiteur et le préjudice moratoire subi par le créancier, il se crée dans l'esprit une sorte de présomption que ce préjudice a été causé par le retard fautif. Or, ce n'est pas forcément le cas et la jurisprudence exige depuis longtemps déjà que le lien de causalité soit expressément constaté, car « il ne suffit pas à la partie lésée d'établir la faute du défendeur et le préjudice : il lui faut encore prouver l'existence du lien direct de cause à effet entre cette faute et le

¹⁰¹ N. Dejean de la Bâtie, dans Aubry et Rau, t. VI-2, Responsabilité délictuelle, 8^e éd., 1989, Litec, n° 393 ; idée ensuite reprise par P. Brun, Responsabilité civile extracontractuelle, LexisNexis, 3^e éd. 2014, nos 286 et s., et n° 393 ; Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, La Responsabilité civile délictuelle : PUG, Le droit en plus, 2000 ; Ph. Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats : Dalloz, Dalloz-Action, 11^e éd. 2018-2019, n° 1777.

¹⁰² J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, La responsabilité civile, t. I, Principes généraux, éd. Y. Blais, 2007, n° 1.630.

¹⁰³ Cass. civ. 2^e, 14 juin 1995, n° 93-20.103, Bull. civ. II, n° 187.

¹⁰⁴ En droit libanais, l'article 261 du COC définit clairement le lien de causalité comme étant le rattachement avec une complète certitude du dommage, direct ou indirect, à l'inexécution de l'obligation, ce qui rejoint la définition qui en est donnée par la jurisprudence française, avec la seule différence que le droit libanais admet la réparation du dommage indirect à condition qu'il puisse être rattaché avec une complète certitude à l'inexécution.

préjudice »¹⁰⁵. Les juges du fond, saisis de l'action en réparation, doivent ainsi constater l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage et sont soumis sur ce plan-là au contrôle de la Cour de cassation, le rapport de causalité constituant une notion de droit. La preuve du lien de causalité peut être établie par tous moyens, y compris par des présomptions¹⁰⁶, à condition que ces présomptions soient graves, précises et concordantes, selon la formule de l'article 1382 (anc. art. 1353) du Code civil, et qu'il ne s'agisse pas de simples hypothèses. Un faisceau d'indices est parfois retenu comme caractérisant le rôle causal¹⁰⁷. La preuve par exclusion est aussi admise : le dommage est lié directement à la cause quand aucune autre cause que celle qui est avancée ne permet de l'expliquer¹⁰⁸.

Lorsqu'il s'agit d'un retard dans le paiement d'une obligation monétaire la preuve du lien de causalité semble suivre dans sa spécificité la preuve du préjudice moratoire qui présente à cet égard plusieurs particularités liées à la nature de l'obligation que le débiteur tarde à exécuter.

Section 2- La preuve du préjudice moratoire.

272. Nécessité de la preuve du préjudice. En application des règles de droit commun, le préjudice moratoire devrait être prouvé et la charge de la preuve incombe en principe au créancier qui en demande la réparation. Ainsi, la Cour de cassation n'hésite pas à censurer un arrêt pour avoir accordé une indemnisation en s'appuyant uniquement sur « un retard insolite de plusieurs mois »¹⁰⁹. De même, il a été décidé en

¹⁰⁵ Cass. civ., 14 mars 1892, DP 1892. 1. 523.

¹⁰⁶ V. sur la question, Ph. Brun, Les présomptions dans le droit de la responsabilité civile, thèse Grenoble II, 1993 ; Ph. Pierre, Les présomptions relatives à la causalité, RLDC 2007, supplément au n° 40, p. 39.

¹⁰⁷ Cass. civ. 1^{re}, 5 avril 2005, n° 02-11.947, Bull. civ. I, n° 173, D. 2005. 2256, note A. Gorny, D. 2006, pan. 1931, obs. P. Jourdain, JCP 2005. II. 10085, note L. Grynbaum et J.-M. Job, RTDCiv. 2005. 607, obs. P. Jourdain.

¹⁰⁸ Cass. civ. 1^{re}, 24 janvier 2006, n° 02-16.648, Bull. civ. I, n° 35 ; JCP 2006. I. 166, n° 5, obs. Ph. Stoffel-Munck, JCP 2006. II. 10082, note L. Grynbaum, 3^e esp. ; RTDCiv. 2006. 323, obs. P. Jourdain.

¹⁰⁹ Cass. civ. 1^{re}, 18 novembre 1963, Bull. civ., I, n° 419.

droit des transports aériens et terrestres que le retard n'est pas considéré à proprement parler comme un dommage mais peut seulement être la source d'un préjudice pour l'ayant droit, par exemple, s'il lui a fait manquer une affaire, et le seul fait qu'il y ait eu retard à la livraison n'autorise pas à présumer que le destinataire a subi un dommage¹¹⁰. Pour engager la responsabilité du transporteur routier, le demandeur devra ainsi prouver d'une part, le dépassement du délai de livraison et d'autre part, le préjudice particulier que lui a occasionné ce retard¹¹¹. Ce préjudice particulier consistera, le plus souvent, dans un préjudice commercial, comme le fait d'avoir manqué une vente ou une baisse du cours de la marchandise parvenue en retard à destination etc...

Toutefois, il arrive que les parties aient prévu dans leur convention *une clause pénale* fixant le montant de l'indemnité due en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution de l'obligation, dans lequel cas la clause pénale s'appliquerait du seul fait de l'inexécution ou du retard dans l'exécution sans qu'il ne soit nécessaire pour le créancier de prouver l'existence et l'étendue de son dommage¹¹². En effet, la clause pénale qui est réglemée par l'article 1231-5 du Code civil (anc. article 1152)¹¹³ sert à prévenir d'un côté les contestations relatives à l'existence même du dommage, de l'autre les discussions relatives au *quantum* des dommages et intérêts dus par le débiteur au créancier et ceci en instituant une sorte de présomption simple portant sur l'existence et sur l'étendue du préjudice résultant pour le créancier de l'inexécution. Dès lors, si un litige survient, le débiteur ne pourrait pas s'exonérer du paiement de la peine en démontrant la seule absence de préjudice. De plus, la charge de la preuve étant

¹¹⁰ V. R. Rodière, Droit des transports terrestres et aériens, 2^e éd., 1977, Sirey, n° 499 ; I. Bon-Garcin, M. Bernadet et Y. Reinhard, Droit des transports, Paris, Dalloz 2018, n° 4, n° 547.

¹¹¹ CA Paris, 5^e ch., 23 mai 1980 : BT 1980, p. 414 ; CA Agen, 26 novembre 1985 : BT 1986, p. 235. Il en est ainsi aussi en matière de transport routier international : Cass. com., 6 oct. 1975 : BT 1975, p. 478.

¹¹² Cass. civ. 3^e, 12 janvier 1994 : Bull. civ. III, n° 5 ; RTDCiv. 1994. 605, obs. Mestre ; Defrénois 1994. 804, obs. D. Mazeaud ; JCP 1994. I. 3809, obs. Viney (La clause pénale, sanction contractuelle du manquement d'une partie à ses obligations, s'applique du seul fait de cette inexécution) ; 20 décembre 2006 : Bull. civ. III, n° 256 ; D. 2007. AJ 371 ; JCP 2007. II. 10024, note Bakouche ; RDI 2007. 351, obs. Tournafond ; RDC 2007. 749, obs. Carval.

¹¹³ En droit libanais, c'est l'article 266 du COC qui contient les dispositions relatives à la clause pénale.

renversée, c'est désormais à lui de démontrer un éventuel excès manifeste de la peine par rapport à l'étendue réelle du dommage¹¹⁴.

Hormis le cas où les parties auraient prévu une clause pénale, le créancier qui souhaite obtenir la réparation de son préjudice moratoire doit, selon les règles traditionnelles de la responsabilité civile, prouver l'existence et l'étendue du dommage qu'il a subi. Ce genre de préjudice présente des spécificités quant à sa preuve quand il s'agit du retard dans l'exécution d'une obligation monétaire. Pour ce préjudice moratoire les articles 1231-6 et 1231-7 du Code civil, reprenant les termes des anciens articles 1153 et 1153-1, ont établi un principe de présomption du préjudice (§1) auquel une exception est apportée (§2).

§ 1- Le principe : un préjudice moratoire présumé pour les obligations monétaires.

273. Une présomption irréfragable de préjudice. Les articles 1231-6 et 1231-7 du Code civil, reprenant les termes des anciens articles 1153 et 1153-1, ont établi des règles spéciales pour la preuve du préjudice moratoire causé par le retard dans le paiement d'une obligation monétaire. Rappelons que la clé de répartition entre ces deux textes qui n'est pas évidente au premier abord réside dans le rôle joué par le juge dans l'évaluation de la créance productive d'intérêts¹¹⁵. Alors que l'article 1231-6 concerne la créance qui est *a priori* liquide et exigible avant toute intervention du juge qui se contente alors de fournir un titre exécutoire pour le paiement d'une créance déjà déterminée dans son montant, une créance « dont le principe et le montant résultent de la loi ou du contrat et non de l'appréciation du juge »¹¹⁶, ou encore « la créance d'une somme d'argent née et déterminée dans son montant antérieurement à toute décision du

¹¹⁴ J. Chevallier, obs. RTDCiv. 1969. 118.

¹¹⁵ Pour des développements sur la clé de répartition entre les deux textes v. *supra* n° 104 et s.

¹¹⁶ Cass. civ. 1^{re}, 29 novembre 2005 : Bull. civ. I, n° 449 ; Cass. com., 31 octobre 2006 : Bull. civ. IV, n° 214

juge qui se borne à la constater »¹¹⁷, et ceci qu'il s'agisse d'une créance prévue par le contrat¹¹⁸ ou d'une créance indemnitaire¹¹⁹, l'article 1231-7, quant à lui, régit la créance qui n'est liquidée et ne devient exigible qu'avec l'intervention d'une décision judiciaire qui en décide le principe et fixe le montant¹²⁰, à savoir notamment les indemnités de responsabilité contractuelle ou extracontractuelle mais aussi des créances ne relevant pas du champ de la responsabilité civile dès lors qu'elles sont évaluées par le juge telle une indemnité due par un fonds de garantie¹²¹, une indemnité fondée sur l'enrichissement sans cause¹²², une rémunération accordée au gérant de l'indivision par le juge sur le fondement de l'article 815-12 du code civil¹²³ ou encore des sommes octroyées par le juge en application de l'article 700 du Code de procédure civile¹²⁴.

Le législateur français a établi pour ces deux types d'obligations monétaires un régime de preuve différent de celui du droit commun. En effet, le non-paiement d'une indemnité liquidée par un jugement, quelle que soit la source de l'obligation qui lui a donné naissance, emporte automatiquement intérêts en droit français comme il ressort du dernier alinéa de l'article 1131-7 du code civil qui reprend les termes exacts de l'ancien article 1153-1 : « en toute matière, la condamnation à une indemnité

¹¹⁷ Cass. civ. 1^{re}, 14 octobre 2010 : Bull. civ. I, n° 199 ; Dalloz actualité, 3 novembre 2010, obs. Marrocchella.

¹¹⁸ A laquelle on associe par analogie l'obligation légale exigible: Cass. soc. 11 mars 1987, n° 85-12.980, Bull. civ. V, n° 129 ; Cass. com. 30 mai 1983, n° 82-10.130, Bull. civ. IV, n° 158.

¹¹⁹ Cass. civ. 1^{re}, 29 novembre 2005, n° 03-16.530, Bull. civ. I, n° 449. Il en est ainsi lorsque la victime a fait procéder à la réparation de son dommage avant la décision judiciaire son initiative ayant pour effet de transformer une créance de valeur en une véritable créance de somme d'argent : Cass. civ. 3^e, 10 mai 1989, n° 87-16.761, Bull. civ. III, n° 107 ; Cass. civ. 2^e, 2 juillet 1980, n° 78-14.873, Bull. civ. II, n° 172.

¹²⁰ Cass. com., 24 septembre 2002, n° 00-16.245, Bull. civ. IV, n° 130.

¹²¹ Cass. civ. 2^e, 22 novembre 2012, n° 11-25.988 ; Cass. civ. 2^e, 11 février 1998, nos 95-13.995 et 96-14.807, Bull. civ. II, n° 53.

¹²² Cass. soc., 1^{re} juillet 1997, n° 95-12.304 ; Cass. civ. 1^{re}, 11 mars 1997, n° 94-17.621, Bull. civ. I, n° 88.

¹²³ Cass. civ. 1^{re}, 11 juin 1996, n° 94-14.293, Bull. civ. I, n° 248 ; RTDCiv. 1999. 147, obs. Zenati. La solution est la même pour l'indemnité due par un indivisaire pour la jouissance d'un bien indivis : Cass. civ. 1^{re}, 13 décembre 1994, n° 92-20.780, Bull. civ. I, n° 369.

¹²⁴ Cass. civ. 3^e, 31 octobre 2007, n° 06-19.128, Bull. civ. III, n° 189 ; Cass. civ. 2^e, 6 mai 1999, n° 96-20.827, Bull. civ. II, n° 80 ; Cass. soc., 25 mars 1998, n° 95-44.075 ; Cass. soc., 2 mai 1989, n° 86-40.895, Bull. civ. V, n° 319.

*emporte*¹²⁵ intérêt (...) même en l'absence de demande ou de disposition spéciale du jugement ». Le choix du verbe « emporter » montre ainsi que le retard dans le paiement de ces indemnités liquidées par le juge génère un préjudice moratoire qui est irréfragablement présumé par la loi. Ce préjudice ne nécessite dès lors aucune preuve de la part du créancier et il est réparé même en l'absence de demande ou de disposition spéciale du jugement. Pour les obligations de somme d'argent liquides *ab initio*, l'article 1231-6 du Code civil dans son alinéa 2, reprenant les termes exacts de l'alinéa 2 de l'ancien article 1153, dispense, lui aussi, le créancier de faire la preuve de son préjudice moratoire et dispose ainsi de manière explicite que « les dommages et intérêts dus à raison du retard dans le paiement d'une obligation de somme d'argent (...) *sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte* ». Cette dispense est confirmée à l'article 1344-1 de ce code qui figure parmi les dispositions relatives à la mise en demeure et dispose ainsi clairement que « La mise en demeure de payer une obligation de somme d'argent fait courir l'intérêt moratoire, au taux légal, sans que le créancier soit tenu de justifier d'un préjudice ».

Le préjudice moratoire qui consiste normalement en une privation de la somme et de son loyer pour une période déterminée est donc présumé pour ce genre d'obligation. Nul besoin pour le créancier de le prouver et nulle possibilité pour le débiteur de prouver que, pour une raison ou une autre, le créancier n'aurait souffert d'aucun préjudice du fait du retard dans le paiement de sa créance monétaire. Le droit civil français, comme la plupart des autres droits voisins, suppose donc que la privation d'une somme d'argent est toujours préjudiciable. Peu importe l'utilisation qu'eût faite le créancier de cette somme, son préjudice est irréfragablement présumé. Dans un arrêt déjà ancien la Cour de cassation décide clairement que le débiteur ne peut échapper au paiement des intérêts moratoires en démontrant que le créancier n'a pas subi de préjudice du fait du retard, pas plus qu'il ne peut réduire le montant des intérêts dus au créancier en établissant que le préjudice subi est moindre que celui que réparent les intérêts légaux¹²⁶.

¹²⁵ Nous soulignons.

¹²⁶ Cass. civ., 10 juill. 1895: S. 1895, 1, p. 312; DP 1896, 1, p. 119.

274. La présomption de préjudice dans le droit comparé. Le droit allemand va dans le même sens, l'article 288 BGB ne mentionnant même pas le préjudice du créancier. Dès lors que le débiteur est en défaut de paiement, le créancier *a droit* à des intérêts moratoires¹²⁷. Le code des obligations suisse prévoit dans son article 104 alinéas 1^{er} à 3 que le débiteur en demeure d'une somme d'argent doit l'intérêt moratoire, peu importe que le retard ne lui soit pas imputable à faute et que l'intérêt moratoire est dû même si le créancier n'éprouve aucune perte. Ainsi l'octroi d'un intérêt moratoire est en droit suisse un *droit*, récemment élevé au rang de principe général dans un arrêt récent du Tribunal fédéral du 29 janvier 2009¹²⁸ dans lequel il est déclaré que « l'obligation du débiteur en demeure de verser des intérêts sur les dettes d'argent n'est pas seulement une règle du Code des obligations (art. 104 al. 1 CO), mais un principe général de droit non écrit, applicable aussi en droit public ». Au Liban, et bien que l'article 265 du COC, contrairement aux articles 1231-6 et 1153 (anc.) du Code civil français, ne dispose pas clairement que les dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte, la Cour de cassation libanaise considère constamment que le préjudice moratoire est présumé pour les obligations qui ont « pour objet une somme d'argent » et ses arrêts sont clairs dans ce sens¹²⁹.

Tel aussi est le système adopté par Unidroit dans son article 7.4.9 (intérêts pour non-paiement d'une somme d'argent) qui dispose qu' « en cas de non-paiement d'une somme d'argent à l'échéance, le créancier *a droit* aux intérêts de cette somme entre l'échéance et la date du paiement, qu'il y ait ou non exonération ». L'article 78 de la convention de Vienne concernant la vente internationale de marchandise ne fait également aucune référence au préjudice du créancier, celui-ci *ayant droit* à des intérêts¹³⁰. Il en va autrement en droit anglais qui n'accorde pas un droit automatique.

¹²⁷ Les sanctions de l'inexécution du contrat en droit allemand par F. Ranieri *in* Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé, sous la direction de M. Fontaine et G. Viney, Bruylant-LGDJ, chap. XXI, n° 29 à 31.

¹²⁸ 2C.546/2008, RDAF 2009. II. 99-108.

¹²⁹ Cass. lib., 8^e ch. civ., 27 mai 2014, décision n°46/2014 qui énonce clairement que les intérêts moratoires de l'alinéa 1^{er} de l'article 265 du COC sont dus nonobstant la mauvaise foi du débiteur.

¹³⁰ Le même principe est repris à l'article 9:508 des principes européens de droit des contrats.

En effet, depuis un important arrêt datant de 1893¹³¹ la Chambre des Lords a jugé que la *common law* ne permet pas l'allocation d'intérêts en tant qu'indemnité pour retard dans le paiement d'une dette au-delà de son échéance, car le dommage subi est alors trop éloigné (*too remote*)¹³². Pourtant, en 1985, dans l'affaire *President of India v. La Pintada Compania Navegacion SA*, la Chambre des Lords a accordé des exceptions dès lors que le retard dans le paiement de la somme d'argent correspondait à un préjudice spécial et que le créancier réussissait à prouver que le retard dans le paiement l'a contraint à payer lui-même des intérêts et que le débiteur était informé que son retard pouvait causer un tel préjudice, et il pouvait alors obtenir une compensation pour ce retard¹³³.

275. Automaticité de l'indemnisation et certitude du préjudice. L'explication de cette automaticité de l'indemnisation réside dans la certitude du préjudice subi. Selon les termes de F. Gréau¹³⁴, « le créancier subit *toujours* un retard injustifié dans le paiement de sa créance qui le prive des potentialités quasiment illimitées qu'offre la monnaie ». C'est précisément cette privation illégitime des potentialités quasiment illimitées qu'offre de la monnaie, ce défaut de jouissance en lui-même, qui constitue le préjudice moratoire de base¹³⁵, celui commun à tous les cas de retard dans le paiement d'une obligation monétaire. Or ce préjudice est certain, son existence ne pouvant être sérieusement contestée¹³⁶, et c'est ce qui justifie qu'il soit présumé sans aucune

¹³¹ L'arrêt *London Chatam and Dover Railway Company v. South Eastern Railway Company*.

¹³² Chitty on Contrats, 30^e éd. par H.G. Beale, vol. 1, General Principles, Londres, Sweet & Maxwell, 2008, n° 26-167. Par la suite les articles 35 A du Supreme Court Act de 1981 et 69 du County Court Act de 1959, ce dernier modifié en 1984, sont venus autoriser le juge à octroyer des intérêts antérieurs au jugement et la loi relative à l'arbitrage de 1996 a de même mentionné en son article 49 que les arbitres peuvent, dans la mesure où les parties ne s'y sont pas opposées, octroyer des intérêts simples ou composés à partir de la date et au taux qu'ils estiment le plus juste, sans toutefois qu'il s'agisse d'une refonte du droit de la réparation mais uniquement d'une reconnaissance d'un pouvoir au juge ou à l'arbitre.

¹³³ V. sur le droit anglais, C. Kleiner, « Les intérêts de somme d'argent en droit international privé (ou l'imbroglio entre la procédure et le fond) », Rev. crit. DIP 2009. 639, n° 16 et s.

¹³⁴ F. Gréau, thèse préc., n° 136.

¹³⁵ F. Gréau le désigne dans sa thèse par « préjudice abstrait et permanent ».

¹³⁶ Formule empruntée à M.-È. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, t. 135 : LGDJ 1974, Bibliothèque droit privé, p. 70-71.

obligation de preuve pour le créancier. « Au fond, derrière la présomption irréfragable de préjudice, il y a surtout l'idée de la *certitude* du préjudice »¹³⁷. Le rôle du juge s'en trouve considérablement réduit, celui-ci ne pouvant conditionner les dommages et intérêts à la preuve d'un préjudice ni, *a fortiori*, refuser d'allouer des intérêts moratoires. L'existence, ainsi que l'étendue de ce préjudice, sont soustraites à son pouvoir d'appréciation. En effet, une jurisprudence constante décide que (l'ancien) l'article 1153 du Code civil établit une présomption irréfragable d'existence et d'étendue du préjudice¹³⁸.

S'il est vrai que le droit français présume l'existence et l'étendue du préjudice moratoire dans le cas où le débiteur tarde à exécuter son « obligation de somme d'argent »¹³⁹ ce préjudice moratoire qui est présumé est le préjudice de base, c'est-à-dire celui qui consiste dans la privation illégitime des fonds et de leur loyer pour une période déterminée, le défaut de jouissance lui-même sans référence à aucun usage particulier. Or en pratique, et très souvent, d'autres préjudices peuvent aussi être occasionnés au créancier qui pourrait par exemple soutenir que la somme qui aurait dû lui être payée par le débiteur devait être utilisée pour le paiement de ses propres créanciers et qu'en raison du retard il a subi la saisie d'un bien par ses créanciers, ou encore que, pour faire face à des paiements, il a dû emprunter et payer des intérêts pour cet emprunt. Quelle sont alors les règles à suivre pour la preuve de ces préjudices ? Sont-ils de même présumés ou doivent-ils être prouvés selon les règles de droit commun ? L'examen des articles 1231-6 du Code civil et 265 du COC montre que le retard dans le paiement d'une obligation peut générer un préjudice additionnel, appelé dans le premier « préjudice indépendant de ce retard » et dans le second « supplémentaire », qui est régi par des règles qui lui sont propres.

¹³⁷ F. Gréau, *op. cit.*, n° 136.

¹³⁸ Cass. civ. 3^e, 25 mars 1987, n° 85-15.819, inédit : « vu l'article 1153 du code civil ; Attendu que pour débouter M. X... de sa demande des intérêts légaux au taux légal de la somme en principal de 4 690 francs le Tribunal, après avoir constaté que M. X... n'en contestait pas le montant, retient qu'il résulte d'une lettre de la direction de la concurrence et des prix que le coût de la main-d'œuvre et la facturation des heures de travail ont été surévalués et qu'il y a lieu en conséquence de décharger le débiteur des intérêts légaux ; Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que le montant de la dette n'était pas contesté, et que les intérêts en étaient dus par l'effet de la loi, le Tribunal a violé les dispositions de l'article susvisé ».

¹³⁹ Expression utilisée à l'article 1231-6 du Code civil.

§ 2- *L'exception : un préjudice moratoire supplémentaire à prouver.*

276. Un préjudice supplémentaire qui peut être réparé. Reprenant le texte de l'ancien article 1153, le nouvel article 1231-6 du Code civil prévoit dans son dernier alinéa que « le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts de l'intérêt moratoire ». Il existerait donc un préjudice « indépendant du retard » qui se distingue du préjudice moratoire simple automatiquement réparable par les intérêts de l'alinéa premier dudit article. L'utilisation par le législateur du verbe « pouvoir » dans cet alinéa n'est pas fortuite. Elle a deux implications essentielles. D'une part, et contrairement au préjudice moratoire simple, ou appelons-le préjudice de base, visé à l'alinéa premier, la réparation du préjudice moratoire « indépendant du retard », dont l'article n'explicite d'ailleurs pas la nature ou l'étendue, n'est pas automatique mais *peut être* obtenue et doit donc pour cela doit être explicitement demandée par le créancier¹⁴⁰. D'autre part, ce préjudice doit être prouvé pour être réparé. Contrairement au préjudice moratoire de base, le « préjudice indépendant du retard » n'est point présumé et le créancier qui en demande la réparation doit en apporter la preuve selon les règles de droit commun.

La règle spéciale édictée au dernier alinéa de l'article 1231-6 du Code civil s'explique par la volonté du législateur d'éviter que le débiteur ne se livre délibérément à des procédés dilatoires afin de retarder le paiement et de profiter ainsi du système de la réparation forfaitaire, en particulier lorsque le taux de l'intérêt légal serait plus faible que celui du rendement du placement effectif de l'argent. Il importe dès lors de

¹⁴⁰ Est critiquable à cet égard la décision rendue par la Cour de cassation libanaise le 21 mars 2005 dans laquelle elle a approuvé un cour d'appel d'avoir octroyé des dommages-intérêts supplémentaires sur la base de l'alinéa 2 de l'article 265 du COC alors même que le créancier n'avait pas explicitement demandé des dommages-intérêts supplémentaires et a considéré que les juges du fond n'avaient pas excédé la portée des demandes et ceci au motif que l'indemnisation supplémentaire prévue à l'article 265 du COC s'inscrit dans le cadre des intérêts pour le retard dans le paiement d'une obligation monétaire et du moment où le créancier demande des intérêts moratoires sa demande s'inscrit dans le champ d'application du texte juridique qui permet au tribunal de statuer sur une indemnité complémentaire chaque fois que ses composants sont disponibles (Cass. lib., 4^e ch. civ., 21 mars 2005, décision n° 47/2005, IDREL). Cette solution semble mélanger entre deux préjudices pourtant distincts dans leurs fondements et dans leurs conditions de réparation.

déterminer en quoi consiste ce « préjudice indépendant du retard » visé à l'alinéa dernier de l'article 1231-6 du Code civil (A) et de préciser quelles sont les conditions de sa réparation (B).

A- La notion de « préjudice indépendant du retard ».

277. Dans la conception excessivement rigoureuse de l'indemnisation forfaitaire du créancier d'une somme d'argent, les rédacteurs du Code civil avaient suivi la voie ouverte par Pothier qui considérait que « quelque grand que soit le dommage que le créancier a souffert du retard que le débiteur a apporté au paiement de la somme due, soit que ce retard ait procédé d'une simple négligence, soit qu'il ait procédé d'un dol et d'une contumace affectée, le créancier ne peut demander d'autres dédommagements que ces intérêts » et que seules les règles du for de la conscience imposaient au débiteur d'indemniser intégralement le créancier¹⁴¹.

Les exigences d'équité qui se sont rapidement faites jour devant les tribunaux ont toutefois rapidement mis à mal cette solution excessivement stricte et ont nécessité la transformation de ce que Pothier appelait les « règles du for de la conscience » en une véritable règle juridique¹⁴². Les moyens juridiques de cette transformation n'étaient pas évidents vu les termes précis de l'(anc.) article 1153 al. 1^{er} qui empêchaient d'écarter une règle aussi clairement affirmée sous peine de s'attirer les foudres de la Cour suprême. Les tribunaux se sont alors attachés au comportement du débiteur pour réparer intégralement le préjudice causé au créancier lorsque le comportement du premier était fautif et ceci sur le double fondement des (anc.) articles 1153 et 1382 du Code civil, en application de la théorie aujourd'hui obsolète de la faute délictuelle, c'est-à-dire de

¹⁴¹ R. Pothier, *Traité des obligations*, t. 1, préc., n° 170. Par contre, Domat, lui, avait explicitement admis que le règle de l'indemnisation forfaitaire ne pouvait s'appliquer aux débiteurs qui « pouvant payer, ne le veulent point et encore moins [à] ceux qui, plutôt que de s'acquitter, retiennent leur argent, et laissent souffrir et périr de pauvres familles » : *Les lois civiles dans leur ordre naturel. Le droit public et legum delectus*, t. 1, nouvelle éd. 1777, p. 260.

¹⁴² « L'idée morale que le jurisconsulte du XVIIIe siècle plaçait dans le for de la conscience, les tribunaux du XIXe siècle l'ont traduit dans le for extérieur » (L. Huguency, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, thèse Dijon, 1904, p. 222).

l'analyse de la faute dolosive en faute délictuelle : si le simple retard fonde classiquement l'octroi des intérêts moratoires au taux légal, l'attitude répréhensible du débiteur constitue une faute délictuelle qui légitime la condamnation à des dommages-intérêts supplémentaires. Cette solution a été affirmée par la Chambre des requêtes dans une décision du 12 novembre 1855¹⁴³ puis reprise et réaffirmée par des arrêts postérieurs qui ont laissé place à une variété de formules soulignant la même idée de sanction du débiteur : « un refus arbitraire et malveillant »¹⁴⁴, une attitude du débiteur qui révèle « l'intention manifeste de se soustraire le plus longtemps possible à l'exécution de ses engagements »¹⁴⁵, « la mauvaise foi ou la faute du débiteur »¹⁴⁶, « sa malice »¹⁴⁷ ou encore « un abus constituant une faute »¹⁴⁸.

Alerté par les efforts déployés par la jurisprudence pour parer à cet aspect inéquitable du forfait dans certains cas, le législateur, sans l'abandonner, a essayé avec la loi du 7 avril 1900 de contrebalancer sa rigueur par l'introduction d'une exception à l'alinéa 4 de l'article 1153 : « *le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance* », exception qui sera reprise au sein de l'alinéa 3 du nouvel article 1231-6.

278. Préjudice indépendant ou préjudice supplémentaire ? Même si l'expression « indépendant de ce retard » utilisée par le législateur semble insinuer le contraire, l'origine ou le fait générateur du préjudice moratoire spécial visé à l'alinéa 3 de l'article 1231-6 du Code civil est la même que celui du préjudice moratoire de base, à savoir le retard du débiteur dans l'exécution de l'obligation monétaire. En réalité, ce n'est pas l'origine du préjudice qui diffère ici mais *sa consistance*, l'alinéa 3 visant le préjudice qui, *dans son étendue*, n'est pas habituellement occasionné par le

¹⁴³ DP 1856.1.162, S. 1856.1.737.

¹⁴⁴ Cass. req., 27 décembre 1887, DP 1888.5.287.

¹⁴⁵ CA Nancy, 28 juin 1873, DP 1874.2.235.

¹⁴⁶ Cass. civ., 18 juillet 1888, DP 1889.1.97.

¹⁴⁷ Cass. civ., 26 janvier 1881, DP 1881.1.150.

¹⁴⁸ Cass. civ., 29 juin 1896, DP 1897.1.123.

retard dans l'exécution d'une obligation monétaire et la privation des fonds qui s'en suit pour le créancier. Il s'agit d'un préjudice *supplémentaire*, plutôt que véritablement « indépendant », qui vient s'ajouter à celui normalement et habituellement causé par le retard¹⁴⁹. Comme le disent pertinemment C. Larroumet et S. Bros¹⁵⁰, « s'il y a préjudice, c'est parce qu'il y a retard. Cependant, si normalement ce préjudice ne consiste qu'en une privation de la somme qui donne droit au loyer de l'argent, soit au taux légal, soit au taux conventionnel, lorsque le débiteur est de mauvaise foi, le créancier pourra invoquer, à condition de les prouver, tous les éléments de son préjudice autres que la privation du loyer de l'argent. Par exemple, si le créancier prouve que la somme qui devait lui être payée aurait été utilisée pour le paiement de ses propres créanciers et qu'en raison du retard il a subi la saisie d'un bien par ses créanciers, le débiteur pourra être condamné à lui rembourser la valeur de ce bien et pas simplement les intérêts moratoires. Si, pour faire face à des paiements, le créancier a dû emprunter, le débiteur pourra être condamné au remboursement des intérêts de cet emprunt. (...) On prend en considération le préjudice effectivement éprouvé par le créancier dans tous ses éléments, exactement comme s'il s'agissait d'une obligation autre que celle qui consiste dans le paiement d'une somme d'argent ». Un auteur accuse dans sa thèse cette volonté dans les termes de l'(anc.) article 1153 du Code civil de « décomposer un préjudice en fonction de la gravité du comportement qui en est la cause »¹⁵¹ et affirme pertinemment que « quelle que soit l'intensité de la faute du débiteur, simple inexécution ou résistance délibérée et coupable, le préjudice du créancier *trouve toujours sa cause dans le retard du débiteur* ». En effet, il serait plus correct de parler de préjudice « supplémentaire né du retard » à la place de « préjudice indépendant du retard ». Alors que la maladresse de formulation de l'ancien article 1153 du Code civil a été reprise bizarrement telle qu'elle est par l'ordonnance n° 2016-131 au sein du nouvel article 1231-6 du Code civil, le projet de réforme de la responsabilité civile est heureusement plus précis à ce sujet et dispose dans son article 1280 que « (...) le créancier auquel

¹⁴⁹ Le droit libanais utilise l'expression plus exacte de « dommages-intérêts supplémentaires » (art. 265 COC).

¹⁵⁰ C. Larroumet, S. Bros, *Les obligations, le contrat*, préc., n° 647. Dans le même sens: J. et Y. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Le rapport d'obligation*, préc., n° 149 : « il va de soi qu'en dépit de la formule légale il s'agit bien toujours de dommages qui ont été causés par le retard ».

¹⁵¹ F. Gréau, thèse préc., n° 84.

son débiteur en retard a causé *un préjudice supplémentaire*, peut obtenir des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance »¹⁵².

279. Entre préjudice « concret et variable » et préjudice « abstrait et constant ». Pour comprendre cette distinction entre le « préjudice moratoire de base », irréfragablement présumé, et le « préjudice moratoire supplémentaire », dont la preuve doit être apportée par le créancier, il serait utile de revenir à la distinction déjà ancienne relevée par le doyen Carbonnier entre le préjudice « abstrait et constant » qui doit être réparé par l'octroi des intérêts et le préjudice « concret et variable » qui, lui, est lié à un emploi déterminé des fonds¹⁵³. Le premier serait celui subi par tout créancier ayant subi un retard dans le paiement de sa créance, le second serait le préjudice concret dont la qualité et la quotité sont fonction des circonstances.

280. Illustrations du préjudice moratoire supplémentaire. Dans certains cas la loi distingue clairement entre les deux types de préjudices. Il en est ainsi de l'article L.441-10 II du Code de commerce selon lequel si l'indemnité pour frais de recouvrement due de plein droit par le professionnel en situation de retard de paiement est forfaitaire et son montant est fixé par décret, une indemnisation dite « complémentaire » peut être demandée dès lors que le créancier justifie que les frais de recouvrement exposés sont supérieurs au montant de cette indemnité forfaitaire. D'autres illustrations du préjudice moratoire supplémentaire, dit encore préjudice distinct, dont le créancier peut demander la réparation ont été retenues par la jurisprudence qui, dans cette optique, semble suivre une démarche assez claire : pour obtenir la réparation d'un préjudice moratoire supplémentaire, le créancier devrait apporter la preuve de l'usage qu'il aurait non seulement *probablement* fait de la somme

¹⁵² La proposition de loi n° 678 présentée par le Sénat revient malheureusement aux termes « de préjudice indépendant de ce retard » (article 1283).

¹⁵³ J. Carbonnier, Droit civil, tome 2 : Les biens, Les obligations, préc., n° 174. Rapp. H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, préc., n° 2340, note n°4 : « le texte signifie simplement qu'il s'agit d'un préjudice différent de celui qu'occasionne ordinairement le retard » ; G Viney, P. Jourdain et S. Carval, Les effets de la responsabilité, *op. cit.*, n° 335 et 352. F. Gréau reprend cette distinction entre le préjudice « abstrait et constant » qui résulte *nécessairement* du retard de paiement et le préjudice « concret et variable » lié à un emploi déterminé des fonds et qui ne serait, lui, qu'une conséquence *éventuelle* du retard de paiement (thèse préc., n°135).

s'il avait été payé à échéance mais de l'usage qu'il en aurait *très certainement* fait ainsi que des gains qu'il pouvait *directement* espérer de cet usage certain. Un préjudice moratoire distinct n'a pas été considéré comme suffisamment caractérisé par la simple gêne dans la trésorerie et l'exploitation de l'entreprise¹⁵⁴, ni par « la perte due à l'insuffisance du taux de l'intérêt légal par rapport à celui effectivement pratiqué dans les relations commerciales »¹⁵⁵, ni encore dans la privation de la jouissance des locaux pour le créancier bailleur¹⁵⁶. En revanche, les difficultés *certaines* de trésorerie qui se distinguent de la simple gêne ont pu être prises en considération¹⁵⁷. De même, ce « préjudice indépendant du retard » peut consister selon la Cour de cassation dans les pertes subies ou les gains manqués distincts de la privation des intérêts de placement de la somme d'argent. Il peut ainsi consister dans le fait pour le créancier d'avoir été obligé de faire des « frais et des démarches »¹⁵⁸, le fait d'avoir été privé d'un fonds de roulement important¹⁵⁹, le fait d'avoir fait l'objet d'une saisie de ses biens¹⁶⁰, le surcroît de travail occasionné par le refus de l'assureur de prendre en charge des sinistres ainsi que les frais financiers afférents aux avances qui ont dû être faites par l'assuré¹⁶¹, les frais de relogement et le préjudice de jouissance pour le retard dans le paiement d'une indemnité d'assurance de choses¹⁶², ou encore le fait d'avoir été obligé d'emprunter à des conditions onéreuses¹⁶³.

¹⁵⁴ Cass. civ. 1^{re}, 20 novembre 1958, Bull. civ., I, n° 504 ; Cass. com., 29 avril 1969, Bull. civ., IV, n° 143 ; contra: Cass. civ. 1^{re}, 6 novembre 1963, Bull. civ., I, n° 481 qui se contente de la privation des fonds de roulement « pouvant provoquer des perturbations » dans la marche de l'entreprise.

¹⁵⁵ Cass. civ. 3^e, 21 février 1978, Bull. civ., III, n° 88 ; JCP 1978, IV, 136.

¹⁵⁶ Cass. civ. 1^{re}, 19 mai 1999, pourvoi n° 96-21.558.

¹⁵⁷ Cass. com., 20 mai 1997, pourvoi n° 94-19.654 ; Cass. civ. 3^e, 14 mai 1974, Bull. civ., III, n° 191.

¹⁵⁸ Cass. civ. 1^{re}, 9 décembre 1970 : Bull. civ. I, n° 325.

¹⁵⁹ Cass. civ. 1^{re}, 6 novembre 1963: Bull. civ. I, n° 481.

¹⁶⁰ Cass. req., 7 mai 1872 : DP 1873, 1, p. 40.

¹⁶¹ Cass. civ. 1^{re}, 22 janvier 2002, n° 99-10.835, RGDA 2002. 376, note Mayaux.

¹⁶² Cass. civ. 2^e, 7 avril 2016, n° 15-14.154.

¹⁶³ Ainsi dans un arrêt déjà ancien du 16 mars 1977 elle a considéré que « faute de pouvoir disposer en temps utile de la somme qui lui était due, la société L. B. avait été dans l'obligation de s'adresser à des organismes bancaires à des conditions onéreuses; qu'elle [la cour d'appel] a ainsi constaté que C. et A.

Au Liban, les dommages-intérêts supplémentaires de l'alinéa 2 de l'article 265 du COC ont été nettement distingués de ceux octroyés pour abus d'ester en justice régi par les articles 10, 11 et 551 du Code de procédure civile¹⁶⁴ et la Cour de cassation a considéré que le préjudice supplémentaire consiste en un préjudice qui ne peut être compensé par l'intérêt légal¹⁶⁵, et que ce préjudice supplémentaire doit être « spécial et propre au créancier » et doit ainsi être distingué du préjudice « général causé par la dépréciation monétaire »¹⁶⁶.

281. Nature des dommages-intérêts de l'alinéa 3. L'utilisation de l'expression « *des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance* » utilisée par le législateur de 1900¹⁶⁷ pour viser ces dommages-intérêts supplémentaires octroyés en cas de mauvaise foi du débiteur laisse penser, au premier abord, que ces dommages-intérêts ne sont pas des dommages intérêts moratoires. Il est légitime dès lors de se demander quelle peut bien être leur nature juridique. Selon certains auteurs¹⁶⁸, il s'agit de dommages-intérêts *compensatoires*. Pour ces auteurs, le retard dans l'exécution de l'obligation en argent provoque, quel qu'en soit le contexte, l'allocation d'intérêts moratoires et ce n'est que dans l'hypothèse où est constaté un préjudice « *indépendant de ce retard* » que des dommages et intérêts supplémentaires, qui sont alors des dommages intérêts compensatoires, sont envisageables et leur montant dépend de l'étendue du préjudice souverainement apprécié par les tribunaux. Ce raisonnement semble juridiquement questionnable. Comme les dommages et intérêts visés à l'alinéa 1^{er} de l'article 1231-6 du Code civil, les dommages et intérêts visés au 3^e alinéa de cet

G. avaient causé à leur créancier, par leur mauvaise foi, un préjudice indépendant de celui résultant du seul retard, et légalement justifié sa décision » : Cass. civ. 1^{re}, 16 mars 1977, n° 75-11.375, Bull. civ. I, n° 139 ; dans le même sens, Cass. civ., 7 mai 1924 : S. 1925, 1, p. 78.

¹⁶⁴ CA Mont-Liban, 13^e ch. civ., 28 novembre 2018, décision n° 254/2018, IDREL.

¹⁶⁵ Cass. lib., 8^e ch. civ., 27 mai 2014, décision n°46/2014, IDREL.

¹⁶⁶ Cass. lib., 2^e ch. civ., 12 octobre 2006, décision n° 100/2006, IDREL.

¹⁶⁷ « Des dommages et intérêts distincts de l'intérêt moratoire » selon la formulation utilisée par le législateur de 2016.

¹⁶⁸ Dont S. Bertolaso, JCl. Civil Code, fasc. 20, articles 1231 à 1231-7 : Régime de la réparation, n° 38 ; R. Bonhomme, JCl. Contrats- distribution, fasc. 360, Vente commerciale – Obligations de l'acheteur – Garanties et sanctions de l'obligation de payer, n° 69.

article en cas de préjudice « indépendant du retard » sont eux aussi des dommages-intérêts moratoires car trouvant leur source, ou leur raison d'être, dans le retard du débiteur dans l'exécution ou le paiement de son obligation monétaire. L'expression « distincts de l'intérêt moratoire » en fin d'article est mal formulée et devrait être remplacée par l'expression « distincts de l'intérêt *légal* ». Elle ne l'a pas été dans le projet de réforme de la responsabilité civile ni dans la proposition de loi présentée par le Sénat qui prévoient l'un comme l'autre que « le créancier auquel son débiteur en retard a causé un préjudice indépendant de ce retard peut obtenir des dommages et intérêts *distincts des intérêts moratoires de la créance* »¹⁶⁹.

B- Les conditions de la réparation du préjudice moratoire supplémentaire.

282. Une preuve double à apporter. Pour que le « préjudice indépendant du retard » visé à l'alinéa 3 de l'article 1231-6 du Code civil, ou ce qu'on appellera désormais plus correctement « préjudice supplémentaire », puisse être réparé, il est nécessaire pour le créancier d'apporter une double preuve : la preuve de l'existence et de l'étendue de ce préjudice spécifique mais aussi la preuve de la mauvaise foi du débiteur. Le créancier doit ainsi démontrer avoir subi, du fait du non-paiement de sa créance à l'échéance, un préjudice spécial, distinct de la seule privation de la somme d'argent et de son loyer¹⁷⁰. C'est ainsi que dans un arrêt du 4 mars 2021¹⁷¹ la Cour d'appel de Paris, au visa de l'article 1231-6 alinéa 3 du Code civil, a confirmé le jugement attaqué en ce qu'il a rejeté la demande de dommages et intérêts et ceci au motif que l'appelante qui sollicitait le paiement d'une indemnité à titre de dommages et intérêts pour résistance abusive au paiement imputable aux intimés et faisait valoir que, malgré ses différentes relances et tentatives d'arrangement, ces derniers n'ont réglé aucune somme au titre du prêt depuis mars 2016, leur comportement créant un préjudice qui ne saurait être réparé par les intérêts moratoires, « ne caractérise pas le préjudice

¹⁶⁹ Article 1280 selon le projet de réforme, article 1283 selon la proposition de loi.

¹⁷⁰ Pour des illustrations de ce préjudice supplémentaire, v. *supra* n° 280.

¹⁷¹ CA, Paris, 4 Mars 2021 ; n° 18/01281.

dont elle fait état, distinct de celui qui est réparé par les intérêts moratoires assortissant le paiement de sa créance ». À défaut de la preuve d'un préjudice distinct, le versement de dommages et intérêts supplémentaires n'est pas envisageable¹⁷² et cette preuve doit être faite selon les règles de droit commun.

En plus de la preuve de l'existence et de l'étendue du préjudice le créancier qui demande une réparation supplémentaire doit apporter la preuve de la mauvaise foi du débiteur¹⁷³. Alors que les travaux préparatoires montrent clairement que les initiateurs de la réforme du 7 avril 1900 visaient le préjudice causé par « des manœuvres dolosives »¹⁷⁴ le législateur de 1900 a choisi d'introduire le terme de « mauvaise foi » dans la rédaction de l'alinéa 4 de l'ancien article 1153 sans donner de définition claire à cette notion et il est revenu à la doctrine et à la jurisprudence de le faire. La majorité des auteurs prônait l'assimilation claire de la mauvaise foi à la faute dolosive¹⁷⁵ et considéraient que la mauvaise foi « n'est pas nécessairement liée à l'intention de nuire : être de mauvaise foi c'est refuser d'exécuter alors que l'on est en mesure de le faire »¹⁷⁶. La Cour de cassation, sans s'opposer formellement à cette assimilation ne l'a

¹⁷² Cass. civ. 1^{re}, 21 juin 1989 : Bull. Civ, I, n° 251 ; Cass. soc. 26 janvier 2000: Bull. civ., V, n° 39.

¹⁷³ Cass. soc., 9 décembre 2020 ; pourvoi n° 19-22.459, inédit : « L'indemnisation pour retard dans le paiement d'une obligation de somme d'argent se résout en intérêts moratoires et ne donne lieu à dommages-intérêts distincts de l'intérêt moratoire qu'en cas de mauvaise foi caractérisée du débiteur ayant généré pour le créancier un préjudice distinct de celui résultant de ce retard ». Cass. com, 5 Juin 2019 ; pourvoi n° 17-26.119, inédit : « attendu que pour condamner la société TGO au paiement, à titre de dommages-intérêts distincts de l'intérêt moratoire, d'une majoration de cinq points de l'intérêt au taux légal de la somme allouée en principal, l'arrêt se borne à retenir que, n'ayant pas bénéficié de la trésorerie constituée par les sommes non reversées depuis 1997 et 1998, les sociétés Slad ont été privées de la possibilité de développement correspondante ; qu'en statuant ainsi, par des motifs impropres à caractériser la mauvaise foi de la société TGO et l'existence d'un préjudice distinct de celui résultant du retard de paiement, la cour d'appel a violé le texte » de l'ancien article 1153 du Code civil.

¹⁷⁴ Dans son rapport présenté (séance du 23 mars 1900, JO 1900, Chambre, Annexe, n° 1538, p. 718) le député Arthur Legrand évoque la doctrine et la jurisprudence qui « ont admis que quand le retard de paiement résulte de manœuvres dolosives, lorsqu'un préjudice a été volontairement causé, le droit commun peut être invoqué ». Le sénateur Emile Labiche (Séance du 9 juin 1899, JO 1899, Sénat Annexe, no 156, p. 388) se réfère à la jurisprudence qui écarte le forfait en présence « d'actes dolosifs » et conclut sur la volonté de la commission sénatoriale « de généraliser la jurisprudence constante de la cour suprême en cas de dol du débiteur ».

¹⁷⁵ H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1 : Obligations. Théorie générale, préc., n° 628 (qui assimilent la mauvaise foi au dol) ; G. Lyon-Caen, « De l'évolution de la notion de bonne foi », RTDCiv. 1946.75, n° 14 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, tome 2 : Les biens. Les obligations, préc., n° 156 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Droit civil*, Les obligations, préc. n° 604, *in fine*.

¹⁷⁶ J. Mazeaud, note sous Cass. civ. 1^{re}, 4 février 1969, D. 1969.601.

toutefois pas consacrée et n'a pas donné une définition claire de la notion. Au lendemain de la loi de 1900, quelques arrêts se contentaient encore d'une faute quelconque¹⁷⁷. Par la suite, et au regard de la réforme, il était évident que le simple fait pour le débiteur de ne pas avoir respecté ses engagements ne suffisait plus à démontrer sa mauvaise foi¹⁷⁸, pas plus que la simple résistance non-fondée en droit¹⁷⁹. Un élément intentionnel a été introduit dans la notion : *la malhonnêteté du débiteur*. La mauvaise foi a ainsi été définie comme le refus délibéré pour le débiteur d'exécuter son obligation monétaire, en ayant conscience du préjudice causé par cette attitude¹⁸⁰. Cette malhonnêteté était ainsi suffisamment caractérisée par les atermoiements dépourvus de tout moyen sérieux d'un débiteur qui sait son paiement inéluctable et choisi de ne pas payer pour gagner du temps¹⁸¹ et, *a fortiori*, quand cette résistance dilatoire révèle une volonté de nuire au créancier¹⁸², quoique cette volonté de nuire ne soit pas toujours exigée d'une manière expresse. Même un simple refus délibéré de la part du

¹⁷⁷ Cass. civ., 16 juin 1903: D.P. 1903, I, p. 407; S. 1905.1.260 ; Cass. req., 2 août 1905, S. 1910.1.363.

¹⁷⁸ Cass. com., 8 février 1972, Bull. civ., IV, n° 54.

¹⁷⁹ Cass. soc., 13 novembre 2003, Bull. civ., V, n° 283 ; Cass. civ. 1^{re}, 5 novembre 1980, Bull. civ., I, n° 284 ; Gaz. Pal. 1981, pan.79 ; Cass. soc., 15 mars 1978, D. 1979.25, note D. Corrigan-Carsin (les juges du fond avaient seulement relevé la « mauvaise volonté » de l'employeur ; Cass. civ. 1^{re}, 19 février 1962, D. 1962, somm.107 ; 20 novembre 1958, Bull. civ. I, n° 504 (simple résistance au paiement d'un acompte « incontestablement dû »).

¹⁸⁰ Cass. civ., 7 mai 1924, préc. ; Cass. com., 24 avr. 1969 : Bull. civ. IV, n° 143.

¹⁸¹ Cass. com., 3 avril 2002, pourvoi n° 99-19.463 ; 12 octobre 1999, pourvoi n° 96-19.113 ; Cass. soc. 20 mai 1999, pourvoi n° 97-21.060 ; Cass. com. 20 mai 1997, pourvoi n° 94-19.654 ; 12 mai 1993, Resp. civ. et assur. 1993, n° 280 ; Cass. civ. 1^{re}, 9 décembre 1970, n° 69-10.430, Bull. civ. I, n° 325, JCP 1971. II. 16920, note M.D.P.S. : « Les juges du second degré, qui ont relevé que L. avait reconnu sa dette au cours de précédentes circonstances, ont, en énonçant que la résistance qu'il a opposée à son créancier présentait un caractère dilatoire, ainsi admis sa mauvaise foi » ; Cass. civ. 1^{re}, 16 mars 1977, n° 75-11.375, Bull. civ. I, n° 139 ; *adde* : Cass. civ. 1^{re}, 28 février 1977, n° 75-13.282, Bull. civ. I, n° 64 : « la cour d'appel [...] a également relevé que la résistance opposée par C. et A. G. pour le paiement de leur dette était "dépourvue de tout moyen sérieux et abusive"... » ; Cass. com., 22 novembre 1965, Bull. civ., III, n° 592 ; Cass. civ. 1^{re}, 6 novembre 1963, Bull. civ., I, n° 481.

¹⁸² Cass. civ. 1^{re}, 6 juin 1972, Bull. civ., I, n° 145 ; Cass. civ. 3^e, 9 décembre 1970, Bull. civ., III, n° 687 ; Cass. civ. 1^{re}, 18 novembre 1965, Bull. civ. I, n° 628 (le débiteur n'avait pas réglé à l'échéance, mais juste avant l'expiration du délai prévu pour faire jouer la clause résolutoire) ; Cass. com., 29 octobre 1962, Bull. civ., III, n° 427.

débiteur d'exécuter son obligation a ainsi suffi pour caractériser sa mauvaise foi¹⁸³. La résistance purement dilatoire du débiteur reste l'illustration la plus idoine de cette notion¹⁸⁴.

En droit libanais, l'article 265 du COC conditionne, lui aussi, l'allocation de dommages-intérêts supplémentaires au créancier « lésé par une résistance injustifiée » à la double preuve de l'existence d'un préjudice supplémentaire et d'une mauvaise foi de la part du débiteur et les tribunaux rappellent sans cesse qu'il incombe au créancier d'apporter cette double preuve¹⁸⁵ et se montrent assez strictes dans l'appréciation de cette prétendue mauvaise foi. Ainsi, n'a pas été considéré comme preuve suffisante de cette mauvaise foi l'évasion volontaire de la notification de l'avertissement procédural ou le refus de paiement de la dette malgré son échéance¹⁸⁶, ni le fait pour le débiteur d'avoir lancé un procès pénal contre le créancier ou d'avoir fait une opposition à la saisie-exécution ce qui l'a retardée étant donné qu'il a exercé ses droits légitimes dans le but de prouver le montant réel de l'obligation¹⁸⁷. Par contre, a été considéré comme preuve de la mauvaise foi du débiteur au sens de l'alinéa 2 de l'article 265 du COC le refus du débiteur pendant une longue période de payer sa dette alors qu'il s'était contenté de demander la séparation, au sein de la procédure d'exécution, entre l'exécution de l'hypothèque et l'exécution des billets à ordre, et de demander l'échelonnement de sa dette sans contester le montant de celle-ci¹⁸⁸. De même a été considéré comme constitutif de mauvaise foi de la part du débiteur le refus de paiement d'une dette sans aucune raison légitime ayant trait à la validité de cette dette puisque

¹⁸³ « En relevant que M. Harold X. connaissant la situation exacte avait volontairement différé le paiement, le tribunal d'instance a souverainement apprécié la mauvaise foi de celui-ci et a pu déduire de cette constatation qu'il y avait lieu de prononcer une condamnation à des dommages et intérêts » (Cass. civ. 1^{re}, 13 avr. 1983, n° 82-10.262, Bull. civ. I, n° 118).

¹⁸⁴ Par ex. : Cass. civ. 2^e, 7 avril 2016, n° 15-14.154 ; Cass. civ. 1^{re}, 7 janvier 1997, n° 94-21.537, RGDA 1997. 209, note Maury ; 13 novembre 1996, n° 94-20.804, RGDA 1997. 163, note Bigot.

¹⁸⁵ Cass. lib., 8^e ch. civ., 27 mai 2014, décision n° 46/2014, IDREL ; 2^e ch. civ., 5 mai 2008, décision n° 60/2008, *ibid* ; 12 octobre 2006, décision n° 100/2006, *ibid* ; 1^{re} ch. civ., 28 janvier 2003, décision n° 5/2003, *ibid*.

¹⁸⁶ Cass. lib., 2^e ch. civ., 27 janvier 2015, décision n° 8/2015, IDREL.

¹⁸⁷ Cass. lib., 1^{re} ch. civ., 28 janvier 2003, décision n°5/2003, IDREL.

¹⁸⁸ Cass. lib., 2^e ch. civ., 5 mai 2008, décision n° 60/2008, IDREL.

ce refus implique, au regard de la dépréciation progressive et continue de la monnaie nationale depuis la date de la notification de la mise en demeure jusqu'à la date du procès, une mauvaise foi de la part du débiteur qui a essayé de profiter de l'érosion monétaire excessive pour se libérer de sa dette par une somme dont le montant réel est beaucoup moindre que le montant de base de la dette¹⁸⁹. Il nous semble que cette interprétation extensive de la mauvaise foi du débiteur qui permet au créancier de demander la réparation d'un préjudice moratoire supplémentaire en application de l'alinéa 2 de l'article 165 du COC à son débiteur qui tarde volontairement à payer sa dette pour profiter de la dépréciation monétaire profitant ainsi du changement radical, à son profit, de la valeur réelle de sa dette par rapport à son montant nominal, prendra de l'essor dans les années à venir devant les tribunaux libanais qui se retrouvent face à une dépréciation monétaire accélérée et jusque-là inarrêtable alors que la majorité des dettes sont communément fixées en dollars américains et que le législateur n'est pas encore intervenu pour trouver une solution au problème du taux de change en constante hausse.

283. Deux conditions cumulatives. La preuve de l'existence et de l'étendue du préjudice supplémentaire et la preuve de la mauvaise foi du débiteur sont deux conditions cumulatives de l'allocation de dommages-intérêts supplémentaires au créancier. Ainsi, une cour d'appel ne peut condamner une société d'assurances à payer à son assuré des dommages-intérêts distincts des intérêts moratoires de l'indemnité d'assurance au seul motif que l'assureur, qui n'a pas payé l'indemnité à la date stipulée dans la police, doit réparer le préjudice indépendant du retard subi par l'assuré. Encore faut-il établir la mauvaise foi de l'assureur¹⁹⁰. De même, viole les dispositions de l'(anc.) article 1153, alinéa 4 du Code civil, le jugement qui, pour condamner un copropriétaire au paiement de dommages et intérêts, se borne à relever que le syndicat

¹⁸⁹ CA du Mont-Liban, 7^e ch. civ., 9 octobre 2003, décision n° 545/2003, IDREL. Dans le même sens, Cass. lib., 1^{re} ch. civ., 25 octobre 2001, décision n° 111/2001, IDREL ; 4^e ch., 15 juin 1999, décision n° 18/1999, *ibid*.

¹⁹⁰ Cass. civ. 1^{re}, 18 octobre 1988 : Resp. civ. et assur. 1989, comm. n° 7.

des copropriétaires, privé de légitimes rentrées de fonds pendant plusieurs mois, a subi un incontestable préjudice, sans caractériser la mauvaise foi du débiteur¹⁹¹.

En contrepartie, lorsque le créancier a réussi à apporter la double preuve de l'existence d'un dommage distinct du préjudice moratoire de base et de la mauvaise foi de son débiteur et demande en justice la réparation de son préjudice supplémentaire, le juge qui constate ce préjudice moratoire doit en ordonner la réparation sous peine de voir sa décision censurée. Ainsi dans arrêt du 14 mars 2000 la Cour de cassation a censuré la décision d'une cour d'appel qui n'avait fait qu'allouer les intérêts moratoires de la créance, sans réparer le préjudice distinct qu'elle avait pourtant constaté¹⁹².

284. Pouvoir d'appréciation souverain du juge du fond. L'appréciation de la mauvaise foi du débiteur relève du pouvoir souverain des juridictions du fond. Ceci étant dit, la Cour de cassation contrôle de très près la motivation donnée par ces dernières et exige que la motivation faite précise les « circonstances particulières de nature à caractériser la mauvaise foi »¹⁹³. Elle se montre ainsi assez stricte dans l'application des dispositions législatives, exigeant que les juges du fond constatent expressément un préjudice indépendant du retard apporté au paiement par le débiteur et causé par sa mauvaise foi pour allouer au créancier des dommages-intérêts distincts des intérêts moratoires¹⁹⁴. Un examen des décisions rendues par la Cour de cassation sur la base de l'alinéa 4 de l'ancien article 1153 ou du nouvel article 1231-6 du Code civil permet de constater, non sans surprise, que rares sont les décisions qui ont approuvé l'octroi de dommages intérêts supérieurs à l'intérêt légal et ceci parce que les motivations des juges de fond s'avèrent le plus souvent absentes ou insuffisantes. La Cour de cassation sanctionne ainsi régulièrement les juges du fond soit pour ne pas

¹⁹¹ Cass. civ. 3^e, 1^{er} décembre 1993 : Bull. civ. III, n° 156 ; Resp. civ. et assur. 1994, comm. n° 170 ; Juris-Data n° 1993-002162.

¹⁹² Cass. civ. 1^{re}, 14 mars 2000 : Juris-Data n° 2000-001067.

¹⁹³ Cass. com., 8 février 1972 : Bull. civ. IV, n° 54 ; Cass. civ. 1^{re}, 10 janv. 1978 : D. 1978, inf. rap. p. 414.

¹⁹⁴ Cass. civ. 1^{re}, 21 juin 1989, préc. ; 9 mai 1990 : *ibid.* I, n° 100 ; Cass. soc., 26 janvier 2000, préc. Dans le même sens: Cass. civ. 1^{re}, 29 février 2000 : Bull. civ. I, n° 71 ; 28 juin 2005: Bull. civ. I, n° 277; D. 2005. IR 2102 ; Cass. com. 2 février 2010 : Bull. civ. IV, n° 32 ; RTDCiv. 2010. 322, obs. Fages ; Cass. soc. 9 juillet 2015, n° 14-12.779 P ; 14 septembre 2016, n° 14-26.101 P.

avoir caractérisé le préjudice indépendant du retard¹⁹⁵, soit pour ne pas avoir caractérisé la mauvaise foi du débiteur¹⁹⁶ ou encore, et le plus souvent, pour insuffisance de motivation sérieuse sur ces deux points¹⁹⁷. La fréquence de ces décisions censurées par la Cour de cassation du Code civil serait peut-être la manifestation d'une volonté de la part des juges du fond de s'affranchir des conditions strictes de ce texte et montre, tout au moins, que l'indemnisation strictement forfaitaire du créancier monétaire est loin d'être assimilée en pratique. La résistance des juges du fond est beaucoup plus perceptible dans certaines décisions qui octroient des dommages-intérêts supplémentaires après avoir pourtant implicitement, ou même explicitement, écarté la mauvaise foi du débiteur¹⁹⁸, ou l'existence d'un préjudice distinct de celui réparé par les intérêts moratoires¹⁹⁹, ou qui affirment formellement qu'il n'était pas nécessaire d'établir la mauvaise foi du débiteur²⁰⁰.

285. La mauvaise foi, une condition à écarter ? Cette exigence d'une mauvaise foi de la part du débiteur a fait l'objet de plusieurs critiques doctrinales. Plusieurs auteurs ont ainsi critiqué la réforme de 1900 sur ce plan et ont considéré qu'au lieu de

¹⁹⁵ Cass. civ. 1^{re}, 13 juillet 2016, n° 15-14.178 ; Cass. soc., 21 janvier 2004, n° 01-46.231 ; Cass. com., 6 juillet 1999, n° 96-20.970 ; Cass. civ. 1^{re}, 9 mai 1990, n° 88-10.082, Bull. civ. I, n° 100 ; Cass. soc. 16 octobre 1980, n° 79-40.332, Bull. civ. V, n° 751 ; Cass. civ. 1^{re}, 23 avril 1980, n° 79-11.097, Bull. civ. I, n° 122.

¹⁹⁶ Cass. soc. 23 juin 2015, n° 14-13.425 ; Cass. civ. 1^{re}, 28 juin 2005, n° 07-17.730, Bull. civ. I, n° 277 ; Cass. civ. 1^{re}, 2 octobre 2002, n° 98-23.196, Bull. civ. I, n° 223 ; Cass. civ. 1^{re}, 22 janvier 2002, n° 99-10.835, RGDA 2002. 376, note Mayaux ; Cass. civ. 3^e, 18 décembre 2001, n° 00-16.161 ; Cass. civ. 3^e, 13 mars 1999, n° 97-17.333 ; Cass. civ. 3^e, 3 février 1999, n° 97-15.103 ; Cass. soc. 19 février 1997, n° 93-46.588 ; Cass. com. 4 octobre 1994, n° 92-15.957 ; Cass. civ. 3^e, 1^{er} décembre 1993, n° 91-22.232, Bull. civ. III, n° 156 ; Cass. com. 7 octobre 1980, n° 79-10.380, Bull. civ. IV, n° 325 ; Cass. civ. 3^e, 9 octobre 1973, n° 72-13.014, Bull. civ. III, n° 518.

¹⁹⁷ Parmi de très nombreux arrêts, v. par ex. Cass. soc., 15 juin 2016, n° 15-11.164 ; 8 juin 2016, n° 14-27.137 ; 16 décembre 2015, n° 14-24.852 ; 15 février 2012, n° 10-17.953 ; Cass. civ. 1^{re}, 11 juin 2008, n° 06-18.679 ; Cass. soc. 13 novembre 2003, n° 01-46.177, Bull. civ. V, n° 283 ; 28 novembre 2000, n° 98-45.044 ; 26 janvier 2000, n° 96-42.376, Bull. civ. V, n° 39, D. 2001. Somm. 119 (3^e esp.), obs. Derrida, D. 2001. Somm. 826, obs. Tissandier ; Cass. civ. 3^e, 18 décembre 1996, n° 94-18.754, Bull. civ. III, n° 240 ; Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 1996, n° 94-14.222, Bull. civ. I, n° 119.

¹⁹⁸ Cass. civ. 1^{re}, 9 mai 1996, n° 94-19.799 ; 5 novembre 1980, n° 79-11.919, Bull. civ. I, n° 284 ; Cass. soc. 4 octobre 1979, n° 78-40.270, Bull. civ. V, n° 701 ; 10 mai 1979, n° 77-41.775, Bull. civ. V, n° 403.

¹⁹⁹ Cass. civ. 1^{re}, 17 septembre 2003, n° 01-17.538.

²⁰⁰ Cass. civ. 1^{re}, 18 octobre 1988, n° 86-15.972, RGAT 1988. 798, note Kullmann.

s'appuyer sur les solutions apportées par la jurisprudence antérieure pour porter un regard nouveau sur la pertinence même du principe de la réparation forfaitaire pour les créances monétaires, le législateur, en subordonnant la réparation de tout préjudice supplémentaire occasionné au créancier à la preuve de la mauvaise foi du débiteur, n'a fait que renforcer ce principe. Cette réforme a ainsi été qualifiée par un auteur²⁰¹ de « consolidation maladroite » de la jurisprudence antérieure dans le sens où le législateur a maladroitement retranscrit les conditions posées par la jurisprudence antérieure à 1900 pour tenter de s'écarter de la règle du forfait sans se rendre compte que les efforts déployés par celle-ci révélaient en fait sa perception du caractère inéquitable d'un texte qu'elle ne pouvait toutefois pas paralyser de manière trop directe sans encourir la censure de la Cour de cassation. Cette réforme a été plus sévèrement attaquée par une grande partie de la doctrine qui a considéré que « le principe du forfait se trouve nettement rétabli par la loi de 1900, malgré les attaques que la jurisprudence avait apportées à ce principe (...) la loi de 1900, tout en ayant l'air de donner satisfaction à la jurisprudence, a en réalité, ramené cette jurisprudence à l'application de l'article 1153 et du dommage intérêt abstrait »²⁰², et que « le législateur de 1900 a péché par manque d'ambition en consacrant une exception trop restrictive qui ne permet pas - en raison des difficultés liées à la preuve de la mauvaise foi du débiteur - d'endiguer les attitudes purement dilatoires de certains débiteurs »²⁰³, et que le nouveau système constitue pour le débiteur « une faveur imméritée que la jurisprudence avant la loi de 1900 avait su ne pas lui accorder »²⁰⁴.

Il est vrai que cette exigence d'une preuve de la mauvaise foi du débiteur semble incompréhensible au regard des principes généraux de la responsabilité et aurait dû rester limitée à l'hypothèse du dommage imprévisible par application des dispositions

²⁰¹ Ph. Malaurie, « La jurisprudence combattue par la loi », *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 603, spéc. p. 605. Dans le même sens, F. Gréau, *Intérêts des sommes d'argent*, préc., n° 79.

²⁰² J. Hamel, *Recherches sur la théorie juridique de la monnaie*, 1^{re} partie, Les cours de droit 1938-1939, p. 351.

²⁰³ F. Gréau, *op. et loc. cit.*, *in fine*.

²⁰⁴ M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français, Obligations*, 2^e partie, avec le concours de P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, t. VII, préc., n° 879. Dans le même sens : A. Montel, art. préc., n° 3 qui considère que la portée de l'article 1382 a été « illogiquement restreinte ».

de l'ancien article 1150 ou du nouvel article 1231-3 du Code civil²⁰⁵. En effet, si l'on raisonne en termes de prévisibilité du dommage et si l'on considère que le préjudice moratoire distinct de celui normalement et habituellement causé par le seul retard dans le paiement d'une créance monétaire est, par hypothèse, imprévisible dans son étendue pour le débiteur et donc non réparable, une faute lourde de la part de ce dernier devrait suffire pour écarter la limite posée par l'article 1231-3 (l'article 1150 ancien) du Code civil qui vise explicitement la « faute lourde ou dolosive ». A partir de là, toute faute lourde de la part du débiteur, même sans mauvaise foi de sa part, devrait entraîner la réparation de tout préjudice moratoire supplémentaire, même dans le cas où ce préjudice supplémentaire serait imprévisible, et dès lors l'on ne comprend plus la raison d'être de la limite posée au sein de l'ancien article 1153 et reprise dans le nouvel article 1231-6 du Code civil.

Un coup d'œil jeté sur les droits voisins du droit français montre que cette condition de la mauvaise foi n'est pas toujours exigée. Ainsi, et alors que l'article 1231 du Code civil italien de 1866 reprenait le même principe que celui de l'ancien article 1153 du Code civil français, le Code civil italien promulgué en 1942 dispose dans son article 1224 al. 2 que « le créancier qui démontre avoir subi un dommage plus important peut obtenir un dédommagement supplémentaire » et ceci sans aucune autre condition. En droit allemand, et dès 1900, le paragraphe 288 du BGB, après avoir posé le principe du cours des intérêts et de leur taux dans les trois premiers alinéas, précise dans son quatrième alinéa que la réparation du préjudice supérieur n'est pas exclue, et ceci sans aucune condition supplémentaire ayant trait à la mauvaise foi du débiteur. Cette exigence de mauvaise foi a aussi été écartée dans le droit du commerce international. La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises du 11 avril 1980 dont l'article 78 énonce que la partie a droit à des intérêts sur la somme due « sans préjudice des dommages-intérêts qu'elle serait fondée à demander en vertu de l'article 74 », c'est-à-dire à la seule condition de prouver un préjudice prévisible au moment de la conclusion du contrat. De même, l'article 9 :508 des Principes du droit européen des contrats prévoit, dans son alinéa 1^{er}, que le retard dans le paiement d'une somme d'argent donne droit à des intérêts mais prévoit aussi, dans son alinéa second, que « le

²⁰⁵ En ce sens: A. Sériaux, Manuel de droit des obligations, PUF, 4^e éd., 2020, n° 65.

créancier peut en outre obtenir des dommages-intérêts pour tout autre préjudice » pour autant qu'il soit un préjudice prévisible. De leur côté, les principes sur les contrats du commerce international élaborés sous l'égide d'Unidroit consacrent à l'article 7.4.9 3) le droit pour le créancier d'obtenir des dommages-intérêts pour tout préjudice supplémentaire²⁰⁶.

Parmi les avant-projets sur la réforme du droit des obligations français qui avaient été avancés avant l'adoption de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, l'avant-projet Catala permettait au juge, dans l'alinéa 3 de son article 1381, d'accorder des dommages-intérêts supplémentaires dans les mêmes conditions que celles du droit commun, sans exiger la preuve d'une mauvaise foi du débiteur²⁰⁷. Cette proposition n'a pas été prise compte par la réforme de 2016 et le dernier alinéa de l'article 1231-6 reprend les termes exacts du dernier alinéa de l'ancien article 1153 avec son exigence d'une mauvaise foi de la part du débiteur qui semble ainsi marquer l'attachement du législateur de 1900, réitéré par le législateur de 2016, au principe de la réparation forfaitaire du dommage moratoire, à tel point que l'on penserait qu'il s'agit de l'« une de ces règles traditionnelles auxquelles on ne saurait déroger sans inconvénient »²⁰⁸.

On peut toutefois s'attendre à un revirement législatif sur ce plan puisque le projet de réforme du droit de la responsabilité civile présenté par la Chancellerie, ainsi que la proposition de loi n° 678 présentée par le Sénat, abandonnent clairement toute référence à la mauvaise foi du débiteur comme condition de réparation du préjudice moratoire supplémentaire²⁰⁹. Nous ne pouvons que saluer ce changement de solution législative qui, s'il venait à être adopté, aurait le mérite d'aligner le droit français à cet égard sur les droits voisins et sur les solutions prévues en droit du

²⁰⁶ Principes relatifs aux contrats du commerce international, Unidroit, 1994, p. 216.

²⁰⁷ Art. 1381 : « L'indemnisation du préjudice résultant du retard dans le paiement d'une somme d'argent consiste en une condamnation aux intérêts au taux légal .
Ces dommages-intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte. Ils ne sont dus que du jour de la mise en demeure, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit.
Le créancier auquel son débiteur en retard a causé un préjudice supplémentaire, peut obtenir des dommages-intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance ».

²⁰⁸ G. Aubéry, Etude sur le taux d'intérêt et les dommages-intérêts dans les créances de sommes d'argent, Commentaire de la loi du 7 avril 1900, Paris, 1901, p. 22.

²⁰⁹ Article 1280 selon le projet de réforme, article 1283 selon la proposition de loi n° 678.

commerce international et de remettre les dispositions relatives au préjudice moratoire supplémentaire en cohérence avec le reste des dispositions législatives concernant la réparation du dommage.

Une fois le préjudice moratoire identifié et prouvé, il doit être évalué par le juge. Le préjudice moratoire lié au retard dans le paiement d'une obligation monétaire présente quelques spécificités sur ce plan par rapport aux règles de droit commun de l'évaluation du préjudice.

Chapitre 2- L'évaluation du préjudice moratoire.

286. Evaluation du préjudice moratoire entre obligation monétaire et obligation non monétaire. S'il appartient au juge d'évaluer la teneur du préjudice causé au créancier, une distinction est à faire pour le préjudice moratoire entre celui qui est causé par le retard dans l'exécution d'une obligation non monétaire et celui occasionné par le retard dans le paiement d'une somme d'argent, les obligations monétaires bénéficiant sur ce plan de dispositions spéciales dans le cadre des deux articles 1231-6 et 1231-7 qui ont repris les dispositions des anciens articles 1153 et 1153-1 du Code civil.

Lorsque le débiteur tarde dans l'exécution d'une obligation non monétaire, et si le créancier arrive à prouver l'existence et l'étendue du préjudice qu'il a subi, il appartient au juge de mesurer l'importance de ce préjudice et d'évaluer souverainement le montant des dommages et intérêts qui doivent le compenser. La réparation est ici intégrale. En effet, selon une jurisprudence ancienne et constante, les juges ont un pouvoir souverain pour évaluer et régler le montant des dommages-intérêts dus en vertu de l'(anc.) article 1149²¹⁰. Ils peuvent ainsi allouer une somme unique tant pour les dépenses faites que pour le gain manqué du fait du retard dans la livraison des marchandises achetées²¹¹. Ils ne sont pas tenus de s'expliquer sur chacun des préjudices invoqués, et en énonçant que la somme qu'ils allouent constitue une réparation de tous les préjudices, ils considèrent nécessairement que les fautes retenues trouvent ainsi leur réparation²¹². D'un autre côté, une jurisprudence constante affirme le principe de la réparation

²¹⁰ Cass. civ. 24 octobre 1893: DP 1894. 1. 14 ; l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond : Cass. soc. 13 avr. 2016, n° 14-28.293 P: D. 2016. 1588, chron. Flores, Wurtz, Sabotier, Ducloz et Mariette ; Dr. soc. 2016. 650, étude Tournaux.

²¹¹ Cass. soc., 14 septembre 2016, n° 15-21.794.

²¹² Cass. civ. 1^{re}, 16 juillet 1991: Bull. civ. I, n° 249.

intégrale du préjudice sans perte ni profit²¹³. Une fois le dommage déterminé dans sa nature et dans son étendue il importe uniquement d'assurer à la victime une indemnisation intégrale par le versement de l'équivalent monétaire dudit dommage au jour de sa réparation²¹⁴. L'évaluation faite par le juge doit donc comprendre tous les éléments du préjudice et être explicite sur ce point²¹⁵. Les indemnisations forfaitaires sont interdites et la Cour de cassation considère ainsi que la cour d'appel qui fixe les préjudices subis à une somme forfaitaire viole l'art. 1147 anc. du Code civil²¹⁶. Elle refuse aussi les indemnisations en équité et considère que la cour d'appel qui laisse en équité une part de responsabilité à un contractant viole l'article 12 al. 1^{er} du Code de procédure civile puisque le juge doit trancher le litige conformément aux règles de droit applicables²¹⁷.

Si pour les obligations non monétaires c'est le principe de la réparation intégrale avec une appréciation souveraine du juge, il n'en est pas de même pour les obligations monétaires pour l'évaluation desquelles les articles 1231-6 et 1231-7, et avant eux les articles 1153 et 1153-1, du Code civil établissent des règles spéciales. Ces articles érigent ainsi en principe l'évaluation forfaitaire du préjudice moratoire (Section 1) mais ce principe est, ou peut être, dans certaines cas, abandonné (Section 2).

Section 1- Le principe d'une évaluation forfaitaire du préjudice moratoire.

287. Un principe établi par la loi. Le principe de la réparation intégrale du préjudice n'ayant pas valeur constitutionnelle, rien n'empêche le législateur d'établir

²¹³ Cass. civ. 2^e, 23 janvier 2003, n° 01-00200 : Bull. civ. II, n° 20 ; 28 mai 2009 : Bull. civ. II, n° 131 ; D. 2009. AJ 1606, obs. Gallmeister ; JCP 2009, n° 38, obs. Bloch ; RTDCiv. 2009. 534, obs. Jourdain ; Cass. civ. 3^e, 4 novembre 2010 : Bull. civ. III, n° 198 ; D. 2010. 2705. Sur ce principe v. *supra* n° 260.

²¹⁴ Cass. com., 16 février 1954 : D. 1954. 534, note R. Rodière.

²¹⁵ L'alinéa 4 de l'article 1262 du Code civil tel que prévu dans le projet de réforme de la responsabilité civile présenté par la Chancellerie, ainsi que par la proposition de loi présentée par le Sénat, exige même que chacun des chefs de préjudice soit évalué distinctement.

²¹⁶ Cass. civ. 1^{re}, 2 avril 1996 : Bull. civ. I, n° 166.

²¹⁷ Cass. com., 16 avril 1996, CCC 1996. 122, obs. Leveneur. Dans le même sens : Cass. civ. 2^e, 14 juin 2006, pourvoi n° 03-14.258 ; Cass. civ. 1^{re}, 14 juin 2005, pourvoi n° 04-10.909 ; 28 septembre 2004, pourvoi n° 02-19.428.

un régime de responsabilité prévoyant une réparation forfaitaire : « la reconnaissance d'une certaine valeur constitutionnelle au principe de la responsabilité pour faute ne confère pas pour autant valeur constitutionnelle au principe de la réparation intégrale du dommage, même si ce principe est traditionnellement rattaché par la jurisprudence à l'article 1382 du code civil. Il en résulte qu'un régime de responsabilité prévoyant une réparation forfaitaire ou plafonnée reste possible, en dépit de la constitutionnalisation partielle du principe de la responsabilité pour faute [...] la loi peut déroger au principe de la réparation intégrale pour n'accorder à la victime qu'une réparation partielle de son dommage »²¹⁸.

C'est ce qu'a fait le législateur français pour les obligations monétaires, qu'elles soient liquides *ab initio* ou liquidées par l'intervention du juge, en établissant un régime de responsabilité prévoyant une réparation forfaitaire en cas de retard dans leur paiement. Ainsi, l'ancien article 1153 du Code civil, comme instituant « une espèce de clause pénale, qui est l'œuvre de la loi »²¹⁹, fixe les dommages et intérêts dus à raison du retard dans le paiement d'une obligation de somme d'argent à l'intérêt au taux légal, à compter de la mise en demeure, quelle que soit par ailleurs l'ampleur réelle du préjudice subi par le créancier. La solution est la même pour les indemnités de l'article 1231-7 de ce code puisque le préjudice moratoire causé par le retard dans le paiement de ces indemnités est réparé forfaitairement par l'octroi d'intérêts au taux légal : « en toute matière, la condamnation à une indemnité emporte intérêts au taux légal (...) ». En application de cette disposition, si le débiteur tarde à payer l'indemnité à laquelle il a été condamné, ce retard sera lui-même générateur d'un préjudice moratoire qui sera forfaitairement réparé par le paiement de l'intérêt légal sur l'indemnité fixée dans le jugement.

²¹⁸ M. Bacache-Gibeili (sous la dir. de C. Larroumet), *Traité de droit civil*, t. 5, les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle, 3^e éd., Economica, 2016, n° 467, *in fine* ; dans le même sens : G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *op. cit.*, n°s 307 et s. ; C. Coutant-Lapalus, Le principe de la réparation intégrale en droit privé, *préc.*, n°s 111 et s. ; J. de Salve de Bruneton, Les principes constitutionnels et la responsabilité civile, *Mél. Boré*, 2007, Dalloz, p. 407 ; S. Dion, Les impératifs constitutionnels du droit de la responsabilité, *LPA* 29 juill. 1992, p. 11 ; N. Molfessis, Le Conseil constitutionnel et le droit privé, *in* Les sources constitutionnelles du droit des obligations, *Trav. assoc. Capitant*, 1997, p. 65 et s., et *in* Le renouvellement des sources du droit des obligations. Journées nationales. Lille-1996, 1997, LGDJ, p. 65

²¹⁹ C. Demolombe, *Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général*, *préc.*, n° 616.

288. Un principe connu du droit international et du droit comparé. Ce système de réparation forfaitaire était déjà connu du droit romain classique²²⁰ où le retard dans l'exécution des obligations monétaires était sanctionné par le paiement des intérêts moratoires au taux légal²²¹ et ces intérêts alors appelés *usurae* étaient dus à compter de la mise en demeure du débiteur. Il est aussi celui que consacrent certains droits voisins du droit français. Ainsi l'article 104 alinéas 1^{er} à 3 du Code des obligations suisse prévoit que le débiteur en demeure d'une somme d'argent doit l'intérêt moratoire, peu importe que le retard ne lui soit pas imputable et continue en précisant que le taux est légalement fixé à 5% avec possibilité de convenir d'un taux supérieur²²². Les droits belge²²³ et allemand²²⁴ consacrent aussi une règle selon laquelle les intérêts légaux sont dus en cas de retard dans le paiement d'une dette d'argent. Il en est de même dans plusieurs pays arabes tels l'Egypte, la Lybie, l'Irak et la Syrie avec des différences dans les taux appliqués²²⁵. Au Liban, l'article 265 du Code des obligations et des contrats dispose, dans son alinéa 1^{er}, que « lorsque la dette a pour objet une somme d'argent, les dommages-intérêts moratoires consistent, en l'absence de clause contraire dans la convention ou dans la loi, *dans les intérêts de la somme due calculés d'après le taux légal* ». Tel est aussi le système adopté par UNIDROIT dans son article 7.4.9. qui dispose qu'en cas de non-paiement d'une somme d'argent à l'échéance le créancier a droit aux intérêts de cette somme et « le taux d'intérêt est le taux bancaire de base à

²²⁰ Pour un aperçu approfondi sur l'évolution historique de la notion de dommages-intérêts en droit romain v. C Bontems, Essai sur la théorie des dommages et intérêts en droit romain et dans les droits savants, thèse dactyl., Paris 1968.

²²¹ Ce taux variait selon les régions de l'Empire romain et le juge devait intervenir pour le fixer.

²²² Les sanctions de l'inexécution des contrats : questions choisies- Exposé du droit suisse et regard comparatif sur les droits belge et français par Pierre Wessner *in* Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé, sous la direction de M. Fontaine et G. Viney, Bruylant- LGDJ 2001, chap. XXI, n° 29 à 31

²²³ Les dommages et intérêts accordés au titre de la réparation d'un dommage contractuel par I. Durant et N. Verheyden-Jeanmart *in* Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé, *op. cit.*, chap. VIII, n° 34 à 51.

²²⁴ L'article 288 BGB concernant la dette d'argent précise que les intérêts légaux sont dus en cas de retard. V. Les sanctions de l'inexécution du contrat en droit allemand par F. Ranieri *in* Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé, *op. cit.*, chap. XVIII, n° VI.

²²⁵ J. Ortscheidt, La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international, Dalloz 2001, n° 499.

court terme moyen pour la monnaie de paiement du contrat au lieu où le paiement doit être effectué ou, à défaut d'un tel taux en ce lieu, le même taux dans l'Etat de la monnaie de paiement. En l'absence d'un tel taux à l'un ou l'autre lieu, le taux d'intérêt est le taux approprié fixé par la loi de l'Etat de la monnaie de paiement ».

289. Rôle du juge. Du fait de l'existence du forfait il est évident que le rôle du juge dans l'appréciation de la teneur du dommage se trouve considérablement réduit. Ainsi, une fois il a constaté le retard dans le paiement d'une créance monétaire dont le montant n'est pas contesté, le juge ne peut refuser d'allouer des intérêts moratoires ni porter une appréciation sur le montant de l'indemnisation, notamment en aggravant ou en réduisant le taux de l'intérêt légal²²⁶. Dans un arrêt déjà ancien la Cour de cassation décide clairement que le débiteur ne peut réduire le montant des intérêts dus au créancier en établissant que le préjudice subi est moindre que celui que réparent les intérêts légaux²²⁷. L'indemnisation du retard dans le paiement d'une créance monétaire paraît donc échapper doublement à l'appréciation du juge : non seulement le législateur lui soustrait la détermination de l'existence du préjudice qui est présumé mais il lui soustrait aussi l'évaluation de ce préjudice en édictant une indemnisation forfaitaire uniforme par référence au taux légal (§1). Plusieurs arguments ont été avancés pour justifier cette règle qui limite le pouvoir du juge (§2). Elle fait toutefois l'objet de plusieurs critiques (§3).

§1- Une évaluation forfaitaire par référence au taux légal de l'intérêt.

290. La règle de la réparation forfaitaire constitue en elle-même une règle très protectrice du créancier d'une obligation de somme d'argent inexécutée. S'il est vrai que le forfait légal, qui n'est pas d'ordre public, peut être écarté par un accord de volonté des parties au profit d'un intérêt conventionnel²²⁸, voire même au profit d'un retour au

²²⁶ Cass. civ. 3^e, 25 mars 1987, n° 85-15.819, préc.

²²⁷ Cass. civ., 10 juillet 1895 : S. 1895, 1, p. 312 ; DP 1896, 1, p. 119.

²²⁸ Cass. civ. 1^{re}, 25 novembre 1975 : JCP G 1976, II, 18328, H. T. Sur la possibilité d'écarter le forfait légal par accord entre les parties v. *infra* n° 311 et s.

principe de la réparation intégrale²²⁹, il n'en reste pas moins que, sans accord expresse des parties, le principe est celui de la réparation forfaitaire. Cette réparation forfaitaire était fixée, depuis 1804, par l'ancien article 1153 du Code civil au taux légal de l'intérêt et le nouvel article 1231-6 issu de la réforme de 2016 reprend la même solution²³⁰. Les modalités de détermination de ce forfait qu'est le taux légal ont été modifiées à plusieurs reprises au cours des années (A). Afin d'accentuer la pression sur le débiteur et l'amener à s'exécuter dans les plus brefs délais, ce forfait est dans certains cas majoré (B).

A- La détermination du taux légal.

291. Un taux déterminé par une loi. Au départ c'était la loi qui prévoyait directement le montant du taux légal de l'intérêt. Ainsi la loi du 3 septembre 1807 l'avait fixé à 5 % en matière civile et 6 % en matière commerciale et ces deux taux ont varié avec quelques textes postérieurs afin de les adapter au contexte économique. Après la Seconde Guerre mondiale le taux légal était seulement de 4 % en matière civile et de 5 % en matière commerciale et la forte inflation des décennies qui ont suivi avait sérieusement remis en cause le bien-fondé de cette technique de détermination directe du taux surtout que le débiteur, tenu seulement au paiement de la valeur nominale de l'obligation et des intérêts moratoires à ces taux réduits, pouvait trouver plus

²²⁹ Cass. com., 15 mars 1971, Bull. civ. 1971, IV, n° 79.

²³⁰ De même que le projet de réforme du droit de la responsabilité civile à l'article 1280 et la proposition de loi présentée par le Sénat à l'article 1283 qui prévoient que : « le préjudice résultant du retard dans le paiement d'une somme d'argent est réparé par les intérêts au taux légal ». Notons que dans des cas spécifiques la réparation forfaitaire est fixée à un taux différent du taux légal de l'intérêt. Il en est ainsi en droit de la consommation, que ce soit pour le crédit à la consommation ou pour le crédit immobilier, où le montant des « intérêts de retard », ainsi que celui de l'indemnité qui dépend de la durée restant à courir du contrat, sont fixés forfaitairement par les articles L.312-39 et L.313-51 du Code de la consommation qui disposent qu'en cas de défaillance de l'emprunteur, le prêteur peut exiger le remboursement immédiat du capital restant dû, majoré des intérêts échus mais non payés et que jusqu'à la date du règlement effectif, « les sommes restant dues produisent des intérêts de retard à un taux égal à celui du prêt » et qu'en outre, « le prêteur peut demander à l'emprunteur défaillant une indemnité qui, sans préjudice de l'application de l'article 1231-5 du code civil, ne peut excéder un montant qui, dépendant de la durée restant à courir du contrat, est fixé suivant un barème déterminé par décret » (Art. D. 312-16 du C. Cons. : « lorsque le prêteur exige le remboursement immédiat du capital restant dû en application de l'article L. 312-39, il peut demander une indemnité égale à 8 % du capital restant dû à la date de la défaillance).

avantageux de différer le paiement de sa dette dont la valeur diminuait en même temps que celle de la monnaie. La loi n° 75-619 du 11 juillet 1975²³¹ est venue abandonner le principe d'un taux fixe et double (matière civile et matière commerciale) au profit d'un taux unique et évolutif suivant l'évolution du coût de l'argent. Initialement établi en référence au taux d'escompte de la Banque de France, ce taux évolutif a ensuite été fixé annuellement par décret en fonction de « la moyenne arithmétique des douze dernières moyennes mensuelles des taux de rendement actuariel des adjudications de bons du Trésor à taux fixe à treize semaines »²³². La maîtrise de l'inflation et les interventions de la Banque centrale européenne à partir de 2008 pour contenir le coût du financement des États ont par la suite révélé les limites de ce système qui avait conduit à des taux ridiculement bas (de 7,82 % en 1989²³³ il est passé à 0,04 % pour l'année 2014²³⁴) ce qui, en pratique, réduisait presque à néant la réparation du préjudice moratoire.

292. Un système nouveau introduit en 2014. Pour pallier ces inconvénients et mieux arrimer le taux légal au coût réel de l'argent, un nouveau système a été mis en place par l'ordonnance n° 2014-947 du 20 août 2014²³⁵. Désormais, « le taux de l'intérêt légal est, en toute matière²³⁶, fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie » et l'ancienne dualité entre le taux applicable en matière civile et celui applicable en matière commerciale revient sous une distinction nouvelle plus large, le nouvel article

²³¹ L'article 3 de la loi n° 75-619 du 11 juillet 1975 relative au taux de l'intérêt légal disposait qu' « en cas de condamnation, le taux de l'intérêt légal est majoré de cinq points à l'expiration d'un délai de deux mois à compter du jour où la décision de justice est devenue exécutoire, fût-ce par provision. Toutefois, le juge de l'exécution peut, à la demande du débiteur ou du créancier, et en considération de la situation du débiteur, exonérer celui-ci de cette majoration ou en réduire le montant » ; sur cette loi, v. Vion, L'intérêt légal depuis la loi du 11 juillet 1975, Defrénois 1975. 1089 ; Solal, Le nouveau régime de l'intérêt légal, Gaz. Pal. 1975. 2. doct. 726.

²³² Article 12 de la loi n° 89-421 du 23 juin 1989, (C. mon. fin., anc. art. L. 313-2, al. 2).

²³³ Décr. n° 89-622, 6 septembre 1989, JO 6 sept.

²³⁴ Décr. n° 2014-98, 4 février 2014.

²³⁵ Fruleux et Serre, Réforme du taux de l'intérêt légal. Nouveautés, évolutions et choix fiscaux, JCP E 2014. 1666 ; L. Capdeville, Interrogations autour de la future évolution du taux de l'intérêt légal, Gaz. Pal. 2014, n° 254, p. 5.

²³⁶ La formule « en toute matière » figurant dans cette disposition laisse à penser qu'elle a vocation à jouer aussi bien en matière civile et commerciale qu'en matière contractuelle et quasi délictuelle (G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, Les effets de la responsabilité, *op. cit.*, n° 336, *in fine*).

L.313-2, alinéa 2, du Code monétaire et financier dans sa version en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2015 prévoyant ainsi « un taux applicable lorsque le créancier est une personne physique n'agissant pas pour des besoins professionnels et un taux applicable dans tous les autres cas ». Les modalités de calcul semestriel de ce taux ne sont pas précisées par la loi²³⁷ qui renvoie seulement aux taux pratiqués par la Banque centrale européenne sur les opérations principales de refinancement et aux taux pratiqués par les établissements de crédit et sociétés de financement et précise que lorsque le créancier est une personne physique n'agissant pas pour des besoins professionnels les taux pratiqués par les établissements de crédit et les sociétés de financement pris en compte pour le calcul du taux applicable sont les taux effectifs moyens de crédits consentis aux particuliers.

Les modalités précises de calcul sont fixées par l'article D.313-1 du Code monétaire et financier. Pour le premier semestre de l'année 2015 le taux de l'intérêt légal a été fixé à 4,06% pour les créances des personnes physiques non professionnelles et 0,93% pour les autres cas²³⁸. Pour le second semestre de 2015, ces deux taux ont été fixés respectivement à 4,29% et 0,95%²³⁹. Pour 2016, ces taux ont été fixés pour le premier semestre à 4,54 % et 1,01 %²⁴⁰ et pour le second semestre à 4,35% et 0,03%²⁴¹. Ils sont fixés à 3,94% et 0,9% pour le 2^e semestre de l'année 2017. Au 2^e semestre de l'année 2021 ils sont fixés à 3,12% et 0,76%. Certains auteurs ont dénoncé l'incompréhensibilité et l'obscurité technique de ce nouveau mode de calcul de l'intérêt légal dont la variation semestrielle, ajoutée à la réapparition de deux taux distincts, risque de compliquer le calcul des intérêts moratoires alors que la fonction principale de l'intérêt légal est de permettre une compensation forfaitaire d'un préjudice abstrait. Un auteur avance que le fait de « permettre au créancier de percevoir plus simplement des dommages-intérêts distincts des intérêts moratoires (dès lors qu'il prouve un

²³⁷ « Les modalités de calcul et de publicité de ces taux sont fixées par décret ».

²³⁸ Arr. 23 déc. 2014.

²³⁹ Arr. 24 juin 2015.

²⁴⁰ Arr. 23 déc. 2015.

²⁴¹ Arr. 24 juin 2016.

préjudice direct et prévisible) tout en adoptant un taux légal fixe - quitte à le modifier de temps à autre - serait plus simple et plus cohérent »²⁴².

Au Liban, le taux de l'intérêt légal a été fixé, par l'article 1 de la loi du 24 juin 1939, et sans aucun changement depuis, à 9%, et ceci sans aucune distinction entre matière civile et commerciale ou encore entre créancier personne physique n'agissant pas pour des besoins professionnels et les autres créanciers. La question s'est posée en droit libanais de savoir si ce taux de 9% était applicable aussi aux créances monétaires déterminées en monnaie étrangère, notamment le dollar américain, et l'on perçoit l'importance pratique de la question lorsqu'on se rend compte de l'étendue de l'utilisation du dollar américain dans les échanges monétaires et commerciaux dans la société libanaise. Dans un arrêt rendu en 1995 la Cour de cassation avait décidé que les intérêts moratoires octroyés en application de l'article 265 du COC sont déterminés selon le taux légal, sans distinction selon que l'obligation monétaire a été déterminée en monnaie nationale ou étrangère puisque cet article n'opère aucune distinction à ce sujet²⁴³. Plus tard, elle a écarté l'application du taux légal de l'intérêt à une dette liquidée en dollars américains au profit de l'application du taux sur les dépôts bancaires (5% à l'époque où a été rendu d'arrêt) en déclarant explicitement que le premier n'était applicable qu'aux sommes déterminées en livres libanaises²⁴⁴. Toutefois, la 4^e chambre civile a, dans un arrêt récent, décidé que le taux légal de l'intérêt est de 9% sans distinction entre sommes libellées en L.L. et sommes libellées en dollars puisque l'article 265 du COC n'a fait aucune distinction à cet égard²⁴⁵. S'il est vrai que l'incidence pratique de la question pouvait être quasiment annulée par l'ajout d'une simple disposition, devenue récurrente dans presque la totalité des décisions judiciaires, selon laquelle le débiteur est condamné à payer au créancier une telle

²⁴² F. Gréau dans son article, Les intérêts des sommes d'argent, préc..

²⁴³ Cass. lib., 3^e ch. civ., 26 juillet 1995, décision n° 179/95, IDREL.

²⁴⁴ Cass. lib., 4^e ch. civ., 13 mai 2004, décision n°25/2004, revue Al Adl 2006, p. 1052. D'autres arrêts de la même chambre ont aussi écarté par la suite l'application du taux de 9% aux dettes libellées en dollars américains : 4^e ch. civ., 20 mai 2004, décision n° 26/2004, IDREL ; 30 septembre 2013, décision n°162/2013, encyclopédie Baz 2013 n°52, p. 1000. Un arrêt de la 2^e chambre civile a lui aussi écarté l'application du taux de 9% aux dettes libellées en dollar au motif que l'intérêt légal ne court en application de l'article 265 du COC que sur les dettes liquidées en livres libanaises, et ne s'applique pas à celles liquidées en monnaie étrangère (2^e ch. civ., 29 novembre 2011, décision n°68/2012, IDREL.

²⁴⁵ Cass. lib., 4^e ch. civ., 21 février 2019, décision n° 10/2019, IDREL.

somme en dollars, ou son équivalent en livres libanaises au jour du paiement définitif, avec les intérêts moratoires au taux légal sur ladite somme, ceci était vrai tant que l'équivalent du dollar en livres libanaises restait presque inchangé. Or depuis la crise économique que connaît le Liban depuis la fin de l'année 2019 et la vertigineuse dépréciation de la monnaie libanaise face au dollar, la question retrouve toute son actualité

Afin d'accentuer la pression sur le débiteur et l'amener à s'exécuter dans les plus brefs délais la loi prévoit dans certains cas une majoration du taux de l'intérêt légal.

B- La majoration du taux légal.

293. Une majoration liée à l'inexécution d'une décision judiciaire. Une ordonnance du 7 janvier 1959 avait prévu une légère majoration du taux de l'intérêt légal en cas d'assignation en justice. Elle a été suivie par la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 qui, dans son article 14, avait prévu le doublement du taux de l'intérêt légal à compter de la notification d'une condamnation passée en force de chose jugée. La loi n° 75-619 du 11 juillet 1975²⁴⁶ est venue par la suite disposer, dans son article 3, qu'« en cas de condamnation, le taux de l'intérêt légal est majoré de cinq points à l'expiration d'un délai de deux mois à compter du jour où la décision de justice est devenue exécutoire, fût-ce par provision. Toutefois, le juge de l'exécution peut, à la demande du débiteur ou du créancier, et en considération de la situation du débiteur, exonérer celui-ci de cette majoration ou en réduire le montant ». Cette loi a été abrogée par l'ordonnance 2000-1223 du 14 décembre 2000 et actuellement c'est l'article L.313-3 du Code monétaire et financier qui dispose qu'« en cas de condamnation pécuniaire par décision de justice, le taux de l'intérêt légal est majoré de cinq points à l'expiration d'un délai de deux mois à compter du jour où la décision de justice est devenue exécutoire, fût-ce par provision »²⁴⁷. Depuis l'ordonnance n° 2006-461 du 21 avril 2006

²⁴⁶ Sur cette loi v. Vion, L'intérêt légal depuis la loi du 11 juillet 1975, préc. ; Solal, Le nouveau régime de l'intérêt légal, préc.

²⁴⁷ L'exécution provisoire est une décision accessoire prononcée par le Tribunal ayant statué en première instance, autorisant la partie qui a obtenu gain de cause à poursuivre l'exécution du jugement rendu contre son adversaire, malgré les recours qu'il aurait engagés. L'exécution est prononcée à titre

(JO 22 avr.), ce texte précise que « cet effet est attaché de plein droit au jugement d'adjudication sur saisie immobilière, quatre mois après son prononcé ».

Ainsi, une condamnation en justice qui n'est pas exécutée dans les deux mois qui suivent le moment où elle est devenue exécutoire, donne lieu à une majoration substantielle du taux de l'intérêt applicable à la condamnation pécuniaire augmentant ainsi la pression sur le débiteur. Certains auteurs parlent dans ce cadre d'intérêts moratoires comminatoires : « À compter du moment où la décision devient exécutoire, on peut estimer que ces intérêts postérieurs revêtent une nature comminatoire (...) car il s'agit désormais moins, même lorsque l'obligation est exigible avant la décision judiciaire (et relève donc de l'article 1231-6 C. civ.), d'exécuter l'obligation envers le créancier que de se plier à l'ordre du juge »²⁴⁸. Cette majoration intervient de plein droit à l'expiration du délai de deux mois à compter du jour où la décision de justice est devenue exécutoire. Il n'est donc pas nécessaire qu'elle ait été expressément envisagée par la décision de condamnation²⁴⁹. Toutefois, seule la partie condamnée supporte le système du taux aggravé et la majoration ne concerne pas les tiers payeurs²⁵⁰. Par faveur pour les débiteurs, l'article L.313-3 du Code monétaire et financier précise que « le juge de l'exécution peut, à la demande du débiteur ou du créancier, et en considération de la situation du débiteur, exonérer celui-ci de cette majoration ou en réduire le montant », y compris pour la période antérieure à sa décision²⁵¹.

Dans le domaine spécifique des accidents de la circulation, la majoration qui a vocation à sanctionner la résistance du débiteur condamné par une décision de justice à payer une indemnité est encore plus substantielle. L'article L.211-18 du Code des assurances dispose en effet qu'« en cas de condamnation résultant d'une décision de

provisoire, soit de droit, en vertu d'une disposition légale (c'est le cas des ordonnances de référé et des condamnations au paiement d'une créance d'aliments), soit lorsque le juge l'estime nécessaire et compatible avec la nature de l'affaire (voir les articles 514 et s. CPC).

²⁴⁸ F. Gréau, Les intérêts des sommes d'argent, préc., n° 113. Pour des développements concernant cet aspect comminatoire des intérêts moratoires v. *infra* n° 343 et s.

²⁴⁹ CA Paris, 15 janv. 1991: D. 1991, inf. rap. p. 53.

²⁵⁰ Il a ainsi été jugé que le Fonds de garantie automobile ne peut se voir appliquer un taux aggravé dans l'hypothèse où l'action en responsabilité a été engagée contre lui, alors que le responsable était connu : Cass. civ. 2^e, 5 déc. 1984 : JCP G 1985, IV, p. 60.

²⁵¹ Cass. civ. 2^e, 6 juin 2013, n° 12-20.129, Bull. civ. II, n° 112; D. 2014.1471, obs. Leborgne.

justice exécutoire, même par provision, le taux de l'intérêt légal est majoré de 50 % à l'expiration d'un délai de deux mois et il est doublé à l'expiration d'un délai de quatre mois à compter du jour de la décision de justice, lorsque celle-ci est contradictoire et, dans les autres cas, du jour de la notification de la décision ». En cas de transaction, l'article L.211-17 du Code des assurances prévoit aussi que le refus de paiement dans un délai d'un mois conduit à un intérêt au taux légal majoré de moitié pendant les deux premiers mois, et porté ensuite au double de ce taux²⁵².

294. La notion de décision exécutoire. La notion de décision exécutoire a suscité certaines controverses²⁵³. La question est d'un intérêt pratique primordial puisqu'il s'agit de déterminer le départ du délai de deux mois à l'expiration duquel s'applique le taux majoré de l'intérêt. Si dans certains arrêts la Cour de cassation a considéré que la décision est exécutoire dès le moment où elle est prononcée²⁵⁴, dans d'autres elle a affirmé qu'il n'en va ainsi qu'à compter de sa notification à la partie condamnée²⁵⁵. Dans un arrêt de chambres mixtes du 16 décembre 2005²⁵⁶ la Cour de cassation a par clairement décidé que la force de chose jugée, attachée à un arrêt de cour d'appel dès son prononcé, ne peut avoir pour effet de priver une partie d'un droit tant que cette

²⁵² Aucune majoration du taux légal de l'intérêt n'est prévue en droit libanais.

²⁵³ V. G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, Les effets de la responsabilité, *op. cit.*, n° 348 ; Y. Lobin, Le point de départ des intérêts légaux après une décision de condamnation, D. 1978. chron. 13 ; P. Latal, Toujours des controverses sur le point de départ des intérêts des sommes judiciairement allouées, Gaz. Pal. 1994. 1. doct. 170. Pour des développements sur la notion de décision exécutoire et sur la suspension de la force exécutoire de la décision v. *infra* n° 384 et s.

²⁵⁴ Cass. civ. 1^{re}, 18 décembre 1990, n° 88-18.700, Bull. civ. I, n° 299 ; Cass. civ. 2^e, 13 mars 1991, n° 89-11.896, Bull. civ. II, n° 86 ; Cass. civ. 2^e, 25 oct. 1995, n° 94-10.747, Bull. civ. II, n° 254 ; Cass. civ. 1^{re}, 3 novembre 2004, n° 01-16.031, Bull. civ. I, n° 245 ; Cass. civ. 1^{re}, 7 juin 2006, n° 03-21.036, inédit ; Cass. civ. 2^e, 4 juillet 2007, n° 06-12.347, inédit.

²⁵⁵ Cass. civ. 3^e, 3 juin 1992, n° 90-16.792, Bull. civ. III, n° 189, JCP 1994. II. 22221, note I.-M. Enama, RTDCiv. 1992. 645, obs. R. Perrot ; Cass. civ. 2^e, 4 avr. 2002, n° 00-19.822, Bull. civ. II, n° 69 ; D. 2002. 1484, note Lienhard ; RTDCiv. 2002. 562, obs. Perrot ; Rev. huiss. 2002. 298, obs. Hoonakker. Dans le même sens : Cass. com. 31 mars 2004, pourvoi n° 00-14.526 ; Cass. civ. 1^{re}, 28 févr. 2006, n° 04-11.510.

²⁵⁶ Cass., ch. mix, 16 décembre 2005, pourvoi n° 03-12.206, BICC n° 634 du 15 février 2006.

décision ne lui a pas été notifiée²⁵⁷. Ainsi « force de chose jugée » et « force exécutoire » constituent deux notions distinctes qui ne se confondent pas, la première n'étant que le préalable de la seconde. Alors que la force de chose jugée est celle qui s'attache au jugement qui n'est pas ou n'est plus susceptible d'aucun recours suspensif d'exécution, les délais pour l'exercer étant expirés, la force exécutoire est celle qui s'attache au jugement passé en force de chose jugée qui, une fois notifié, pourra pouvoir faire l'objet d'une exécution forcée. C'est cette logique que le législateur a adopté dans le domaine spécifique des accidents de la circulation puisque l'article 211-18 du Code des assurances qui distingue entre décision contradictoire et décision non contradictoire prévoit explicitement que le délai commence à courir « à compter du jour de la décision de justice, lorsque celle-ci est contradictoire et, dans les autres cas, du jour de la notification de la décision »²⁵⁸.

Le lien établi par l'article L.313-3 du Code monétaire et financier entre les intérêts moratoires majorés et la force exécutoire de la décision judiciaire impose d'en suspendre le cours lorsque celle-ci est neutralisée. Il en va ainsi lorsque le juge octroie un délai de grâce en application de l'article 1343-5 du Code civil puisque l'alinéa 5 de ce texte (anc. art. 1244-2) prévoit que « les majorations d'intérêts ou les pénalités prévues en cas de retard ne sont pas encourues pendant le délai fixé par le juge »²⁵⁹. Il en est ainsi aussi lorsque l'arrêt de l'exécution provisoire est décidé par le premier président de la Cour d'appel ou par le juge en cas d'opposition en application de l'article 514-3 du Code de procédure civile²⁶⁰.

295. Des majorations liées à nature de la créance impayée. Outre la contrainte exercée sur le justiciable en cas de retard dans l'exécution d'une décision judiciaire, cette démarche de majoration de l'intérêt légal qui peut transformer les intérêts

²⁵⁷ En l'espèce elle avait considéré que dès lors que le preneur d'un bail rural a exercé son droit de préemption postérieurement à l'arrêt prononçant la résiliation du bail et emportant, par voie de conséquence, retrait du droit de préemption, mais antérieurement à la notification de cet arrêt, une cour d'appel en déduit exactement que la vente des biens avait été réalisée.

²⁵⁸ Pour des développements sur la notion de décision exécutoire et la suspension de la force exécutoire de la décision v. *infra* n° 384 et s.

²⁵⁹ Pour des développements au sujet de l'effet délai de grâce sur le cours des intérêts v. *supra* n° 61 et *infra* n° 387 et 388.

²⁶⁰ Sur l'arrêt de l'exécution provisoire par décision du juge v. *infra* n° 389.

moratoires en un redoutable instrument de pression tend désormais à être utilisée de plus en plus fréquemment par le législateur contemporain lorsque celui-ci souhaite mettre l'accent sur la valeur de certaines créances. Ainsi la loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 (JO 5 janv.) avait imposé à l'assureur dommages ouvrage l'obligation de présenter rapidement une offre d'indemnité sous peine de doublement du taux de l'intérêt légal²⁶¹. La loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 a ensuite adopté la même démarche pour contraindre l'assureur à formuler rapidement une offre d'indemnité sérieuse à la victime d'un accident de la circulation²⁶². Il en est de même dans plusieurs autres textes tels l'article L.422-2 du Code des assurances à propos du fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions et les articles L.1142-14 et L.1142-15 du Code de la santé publique en matière de responsabilité médicale.

Les plus remarquées parmi ces cas de majoration du taux légal restent celles prévues par l'article L.441-10 du Code de commerce dans la relation entre producteurs, prestataire de services, grossistes ou importateurs d'une part, et acheteurs de produits ou demandeurs de prestations de services qui en font la demande pour une activité professionnelle d'autre part, et ceci en raison de l'ampleur de leur champ d'application, mais aussi des nombreuses incertitudes qu'elles peuvent encore soulever²⁶³. Cet article, tel que modifié par l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 (art.1), reprend les dispositions de l'ancien article L.441-6 1, lui-même issu de la loi n° 92-1442 du 31 décembre 1992 et de la directive européenne 2000/35/CE du 29 juin 2000²⁶⁴, et organise un régime plus sévère d'intérêts moratoires pour lutter contre la longueur des délais de paiement imposés par certains débiteurs en position de force, en particulier dans le secteur de la grande distribution. Il impose ainsi à « tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur » de « communiquer ses conditions générales de vente à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour une activité professionnelle », et ces conditions générales doivent

²⁶¹ C. assur., art. L.242-1.

²⁶² C. assur., art. L.211-8 et s.

²⁶³ M.-P. Wagner, Pénalités de retard : encore des interrogations, préc. ; V. Rép. com., Transparence tarifaire et pratiques restrictives.

²⁶⁴ Transposée par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001.

comprendre « les conditions de règlement » dont obligatoirement le délai de règlement qui doit figurer sur la facture²⁶⁵ et « les conditions d'application et le taux d'intérêt des pénalités de retard exigibles le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture ». Le taux de ces pénalités qui peuvent être exigées sans aucun rappel, c'est-à-dire sans mise en demeure préalable²⁶⁶, ne peut pas être inférieur « à trois fois le taux d'intérêt légal », et à défaut de précision, « ce taux est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de 10 points de pourcentage »²⁶⁷.

La réparation forfaitaire du préjudice moratoire par référence à taux légal, simple ou majoré, est, dans sa logique même, contraire au principe bien cher aux droits français et libanais de la réparation intégrale du préjudice subi, sans perte ni profit pour la victime de ce préjudice. Elle appelle dès lors à être justifiée. Plusieurs explications ont été avancées par la doctrine à cet égard.

§2- Les justifications de la règle.

296. Une des justifications les plus communément avancées pour justifier la règle de la réparation forfaitaire du préjudice moratoire subi par le créancier d'une obligation monétaire est celle de l'insaisissabilité de ce préjudice moratoire par le juge (A). Une autre tient à l'imprévisibilité de ce type spécifique de préjudice pour le débiteur (B).

A- L'insaisissabilité du préjudice moratoire par le juge.

²⁶⁵ Ce délai de règlement des sommes dues est en principe « fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation demandée », les parties pouvant toutefois prévoir un délai différent mais qui « ne peut dépasser soixante jours à compter de la date d'émission de la facture ».

²⁶⁶ Sur la dispense de mise en demeure pour le cours de ce pénalités v. *supra* n° 167.

²⁶⁷ Pour des développements concernant ces pénalités de retard et leur aspect comminatoire v. *infra* n° 358 et s.

297. Difficulté de la détermination et de la preuve du préjudice moratoire. Bien que l'idée de forfait soit ancienne et déjà connue du droit romain classique²⁶⁸, la doctrine s'appuie le plus souvent pour expliquer la solution de la réparation forfaitaire du préjudice moratoire sur les études effectuées par J. Domat²⁶⁹ et R. Pothier²⁷⁰ dont on connaît l'influence prédominante sur les rédacteurs du Code civil. Ces deux auteurs avaient notamment justifié la réparation forfaitaire sous forme d'intérêts de l'entier préjudice moratoire par les difficultés, voire l'impossibilité, de son évaluation compte tenu de la multitude de virtualités offertes par l'emploi de la somme et donc l'extrême diversité des dommages que le retard dans l'exécution d'une somme d'argent serait susceptible d'engendrer. L'inexécution d'une obligation monétaire et la privation du créancier des sommes qui lui sont dues pourrait le soumettre aux poursuites de ses propres créanciers, voire entraîner la faillite de son entreprise. Dans d'autres hypothèses, le préjudice causé au créancier peut être bien moindre et se réduire par exemple à l'impossibilité pour lui d'investir les sommes qui lui sont dues et de leur faire produire des bénéfices. C'est cette diversité des situations envisageables qui constitue la principale différence entre l'inexécution d'une obligation monétaire et l'inexécution d'une autre obligation, « de sorte que si chaque créancier avait le droit de faire estimer le dommage qu'il peut souffrir faute de l'argent qui lui était dû, chaque demande de paiement serait suivie d'un embarras infini de discussions des différents dommages que les créanciers pourroient alléguer »²⁷¹. Les premiers commentateurs du Code civil ont repris cette analyse²⁷² en y ajoutant une nuance théorique : l'identité invariable de l'obligation monétaire imposerait une uniformité dans l'appréciation du préjudice causé par son exécution tardive, l'uniformité de l'objet de l'obligation faisant présumer

²⁶⁸ V. *supra* n° 288.

²⁶⁹ J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel. Le droit public et « Legum delectus »*, préc., p. 259 et s.

²⁷⁰ R. Pothier, *Traité des obligations*, t. 1, nouvelle éd. Paris 1805, n° 169 et s.

²⁷¹ J. Domat, *op. cit.*, p. 259.

²⁷² A. Duranton, *op. cit.*, n° 490 ; V.-N. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code civil*, (éd.1873), t. 4, n° 529 ; E. Caillemer, *Des intérêts*, thèse, Caen, 1871, n° 12, p. 102 ; J. Prelot, *Intérêts moratoires*, thèse, Paris, 1876, p. 21 et p. 186.

l'uniformité du préjudice²⁷³. Plusieurs auteurs ont par la suite approuvé cette justification au motif que « la difficulté serait extrême d'établir à quel usage [le créancier] aurait employé la somme s'il l'avait touchée, et même d'établir qu'il l'aurait employée d'une manière quelconque »²⁷⁴, et qu'il serait donc extrêmement délicat pour le juge de déterminer la cause exacte des pertes subies par le créancier et de savoir lesquelles de ces pertes peuvent être imputées directement au retard du débiteur et c'est pourquoi l'évaluation du préjudice moratoire en cas d'obligation monétaire ne saurait être laissé à son appréciation²⁷⁵. Ces considérations essentiellement pratiques justifieraient donc qu'il soit fait abstraction de l'étendue réelle du préjudice subi par le créancier et de l'appréciation *in concreto* du préjudice par le juge, règle habituelle en matière de responsabilité, pour lui substituer une appréciation *in abstracto*²⁷⁶ effectuée d'avance par le législateur.

La majorité de la doctrine contemporaine continue à relever cette considération essentiellement pratique qu'est l'insaisissabilité du préjudice moratoire dans le sens de la difficulté, voire l'impossibilité, de sa détermination et de sa preuve pour justifier le maintien de la règle de sa réparation forfaitaire²⁷⁷. Certains auteurs mettent l'accent seulement sur la présomption de préjudice qui explique l'automaticité de l'octroi des

²⁷³ L. Larombière, Théorie et pratique des obligations, t. 1, 1857, p. 565. Selon cet auteur, « puisque l'obligation est absolument la même, le préjudice et sa réparation doivent aussi être absolument les mêmes ».

²⁷⁴ J. Carbonnier, Droit civil, tome 2 : Les biens. Les obligations, préc., p. 324, n° 173.

²⁷⁵ G. Balis, « Des dommages et intérêts dus à raison du retard dans l'exécution d'une obligation ayant pour objet une somme d'argent », Rev. Crit. Lég. Jurisp., 1934.97, spéc. p. 98 ; A. Montel « Considérations sur la réparation du dommage dérivant de l'inexécution d'une obligation de somme d'argent », RTDCiv. 1932.1017, spéc. p. 1020 ; J. Ortscheidt, La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international, préc., n° 489.

²⁷⁶ En ce sens, v. J. Hamel, Recherches sur la théorie juridique de la monnaie, Les cours de droit, 1938-39, p. 324.

²⁷⁷ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, Droit civil, Les obligations, préc., n° 602 ; J. Carbonnier, op. et loc. cit ; H., L., et J. Mazeaud et F. Chabas, Leçons de droit civil, t. 2, vol. 1, Obligations, préc., n° 628 ; B. Starck, H. Roland, et L. Boyer, Droit civil, Les obligations, t.2, le contrat, préc., n° 1743 ; A. Sériaux, manuel de Droit des obligations, PUF, 4^e éd., 2020, n° 65 ; M. Planiol et G. Ripert, Traité pratique de droit civil français, t.VII, Obligations, 2^e partie, préc., n° 878 ; L. Josserand, Cours de droit civil positif français, t.2, préc., n° 638 ; V. David, Les intérêts des sommes d'argent, thèse, Coll. De la Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers, LGDJ, préface Ph. Remy, 2005, n° 101 et s. ; M. Boizard, thèse préc., n° 450 ; Ch. Bruneau, La distinction entre les obligations monétaires et les obligations en nature, essai de détermination de l'objet, thèse dactyl., Paris 2, 1984, n° 359 ; F. Leduc, Jurisclasseur responsabilité civile et assurance fascicule 201, n° 83 et s.

intérêts moratoires²⁷⁸. Selon les termes de Planiol, « puisque l'indemnité est indépendante de l'existence prouvée d'un dommage, son chiffre doit de même être indépendant de l'étendue exacte de ce dommage »²⁷⁹.

Une autre justification pour la règle de la réparation forfaitaire du préjudice moratoire dans le cas des obligations monétaires avancée par Domat est liée à l'imprévisibilité du dommage pour le débiteur.

B- L'imprévisibilité du dommage pour le débiteur.

298. Un prolongement de la première justification. Un second argument a été avancé par la doctrine dans le prolongement du premier tiré de l'impossibilité objective pour le juge d'évaluer le préjudice moratoire effectif. L'argument tient ici à l'imprévisibilité absolue de ce préjudice. Vu la multitude presque infinie des potentialités d'emploi d'une somme d'argent le débiteur ne peut pas toujours prévoir les conséquences de son retard et le forfait qui canalise en quelque sorte cette multitude de potentialités le mettrait à l'abri de devoir indemniser des conséquences non prévisibles de son retard. On retrouve déjà cet argument sous-jacent dans la pensée de Domat qui considérait que la spécificité des obligations monétaires se retrouve dans l'absence de corrélation entre le dommage subi par le créancier et l'inexécution imputable au débiteur. Selon cet auteur, dans les obligations autres que monétaires le débiteur peut, au moment où il s'engage, prévoir les conséquences de son retard dans l'exécution, « le fait de celui qui se trouve tenu du dommage est une cause qui détermine précisément à la qualité du dédommagement qu'il pourra devoir »²⁸⁰. Par contre, la défaillance des débiteurs d'une somme d'argent « n'a aucun rapport précis à quelque espèce de dommage particulier et déterminé qui doit arriver, s'ils ne payent point, et ne marque pas si ce sera la ruine d'un bâtiment ou une banqueroute, ou quelque

²⁷⁸ G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *op. cit.*, n° 335 ; J. et Y. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, vol. 3, *Le rapport d'obligation*, préc., n° 148.

²⁷⁹ M. Planiol et G. Ripert, *op. et loc. cit.*

²⁸⁰ J. Domat, *op. cit.*, p 259.

autre, de mille qui sont tous possibles »²⁸¹. Cette idée est aussi celle de Pothier qui, sans la développer autant, l'avait énoncé au détour d'un mot lorsqu'il a écrit à propos des dommages-intérêts : « comme il est aussi difficile de les *prévoir* que de les justifier, il a été nécessaire de les régler comme par une espèce de forfait, à quelque chose de fixe. C'est ce qu'on a fait en les fixant aux intérêts de la somme due »²⁸².

Cet argument tiré de l'imprévisibilité du préjudice moratoire a été par la suite relevé par plusieurs auteurs²⁸³. Ainsi, le seul dommage que le débiteur d'une obligation monétaire serait en mesure de prévoir au moment de la conclusion du contrat serait celui de la perte du profit commun que le créancier aurait pu espérer retirer de la somme par un emploi légitime et qui est compensé par l'octroi des seuls intérêts au taux légal. Ce préjudice qui constitue en quelque sorte un dénominateur commun à tous les créanciers de somme d'argent qui ne seraient pas payés à échéance serait donc le seul préjudice réellement prévisible pour le débiteur.

Malgré les justifications théoriques qui viennent, l'appuyer le principe de la réparation forfaitaire du préjudice moratoire pour les obligations monétaires ne semble toutefois pas faire l'unanimité en doctrine et serait selon certains auteurs critiquable sur plusieurs plans. Un auteur accuse même ouvertement son caractère « anachronique » et « obsolète »²⁸⁴ et considère qu'il « s'inspire plus de la défiance traditionnelle envers le créancier d'une somme d'argent que de la pertinence des fondements juridiques proposés »²⁸⁵.

§3- Les critiques de la règle.

²⁸¹ J. Domat, *op. et loc. cit* ; C.-B.-M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil*, vol. 3, 2^e partie 6^e éd. Par J.-B. Duvergier, 1846, n° 264.

²⁸² R. Pothier, *op. cit.*, n° 170

²⁸³ V. David, thèse préc., n° 110; J. Ortscheidt, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, préc., n° 492 ; G. Balis, art. préc., p 98.

²⁸⁴ F. Gréau, thèse préc., n° 20 *in fine*.

²⁸⁵ F. Gréau, *op. cit.*, n° 53 *in fine*.

299. Parmi les multiples critiques doctrinales qui ont été avancées contre la pertinence de la règle du forfait en matière de réparation du préjudice moratoire pour les obligations monétaires nous en relevons deux que nous trouvons les plus pertinentes. D'une part, les fondements de cette règle seraient douteux (A), d'autre part, elle serait source d'inégalités (B).

A- Les fondements de la règle seraient douteux.

300. Les deux principaux arguments avancés par la doctrine depuis Domat et Pothier et par la suite repris par la grande majorité des auteurs qui ont suivi pour justifier la règle du forfait, à savoir l'insaisissabilité du préjudice moratoire par le juge et l'imprévisibilité du dommage moratoire, font l'objet de critiques virulentes de la part d'une partie de la doctrine moderne²⁸⁶. La prétendue insaisissabilité du préjudice moratoire par le juge serait en fait une simple difficulté qui n'est guère insurmontable et qui est démentie par les textes (a). Le deuxième argument tiré de l'imprévisibilité du dommage moratoire ne serait pas plus convaincant (b).

a- Une prétendue insaisissabilité.

301. Une simple difficulté de détermination et de preuve. Selon les auteurs qui critiquent la règle du forfait dans l'évaluation du préjudice moratoire pour les obligations monétaires, la prétendue insaisissabilité de ce préjudice par le juge se réduirait en fait à une simple difficulté dans la preuve du préjudice moratoire et dans la détermination de son étendue. En effet, quel que soit l'objet de l'obligation inexécutée, l'évaluation du préjudice par le juge est rarement chose aisée et bien qu'elle soit encadrée par les principes édictés aux articles 1231-2 à 1231-4 (anciens article 1149 à 1151) du Code civil, cette appréciation comporte toujours une partie

²⁸⁶ F. Gréau, *op. cit.*, n° 45 et s. ; E. Trichet, contribution au colloque « Le temps dans la réparation du préjudice », 25 janvier 2007, Les intérêts moratoires, Cycle Risques, assurances, responsabilités 2006-2007, deuxième conférence, publié sur le site de la Cour de cassation.

d'arbitraire²⁸⁷. Or, difficulté ne signifie pas impossibilité et l'on connaît bien de cas où la preuve est difficile à rapporter mais non moins exigée, tel le cas de la preuve du préjudice moral. En effet, malgré la difficulté indéniable de l'évaluation du prix de la douleur, la Cour de cassation, chambres réunies, a très tôt affirmé que « la seule difficulté d'apprécier le *quantum* d'un dommage reconnu en principe » ne permet pas à elle seule de rejeter l'action de la victime²⁸⁸ et censure les décisions qui n'admettent ouvertement qu'une indemnisation symbolique quand ce n'est pas la victime qui l'a demandée symbolique²⁸⁹. De même, l'évaluation du préjudice qu'est la perte de chance ne manque pas de difficulté. En effet, son évaluation impose aux juges du fond une très délicate mission qui est la recherche des probabilités que la chance perdue par la survenance du fait générateur de responsabilité avait de se réaliser. Et malgré ces difficultés certaines la Cour de cassation n'a pas hésité à condamner l'évaluation forfaitaire d'une perte de chance²⁹⁰.

D'une manière plus générale, la Cour suprême n'a jamais considéré les difficultés d'évaluation de tel ou tel préjudice comme étant un obstacle valable justifiant le refus de sa réparation. Elle a ainsi censuré au visa de l'article 4 du Code civil un arrêt qui avait constaté l'existence d'un préjudice tout en soulignant les difficultés de son évaluation pour en refuser la réparation et a considéré qu'une telle attitude relevait du

²⁸⁷ « L'évaluation est œuvre humaine et même s'il y est procédé avec le concours d'hommes de l'art dont l'autorité n'est pas contestable, elle n'en demeure pas moins le fruit d'une appréciation personnelle susceptible de varier avec l'opinion que se forment ceux qui sont appelés à y concourir » (J. Bernard de Saint Affrique, « De l'évaluation », Etudes offertes à Pierre Catala, Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Litec, 2001, p, 305, *in fine*)

²⁸⁸ Cass. ch. réunies, 15 juin 1833, S. 1833.1.458, concl. Dupin.

²⁸⁹ Cass. civ. 2^e, 28 novembre 1962, D. 1963.77 ; Gaz. Pal. 1963, 1, 108 ; Cass. crim., 15 mai 1957, D. 1957.530.

²⁹⁰ Cass. civ. 1^{re}, 18 juillet 2000, Bull. Civ., I, n° 224 ; D. 2000.853, note Y. Chartier; Rép. Def. 2000.1385, n° 95, obs. J.-L. Aubert ; Resp. civ. et assur. 2000, n° 373, note H. Groutel ; Cass. soc., 17 décembre 1998, Bull. civ., V, n° 577; D. 1999, IR, 64. Pour des développements sur ce préjudice spécial qu'est la perte de chance, v. *supra* n° 262.

*déni de justice*²⁹¹. Dans la même logique elle a censuré les décisions qui se bornent à fixer le préjudice en équité à une somme forfaitaire²⁹².

302. Une difficulté parfois inexistante. A cela il faut ajouter que la preuve de l'existence et de l'étendue du préjudice moratoire dans le cas des obligations monétaires n'est pas *toujours* difficile à rapporter. Il en est des cas où l'inexécution de l'obligation monétaire peut causer un préjudice parfaitement identifié dont la détermination et la preuve de l'étendue sont très faciles à rapporter comme c'est le cas pour le créancier qui, à cause du retard de son débiteur, a dû emprunter une somme à un taux d'intérêt tel ou pour le créancier qui se trouve redevable de majorations de x % pour retard dans le paiement de créanciers sociaux ou fiscaux ou encore celui dont les biens ont été saisis faute d'avoir pu disposer à temps de la somme qui lui était due par son débiteur.

303. Une justification démentie par les exceptions légales posées au principe du forfait. Les exceptions au principe de la réparation forfaitaire qui étaient prévues par l'alinéa 1^{er} de l'article 1153 du Code civil avant sa modification en 2016, à savoir « les règles particulières au commerce et au cautionnement », et au lieu de confirmer la règle comme dit l'adage, venaient au contraire l'infirmer puisqu'elles ne pouvaient s'expliquer par l'absence de la *ratio legis* du principe qu'elles écartaient et remettaient dès lors en question la pertinence de l'argument tiré de insaisissabilité du préjudice moratoire par le juge.

Par la référence aux « règles particulières au commerce » le législateur visait notamment l'hypothèse du défaut de paiement de la lettre de change. Les articles L.511-45 et L.511-46 du Code de commerce admettent que le porteur d'une lettre de change puisse réclamer à celui contre lequel il exerce son recours le montant de la lettre de change non acceptée ou non payée avec les intérêts, s'il en a été stipulé, au taux légal à partir de l'échéance et les frais du protêt, ceux des avis donnés ainsi que les autres

²⁹¹ Cass. civ. 3^e, 6 février 2002, Bull. civ., III, n° 34. Dans le même sens, mais au visa de l'article 1382: Cass. civ. 2^e, 17 mars 1993, Bull. civ., II, n° 118 ; 2 février 1993, *ibid*, n° 48.

²⁹² Cass. civ. 1^{re}, 3 juillet 1996, Bull. civ., I, n° 296 ; 2 avril 1996, *ibid*, n° 166; Cass. crim., 6 décembre 1983, Bull. Crim., n° 329 ; D. 1984, IR, 208.

frais. L'article L.511-62 al. 2 octroie un droit similaire à celui qui tire une nouvelle lettre de change (une retraite)²⁹³. L'exception ici n'est pas réelle puisqu'il s'agit non d'un abandon de la règle du forfait mais d'une extension du contenu de ce forfait pour inclure certains frais déterminés qui sont la conséquence du retard de paiement, sans pour autant que le créancier porteur de la lettre de change soit indemnisé de l'ensemble du préjudice dont il a pu souffrir lorsque ce préjudice s'avère plus grand que les débours prévus. Oublions donc cette prétendue exception.

Une autre exception que l'on peut repérer en matière commerciale et qui, elle, est plus réelle, concerne le retard d'un associé tenu d'un rapport en numéraire prévue par l'article 1843-3 alinéa 5 du Code civil. Cet article dispose que « l'associé qui devait apporter une somme dans la société et qui ne l'a point fait devient de plein droit et sans demande, débiteur des intérêts de cette somme à compter du jour où elle devait être payée et ce sans préjudice de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu ». L'emploi de cette formule ouverte « *sans préjudice de plus amples dommages-intérêts* » marque une réelle exception au principe du forfait.

L'exception concernant « les règles particulières au cautionnement » est tout aussi réelle. En effet, l'article 2305 (anc. article 2028) du Code civil accorde à la caution qui a payé en lieu et place du débiteur principal un recours personnel contre ce dernier. L'étendue de ce recours ne se limite pas au simple remboursement de la somme principale augmentée des intérêts moratoires mais inclut aussi plus largement les frais que la caution a pu devoir déboursier (alinéa 2) et, ce qui nous importe ici, « les dommages et intérêts, s'il y a lieu » (alinéa 3) ce qui marque un abandon certain du forfait²⁹⁴.

Or, que ce soit dans le cas du retard de l'associé tenu d'un rapport en numéraire ou le dans le cas d'une caution qui a payé la dette principale, le retard du paiement par le débiteur peut avoir des conséquences tout aussi difficilement évaluables que pour les autres obligations monétaires et l'usage qu'aurait pu faire la société ou la caution

²⁹³ Ces dispositions ont toutes été étendues au billet à ordre par l'article L.512-3 C. Com.

²⁹⁴ L'omission de toute référence « aux règles particulières au commerce et au cautionnement » dans le nouvel article 1231-6 du Code civil issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ne modifie en rien ces exceptions au principe de la réparation forfaitaire du préjudice moratoire en cas d'obligation monétaire puisqu'elles existent toujours au sein des articles du Code civil et du Code de commerce qui continuent de les prévoir.

de la somme due est tout aussi délicat à préciser. Qu'est ce qui justifie alors ces deux exceptions au principe de la réparation forfaitaire ? Demolombe avait justifié ces exceptions par l'idée que « le créancier éprouve un dommage certain et presque toujours facilement appréciable, dont il est juste, dès lors, qu'il obtienne la réparation complète »²⁹⁵ mais cette explication reste non convaincante surtout qu'elle n'est suivie d'aucune démonstration à l'appui. La plupart des auteurs considèrent que l'exception du cautionnement se justifie au regard du caractère gratuit de celui-là²⁹⁶ et que le retour à l'appréciation *in concreto* du préjudice moratoire par l'article 1843-3 du Code civil se justifie par la volonté du législateur de maintenir l'égalité de traitement entre les associés²⁹⁷. Ces justifications demeurent, elles aussi, non convaincantes. En effet, selon les termes pertinents de F. Gréau²⁹⁸, « la gratuité du prêt ou l'égalité des associés ne modifie en rien la difficulté présumée de la tâche du juge. C'est pourquoi ces exceptions révèlent que, loin d'être impossible, l'évaluation de ce préjudice est une tâche parfaitement accessible au juge ».

Les exceptions au principe du forfait apportées par les règles relatives au cautionnement et certaines règles particulières au commerce remettent donc en cause la pertinence du principal argument avancé pour justifier la règle de la réparation forfaitaire, à savoir l'insaisissabilité du préjudice moratoire par le juge et l'on se demande si ces difficultés d'évaluation n'ont pas été elles-mêmes surévaluées et considérablement grossies par Domat et Pothier et les auteurs qui ont repris leurs arguments.

304. Une justification dont la pertinence est remise en cause au regard de l'alinéa 4 de l'(anc.) article 1153 du Code civil. Sur un autre plan, l'ajout par la loi du 7 avril 1900 d'un quatrième alinéa à l'article 1153 du Code civil, témoigne d'une contradiction flagrante dans l'argumentation basée sur les difficultés de détermination

²⁹⁵ C. Demolombe, *op. cit.* n° 621, *in fine*.

²⁹⁶ G. Aubery, *op. cit.*, p. 24 ; R. Demogue, *Traité des obligations en général. Effets des obligations*, préc., n° 374 ; L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, préc., n° 640 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 604.

²⁹⁷ L. Josserand, *op. et loc. cit.*

²⁹⁸ F. Gréau, *op. cit.*, n° 50.

et d'évaluation du préjudice moratoire. Cet alinéa 4, dont le contenu n'a pas été modifié et a été repris au sein de l'alinéa 3 de l'article 1231-6 du Code civil, dispose que « le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts de l'intérêt moratoire »²⁹⁹. Comment accepter dans un premier temps qu'il est très difficile, voire impossible, d'évaluer le préjudice moratoire *in concreto* pour revenir dans un second temps à cette même évaluation *in concreto* quand le débiteur a été de mauvaise foi ? En effet, la mauvaise foi du débiteur n'interfère en rien dans les difficultés d'évaluation du préjudice par le juge. Si cette évaluation est trop difficile et délicate à faire par le juge on ne voit pas pourquoi elle deviendrait faisable quand le débiteur, pour une raison ou une autre, s'avère de mauvaise foi. Dans le même sens l'on pourrait se demander pourquoi il n'y a plus de difficulté à évaluer le préjudice moratoire quand la question de l'évaluation se pose devant les tribunaux répressifs. En effet, l'exclusion traditionnelle des règles de la responsabilité contractuelle à l'égard de l'action civile exercée devant les juridictions répressives, et ceci même si l'infraction trouve sa source dans l'inexécution d'un contrat, a conduit la Chambre criminelle à admettre que les juges répressifs ne soient pas tenus de suivre la règle du forfait prévue à (l'ancien) article 1153- alinéa 1^{er} et puissent ainsi allouer une indemnité dont ils apprécient souverainement le montant³⁰⁰.

305. Une justification qui témoignerait d'une méfiance inexplicable à l'égard des capacités d'évaluation du juge. Dans un système qui accorde un large pouvoir d'appréciation du dommage au juge du fond on comprend mal cette méfiance à l'égard des capacités de ce dernier dans le cadre spécifique du préjudice moratoire occasionné par le retard dans le paiement d'une obligation monétaire. La règle de la réparation forfaitaire semble ainsi d'une rigidité qui témoigne d'une « confiance très mesurée dans l'intervention du juge, considéré comme incapable de procéder à une évaluation concrète du préjudice subi par le créancier », ce qui fait preuve d'une approche

²⁹⁹ « distincts des intérêts moratoires de la créance » dans l'ancien article 1153, mais le sens reste inchangé.

³⁰⁰ Cass. crim., 29 novembre 1955, D.1956.177.

« difficilement acceptable dans un système qui accorde un très large pouvoir d'appréciation du dommage aux juges du fond »³⁰¹.

Le deuxième argument en faveur de la règle de la réparation forfaitaire qui est tiré de l'imprévisibilité du dommage moratoire ne serait pas plus convaincant, et ceci pour deux raisons essentielles.

b- Une prétendue imprévisibilité.

306. Un dommage qui n'est pas toujours imprévisible. L'étendue du préjudice moratoire subi par le créancier d'une obligation monétaire n'est pas toujours imprévisible pour son débiteur et prétendre le contraire d'une manière absolue paraît peu réaliste. A titre d'exemple, l'assureur qui tarde à verser un paiement dû réparer ou pour remplacer la voiture du créancier ne peut pas ignorer le lourd préjudice patrimonial et extrapatrimonial que son retard va infliger à ce dernier qui se retrouve dans l'obligation de louer une voiture en attendant le paiement de l'indemnité due ou pendant le temps nécessaire pour effectuer les réparations nécessaires à sa voiture ou encore qui se trouve dans l'obligation d'emprunter des sommes contre des intérêts parfois élevés, et certainement plus élevés que le taux légal, pour payer lui-même et sans plus attendre ces réparations.

307. Une imprévisibilité traitée par les textes. D'un autre côté, le rempart contre l'imprévisibilité du dommage pour le débiteur est suffisamment assuré par l'article 1231-3 (ancien article 1150) du Code civil dont le champ d'application est plus large que les obligations monétaires. En effet, la seule application de ce texte suffit pour déterminer le préjudice moratoire réparable sans qu'il n'y ait besoin de lui adjoindre un texte supplémentaire et les craintes exprimées par Domat de voir le débiteur tenu d'indemniser un préjudice qu'il n'était pas en mesure de prévoir sont en réalité suffisamment canalisées par la règle édictée à cet article 1231-3 du Code civil puisqu'« à partir du moment où il est admis que seul le dommage prévisible peut être

³⁰¹ F. Gréau, thèse préc., n° 47, *in fine*.

réparé, le juge ou l'arbitre devrait pouvoir faire la part des choses entre ce qui aurait dû être prévu et ce qui ne pouvait l'être »³⁰².

En outre, le risque de voir le débiteur d'une obligation monétaire condamné au paiement d'une indemnité dont le montant serait démesuré est encadré par le jeu d'un autre article du Code civil, l'article 1231-4 (ancien article 1151), qui dispose que « dans le cas même où l'inexécution du contrat résulte d'une faute lourde ou dolosive, les dommages et intérêts ne comprennent que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution ». La réunion des dispositions des deux articles 1231-3 et 1231-4 du Code civil devrait suffire pour protéger le débiteur d'une obligation monétaire, comme tout autre débiteur, des conséquences extrêmes de sa défaillance ou d'éventuelles demandes fantaisistes de la part de son créancier et, comme le dit un auteur, « nul besoin n'était d'une disposition spéciale comme celle de l'article 1153 »³⁰³.

Non seulement les fondements de la règle de la réparation forfaitaire du préjudice moratoire sont douteux, cette règle s'avère aussi source d'inégalités.

B- La règle serait source d'inégalités.

308. Une inégalité entre le créancier et le débiteur. Pour justifier la règle de la réparation forfaitaire du préjudice moratoire subi par le créancier d'une somme d'argent, un auteur a fait valoir que les rédacteurs du Code civil « ont cherché à établir un juste équilibre entre la réparation nécessaire du préjudice subi par le créancier victime du retard et la charge financière engendrée par le poids des intérêts qui augmente le montant de la créance de réparation proportionnellement à la durée du conflit ou du contentieux »³⁰⁴. Or, la pratique montre que cette règle de la réparation forfaitaire abouti en réalité à une inégalité entre le débiteur d'une obligation monétaire et le créancier de cette obligation. En effet, le régime de l'indemnisation d'un créancier d'une obligation monétaire est souvent perçu comme lui étant très favorable en raison de la présomption irréfragable du dommage instituée par l'alinéa 2 de l'article 1231-

³⁰² J. Ortsheidt, thèse préc., n° 492.

³⁰³ M. Balis, art. préc., p. 99.

³⁰⁴ M. Boizard, thèse préc., n° 392.

6 (ancien article 1153) du Code civil or, en réalité, cet avantage est contrebalancé par l'impossibilité pour lui, en dehors d'une difficile preuve de la mauvaise foi du débiteur, de démontrer l'étendue réelle de son préjudice moratoire qui pourrait dépasser ce que le forfait rigide peut réparer. Ceci entraîne un déséquilibre flagrant dans l'aménagement légal de la responsabilité des contractants en cas d'inexécution du contrat : le créancier d'une obligation monétaire, lui-même débiteur d'une certaine prestation, sera tenu de réparer l'entier préjudice dans les cas où il n'exécuterait pas ou exécuterait mal son obligation et ceci en vertu du principe de la réparation intégrale du préjudice tandis que son contractant, débiteur du prix ou de l'obligation monétaire en général, serait seulement tenu au paiement des intérêts moratoires au taux légal à défaut de paiement à temps, quelle que soit l'étendue réelle du préjudice qu'il cause. En d'autres termes, le principe du forfait conduit à la consécration d'une limitation légale de responsabilité du débiteur d'une obligation monétaire qui n'a pas son parallèle pour l'autre partie au contrat. Alors que les engagements des parties sont réciproques et équilibrés à l'exécution du contrat, il en va autrement lorsque l'on se situe sur le terrain de l'inexécution et de la détermination de la responsabilité de chacun. Domat, sans la condamner, avait relevé cette inégalité : du fait de la règle de l'indemnisation forfaitaire du créancier d'une somme d'argent les engagements des contractants, quoique réciproques, « ne sont ni semblables dans leur nature, ni égaux dans leur estimation, mais (...) ils sont de nature différente, et (...) le même contrat borne l'engagement de l'un au simple intérêt d'une somme d'argent, si elle n'est pas payée au terme, celui de l'autre étant indéfini, et pouvant s'étendre à des dommages et intérêts qui pourront être beaucoup plus grands »³⁰⁵. Demolombe écrivait ainsi à propos de l'article 1153 du Code civil que « cette fixation souveraine des dommages-intérêts est (...) une espèce de clause pénale, qui est l'œuvre de la loi, comme la clause pénale ordinaire est l'œuvre de la convention des parties ; l'origine en est différente mais le caractère est le même ; c'est un forfait par lequel le chiffre des dommages-intérêts est arrêté par anticipation, à tout évènement »³⁰⁶. M.-È. Roujou de Boubée souligne aussi

³⁰⁵ J. Domat, *op. cit.*, p. 260. Cette formule est reprise par C.-B.-M. Toullier (Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil, vol. 3, 2^e partie, 6^e éd. Par J.-B. Duvergier, 1846, n° 265, p. 167).

³⁰⁶ C. Demolombe, *Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général*, préc., n° 616.

à propos du même article qu'« étant donné les bases de calcul du forfait, la fixation forfaitaire du montant de la réparation constitue bien souvent une limitation de la réparation »³⁰⁷. Un autre auteur pointe du doigt la même inégalité : « alors que le débiteur sera seulement tenu de verser des intérêts moratoires³⁰⁸ en cas d'inexécution tardive de sa part, il profite cependant du droit commun de la responsabilité contractuelle et donc du principe de la réparation intégrale si son contractant exécute mal ou n'exécute pas la prestation dont l'obligation monétaire constitue la contrepartie »³⁰⁹.

Il est vrai que la solution peut être satisfaisante dans les hypothèses où le créancier ne subit d'autre préjudice que l'attente injustifiée du paiement, préjudice qui constitue en quelque sorte « le profit commun à l'emploi légitime d'une somme d'argent »³¹⁰. Or, il arrive très souvent que le préjudice réel subi par le créancier soit d'une ampleur bien plus large que celui compensé par l'octroi des intérêts au taux légal, notamment en période de forte dépréciation monétaire quand le taux légal ne permet même pas de compenser la perte de valeur de la monnaie, et dans ce cas cette forme de clause pénale légale qu'est le forfait se révélera trop souvent dérisoire de telle sorte que l'application de l'article 1231-6 alinéa 1^{er} tourne à l'avantage exclusif du débiteur de l'obligation monétaire qui voit l'étendue de sa responsabilité considérablement limitée et les effets du forfait finissent par devenir désastreux pour le créancier³¹¹.

De plus, la limitation légale de responsabilité du débiteur de l'obligation monétaire qui découle du forfait en matière d'obligation monétaire s'avère beaucoup plus rigide en comparaison des autres limitations légales de responsabilité. En effet, celles-ci sont le plus souvent neutralisées par la survenance d'une faute dolosive³¹² qui consiste dans une inexécution intentionnelle et à laquelle est assimilée la faute lourde alors que le forfait de l'article 1231-6 ne peut, lui, être écarté que par la preuve de la mauvaise foi

³⁰⁷ Essai sur la notion de réparation, thèse LGDJ, t.135, préf. P. Hébraud, 1974, p. 106, note 39.

³⁰⁸ Il veut dire par là les intérêts moratoires limités par le forfait.

³⁰⁹ F. Gréau, thèse préc., n° 67.

³¹⁰ F. Gréau, thèse préc., n° 23.

³¹¹ V. par ex. Cass. civ. 1^{re}, 2 octobre 2002, n° 98-23.196, Bull. civ. I, n° 223.

³¹² En application de l'article 1231-3 (1150 ancien) du code civil.

du débiteur, preuve beaucoup plus difficile à rapporter que la faute lourde. Or ce déséquilibre flagrant institué par la loi dans l'aménagement légal de la responsabilité des contractants en cas d'inexécution du contrat peut dans certains cas encourager le débiteur à retarder volontairement le paiement de la somme due pour la placer ailleurs de manière à percevoir des fruits bien supérieurs à l'indemnité calculée sur le forfait légal à laquelle il pourrait éventuellement être condamné à verser, surtout en période d'inflation monétaire³¹³. A cela on pourrait objecter que le caractère supplétif de la règle établie par l'alinéa 4 de l'article 1231-6 permet toujours au créancier d'imposer des dispositions contractuelles plus avantageuses pour lui qui seraient susceptibles d'améliorer la réparation de son préjudice moratoire comme par l'augmentation du taux de l'intérêt ou par la stipulation d'une somme forfaitaire fixe. Mais, on le sait bien, cette possibilité n'est en pratique ouverte qu'au créancier averti qui dispose de connaissances juridiques ou de puissance économique pour l'imposer, non pour le créancier ordinaire qui a le plus besoin de protection, ce qui révèle encore plus l'injustice de la solution.

309. Les raisons réelles derrière l'attachement du législateur au principe du forfait. Les vraies raisons derrière l'attachement du législateur français³¹⁴ à ce principe de la réparation forfaitaire du préjudice moratoire pour les obligations monétaires malgré les attaques doctrinales virulentes dont il fait l'objet réside en réalité non dans des arguments théoriques mais dans deux arguments de pure pratique.

D'une part, il s'agit de simplifier la mise en œuvre de l'appréciation du dommage moratoire prévisible et d'assurer un dédommagement automatique du créancier sans encombrer les tribunaux par d'innombrables recherches casuistiques. L'attachement du législateur au forfait témoignerait dans cette optique, non d'une méfiance à l'égard du pouvoir d'appréciation du juge, mais d'une volonté certaine de faciliter la tâche de ce dernier. La Cour de cassation libanaise l'a exprimé explicitement dans un arrêt dans lequel elle énonce que l'article 265 du COC fixe la compensation pour les sommes

³¹³ Ceci rappelle les fautes lucratives qui « laissent à leur auteur une marge bénéficiaire suffisante pour qu'il n'ait aucune raison de ne pas les commettre » (B. Starck, H. Roland et L. Boyer, Les obligations, t.1, Responsabilité délictuelle, Litec, 5^e éd., 1996, n° 1335). Sur la fautes lucratives v. *supra* n° 250.

³¹⁴ Comme le législateur libanais d'ailleurs.

d'argent par l'intérêt légal sans égard à leur nature afin d'éviter au juge des enquêtes complexes sur l'utilisation du montant que le débiteur a tardé à payer et lui éviter de rentrer dans l'évaluation des facteurs de fluctuation liés aux indicateurs économiques³¹⁵.

D'autre part, ce qui explique la longévité du principe du forfait en matière de réparation du préjudice moratoire pour les obligations monétaires serait la crainte de l'immensité du dommage causé par le retard du débiteur au regard d'une part de la légèreté, et d'autre part de la fréquence, de la faute que constitue ce retard. Cette idée avait d'ailleurs été énoncée par Duranton qui, outre la difficulté de fixer le montant des dommages-intérêts invoquait « leur immensité même »³¹⁶ pour justifier le forfait légal.

Les soucis concernant l'inégalité que la rigidité du système forfaitaire de l'évaluation du dommage moratoire pourrait engendrer entre le créancier et le débiteur de l'obligation au stade de l'inexécution pourrait facilement être calmés et ceci par la suppression de la condition de mauvaise foi du débiteur comme condition de la réparation du préjudice moratoire supplémentaire³¹⁷. Les dommages-intérêts forfaitaires au taux légal constitueraient alors en quelque sorte la réparation d'un *dénominateur commun* de préjudice moratoire ne nécessitant aucune preuve de l'étendue de ce préjudice, et serait maintenue en parallèle la possibilité pour le créancier d'apporter la preuve d'un préjudice supplémentaire, prévisible pour le débiteur et constituant une suite immédiate et directe du retard dans l'exécution, dans lequel cas il serait dédommagé de ce préjudice supplémentaire sans condition supplémentaire.

Ce principe du forfait n'est d'ailleurs pas absolu en matière d'obligations monétaires. Il est parfois abandonné au profit d'un retour à une appréciation *in concreto* du dommage moratoire.

³¹⁵ Cass. lib., 5^e ch. civ., 24 décembre 2007, décision n° 161/2007.

³¹⁶ A. Duranton, *op. cit.*, n° 490.

³¹⁷ Sur la nécessité de la suppression de cette condition de mauvaise foi v. *infra* n° 285.

Section 2- Un abandon partiel du principe du forfait.

310. Le principe de l'évaluation forfaitaire du préjudice moratoire pour les obligations monétaires n'est pas absolu. L'alinéa 4 ajouté en 1900³¹⁸ à l'(anc.) article 1153 du Code civil marque un abandon partiel mais conditionné de ce principe et un retour au pouvoir souverain d'appréciation du juge en présence d'une « mauvaise foi » de la part du débiteur³¹⁹ : « le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance ». Quand il s'agit de réparer le préjudice supplémentaire et d'octroyer des dommages et intérêts distincts de l'intérêt légal, le principe du forfait n'a donc plus vocation à s'appliquer et ce sont les principes de droit commun de l'évaluation *in concreto* et de la réparation intégrale qui reprennent la relève. Le juge retrouve donc son pouvoir souverain d'appréciation pour évaluer intégralement le préjudice selon les règles de droit commun de la responsabilité³²⁰.

Ecarté par le législateur dans le cadre spécifique du préjudice moratoire supplémentaire, le principe de l'évaluation forfaitaire peut aussi être abandonné par les parties qui décident d'évaluer elles-mêmes, par un accord commun, le montant du préjudice moratoire. En effet, le forfait légal prévu par l'(anc.) article 1153 et après lui par l'article 1231-6 du Code civil n'est pas d'ordre public. La jurisprudence³²¹ et la

³¹⁸ Il sera repris dans les mêmes termes par l'alinéa 4 du nouvel article 1231-6 du code civil mais aussi dans le projet de réforme de la responsabilité civile présenté par la Chancellerie (article 1280) et dans la proposition de loi présentée par le Sénat (article 1283).

³¹⁹ Sur la notion de « préjudice indépendant du retard » et les conditions de sa réparation v. *supra* n° 277 et s.

³²⁰ A titre d'illustration : Cass. civ. 1^{re}, 9 mai 1990, n° 88-10.082 : Bull. civ. 1990, I, n° 100 ; Cass. soc., 26 janvier 2000, n° 96-42.376 : Bull. civ. 2000, I, n° 39 ; Cass. civ. 1^{re}, 29 février 2000, n° 97-20.545 : Bull. civ. 2000, I, n° 71 ; Cass. com., 2 février 2010, n° 09-11.064 : Bull. civ. 2010, IV, n° 32 ; RTDCiv. 2010, p. 322, obs. B. Fages.

³²¹ Cas. com. 15 mars 1971, n° 68-12.172, Bull. civ. IV, n° 79 ; Cass. com. 17 mars 1981, n° 79-13.733, Bull. civ. IV, n° 142 ; Cass. com. 14 oct. 1981, n° 80-12.488, Bull. civ. IV, n° 358 ; Cass. com. 9 novembre 1982, n° 80-16.473, Bull. civ. IV, n° 341 ; Cass. com. 11 juillet 1984, n° 82-16.387, Bull. civ. IV, n° 229 ; Cass. civ. 1^{re}, 20 octobre 1987, n° 86-10.923, Bull. civ. I, n° 273 ; Cass. com. 11 juin 1991, n° 89-11.727, Bull. civ. IV, n° 216. Notons que les termes restrictifs de l'alinéa 1er de l'ancien article 1153 du code civil semblaient a priori laisser penser qu'il n'était admis pour les obligations

majorité de la doctrine³²² s'accordent pour admettre qu'il peut être écarté par un accord de volonté des parties au profit de toute autre modalité d'indemnisation de leur choix, que ce soit par un recours à une clause pénale qui fixe une somme déterminée ou à l'instauration d'un intérêt conventionnel³²³, ou même au profit d'un retour au principe de la réparation intégrale³²⁴(§1). La validité de ces clauses qui établissent une évaluation conventionnelle du préjudice moratoire doit être appréciée au regard de la législation sur l'usure (§2) et elle demeure encadrée (§3).

§ 1- La clause d'évaluation conventionnelle du préjudice moratoire.

311. Un accord de volonté sur l'évaluation « du préjudice futur subi »³²⁵. Les parties peuvent prévoir dans leur convention une clause qui leur permet de définir, en avance, par leur accord mutuel, la somme d'argent qui permettra de mettre le créancier dans la situation où il aurait dû être si l'obligation avait été exécutée, ou avait été exécutée à temps, cette clause jouant ainsi le rôle d'un outil conventionnel de gestion des risques de l'inexécution ou du retard dans l'exécution³²⁶. Si l'ancien article 1152 et le nouvel article 1231-5 du Code civil ne mentionnent pas expressément l'hypothèse de l'indemnité due pour un retard dans l'exécution de l'obligation il est généralement

monétaires qu'une indemnisation sous forme d'intérêt au taux légal. Malgré cela, la doctrine et la jurisprudence étaient unanimes pour reconnaître le caractère supplétif du forfait légal. Le nouvel article 1231-6 du code civil issu de la réforme de 2016 a abandonné dans sa formulation l'expression restrictive « ne consistent jamais que » pour la remplacer par l'expression « consistent dans ».

³²² G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, Les effets de la responsabilité, *op. cit.*, n° 350 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, Leçons de droit civil, t.2, vol.1, Obligations, Théorie générale, préc., n° 628 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, Droit civil, Les obligations, *op. cit.*, n° 605 ; J. et Y. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, Le rapport d'obligation, préc., n° 148 ; A. Bénabent, Droit des obligations, préc., n° 798 ; *contra* : C. Demolombe, *op. cit.*, n° 643 qui considérait qu'une clause pénale irait à l'encontre de la justification du forfait légal et serait « la lice ouverte à toutes ces discussions, dont le législateur avait pour but de tarir la source ». Cette position quoique peu convaincante, n'est guère surprenante de la part de cet auteur qui développe une conception très rigoureuse de l'article 1153 [anc.]. Dans le même sens contestant la licéité de cette clause au regard de l'article 1153, E. Caillemer, Des intérêts, thèse, Caen, 1871, n° 14, p. 104 et s.

³²³ Cass. civ. 1^{re}, 25 novembre 1975 : JCP G 1976, II, 18328, H. T.

³²⁴ Cass. com., 15 mars 1971 : Bull. civ. 1971, IV, n° 79.

³²⁵ Cass. civ. 1^{re}, 22 octobre 1996, n° 94-12.910, Bull. civ. I, n° 366.

³²⁶ D. Mainguy et J.-L. Respaud, Droit des obligations, 2008, Ellipses, n° 308.

admis que la clause fixant des intérêts moratoires conventionnels est bien une véritable clause pénale, ou « une pénalité convenue » selon la formule utilisée à l'article 1231-5 lequel ne peut être lu en faisant abstraction de l'article 1231-1 qui envisage l'inexécution totale de l'obligation à côté du retard dans l'exécution. La Cour de cassation qui définit la clause pénale comme étant la clause « par laquelle les parties évaluent forfaitairement et d'avance l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée »³²⁷, accorde ainsi cette qualification aux pénalités contractuelles sanctionnant le retard dans l'exécution de l'obligation et approuve la réduction des intérêts moratoires conventionnels sur le fondement de l'ancien article 1152 al. 2 du code civil³²⁸. Elle énonce explicitement qu'il n'y a pas à distinguer suivant qu'il s'agit d'une inexécution totale ou d'un simple retard pour l'exercice du pouvoir de modération par le juge³²⁹. Il revient aux parties de décider quel est le fait qui « donnera ouverture de l'obligation pénale »³³⁰ c'est-à-dire celui dont la survenance la rendra exigible³³¹, et rien ne les empêche de convenir que le fait qui donnera ouverture de l'obligation pénale serait la *mora* du débiteur et de prévoir ainsi une clause pénale qui serait applicable en cas de retard de la part du débiteur dans l'exécution de son obligation.

³²⁷ Cass. civ. 1^{re}, 10 octobre 1995, JCP 1996, II, 22580. Note G. Paisant. Pour une vue d'ensemble sur la clause pénale v. Ph. Delebecque, « Art. 1231 à 1231-7 : Régime de la réparation. – Modalités de la réparation. – Règles particulières à la responsabilité contractuelle. – Clause pénale », JCl. Civil Code, Fasc. 22 ; J. Mestre, « De la notion de clause pénale et de ses limites », RTDCiv. 1985. 372 ; G. Paisant, « Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du code civil relative à la clause pénale (L. du 9 juill. 1975) », RTDCiv. 1985. 647 ; D. Mazeaud, La notion de clause pénale, 1992, LGDJ.

³²⁸ Cass. civ. 3^e, 6 novembre 1986, Bull. civ., III, n° 1560 ; RTDCiv. 1988.112, n° 5, obs. J. Mestre ; Cass. soc., 3 juillet 1953, D. 1954.615 ; Cass. com., 9 juin 1980, Bull. civ., IV, n° 245 ; Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} février 1978, Bull. civ., I, n° 44 ; RTDCiv. 1979.147, n° 3, obs. G. Cornu. En droit libanais, l'article 266 du COC prévoit explicitement l'hypothèse de la clause pénale « stipulée pour le simple retard ».

³²⁹ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} février 1978, préc. ; Rép. Def. 1978.1353, n° 71, note J.-L. Aubert ; JCP 1978, IV, 109.

³³⁰ R. J. Pothier, *op. cit.*, n° 348.

³³¹ Cass. civ. 3^e, 4 janvier 2006, n° 04-18.642, Bull. civ. III, n° 6.

312. Une clause pénale originale. Les intérêts moratoires conventionnels ne sont donc qu'une forme particulière de clause pénale³³² dont l'originalité réside simplement dans le fait que les parties ne se contentent pas de se soustraire à l'évaluation du préjudice par le juge, mais qu'elles échappent également à l'évaluation forfaitaire par le législateur. Toutefois, le taux légal de l'intérêt se substituera à la clause conventionnelle dans le cas où le juge, pour une raison ou une autre, décide qu'elle n'est pas valide³³³. Puisqu'en matière d'évaluation des dommages et intérêts le principe est l'évaluation judiciaire il est nécessaire que la volonté des parties concoure sur le principe et sur les modalités de la clause pénale et, quoique la forme n'ait sur ce plan-là qu'une fonction probatoire³³⁴, il est préférable que *l'instrumentum* la mentionne expressément et clairement.

313. Une clause d'essence contractuelle. La clause pénale est d'essence contractuelle, un contrat dans le contrat selon l'expression utilisée par D. Mazeaud³³⁵. Les clauses qui n'ont pas cette essence contractuelle ne peuvent donc pas être considérées comme des clauses pénales réductibles par le juge. Il a ainsi été décidé que les pénalités réclamées à un employeur qui ne verse pas à temps ses cotisations à une caisse de retraite ne constituent pas une clause pénale et la Cour de cassation considère que de telles majorations ont la même nature que les cotisations et sont dues de plein droit de telle sorte qu'un juge ne peut pas les modérer ou les augmenter au visa de l'article 1152 alinéa 2 du code civil au motif qu'elles seraient manifestement excessives ou dérisoires³³⁶.

³³² Qui ne peut d'ailleurs pas être cumulée avec les intérêts au taux légal : Cass. civ. 1^{re}, 25 novembre 1975, JCP 1976. II. 18328, note H.T. Sur ce point, v. *infra* n° 315.

³³³ Cass. civ. 1^{re}, 24 juin 1981, n° 80-12.903, Bull. civ. I, n° 234 ; Cass. com. 31 mai 1983, n° 81-16.493, n° 82-10.312 et n° 82-10.313, Bull. civ. IV, n° 161 ; Cass. com., 29 mai 1984, n° 83-10, Bull. civ. IV, n° 180.

³³⁴ Notons toutefois que dans certains cas, et par souci de protection du débiteur, le législateur impose un certain formalisme. Il en est ainsi par exemple à l'article L. 231-2 (i) du code de la construction et de l'habitation qui dispose que les pénalités sanctionnant le retard dans la construction d'une maison individuelle doivent être stipulées dans le contrat lui-même et non pas dans un acte séparé.

³³⁵ D. Mazeaud, La notion de clause pénale, 1992, LGDJ, nos 4 s.

³³⁶ Cass. soc., 10 novembre 1981, Bull. civ. V, n° 891 ; 2 juin 1994, n° 91-11.493, *ibid.* V, n° 187.

Il en est ainsi aussi pour les « pénalités de retard » prévues par l'art. L.441-10 du Code de commerce (ancien article L.441-6 I) exigibles le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture, dont le taux d'intérêt, « *et sauf disposition contraire qui ne peut toutefois fixer un taux inférieur à trois fois le taux d'intérêt légal, est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de 10 points de pourcentage* ». Les clauses qui se limitent au montant prévu dans le texte, sans disposition contraire dans le contrat ou dans la facture, n'ont pas été considérées comme des clauses pénales puisqu'elles ne trouvent pas leur source dans le contrat mais dans la loi. La Cour de cassation a pleinement reconnu que ces pénalités avaient une source légale en affirmant que « les dispositions de la loi du 15 mai 2001 modifiant l'article L.441-6 du code de commerce³³⁷, qui répondent à des considérations d'ordre public particulièrement impérieuses, sont applicables, dès la date d'entrée en vigueur de ce texte, aux contrats en cours ; que les pénalités de retard pour non-paiement des factures sont dues de plein droit, sans rappel et sans avoir à être indiquées dans les conditions générales des contrats »³³⁸. Elle a ensuite décidé, et dans la même logique, que ces pénalités, qui trouvent leur source dans des dispositions légales supplétives, ne constituent pas une clause pénale et ne peuvent donc être réduites en raison de leur caractère abusif³³⁹. Le juge ne doit effectivement « pas pouvoir déclarer manifestement excessives des pénalités dont le taux n'excède pas le taux supplétif fixé par la loi, lequel

³³⁷ Dont les dispositions sont aujourd'hui reprises à l'article L.441-10 du Code de commerce.

³³⁸ Cass. com. 3 mars 2009, n° 07-16.527, Bull. civ. IV, n° 31 ; D. 2009. 725, obs. Chevrier ; D. 2009. 2888, obs. D. Ferrier ; CCC 2009, n° 129, note Malaurie-Vignal. V. égal. Cass. civ. 3^e, 30 sept. 2015, n° 14-19.249.

³³⁹ Cass. com. 2 novembre 2011, n° 10-14.677, D. 2011. 2788, obs. Chevrier, RTDCom. 2012. 182, obs. Boulloc ; Gaz. Pal. 2012. 400, obs. Mekki ; RJDA 2012, n° 209 ; RDLC 2012, n° 1, p. 134, obs. Dany. A l'occasion d'un litige opposant une papeterie de Turckheim à EDF, la Cour d'appel de Colmar avait à se prononcer sur les pénalités fixées au taux de l'intérêt BCE, augmenté de sept points. La Cour a indiqué que les pénalités avaient été communiquées et qu'il s'agissait de dispositions légales supplétives ne pouvant être réduites comme correspondant à des pénalités excessives. Devant la chambre commerciale, le pourvoi soutenait que les pénalités fixaient par avance le montant de l'indemnisation du préjudice résultant de l'exécution tardive de l'obligation et qu'elles présentaient un caractère comminatoire en raison du taux d'intérêt prévu très supérieur au taux légal et qu'il s'agissait dès lors d'une clause pénale et que la cour d'appel avait violé les articles 1152, 1226 et 1229 du code civil. À cette question, la Chambre commerciale répond : « Après avoir relevé que les dispositions de l'article L.441-6, alinéa 6 du code de commerce sont des dispositions légales supplétives, la cour d'appel a exactement jugé que les pénalités dues ne constituent pas une clause pénale et ne peuvent donc être réduites en raison de leur caractère abusif ».

est suffisamment élevé pour mettre à l'abri des contestations la plupart des stipulations de pénalités de retard »³⁴⁰. De la même façon, le juge ne doit pas pouvoir déclarer manifestement dérisoires des pénalités dont le taux est égal au seuil minimum fixé par le texte³⁴¹. Reste l'hypothèse des pénalités conventionnelles dont le taux dépasse celui fixé par le texte. En effet, les pénalités de l'article L.441-10, si elles sont assorties d'un taux plancher, ne sont pas plafonnées et les parties gardent leur liberté pour un éventuel dépassement du taux d'intérêt supplétif. Or les solutions dégagées par la Cour suprême ne permettraient pas, là encore, au juge de réviser le montant de la pénalité conventionnelle même si elle lui paraît excessive³⁴².

314. Distinction entre clause d'évaluation conventionnelle du préjudice et clause limitative de responsabilité pour retard. Si les deux clauses sont relatives à l'évaluation des dommages et intérêts dus en cas de retard dans l'exécution du contrat elles ne se confondent pas. En effet, lorsque les parties stipulent dans le contrat un plafond d'indemnisation au-delà duquel le juge ne peut pas fixer le montant des dommages et intérêts, il s'agit d'une clause limitative de responsabilité³⁴³. Par contre, dans le cas où elles stipulent un forfait qui évince totalement le juge de l'appréciation du montant des dommages et intérêts, il s'agit d'une clause pénale qui s'applique automatiquement, abstraction faite de l'existence ou de la consistance du préjudice, ce qui la distingue clairement d'une clause limitative de responsabilité³⁴⁴. Si la première est stipulée dans l'intérêt du débiteur, la seconde l'est dans l'intérêt du créancier.

315. Possibilité de cumul des intérêts moratoires conventionnels avec une autre indemnité ? Il est clair que le créancier ne peut prétendre au cumul des intérêts

³⁴⁰ M.-P. Wagner, « Pénalités de retard ; encore des interrogations », préc., p. 2634.

³⁴¹ F. Labarthe, art. préc.

³⁴² La Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée, à notre connaissance, explicitement sur la question.

³⁴³ Cass. com. 18 décembre 2007, n° 04-16.06, Bull. civ. IV, n° 265 ; D. 2008. AJ 154, obs. X. Delpech ; JCP 2008. I. 125, nos 13 s., obs. Ph. Stoffel-Munck.

³⁴⁴ Ph. Malinvaud, De l'application de l'article 1152 du code civil aux clauses limitatives de responsabilité, *in* L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré, 1999, Dalloz-PUF-Litec, spéc. p. 691.

moratoires au taux conventionnel avec les intérêts moratoires au taux légal³⁴⁵ mais ceci seulement si les parties, en rédigeant la clause contractuelle, avaient en vue l'ensemble du préjudice moratoire. Toutefois, si elles ont visé seulement l'indemnisation du retard abstrait, autrement dit du préjudice moratoire de base causé par tout retard, on devrait alors admettre que le créancier puisse obtenir du juge une réparation supplémentaire s'il arrive à prouver que la défaillance du débiteur lui a causé un préjudice supplémentaire distinct de celui normalement occasionné par le retard. En effet, dans une décision déjà ancienne de 1964 la Cour de cassation avait clairement décidé qu'il est toujours possible de demander au débiteur, en plus de l'exécution de la clause pénale, des dommages et intérêts relatifs à des pertes subies et à des gains manqués « indépendants du préjudice que la clause pénale est destinée à réparer »³⁴⁶ à condition, bien sûr, d'apporter la preuve de leur existence³⁴⁷. Plus tard elle admettra implicitement cette solution dans un arrêt³⁴⁸ où elle approuve les juges du fond d'avoir refusé d'accorder des dommages-intérêts supplémentaires sur le fondement de l'alinéa 4 de l'(anc.) article 1153 au motif que « c'est souverainement que la Cour d'appel a estimé que le préjudice subi par le créancier était suffisamment réparé par la mise en œuvre de la clause pénale » ce qui signifie que, *a contrario*, cette demande aurait pu aboutir si le préjudice n'avait pas été suffisamment réparé.

316. Une licéité encadrée de la clause conventionnelle. La licéité d'une stipulation contractuelle concernant le préjudice moratoire n'est pas absolue. Deux cas de figures sont possibles : soit la clause ne contient aucune évaluation directe des dommages-intérêts et se contente de faire référence à un préjudice moratoire précisément défini, soit elle va au-delà et fixe directement le montant des dommages-intérêts moratoires en prévoyant une somme fixe ou encore en modifiant, le plus

³⁴⁵ En ce sens, Cass. civ. 1^{re}, 25 novembre 1975, JCP 1976. II. 18328, note H.T ; CA Paris, 19 février 1970, JCP, éd. CI, 1971, 10086. L'article 266 du COC libanais dispose clairement dans ce sens que « le créancier ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins que celle-ci n'ait été stipulée que pour le simple retard ou à titre d'astreinte ».

³⁴⁶ Cass. civ. 1^{re}, 12 février 1964, Bull. civ. I, n° 82.

³⁴⁷ Cass. soc., 13 octobre 1965, Bull. civ. IV, n° 643 ; 21 juillet 1986, Bull. civ. V, n° 392.

³⁴⁸ Cass. com., 6 juin 2001, pourvoi n° 97-21.471.

souvent à la hausse, le taux de l'intérêt applicable. Dans le premier cas de figure la licéité de la clause ne pose aucun problème. Le préjudice moratoire étant précisément défini dans sa nature et dans son étendue le débiteur peut être tenu à une réparation intégrale de ce préjudice qui est, dès lors, considéré comme parfaitement prévisible, et il ne peut plus prétendre ignorer les conséquences de son exécution tardive³⁴⁹. La solution n'est pas aussi évidente dans le second cas de figure et la licéité de la clause doit dès lors être appréciée au regard des législations en vigueur, dont notamment celle sur l'usure.

§ 2- L'évaluation conventionnelle du préjudice moratoire et la législation sur l'usure.

317. Une confusion critiquable entre intérêts moratoires et intérêts rémunérateurs La plupart des auteurs du XIXe siècle, suivant dans ce raisonnement l'opinion des rédacteurs du Code, considéraient que la licéité d'une stipulation conventionnelle de dommages-intérêts moratoires, qui est une clause pénale au sens des anciens articles 1151 et 1229 et s. du Code civil, était subordonnée au respect de la législation sur l'usure et, dès lors, les parties ne pouvaient pas par leur accord fixer une indemnité, somme fixe ou somme calculée selon un taux, dont le montant dépasserait le plafond de l'usure³⁵⁰. En effet, lors des discussions portant sur l'article 1153 du Code

³⁴⁹ En ce sens : C.-B.-M. Toullier, *op.cit.*, n° 267 ; A. Duranton, *op. cit.*, n° 488 ; L. Larombière, *op. cit.*, p. 579 ; G. Balis, art. préc., p. 100 ; *contra* ; V.-N. Marcadé, *op. cit.*, n° 530, qui estime qu'une telle clause permettrait de dépasser le plafond de l'usure.

³⁵⁰ En 1804, le législateur autorisait les parties à déterminer elle-même le taux des intérêts conventionnels. Puis une loi de 1807 a limité le pourcentage envisageable à taux légal, c'est-à-dire 5 % en matière civile, et 6 % en matière commerciale. Dans la seconde moitié du dix-neuvième siècle, une série de textes a de nouveau confié aux créanciers et aux débiteurs, le soin de fixer le taux des intérêts conventionnels. C'est le décret-loi du 8 août 1935 qui a définitivement mis un terme à la liberté pleine et entière offerte aux parties, en considérant comme usuraire le prêt consenti à un taux effectif dépassant de plus de la moitié le taux moyen pratiqué par des prêteurs de bonne foi pour les opérations comportant des risques analogues. Depuis, plusieurs textes se sont succédé (L. n° 66-1010 du 28 déc. 1966 : Journal Officiel du 29 Décembre 1966. – L. n° 89-1010, 31 déc. 1989 : 2 janv. 1990). Désormais, c'est l'article L. 313-3, al. 1 du Code de la consommation qui régit la matière : « Constitue un prêt usuraire tout prêt conventionnel consenti à un taux effectif global qui excède, au moment où il est consenti, de plus du tiers, le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit pour des opérations de même nature comportant des risques analogues, telles que définies par l'autorité administrative après avis du Conseil national du crédit ». L'alinéa 2 poursuit

civil, les différents orateurs s'étaient accordés quant à la validité d'une telle clause mais seulement dans la limite du plafond de l'usure³⁵¹. Or ce raisonnement porte en lui une confusion critiquable entre les intérêts moratoires et les intérêts rémunératoires, plusieurs siècles de prohibition canonique ayant profondément marqué les esprits et fait rejaillir la suspicion traditionnelle envers le prêteur d'argent sur l'usage de la technique des intérêts comme mode de réparation du préjudice moratoire. Demolombe voyait ainsi dans le retard de paiement une forme de prêt indirect qui justifierait l'application du plafond de l'usure et selon lui la loi de 1807 s'appliquerait ainsi à « toutes les conventions par suite desquelles l'une des parties se trouve finalement tenue, envers l'autre, d'une obligation qui consiste à payer une certaine somme ; ce qui [nous] ramène très justement aux termes mêmes de l'article 1153 »³⁵².

Il est surprenant que ce raisonnement juridiquement questionnable ait été repris par une grande partie de la doctrine moderne qui continue à se prononcer pour l'application du taux de l'usure aux intérêts moratoires conventionnels³⁵³ quoique la législation contemporaine sur l'usure vise directement le prêt conventionnel (article L.313-3 du Code de consommation) et, plus largement, les opérations de crédit (article L.313-1 du Code monétaire et financier) sans jamais viser les indemnités conventionnelles dues en cas d'inexécution par le débiteur de ses obligations. Certains auteurs, tout en adhérant à ce raisonnement, admettent son inadéquation au regard des textes. Ainsi J. Carbonnier considère explicitement que la législation sur l'usure n'est pas d'application directe en

: « les crédits accordés à l'occasion de ventes à tempérament sont, pour l'application de la présente section, assimilés à des prêts conventionnels et considérés comme usuraires dans les mêmes conditions que les prêts d'argent ayant le même objet ».

³⁵¹ P.-A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, t. XIII, préc., p. 57 et s.

³⁵² C. Demolombe, *op. cit.*, n° 639.

³⁵³ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, Droit civil, Les obligations, préc., n° 605 ; Ph Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, Les obligations, préc., n° 971 ; Ph. Malinvaud, M. Mekki, J.-B. Seube, Droit des obligations, Lexis Nexis, 15^e éd., 2019, n° 733 ; Ph. Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, préc., n° 2456 ; S. Bertolaso, « Régime de la réparation- Inexécution d'une obligation en argent », JCl. civil, fasc. 20, 2001, n° 48. Plus lointain, L. Josserand, Cours de droit civil positif français, t. 2, préc., n° 642. ; *contra* : M.-P. Wagner, « Pénalités de retard : encore des interrogations », *op. cit.* ; H., L., et J Mazeaud et F, Chabas, Leçons de droit civil, t. 2, vol. 1, Obligations, préc., n° 628 et note n° 2 ; V. David, thèse préc., n° 354 et s. ; R. Demogue, préc., n° 380 qui estime que les parties doivent respecter « l'intérêt maximum conventionnel là où il est établi, c'est-à-dire seulement au cas du prêt civil », laissant à penser que ce plafond ne serait pas applicable pour les intérêts moratoires en dehors du contrat de prêt.

l'absence d'un contrat de prêt mais peut être évoquée comme « donnée de fait, propre à nourrir l'appréciation de ce que les mécanismes usuraires ont d'immoral ou de contraire à l'ordre public économique »³⁵⁴. J. et Y. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux considèrent que les parties ne peuvent dépasser le seuil de l'usure tout en admettant qu'il ne s'agit « que des *dommages-intérêts* et non *d'intérêts*, c'est-à-dire des sommes dues en rémunération d'un prêt » mais précisent « [qu'une] solution différente permettrait une fraude trop facile »³⁵⁵.

318. La crainte injustifiable d'une fraude de la part du créancier. Si cette crainte d'une fraude de la part du créancier qui, rassuré par le principe de l'intangibilité de la clause pénale, serait tenté de déguiser un prêt usuraire derrière des dommages-intérêts apparemment moratoires pouvait dans le temps paraître compréhensible, elle ne l'est plus après l'octroi au juge par la loi du 9 juillet 1975 d'un pouvoir de modération des clauses pénales excessives³⁵⁶ et depuis l'encadrement des clauses pénales en matière de crédit immobilier ou du crédit à la consommation par les lois Scrivener de 1978 et 1979 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services. D'ailleurs, la Cour de cassation a formellement, et à plusieurs reprises, écarté ce raisonnement qui, malgré son large accueil en doctrine, n'a pas emporté sa conviction. Ainsi a-t-elle estimé qu'une clause pénale fixant les dommages-intérêts moratoires « ne joue que comme la sanction de l'inexécution par [l'emprunteur] de ses obligations et n'est pas soumise aux dispositions du décret-loi du 8 août 1935 relatif à l'usure, alors en vigueur, qui ne fixe que le taux de l'intérêt dû par tout emprunteur »³⁵⁷, en réservant toutefois l'hypothèse de la fraude à la loi³⁵⁸. La Cour

³⁵⁴ J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 169.

³⁵⁵ J. et Y. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, vol. 3, *Le rapport d'obligation*, préc., n° 148 et note n° 2, p. 99.

³⁵⁶ V. à ce propos, *infra* n° 320 et s.

³⁵⁷ La clause pénale, fixant les dommages et intérêts dus par le débiteur qui n'exécute pas son obligation, ne joue que comme la sanction de cette inexécution et n'est donc pas soumise aux dispositions des textes réprimant l'usure : Cass. com. 22 févr. 1977: Bull. civ. IV, n° 58 ; dans le même sens: Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 1978: *ibid.* I, n° 44 ; RTDCiv. 1979. 147, obs. Cornu.

³⁵⁸ Cass. civ. 1^{re}, 10 octobre 1967, Bull. civ., I, n° 287 ; JCP 1968, II, 15450 (1^{re} esp.) note H.B. ; Cass. civ. 1^{re}, 22 mai 1967 (qui se prononce moins sur la nature de la clause que sur l'absence de fraude en l'espèce), Bull. Civ., I, n° 176 ; JCP 1968, II, 15334 (1^{re} esp.), note H. B. ; Cass. civ. 1^{re}, 12 avril 1972

d'appel de Paris a donné une motivation beaucoup plus explicite à ce sujet en relevant très justement que la clause litigieuse « se situe sur le terrain de la responsabilité civile et non sur celui de la rémunération du capital »³⁵⁹. La solution inverse aurait abouti non seulement à une prolongation implicite et forcée du contrat de prêt mais aussi à une application de la législation sur l'usure à une créance qui, au moment de la conclusion du contrat, n'est que *purement éventuelle*. En effet, la naissance de la dette d'intérêt moratoire est toujours suspendue à la défaillance du débiteur qui n'est pas chose certaine, or le caractère usuraire de prêt doit s'apprécier au moment où ce prêt est consenti³⁶⁰ d'où l'inapplicabilité de la législation sur l'usure à cette dette d'intérêt moratoire. Même l'adoption de la loi du 28 décembre 1966, et contrairement à ce qu'avaient estimé plusieurs auteurs³⁶¹, ne remet pas en cause la pertinence de la position de la Cour de cassation. Cette réforme de 1966 de l'usure avait englobé dans un taux effectif global du prêt qui devait être pris en considération pour fixer les sommes perçues par le créancier tous « les frais, commissions ou rémunérations de toute nature, directs ou indirects »³⁶². L'expression « de toute nature » aurait pu prêter à confusion or il n'en est rien : ce sont uniquement les *rémunérations* de toute nature qui doivent être pris en compte pour le calcul du taux effectif global, c'est-à-dire les sommes dues

(qui exclut clairement du calcul de l'usure les clauses d'intérêts et les clauses fixes), JCP 1972, II, 17235, note J.-Ph. Lévy. Notons toutefois que la preuve de cette fraude se heurte naturellement à de sérieuses difficultés de preuve, le débiteur devant être en mesure de prouver que le créancier savait pertinemment qu'il n'était pas capable de payer ses échéances à leurs termes de sorte que la naissance de la dette d'indemnisation n'avait rien d'éventuel.

³⁵⁹ CA Paris, 22 octobre 1968, RTDCom. 1969.556, n° 9, obs. M. Cabrillac et J.-L. Rives-Lange.

³⁶⁰ Cass. com., 26 mars 2002, Bull. civ., IV, n° 57 ; Paris, 11 janvier 1982, D. 1982, IR, 413, obs. M. Vasseur.

³⁶¹ Ch. Gavalda et J. Stoufflet, « La limitation des taux d'intérêts conventionnels par la loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966 sur l'usure », JCP 1968, I, 2171, n° 64 ; B. Starck, H. Roland, et L. Boyer, Droit civil, Les obligations, t.2, le contrat, préc., n° 1807 ; M. Vasseur, « Usure et prêts d'argent », Banque 1967.457, n° 39.

³⁶² Article 3 de la loi de 1966 (nouvel article L.314-1 C. consom. qui dispose que « dans tous les cas, pour la détermination du taux effectif global du prêt, comme pour celle du taux effectif pris comme référence, sont ajoutés aux intérêts les frais, les taxes, les commissions ou rémunérations de toute nature, directs ou indirects, supportés par l'emprunteur et connus du prêteur à la date d'émission de l'offre de crédit ou de l'avenant au contrat de crédit, ou dont le montant peut être déterminé à ces mêmes dates, et qui constituent une condition pour obtenir le crédit ou pour l'obtenir aux conditions annoncées». Le taux effectif global (TEG) a été remplacé depuis le 1^{er} octobre 2016 par le taux annuel effectif global (TAEG).

par l'emprunteur dans le cadre de l'exécution normale du contrat³⁶³. La Cour de cassation affirme ainsi explicitement à propos d'une clause prévoyant comme sanction du défaut de paiement à terme un intérêt supplémentaire de 1% par mois que « l'article 3 de la loi du 28 décembre 1966 ne fait pas entrer les clauses pénales qui n'interviennent que comme la sanction de l'inexécution par le débiteur de ses obligations dans la détermination du taux effectif global et de son caractère éventuellement usuraire »³⁶⁴.

L'inapplicabilité de la législation sur l'usure aux clauses contractuelles d'évaluation du préjudice moratoire ne veut pas dire qu'il s'agit de laisser cette évaluation à l'entière discrétion des parties avec toutes les possibilités d'abus que cette liberté peut entraîner. En effet, l'évaluation conventionnelle du préjudice moratoire, comme pour tout autre préjudice, doit être encadrée.

§ 3- Une évaluation conventionnelle encadrée.

319. Un encadrement parfois légal. L'encadrement de l'évaluation contractuelle du préjudice moratoire est dans certains cas l'œuvre de la loi elle-même qui établit un plafond pour ce genre de clauses. Il en est ainsi en matière de contrat de construction d'une maison individuelle avec fourniture de plan où l'article R. 231-14 du Code de la construction et de l'habitat prévoit, en son alinéa 2, que les constructeurs ne peuvent stipuler de leur côté, à la charge du maître de l'ouvrage, des pénalités pour retard de paiement dont le taux excède « un pour cent par mois calculé sur les sommes non réglées ».

320. Un encadrement souvent judiciaire. Plus communément, c'est le juge qui contrôle l'évaluation conventionnelle faite par les parties du préjudice. Avant que le législateur français décide d'intervenir avec la loi du 9 juillet 1975, un contentieux important était né à propos des clauses pénales stipulées en matière de crédit-bail et de

³⁶³ H. Croze, « Les sanctions de l'inexécution du contrat de crédit », Le droit du crédit du consommateur, ouvr. coll. Sous la direction de I. Fadlallah, 1982, p 145, n° 26.

³⁶⁴ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 1987, Bull. civ., I, n° 318 ; D. 1987, IR, 257, Gaz. Pal. 1988.1, pan.62. Dans le même sens: Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} février 1978, Bull. civ., I, n° 44 ; RTDCiv. 1979.147, n° 3, obs. G. Cornu ; Cass. com., 22 février 1977, Bull. civ. IV, n° 58 ; Rép. Def. 1977.1465, note G. Morin.

ventes immobilières où le principe de l'intangibilité alors reconnu de la clause pénale autorisait l'application, en cas de retard dans le paiement des loyers, de clauses fixant l'indemnité due à des montants astronomiques en plus du remboursement immédiat de la totalité du capital, et en dépit des efforts déployés par une partie de la doctrine³⁶⁵ afin de neutraliser l'application de ces clauses en s'appuyant notamment sur une interprétation extensive de l'ancien article 1231³⁶⁶ ou sur un prétendu défaut de cause³⁶⁷, la Cour de cassation avait toujours fait prévaloir le respect de la volonté exprimée des parties pour refuser la révision de ces clauses, même manifestement excessives.

Depuis la loi n° 75-597 du 9 juillet 1975, le juge peut, et même d'office, réduire le montant de la somme fixée par les parties dans leur convention pour réparer l'inexécution de l'obligation s'il trouve que cette « peine »³⁶⁸, ou « pénalité »³⁶⁹, est manifestement excessive ou dérisoire³⁷⁰. Cette solution codifiée en 1975 rejoint celle de la jurisprudence d'avant l'an XII, une solution inspirée par les canonistes³⁷¹, formulée avec les matériaux épars du Digeste³⁷² par le président Favre³⁷³ ou Du

³⁶⁵ E. Alfandari, « Le contrôle des clauses pénales par le juge », JCP 1971, I, 2395 ; F. Chabas, « La réforme de la clause pénale », D. 1976, chr. 229 ; G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *op. cit.*, 2001, n° 233 et s. ; B Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil, Les obligations*, t.2, Le contrat, préc., n° 1815 et s.

³⁶⁶ Cet article autorisait la réduction de la peine en présence d'une inexécution partielle.

³⁶⁷ Au motif que de telles clauses permettaient en fait l'exécution totale de la prestation du débiteur alors que le créancier n'exécutait plus son obligation de mise à disposition de la chose ou de la somme pour une durée déterminée.

³⁶⁸ Terme utilisé par l'ancien article 1152 du Code civil.

³⁶⁹ Terme utilisé par le nouvel article 1231-5 du Code civil et faisant mieux ressortir le caractère comminatoire de la clause.

³⁷⁰ Dans le même sens, l'article 9:509, 2 des Principes de droit européen des contrats dispose à propos des « clauses relatives aux conséquences pécuniaires de l'inexécution », que « nonobstant toute stipulation contraire, la somme peut être réduite à un montant raisonnable si elle est manifestement excessive par rapport au préjudice résultant de l'inexécution et aux autres circonstances ».

³⁷¹ J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2002, Dalloz, n° 667.

³⁷² Par exemple, Digeste, XVII. II. 71 ou Digeste XIX. I. 28.

³⁷³ Codex, livre 7, titre 23, décision 2.

Moulin³⁷⁴, exposée par Pothier³⁷⁵ dont le projet de Code civil présenté par Bigot-Préameneau portait encore la marque. En effet, avant sa discussion le 11 brumaire an XII devant le Conseil d'État, l'alinéa 2 de l'article 1152 (projet, art. 49) disposait que « le juge peut [...] modérer » la somme « stipulée, si elle excède évidemment le dommage effectif »³⁷⁶. L'article 1231-5 du Code civil issu de l'ordonnance n° 131-2016 reprend et combine dans ses termes les anciens articles 1152, 1230 et 1231 et dispose que « lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent. Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite (...). »³⁷⁷.

Le juge, face à une indemnité contractuelle manifestement excessive traduisant une surévaluation par les parties du préjudice moratoire prévisible, peut ainsi décider d'en réduire le montant pour l'adapter autant que possible au montant du préjudice réellement subi par le créancier. Il peut donc réviser à la hausse³⁷⁸, ou à la baisse, le montant d'une clause pénale convenue dans le contrat s'il est manifestement excessif ou dérisoire. S'agissant d'une clause pénale portant sur des intérêts moratoires il peut même, selon un arrêt récent de la chambre commerciale de la Cour de cassation, « modifier tant le taux que le point de départ de ces intérêts »³⁷⁹. Ce pouvoir de

³⁷⁴ Tractatus de eo quod interest, Sumpibus Caroli Osmont, 1681, nos 159 s.

³⁷⁵ R. Pothier, Traité des obligations, préc., nos 337 s.

³⁷⁶ P.-A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, tome XIII, préc., p. 11 et 56.

³⁷⁷ En droit libanais, l'article 266 du COC limite le pouvoir de réduction du juge à deux cas : le cas où la clause pénale est stipulée à titre d'astreinte et il peut alors la réduire « lorsqu'elle lui paraît excessive », et le cas où « l'obligation principale a été exécutée en partie ».

³⁷⁸ Il est vrai que l'hypothèse d'une révision à la hausse est en pratique très rare.

³⁷⁹ Cass. com., 10 février 2021, n° 19-10.306 : JurisData n° 2021-001731 ; Resp. civ. et assur. 2021, comm. 89 ; à paraître au Bulletin (décision prise sur le fondement de l'article 1152 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016). S'agissant d'intérêts de retard, leur montant peut en effet se voir réduit par deux moyens différents que la rédaction de l'ancien article 1152 (comme

modération de la clause pénale par le juge est d'ordre public comme l'énonce clairement l'article 1231-5, reprenant les termes de l'ancien article 1152 du Code civil. Depuis la loi n° 85-1097 du 11 octobre 1985, le juge peut même prononcer *d'office* la révision judiciaire de la clause pénale dérisoire ou excessive sans qu'aucune demande ne lui soit adressée à ce sujet. Mais le pouvoir de révision à la baisse n'est pas absolu. D'un côté il est conditionné par la caractérisation de l'aspect manifestement excessif de l'indemnité prévue par le contrat, d'un autre côté il reste limité par le plancher que constitue le préjudice réel subi par le créancier du fait du retard, et des fois par des planchers établis par la loi.

321. Une peine manifestement excessive. Le pouvoir modérateur du juge est conditionné par la caractérisation de l'aspect « manifestement excessif » de la clause pénale selon les termes de l'article 1231-5 et avant lui de l'article 1152 du Code civil. L'emploi du terme « manifestement » accolé au mot « excessif » invite le juge à la tempérance dans l'exercice du pouvoir modérateur mais la loi ne donne pas d'autres indications sur ce plan et la jurisprudence considère depuis longtemps déjà³⁸⁰ que l'appréciation de l'excès manifeste revient au juge du fond. Cette appréciation doit être effectuée par le juge en se mettant au jour où il rend sa décision³⁸¹ et la disproportion manifeste doit s'apprécier d'une manière objective en comparant le montant conventionnellement fixé de la peine et celui du préjudice effectivement subi³⁸², une trop grande disproportion entre l'une et l'autre permettant de dévoiler l'excès

d'ailleurs celle du nouvel article 1231-5) ne semble pas exclure : la réduction de leur taux ou la réduction de la période sur laquelle ils courent.

³⁸⁰ Par exemple, Cass. soc., 24 mai 1978, Bull. civ. V, n° 385.

³⁸¹ Cass. civ. 1^{re}, 19 mars 1980, Bull. civ. I, n° 95 ; 10 mars 1998, n° 96-13.458, Bull. civ. I, n° 98, RTDCiv. 1999. 97, obs. J. Mestre.

³⁸² Cass. com. 11 février 1997: Bull. civ. IV, n° 47 ; CCC 1997. 75, obs. Leveneur ; Defrénois 1997. 740, obs. Delebecque ; RTDCiv. 1997. 654, obs. Mestre ; Dr. et patr. 1997, n° 1816, obs. Chauvel ; Cass. com. 5 avril 2016, n° 14-20.169 P: D. 2016. 2244, chron. Arbellot, Le Bras, Gauthier et Tréard ; Rev. sociétés 2016. 395, obs. Roussel Galle ; RTDCom. 2016. 547, obs. Martin-Serf; JCP 2016, n°790, note Dagorne-Labbe (caractère manifestement excessif d'une majoration de 75 à 100 % du taux d'intérêt conventionnel, qui excède notablement le coût de refinancement de la banque et qui est sans commune mesure avec le préjudice résultant pour elle du retard de paiement). MM Starck, Roland et Boyer reconnaissent que, pour fixer la mesure du pouvoir de révision, « le plus souvent, c'est le seul critère objectif qui est retenu, le caractère manifestement excessif s'appréciant par comparaison entre le préjudice effectivement subi et le montant de l'indemnité prévue » : Droit civil, Les obligations, t. 2, Le contrat, préc. n° 1828.

manifeste³⁸³. Tel peut être le cas lorsque le créancier ne subit aucun préjudice³⁸⁴. Ceci ne veut pas dire que le montant de la clause pénale doit forcément être égal à celui du préjudice, compte tenu du but comminatoire de ce genre de clause³⁸⁵. En effet, la clause pénale peut être conçue non seulement comme une évaluation conventionnelle anticipée du préjudice futur mais aussi comme un moyen de contraindre les parties à l'exécution et si elle n'en peut moins dans l'un et l'autre cas, être réduite par le juge, ce dernier doit, pour en apprécier le caractère excessif, tenir compte de son but³⁸⁶.

322. Une modération nécessairement motivée. Les décisions des juges du fond doivent sur ce plan-là être suffisamment motivées, ce que la Cour de cassation contrôle en sanctionnant, au visa de l'ancien article 1152 du Code civil, le défaut de base légale³⁸⁷. Il a ainsi été décidé que pour réduire le montant d'une clause pénale insérée dans un contrat, les juges du fond ne peuvent se borner à énoncer qu'il était « un peu élevé », sans rechercher en quoi ce montant était manifestement excessif³⁸⁸. De même, n'est pas assez motivée la décision qui se contente de retenir que, compte tenu des circonstances de l'espèce, la clause pénale apparaît « à tout le moins excessive »³⁸⁹. Des

³⁸³ Cass. soc., 23 octobre 1980, Bull. civ. V, n° 765.

³⁸⁴ Cass. civ. 3^e, 27 novembre 2002, n° 00-21.347, RJDA 2003, n° 224.

³⁸⁵ Cass. com. 29 janvier 1991, n° 89-16.446, Bull. civ. IV, n° 43.

³⁸⁶ Cass. civ. 1^{re}, 3 janvier 1985 : Bull. civ. I, n° 4 ; Cass. com. 27 mars 1990 : D. 1990. 390, note de La Marnierre ; D. 1991. somm. 158, obs. Paisant ; RTDCiv. 1990. 514, obs. Rémy ; *ibid.* 655, obs. Mestre.

³⁸⁷ M. Saluden, L'étendue du contrôle exercé par la Cour de cassation sur les juges du fond en matière de clause pénale, Gaz. Pal. 1984. 1. doctr. 262.

³⁸⁸ Cass., ch. mixte, 20 janvier 1978 : Bull. civ. n° 1 ; R., p. 37 ; D. 1978. 349 (en note) ; *ibid.* IR 229, obs. Vasseur ; RTDCiv. 1978. 377, obs. Cornu ; Cass. soc. 16 octobre 1985 : Bull. civ. V, n° 459 ; Cass. civ. 3^e, 14 novembre 1991 : Bull. civ. III, n° 274 (cassation de l'arrêt qui se borne à retenir que l'application de la clause apparaît, compte tenu des circonstances, à tout le moins excessive) ; Cass. civ. 1^{re}, 14 novembre 1995 : Bull. civ. I, n° 412 ; R., p. 304 ; CCC 1996. 14, note Raymond ; Defrénois 1996. 365, obs. D. Mazeaud (application en matière de redressement judiciaire civil) ; 13 novembre 1996 : CCC 1997. 18, obs. Raymond (surendettement) ; Cass. com. 10 juillet 2001 : CCC 2001, n° 168, note Leveneur (2^e esp.) (Cassation d'un arrêt ayant procédé à un relèvement de la pénalité prévue au motif qu'elle était inférieure au dommage subi, sans constater qu'elle était dérisoire) ; Cass. civ. 3^e, 12 janvier 2011 : Bull. civ. III, n° 3 ; RDI 2011. 220, obs. Boubli ; *ibid.* 231, obs. Tricoire ; RLDC 2011/81, n° 4197, obs. Paulin ; RTDCiv. 2011. 122, obs. Fages (cassation de l'arrêt ayant réduit le montant de la clause pénale stipulée au contrat sans préciser en quoi le montant des indemnités de retard résultant de la clause pénale était manifestement excessif).

³⁸⁹ Cass. civ. 3^e, 14 novembre 1991, n° 90-14.025, Bull. civ. III, n° 274.

motifs tirés du comportement du débiteur de la pénalité sont impropres à justifier à eux seuls le caractère manifestement excessif du montant de la clause³⁹⁰. Le juge ne doit pas non plus se baser uniquement sur la situation financière du débiteur. Ainsi, la prise en compte de la capacité de remboursement des débiteurs par rapport à leur surendettement ne permet pas de considérer qu'une clause pénale est excessive, même lorsque le juge modère la peine dans le cadre d'une procédure de redressement civil³⁹¹.

En somme, si l'appréciation du caractère « manifestement excessif » de la clause pénale est objective et repose sur une comparaison entre le préjudice réel subi et le montant de la peine stipulée, le juge doit aussi prendre en considération le contexte propre à chaque espèce. Par contre, la réduction des obligations résultant d'une clause « manifestement excessive » n'étant qu'une simple faculté pour ce dernier, il n'a pas à motiver spécialement sa décision lorsque, faisant application pure et simple de la convention, il refuse de modifier le montant de la peine qui y est forfaitairement prévue³⁹².

323. Étendue de la modération judiciaire. S'il appartient au juge de fixer souverainement l'indemnité définitivement due en diminuant ou en augmentant celle prévue par le contrat³⁹³, et si l' (anc.) article 1152 du Code civil n'impose pas au juge

³⁹⁰ Cass. com. 11 février 1997, pourvoi n° 95-10.851, Bull. com. 1997, IV, n° 47 p. 42.

³⁹¹ Cass. civ. 1^{re}, 14 novembre 1995, pourvoi n° 94-04.008.

³⁹² Cass. civ. 1^{re}, 23 février 1982 : Bull. civ. I, n° 85 ; RTDCiv. 1982. 603, obs. F. Chabas. Dans le même sens : Cass. civ. 3^e, 26 avril 1978 : Bull. civ. III, n° 160 ; R., p. 37 ; D. 1978. 349 ; RTDCiv. 1978. 672, obs. Cornu ; 17 juillet 1978 : Bull. civ. III, n° 294 ; D. 1979. IR 151 (2^e esp.), obs. Landraud (sol. applicable que la clause suit excessive ou dérisoire) ; Cass. com. 26 février 1991 : Bull. civ. IV, n° 91 ; JCP N 1992. II. 185, note Gain ; 19 novembre 1991 : Bull. civ. IV, n° 346 ; Cass. civ. 3^e, 12 janvier 1994 : ibid. III, n° 5 ; Defrénois 1994. 804, obs. D. Mazeaud ; Cass. civ. 1^{re}, 26 juin 2001 : Bull. civ. I, n° 191 ; 12 juillet 2001 : Bull. civ. I, n° 218 ; D. 2001. IR 2360 ; Defrénois 2001. 1417, note Dagorne-Labbe ; CCC 2001, n° 168, note Leveneur (1^{re} esp.) ; 31 octobre 2007 : D. 2007. AJ 2946 ; CCC 2008, n° 34, note Leveneur ; 5 nov. 2013 : D. 2013. 2639, obs. Lienhard ; Cass. com., 17 novembre 2009, n° 07-21.257.

³⁹³ Il appartient aux juges du fond, souverains dans l'appréciation du préjudice subi par le créancier, de fixer librement le montant de l'indemnité résultant de l'application d'une clause pénale dès lors qu'ils l'estiment manifestement excessive : Cass. civ. 1^{re}, 24 juillet 1978 : Bull. civ. I, n° 280 ; R., p. 38 ; D. 1979. IR 151 (1^{re} esp.), obs. Landraud ; RTDCiv. 1979. 150, obs. Cornu ; Cass. com. 29 janv. 1991 : Bull. civ. IV, n° 43 ; 11 février 1997, Bull. civ. IV, n° 47 ; CCC 1997. 75, obs. Leveneur ; Defrénois 1997. 740, obs. Delebecque ; RTDCiv. 1997. 654, obs. Mestre ; Dr. et patr. 1997, n° 1816, obs. Chauvel ; Cass. soc., 5 juin 1996 : Bull. civ. V, n° 226 ; D. 1997. somm. 101, obs. Serra ; Defrénois 1997. 737,

de limiter le montant de l'indemnité résultant de la clause pénale à celui du préjudice réellement subi par le créancier victime de l'inexécution du contrat³⁹⁴, pas plus que ne le fait d'ailleurs le nouvel article 1231-5, il n'en reste pas moins vrai que le juge ne peut pas allouer une somme inférieure au montant du dommage réellement subi³⁹⁵, ou encore refuser toute indemnisation sans constater l'absence de préjudice³⁹⁶. Le préjudice réel subi par le créancier du fait du retard constitue donc un plancher implicite au pouvoir de révision à la baisse des intérêts moratoires conventionnels. En effet, s'il est vrai que la contrainte exercée par la stipulation contractuelle d'une indemnité pour le retard dans l'exécution de l'obligation contribue à donner à ces clauses un côté indéniablement comminatoire surtout quand le montant de l'indemnité est supérieur au préjudice réel prévisible, ce qui est le plus souvent le cas, ce caractère comminatoire ne suffit pas à transformer la nature essentiellement indemnitaire de la clause pénale puisque même si sa valeur a été surévaluée, le préjudice reste le fondement principal de l'indemnité, non la faute du débiteur.

Outre ce plancher implicite que constitue le préjudice effectif subi par le créancier il existe certaines limites légales au pouvoir de modération du juge qui sont prévues par des textes spéciaux : ainsi en matière de pénalités de retard prévues par les contrats de construction de maisons individuelles sur plan proposé le juge ne peut allouer au maître de l'ouvrage une indemnisation inférieure au minimum prévu par la loi³⁹⁷.

obs. D. Mazeaud (augmentation d'une clause dérisoire) ; Cass. civ. 3^e, 30 janv. 2008, D. 2008. AJ 485, obs. Vincent; JCP 2008. IV. 1406.

³⁹⁴ Cass. com., 23 janvier 1979: Bull. civ. IV, n° 30.

³⁹⁵ Cass. civ. 1^{re}, 24 juillet 1978, Bull. civ., I, n° 280; R., p. 38; D. 1979. IR 151 (1^{re} esp.), obs. Landraud ; RTDCiv. 1979. 150, obs. Cornu ; 9 juin 1980: *ibid.* IV, n° 245 ; 3 févr. 1982: Bull. civ. IV, n° 44 ; RTDCiv. 1982. 603, obs. Chabas ; 8 juillet 1986: Bull. civ. IV, n° 147.

³⁹⁶ Cass. civ 1^{re}, 28 avril 1980: Bull. civ. IV, n° 167. C'est pourtant le résultat auquel est arrivée la chambre commerciale de la Cour de cassation dans l'arrêt précité du 10 février 2021 (*supra* n° 320) puisque retarder le point de départ des intérêts revient à réduire la peine à zéro pendant toute la période correspondant au différé du cours des intérêts alors même qu'il n'était pas constaté en l'espèce que le manquement à l'exécution n'avait causé aucun dommage. (V. à ce propos, L. Leveueur, Contrats Concurrence Consommation n° 5, Mai 2021, comm. 72)

³⁹⁷ Cass. civ. 3^e, 22 novembre 2000: Bull. civ. III, n° 174; D. 2001. IR 40 ; Defrénois 2001. 879, obs. Périnet-Marquet.

Une fois le préjudice moratoire identifié, prouvé et évalué selon les règles qui lui sont applicables, le juge saisi par une demande de la part du créancier doit fixer dans sa décision le montant de l'indemnité qui est supposée réparer ce préjudice. Or l'évaluation que fait le juge, ou que font les parties, du préjudice moratoire ne se projette pas toujours fidèlement sur la détermination de l'indemnité finalement accordée au créancier ayant souffert du retard dans le paiement de sa créance monétaire. La disjonction entre évaluation et réparation du préjudice moratoire mérite d'être approfondie.

Chapitre 3- La réparation du préjudice moratoire.

324. La détermination par le juge de la somme qui est censée compenser le préjudice moratoire tel qu'il a été évalué par lui ou par les parties n'est pas une opération purement mathématique. En effet, l'examen des arrêts rendus en la matière montre que, bien que la réparation semble, par la forme, être automatique pour les obligations monétaires à tel point qu'il est légitime de se demander si les intérêts moratoires ne seraient pas devenus un simple accessoire de la créance principale (Section 2), le montant des intérêts moratoires finalement octroyés pour réparer le préjudice subi n'est pas toujours, dans le fond, équivalent à l'évaluation qui en est faite (Section 1).

Section 1- Une indemnité parfois diminuée par rapport à la valeur du préjudice moratoire.

325. Le préjudice moratoire causé par le retard dans le paiement d'une obligation monétaire n'est pas toujours réparé au même montant auquel il est évalué et la somme des intérêts moratoires finalement octroyée s'avère souvent inférieure à l'évaluation qui devrait être faite de ce préjudice moratoire. En effet, le juge qui est le gardien de la loi mais aussi, et il ne faut pas l'oublier, le gardien de l'équité, peut, ou devrait être capable de, fixer une indemnité inférieure à l'évaluation strictement mathématique du préjudice moratoire quand il existe un risque certain d'une condamnation élevée en présence d'une faute légère (§1) mais aussi quand la victime avait l'obligation de minimiser son préjudice et ne l'a pas fait (§2).

§1- Une indemnité réduite en présence d'une faute légère.

326. Un pouvoir officieux de modération de l'indemnité. Dans la réparation de tout préjudice il existe un risque certain d'une condamnation élevée en présence d'une faute légère. Ce risque inhérent au principe de la réparation intégrale, dont une partie de la doctrine admet aujourd'hui le manque de souplesse³⁹⁸, n'est pas particulier au préjudice moratoire mais il se pose avec plus d'acuité en la matière vu la fréquence de la faute que constitue un retard de paiement ou d'exécution. S'il est vrai que le principe du forfait consacré à l'article 1231-6 du Code civil contribue à limiter partiellement ce risque, il ne l'efface pas complètement. Ce qui contrôle efficacement ce risque c'est la possibilité pour le juge, sous couvert de son pouvoir souverain d'appréciation, de réduire l'indemnité allouée au créancier lorsque la faute du débiteur a été trop légère, ou même de prendre en considération, quoiqu'officieusement, la situation financière du créancier et celle du débiteur et la capacité de ce dernier à s'assurer. Ce pouvoir de modération par le juge de l'indemnité par rapport à l'évaluation effective du dommage réparable, qui n'est jusqu'à présent qu'officieux en droit français (et libanais), est légalisé par exemple en droit suisse où l'article 44 al. 2 du Code des obligations, applicable 3 à la responsabilité dérivant d'actes illicites mais aussi aux effets de la faute contractuelle³⁹⁹, dispose clairement que « lorsque le préjudice n'a pas été causé ni intentionnellement ni par l'effet d'une grave négligence ou imprudence, et que sa réparation exposerait le débiteur à la gêne, le juge peut équitablement réduire les dommages-intérêts ». Un tel pouvoir n'a pas été explicitement reconnu au juge français par la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile présentée par le Sénat ni par le projet présenté par la Chancellerie.

L'indemnité que reçoit le créancier peut se voir diminuée par rapport à l'évaluation effective du préjudice moratoire subi non seulement lorsque le juge exerce un pouvoir, officieux ou tiré de la loi, de réduire cette indemnité en présence d'une faute légère du débiteur, mais aussi lorsque ce dernier avait l'obligation de minimiser son préjudice et ne l'a pas fait. « Dictée par le bon sens », cette obligation apparaît « comme une règle de conduite imposée à la victime. Elle rejoint ainsi toutes les autres règles de conduite

³⁹⁸ G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *op. cit.*, n° 58-1 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, tome 2 : Les biens, Les obligations, préc., n° 286.

³⁹⁹ Article 99 de ce code.

qui se sont considérablement développées à une époque où le droit encourage de plus en plus la loyauté et la cohérence des comportements dans des relations juridiques de plus en plus complexes »⁴⁰⁰. Inconnue du droit libanais, elle demeure objet de beaucoup de discussions en droit français.

§2 - Une obligation pour la victime de minimiser son préjudice ?

327. Une obligation reconnue en droit international. Un principe général de la *lex mercatoria internationalis*⁴⁰¹ appliqué par les arbitres internationaux⁴⁰² veut que le créancier soit tenu de minimiser le préjudice ressenti, y compris le manque à gagner. Cette obligation est aussi consacrée à l'article 77 de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises (*Acte final de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*)⁴⁰³: « la partie qui invoque la contravention au contrat doit prendre les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter la perte, y compris le gain manqué, résultant de la contravention. Si elle néglige de le faire, la partie en défaut peut demander une réduction des dommages-intérêts égale au montant de la perte qui aurait dû être évitée »⁴⁰⁴. Cette obligation de minimiser le dommage est également consacrée dans les principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international de 2010 qui disposent dans le même sens à l'article 7.4.8 que « 1) Le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des moyens raisonnables ». Elle l'est aussi, quoique de manière plus édulcorée, dans les principes

⁴⁰⁰ S. Reifegerste. Pour une obligation de minimiser le dommage, préf. H. Muir-Watt, 2002, PUAM, n°161.

⁴⁰¹ V. notamment Filali Osman, Les principes généraux de la *lex mercatoria*, L.G.D.J. 1992, p. 183 et s.

⁴⁰² V. notamment Y. Derains, L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale, R.D.A.I. 1987, p. 375 et s.

⁴⁰³ Ratifiée par la France le 6 août 1982 et publiée par le décret n° 87-1034 du 22 décembre 1987, cette convention est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1988.

⁴⁰⁴ Ch. Mouly, « Que change la Convention de Vienne sur la vente internationale par rapport au droit français interne », D. 1991. chron.77, 79.

du droit européen des contrats (PEDC) qui disposent dans leur article 9: 505 que « le débiteur n'est point tenu du préjudice souffert par le créancier pour autant que ce dernier aurait pu réduire son préjudice en prenant des mesures raisonnables »⁴⁰⁵.

328. Une obligation consacrée dans les systèmes de *common law* et dans plusieurs systèmes de droit écrit. Dans les systèmes de *common law* ce devoir pour la victime de minimiser son dommage est connu sous le nom de « duty of mitigation ». Dégagée dès le XIXe siècle par les tribunaux anglais soucieux de renforcer le contrôle de l'évaluation des dommages-intérêts en matière contractuelle puis affinée par une série d'arrêts rendus au tournant du XIXe et du XXe siècle⁴⁰⁶, la règle a été consacrée dans la loi sur la vente de biens mobiliers corporels de 1979⁴⁰⁷, actualisant un texte de 1893, dans ses articles 50 et 51. En droit américain, et après une pareille lente émergence jurisprudentielle du principe, initiée au XVIIe siècle, la « mitigation of damages » a été consacrée dans le *Uniform Commercial Code* (art. 2.708 et 2.713) et réaffirmée dans le *Second Restatement on Contracts*. Il s'agit d'une institution essentielle de la Common law et la doctrine a même relevé que « la modération du dommage occupe un rôle explicatif central au sein de la common law du contrat ; (...) elle exprime à elle seule un choix idéologique, ou de politique juridique, relatif à la

⁴⁰⁵ V. Principles of European Contract Law, Parts I and II, edited by Ole Lando and Hugh Beale, Kluwer Law International 2000, p. 445 et s. ; Les principes du droit européen du contrat, L'exécution, l'inexécution et ses suites, version française par Isabelle de Lamberterie, Georges Rouhette et Denis Tallon, La Documentation française 1997, p. 245 et s. ; V. Perruchot-Triboulet, dans C. Prieto [sous la dir.], Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français, avant-propos J. Mestre, 2003, PUAM, p. 529. Notons que ces principes ne trouvent à s'appliquer que lorsque les parties acceptent de s'y soumettre, mais vu que ces études ont associé des praticiens, magistrats, fonctionnaires et universitaires venus d'horizons juridiques divers ils ont sans doute une réelle autorité doctrinale : Sur leur autorité doctrinale, v. C. Kessedjian, Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : les principes proposés par l'Unidroit, Rev. crit. DIP 1995, p. 641 s., spéc. note 45 ; P. Mayer, V. Heuze, Droit international privé, 11^e éd., LGDJ, 2014, n° 24-1, p. 16.

⁴⁰⁶ M. E. Goldsmith, La « mitigation of damages » en droit anglais, RD aff. int. 1987, p. 347 ; *adde*, Les substantiels développements et les références bibliographiques en langue anglaise, in S. Reifegerste, Pour une obligation de minimiser le dommage, thèse, Paris-I, 1999, n° 28 s., p. 16 s., spéc. note 35.

⁴⁰⁷ Sale of Good Acts.

place qu'il convient de reconnaître à la poursuite de l'efficacité économique ou si l'on veut, aux besoins du marché, dans le régime juridique des échanges »⁴⁰⁸.

Plusieurs droits de tradition romaine consacrent aussi cette obligation, tels le droit allemand (art. 254 BGB), italien (art. 1227 c. civ. italien), néerlandais (art. 6.101 c. civ. néerlandais), suisse (art. 44 et 99 c. obligations suisse) et québécois (art. 1479 du Code civil du Québec)⁴⁰⁹.

329. Un correctif au principe de la réparation intégrale. L'objectif de cette règle est d'éviter que le créancier n'attende passivement d'être indemnisé pour le préjudice qu'il aurait pu éviter ou limiter. Elle apporte ainsi un correctif important aux possibles méfaits du principe de la réparation intégrale du dommage⁴¹⁰. Un auteur soutient ainsi que « l'idée de modération du dommage s'inscrit peut-être dans un mouvement général de moralisation du droit conduisant à une immixtion du juge dans les relations des parties, ce qui le conduit à introduire certains correctifs au droit de la responsabilité »⁴¹¹. Certes, on ne peut pas imposer à celui qui est déjà victime d'une inexécution préjudiciable de la part de son débiteur de prendre des mesures coûteuses en temps et en argent puisque « l'obligation de minimiser ne saurait être en effet l'occasion de renverser les valeurs du contrat, en récompensant en quelque sorte le débiteur fautif »⁴¹². Toutefois, il ne serait pas logique non plus, d'un point de vue économique, de laisser accroître un dommage que des mesures raisonnables auraient permis de réduire en atténuant l'étendue du préjudice initial ou en l'empêchant d'augmenter. En laissant s'aggraver le dommage la victime fait preuve d'une attitude déloyale qui peut dénoter

⁴⁰⁸ H. Muir Watt, La modération des dommages en droit anglo-américain, Petites affiches, 2002, n° 232, p. 45.

⁴⁰⁹ B. Hanotiau, Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international, RD aff. int. 1987, p. 393 s. ; J. Ortscheidt, La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international, préc., n° 203 s., p. 101 s., spéc. n° 210, p. 104 ; S. Reifegerste. Pour une obligation de minimiser le dommage, préc. n°25 et s.

⁴¹⁰ G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, Les effets de la responsabilité, *op. cit.*, n° 57 et 58 ; *adde*, P. Jourdain, Les dommages-intérêts alloués par le juge, rapp. français, in Les sanctions de l'inexécution contractuelle, Etudes de droit comparé, sous la dir. de G. Viney et M. Fontaine, Bruylant, LGDJ, 2001, p. 263.

⁴¹¹ A. Laude, « L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit privé français ? », in Faut-il moraliser le droit français de la réparation des dommages ?, *op. cit.*, p. 55.

⁴¹² P.-Y. Gautier, *Contre Bentham : l'inutile et le droit*, RTDCiv. 1995, p. 824.

une intention de tirer profit de sa situation ; on n'est pas très loin de l'idée de faute lucrative. « L'utilité contractuelle ou plus exactement la solidarité contractuelle pourrait ainsi créer un devoir d'arrêter le dommage si on le peut », comme le dit un auteur⁴¹³.

L'obligation pour la victime de minimiser son dommage ne devrait toutefois pas être confondue avec une institution voisine qui est la faute de la victime. En effet, « si la faute de la victime se traduit par une réduction de la réparation, c'est parce qu'elle a contribué à causer le dommage. Une analyse causaliste incite alors à procéder à un partage immédiat de responsabilité entre le responsable et la victime, tandis qu'une approche sanctionnatrice invite plutôt à voir dans la réduction d'indemnité une manifestation de l'idée de peine privée. Mais, à chaque fois, c'est une faute causale qui est prise en compte, c'est-à-dire une faute antérieure ou concomitante au fait dommageable du responsable. Au contraire, l'obligation de minimiser le dommage prend normalement naissance après le fait dommageable puisqu'elle oblige à le réduire ou à éviter qu'il ne s'aggrave. Elle fait donc figure d'obligation autonome par rapport à celle à laquelle le responsable a manqué »⁴¹⁴. Or, si les deux institutions se confondent largement dans leur mise en œuvre concrète, « cela tient au fait que, en droit français, le dommage est apprécié au jour où le juge statue, ce qui lui permet de prendre en compte les incidences de la faute de la victime dans le manquement à l'obligation de minimiser le dommage »⁴¹⁵.

Dans les systèmes juridiques qui la connaissent, le non-respect de cette obligation pour le créancier de minimiser le dommage entraîne une déchéance totale ou partielle de son droit à indemnisation ce qui suscite un questionnement quant à sa réelle nature juridique.

330. Une « obligation » ou un « devoir » ? Tous les systèmes juridiques qui consacrent une disposition spéciale à l'obligation de modérer le dommage la sanctionnent par une réduction ou une déchéance totale d'indemnités. C'est le cas dans

⁴¹³ A. Laude, *op. et loc. cit.*

⁴¹⁴ P. Jourdain, rapport introductif, in Béhar-Touchais (M.) [sous la dir. de], « Faut-il moraliser le droit français de la réparation des dommages ? », *op. cit.*, n°14.

⁴¹⁵ P. Jourdain, *op. et loc. cit.*

les droits de tradition romaine tels le droit allemand, italien, néerlandais, suisse ou québécois mais aussi et surtout dans les systèmes de *common law* où le « duty of mitigation » implique deux conséquences principales quant à la détermination de l'indemnisation : la victime ne peut être indemnisée du dommage qu'elle pouvait éviter, et le dommage évité ne saurait faire l'objet d'une indemnisation. Toutefois, ce qui a été traduit comme une « obligation de minimiser le dommage » de l'anglais « duty to mitigate », n'est pas très correct, car il ne s'agit pas d'une obligation *stricto sensu*, la victime n'encourant juridiquement aucune responsabilité envers l'auteur du dommage lorsqu'elle ne modère pas celui-ci. Comme le dit G. Viney⁴¹⁶, il ne s'agit pas d'une obligation au sens technique du terme mais plutôt d'un devoir « puisque son inexécution ne peut pas être sanctionnée par la mise en jeu de la responsabilité contractuelle du contrevenant et elle ne peut donner lieu à une exécution en nature dans les systèmes juridiques qui admettent l'exécution en nature des obligations ». C. Witz⁴¹⁷ propose d'utiliser, pour désigner ce devoir, le terme d'« incombance » qui est une notion connue des droits allemand et suisse⁴¹⁸, mais non du droit français, et dont la violation est sanctionnée uniquement par une déchéance totale ou partielle du bénéfice de la créance d'indemnisation, le créancier conservant intégralement ses autres moyens comme la poursuite de l'exécution du contrat ou la demande de sa résolution.

331. Un devoir jusque-là non consacré dans le droit français. Bien que le devoir de loyauté et de bonne foi édicté à l'article 1104 (ancien art. 1134 al. 3) du Code civil, et le devoir de coopération qui en découle, en constituent, d'ores et déjà, un fondement

⁴¹⁶ G. Viney, Rapport de synthèse, in Faut-il moraliser le droit français de la réparation des dommages?, LPA 20 nov. 2002, n° PA200223208, p. 66.

⁴¹⁷ C. Witz, « L'obligation de minimiser son propre dommage dans les conventions internationales : l'exemple de la Convention de Vienne sur la vente internationale », in Faut-il moraliser le droit français de la réparation des dommages ?, *op. cit.*, p. 50.

⁴¹⁸ Sur ce concept, v. M. Fontaine, *Obliegenheit, incombance ?*, Liber amicorum Hubert Claassens, Academia Bruylant, Antwerpen, 1998, p. 151 et s. ; v. également, S. Licari, Pour la reconnaissance de la notion d'incombance, *Revue de la recherche juridique*, 2002, n° 2, p. 703 et s.

valable⁴¹⁹ dont la doctrine⁴²⁰ et la jurisprudence française ancienne⁴²¹ portent quelques traces, le devoir pour le créancier de minimiser le dommage qui demeure, jusque-là, absent du Code civil, réserve faite d'un seul cas spécifique que nous avons pu repérer dans le domaine des assurances maritimes, fluviales et lacustres⁴²², est fortement

⁴¹⁹ « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ». Dans ce sens, v. Y. Picod, « Contrats et obligations. Effet obligatoire des conventions. Exécution de bonne foi des conventions », J.-Cl. civil, art. 1134 et 1135, n° 51; P. Rainville, *The Rôle of silence during the life of a contract : a civilian perspective*, thèse de doctorat, Oxford, Université de Oxford, 1993, p. 171 à 174 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, préc., note 4, p. 517 ; Catherine Popineau-Dehaillon, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat : Étude comparative*, t. 498, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2008, note 15, p. 607-609 ; LPA 2002, n° 232, p. 3, obs. P. Jourdain, et p. 55, obs. A. Laude ; Certains auteurs considèrent, non sans raison d'ailleurs, que ce serait pousser trop loin le devoir de coopération que d'admettre sa survie au moment où les rapports contractuels se distendent et qu'il serait préférable d'expliquer l'obligation de modérer le dommage par la théorie de la causalité (v., par ex., V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, Droit uniforme, GLN Joly, Paris, 1992, n° 437, note 495, p. 332 ; J. Ortscheidt, thèse préc., n° 213-215, p. 105 s. ; G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *op. cit.*, n° 433, p. 296 s. ; contra, B. Hanotiau, art. préc., n° 17, p. 397, n° 30, p. 401 : l'auteur considère que la partie de la réparation dont le demandeur est privé a bien été causée par l'auteur du dommage et « le rejet de toute indemnisation ne peut dès lors s'expliquer uniquement en termes de causalité, mais par le recours à une obligation spécifique de minimiser le dommage ».

⁴²⁰ Demogue considérait ainsi que le contenu du devoir de collaboration incluait l'obligation de modérer le dommage (R. Demogue, préc., n° 12 s., p. 17 s.) ; dans le même sens, M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. X, Contrats civils, 2^e éd., Paris, 1956, p. 359.

⁴²¹ Cass. com., 9 février 1955, Bull. civ. III, n° 63, p. 48 ; CA Paris, 20 mars 1985, Bull. loyers 1985, n° 264 ; CA Paris, 7 janv. 1924, Gaz. Pal. 1924.1.477 ; D.P. 1924.2.143 : « [...] il n'est pas loisible au créancier d'une prestation accomplie d'une façon défectueuse, de laisser s'accroître le préjudice et s'accumuler les dommages-intérêts éventuels sans réclamation formelle ni sommation d'avoir à faire cesser le vice de la fourniture dans un bref délai »

⁴²² L'obligation pour la victime de minimiser le dommage existe ainsi explicitement dans les textes dans une seule hypothèse spécifique, celle de l'article L.172-23 du Code des assurances. En effet, ce texte dispose que « l'assuré doit contribuer au sauvetage des objets assurés et prendre toutes les mesures conservatoires de ses droits contre les tiers responsables. Il est responsable envers l'assureur du dommage causé par l'inexécution de cette obligation résultant de sa faute ou de sa négligence ». Cette seule trace écrite de l'obligation de minimiser le dommage en droit français demeure circonscrite aux relations particulières entre l'assuré et l'assureur dans les assurances maritimes, fluviales et lacustres ne relève donc pas des rapports entre la victime et l'auteur du dommage. En dehors du droit des assurances, et depuis le 1^{er} janvier 1988, date de l'entrée en vigueur en France de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, le droit français connaît et applique la théorie de la « minimisation des pertes », règle formulée expressément par ladite convention. Néanmoins, le champ d'application de cette règle demeure réduit puisqu'il est limité au contrat de vente dans les rapports internationaux.

discuté en droit français contemporain entre adeptes⁴²³ et détracteurs⁴²⁴ et n'a jamais été consacré de manière générale par la Cour de cassation⁴²⁵. Pourtant, cette proposition est bien conforme à la tradition française et l'on pourrait convoquer Domat, Pothier ou Demogue et beaucoup d'autres pour soutenir qu'une victime était en faute à laisser son dommage s'aggraver alors qu'elle pouvait y remédier⁴²⁶. Domat avait ainsi écrit que l'on devait prendre en considération le fait que la victime a eu ou n'a pas eu la possibilité de minimiser la perte qui en résultait⁴²⁷. En faveur de ce devoir Demogue soutenait qu'« à un droit rigide, se substituerait un droit solidariste, obligeant la victime à travailler modérément dans l'intérêt général, c'est-à-dire pour empêcher le dommage de continuer »⁴²⁸. Plus tard, A. Tunc a considéré incontestable « l'idée selon laquelle la victime ne peut assister passive au déclenchement des diverses conséquences de la faute, mais doit réagir de toute sa vigueur d'homme contre ses conséquences dans la mesure où elles aggraveraient le dommage »⁴²⁹.

Ces opinions doctrinales n'ont malheureusement pas reçu de véritable écho jurisprudentiel, aucune décision n'ayant, à ce jour, clairement formulé le devoir, à la charge de la victime, de minimiser son dommage. En matière délictuelle, et par deux

⁴²³ S. Pimont, Remarques complémentaires sur le devoir de minimiser son propre dommage, RLDC oct. 2004, p. 15 et s., et nov. 2004, p. 14 et s. : cet auteur l'expose en tant qu'effet du contrat « dont la fonction est d'en faire respecter l'économie lors de la liquidation des dommages-intérêts » ; aussi, sur le terrain de la vente internationale de marchandises : B. Audit, La vente internationale de marchandises, LGDJ, 1990, n° 173, p. 165 ; et sur celui de l'ordre interne : Y. Picod, L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat, n° 13, p. 67 : « L'exigence de bonne foi astreint parfois le créancier, à l'instar du droit commercial international, à limiter l'aggravation de son préjudice » ; B. Fages, Le comportement du contractant, préf. de J. Mestre, PUAM, 1997, n° 568, p. 307 ; S. Reifegerste, thèse préc., n° 204 s., p. 105 s. : l'auteur se montre favorable au fondement de la bonne foi en matière contractuelle, l'obligation de modérer le dommage en matière extracontractuelle exigeant par ailleurs des fondements complémentaires, plus généraux ; P. Grosser, Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification, thèse, Paris-I, 2000, n° 740 s., p. 939 s.

⁴²⁴ Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, Droit des obligations, 12^e éd., Paris, LexisNexis, 2012, p. 569-571 ; Pierre-Yves Gautier, « Contre Bentham : l'inutile et le droit », RTDCiv. 1995.797, 822 à 824.

⁴²⁵ S. Reifegerste, thèse préc., n° 131 s., p. 70 s.

⁴²⁶ V. A. Laude, L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit français ? préc.

⁴²⁷ J. Domat, Les lois civiles dans leur ordre naturel, Rollin et Fils, 1745, Livre III, Titre V, Section III, § 162.

⁴²⁸ R. Demogue, Traité des obligations en général, T. IV, Paris 1924, n° 463 bis.

⁴²⁹ A. Tunc, Les récents développements des droits anglais et américains sur la relation de causalité entre la faute et le dommage dont on doit réparation, RIDC 1953, p. 29.

arrêts du 19 juin 2003⁴³⁰ la deuxième chambre civile avait ainsi fermé la porte à toute discussion à ce sujet, n'admettant d'imposer à la victime ni de suivre des soins psychologiques pour améliorer son état⁴³¹, ni de mettre en œuvre des diligences minimales pour éviter une très importante aggravation d'un préjudice matériel⁴³²: « *attendu que l'auteur d'un accident est tenu d'en réparer toutes les conséquences dommageables ; que la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable* »⁴³³ et la première chambre civile s'était ralliée à cette position par un arrêt rendu le 3 mai 2006⁴³⁴.

En matière contractuelle, et malgré quelques arrêts plus nuancés⁴³⁵, la Cour de cassation a jugé concernant un dommage patrimonial que « la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable »⁴³⁶. Toutefois, l'incurie de la victime pouvait parfaitement être prise en compte par le juge pour circonscrire le préjudice réparable s'il y voyait la cause d'une partie du dommage dont elle réclamait réparation à condition de prendre garde à fonder cette réduction sur la théorie de la

⁴³⁰ N° 01-13.289 et n° 00-22.302, Bull. civ. II, n° 203 ; D. 2003. 2326, note J.-P. Chazal, et 2004. 1346, obs. D. Mazeaud ; GAJC, 12^e éd., 2008, n° 190 ; RTDCiv. 2003. 716, obs. P. Jourdain.

⁴³¹ n° 01-13.289.

⁴³² n° 00-22.302.

⁴³³ Dans le même sens, Cass. civ. 2^e, 22 janvier 2009, nos 07-20.878 et n° 08-10.392, et Cass. civ. 1^{re}, 2 juill. 2014, n° 13-17.599, Dalloz actualité, 29 juill. 2014, obs. Cayrol : en vertu de l'article 1382 du code civil, l'auteur d'un dommage doit en réparer toutes les conséquences et la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable. Dès lors, c'est par une exacte application de ce texte qu'une cour d'appel a retenu que les notaires, ayant manqué à leur devoir d'information et de conseil en n'alertant pas leurs clients sur l'absence de transparence fiscale de la SCI par le biais de laquelle ils projetaient de réaliser leur acquisition, ne pouvaient valablement reprocher à ces derniers de ne pas avoir, après la rectification ayant résulté de cette défaillance, accepté, pour réduire le préjudice financier qui en découlait pour eux, d'opter pour un autre dispositif de défiscalisation que celui qu'ils avaient choisi.

⁴³⁴ Cass. civ. 1^{re}, 3 mai 2006, n° 05-10.411 : D. 2006. 1403, obs. I. Gallmeister ; RDSS 2006. 745, obs. P. Hennion-Jacquet ; RTDCiv. 2006. 562, obs. P. Jourdain ; Cass. civ. 2^e, 19 mars 1997, n° 93-10.914, D. 1997. 106 ; GADS, 2010, n° 11-12 ; RTDCiv. 1997. 632, obs. J. Hauser, et 675, obs. P. Jourdain.

⁴³⁵ Par ex., à propos d'un préjudice de privation de jouissance d'un bien, Cass. civ. 2^e, 24 novembre 2011, n° 10-25.635 : JurisData n° 2011-025881 ; Bull. civ. 2011, II, n° 217 ; JCP G 2012, doct. 530, n° 3, obs. Ph. Stoffel-Munck ; RDC 2012, p. 437, obs. S. Carval.

⁴³⁶ Par ex., à propos d'un préjudice fiscal, Cass. civ. 1^{re}, 2 juillet 2014, n° 13-17.599 : JurisData n° 2014-014857 ; JCP G 2014, doct. 1323, n° 9, obs. M. Bacache ; RDC 2015, p. 24, obs. G. Viney ; D. 2014, p. 1919, note C. Boismain.

faute de la victime et non sur un prétendu devoir de minimiser son préjudice⁴³⁷. Concernant un préjudice matériel, un arrêt du 24 novembre 2011⁴³⁸ semble même porter une réelle dérogation à cette interdiction qui revêtait jusque-là un aspect absolu. En l'espèce, un assuré, qui avait vu son assureur refuser à tort sa garantie au titre d'une police d'assurance automobile pour un sinistre survenu en août 2003, n'avait souscrit un nouveau contrat que le 17 novembre 2004 auprès d'un autre assureur. Il demandait réparation au premier assureur du préjudice matériel résultant de la privation de jouissance de son véhicule, ne pouvant légalement l'utiliser sans assurance. Pour rejeter sa demande, la Cour d'appel de Chambéry avait énoncé dans son arrêt qu'il n'établissait pas que le refus de la MAIF (l'assureur) de l'assurer l'ait empêché d'utiliser sa voiture en s'adressant à un autre assureur. La Cour de cassation casse cet arrêt au visa de l'article 1147 [anc.] du code civil et considère qu'« *en statuant ainsi, sans caractériser la faute de l'assuré ayant causé l'aggravation de son préjudice matériel, la cour d'appel a violé le texte susvisé* », admettant ainsi, sur le principe, et *a contrario*, qu'il était possible de reprocher à l'assuré de ne pas s'être rapproché plus rapidement d'un autre assureur, la possible négligence fautive de la victime devant être recherchée au cas d'espèce.

332. Eviter l'aggravation du dommage et/ou réduire le dommage subi ? S'il est admissible qu'on exige de la victime qu'elle veille à l'absence d'aggravation du dommage subi étant donné qu'elle est la mieux placée pour prévenir une telle aggravation est-il admissible qu'on exige d'elle qu'elle contribue à réduire le préjudice qui s'est déjà réalisé ? La Cour de cassation dans l'arrêt précité du 24 novembre 2011 avait visé explicitement « *l'aggravation du préjudice matériel* » du créancier ce qui a laissé sans réponse la question de savoir si la solution pouvait être étendue au cas où, sans aggraver son préjudice, le créancier n'avait pas pris les mesures nécessaires pour

⁴³⁷ V. par ex., à propos de la négligence d'un client à avoir pallié celle de son cocontractant en procédant ou en faisant procéder au rinçage d'une chaudière : Cass. civ. 1^{re}, 2 octobre 2013, n° 12-19.887, inédit; RDC 2014, p. 27, obs. O. Deshayes, jugé que « l'inertie dont avait fait preuve Mme X avait accru son préjudice ».

⁴³⁸ Cass. civ. 2^e, 24 novembre 2011, n° 10-25.635, Resp. civ. et assur. 2012, n° 34, note Hocquet-Berg; D. 2012.141, note Adida-Canac ; JCP 2012.530, note Stoffel-Munck ; D. 2012. 644, chron. Adida-Canac, Bouvier et Leroy-Gissinger ; RTDCiv. 2012. 324, obs. Jourdain ; RCA 2012. Comm. 34, obs. Hocquet-Berg. V., depuis, Cass. civ. 2^e, 29 mars 2012, n° 11-14.661, D. 2013. 40, obs. Brun.

le réduire. En droit civil italien par exemple c'est l'aggravation du préjudice qui est visée. L'article 1227 du code civil italien, applicable en cas de responsabilité contractuelle et délictuelle, limite ainsi expressément la réparation due à la victime en raison de son comportement. Le premier alinéa prévoit que si l'acte coupable du créancier (ou de la victime) a contribué à causer le dommage, l'indemnisation est réduite en fonction de la gravité de la faute et de l'importance des conséquences qui en ont résulté. Le second alinéa précise que l'indemnité n'est pas due pour les dommages supplémentaires que le créancier (ou la victime) aurait pu éviter en adoptant un comportement raisonnablement diligent. Cet article a été interprété comme une règle d'auto-responsabilité⁴³⁹. En effet, si le premier alinéa régit le cas où le créancier (ou la victime) est co-responsable⁴⁴⁰ le second se réfère au cas où il (ou elle) n'est pas responsable de la survenance du dommage, mais responsable de son aggravation qui aurait pu être évitée par un comportement raisonnablement diligent. C'est la jurisprudence italienne qui, avec le temps, a précisé la notion de « diligence raisonnable »⁴⁴¹ pour arriver, en 2014, à établir que si le créancier (ou la victime) n'adopte pas la conduite la plus appropriée pour concilier son intérêt avec l'intérêt du débiteur à la limitation des préjudices et que ce comportement pouvait être pris sans sacrifice, alors il (ou elle) viole son devoir de ne pas aggraver le dommage⁴⁴². De même, en droit suisse l'article 44 du Code civil qui donne au juge la faculté de réduire les dommages-intérêts, ou même de ne point en allouer, dispose que cette réduction peut être faite lorsque des faits dont est responsable la partie lésée « ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter, ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur » sans mettre expressément à la charge de cette partie lésée une obligation de minimiser le préjudice subi par elle.

⁴³⁹ P.G. Monateri, *Le fonti delle obbligazioni*, Trattato di diritto civile, dir. da Sacco, Torino, 1998, 117; C. Cattaneo, *Il concorso di colpa del danneggiato*, Riv. dir. civ., 1967, I., 478 et s.

⁴⁴⁰ D. Senocrate, *Il concorso del fatto colposo del creditore ex art. 1227*, I co, cc, Obbl e contratti, 2011, p. 611 et s.

⁴⁴¹ Pour approfondir, v. G. Valcavi, *Sulla evitabilità del maggior danno ex art. 1227*, II co., cc e rimpiazzo della prestazione non adempiuta, en *Scritti di diritto civile*, Gavirate, 2005, 59 et s.

⁴⁴² Cour de cassation, arrêt n° 7771 du 5 avril 2011, CED, 2011 et n° 24320 du 30 septembre 2008, Mass. Giur. It., 2008.

333. Une entrée attendue dans le Code civil français. Une partie de la doctrine avait souhaité que la réforme du droit des obligations en 2016 soit l'occasion d'introduire une obligation pour la victime de minimiser son préjudice comme c'est le cas dans plusieurs droits voisins. Les avant-projets de réforme du droit des obligations ont ainsi tenté d'établir en principe l'obligation pour la victime de minimiser son risque et de donner au juge la faculté d'atténuer la réparation accordée lorsque la victime ne respectait pas cette obligation, faculté dont il pourrait user selon l'appréciation qui lui paraît la plus indiquée⁴⁴³. L'avant-projet Catala énonçait ainsi à son article 1373 que « lorsque la victime avait la possibilité, par des moyens sûrs, raisonnables et proportionnés, de réduire l'étendue de son préjudice ou d'en éviter l'aggravation, il sera tenu compte de son abstention *par une réduction de son indemnisation*⁴⁴⁴, sauf lorsque les mesures seraient de nature à porter atteinte à son intégrité physique ». Le Projet Terré allait dans son article 53 dans le même sens : « sauf en cas d'atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la personne, le juge pourra *réduire les dommages et intérêts* lorsque le demandeur n'aura pas pris les mesures sûres et raisonnables propres à limiter son préjudice ». L'obligation de la victime telle que conçue dans cet avant-projet allait ainsi au-delà de sa version connue dans les droits voisins tels le droit italien ou le droit suisse et imposait à celle-ci non seulement d'éviter l'aggravation du dommage mais aussi de prendre les mesures nécessaires pour le réduire⁴⁴⁵.

⁴⁴³ Comme l'a souligné G. Viney, rédactrice de cette disposition, la reconnaissance de cette possibilité de modération répond au souci de responsabiliser la victime. Voir l'exposé des motifs de la professeure Geneviève Viney dans : Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, 22 septembre 2005, p. 149, en ligne : http://www.chairejlb.ca/pdf/rapport_catala.pdf. Comp. l'article 121 des « Propositions de réforme du droit des contrats » explicité par Philippe Rémy, « Les dommages et intérêts », dans François TERRÉ (dir.), Pour une réforme du droit des contrats, Paris, Dalloz, 2009, p. 281-289, aux p. 286 et 287.

⁴⁴⁴ Nous soulignons.

⁴⁴⁵ Plusieurs auteurs prônaient cette distinction entre « minimiser le dommage » et « le réduire » dont notamment Ph. le Tourneau, Dalloz Responsabilité (en général) – mai 2009 (actualisation : février 2017), n° 158, selon qui le créancier devrait « minimiser le préjudice », et non pas le réduire, car celui qui cause un dommage à autrui dans des conditions qui engagent sa responsabilité est tenu de le réparer intégralement ; dans le même sens : J.-L. Aubert, Quelques remarques sur l'obligation pour la victime de limiter les conséquences dommageables d'un fait générateur de responsabilité. À propos de l'article 1373 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations, Mélanges G. Viney, 2008, LGDJ, p. 55 s., spéc. p. 57 : « dès lors que la victime disposait de « moyens sûrs, raisonnables et proportionnés » pour empêcher la production du dommage - en tout ou en partie d'ailleurs - elle est fautive de ne pas les avoir mis en œuvre, comme elle l'est, dans les mêmes conditions, pour ne pas s'être opposée à l'aggravation du préjudice ».

Ce n'est toutefois pas la solution qui a finalement été retenue par le législateur en 2016. En effet, les articles 1231 à 1231-4, à l'instar des anciens articles 1146 et suivants, du Code civil n'imposent nullement au créancier de minimiser son préjudice⁴⁴⁶. Pourtant, plusieurs arguments militent en faveur de la reconnaissance de l'obligation pour la victime de minimiser son préjudice. D'un point de vue juridique, on ne voit pas pourquoi la victime serait affranchie du devoir général de diligence qui incombe à toute personne en toutes circonstances. D'un point de vue économique, la consécration de l'obligation de minimiser le préjudice serait de nature à réduire le coût global de la réparation qui pèse en définitive sur l'ensemble du corps social. Enfin, d'un point de vue moral, ne pas mettre à la charge de la victime une obligation de minimiser son préjudice c'est accepter que la victime négligente, qui n'a rien fait pour minimiser son dommage, reçoive une indemnisation plus élevée que la victime diligente qui s'est employée à le modérer⁴⁴⁷.

Attendons à ce sujet la réforme en cours de la responsabilité civile puisque le projet de loi portant réforme de la responsabilité civile, présenté par la Chancellerie le 13 mars 2017, dispose clairement dans son article 1263 que « sauf en cas de dommage corporel, les dommages et intérêts sont réduits lorsque la victime n'a pas pris les mesures sûres et raisonnables, notamment au regard de ses facultés contributives, propres à éviter l'aggravation de son préjudice » et cette obligation est reprise par la proposition de loi n° 678 portant réforme du droit de la responsabilité présentée par le Sénat le 29 juillet 2020 qui prévoit à l'article 1264, mise à part l'indemnisation du préjudice résultant d'un dommage corporel, que « les dommages et intérêts peuvent être réduits lorsque la victime n'a pas pris les mesures sûres, raisonnables et proportionnées, notamment au regard de ses facultés contributives, propres à éviter l'aggravation de son préjudice »⁴⁴⁸. Il est donc très probable que la prochaine loi sur la responsabilité civile, prenant le parti de combattre la jurisprudence, mettra fin à

⁴⁴⁶ Le Code des obligations et des contrats libanais ne consacre pas non plus cette obligation pour la victime de minimiser son préjudice ou d'en éviter l'aggravation.

⁴⁴⁷ V. F. Leduc, Les règles générales régissant la réparation du dommage, JCP G, supplément au n° 30-35, 25 juillet 2016, p. 36, n° 18 et s.

⁴⁴⁸ Ces deux articles seraient applicables sans distinction à la responsabilité contractuelle et extra-contractuelle.

l'isolement du droit jurisprudentiel français sur ce plan quoique l'innovation promise, que ce soit par le projet de réforme ou par la proposition de loi, demeure modeste, le devoir mis à la charge du créancier de l'indemnité étant triplement limité.

En premier lieu, celui-ci n'est pas tenu de prendre des mesures destinées à minimiser le dommage existant, il est seulement tenu d'agir en vue d'en contenir l'aggravation ce qui n'est pas du tout pareil et marque le rapprochement entre ce devoir d'initiative et la théorie de la faute de la victime. « En effet, l'aggravation du dommage, c'est un dommage nouveau ; si le créancier l'a laissé se développer sans rien faire alors qu'il pouvait aisément le prévenir, il a effectivement commis une faute d'abstention sans laquelle ce dommage n'aurait pas existé ; autrement dit, une faute causale. Si l'on avait imposé au créancier de prendre des mesures en vue de réduire le dommage qu'a déjà causé l'inexécution, on serait sorti de la logique de la faute de la victime, car on aurait réduit son indemnisation sans pouvoir dire que son inertie avait en quoi que ce soit causé le dommage. Le *duty to mitigate* du droit anglais va jusque-là ; le projet de réforme du droit français non »⁴⁴⁹.

En deuxième lieu, le créancier de l'indemnité est seulement tenu de prendre des mesures « sûres et raisonnables »⁴⁵⁰. Le texte cite la proportionnalité qui doit exister entre la mesure et la fortune du créancier, mais ce n'est qu'un exemple comme l'indique le mot « notamment ».

Enfin, pour faire grief au créancier d'avoir omis de prendre une mesure, encore faut-il prouver que celle-ci était « propre à éviter l'aggravation du dommage », c'est-à-dire qu'elle était efficace. Le créancier doit donc gérer son affaire en bon père de famille et on ne saurait lui reprocher d'avoir omis de prendre une mesure aléatoire.

Que l'indemnité due soit réduite en présence d'une faute légère du débiteur ou encore qu'elle soit réduite en cas de non-respect du créancier de son obligation de contenir l'aggravation du dommage subi si cette obligation venait à être consacrée en droit français, il est clair que les intérêts moratoires, en tant qu'indemnité visant à

⁴⁴⁹ Ph. Stoffel-Munck, La singularité de la responsabilité contractuelle, *in* Avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile, Observations et propositions de modifications, JCP G, supplément au n° 30-35, 25 juillet 2016.

⁴⁵⁰ Le projet Catala visait des moyens « sûrs, raisonnables et proportionnés », et le projet Terré des moyens « sûrs et raisonnables ».

réparer le préjudice causé par le retard dans le paiement d'une obligation monétaire, ne sont pas toujours fixés en exacte équivalence avec l'ampleur effective du préjudice moratoire subi par le créancier, ce qui semble finalement aller à l'encontre de l'intérêt de ce dernier. Toutefois, certaines règles de procédure œuvrent, au contraire, dans son intérêt en ce qu'elles facilitent visiblement l'obtention de cette réparation à tel point qu'il est légitime de se demander si les intérêts moratoires ne seraient pas devenus un simple accessoire de la dette principale⁴⁵¹.

Section 2- Les intérêts moratoires, un simple accessoire de la dette principale?

334. Une réparation doublement automatique. Si, en application des règles de droit commun établies aux articles 4 et 5 du Code de procédure civile, toute indemnité doit être réclamée par le créancier et faire l'objet d'une demande spécifique de sa part, ce n'est pas le cas de l'indemnité pour le retard dans le paiement d'une obligation de somme d'argent que constituent les intérêts moratoires. En effet, ceux-ci bénéficient d'un traitement spécial sur ce plan qui fait que le préjudice moratoire, une fois identifié, prouvé et évalué, est automatiquement réparé et ceci sans demande spéciale de la part du créancier.

En effet, concernant les créances monétaires liquidées par le juge, l'article 1231-7 du Code civil, comme l'article 1153-1 avant lui, dispose clairement que la condamnation à une indemnité *emporte* intérêts « *même en l'absence de demande ou de disposition spéciale du jugement* ». La réparation est dans ce sens doublement automatique. Le préjudice moratoire résultant du retard du débiteur dans le paiement de la somme à laquelle il a été condamné est réparé sans demande spéciale de la part du créancier. De plus, la réparation ne nécessite même pas d'être précisée dans le

⁴⁵¹ On trouve déjà l'idée selon laquelle les intérêts moratoires seraient un accessoire de la créance dans le droit de la République athénienne. Un auteur écrit à ce sujet, dans le cadre de l'étude du paiement, que « pour échapper à la saisie *in causa judicati*, le débiteur doit payer non seulement le capital même de la dette, mais encore *les accessoires* (nous soulignons) qui ont pu se joindre au principal, comme les intérêts ou les dommages-intérêts dus *propter culpam* ou *propter moram* » (L. Beauchet, Histoire du droit privé de la République athénienne, t. 4, Le droit des obligations, 1897, p. 500).

dispositif du jugement, ce qui contrarie visiblement les règles générales établies aux articles 4 et 5 du Code de procédure civile quant à la définition de l'objet du litige et des limites que doit respecter le juge à cet égard.

L'article 1231-6 du Code civil, comme l'article 1153 avant lui, n'a pas prévu une règle pareille pour les créances monétaires liquides *ab initio*. Quand bien même, la jurisprudence tend à assimiler ces créances sur le plan procédural aux créances de l'article 1231-7 et considère ainsi que lorsque l'alinéa 2 de l'article 1231-6 dispose que « ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte » cela veut dire non seulement que l'existence du préjudice résultant du retard est irréfragablement présumé, mais aussi que son indemnisation joue automatiquement sans que le créancier ait à présenter une demande spécifique sur ce point. En effet, la Haute juridiction juge, contrairement à ce qu'elle décide pour les autres types de dommages-intérêts, que les intérêts moratoires des sommes réclamées sont dus à compter de la sommation de payer même s'ils n'ont pas été réclamés par un chef spécial des conclusions, c'est-à-dire en l'absence même de toute demande du créancier en ce sens. La solution est déjà ancienne⁴⁵² et a été reprise fréquemment depuis⁴⁵³. La réclamation du paiement de la dette monétaire principale suffit donc là aussi pour donner lieu à l'allocation d'intérêts moratoires. La Cour de cassation va encore plus loin dans cette assimilation des intérêts moratoires de l'article 1231-6 à ceux de l'article 1231-7 du Code civil et admet ainsi, pour les premiers, que les juges du fond n'ont pas nécessairement à prononcer, par une disposition spéciale, une condamnation aux intérêts qui courent par le seul effet de la loi et octroie dès lors au juge de l'exécution le pouvoir de préciser le dispositif d'une décision qui ne s'est pas prononcée sur les intérêts moratoires, en estimant qu'il ne s'agit pas d'une modification du dispositif mais

⁴⁵² Cass. civ., 21 juillet 1907 : DP 1910, 1, 25.

⁴⁵³ Cass. soc. 6 novembre 2013, n° 11-30.532 ; Cass. civ. 3^e, 13 déc. 2011, n° 10-16.853, Procédures 2012, n° 36, obs. Perrot ; Cass. civ. 1^{re}, 5 juin 2008, n° 07-11.483 ; Cass. soc. 28 janvier 2004, n° 01-46.447 ; Cass. soc. 3 décembre 2002, n° 99-19.269 ; Cass. civ. 1^{re}, 21 juin 1988, n° 86-15.356, Bull. civ. I, n° 200 ; RTDCiv. 1988.748, Mestre ; Cass. soc. 19 mars 1987, n° 84-43.567, Bull. civ. V, n° 173 ; Cass. com. 25 mai 1982, n° 80-10.108, Bull. civ. IV, n° 196 ; Cass. soc. 17 juillet 1962, Bull. civ. IV, n° 648.

d'une simple « précision »⁴⁵⁴. Or, on le sait, une éventuelle négligence des juges du fond devrait relever uniquement du recours en omission de statuer prévu à l'article 463 du Code de procédure civile, ou d'une requête en interprétation prévue par l'article 461 de ce code⁴⁵⁵.

335. Une automaticité contestable. La solution, légale pour les créances de l'article 1231-7 du Code civil et prétorienne pour celles de l'article 1231-6 de ce code, qui rend automatique l'octroi d'intérêts moratoires et fait ainsi sur le plan procédural des intérêts moratoires un simple accessoire de la dette, est contestable. Non seulement elle autorise le juge à statuer *ultra petita*, méconnaissant ainsi la règle établie par les articles 4 et 5 du Code de procédure civile, mais elle méconnaît aussi le principe du contradictoire⁴⁵⁶ qui pourtant, parmi les principes directeurs du procès, est érigé en « *primus inter pares* »⁴⁵⁷ et constitue non seulement une garantie des droits de la défense mais aussi « une technique d'approche de la vérité »⁴⁵⁸, et ceci parce qu'elle prive le débiteur de la possibilité de faire valoir des moyens de défense pour échapper au paiement des intérêts moratoires ou obtenir une réduction de leur montant, possibilité qui lui est en principe ouverte en dépit de l'automatisme de ces intérêts. De plus, elle semble contraire à la solution établie par la Cour de cassation en matière d'exécution et en vertu de laquelle, pour pouvoir être recouverts par voie d'exécution, les dommages-intérêts prévus par l'(anc.) article 1153 doivent faire l'objet d'une

⁴⁵⁴ Cass. civ. 2^e, 23 septembre 2004, n° 02-20.943, Bull. civ. II, n° 416 ; 30 avril 2003, n° 01-14.968 ; Cass. civ. 2^e, 17 juin 1999, n° 97-15.151, Bull. civ. II, n° 121 ; RTDCiv. 1999. 706, obs. Perrot ; Cass. soc. 25 mai 1982, n° 80-40.797, Bull. civ. V, n° 330 ; Cass. soc. 5 mai 1970, n° 69-40.061, Bull. civ. V, n° 307. Contra : Cass. civ. 1^{re}, 10 mars 1998, n° 95-21.817, Bull. civ. I, n° 100 ; RTDCiv. 1999. 206, obs. Perrot.

⁴⁵⁵ Par ex., Cass. civ. 2^e, 18 juin 2009, n° 08-18.540.

⁴⁵⁶ Ce principe est édicté à l'article 16 al. 1^{er} CPC : « Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ». Sur ce principe : J. Vincent et S. Guinchard, *op. cit.* n° 613 et s. ; J. Héron par Th. Le Bars, *op. cit.*, n° 276 et s. ; L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, préc., n° 664 et s. ; G. Cornu et J. Foyer, *op. cit.*, n° 101 et s.

⁴⁵⁷ Premier parmi les pairs. V. G. Cornu et J. Foyer, *op. cit.*, n° 101.

⁴⁵⁸ J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, PUF, 27^e éd., 2002, n° 191.

disposition spéciale du titre en vertu duquel est exercée la poursuite. En effet, dans un arrêt rendu le 10 mars 1998⁴⁵⁹, et alors que le moyen du pourvoi soutenait que « si les intérêts afférents à une dette déjà déterminée que le juge constate sont dus, de plein droit, dès la demande en justice valant sommation de payer, le même effet [devant] être attaché à la demande en justice même si ces intérêts n'ont pas été réclamés par un chef spécial des conclusions, qu'il en résulte que pour obtenir les intérêts légaux il n'est même pas nécessaire de les réclamer, qu'il suffit de sommer le débiteur de payer le capital, qu'il doit en être de même lorsque, comme en l'espèce, l'état validé vaut titre exécutoire et qu'une décision définitive a déclaré le débiteur mal fondé en son opposition à cet état exécutoire, et que dès lors, en décidant, contrairement au premier juge, que les intérêts moratoires prévus par l'article 1153 du Code civil devaient faire l'objet d'une condamnation explicite tout en constatant qu'ils étaient dus de plein droit à compter de la sommation de payer, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations au regard de l'article précité », la Cour de cassation rejette le pourvoi et affirme que « pour pouvoir être recouverts par voie d'exécution, les dommages-intérêts prévus à l'article 1153 du Code civil doivent faire l'objet d'une disposition spéciale du titre en vertu duquel est exercée la poursuite ». En application de cette solution, lorsque le titre en vertu duquel est exercée la poursuite consiste en une décision judiciaire, les intérêts moratoires de l'(anc.) article 1153, et du nouvel article 1231-6, devraient donc faire l'objet d'une disposition spéciale de ce titre.

336. Une automaticité inapplicable en droit libanais. Quoique la Cour de cassation libanaise ait énoncé haut et fort dans une décision rendue par 5^e chambre civile le 29 avril 2004 que l'intérêt moratoire est un accessoire de la dette liquidée en argent et court par effet de la loi à partir du moment où est constaté le retard du débiteur par une mise en demeure du débiteur⁴⁶⁰, la solution de l'automaticité des intérêts moratoires est décidément à écarter en droit libanais. En effet, en application de l'article 9 de la loi sur les frais judiciaires du 10 octobre 1950, le demandeur doit payer le quart des frais judiciaires qui seront calculés selon la valeur du litige lors de la

⁴⁵⁹ Cass. civ. 1^{re}, 10 mars 1998, n°-95-21.817 : Bull. civ. 1998, I, n° 100, p. 67) ; JCP 98, IV, 2000.

⁴⁶⁰ Cass. lib., 5^e ch. civ., 29 avril 2004, décision n° 69/2004, IDREL.

présentation de sa demande en justice, et ceci sous peine de voir sa demande rejetée dans la forme sans même être jugée dans le fond⁴⁶¹. Cette valeur est déterminée, en application des articles 69 et 70 du Code de procédure civile libanais, en fonction du montant initial de la créance dont il demande le paiement auquel sont ajoutés les intérêts sur cette créance jusqu'à la date de l'assignation. Seuls donc ne rentrent pas dans le calcul de la valeur du litige les intérêts qui échoient après l'assignation. Les intérêts moratoires sur la créance qui sont échus avant l'assignation doivent être demandés explicitement par le créancier qui doit en outre en payer les frais judiciaires⁴⁶², sous peine de voir sa demande rejetée dans la forme⁴⁶³.

337. Une nécessaire modification du texte. Rien ne justifie que les intérêts moratoires soient perçus comme un simple accessoire de la créance alors que, dans la logique de responsabilité civile à travers laquelle ils sont souvent perçus, ils représentent une compensation à part entière du préjudice moratoire. La disposition qui figure actuellement à l'article 1231-7 du Code civil « même en l'absence de demande ou de disposition spéciale du jugement » appelle donc à être supprimée pour remettre à cet égard le régime de la réparation du préjudice moratoire pour les créances monétaires en concordance avec celui des autres préjudices moratoires. Les intérêts moratoires devraient ainsi être demandés *et* faire l'objet d'une disposition spéciale du jugement. Le premier alinéa de cet article disposerait ainsi : « en toute matière, les créances liquidées par le juge peuvent produire des intérêts moratoires au taux légal (...) », ce qui reviendrait à dire que cette indemnité devrait être demandée et octroyée. Cette modification du texte de l'article 1231-7 devrait être suffisante pour que

⁴⁶¹ Solution ancienne réitérée constamment par la Cour de cassation dans plusieurs arrêts dont nous citons : Cass. civ. 23 avril 1957, décision n° 53, bulletin judiciaire, 1957, n°5, p. 345 ; Cass. civ., 26 mars 2009, décision n°26, encyclopédie Baz, 2009, n°48, p. 889.

⁴⁶² Ces frais sont déterminés à 2,5% de la valeur du litige, dont le quart doit être payé lors de l'assignation et le reste lors de la demande d'une copie du jugement (articles 8 et 10 de la loi du 10 octobre 1950).

⁴⁶³ Le rejet de la demande dans la forme pour non-paiement des frais est toutefois subordonné à une décision préalable du juge qui détermine ces frais et ordonne au demandeur de les payer. En ce sens : Ass. plén., 11 janvier 1973, décision n°1, encyclopédie Hatem, 1973, n°139, p. 27 ; Cass. civ. 22 juin 1995 ; décision n° 35, encyclopédie Baz, 1995, n° 34, p. 183 ; Cass. lib., 1^{re} ch. civ., 28 novembre 1997, décision n° 19/97, IDREL ; 2^e ch. civ., 15 janvier 1998, décision n° 2/98, *ibid* ; 1^{re} ch. civ., 29 octobre 1998, décision n°92/1998, *ibid* ; 28 janvier 2003, décision n° 7/2003, *ibid*.

la jurisprudence qui appliquait ladite disposition, par analogie, aux créances liquides *ab initio* de l'article 1231-6, opère un revirement souhaitable sur ce plan. La proposition de loi présentée par le Sénat et portant réforme de la responsabilité civile ne va malheureusement pas dans ce sens et réaffirme, à l'article 1266 qu'« en toute matière, la condamnation à une indemnité emporte intérêts au taux légal même en l'absence de demande ou de disposition spéciale du jugement ».

CONCLUSION DU TITRE 2.

338. Le préjudice moratoire demeure ainsi, jusqu'à nos jours, en droit français comme en droit libanais, l'un des deux piliers sur lesquels repose la responsabilité civile du débiteur qui tarde à payer son obligation monétaire et une manifestation éclatante de l'existence de cette responsabilité malgré les doutes qui ont pu être soulevés à ce sujet. La spécificité de sa nature liée à l'aspect monétaire de l'obligation que le débiteur tarde à exécuter fait qu'il présente certaines particularités qui se manifestent dans son identification et sa preuve et s'étendent aux règles qui régissent son évaluation. S'il est en principe présumé, il nécessite toutefois d'être prouvé quand il s'agit du préjudice moratoire supplémentaire concret qui dépasse, non par son fondement mais par sa nature et son étendue, le préjudice moratoire abstrait qu'occasionne tout retard dans le paiement d'une dette. Son évaluation forfaitaire par référence au taux légal de l'intérêt, qui demeure malgré les critiques qui ont pu lui être adressées, la technique la mieux adaptée à la réparation de ce type de préjudice, se voit majorée lorsque le législateur trouve convenable d'accentuer la pression sur le débiteur afin de l'amener à s'exécuter dans les plus brefs délais. Le principe du forfait n'est que partiellement abandonné par la loi lorsqu'il s'agit d'évaluer le préjudice moratoire supplémentaire. Il est aussi abandonné, avec une méfiance héritée de plusieurs siècles de prohibition des intérêts rémunérateurs, au profit d'une évaluation contractuelle du préjudice moratoires par les parties qui jouissent à cet égard d'une liberté doublement encadrée par la loi et par le juge.

339. Comme tout préjudice, le préjudice moratoire voit sa réparation diminuée par rapport à sa valeur effective à chaque fois que le juge décide de réduire l'indemnité finale pour éviter le risque d'une condamnation élevée en présence d'une faute légère de la part du débiteur. Ce pouvoir qui n'est qu'officieux en droit français et en droit libanais mérite d'être consacré dans les textes, à l'instar de ce qui admis dans d'autres systèmes juridiques comme le droit suisse par exemple. L'indemnité pourrait aussi se voir diminuée par rapport à la valeur réelle du préjudice moratoire subi par le créancier qui n'aurait pas pris les mesures propres à éviter l'aggravation de son préjudice si le

devoir de la victime de minimiser son préjudice venait à être consacré en droit français avec la réforme attendue de la responsabilité civile.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

340. Avec le retard imputable au débiteur de l'obligation monétaire, le préjudice moratoire demeure une condition *sine qua none* de la naissance des intérêts moratoires. Ceci est vrai tant que les intérêts moratoires sont pensés à travers le prisme du droit de la responsabilité. Or ce prisme paraît, à l'image d'un triangle de Bermude, exercer un pouvoir d'attraction excessivement fort sur ces « enfants naturels de la monnaie »¹ au moment où les retards de paiement s'avèrent protéiformes et ne semblent pas toujours, et dans tous leurs aspects, pouvoir s'y plier. En effet, dans plusieurs hypothèses, les intérêts moratoires dépassent par leur montant le préjudice moratoire que le retard a pu causer au créancier de la somme d'argent. Dans d'autres hypothèses encore ces intérêts moratoires courent alors qu'aucun retard fautif ne peut être imputé au débiteur en termes de responsabilité. Il est clair que ces intérêts moratoires tendent, dans leur fonction et parfois dans leur nature même, à s'éloigner de l'institution de la responsabilité civile et aspirent à trouver ailleurs leur fondement, ce qui rend légitime le questionnement sur la ténacité du lien traditionnellement tissé entre les deux. Se pose dès lors la double question l'opportunité, et de la possibilité, d'un éventuel éclatement de la notion.

¹ Selon l'expression de J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, tome 2, 2^e éd. PUF, 2017, spéc. n° 25.

Deuxième partie – Les intérêts moratoires au-delà de la responsabilité civile : vers un éclatement de la notion ?

341. Il est compréhensible que les intérêts moratoires soient fréquemment pensés, explicitement ou implicitement, à travers le prisme du droit de la responsabilité, surtout que les articles 1231-6 et 1231-7 du code civil¹, qui constituent les deux textes de référence en la matière, figurent au sein d'une section du Code civil consacrée à « la réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat ». Mais la réalité est que les retards sont protéiformes et imposent de faire quelques distinctions. En effet, si l'article 1231-6 du Code civil obéit bien à une logique de responsabilité dans un sens où le retard que compensent les intérêts moratoires peut être qualifié de *subjectif* car juridiquement imputable au débiteur, il n'en va pas toujours de même pour l'article 1231-7, au moins pour la période antérieure à la décision de condamnation, où le jeu des intérêts moratoires qu'on peut qualifier de « judiciaires »² parce que liés au procès semble compenser un retard qui ne peut raisonnablement être imputé au débiteur. Cette discordance entre les intérêts moratoires et la responsabilité civile on la perçoit aussi en matière de restitutions pour lesquelles la réforme de 2016 a consacré 10 nouveaux articles au sein du Code civil³. En effet, suite à un paiement indu *ab initio*, à l'anéantissement d'un contrat ou à l'annulation ou l'infirmité d'une décision de justice exécutée, le retour au *statu quo ante* que tente de réaliser le législateur au moyen

¹ Qui correspondent respectivement aux anciens articles 1153 et 1153-1.

² Ce terme d'intérêts judiciaires avait été employé depuis longtemps par F. C. Savigny pour les distinguer des intérêts moratoires qui étaient la conséquence de la demeure du débiteur. Cet auteur affirme que ces intérêts judiciaires étaient accordés au créancier même sous l'ancien droit romain en application de l'effet fixateur de la *litis contestatio* (ou « la prise à témoin du procès ») qui avait pour effet de fixer les éléments du litige au jour de l'accord entre le demandeur et le défendeur sur la formule du jugement. Cet effet fixateur se doublait alors d'une extension de la condamnation « de manière à procurer au demandeur les mêmes avantages que si le jugement eût été rendu lors de la *litis contestatio* » (F.C. Savigny, Traité de droit romain, traduit de l'allemand par Ch. Guenoux, t. 6, Paris, 1849, p. 55 et p. 143).

³ Les articles 1352 et s. du Code civil.

d'un impossible voyage dans le passé qui remonterait le temps, plus ou moins long, qui s'était écoulé entre le moment où la créance est sortie du patrimoine du créancier et le moment où sa restitution est décidée par le juge, met en relief, lui aussi, un retard préjudiciable au créancier qui semble échapper aux règles classiques de la responsabilité civile puisqu'il ne peut tout simplement pas être imputé à une faute, ou même un fait, du débiteur. A cela, s'ajoute la multiplication en droit contemporain d'hypothèses où la fonction essentiellement indemnitaire de ces intérêts moratoires semble s'infléchir au profit d'une fonction comminatoire indéniable que poursuit le législateur et qui semble mettre à rude épreuve le lien traditionnel entre les intérêts moratoires et la responsabilité civile.

342. Afin de mieux comprendre les intérêts moratoires il serait dès lors nécessaire de prendre un recul par rapport à la logique de responsabilité civile à laquelle ils sont traditionnellement rattachés et d'examiner la dualité des fonctions qui peuvent leur être assignées et qui fait qu'ils s'éloignent parfois de leur fonction traditionnelle de réparation du retard pour acquérir une réelle fonction comminatoire (Titre 1), mais aussi la pluralité des retards envisageables qui fait que, dans certains cas, ces intérêts moratoires s'éloignent de toute idée de retard imputable au débiteur et tendent à s'affranchir des règles de la responsabilité civile (Titre 2).

TITRE 1- L'INFLECHISSEMENT DE LA FONCTION INDEMNITAIRE DES INTERETS MORATOIRES : DES INTERETS MORATOIRES DE REPARATION AUX INTERETS MORATOIRES DE COERCITION.

343. Le droit contemporain est marqué par le foisonnement d'intérêts moratoires qui, s'ils correspondent bien à une hypothèse de retard subjectif imputable au débiteur, s'éloignent toutefois de leur fonction traditionnelle de simple compensation du retard pour acquérir une fonction comminatoire non négligeable. L'objectif de ces intérêts est alors d'exercer une contrainte sur le débiteur récalcitrant afin de le pousser à exécuter ses obligations monétaires avec célérité (Chapitre 1). S'il persiste dans son inexécution et finit par faire l'objet d'une condamnation en justice, la contrainte sur lui est accrue par le moyen d'autres intérêts qui, à l'image d'une astreinte judiciaire, viennent au renfort du droit à l'exécution de la décision prononcée (Chapitre 2).

Chapitre 1- La contrainte exercée sur le débiteur d'une obligation monétaire.

344. Le législateur contemporain use souvent de la technique des intérêts moratoires non seulement pour réparer le préjudice subi par le créancier mais aussi pour exercer une contrainte certaine sur le débiteur, notamment lorsqu'il souhaite mettre l'accent sur la valeur de certaines créances. Pour atteindre cet objectif il adopte deux principales techniques : soit il impose une forte majoration du taux légal de l'intérêt (Section 1), soit il établit des « pénalités de retard » à montant fixe ou à seuil minimal plus élevé que le taux légal (Section 2).

Section 1- Une possible majoration de l'intérêt légal.

345. La tendance du législateur français contemporain à user de l'arme de la majoration de l'intérêt légal est perceptible à chaque fois qu'il souhaite une plus grande célérité de la part du débiteur, soit dans la présentation d'une offre de transaction (§1) soit dans le paiement des sommes convenues ou à restituer (§2).

§1- Une volonté d'inciter le débiteur à une transaction rapide.

346. Une obligation de célérité consacrée dans des textes spéciaux. La volonté du législateur de pousser le débiteur d'une obligation de réparation vers une transaction rapide trouve déjà un exemple dans la loi n° 78-12 du 4 janvier 1978⁴ qui avait imposé à l'assureur dommages ouvrage l'obligation de présenter rapidement une offre

⁴ JO 5 janv. 1978.

d'indemnité à l'assuré, sous peine de subir un doublement du taux de l'intérêt légal. Ces dispositions figurent aujourd'hui à l'article L.242-1 du Code des assurances sous un titre relatif à l'assurance des travaux de construction : « l'assureur a un délai maximal de soixante jours, courant à compter de la réception de la déclaration du sinistre, pour notifier à l'assuré sa décision quant au principe de la mise en jeu des garanties prévues au contrat. Lorsqu'il accepte la mise en jeu des garanties prévues au contrat, l'assureur présente, dans un délai maximal de quatre-vingt-dix jours, courant à compter de la réception de la déclaration du sinistre, une offre d'indemnité, revêtant le cas échéant un caractère provisionnel et destinée au paiement des travaux de réparation des dommages. (...) Lorsque l'assureur ne respecte pas l'un des délais prévus aux deux alinéas ci-dessus ou propose une offre d'indemnité manifestement insuffisante, l'assuré peut, après l'avoir notifié à l'assureur, engager les dépenses nécessaires à la réparation des dommages. *L'indemnité versée par l'assureur est alors majorée de plein droit d'un intérêt égal au double du taux de l'intérêt légal* ».

Cette procédure qui met en relief la volonté du législateur d'accélérer les procédures d'indemnisation des victimes et marque un élargissement du rôle de l'assureur de responsabilité tenu aussi bien à la garantie de l'assuré qu'à la protection de la victime créancière de l'indemnité⁵, a par la suite été adoptée par la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, dont les dispositions figurent aujourd'hui aux articles L.211-8 et suivants et R.211-29 et suivants C. assur. et qui ont fait l'objet de quelques retouches introduites par la loi du 1^{er} août 2003 dite de sécurité financière dont les articles 83 et 84 ont transposé en droit français la quatrième directive européenne relative à l'assurance automobile. Cette loi ne s'est pas contentée de raffermir notablement l'autorité de la décision judiciaire condamnant l'assureur de l'automobiliste responsable de l'accident en substituant à la majoration de droit commun de 5 points édictée à l'article L.313-3 C. mon. et fin. une majoration plus lourde (art. L.211-18 C. ass.)⁶, elle a aussi contraint cet assureur à formuler rapidement

⁵ Y. Lambert-Faivre, « Réflexions sur la nature juridique des assurances de responsabilité », Mélanges dédiés à Jean Vincent, Dalloz, 1981, p. 193.

⁶ Sur cette majoration v. *supra* n° 293 et *infra* n° 381.

une offre d'indemnité sérieuse à la victime d'un accident de la circulation, l'invitant ainsi « à se comporter en organisateur de l'indemnisation »⁷ et ceci dans l'espoir de conclure une transaction le plus rapidement possible et d'éviter l'accumulation des recours devant les tribunaux⁸. L'article L.211-9 C. assur, dispose ainsi que « quelle que soit la nature du dommage, dans le cas où la responsabilité n'est pas contestée et où le dommage a été entièrement quantifié, l'assureur qui garantit la responsabilité civile du fait d'un véhicule terrestre à moteur est tenu de présenter à la victime une offre d'indemnité motivée *dans le délai de trois mois à compter de la demande d'indemnisation* qui lui est présentée. Lorsque la responsabilité est rejetée ou n'est pas clairement établie, ou lorsque le dommage n'a pas été entièrement quantifié, l'assureur doit, dans le même délai, donner une réponse motivée aux éléments invoqués dans la demande. Une offre d'indemnité doit être faite à la victime qui a subi une atteinte à sa personne *dans le délai maximum de huit mois à compter de l'accident*. En cas de décès de la victime, l'offre est faite à ses héritiers et, s'il y a lieu, à son conjoint. L'offre comprend alors tous les éléments indemnifiables du préjudice, y compris les éléments relatifs aux dommages aux biens lorsqu'ils n'ont pas fait l'objet d'un règlement préalable. Cette offre peut avoir un caractère provisionnel lorsque l'assureur n'a pas, dans les trois mois de l'accident, été informé de la consolidation de l'état de la victime. L'offre définitive d'indemnisation doit alors être faite *dans un délai de cinq mois suivant la date à laquelle l'assureur a été informé de cette consolidation* ».

⁷ A. Favre-Rochex, obs. sur Cass. civ. 2^e, 13 mars 2003 et 9 octobre 2003, JCP 2004, I, 137, n° 4., p.323.

⁸ Sur cet aspect de la loi du 5 juillet 1985 v. notamment : L'accident corporel de la circulation entre transactionnel et juridictionnel, Rapport du CERCRID, sous la dir. de E. Severin, septembre 1997, Université Jean Monnet, Saint-Etienne ; G. Viney, L'indemnisation des victimes d'accident de la circulation, LGDJ, 1992, n° 88 et s. ; F. Chabas, Le droit des accidents de la circulation (après la réforme du 5 juillet 1985), Litec- Gaz. Pal., 2^e éd., 1988, n° 219 et s., et Les accidents de la circulation, Connaissance du droit, Dalloz, 2^e éd., 1995, p. 117 et s. ; Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, Droit des assurances, 14^e éd., 2017, LGDJ, n° 844 et s. ; Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon, Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation, 8^e éd., 2015, Dalloz, n° 521 et s. ; A. Sériaux, Droit des obligations, PUF, 2^e éd. 1998, n° 133, p. 510 et s. ; F. Zenati, « Commentaire de la loi du 5 juillet 1985 », RTDCiv. 1985.790, n° 7 et s. ; F. Dreifus-Netter, « La lutte contre l'inertie dans la loi du 5 juillet 1985 », RGAT 1986.519 ; A. Favre-Rochex, « L'assureur et la loi du 5 juillet 1985 sur l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation », RGAT 1986.321 ; S. Carval, La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, thèse LGDJ, t. 250, 1995, préf. G. Viney, n° 163 et s. ; G. Defrance, « Offre d'indemnité : les assureurs sous la pression des juges », Argus, 9 juillet 1999, p. 24.

S'il pouvait auparavant se permettre sans grand risque d'attendre la réclamation de la victime ou même son assignation en justice par le biais de l'action directe, l'assureur de responsabilité est désormais obligé par la loi de prendre l'initiative de rechercher lui-même la victime qui a subi une atteinte à sa personne ou même ses héritiers ou son conjoint quand celle-ci est décédée⁹. Cette obligation de présenter une offre reste selon la Cour de cassation valable même dans l'hypothèse où la victime ou ses ayants droit engagent eux-mêmes une action contre l'assureur, ce qui logiquement aurait pu faire penser qu'ils se désintéressent de la procédure transactionnelle. La Cour affirme ainsi que « la circonstance qu'une instance oppose la victime ou ses ayants droit à la personne tenue à réparation et à son assureur n'exonère pas ce dernier de son obligation de présenter une offre dans le délai imparti par l'article L. 211-13 »¹⁰, et ceci même quand la procédure a été introduite à l'initiative de la victime¹¹.

347. Une obligation de célérité assortie d'une menace de majoration de l'indemnité. Cette obligation d'agir de la part de l'assureur est doublée d'une obligation de célérité puisqu'il doit agir et présenter une offre dans les délais impartis fixés à l'article L.211-9 C. assur. sous peine de voir le montant de l'indemnité croître à vue d'œil si aucune transaction n'est conclue et si cette indemnité est en fin de compte allouée par le juge. En effet, à la promptitude et la célérité imposées par l'article L.211-9 C. assur. répond la sanction de l'article L.211-13 de ce code qui dispose ainsi que «

⁹ A l'origine, seul le préjudice corporel était concerné par ces dispositions et l'assureur qui garantissait la responsabilité civile du fait d'un véhicule terrestre à moteur n'était tenu de présenter dans un délai maximal de huit mois à compter de l'accident une offre d'indemnité qu'à la victime qui a subi une atteinte à sa personne. Depuis la loi du 1^{er} août 2003 dite de sécurité financière, une distinction a été introduite suivant que la victime a formé ou non une demande d'indemnisation : si elle a pris l'initiative de formuler une telle demande l'assureur qui garantit la responsabilité civile du fait d'un véhicule terrestre à moteur est tenu de lui présenter une offre d'indemnité motivée dans le délai de trois mois à compter de la demande d'indemnisation qui lui est présentée et ceci « quelle que soit la nature du dommage ». Par contre, dans le cas où la victime n'a pas présenté une demande d'indemnisation, l'assureur est contraint de présenter à la victime qui a subi une atteinte à sa personne, et seulement à cette victime, une offre dans le délai maximum de huit mois à compter de l'accident.

¹⁰ Cass. crim., 16 janvier 1992, Bull. crim., n° 16 ; RGAT 1992.546 (1^{re} esp.), note J. Landel ; Resp. civ. et assur. 1992, n° 417 et chr. n° 35 par H. Groutel ; D. 1992, IR, 158.

¹¹ Cass. crim., 29 mars 1995 ; Bull. crim., n° 444 ; Resp. civ. et assur. 1995, n° 234 ; Cass. civ. 1^{re}, 20 janvier 1993, Bull. civ., I, n° 20 ; Resp. civ. et assur. 1993, n° 125.

lorsque l'offre¹² n'a pas été faite dans les délais impartis à l'article L.211-9, le montant de l'indemnité offerte par l'assureur ou allouée par le juge à la victime produit intérêt de plein droit au double du taux de l'intérêt légal à compter de l'expiration du délai et jusqu'au jour de l'offre ou du jugement devenu définitif. Cette *pénalité*¹³ peut être réduite par le juge en raison de circonstances non imputables à l'assureur »¹⁴. La jurisprudence se montre stricte à cet égard et décide qu'il appartient à l'assureur tenu de faire une offre d'établir qu'il a satisfait à cette obligation¹⁵, et qu'il lui incombe de prouver la formulation d'une proposition d'indemnisation dans le délai prévu par l'article L.211-9¹⁶.

Si en cas de présentation d'une offre manifestement insuffisante le législateur a préféré abandonner la technique de la majoration de l'intérêt légal avec ce qu'elle entraîne comme augmentation progressive de la dette de l'assureur de responsabilité au profit d'une augmentation brutale et immédiate de cette dette en enjoignant au juge qui constate ce caractère manifestement insuffisant de l'offre présentée de condamner « d'office l'assureur à verser au fonds de garantie prévu par l'article L.421-1 une somme au plus égale à 15 % de l'indemnité allouée, sans préjudice des dommages et intérêts dus de ce fait à la victime »¹⁷, par contre, lorsque l'offre présentée par l'assureur est à la fois tardive et insuffisante, il se voit doublement sanctionné : il est condamné à la fois aux intérêts au double du taux légal en application de l'article L.211-13 C. assur. et au paiement de la somme équivalente à 15% de l'indemnité allouée au Fonds de garantie en application de l'article L.211-14.

¹² Que ce soit celle provoquée par la demande de la victime ou celle provoquée par l'accident lui-même en ce qui concerne les victimes ayant subi des dommages corporels.

¹³ Nous soulignons.

¹⁴ Pendant la préparation de la loi, l'Assemblée nationale avait prévu une possible réduction des intérêts en raison de circonstances imputables à la victime. Ce critère qui aurait conduit à maintenir la pénalité pour le retard dû à une force majeure a logiquement été écarté (F. Chabas, *op. cit.*, n° 225 et note n° 2).

¹⁵ Cass. civ. 2^e, 24 février 2000, n° 98-10.775 P: D. 2000. IR 79.

¹⁶ Cass. crim., 4 juin 2013, RGDA 2013. 918, note J. Landel.

¹⁷ Art. L.211-14 C. ass. Cette sanction ne profite pas financièrement à la victime du dommage mais au Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages qui remplace, depuis la loi du 1^{er} août 2003, le Fonds de garantie contre les accidents de circulation.

Qu'en est-il pour l'absence totale d'offre ? Logiquement une offre inexistante ne saurait être jugée insuffisante dès lors qu'on est incapable de porter une appréciation sur son contenu qui est, précisément, inexistant. Telle n'a toutefois pas été la logique suivie par la 2^e chambre de la Cour de cassation qui, faisant preuve d'une grande sévérité à l'égard de l'assureur, a considéré que l'absence d'offre constitue une offre manifestement insuffisante au sens de l'article L.211-14 C. ass., et ceci sans préjudice de l'application des dispositions de l'article L.211-13 du même code¹⁸. Elle a par la suite considéré que l'offre manifestement insuffisante pouvait être assimilée par le juge à une absence d'offre¹⁹.

348. Le débiteur de la « pénalité ». L'obligation de faire une offre suffisante et dans les délais incombe à l'assureur du véhicule impliqué et non à son assuré ; dès lors la sanction en cas d'omission ou de retard dans la présentation de l'offre s'applique uniquement au premier. Il a été jugé que viole les articles L.211-9 et L.211-13 C. assur. la cour d'appel qui condamne l'assuré solidairement avec l'assureur au paiement de la pénalité du doublement de l'intérêt au taux légal sur les indemnités qu'il alloue, alors que l'offre d'indemnisation incombe à l'assureur du véhicule impliqué et non à son assuré²⁰.

349. L'assiette de la « pénalité ». Dans une volonté claire d'accentuer encore plus la pression sur l'assureur, la jurisprudence a décidé que les intérêts sanctionnant l'absence ou le retard dans la formulation de l'offre d'indemnité ont nécessairement pour assiette la totalité de l'indemnité allouée à la victime à titre de dommages-intérêts²¹ sans que l'assureur puisse en déduire les provisions déjà versées

¹⁸ Cass. civ. 2^e, 18 mars 1999, Resp. civ. et assur. 1999, chr. n° 15 par H. Groutel (2^e esp.) ; JCP 2000, I, 199, n° 22, obs. G. Viney ; 3 décembre 1997, Resp. civ. et assur. 1997, chr. n°2 par H. Groutel ; Dr. et patrimoine, avril 1998, n° 1920, p. 87, obs. F. Chabas.

¹⁹ Cass. civ. 2^e, 4 mai 2000 ; Bull. civ., II, n° 72 ; RGDA 2000.534 (3^e esp.), note J. Landel ; Gaz. Pal. 2000.2.1916, note A. Favre-Rochex.

²⁰ Cass. civ. 2^e, 3 juillet 2014, n° 13-20.931 P, RGDA 2014. 460, note J. Landel ; RCA 2014, n° 335, note H. Groutel ; D. 2015. 517, note Lazerges-Cousquer et Touati ; *ibid* 1246, note M. Bacache.

²¹ Cass. civ. 2^e, 3 juin 2004, pourvoi n° 01-16.708.

spontanément²² ou en exécution d'une décision de justice provisoire²³. L'assiette des intérêts est d'ailleurs calculée avant l'imputation de la créance des organismes sociaux²⁴.

350. La fin de la « pénalité ». Seuls l'offre ou le jugement définitif²⁵ mettent fin à la pénalité édictée à l'article L.211-13 C. assur.²⁶. Lorsqu'aucune offre n'a été formulée les intérêts majorés continuent à courir jusqu'à la décision définitive. Il a ainsi été décidé que viole l'art. L.211-13 C assur. la cour d'appel qui arrête la pénalité pour absence d'offre à la date à laquelle un jugement a constaté que les indemnités provisionnelles versées étaient d'un montant supérieur à celui des dommages-intérêts alloués, alors que la sanction devait courir jusqu'à la date de la décision irrévocable statuant sur le préjudice²⁷. De même a été cassé l'arrêt d'appel qui avait fait courir les intérêts jusqu'à l'arrêt de cassation, alors qu'un jugement est définitif lorsqu'il n'est susceptible d'aucun recours suspensif d'exécution comme c'est le cas de l'arrêt de cour d'appel statuant sur intérêts civils nonobstant le pourvoi²⁸. Par contre, lorsqu'une offre a été présentée, même tardivement, le juge ne peut pas prolonger l'application de la sanction de l'article L.211-13 C. ass. jusqu'au jour où son arrêt devient définitif²⁹, ou

²² Cass. civ. 2^e, 10 juin 1999, Bull. civ., II, n° 112 ; JCP 2000, I, 199, n° 22, obs. G. Viney ; RGDA 1999.638, note J. Landel ; Resp. civ. Et assur. 2000, n° 325 ; JCP 1999, IV, 2426.

²³ Cass. civ. 2^e, 20 avril 2000, Bull. civ., II, n° 60 ; RGDA 2000.534 (1^{re} espèce), note J. Landel ; Resp. civ. et assur. 2000, n° 228 ; JCP 2000, IV, 1911.

²⁴ Cass. civ. 2^e, 13 mars 2003, Bull. civ., II, n° 58 ; JCP 2004, I, 137, n° 5, obs. A. Favre-Rochex.

²⁵ Le jugement définitif étant celui ayant force de chose jugée. Un arrêt d'appel est donc définitif dès son prononcé (Cass. civ. 2^e, 8 juillet 2004, Bull. civ., II, n° 352 ; RTDCiv. 2004.775, n° 2, obs. R. Perrot)

²⁶ Cass. civ. 2^e, 3 février 2011 et 8 juin 2011, préc.

²⁷ Cass. civ. 2^e, 15 avril 2010 : RGDA 2010. 707, note J. Landel.

²⁸ Cass. crim., 9 avril 2013, n° 12-83.250 P.

²⁹ Cass. civ. 2^e, 9 octobre 1996, Bull. civ., II, n° 218 ; Dr et patrimoine, juillet-août 1997, n° 1742, p. 95, obs. F. Chabas, RGDA 1997.174, note S. Brousseau ; Resp. civ. et assur. 1997, n° 20 ; Cass. civ. 2^e, 19 nov. 1998, no 96-16.128 P: RCA 1999, n° 11 (ne donne pas de base légale à sa décision au regard du texte précité la cour d'appel qui fixe jusqu'à la date où son arrêt sera devenu définitif la période pendant laquelle les intérêts seront doublés alors qu'elle avait relevé que l'assureur avait fait des offres par conclusions, sans rechercher en quoi elles ne pouvaient être considérées comme des offres d'indemnisation définitive au sens des art. L. 211-9 et R. 211-40).

jusqu'au jour de la signification de son arrêt³⁰. Lorsque l'offre d'indemnité de l'assureur est tenue pour suffisante, sa date est retenue comme terme de la sanction et son montant constitue l'assiette de la sanction³¹, non la somme allouée par le juge³². Ainsi, la sanction du doublement du taux de l'intérêt légal a pour assiette l'indemnité offerte tardivement par l'assureur et doit s'appliquer pour la seule période comprise entre la date d'expiration du délai légal et le jour de présentation de l'offre³³.

351. Une faculté de réduction pour le juge. En application de l'article L.211-13 *in fine* du Code des assurances la pénalité « peut être réduite par le juge en raison de circonstances non imputables à l'assureur ». Il s'agit bien d'une faculté pour le juge qu'il exerce en vertu de son pouvoir discrétionnaire³⁴. Cette faculté de réduction, ajoutée à l'importance quantitative de la majoration à laquelle s'expose l'assureur récalcitrant, met bien en relief la fonction comminatoire de cette majoration substantielle du taux de l'intérêt légal, ce que confirme le choix du terme « pénalité »³⁵. La jurisprudence se montre assez stricte quant au maintien de cet aspect comminatoire de la majoration d'intérêt et considère que la réduction de cette pénalité par le juge n'est pas synonyme d'une suppression totale. Il a ainsi été jugé que selon l'article L.211-13 C. assur., la pénalité prévue à l'encontre de l'assureur lorsqu'une offre d'indemnité n'a pas été présentée à la victime dans les délais impartis peut être réduite,

³⁰ Cass. civ. 2^e, 28 février 1996, Bull. civ., II, n° 41 ; Resp. civ. et assur. 1996, n° 172 et chron. n° 21 par H. Groutel ; RGDA 1996. 642, note S. Brousseau.

³¹ Cass. civ. 2^e, 23 mai 2013, n° 12-18.339 P: RCA 2013, n° 222, note H. Groutel ; 2 sept. 2016, n° 15-24.524: RCA 2016, n° 336, note H. Groutel ; Cass. crim., 27 sept. 2016, n° 15-83.309 P: D. 2016. 2612, note Bouchet ; *ibid.* 2017. 24, obs. Brun, Gout et Quézel-Ambrunaz ; RCA 2016, n° 337.

³² Cass. civ. 2^e, 10 avril 2008, RCA 2008, n° 190 (1^{re} esp.), obs. Groutel ; RGDA 2008. 668 (1^{re} esp.), note J. Landel ; 16 novembre 2006: RGDA 2007. 98, note J. Landel ; 3 juill. 2014: RGDA 2014. 460, note J. Landel ; RCA 2014, n° 335, note H. Groutel ; Cass. civ. 2^e, 15 janvier 2015, n° 13-11.941: RGDA 2015. 137, note J. Landel ; Cass. civ. 2^e, 14 décembre 2000, Bull. civ., II, n° 167 ; Resp. civ. et assur. 2001, n° 113, note H. Groutel ; Gaz. Pal. 2001.2.1162, note A. Favre-Rochex.

³³ Cass. civ. 2^e, 16 novembre 2006, RGDA 2007. 98, note J. Landel ; Crim. 19 avril 2017, n° 16-83.343 P: RCA 2017, n° 184, note H. Groutel.

³⁴ Il a ainsi été jugé que dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, une cour d'appel a pu débouter un assureur de sa demande visant à obtenir la réduction de l'indemnité versée au titre de l'art. L. 211-13 (Cass. civ. 2^e, 16 janvier 2014, n° 13-11.340 P: RGDA 2014. 160, note J. Landel ; D. 2014. chron. 571, obs. Lazerges-Cousquer et Touatimais)

³⁵ En ce sens, G. Viney, *op. cit.*, n° 94 ; F. Chabas, *op. cit.*, n° 235 ; S. Carval, *ibid.*

mais non remise, par le juge en raison de circonstances non imputables à l'assureur³⁶, et que l'art. L.211-13 prévoit la réduction de la pénalité, non sa suppression³⁷. La solution peut paraître trop sévère et il aurait été préférable, au regard de la logique comminatoire qui innervent ces intérêts majorés, de donner au juge la faculté d'en exonérer complètement l'assureur lorsque son retard est dû à un événement de force majeure³⁸ ou à la faute de la victime elle-même.

352. Une sanction contraire au droit à un procès équitable ? En contraignant l'assureur à suivre une procédure de règlement amiable le législateur ne heurte-t-il pas à l'article L.211-13 C. assur. le droit à un procès équitable formulé à l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme ? En effet, la Cour européenne des droits de l'homme a clairement subordonné la licéité de la renonciation au droit d'accès au juge à la liberté de cette renonciation³⁹. Or, dans la procédure de la loi de 1985 on oblige l'assureur à s'engager dans la voie du règlement amiable sous peine d'être soumis à une sanction pécuniaire non négligeable. Si la victime n'est pas obligée d'accepter l'offre qui lui est présentée par l'assureur, et peut même se rétracter dans un certain délai⁴⁰, l'assureur, quant à lui, est presque toujours contraint d'en présenter une. La voie du règlement amiable n'est donc plus pour lui le résultat d'un libre choix mais une réelle obligation. Cette question a été soulevée devant la Cour de cassation par un pourvoi arguant que cette disposition « prive les compagnies d'assurance du libre choix entre une procédure de règlement judiciaire du conflit et une procédure amiable ». La 2^e Chambre civile a pourtant écarté l'argument au motif que la sanction des articles L.211-9 et L. 211-13 C. assur. suppose « préalablement à son application, la discussion

³⁶ Cass. crim. 23 janvier 1992, n° 91-82.796 P: D. 1992. IR 231; RCA 1992, n° 139; RGAT 1992. 546, note J. Landel.

³⁷ Cass. crim., 28 mars 2000 ; RGDA 2000.534 (2^e esp.) ; Civ. 2^e, 28 juin 1995: Resp. civ. et assur. 1995, n° 299 ; Dr. et patrimoine, nov. 1995, p. 96, n° 1118, obs. F. Chabas ; 5 novembre 1998, n° 97-10.583 P: Resp. civ. et assur. 1999, n° 10 ; RGDA 1999. 128, note J. Landel.

³⁸ En ce sens, F. Chabas, obs. sur Cass. civ. 2^e, 28 juin 1995, préc.

³⁹ CEDH, 27 février 1980, Deweer c/ Belgique, n° 6903/75. Cet arrêt avait condamné la pratique du Ministère public belge qui avait offert à un boucher accusé de vendre de la viande au-delà du prix taxé l'alternative suivante : fermer le magasin ou bien payer une amende transactionnelle.

⁴⁰ Art. L.211-16 C. assur.

devant le juge des responsabilités aux termes d'un procès équitable, au sens de ladite Convention, et que l'effet rétroactif de la sanction, d'ailleurs susceptible de modération, tient non pas à l'office du juge, mais à la loi elle-même qui ne permet aucune appréciation quant au bien ou mal-fondé du principe de l'offre qui doit être faite, dont les bases et le montant demeurent à la discrétion de l'assureur »⁴¹.

Cette réponse ne paraît toutefois pas très convaincante puisque, comme l'a bien souligné un auteur⁴², « la difficulté ne se trouve pas tant dans les modalités de mise en œuvre de la pénalité que, en amont, dans le principe même d'une procédure contraignante pour éviter le procès ». En effet, les intérêts majorés de l'article L.211-13 C. assur. ne trouvent leur fondement ni dans la nécessité de réparer un certain préjudice occasionné à la victime, ni dans le retard de paiement d'une obligation liquide et exigible ni même dans l'inobservation d'un ordre du juge mais uniquement dans l'inobservation d'une obligation légale de rechercher une transaction rapide et qualitative avec la victime du dommage. Seul l'intérêt général que représente l'objectif d'amélioration et d'accélération de la procédure d'indemnisation des victimes⁴³ pourrait justifier une telle entorse au droit d'accès à un tribunal sans toutefois mettre cette procédure complètement à l'abri d'une possible condamnation dans le futur par la CEDH.

353. Une démarche reprise dans d'autres domaines. Bien que l'efficacité pratique d'une telle démarche de contrainte vis-à-vis de l'assureur, ainsi que sa conformité à la Convention européenne des droits de l'homme, aient été contestées⁴⁴,

⁴¹ Cass. civ. 2^e, 9 octobre 2003, Bull. civ., II, n° 292 ; D. 2004.371, note L. Poulet ; RGDA 2004.91, note J. Landel ; JCP 2004, I, 137, n° 6, obs. A. Favre- Rochex.

⁴² F. Gréau, thèse préc., n° 456.

⁴³ Objectif qui figure dans le titre même de la loi du 5 juillet 1985.

⁴⁴ En effet, le pourcentage des transactions n'a pas connu une hausse significative et à en croire l'Association des paralysés de France, le règlement transactionnel serait le plus souvent moins favorable aux accidentés que celui résultant des évaluations judiciaires (Accidents de la circulation, menaces sur l'indemnisation des victimes, éditée par l'Association des paralysés de France, 1991, citée par P. Bailly, « indemnisation et aléa judiciaire », D. 1992. chr. 202). Un auteur portant un regard très critique sur cette procédure avait souligné que celle-ci, en transférant de la victime créancière de l'indemnité à l'assureur débiteur la détermination et l'évaluation des chefs de préjudice réparables, n'aurait paradoxalement fait qu'accroître le déséquilibre structurel que l'on souhaitait pourtant atténuer

le législateur n'a pas manqué de la reprendre par la suite dans d'autres domaines. Ainsi, la loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme impose dans son article 9⁴⁵ au Fonds de garantie « de présenter à toute victime⁴⁶ une offre d'indemnisation dans un délai de trois mois à compter du jour où il reçoit de celle-ci la justification de ses préjudices. Cette disposition qui « est également applicable en cas d'aggravation du dommage » doit être respectée par le Fonds de garantie sous peine de subir une forte majoration de l'intérêt légal puisque l'article 9 poursuit que « les articles 18 à 21 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accident de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation sont applicables à ces offres d'indemnisation. Les offres tardives ou manifestement insuffisantes peuvent ouvrir droit à des dommages-intérêts au profit de la victime »⁴⁷.

(Y. Lambert-Faivre, *op. cit.*, n° 854). Pour une appréciation d'un médecin-expert sur les résultats de cette procédure, v. B. Dreyfus, « Réflexions sur l'évolution des techniques d'évaluation du dommage corporel dix ans après la loi Badinter », *Gaz. Pal.* 1995.2, doct.1174.

⁴⁵ Modifié par l'ordonnance n° 2015-1781 du 28 décembre 2015 - art. 6 (V).

⁴⁶ Les victimes d'actes de terrorisme commis sur le territoire national et les personnes de nationalité française ayant leur résidence habituelle en France, ou résidant habituellement hors de France et régulièrement immatriculées auprès des autorités consulaires, victimes à l'étranger d'un acte de terrorisme.

⁴⁷ Une démarche similaire a été suivie par le législateur en matière d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux quoique cette fois-ci non par le moyen d'une majoration de l'intérêt légal mais par l'ajout d'un pourcentage de 15% à l'indemnité finalement allouée par le juge. En effet, depuis la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (sur la procédure instituée par cette loi : C. Marchand, « Le privilège de la douleur (la procédure d'indemnisation amiable de la loi du 4 mars 2002) », *D.* 2002, chr.2739 ; Y. Lambert-Faivre, « La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé III- L'indemnisation des accidents médicaux », *D.* 2002, chr. 1367), l'assureur qui garantit la responsabilité civile ou administrative de la personne considérée comme responsable par la commission (la commission régionale de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux) doit adresser à la victime ou à ses ayants droit, dans un délai de quatre mois suivant la réception de l'avis, une offre d'indemnisation visant à la réparation intégrale des préjudices subis dans la limite des plafonds de garantie des contrats d'assurance ». (...) « L'offre a un caractère provisionnel si l'assureur n'a pas été informé de la consolidation de l'état de la victime. L'offre définitive doit être faite dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle l'assureur a été informé de cette consolidation » (...) (article 1142-14 C. sant. pub.). En cas de silence ou de refus explicite de la part de l'assureur de faire une offre, l'office institué à l'article L.1142-22 (l'Office public national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales) est substitué à l'assureur. Le juge, saisi dans le cadre de la subrogation, condamne, le cas échéant, l'assureur ou le responsable à verser à l'office une somme au plus égale à 15 % de l'indemnité qu'il alloue (art. 1142-15 C. sant. pub.).

354. Une nature décidément indemnitaire. Si la *fonction* coercitive des intérêts majorés de l'article L.211-13 du Code des assurances est indéniable, leur *nature*, elle, a pu susciter des interrogations, précisément en raison de cette dualité fonctionnelle. « Pour contrecarrer la passivité ou l'inertie calculée de certains assureurs, le législateur a évidemment privilégié la technique des intérêts moratoires en leur donnant une fonction nettement comminatoire (...) Le préjudice moratoire du créancier de l'indemnité est ici totalement étranger aux préoccupations du législateur ; seule compte la pression exercée sur l'assureur pour atteindre l'unique objectif recherché par cette procédure : l'accélération et la qualité de l'indemnisation de la victime »⁴⁸. Un autre avis va dans le sens contraire et considère que cette pénalité « veut compenser forfaitairement le préjudice que peuvent subir les bénéficiaires en cas d'absence ou de tardivité de l'offre »⁴⁹. A cette logique on peut objecter que dans une transaction classique, et sauf accord contraire des parties, aucun intérêt moratoire n'est dû pour la période antérieure à sa conclusion et seuls peuvent courir les intérêts de l'article 1231-6 du Code civil pour le retard du débiteur mis en demeure dans le paiement de la dette objet de la transaction. Un objectif indemnitaire pur ne saurait donc, à lui seul, justifier que des intérêts moratoires soient dus pour la période antérieure à la conclusion d'une transaction entre la victime d'un accident de la circulation et l'assureur du responsable.

La jurisprudence n'a pas retenu cette objection et a ainsi affirmé, en deux temps, la nature indemnitaire de la « pénalité » de l'article L.211-13 du Code des assurances. En premier lieu, elle a affirmé que la « pénalité » de l'article L.221-13 du Code des assurances ne constitue pas une peine au sens de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Dans un arrêt de la 2^e chambre civile, la Cour de cassation a ainsi jugé que la disposition de cet article dont la constitutionnalité était contestée, « à supposer qu'elle soit une peine au sens de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, n'est ni automatique ni disproportionnée, le montant de la majoration du taux de l'intérêt légal étant proportionnel aux sommes en jeu et à la durée du manquement de l'assureur et pouvant être arrêté par la présentation d'une offre d'indemnisation régulière ou réduit par le juge en raison de circonstances non

⁴⁸ F. Gréau, thèse préc., n° 454.

⁴⁹ M. Favre-Rochex, obs. sur Cass. civ. 2^e, 13 mars 2003 et 9 octobre 2003, JCP 2004, I, 137, n° 4.

imputables à l'assureur »⁵⁰, et elle a poursuivi dans un autre arrêt⁵¹ que « la disposition contestée, à supposer qu'elle soit une peine au sens de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, n'est entachée de disproportion manifeste ni dans l'assiette ni dans le montant de la majoration de l'indemnité due à la victime, ce montant pouvant être réduit, d'une part, par la présentation d'une offre d'indemnisation régulière, d'autre part, par le juge en raison de circonstances non imputables à l'assureur ». La chambre criminelle de la Cour de cassation a été encore plus claire à ce sujet et a décidé qu'il n'y avait pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité de l'article L.211-13 du Code des assurances aux principes de proportionnalité et de nécessité des peines garantis par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC), au motif que le paiement d'intérêts au double du taux légal ne constitue pas une peine au sens dudit article⁵².

En second lieu, la Cour de cassation a décidé que « les articles L.211-9 et L.211-13 du Code des assurances ne dérogent pas aux dispositions d'ordre public de l'article 1154 du Code civil qui s'appliquent de manière générale aux intérêts moratoires »⁵³. Alors que les conseillers de la Cour d'appel de Paris⁵⁴ avaient considéré que la production d'intérêt au double du taux légal était une pénalité et ne pouvait de ce fait être qualifiée d'intérêts échus de capitaux, et que ce raisonnement était conforté par les arguments d'un auteur qui avait considéré que l'anatocisme n'a pas sa place dans l'article L.211-13 dans la mesure où cet article ne vient pas compenser un retard mais sanctionner

⁵⁰ Cass. civ. 2^e, QPC, 3 février 2011, n° 10-17.148 : RCA 2011, n° 97 ; RGDA 2011. 497, obs. Landel, 8 juin 2011 : RGDA 2011. 1003, obs. J. Landel.

⁵¹ Cass. civ. 2^e, QPC, 8 juin 2011, n° 10-26.675.

⁵² Cass. crim., QPC, 20 septembre 2011, n° 11-82.013 ; RGDA 2012. 69, obs. J. Landel.

⁵³ Cass. civ. 2^e, 22 mai 2014, n° 13-14.698, Bull. civ., II, 2014, n° 115 ; Gaz. Pal. 14 oct. 2014, note. A. Bascoulergue. Il existe un précédent à cette solution dont la formule ne comportait pas de référence à l'ordre public : « les articles L. 211-9 et L. 211-13 du Code des assurances ne dérogent pas aux dispositions de l'article 1154 du Code civil qui s'appliquent, de manière générale, aux intérêts moratoires » (Cass. crim., 2 mai 2012, n° 11-85.416, Bull. crim. 2012, n° 101 ; RGDA, 2012, 1046, note J. Landel).

⁵⁴ Arrêt attaqué du 9 janvier 2013.

l'inexécution de l'obligation de faire une offre⁵⁵, la Cour de cassation prend le parti de relever la nature indemnitaires de cette « pénalité » qui compense donc bien un retard.

La technique de la majoration substantielle de l'intérêt légal qui met en relief une réelle fonction comminatoire des intérêts moratoires n'est pas seulement utilisée par le législateur pour inciter le débiteur à une transaction rapide et suffisante. Elle est aussi utilisée dans plusieurs hypothèses pour imposer un paiement rapide des sommes convenues à l'issue de l'acceptation par le créancier de l'offre effectuée par le débiteur ou des sommes à restituer.

§2- Une volonté d'imposer un paiement rapide des sommes convenues ou des sommes à restituer.

355. Une incitation au paiement rapide des sommes convenues. Il arrive que le législateur impose au débiteur, sous peine de voir sa dette multipliée par le jeu de la majoration des intérêts, de payer rapidement les sommes convenues. Ainsi le législateur de 1985, outre l'obligation qu'il a imposé à l'assureur de responsabilité de présenter une offre rapide et suffisante à la victime d'un accident de la circulation sous peine de voir sa dette multipliée par le jeu de la majoration des intérêts, lui a imposé aussi, sous la même peine, de payer rapidement les sommes convenues. L'article L.211-17 C. ass. qui reprend les termes de l'article 20 de la loi du 5 juillet 1985, dispose ainsi que « le paiement des sommes convenues doit intervenir dans un délai d'un mois après l'expiration du délai de dénonciation fixé à l'article L.211-16. Dans le cas contraire, les sommes non versées produisent de plein droit intérêt au taux légal majoré de moitié durant deux mois, puis, à l'expiration de ces deux mois, au double du taux légal ». Ces intérêts majorés constituent une dette personnelle à l'assureur qui ne peut les inclure dans un éventuel recours qu'il exerce contre des tiers⁵⁶ ce qui laisse penser qu'ils ne visent donc pas à réparer un préjudice moratoire subi par la victime de l'accident du

⁵⁵ J. Landel, note préc.

⁵⁶ Cass. civ. 2^e, 23 janvier 2003, Bull, civ., II, n° 6 ; Resp. civ. et assur. 2003, n° 108.

fait du retard de paiement des sommes convenues mais bien à sanctionner, au vrai sens du terme, l'assureur qui tarde à payer la somme objet de l'offre acceptée par la victime.

L'article 9 de la loi 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme renvoyant, entre autres, à l'article 20 de la loi du 5 juillet 1985, les mêmes dispositions ont vocation à s'appliquer pour les sommes convenues à l'issue d'une offre acceptée par la victime d'un acte de terrorisme.

En matière d'accidents médicaux, l'article L.1142-14 alinéa 7 du C. sant. pub. dispose que « le paiement doit intervenir dans un délai d'un mois à compter de la réception par l'assureur de l'acceptation de son offre par la victime, que cette offre ait un caractère provisionnel ou définitif. Dans le cas contraire, les sommes non versées produisent de plein droit intérêt au double du taux légal à compter de l'expiration de ce délai et jusqu'au jour du paiement effectif ou, le cas échéant, du jugement devenu définitif ».

Il est clair que la solution établie par la Cour de cassation pour les intérêts majorés de l'article L.211-13 du Code des assurances dans laquelle elle avait affirmé que ces intérêts ne dérogent pas aux dispositions d'ordre public de l'article 1154 du Code civil et sont donc des intérêts moratoires⁵⁷, relevant ainsi leur nature indemnitaire, est logiquement applicable aux intérêts majorés de l'article L.211-17 C. assur. et à ceux édictées par des dispositions semblables tels l'article 9 de la loi du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et l'article L.1142-14 C. sant. pub. Ces intérêts majorés demeurent donc, comme ceux de l'article L.211-13 C. assur. des intérêts moratoires capitalisables quel que soit la fonction comminatoire qui a pu leur être attribuée.

356. Une incitation au paiement rapide des sommes à restituer. La démarche de majoration substantielle des intérêts a aussi été suivie par le législateur pour la restitution par l'assureur vie des sommes versées en cas de renonciation du souscripteur. En effet, l'article L.132-5-1 C. assur., tel que modifié par l'ordonnance n° 2017-1433 du 4 octobre 2017 - art. 6 dispose, dans son deuxième alinéa, que la renonciation à une proposition ou un contrat d'assurance sur la vie ou de capitalisation dans le délai prévu

⁵⁷ Cass. civ. 2^e, 22 mai 2014, préc. v. *supra* n° 354.

dans cet article entraîne la restitution par l'entreprise d'assurance ou de capitalisation de l'intégralité des sommes versées par le contractant et ceci « dans le délai maximal de trente jours calendaires révolus à compter de la réception de la lettre recommandée ou de l'envoi recommandé électronique. *Au-delà de ce délai, les sommes non restituées produisent de plein droit intérêt au taux légal majoré de moitié durant deux mois, puis, à l'expiration de ce délai de deux mois, au double du taux légal* ».

De même, le législateur a choisi de majorer substantiellement le taux de l'intérêt légal afin de pousser le professionnel qui aurait fourni des biens ou des services sans que ceux-ci aient fait l'objet d'une commande préalable du consommateur à restituer les sommes qu'il aurait indûment perçues sans engagement exprès et préalable du consommateur. L'article L.132-16 du Code de la consommation, reprenant les termes de l'ancien article L.122-3 abrogé par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 – art. 34 (V), dispose ainsi que « le professionnel doit (...) restituer les sommes qu'il aurait indûment perçues sans engagement exprès et préalable du consommateur. Ces sommes sont productives d'intérêts au taux légal à compter de la date du paiement indu et d'intérêts *au taux légal majoré de moitié à compter de la demande de remboursement faite par le consommateur* »⁵⁸.

Dans le but d'exercer une contrainte sur le débiteur, le législateur ne se contente pas d'user de la technique de la majoration de l'intérêt légal. Il établit aussi dans plusieurs domaines ce qu'il appelle « des intérêts de retard » ou encore « des pénalités de retard » à montant fixe ou à seuil minimal supérieur au taux légal et l'on pressent déjà dans le choix du terme utilisé la fonction coercitive de ces sommes qui vient faire écho à la visée comminatoire de la majoration de l'intérêt légal.

Section 2- Des intérêts de retard à un taux supérieur au taux légal.

357. Afin de parer plus efficacement aux éventualités de retard d'exécution qu'il estime plus périlleuses dans certains domaines, le législateur français choisit d'intervenir en fixant aux dommages-intérêts moratoires un seuil minimal obligatoire,

⁵⁸ Nous soulignons.

ou un seuil fixe assez élevé, les transformant ainsi en de véritables outils de contrainte. Il en est ainsi en droit commercial (§1) mais aussi en droit fiscal où le retard du contribuable revêt une gravité bien particulière (§2).

§1- Des « pénalités de retard » en droit commercial.

358. Des pénalités prévues le Code de la construction et de l'habitation. Dans le domaine de la construction des maisons individuelles, et depuis une loi du 19 décembre 1990, les contrats de construction de maisons individuelles doivent impérativement comporter des clauses précisant « la date d'ouverture du chantier, le délai d'exécution des travaux et les pénalités prévues en cas de retard de livraison »⁵⁹, le but du législateur étant de pousser les constructeurs, pour qui la ponctualité n'est pas la vertu cardinale, à respecter leurs engagements dans les délais prévus dans le contrat, surtout que les particuliers qui font construire des maisons pour les habiter sont en droit d'anticiper au mieux la date de déménagement et de prise de possession des lieux⁶⁰. Pour ces pénalités dues en cas de retard de livraison⁶¹ le législateur a pris le soin de fixer un seuil minimal obligatoire. En effet, aux termes de l'article R.231-14, alinéa 1^{er}

⁵⁹ CCH, art. L.231-2, i). Cette règle s'applique aussi bien aux contrats de construction avec fournitures de plans qu'aux contrats de construction qui n'en sont pas accompagnés, puisque l'article L. 232-1, d exige dans le même sens que les derniers contrats mentionnent « le délai d'exécution des travaux et les pénalités applicables en cas de retard de livraison ».

⁶⁰ Sur le contentieux abondant à ce sujet v. notamment J.-B. Auby, H. Périnet-Marquet et R. Noguillon, Droit de l'urbanisme et de la construction, 9^e éd., Montchrestien, 2012, n° 1672 ; P. Malinvaud, Ph. Jestaz, P. Jourdain et O. Tournafond, Droit de la promotion immobilière, 9^e éd., Dalloz, 2014, n° 741 ; D. Tomasin, *in* Dalloz action Droit de la construction, 2014/2015, n° 223.50.

⁶¹ Ces pénalités de retard ont pour terme la livraison de l'ouvrage et non sa réception avec ou sans réserve (Cass civ. 3^e, 12 sept. 2012, n° 11-13.309 P: Dalloz actualité, 27 sept. 2012, obs. Dreveau ; RDI 2012. 627, obs. Tomasin ; D. 2012. 2171) et la jurisprudence considère qu'est illicite la clause relative aux pénalités de retard n'ayant pas pour terme la livraison de l'ouvrage mais plusieurs termes possibles (Cass civ. 3^e, 25 janvier 2018, 16-27.905 P: D. 2018. 240). Ainsi lorsque la livraison est devenue effective, les pénalités de retard cessent d'être dues. La livraison doit être distinguée de la réception. Si la réception est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter le travail accompli par l'entrepreneur, quitte à émettre des réserves sur certains points, la livraison, en revanche, est « le fait de mettre l'ouvrage à la disposition du maître ». Elle est effective lorsque la construction prévue au contrat est achevée et la jurisprudence n'exige pas un achèvement complet. La livraison est considérée comme opérée dès lors que le maître de l'ouvrage est à même d'utiliser l'immeuble affecté à l'habitation, quand bien même certains travaux resteraient encore à réaliser. La remise des clés, par le constructeur au maître de l'ouvrage, suffit notamment à la symboliser adéquatement.

du Code de la construction et de l'habitation, « en cas de retard de livraison, les pénalités prévues au i de l'article L.231-2 *ne peuvent être fixées à un montant inférieur à 1/3 000e du prix convenu par jour de retard* ». La jurisprudence applique strictement cette disposition. Elle décide ainsi que les contrats de construction ne peuvent stipuler que les pénalités seront dues par jour ouvrable de retard : tous les jours comptent, y compris les jours fériés⁶², et si rien n'empêche de leur appliquer les dispositions de l'(ancien) article 1152, alinéa 2, du Code civil, qui permet au juge de réviser, à la baisse ou à la hausse, les peines qui lui apparaissent manifestement excessives ou dérisoires⁶³, celui-ci « ne peut, en matière de pénalités de retard, prévues par les contrats de construction de maisons individuelles sur plan proposé, allouer au maître de l'ouvrage une indemnisation inférieure au minimum prévu par la loi »⁶⁴ ce qui dénote qu'aux yeux de la Haute juridiction, ces pénalités de retard doivent en somme toujours conserver un certain aspect comminatoire.

359. Des « pénalités » de nature indemnitaire. La question s'est posée de savoir si le maître de l'ouvrage pouvait cumuler le versement des « pénalités » de retard prévues à l'article R.231-14 CCH avec une condamnation du constructeur au versement de dommages-intérêts. La troisième Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 28 mars 2007 a tranché positivement cette question, et a décidé clairement que les pénalités de retard ne sont pas exclusives de l'attribution de dommages-intérêts, et il est possible au juge du fond de réparer un dommage distinct de celui que réparent forfaitairement ces pénalités⁶⁵, revenant ainsi sur une position apparemment opposée

⁶² Cass. civ. 3^e, 7 novembre 2007, n° 06-18.166, Bull. civ. III, n° 192 ; D. 2007. 3006 ; Constr.-Urb. 2008. comm. 4, obs. C. Sizaire ; Defrénois 2008, art. 38879, n° 11, obs. H. Périnet-Marquet.

⁶³ V. Bordeaux, ch. 2, 18 mai 2004, n° 03/00251, Juris-Data, n° 273808, qui applique l'art. 1152 pour prononcer une révision à la baisse d'une clause aux pénalités particulièrement élevées puisqu'elles étaient fixées à 37,80 % du marché initial

⁶⁴ Cass civ. 3^e, 22 novembre 2000, n° 99-11.582, D. 2001. 40, et les obs. ; RDI 2001. 55, obs. H. Périnet-Marquet ; ibid. 76, obs. D. Tomasin ; Defrénois 2001, art. 37384, n° 16, obs. H. Périnet-Marquet.

⁶⁵ Cass civ. 3^e, 28 mars 2007, n° 06-11.313 P: D. 2007. AJ 1140 ; RDI 2007. 439, note Tomasin ; JCP 2007. IV. 1908 ; D. 2007. 1140. Cette solution sera confirmée ultérieurement : Cass civ. 3^e, 27 févr. 2013, n° 12-14.090 P: Dalloz actualité, 26 mars 2013, obs. Dreveau. V. déjà, en ce sens, Nancy, 3 avril 2006: Constr.-Urb. 2006, n° 219, obs. Sizaire, jugeant que le montant des pénalités de retard contractuellement fixé ne constitue qu'un minimum légal qui n'empêche pas d'allouer une indemnité supérieure en fonction du préjudice.

qu'elle avait adoptée dans un arrêt du 22 juin 2005 qui, lui, avait jugé que la somme allouée au titre des pénalités de retard était destinée à réparer l'entier préjudice éprouvé par le maître de l'ouvrage⁶⁶.

360. Des pénalités relatives aux délais de paiement entre professionnels. A l'image les pénalités de l'article R.231-14 CCH, le législateur a établi des pénalités pour le retard dans le paiement d'obligations monétaires dont les plus remarquées sont celles dues en application de l'article L.441-10 du Code de commerce⁶⁷ dans les relations entre professionnels non seulement en raison de l'ampleur de leur champ d'application, mais aussi à cause des nombreuses incertitudes qu'elles ont pu soulever, notamment quant à leur vraie nature juridique⁶⁸.

La fréquence et la longueur des délais de paiement imposés par certains débiteurs suffisamment puissants pour le faire constituent un mal qui sévit dans les pratiques commerciales notamment dans le secteur de la grande distribution. Cette pratique, qui aggrave la dépendance économique de certaines entreprises et augmente les risques de faillite, permet à ces débiteurs en position de force d'organiser à leur profit une forme de crédit assez opaque connue sous le nom de crédit-fournisseur ou crédit inter-entreprises⁶⁹ leur permettant de bénéficier d'un crédit entièrement gratuit tout en étant libérés provisoirement du paiement du prix des biens alors qu'ils profitent immédiatement du prix de leur revente. Un auteur souligne à cet effet que le « cash-

⁶⁶ Cass civ. 3^e, 22 juin 2005, Constr.-Urb. 2005, n° 183, obs. D. Sizaire.

⁶⁷ Cet article est venu remplacer, depuis l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées, et dans les mêmes termes, l'ancien article L. 441-6 du Code de commerce qui, lui-même, était issu de la loi n° 92-1442 du 31 décembre 1992 qui disposait qu'une pénalité devait être « appliquée [...] dans le cas où les sommes dues sont versées après la date de paiement figurant sur la facture, [...] [et que cette pénalité devait être] d'un montant au moins équivalent à celui qui résulterait de l'application d'un taux égal à une fois et demie le taux de l'intérêt légal », et de la directive européenne 2000/35/CE du 29 juin 2000, et a été régulièrement modifié depuis.

⁶⁸ V. M.-P. Wagner, Pénalités de retard : encore des interrogations, D. 2004. 2634 ; Rép. com., v. Transparence tarifaire et pratiques restrictives.

⁶⁹ V. F.-J. Crédot, « Crédit inter-entreprises et crédit bancaire : les aspects juridiques », Petites affiches, 8 avril 1992, n° 43, p.17.

flow réalisé se double d'une disponibilité financière à intérêt zéro pour le compte du débiteur »⁷⁰.

Le législateur français, soucieux de restreindre ce genre de pratiques devenues courantes dans le domaine de la grande distribution, est intervenu en 1992 dans le cadre du droit de la concurrence pour aggraver en quelque sorte la réglementation préexistante quant aux délais de paiement spécifiques à l'achat de certaines marchandises⁷¹. La loi du 31 décembre 1992 relative aux délais de paiement entre les entreprises⁷² est venue ainsi établir deux mesures importantes applicables pour tous les producteurs, prestataires de service, grossistes ou importateurs : *primo*, ceux-ci doivent impérativement mentionner dans leurs factures la date à laquelle le règlement de la créance doit intervenir. *Secundo*, les conditions générales de vente doivent contenir les modalités de calcul des pénalités applicables lorsque le débiteur ne respecte pas la date de paiement figurant sur la facture. L'Union européenne, dans le but de mettre fin à la diversité des législations en matière de délais de paiement, est intervenue avec la directive 2000/35/CE du 29 juin 2000 sur la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales qui a été transposée dans le droit interne français par la loi du 15 mai 2001 dite NRE⁷³. Cette loi est venue consacrer, par exception à l'alinéa 3 de l'(anc.) article 1153 du code civil, une dispense légale de mise en demeure en faveur du créancier, l'alinéa de l'article L.441-6 du Code de commerce disposant désormais que « *les pénalités de retard sont exigibles sans qu'un rappel soit nécessaire* ». De plus, elle a instauré un délai supplétif de paiement applicable dans le silence des parties,

⁷⁰ D. Desurvire, « Les délais de paiement entre les entreprises », Petites affiches, 1^{er} septembre 1993, n° 105, p.9.

⁷¹ Notamment la réglementation des délais de paiement des produits alimentaires périssables ou de boissons alcoolisées par la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 et que l'on retrouve aujourd'hui à l'article L.443-1 C. com.

⁷² Sur cette loi, v. D. Desurvire, art. préc. ; F. Labarthe, « La nature juridique des pénalités instituées par la loi n° 92-1442 du 31 décembre 1992 relative aux délais de paiement entre les entreprises », D. 1995. chr. 61 ; Les délais de paiement, Colloque du 15 mars 1993 organisé par la Fédération nationale pour le Droit de l'Entreprise, Cah. dr. Entr. 1993, n° 3, p. 6 et s.

⁷³ « Nouvelles régulations économiques ». Sur les dispositions de la loi NRE relatives au retard de paiement v. R. Gouyet, « La répression des retards de paiement dans les transactions commerciales à travers le prisme de la loi NRE », Contrats conc. consom. 2002, chr. n° 11, et pour une approche plus générale v. D. Guével, « Quelques aspects de la loi N.R.E. en matière de concurrence », Gaz. Pal. 2002.1, doct.826 ; J. Rochfeld, « Nouvelles régulations économiques et droit des contrats », RTDCiv. 2001.671, n° 3.

l'alinéa 2 du même article disposant que « *sauf dispositions contraires figurant aux conditions de vente ou convenues entre les parties, le délai de règlement des sommes dues est fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation demandée* ».

Depuis l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées ce sont les articles L.441-10 et suivants du Code de commerce qui traitent des délais de paiement. L'article L.441-10 (I), reprenant les termes de l'ancien article L.441-6 (I alinéa 8), dispose ainsi que « les conditions de règlement mentionnées au I de l'article L.441-1 précisent les conditions d'application et *le taux d'intérêt des pénalités de retard* exigibles le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture ainsi que le montant de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement due au créancier dans le cas où les sommes dues sont réglées après cette date. Sauf disposition contraire qui ne peut toutefois fixer un taux inférieur à trois fois le taux d'intérêt légal, ce taux est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de 10 points de pourcentage. (...) *Les pénalités de retard* sont exigibles sans qu'un rappel soit nécessaire (...) ». Cet article applicable dans les relations entre « tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur » et « tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour une activité professionnelle » organise ainsi pour les transactions commerciales et professionnelles un régime d'intérêts moratoires à la fois dérogatoire et nettement plus sévère par rapport à celui du droit commun de l'article 1231-6 du Code civil. Il illustre bien, sur le plan économique, la tendance contemporaine du droit de la concurrence à prendre en charge la défense des intérêts particuliers des contractants professionnels, non seulement celle du marché dans son ensemble⁷⁴.

⁷⁴ Comp. l'optique du droit allemand : Witzet Neumann, Haro sur les débiteurs récalcitrants. Bref commentaire de la loi allemande du 30 mars 2000 tendant à l'accélération des paiements, JCP E 2001. 168 ; et celle du droit belge : Biquet-Mathieu, À propos de la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, Mélanges offerts à Marcel Fontaine, 2003, Larcier, p. 41.

361. Incertitudes quant à la nature juridique des « pénalités de retard ». La loi du 31 décembre 1992 étant demeurée muette au sujet de la nature juridique précise des « pénalités de retard » qu'elle avait instaurées, ces pénalités ont suscité une vive controverse à ce sujet surtout que législateur a choisi d'intégrer, au sein du Code de commerce, dans une partie relative à la transparence tarifaire et aux pratiques restrictives de concurrence, des dispositions modifiant les modalités de droit commun de l'indemnisation des créanciers de sommes d'argent ce qui n'a pas du tout facilité leur analyse juridique⁷⁵. La question essentielle qui s'est posée était de savoir si pour ces « pénalités de retard » l'objectif clair et net de contraindre le débiteur à respecter les délais de paiement entraînait nécessairement une exclusion de la nature traditionnellement indemnitare des intérêts moratoires au profit d'une nature essentiellement comminatoire. La réponse à cette interrogation théorique revêtait une importance non négligeable puisque, sur le plan pratique, elle commandait la réponse à deux autres interrogations : les pénalités de retard pouvaient-elles se cumuler avec les intérêts moratoires de droit commun dus en application de l'(anc.) article 1153 du code civil à compter de la mise en demeure ? Ces pénalités de retard étaient-elles capitalisables ou non ?

Certains auteurs, partant de l'idée de la volonté du législateur de réduire les délais de paiement, avaient ainsi considéré que ces pénalités étaient obligatoires dans leur principe et qu'elles devaient alors être rapprochées de l'idée d'astreinte conventionnelle⁷⁶. D'autres avaient, au contraire, affirmé que ce qui était obligatoire c'était uniquement la mention dans les conditions générales de vente des modalités de calcul et des conditions d'application des pénalités, non le principe même de l'application de ces pénalités. En d'autres termes, la force obligatoire de ces pénalités provenait du contrat, non de la loi⁷⁷, et elles revêtaient dès lors « la forme d'un intérêt

⁷⁵ Sur la controverse relative à la nature de ces pénalités v. M.-P. Wagner, préc.

⁷⁶ J.-M. et M. Mousseron et D. Mainguy, *Le droit français nouveau de la transparence tarifaire*, Litec, 2^e éd., 1998, n° 288 et 295.

⁷⁷ F. Labarthe, *chron. préc.*, p. 62 : « le caractère obligatoire de ces mentions n'enlevé pas (...) tout caractère contractuel aux pénalités ».

simplement réévalué par rapport au droit commun »⁷⁸, et pouvaient être qualifiées de clause pénales moratoires classiques pour lesquelles le législateur a imposé un plancher⁷⁹. En 1994, une réponse ministérielle⁸⁰ a énoncé que ces pénalités, *n'étant pas un intérêt*, pouvaient, en cas de mise en demeure adressée à l'acheteur, se cumuler avec les intérêts légaux courant à compter de la mise en demeure conformément à l'(anc.) article 1153, alinéa 1^{er}, du Code civil et n'entraient pas dans le champ d'application de la loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966 prohibant l'usure⁸¹. Cette analyse douteuse qui se basait sur une négation de la qualité d'« intérêts » aux pénalités de l' (anc.) article L.441-6 du Code de commerce était par la suite devenue incompatible avec la directive 2000/35/CE du 29 juin 2000 sur la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales qui avait clairement opté pour la qualification *d'intérêt pour retard de paiement*, et n'était plus valable depuis la modification du texte de l'(anc.) article L.441-6 du Code de commerce par la loi NRE du 15 mai 2001 puisque ce texte a affirmé dans sa nouvelle formulation, dans le sillage et sous l'impulsion de la directive précitée, que les conditions de règlement stipulées au profit d'un créancier devaient impérativement préciser ce qu'il a appelé clairement « *...le taux d'intérêt des pénalités de retard* ».

Toutefois, malgré la clarté de la formulation, la controverse sur la nature de ces « pénalités de retard » n'a pas tari. Certaines juridictions du fond ont persisté, afin de faire échec à la capitalisation en vertu de l'(anc.) article 1154 du Code civil, à dénier à

⁷⁸ F. Labarthe, *op. cit.*, p. 63. Plus récemment, F. Gréau a affirmé dans sa thèse (préc., n° 160) que si l'article L. 441-6 du code de commerce « indique que les pénalités sont automatiquement exigibles et fixe un taux supplétif ainsi qu'un taux plancher dont le niveau est supérieur à celui du droit commun, il n'affirme cependant toujours pas que celles-ci sont obligatoires dans leur principe mais uniquement que les conditions de règlement sont tenues d'en préciser les modalités d'application. (...) La lettre du texte et le contexte de la transparence tarifaire dans lequel il est inséré invitent à distinguer l'obligation de mentionner l'existence et les modalités de calcul des pénalités, imposée par la loi, de l'obligation de stipuler de telles pénalités, formellement inexistante ».

⁷⁹ En ce sens, R. Turrini, « L'application aux avocats des articles 31 et 33 modifiés de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 », *Petites affiches*, 17 décembre 1993, n° 151. Cet auteur écrit que les pénalités « nous paraissent être globalement assimilables à des dommages-intérêts moratoires au sens de l'article 1153 du Code civil avec cette nuance qu'il s'agirait de dommages-intérêts moratoires dont la loi fixerait un plancher ». Également en ce sens, M.-P. Wagner, préc.

⁸⁰ Rép. min. n° 18436 du 26 septembre 1994; JOAN Q, 4 déc. 1995, p. 515: « Ces pénalités [...] ne sont pas un intérêt [...]. Si une mise en demeure intervenait, les intérêts légaux pourraient se cumuler avec cette pénalité qui n'est pas un intérêt ».

⁸¹ C. consom., art. L.314-6 s.

la pénalité de l'(anc.) article L.441-6 du Code de commerce la nature d'« intérêt moratoire » en faisant observer que « ...cette majoration même si elle est calculée par référence au taux d'intérêt légal, (...) , est une pénalité de retard, et non un intérêt moratoire ; comme telle, elle ne peut pas faire l'objet de la capitalisation prévue par l'article 1154 du code civil »⁸². La position de la Cour de cassation était donc attendue avec une certaine impatience.

362. Intervention de la Cour de cassation en 2015. La Cour, après avoir reconnu dans un premier temps que « les dispositions de la loi du 15 mai 2001 modifiant l'article L.441-6 du Code de commerce, qui répondent à des considérations d'ordre public particulièrement impérieuses, sont applicables, dès la date d'entrée en vigueur de ce texte, aux contrats en cours ; que les pénalités de retard pour non-paiement des factures sont dues de plein droit, sans rappel et *sans avoir à être indiquées dans les conditions générales des contrats* »⁸³ ce qui semble induire que ces « pénalités de retard » avaient une source légale⁸⁴, est intervenue en 2015 pour mettre un terme définitif à la controverse concernant la nature de la pénalité édictée par l'(anc.) article L.441-6 du

⁸² CA Versailles, 12^e ch. sect. 2, 7 janvier 2010, n° 08/07019 ; dans le même sens, v. égal. CA Lyon, 3^e ch. A, 22 avril 2011, n° 09/03374 ; CA Douai, ch. 2, sect. 2, 19 novembre 2013, n° 12/07001 ; *contra*, dans une période récente, T. com. Nanterre, 1^{re} ch., 4 février 2015, n° 2013F00613 ; CA Paris, pôle 2, ch. 2, 13 juin 2014, n° 11/17999.

⁸³ Cass. com. 3 mars 2009, n° 07-16.527 P. D. 2009. Pan. 2891, obs. Ferrier ; *ibid.* AJ 725, obs. Chevrier ; JCP E 2009, n° 22, p. 24, note Mainguy ; Gaz. Pal. 2009. 2561, note Mordefroy ; CCC 2009, n° 129, obs. Malaurie-Vignal, et n° 156, obs. Leveneur ; RJDA 2009, n° 578 ; Lettre distrib. mars 2009, p. 1, note Vertut ; RDLC 2009, n° 2, p. 131, obs. Dany ; RLC janv.-mars 2010. 42, obs. Béhar-Touchais ; 22 nov. 2017, n° 16-19.739 ; AJ contrat 2018. 87, obs. Magnier-Merran ; RJDA 2018, n° 186. Depuis, la Cour de cassation a repris plusieurs fois la même solution dans les exacts mêmes termes : Cass. com., 20 décembre 2017, 16-25.786, inédit et Cass. com., 22 novembre 2017, 16-19.739, inédit.

⁸⁴ Cette position affirmée et réaffirmée par la Cour de cassation met fin à la controverse qui avait eu lieu en doctrine sur ce point : tandis que certains auteurs affirmaient que « si l'alinéa 10 indique que les pénalités sont automatiquement exigibles et fixe un taux supplétif ainsi qu'un taux plancher dont le niveau est supérieur à celui du droit commun, il n'affirme cependant toujours pas que celles-ci sont obligatoires dans leur principe mais uniquement que les conditions de règlement sont tenues d'en préciser les modalités d'application » et qu' « il n'est écrit nulle part que des pénalités de retard doivent figurer dans les conditions générales de vente mais seulement que s'il en est ainsi elles doivent alors entrer dans le cadre défini par le législateur » (F. Gréau, thèse préc., n° 160), d'autres auteurs affirmaient le contraire (dont notamment G. Lardeux, « La lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales », Contrats conc. consom., 2000, chr. n° 12, p. 6 et R. Gouyet, « La répression des retards de paiement dans les transactions commerciales à travers le prisme de la loi NRE », contrats conc. consom. 2002, chr. n° 11 qui affirme que la législation sur le retard de paiement dans les transactions commerciales revêt un caractère d'ordre public de protection marqué au profit de la partie en situation de dépendance.

Code de commerce⁸⁵. Dans un arrêt rendu le 10 novembre 2015⁸⁶, et alors que le demandeur au pourvoi faisait grief à l'arrêt attaqué d'avoir assujéti les pénalités de retard à la capitalisation prévue par l'article 1154 du Code civil alors que la pénalité de retard prévue par l'article L.441-6 du code de commerce n'a pas la nature d'intérêts moratoires et qu'il en résulte que l'article 1154 du code civil ne lui est pas applicable, la Cour de cassation rejette le moyen du pourvoi et énonce clairement que « *la pénalité de retard prévue par l'article L.441-6 du code de commerce constituant un intérêt moratoire*⁸⁷, la cour d'appel a pu l'assortir de la capitalisation prévue par l'article 1154 du code civil conformément à la demande de la société (...) ».

363. Une solution à portée double. La solution tirée l'arrêt de 2015 qui a affirmé de façon claire et nette que les pénalités de l'(anc.) article L.441-6 du Code de commerce étaient bien des intérêts moratoires entraîne sur le plan pratique deux conséquences essentielles.

La première, qui était au cœur du débat dans l'arrêt, est que toute pénalité de retard fixée en application de l'(anc.) article L.441-6 du Code de commerce peut être capitalisée par application de l'(anc.) article 1154 du code civil⁸⁸. Cet arrêt qui marque par le moyen de la capitalisation une aggravation de la situation des débiteurs peu scrupuleux qui n'honorent pas leurs dettes en temps utile constitue une nouvelle étape dans la lutte contre les retards de paiement et donne une résonance supplémentaire à la « ...culture d[u] paiement rapide » que la directive 2011/7/UE du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales a entendu instaurer⁸⁹.

⁸⁵ Dont les dispositions ont été reprises par le nouvel article L.441-10 du Code de commerce.

⁸⁶ Cass. com., 10 novembre 2015, n° 14-15.968 P: D. 2015. Actu. 2372 ; AJCA 2016. 49, obs. Reynier et Bretzner ; JCP E 2015, n° 1601; CCC 2016, n° 42, obs. Malaurie-Vignal ; RJDA 2016, n° 153.

⁸⁷ Nous soulignons.

⁸⁸ Nouvel article 1343-2 C. civ.

⁸⁹ Rappelons qu'une solution similaire avait récemment été adoptée par la Cour de cassation pour les intérêts au double du taux légal qui courent en vertu de l'article L.211-13 C. assur. à l'encontre de l'assureur qui manque de faire une offre dans les délais impartis à l'article L.211-9. La Cour de cassation avait ainsi clairement affirmé que ces intérêts ne dérogent pas aux dispositions de l'(anc.) art. 1154 C. civ. qui s'appliquent, de manière générale, aux intérêts moratoires, sanctionnant ainsi un arrêt d'appel

La seconde conséquence pratique qui, elle, ne constituait pas l'objet du débat en l'espèce, est qu'une pénalité de retard infligée en vertu de l'(anc.) article L.441-6 du Code de commerce, qui est elle-même un intérêt moratoire, ne peut être cumulée avec un autre intérêt moratoire. En effet, l'(anc.) article L.441-6 constitue un texte spécial qui déroge aux dispositions générales de l'(anc.) article 1153 du code civil de sorte qu'il consacre une règle qui se substitue à celle de l'(anc.) article 1153⁹⁰. Cette solution avait déjà été appliquée par plusieurs juridictions du fond⁹¹ qui avaient affirmé que dès lors que l'(anc.) article L.441-6 du Code de commerce, qui institue un intérêt de retard spécifique en matière professionnelle, prévoit un régime dérogatoire quant au taux et au point de départ des intérêts moratoires applicables en ce domaine, ces pénalités de retard ne sauraient se cumuler avec les intérêts au taux légal, auxquels elles se substituent. De même, si les factures ont prévu un taux précis pour les intérêts de retard, ce taux est considéré comme le taux applicable aux pénalités de retard de l'(anc.) article L.441-6 C. com. et, dès lors, il n'est pas possible de demander le cumul entre les intérêts de retard au taux fixé dans la facture et les pénalités de retard prévues à cet article. Cette dernière solution a été affirmée par la Cour de cassation en 2013⁹². En l'espèce, la société Investitel arguait dans un moyen du pourvoi que la pénalité de retard pouvait se cumuler avec l'intérêt de retard et qu'en ayant approuvé les premiers juges d'avoir considéré que l'intérêt de retard ne pouvait pas se cumuler avec la pénalité de retard pour la débouter de sa demande de pénalités de retard la cour d'appel de Versailles (19 janvier 2012) avait violé l'(anc.) article L.441-6 du Code de commerce. A cela la Chambre commerciale répond clairement « qu'après avoir relevé que les factures de la société Investitel pour lesquelles étaient demandées les pénalités de retard portaient la mention « facture à régler dès réception, intérêts de retard : 1,5 fois le taux d'intérêt

qui avait, pour rejeter la demande de capitalisation des intérêts, énoncé que les intérêts au double du taux légal, lesquels constituent une pénalité et non des intérêts échus de capitaux, ne peuvent donner lieu à capitalisation en vertu de l'article 1154 du Code civil (Cass civ. 2^e, 22 mai 2014 préc.). V. *supra* n° 354).

⁹⁰ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, n° 604 ; Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats* : Dalloz, Dalloz-Action, 11^e éd. 2018-2019, n° 2456-1.

⁹¹ CA Douai, ch. 2 sect. 2, 12 février 2015, n° 13/06630 ; CA Amiens, ch. éco., 28 mai 2014, n° 12/03833 ; CA Versailles, 13^e ch., 18 avril 2013, n° 12/03170.

⁹² Cass. com., 26 mars 2013, 12-15.566, inédit.

légal », l'arrêt retient que cette société avait précisé le taux applicable aux pénalités de retard et l'avait fixé au minimum prévu par l'article L.441-6 du Code de commerce, *de sorte que la société Investitel ne pouvait cumuler cette demande avec celle fondée sur la majoration du taux d'intérêt de la Banque centrale européenne qui ne s'applique qu'à défaut de disposition contraire*⁹³ ».

La controverse qui a pu exister sur la nature des « pénalités de retard » de l'article L.441-10 du Code de commerce paraît donc définitivement dépassée et plusieurs arrêts d'appel postérieurs indiquent que la solution consacrée par l'arrêt du 10 novembre 2015 suscite l'adhésion des juges du fond⁹⁴.

364. Un intérêt moratoire qui va au-delà de sa fonction indemnitaire. S'il n'existe plus de doute aujourd'hui sur la nature indemnitaire de la pénalité de retard prévue par l'article L.441-10 du Code de commerce qui constitue bien un intérêt moratoire, et s'il est acquis que cet article établit un régime dérogatoire de réparation du retard dans les relations entre professionnels de la grande distribution, il est toutefois évident que cet intérêt moratoire va au-delà de sa fonction traditionnelle de réparation d'un préjudice moratoire bien défini pour acquérir une indéniable fonction de coercition sur le débiteur qui tarde à exécuter son obligation. Cette fonction de coercition a été perçue par la jurisprudence qui a affirmé que les pénalités de retard pour non-paiement des factures sont dues de plein droit et sans avoir à être indiquées dans les conditions générales des contrats⁹⁵, ce qui n'est pas le cas pour les intérêts moratoires de droit commun de l'article 1231-6 C civ. qui ne peuvent en principe être dus qu'à partir d'une mise en demeure du débiteur. De même, il est clair que le taux de ces pénalités de retard est bien plus élevé que celui applicable aux intérêts moratoires de droit commun puisque, sauf disposition contraire qui ne peut d'ailleurs fixer un taux inférieur à trois fois⁹⁶ le taux d'intérêt légal, ce taux est égal au taux d'intérêt appliqué

⁹³ Nous soulignons.

⁹⁴ On en cite deux : Paris, pôle 5 - ch. 11, 20 nov. 2015, n° 13/25094 ; Versailles, 4^e ch., 23 nov. 2015, n° 13/04236.

⁹⁵ Cass. com. 3 mars 2009, préc.

⁹⁶ Depuis la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, art. 21-I.

par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de 10^{97} points de pourcentage. Un auteur, qui pourtant dans sa thèse voyait dans ces pénalités de retard et dans le plancher établi par la loi « une simple résurgence de l'adage *pecunia mercatoris vult plus quam pecunia non mercatoris* qui veut que le préjudice moratoire ait une valeur plus élevée dans les affaires commerciales, où l'exigence de rapidité est traditionnellement prédominante »⁹⁸ affirme après l'arrêt de la chambre commerciale du 3 mars 2009 qu'« il convient aujourd'hui d'admettre leur nature comminatoire puisque la Cour de cassation a pleinement reconnu qu'ils avaient une source légale »⁹⁹. Sans aller jusqu'à approuver cette qualification comminatoire de la *nature* des pénalités de l'article L.441-6 C. com., il est clair que la jurisprudence entend ainsi en relief leur *fonction* comminatoire qui vient s'ajouter à leur fonction indemnitaire.

Des pénalités de retard qui transforment l'intérêt moratoire en un véritable outil de coercition ont aussi été prévues par le droit fiscal.

§2- Les « *intérêts de retard* » de l'article 1727 du Code général des impôts.

365. Si, dans le temps, la Cour de cassation française refusait de condamner le contribuable retardataire au paiement d'intérêts moratoires au profit de l'Administration fiscale comme elle refusait de lui octroyer des intérêts moratoires en cas de retard de cette dernière dans la restitution en raison d'un paiement indu¹⁰⁰, et ceci au motif qu'aucun impôt ne peut être modifié dans sa quotité sans l'intervention d'une loi formelle, le législateur français a depuis pris le soin d'organiser les procédures de recouvrement des créances fiscales avec une multitude de sanctions et

⁹⁷ Depuis la même loi, art. 21-I, 3o.

⁹⁸ F. Gréau, thèse préc., p. 177 n° 159.

⁹⁹ F. Gréau, Intérêts des sommes d'argent, Rép. dr. civ., oct. 2016, n° 111.

¹⁰⁰ Cass. civ., 21 mars 1842, S. 1842.1.313 ; 26 août 1844, S. 1844.1.708. V. également les nombreux arrêts cités par Planiol et Ripert (Traité pratique de droit civil français, t. 7, Obligations, 2^e partie, 2^e éd. par E. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, 1954, LGDJ, n° 881).

de pénalités que le contribuable retardataire risque de voir se déployer à son égard¹⁰¹. La matière demeure toutefois dans l'ensemble très obscure, malgré l'effort du législateur de la simplifier en supprimant certaines des pénalités par l'ordonnance du 25 mars 2004¹⁰² et en essayant de les harmoniser avec celle du 7 décembre 2005, et ceci vu l'abondance des textes et leur dispersion, les modifications successives auxquelles ils sont constamment soumis mais aussi la médiocrité de leur rédaction qui comporte souvent des renvois à d'autres textes ce qui nuit considérablement à leur bonne compréhension et ne sert pas du tout l'objectif aujourd'hui recherché de faciliter l'accessibilité du droit.

366. Des intérêts de retard qui majorent progressivement le montant de la créance fiscale. Une des « pénalités » à laquelle peut s'exposer le contribuable et qui nous intéresse dans notre présente recherche est le paiement, au titre de l'article 1727 du Code général des impôts, d'intérêts de retard qui majorent progressivement le montant de la créance fiscale et se distinguent ainsi des majorations fixes qui augmentent brutalement ce montant. L'article 1727 qui figure dans un chapitre II intitulé « pénalités » sous un livre II intitulé « recouvrement de l'impôt » du CGI dispose ainsi que « toute créance de nature fiscale, dont l'établissement ou le recouvrement incombe aux administrations fiscales, qui n'a pas été acquittée dans le délai légal donne lieu au versement d'un intérêt de retard. A cet intérêt s'ajoutent, le cas échéant, les sanctions prévues au présent code »¹⁰³. Le retard dans le paiement d'une

¹⁰¹ Pour un aperçu général de ce système et ses problématiques : S. Austry, « Les sanctions administratives en matière fiscale », *in* Les sanctions administratives, Actualités et perspectives, AJDA, numéro spécial, oct. 2001, p. 51 ; Les sanctions fiscales, Rev. fr. fin. pub., n° 65, mars 1999, numéro spécial, spéc. J. Paultre de Lamotte, « Les sanctions fiscales dans le système français ; présentation de l'ensemble », (p. 9) ; F. Fruleux, « Sanctions, pénalités et intérêts applicables en cas de retard dans le dépôt d'une déclaration de succession », JCP 2002, éd. N., 1460.

¹⁰² Pour une présentation des pénalités supprimées par cette ordonnance, v. JCP 2004, éd. E, 1253.

¹⁰³ Et l'article 1729-0 en vigueur depuis le 31 décembre 2018 poursuit que les dispositions de l'article 1727 s'appliquent aux contributions indirectes, aux droits, taxes, redevances, impositions ou sommes obéissant aux mêmes règles, ainsi qu'à la contribution prévue par l'article 527 établis ou recouverts par la direction générale des douanes et droits indirects. En droit libanais la loi n° 44 du 11 novembre 2008 sur les procédures fiscales prévoit, dans son article 55 non un intérêt moratoire mais une amende pour paiement tardif de la taxe (amende de recouvrement) dont la valeur varie entre 1 et 1,5 % par mois du montant impayé de la taxe selon le genre de celle-ci.

créance de nature fiscale donne donc lieu à des intérêts moratoires qui majorent progressivement le montant initial de cette créance.

Par contre, si le retard est dans l'établissement de l'assiette de l'impôt la majoration est fixe et augmente brutalement le montant de la créance fiscale. En effet, et en application de l'article 1728 CGI, le défaut de production dans les délais prescrits d'une déclaration ou d'un acte comportant l'indication d'éléments à retenir pour l'assiette ou la liquidation de l'impôt entraîne l'application, sur le montant des droits mis à la charge du contribuable ou résultant de la déclaration ou de l'acte déposé tardivement, d'une majoration dont le montant varie de 10 à 80% selon la gravité de l'inexécution¹⁰⁴. Et lorsqu'il est fait application de l'article 1728, le décompte de l'intérêt de retard de l'article 1727 est arrêté au dernier jour du mois de la proposition de rectification ou du mois au cours duquel la déclaration ou l'acte a été déposé (art. 1727, IV. 3). En outre, le retard dans le paiement des sommes dues au titre de l'impôt sur le revenu, des contributions sociales recouvrées comme en matière d'impôt sur le revenu, de la taxe d'habitation, des taxes foncières sur les propriétés bâties et non bâties, des impositions recouvrées comme les impositions précitées et de l'impôt sur la fortune immobilière¹⁰⁵ donne lieu à l'application d'une majoration brutale fixe de 10 %. Lorsque cette majoration est applicable l'intérêt de retard de l'article 1727 CGI cesse d'être décompté (art. 1727 – IV.2). Pour les sommes qui doivent être versées aux comptes de l'Administration fiscale au titre des impositions autres que celles mentionnées à l'article 1730, l'article 1731 dispose que la majoration est de 5%. Dans ce cas, l'article 1727 ne prévoit pas expressément que lorsque cette majoration est applicable l'intérêt de retard cesse d'être décompté et il faut alors en déduire que la majoration de 5% se cumule avec les intérêts moratoires.

¹⁰⁴ Elle est de 10 % en l'absence de mise en demeure ou en cas de dépôt de la déclaration ou de l'acte dans les trente jours suivant la réception d'une mise en demeure, notifiée par pli recommandé, d'avoir à le produire dans ce délai, de 40 % lorsque la déclaration ou l'acte n'a pas été déposé dans les trente jours suivant la réception d'une mise en demeure, notifiée par pli recommandé, d'avoir à le produire dans ce délai et de 80 % en cas de découverte d'une activité occulte.

¹⁰⁵ Ces impositions doivent être versées aux comptes du Trésor.

367. Calcul de l'intérêt de retard. Selon l'article 1727-III et IV CGI le taux de l'intérêt de retard est actuellement de 0,20 %¹⁰⁶ par mois. Il s'applique sur le montant des créances de nature fiscale mises à la charge du contribuable ou dont le versement a été différé. Sauf quelques exceptions citées par le paragraphe IV de cet article¹⁰⁷, l'intérêt de retard est en principe calculé à compter du premier jour du mois suivant celui au cours duquel l'impôt devait être acquitté jusqu'au dernier jour du mois du paiement. En cas de retard de paiement d'une créance de nature fiscale devant être acquittée auprès d'un comptable des administrations fiscales, l'intérêt de retard est calculé à compter du premier jour du mois qui suit la date limite de dépôt de la déclaration ou de l'acte comportant reconnaissance par le contribuable de sa dette ou, à défaut, la réception de l'avis de mise en recouvrement émis par le comptable. Pour toute créance de nature fiscale devant être acquittée sans déclaration préalable, l'intérêt est calculé à partir du premier jour du mois suivant celui au cours duquel le principal aurait dû être acquitté jusqu'au dernier jour du mois du paiement. En cas d'insuffisance de déclaration, il a été décidé que le décompte de l'intérêt de retard applicable à l'impôt dû au titre d'une année n'est pas interrompu par le paiement spontané de l'impôt dû au titre d'une année ultérieure¹⁰⁸. Dans le cas où un contribuable s'est abstenu de déposer une déclaration ou un acte qu'il était tenu de souscrire, le décompte de l'intérêt de retard est arrêté au dernier jour du mois de la première des notifications de redressements régulières reçues par le contribuable¹⁰⁹. En cas de défaut de déclaration, ou de déclaration insuffisante, d'un revenu dans les délais prescrits, l'intérêt de retard doit être calculé sur le total de l'imposition due et non sur la somme correspondant à

¹⁰⁶ Depuis la loi n° 2017-1775 du 28 décembre 2017, art. 55. Il était dans l'ancienne rédaction 0,40 % par mois.

¹⁰⁷ En matière d'impôt sur le revenu et en matière d'impôt sur la fortune immobilière, et sous certaines conditions, le point de départ du calcul de l'intérêt de retard est le 1^{er} juillet de l'année suivant celle au titre de laquelle l'imposition est établie.

¹⁰⁸ CE 13 juillet 2011, Min. du Budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'État, n° 312896 : RJF 2011. 1173; Dr. fisc. 2011. 633, note Vié.

¹⁰⁹ CE 17 décembre 2010, n° 316759 : RJF 2011. 334. Même solution en cas d'insuffisances de déclaration : CE 20 janv. 2016, n° 378078: RJF 2016. 362, concl. Bokdam-Tognetti.

l'imposition qui aurait été réclamée au contribuable, en cas de paiement fractionné de l'impôt, à la date de souscription d'une déclaration du revenu¹¹⁰.

368. La nature juridique des intérêts de retard de l'article 1727 CGI. La doctrine et la jurisprudence s'accordent à distinguer les sanctions fiscales de nature indemnitaire de celles revêtant une nature répressive, sans toutefois fournir un critère clair qui permette de faire le départ entre ces deux catégories. L'importance de l'enjeu de la qualification porte non seulement sur la nécessaire application des garanties constitutionnelles et de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme aux sanctions fiscales à coloration pénale, mais aussi sur l'obligation de motivation des décisions administratives infligeant des sanctions répressives¹¹¹. Dans un arrêt du 30 décembre 1982 dans lequel il se prononçait sur la constitutionnalité d'une loi validant rétroactivement des dispositions fiscales, le Conseil constitutionnel, après avoir précisé que les dispositions de cette loi édictant des peines ne peuvent être soustraites au principe de non-rétroactivité des peines énoncé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, avait jugé que les principes posés à cet article n'ont pas vocation à s'appliquer aux « majorations de droits et intérêts de retard ayant le caractère d'une réparation pécuniaire »¹¹². Dans les termes de cet arrêt on a pu voir une affirmation de la nature indemnitaire des intérêts de retard. Mais à bien le lire on se rend compte que le Conseil constitutionnel semble seulement reprendre dans cet arrêt la distinction sur laquelle s'accordait déjà la doctrine et la jurisprudence entre les sanctions fiscales de nature indemnitaire et les sanctions fiscales de nature répressive sans trancher dans laquelle des deux catégories doivent être rangés les intérêts de retard de l'article 1727 CGI. En effet, il ne déclare pas que les

¹¹⁰ CE 20 janvier 2016, n° 378078 : préc., note 10.

¹¹¹ Cette obligation était imposée par l'article 1^{er} de la loi du 11 juillet 1979 n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public. Cet article a été abrogé par l'ordonnance n°2015-1341 du 23 octobre 2015 - art. 6 et son contenu figure aujourd'hui à l'article L.211-2 du Code des relations entre le public et l'administration. L'article L. 80D LPF précise les conditions d'application de cette obligation de motivation pour les sanctions fiscales.

¹¹² Cons. Const., 30 décembre 1982, no 82-155, Rec. Cons. Const., p. 88 ; Dr. fisc. 1983, no 47. Le Conseil constitutionnel se prononçait dans cette décision sur la constitutionnalité d'une loi validant rétroactivement des dispositions fiscales.

majorations de droits et les intérêts de retard ont le caractère d'une réparation pécuniaire mais seulement que pour ceux qui présentent un tel caractère les garanties constitutionnelles de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen peuvent être écartées.

C'est le Conseil d'Etat qui va franchir véritablement le pas sur ce sujet et affirmer dans son arrêt *Grisoni* du 9 novembre 1988¹¹³ la nature indemnitaire des intérêts de retard et ceci sur le fondement du critère de l'absence d'appréciation du comportement du contribuable. Dans cet arrêt, la haute juridiction administrative a affirmé que « les intérêts de retard sont dus de plein droit sur la base d'imposition à laquelle ils s'appliquent (...) ils n'impliquent ainsi aucune appréciation par l'Administration fiscale du comportement du contribuable et n'ont, dès lors, pas le caractère d'une sanction ». Le Conseil d'Etat conservera sa position même avec l'abandon ultérieur de ce critère de l'absence d'appréciation du comportement du contribuable au profit d'une référence à l'objet de la pénalité¹¹⁴ et continuera à affirmer avec régularité la nature indemnitaire des intérêts dus sur le fondement de l'article 1727 CGI pour écarter l'obligation de motivation des sanctions administratives imposée par l'article 1^{er} de la loi du 11 juillet 1979¹¹⁵, pour décider que leur prononcé n'est pas subordonné à la possibilité pour le contribuable de présenter des observations écrites¹¹⁶, pour ne pas contraindre l'Administration à prononcer une dispense de ces intérêts en cas de bonne

¹¹³ CE, 9 novembre 1988, *Grisoni*, Rec. CE., p 403; Dr. fisc. 1989, n° 1360, concl. B. Martin-Laprade ; Rev. jur. Fisc. 1989, n° 179.

¹¹⁴ CE, 17 février 1992, *Epoux Vermeersch*, Rec. CE, p. 62, Dr. fisc. 1992, n° 2117, concl. Ph. Martin, Rev. jur. fisc. 1992, n° 503 et la chronique de M. Turot, « Pénalités fiscales : une « zone de transit » du droit administratif », p. 263. Selon ce nouveau critère les sanctions fiscales présentent une coloration pénale dès lors qu'elles présentent le caractère d'une punition tendant à empêcher la répétition des agissements qu'elle vise et n'ont pas pour objet la seule réparation d'un préjudice pécuniaire (CE, Avis, 31 mars 1995, *SARL Auto-Industrie Méric*, Rec. CE, p. 154, AJDA 1995.739, note M. Dreiffus.

¹¹⁵ Dont le contenu figure aujourd'hui à l'article L.211-2 du Code des relations entre le public et l'administration. V. notamment, CE, 27 juillet 2001, *Sté Agencinox*, Rev. dr. fisc. 2001, n° 1138 et BDCF, nov. 2001, p. 27, concl. G. Goulard, Procédures 2001, n° 244, note J.-L. Pierre ; 10 avril 1992, *Paccou*, Dr. fisc. 1992, n° 2097, concl. Ph. Martin ; Rev. dr. fisc. 1992, n° 823 ; CE 25 oct. 1989, n° 64737; Rev. jur. fisc 1989. 1427

¹¹⁶ CE, 27 juillet 2001, *Sté Agencinox*, préc.

foi du contribuable¹¹⁷ ou encore pour considérer que le principe de l'application immédiate de la loi plus douce n'est pas applicable à l'intérêt de retard qui ne présente pas le caractère de sanction¹¹⁸.

C'est une position similaire que va adopter la Cour de cassation pour écarter l'application de l'obligation de motivation¹¹⁹, pour refuser la garantie de la non-rétroactivité des peines¹²⁰, ou encore pour leur refuser la mise en œuvre des garanties résultant de l'article 6 Conv. EDH et l'application du principe d'individualisation des peines¹²¹. L'argument majeur en faveur de cette position était lié à la formule introduite par la loi du 8 juillet 1987 qui est venue préciser que le défaut de paiement ou le paiement insuffisant donne lieu au versement d'un intérêt de retard qui est dû « *indépendamment de toutes sanctions* ». Cette loi aurait, et selon les spécialistes de la matière¹²², « affirmé avec une plus grande netteté la distinction entre les sanctions fiscales proprement dites et les intérêts moratoires qui ont un caractère indemnitaire ». La loi du 30 décembre 2005 est venue confirmer cette volonté de distinguer les intérêts moratoires des autres sanctions fiscales et l'article 1727 CGI précise désormais qu'« à cet intérêt [l'intérêt de retard] s'ajoutent, le cas échéant, les sanctions prévues au présent code ». D'ailleurs, au sein de la première section consacrée aux « pénalités » l'« intérêt de retard » se trouve dans une partie A distincte de la partie B consacrée aux « sanctions fiscales ».

¹¹⁷ CE, 4 avril 1997, Sté Kingroup, Rec. CE, p. 133 ; Dr. fisc. 1997, n° 728 ; Rev. jur. Fisc 1997, n° 452. Dans le même sens: CE 6 févr. 1981, n° 18428: Dr. fisc. 1981. 1591, concl. Schricke dans lequel le Conseil d'Etat affirme que l'intérêt de retard est applicable sans qu'il y ait lieu de rechercher si le contribuable est, ou non, de bonne foi.

¹¹⁸ CE 3 févr. 2011, n° 329839 : RJF 2011. 471

¹¹⁹ Cass. com, 29 juin 1999, Rev. jur. fisc. 1999, n° 1299 ; 6 mai 1996, *ibid* 1996, n° 1088.

¹²⁰ Cass. com, 6 octobre 1998, Bull. civ., IV, n° 230 ; Rev. dr. fisc. 1998, n° 1059 ; Rev. jur. fisc., 1998, n° 1503.

¹²¹ Cass. com., 27 septembre 2005, nos 03-14.636, 03-15.245 et 04-14.432 (3 arrêts): Bull. civ., IV, n° 185; RJF 2006. 103 ; Dr. fisc. 2006. 275 et 492, rapp. Guéguen, Procédures 2005, n° 298, note J.-L. Pierre ; D. 2005, IR, 2481: L'intérêt de retard, qui a pour objet la réparation du préjudice subi par le Trésor du fait de l'encaissement tardif de sa créance, et qui, compte tenu de sa finalité réparatrice ne vise pas à punir même s'il peut être dissuasif, ne constitue pas une sanction susceptible de justifier la mise en œuvre des garanties résultant de l'art. 6 Conv. EDH, ou l'application du principe d'individualisation des peines.

¹²² L. Trotabas et J.-M. Cotteret, Droit fiscal, Dalloz, 8^e éd., 1997, n° 32.

369. Contestation de la nature purement indemnitaire de l'intérêt de retard de l'article 1727 CGI. La nature purement indemnitaire de ces intérêts de retard avait pourtant été contestée par une partie de la doctrine¹²³. L'argument majeur de cette contestation était le décrochage évident entre le taux des intérêts moratoires perçus par l'Administration fiscale en application de l'article 1727 CGI quand le contribuable tardait à payer l'impôt dû¹²⁴ et celui des intérêts moratoires perçus par le contribuable sur le fondement de l'article L.208 du Livre des procédures fiscales quand il obtenait devant le juge le remboursement de sommes indument versées¹²⁵. C'est comme si le temps n'avait pas la même valeur pour le contribuable et pour l'Administration fiscale : « si l'on peut juger tout à fait légitime que des majorations importantes soient appliquées aux mauvais payeurs en matière fiscale, il était beaucoup plus difficile de comprendre pourquoi le temps n'avait pas la même valeur pour le contribuable ou pour le Trésor public lorsqu'il est seulement question d'indemniser un préjudice moratoire »¹²⁶. Dès lors « il fallait avoir la foi du charbonnier pour prétendre, avec l'Administration, que l'intérêt de retard a pour seul effet de compenser le prix du temps »¹²⁷. Quelques juges du fond ont voulu lutter contre cette inégalité de traitement. Le Tribunal de grande instance de Paris a ainsi jugé dans une décision rendue le 6 juillet 2000 que la fraction de l'intérêt qui dépasse l'intérêt légal a une nature répressive et qu'à ce titre, elle doit faire l'objet d'une motivation particulière pour être conforme

¹²³ D. Faucher, « Intérêt de retard : la rémunération excessive du prix du temps », JCP 2001, éd. N, n° 15, 13 Avril 2001, p. 754. ; B. Boutemy et E. Meier, « Intérêts de retard, rendez à César ce qui est à César (Mathieu22, 21) ... mais pas plus », Rev. dr. fisc. 2001, 133 ; F. Douet, « Temps de l'administration fiscale et temps du contribuable (ou petits arrangements fiscaux avec le temps) », Petites affiches, 11 mars 1999, n°50, p. 14 et du même auteur, Temps de l'administration fiscale et temps du contribuable (suite des petits arrangements fiscaux avec le temps) », ibid, 16 novembre 2000, n°229, p. 4 ; F. Gréau, thèse préc., n° 473 et s.

¹²⁴ Ce taux était au début fixé à 0,75% par mois (Loi 87-502 1987-07-08, art. 2, JORF 9 juillet 1987).

¹²⁵ On appliquait à ces sommes avant le 1^{er} janvier 2006 le taux légal tel que défini à l'article L. 313-2 C. mon. et fin.

¹²⁶ F. Gréau, thèse préc., n° 473.

¹²⁷ B. Boutemy et E. Meier, « Intérêts de retard, rendez à César ce qui est à César (Mathieu 22, 21) ... mais pas plus », Rev. dr. fisc. 2001, n° 225.

aux principes de la procédure fiscale¹²⁸. Dans un autre jugement, le Tribunal de grande instance de Nîmes, s'appuyant sur les critères dégagés par la CEDH dans l'arrêt Bendenoun pour caractériser une sanction fiscale à « coloration pénale »¹²⁹, s'est estimé « habilité à moduler l'augmentation de la peine pour tenir compte de son ampleur excessive au regard du préjudice effectivement subi par le Trésor public » et ramener ainsi en l'espèce le taux des intérêts au taux légal¹³⁰. De même, le Tribunal administratif de Nantes a décidé de réduire le montant des intérêts au niveau du taux légal après avoir constaté l'absence de motivation de l'Administration fiscale¹³¹.

Cette contestation de la *nature* indemnitaires des intérêts moratoires de l'article 1727 CGI n'a pas reçu l'approbation des deux plus hautes juridictions. Ainsi, dans un avis du 12 avril 2002¹³², le Conseil d'Etat a clairement affirmé que l'intérêt de retard « vise essentiellement à réparer les préjudices de toute nature subis par l'État en raison du non-respect par les contribuables de leurs obligations de déclarer et payer l'impôt aux dates légales » et que « si l'évolution des taux du marché a conduit à une hausse relative de cet intérêt depuis son institution, cette circonstance ne lui confère pas pour autant la nature d'une sanction, au sens du droit interne et de l'art. 6 de la Conv.EDH, dès lors que son niveau n'est pas devenu manifestement excessif au regard du taux moyen

¹²⁸ TGI Paris, 6 juillet 2000, Procédures 2001, n° 76, note J.-L. Pierre ; Rev. dr. fisc. 2001, n° 33 ; Rev. jur. fisc. 2001, n° 257. En l'espèce, la motivation étant absente, le taux d'intérêt a été abaissé par les magistrats parisiens au niveau du taux légal.

¹²⁹ CEDH, 24 février 1994, req. 00012547/86, Bendenoun c/ France n° Lexbase : A2994AUG Cet arrêt avait établi plusieurs critères qui devaient être combinés. Mais non nécessairement réunis, pour caractériser une sanction répressive : une sanction qui s'applique à tous les citoyens en leur qualité de contribuables », qui ne tend pas à la « réparation pécuniaire d'un préjudice mais vise pour l'essentiel à punir pour empêcher la répétition d'agissements semblables », et qui revêt une « ampleur considérable ». ; V. P-F. Racine, Les sanctions fiscales et la Convention européenne des droits de l'homme, Lexbase Hebdo n° 78 du 2 juillet 2003 - édition fiscale n° Lexbase : N7966AAB, J.-M. Priol, Le pouvoir de modulation des juges du fond en matière de pénalités fiscales, Lexbase Hebdo n° 83 du 27 août 2003 - édition fiscale N° Lexbase : N8533AAB et La Convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la confrontation fiscale : l'impact incertain de la CESDH circonscrit à la matière fiscale, Lexbase Hebdo n° 193 du 7 décembre 2005 - édition fiscale N° Lexbase : N1760AKE.

¹³⁰ TGI Nîmes, 15 février 2001, JCP, 2001, éd. E, 1481, note B. Boutemy et E. Meier, Rev. jur. fisc 2001. n° 1603.

¹³¹ TA. Nantes, 18 juillet 2001, Rev. dr. fisc. 2001, n° 225, note B. Boutemy et E. Meier, Procédures 2002, n° 41, note J.-L. Pierre.

¹³² CE, avis, 12 avril 2002, n° 239693, SA Financière Labeyrie: Dr. fisc. 2002. 555, concl. Seners, note Boutemy et Meier ; RJF 2002. 673 ; JCP E 2002, p. 1298 ; D. 2002. IR 1467 ; BOI 13 N-2-02; AJDA 2002. 410, note Guyomar et Colin.

pratiqué par les prêteurs pour un découvert non négocié ». Il ajoute que le niveau de l'intérêt de retard ne peut être utilement critiqué au regard de l'art. 14 Conv.EDH¹³³ et de l'art. 1^{er} du premier Protocole additionnel à cette convention et que « si les stipulations combinées de cet article et de l'art. 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention peuvent être utilement invoquées pour soutenir que la loi fiscale serait à l'origine de discriminations injustifiées entre contribuables, elles sont en revanche sans portée dans les rapports institués entre la puissance publique et un contribuable à l'occasion de l'établissement et du recouvrement de l'impôt. Dès lors, un moyen tiré de l'existence d'une différence de taux entre, d'une part, l'intérêt de retard institué par l'art. 1727 et, d'autre part, les intérêts moratoires calculés au taux de l'intérêt légal, mentionnés aux art. L.207 et L.208 du LPF n'est pas susceptible d'être accueilli ». Cinq années plus tard il affirmera clairement dans un arrêt rendu le 30 novembre 2007 que le moyen tiré de la violation de l'art. 6§1 Conv.EDH est inopérant à l'appui de la contestation de l'application des intérêts de retard, y compris pour la part de ces intérêts excédant ceux qui auraient résulté de l'application du taux de l'intérêt légal¹³⁴.

De son côté, la Cour de cassation a elle-aussi clairement exprimé la volonté de freiner l'application de la Conv.EDH à la matière fiscale et a ainsi approuvé la Cour d'appel de Paris d'avoir énoncé que les intérêts de retard de l'article 1727 CGI, *destinés à compenser le préjudice financier subi par le Trésor public du fait de l'encaissement tardif de sa créance*¹³⁵, ne sont pas des sanctions susceptibles de justifier la mise en œuvre des garanties résultant de l'art. 6 de la Conv.EDH¹³⁶. Elle s'est aussi alignée sur la position du Conseil d'Etat concernant l'inapplicabilité de l'article 14 Conv.EDH et de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel aux relations entre l'Etat et les

¹³³ Cet article dispose que « la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

¹³⁴ CE 30 nov. 2007, n° 292705: RJF 2008. 172 ; concl. Olléon au BDCF 2/08, n° 25.

¹³⁵ Nous soulignons.

¹³⁶ Cass. com., 17 mars 2004, n° 545FS-PBRI, Bull. civ. , IV, n° 54; JCP 2004, IV, 2007, Dr. et patrimoine, oct. 2004, p. 119, n 3554, obs. A. Granier, JCP 2004, IV, 2010, Procédures 2004, n° 142, note J.-L. Pierre. Dans le même sens, Cass. com., 4 février 2004, Defrénois 2004.1252 qui affirme que la mention et la reproduction du texte instituant les intérêts ne sont pas requises dans la notification du redressement.

contribuables¹³⁷. Elle réaffirmera cette position dans un arrêt du 1^{er} juin 2010¹³⁸ dans lequel elle reprend la même formule : « l'intérêt de retard prévu par l'article 1727 du code général des impôts, qui est destiné à compenser le préjudice financier subi par le Trésor public du fait de l'encaissement tardif de sa créance, ne constitue pas une sanction » pour considérer que « la cour d'appel a décidé à bon droit qu'il n'entraîne pas dans le champ d'application de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

Derrière cet écart par les deux plus hautes juridictions de l'application de la Conv.EDH à la matière fiscale résident peut-être des raisons pratiques liées à la personne du créancier.

370. Le Trésor public, un créancier pas comme les autres. Le Trésor public n'est pas, on le sait bien, un créancier comme les autres. Dans un système fiscal entièrement dominé par les privilèges dont dispose l'Administration pour obtenir au plus vite le paiement de ses créances, « la nécessité d'une bonne gestion des fonds publics, l'intérêt général de la collectivité, de même qu'ils justifient l'octroi aux personnes publiques de garanties particulières de paiement, impliquent, plus encore que lorsqu'on est en présence d'un créancier privé, une efficacité renforcée des procédures de recouvrement des créances publiques »¹³⁹. Ces nombreux privilèges dérogeant au droit commun font que les obligations fiscales ont effectivement une force qui dépasse de loin celles des autres obligations, y compris celles résultant d'une décision judiciaire. Ainsi, le rôle ou l'avis de recouvrement des créances fiscales, comme toute décision administrative, bénéficient du « privilège d'exécution d'office » ou « privilège du préalable » qui en

¹³⁷ Cass. com., 27 septembre 2005, (3 arrêts) préc. : les dispositions de l'art. 14 Conv. EDH, combinées avec celles de l'art. 1^{er} du premier protocole additionnel à celle-ci, sont sans portée dans les rapports institués entre l'État et les contribuables à l'occasion de l'établissement ou du recouvrement de l'impôt.

¹³⁸ Cass. com., 1^{er} juin 2010, affaire n° 09-15.561, inédit.

¹³⁹ P. Ancel, « L'exécution par la puissance publique », in La réforme des procédures civiles d'exécution, sous la dir. de R. Perrot, RTDCiv. 1993, numéro spécial, p. 135, n° 3. Sur le particularisme des procédures d'exécution de créances de la puissance publique v. aussi : B. Vigneron, « La réforme des procédures civiles d'exécution et le recouvrement des créances fiscales », Rapport annuel de la Cour de cassation, 1997, p. 173.

font des actes exécutoires sans besoin de s'adresser préalablement au juge¹⁴⁰. De même, au stade de l'exécution forcée, l'Administration n'est pas tenue de faire appel aux huissiers de justice comme pour les créanciers de droit commun puisqu'elle dispose de son propre corps d'agents¹⁴¹. Par ailleurs, le Trésor public dispose d'un moyen très simplifié de recouvrement des créances entre les mains de tout débiteur du contribuable et ceci par le moyen de l'avis à tiers détenteur¹⁴². La force exceptionnelle attachée à l'exécution des obligations fiscales se manifeste notamment dans la présence de nombreuses amendes pénales mais aussi, et jusqu'à sa disparition en matière fiscale en 2004¹⁴³ et bien après sa disparition en matière civile et commerciale en 1867¹⁴⁴, de la contrainte par corps c'est-à-dire « l'incarcération du débiteur défaillant afin de le contraindre au paiement de ses dettes »¹⁴⁵. Cette disparition tardive de la contrainte par corps en matière fiscale¹⁴⁶ témoigne de la volonté du législateur à l'origine de donner aux créances fiscales une tonalité répressive indispensable pour garantir l'honnêteté mais aussi la ponctualité du contribuable car « un système fiscal ne peut tout simplement pas fonctionner sans sanctions administratives »¹⁴⁷. Cette tonalité répressive en matière administrative « obéit pour l'essentiel à un principe

¹⁴⁰ P. Ancel, art. préc., n° 5 et s.; G. Wiederkehr et D. d'Ambra, « Exécution des jugements et des actes », Rép. proc. civ. Dalloz, avril 1994, n° 43 et s.

¹⁴¹ L'article 258 al. 3 LPF dispose ainsi que les poursuites « sont opérées par huissier de justice ou par tout agent de l'administration habilité à exercer des poursuites au nom du comptable »

¹⁴² Procédure semblable à la saisie-attribution apparue en 1991 et dont peut bénéficier tout créancier. Avant 1991 seule l'Administration bénéficiait d'un tel privilège. Sur cette procédure et le rôle qui lui est dévolu après la loi du 9 juillet 1991, v. P. Ancel, art. préc., n° 15 et s.

¹⁴³ La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité a abrogé les articles L.271 et L.272 LPF concernant la contrainte par corps qui pouvait sanctionner le défaut de paiement des impositions et des condamnations prononcées par les juridictions répressives par application de certains articles du CGI.

¹⁴⁴ Loi du 22 juillet 1867.

¹⁴⁵ M. et J.-B. Donnier, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, LexisNexis, 10^e éd., 2020, n° 297. Sur l'évolution de la contrainte par corps : S. Cimamonti, *L'effectivité des droits du créancier chirographaire en droit contemporain*, thèse dactyl., Aix-Marseille III, 1990, n° 131 et s.

¹⁴⁶ La contrainte par corps n'est applicable aujourd'hui en droit français qu'en cas d'inexécution volontaire d'une ou plusieurs condamnations à une peine d'amende prononcées en matière criminelle ou en matière correctionnelle pour un délit puni d'une peine d'emprisonnement, y compris en cas d'inexécution volontaire de condamnations à des amendes fiscales ou douanières (art. 749 et 750 CPP).

¹⁴⁷ S. Austry, art. préc., p. 52.

d'efficacité ; elle est, en partie ou en totalité, dépourvue de la fonction de répression des actes antisociaux qui lui est traditionnellement assignée. Il s'ensuit que le prononcé d'une telle sanction n'est pas l'objectif que souhaite atteindre l'administration qui entreprend les poursuites mais que la crainte qu'elle fait naître permet fréquemment de conclure une transaction »¹⁴⁸.

Dans le domaine fiscal c'est donc la crainte des sanctions qu'encourt le contribuable qui innerve tout le système de recouvrement des créances et qui prime sur tout autre considération. Comme le dit pertinemment un auteur, « c'est l'ensemble de la procédure de recouvrement des créances fiscales qui repose sur une logique comminatoire »¹⁴⁹.

371. Une fonction comminatoire bien nette. Si la *nature* indemnitaire des intérêts moratoires de l'article 1727 du CGI n'est pas aujourd'hui contestée, il est indéniable que ces intérêts moratoires ont une *fonction* coercitive liée à la logique comminatoire qui innerve le droit fiscal dans lequel ils prennent naissance. En effet, si la jurisprudence dans son état actuel n'a toujours pas admis une *nature* répressive ou comminatoire pour les intérêts de retard de l'article 1727 CGI il n'en reste pas moins évident qu'une importante *fonction* comminatoire vient s'ajouter à leur fonction initialement indemnitaire. D'ailleurs, la Cour de cassation, même en affirmant la nature indemnitaire de l'intérêt de retard de l'article 1727 CGI, n'a pas manqué de souligner, il est vrai au passage, une fonction potentiellement comminatoire de cet intérêt. La chambre commerciale, dans les arrêts précités du 27 septembre 2005¹⁵⁰, et tout en affirmant que l'intérêt de retard a pour objet la réparation du préjudice subi par le Trésor du fait de l'encaissement tardif de sa créance et, compte tenu de sa finalité réparatrice, ne vise pas à punir et ne constitue pas une sanction susceptible de justifier la mise en œuvre des garanties résultant de l'article 6 Conv.EDH, ou l'application du principe d'individualisation des peines, relève toutefois que ce dernier peut être « dissuasif ».

¹⁴⁸ S. Guinchard et alii, Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès, Dalloz, 11^e éd., 2021, n° 590.

¹⁴⁹ F. Gréau, thèse préc., n° 476 *in fine*.

¹⁵⁰ Arrêts nos 03-14.636, 03-15.245 et 04-14.432, préc.

C'est précisément cette logique comminatoire qui justifiait l'inégalité, pour ne pas l'appeler discrimination, qui existait avant la loi du 30 décembre 2005 entre l'Administration et le contribuable dans la réparation de leurs préjudices moratoires respectifs¹⁵¹ et à laquelle le législateur, sous pression des nombreuses critiques doctrinales et résistances jurisprudentielles, a jugé utile de mettre fin en 2005. En effet, ce n'est pas parce que le préjudice moratoire de la première était réellement plus lourd que celui du contribuable que les intérêts de retard qui lui étaient attribués étaient d'un montant plus élevé que ceux attribués au second. D'une part, les procédures de recouvrement des créances sont maintes fois plus simplifiées pour l'Administration par rapport à celles du droit commun. D'autre part, il est certain que la privation d'une somme d'argent a des conséquences beaucoup plus lourdes sur le patrimoine d'une personne privée que sur celui du budget de l'Etat. En réalité, c'est dans la différence entre les situations respectives du Trésor public et du contribuable, non dans l'ampleur de leurs préjudices moratoires, que la différence de traitement trouve sa justification réelle. Le Trésor public est créancier d'obligations fiscales et la force attachée à l'exécution de ce type d'obligations ainsi que la primauté donnée à leur recouvrement pour le maintien d'un bon fonctionnement de la société fait de lui un créancier pas comme les autres. Dès lors, la défaillance du contribuable revêt une gravité particulière autre que celle du débiteur de droit commun et doit donc être prévenue autant que possible en amont par des menaces de sanctions. Comme le dit pertinemment un auteur¹⁵², « les sanctions fiscales, dans leur ensemble reposent en effet non pas tant sur la relation individuelle entre un contribuable et le Trésor que sur la volonté d'assurer une pression suffisamment forte sur l'ensemble des contribuables pour assurer l'équilibre des finances publiques. Les intérêts moratoires sont alors inexorablement attirés dans l'orbite de la logique comminatoire qui innerve la procédure fiscale et ont ainsi vocation moins à indemniser le préjudice moratoire du Trésor qu'à faire pression sur le contribuable ».

¹⁵¹ Le droit romain connaissait déjà une pareille discrimination: selon J. Prélot, le fisc n'était pas tenu de payer des intérêts moratoires mais pouvait par contre en percevoir pour simple retard (Intérêts moratoires, thèse, Paris, 1876, p. 34).

¹⁵² F. Gréau, thèse préc., n° 477.

372. Une fonction comminatoire qui transparait dans le régime des intérêts de retard. Cette fonction comminatoire des intérêts de retard de l'article 1727 CGI transparait clairement dans leur régime qui s'attache en grande partie à la bonne ou mauvaise foi du contribuable débiteur. Ainsi l'article L.247 LPF prévoit pour l'Administration, dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire, d'accorder, à la demande du contribuable, des remises totales ou partielles des sommes dues au titre de l'intérêt de retard de l'article 1727. De plus, l'article 1727, II, 1 CGI prévoit que l'intérêt de retard n'est pas dû « au titre des éléments d'imposition pour lesquels un contribuable fait connaître, par une indication expresse portée sur la déclaration ou l'acte, ou dans une note annexée, les motifs de droit ou de fait qui le conduisent à ne pas les mentionner en totalité ou en partie, ou à leur donner une qualification qui entraînerait, si elle était fondée, une taxation atténuée, ou fait état de déductions qui sont ultérieurement reconnues injustifiées »¹⁵³. De même, l'intérêt de retard n'est pas dû, en application des alinéas 3 et 4 de l'article 1727, II, et sauf manquement délibéré, lorsque l'insuffisance des chiffres déclarés, appréciée pour chaque bien, n'excède pas le dixième de la base d'imposition en ce qui concerne les droits d'enregistrement ou la taxe de publicité foncière ou encore lorsque l'insuffisance des chiffres déclarés n'excède pas le vingtième de la base d'imposition en ce qui concerne l'impôt sur le revenu et l'impôt sur les sociétés.

Par ces deux dispositions le législateur a donné au contribuable de bonne foi, et seulement au contribuable de bonne foi, une certaine marge d'erreur qui, quand elle est réparée, ne donne pas lieu à des intérêts de retard qui pourtant, notons-le, auraient pu porter sur des sommes très importantes lorsque la base d'imposition est élevée. Or si ces intérêts de retard devaient exclusivement réparer un préjudice moratoire subi par le Trésor on ne voit pas comment expliquer cette tolérance légale à l'égard du contribuable, même de bonne foi, parait inconciliable avec une fonction purement indemnitaire de ces intérêts et révèle ainsi, de manière éclatante, que ces derniers trouvent en réalité leur raison d'être plus dans le comportement de ce contribuable que dans le préjudice moratoire subi par le Trésor public. En effet, la bonne foi du débiteur

¹⁵³ Pour une application de cette disposition v. CAA Marseille, 11 février 2003, Rev. dr. fisc. 2003, n° 799, concl. J.-L. Bédier. V. également pour un refus d'application : CAA Lyon, 24 octobre 2002, Rev. dr. fisc. 2003, n° 738, concl. A. Bonnet.

n'efface pas le préjudice moratoire du créancier et des intérêts purement indemnitaires tels ceux de l'article 1231-6 du Code civil devraient courir sur la créance impayée que ce débiteur soit de bonne ou de mauvaise foi et quelle que soit la raison de sa défaillance¹⁵⁴. Si la bonne foi du contribuable débiteur le dispense de payer des intérêts de retard, la fonction réelle de ces intérêts ne serait donc plus uniquement de réparer un préjudice moratoire subi par l'Administration mais aussi et surtout de prévenir et de réprimer ces comportements volontairement répréhensibles qui entravent le recouvrement des créances fiscales indispensables pour le bon fonctionnement de la société entière, ce que laisse d'ailleurs pressentir la position de l'article 1727 CGI dans un chapitre intitulé « Pénalités », terme dont la connotation est clairement comminatoire.

Un auteur¹⁵⁵ préconise d'aller encore plus loin et, plutôt que de continuer à nier la nature comminatoire des intérêts de l'article 1727 CGI, « d'admettre ouvertement que l'ensemble des sanctions prononcées par l'Administration fiscale a pour unique objectif de prévenir et de réprimer les défaillances des contribuables » et qu'« il suffit alors de considérer que tout manquement du contribuable à ses obligations est en soi constitutif d'une infraction dont la gravité découle de l'importance attachée au recouvrement de l'ensemble des créances fiscales, infraction qui justifie la mise en œuvre de procédés comminatoires dont les intérêts moratoires font partie intégrante ». Cette analyse aurait, il est vrai, le mérite d'offrir à la condamnation aux intérêts moratoires prononcée par l'Administration fiscale les garanties du procès équitable, garanties auxquelles l'affirmation, non sans artifice, d'une *nature* indemnitaire leur permet encore aujourd'hui d'échapper. Dès lors, cette condamnation devrait faire l'objet d'une motivation et ne pourrait être prononcée avant l'expiration d'un délai de 30 jours permettant au contribuable de présenter ses observations¹⁵⁶. Elle aurait aussi le mérite d'accorder au juge un pouvoir de modulation que la Cour de cassation admet

¹⁵⁴ Sous réserve bien sûr de la défaillance due au comportement du créancier lui-même qui se trouve dans ce cas responsable de son propre préjudice.

¹⁵⁵ F. Gréau, thèse préc., n° 480.

¹⁵⁶ En application de l'article L. 80D LPF qui vise largement « les décisions mettant à la charge des contribuables des sanctions fiscales » ce que seraient les intérêts de retard de l'article 1727 CGI selon cette analyse.

aujourd'hui seulement, pour les pénalités fiscales de nature répressive¹⁵⁷. Cette analyse témoigne toutefois d'un net relâchement du lien qui unit les intérêts moratoires à la responsabilité et il est légitime de se demander s'il vaut mieux encourager ce relâchement au risque de finir par un éclatement de la notion même d'intérêts moratoires, qui constituent tantôt une sanction répressive, tantôt une variété de dommages-intérêts obéissant aux axiomes de la responsabilité civile ou s'il serait plus opportun de combattre ce relâchement en dépouillant les intérêts moratoires de toute fonction comminatoire qui serait alors assignée à un procédé juridique différent.

Les doutes portant sur la nature des intérêts moratoires dont la fonction comminatoire est prééminente et sur l'opportunité de préserver le lien qui les unit à la responsabilité civile sont légitimes et se posent avec encore plus d'acuité lorsqu'il s'agit des intérêts moratoires postérieurs à une décision de justice qui condamne le débiteur récalcitrant au paiement d'une somme d'argent. Au débiteur qui persiste dans son refus d'exécution malgré le prononcé d'une condamnation en justice à son égard le législateur impose le paiement d'intérêts moratoires supplémentaires qui viennent ainsi renforcer la contrainte exercée et suscitent, eux aussi, beaucoup d'interrogations quant à leur fonction, leur nature et la relation qu'ils entretiennent avec la responsabilité civile.

¹⁵⁷ Arrêt Ferreira (Cass. com., 29 avril 1997, Bull. civ., IV, n 110 ; JCP 1997, II, 22935, note F. Sudre ; Petites Affiches 1^{er} déc. 1997, n° 144, p. 6, note G. Tixier et A.-G. Hamonic-Gaux ; Procédures 1997, n° 229, note J.-L. Pierre ; Dr. fisc. 1997, n° 688 ; Rev. jur. fisc. 1997, n° 641). Dans cet arrêt, la chambre commerciale avait estimé que le juge de l'impôt pouvait se prononcer sur le principe et le montant de l'amende en application de l'article 6§1 de la Conv.EDH et a ainsi censuré un arrêt qui avait estimé que l'application de la pénalité prévue à l'article 1840 N quater CGI résultait de la seule constatation matérielle du non-paiement de la taxe en dehors de toute appréciation du comportement du contribuable. La formule est encore plus franche dans un arrêt du 16 novembre 1999 (Cass. com., 16 novembre 1999, Rev. jur. fisc. 2000, n° 296) dans lequel la Cour affirme que l'article 6§1 Conv.EDH « impose qu'un recours de pleine juridiction soit ouvert pour que la sanction fiscale appliquée par l'administration puisse être proportionnée au comportement du contribuable dans les circonstances de l'espèce » ainsi que dans un arrêt du 1^{er} juillet 2003 (Cass. com., 1^{er} juillet 2003, Procédures 2003, n° 246, note J.-L. Pierre) dans lequel elle déclare que l'article 6§1 Conv.EDH « ouvre un recours de pleine juridiction ». Le Conseil d'état décide depuis bien longtemps déjà, contrairement à la Cour de cassation, que le juge de l'impôt doit faire une application stricte de la sanction édictée par le législateur, sans pouvoir la moduler en fonction de la gravité du comportement du contribuable : CE, 8 mars 2002, Clinique médicale de Mazargues, Rev. dr. fisc. 2002, n° 648, concl. G. Goulard ; CE, Avis, 8 juillet 1998, Fattell, Rev. jur. fisc. 1998, n°842 ; CE, Avis, 5 avril 1996, Houdmond, Rec. CE, p. 116 ; Procédures 1996, n° 318, note J.-L. Pierre ; Rev. jur. fisc. , n° 607.

Chapitre 2- La contrainte exercée sur le débiteur condamné.

373. S'il existe bien une « une autonomie de principe de la procédure d'exécution par rapport à la procédure de jugement »¹⁵⁸, il est tout autant indéniable que la période postérieure à la décision ne peut plus aujourd'hui être considérée comme une simple phase administrative entièrement distincte de l'acte juridictionnel. Après un net désintérêt de la doctrine française à l'égard du droit de l'exécution¹⁵⁹, la réforme des voies d'exécution par la loi du 9 juillet 1991 a donné un nouveau souffle à la matière et l'intérêt de la doctrine s'est porté sur l'analyse théorique de l'exécution et sur l'effectivité des décisions judiciaires¹⁶⁰ ainsi que sur la technique de la contrainte dans le droit de l'exécution des décisions judiciaires¹⁶¹. L'idée généralement admise

¹⁵⁸ Ph. Théry, « La notion d'exécution », *in* L'exécution, XXIII^e colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires, Lyon, 19-20 nov. 1999, l'Harmattan, 2001.

¹⁵⁹ J. Prévault, « L'évolution du droit de l'exécution forcée depuis la codification napoléonienne », Mélanges dédiés à Jean Vincent, Dalloz, 1981, p. 297. Il faut toutefois noter que certains auteurs tel G. Calbairac avaient déjà dénoncé la paralysie des décisions de justice et l'orientation « vers un droit dépourvu de sanctions » (« L'exécution des décisions de justice », D. 1947, chron. 85).

¹⁶⁰ L'exécution, XXIII^e colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires, Lyon, 19-20 nov. 1999, préc.; L'effectivité des décisions de justice, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XXXVI, 1985, Paris, Economica, 1987, en particulier le rapport français de M. Perrot (p.105) et le rapport de synthèse de M. Terré (p.8) ; P. Hébraud, L'exécution des jugements civils, RIDC 1957. 170 ; E. Du Rusquec, Réflexions sur l'exécution des décisions de justice en matière civile, Gaz. Pal. 1982. Doctr. 355 ; XVI^e colloque des Instituts d'études judiciaires, Les difficultés d'exécution des décisions de justice, Rennes, 13-15 mai 1985 : rapport général Normand, *in* Mélanges Cosnard, 1990, Economica, p. 393 ; Ph. Théry, *Judex gladii*, Mélanges Perrot, 1996, Dalloz, p. 477 ; E. Krings, Le délai raisonnable à la lumière de la jurisprudence de Strasbourg : vers un droit substantiel à l'exécution des décisions de justice, *in* L'efficacité de la justice civile en Europe, sous la dir. de Caupain et De Leval, 2000, Larcier, p. 222 ; G. Deharo, Ce qu'exécuter veut dire...Une approche théorique de la notion d'exécution, Dr. et proc. 2005/4, 208 ; J. Van Compernelle, Les effectivités d'une nouvelle garantie du procès équitable : le droit à l'exécution du jugement, Mélanges Tarzia, Giuffrè éd., Milan, 2005, t. 1, p. 653 ; R. Perrot, Les métamorphoses de l'exécution en matière civile, *in* Y. Strickler [dir.], Variations juridiques et politiques, 2013, L'Harmattan, p. 15 ; A. Leborgne, Effectivité du droit à l'exécution forcée du créancier et silence des personnes légalement requises, Les Cahiers de droit [Université Laval à Québec], vol. 56, nos 3-4, sept.-déc. 2015 p. 447.

¹⁶¹ R. Perrot, La contrainte par dissuasion, *in* La procédure en tous ses états. Mélanges en l'honneur de Jean Buffet, Paris, Petites affiches, 2004, p. 393-405 ; E. Putman, « La contrainte dans le droit de l'exécution », Rev. rech. jur. 1994. 341 ; P. Draï, « L'exécution des décisions judiciaires et les moyens de pression à la disposition du tribunal », RIDC 1986.511.

aujourd'hui est que le procès ne prend pas fin avec la décision que prononce le juge et l'on note un mouvement de plus en plus large, dans la loi ainsi que dans la jurisprudence, visant à la reconnaissance de l'autonomie d'un droit effectif à l'exécution de la décision de justice prononcée de telle sorte que ce droit est devenu, en droit européen d'abord¹⁶², en droit constitutionnel ensuite¹⁶³, la troisième grande garantie du procès équitable après le droit d'accès à un tribunal et le droit à une bonne justice¹⁶⁴.

C'est dans ce mouvement-là que s'inscrivent les intérêts moratoires dus pour la période postérieure à la décision judiciaire. En effet, dans le but de renforcer l'autorité et l'effectivité des décisions judiciaires et d'inciter le débiteur condamné à une exécution prompte, le législateur français a prévu des intérêts moratoires postérieurs à la décision judiciaire qui, par leur automaticité et une menaçante possibilité de majoration viennent à l'appui du droit à l'exécution de la décision (Section 1). Conditionnés par la force exécutoire de cette décision (Section 2), ils témoignent d'un net glissement de leur fonction, et peut-être de leur nature, de la réparation à la coercition (Section 3).

Section 1- Des intérêts moratoires à l'appui du droit à l'exécution de la décision.

374. Suivant une conception traditionnelle plutôt réductrice de la phase d'exécution¹⁶⁵, il était admis que le procès prenait fin avec la décision judiciaire qui reconnaît le droit du demandeur ou en écarte l'existence. Dès lors que la partie

¹⁶² CEDH 19 mars 1997, *Hornsby c/ Grèce*, n° 18357/91, JCP 1997. II. 22949, note Dugrip et Sudre ; RTDCiv. 1997. 1009, obs. Marguénaud.

¹⁶³ Cons. const. 29 juillet 1998, n° 98-403 DC, JO 31 juill., RD publ. 1999. 79, chron. Rousseau ; JCP 1999. I. 141, chron. Mathieu et Verpeaux, n° 12.

¹⁶⁴ Ce dernier regroupe deux aspects : d'une part, l'organisation de la Justice (dualisme juridictionnel, juridictions judiciaires et administratives, juridictions civiles et pénales, juge unique ou collégialité, indépendance et impartialité des juges, langue parlée devant le tribunal, laïcité des juridictions) et des garanties procédurales (publicité de la procédure, célérité et équité, motivation des jugements etc...)

¹⁶⁵ P. Hébraud, art. préc., p 170-171. Conception adoptée par M. Bandrac dans sa thèse « La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile », thèse Economica, 1986. Préf. P. Raynaud.

condamnée ne s'exécutait pas spontanément une nouvelle phase s'ouvrirait pour aboutir à la réalisation effective du droit reconnu dans la décision et cette phase administrative¹⁶⁶ était considérée comme nettement distincte de l'acte juridictionnel lui-même. Or, en réalité, le jugement ne suffit pas à concrétiser un droit. Obtenir un jugement favorable est certes pour le créancier une condition nécessaire mais en réalité elle demeure insuffisante à elle seule pour lui assurer un paiement effectif de sa créance : « le fait est que la réalité est cruelle, et que le droit n'est véritablement réalisé qu'avec l'exécution. De ce point de vue, le jugement est une nécessité plus qu'une finalité »¹⁶⁷. Une fois que l'action a pris fin avec le prononcé de la décision, la condamnation ne fait que donner naissance à un droit à l'exécution. Les intérêts moratoires se révèlent être, dans l'un de leurs aspects, de vrais outils de contrainte indirecte (§2) qui viennent à l'appui de ce droit à l'exécution tel qu'il a été consacré dans le droit européen puis dans le droit constitutionnel français (§1).

§1- La consécration d'un droit à l'exécution.

375. Le droit à l'exécution, « partie intégrante du procès ». Il est vrai que « l'inexécution d'un jugement est plus grave peut-être qu'une absence de jugement »¹⁶⁸. Un droit à l'exécution appelait donc à être consacré, non comme une simple phase administrative distincte de l'acte juridictionnel mais comme un prolongement direct de l'action dans une conception plus élargie et plus pragmatique du procès. C'est cette conception qui a été clairement consacrée par la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans son arrêt très remarqué du 19 mars 1997 (*Hornsby c/ Grèce*). Dans cet arrêt la Cour a décidé que l'exécution d'un jugement devait être considérée comme faisant partie intégrante du procès au sens de l'article 6 de la Convention EDH : « Le droit d'accès à un tribunal serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un État

¹⁶⁶ Cette phase demeure administrative puisque l'exécution est réalisée par l'huissier de justice avec le soutien éventuel de la force publique même si le juge est appelé à intervenir dans certains aspects.

¹⁶⁷ Ph. Théry, « L'après-jugement, aspects sociologiques », Arch. phil. dr., 1995, t. 39, p. 259, n° 1.

¹⁶⁸ J. Normand, « Les difficultés d'exécution des décisions de justice », La terre, la famille, Le juge, Etudes offertes à Henri-Daniel Cosnard, Economica, 1990, p. 394.

contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie. En effet, on ne comprendrait pas que l'article 6, § 1, décrive en détail les garanties de procédure (équité, publicité et célérité) accordées aux parties et qu'il ne protège pas la mise en œuvre des décisions judiciaires ; si cet article devait passer pour concerner exclusivement l'accès au juge et le déroulement de l'instance, cela risquerait de créer des situations incompatibles avec le principe de la prééminence du droit que les États contractants se sont engagés à respecter en ratifiant la Convention... ; L'exécution d'un jugement ou arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit donc être considérée comme faisant partie intégrante du procès au sens de l'article 6 »¹⁶⁹. Cette décision a reçu l'approbation de la doctrine qui en a déduit l'existence d'un droit autonome à l'exécution de la décision judiciaire¹⁷⁰, droit que certains auteurs n'ont pas hésité à qualifier de fondamental¹⁷¹.

La solution ainsi adoptée par la CEDH a été confirmée en termes clairs et nets par un arrêt postérieur de la même juridiction du 11 janvier 2001 dans lequel la Cour entend vérifier si le requérant a bénéficié de son droit à un tribunal « dont le droit à l'exécution d'un jugement ou arrêt, de quelque juridiction que ce soit, fait partie intégrante »¹⁷². Dans le même sens, elle décide qu'« en s'abstenant de prendre des mesures efficaces et

¹⁶⁹ CEDH 19 mars 1997, *Hornsby c/ Grèce*, Dr. adm. 1997, n° 185 ; AJDA 1997. 986, obs. Flauss ; JCP 1997. II. 22949, note O. Dugrip et F. Sudre ; RTDCiv. 1997. 1009, obs. Marguénaud ; D. 1998. 74, note Fricero ; JDI 1998. 185, note Ascensio ; RG proc. 1998. 230, obs. Flauss ; S. Guinchard, AJDA n° spécial juill.-août 1998. 191, spéc. p. 207-208, §40. Cette solution a par la suite été confirmée par l'arrêt *Immobilière Saff. c/ Italie* [législation italienne qui empêche l'exécution d'une ordonnance judiciaire d'expulsion d'un immeuble], CEDH 28 juill. 1999, D. 2000. Somm. 186, obs. Fricero ; JCP 2000. I. 203, n° 12, obs. Sudre] et par l'arrêt *Antonakopoulos, Voortsela et Antonakopoulou c/ Grèce* du 14 déc. 1999 [refus de l'État d'exécuter un arrêt définitif et exécutoire de la Cour des comptes qui ordonnait à l'État de verser aux requérants une pension supplémentaire], JCP 2000. I. 203, n° 12, obs. Sudre.

¹⁷⁰ En ce sens, note O. Dugrip et F. Sudre, note préc., spéc. n°3 et s. ; S. Guinchard et alii, *Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès*, préc. n° 476 ; S. Guinchard, « Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel », *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, éd. Frison-Roche, 1999, p. 139, spéc. p. 168-169 ; E. Krings, *Le délai raisonnable à la lumière de la jurisprudence de Strasbourg : vers un droit substantiel à l'exécution des décisions de justice*, in *L'efficacité de la justice civile en Europe*, sous la dir. de Caupain et De Leval, 2000, Larcier, p. 222 ; N. Fricero, « le droit européen à l'exécution des jugements », *Rev. huissiers* 2001.6.

¹⁷¹ Ch. Hugon, « Le droit à l'exécution des décisions de justice, Libertés et droits fondamentaux, sous la dir. de R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et Th. Revet, Dalloz, 10^e éd. 2004, p. 599, n° 796 et s. ; N. Fricero, art. préc. n° 4 et s.

¹⁷² CEDH 11 janvier 2001, *P. M., Lunari c/Italie*, n° 21463/93, RTDCiv. 2001.447, n°4, obs. J.-P. Marguénaud.

nécessaires pour l'exécution de la décision judiciaire définitive et exécutoire, les autorités nationales ont privé les dispositions de l'article 10 de la Convention EDH de tout effet utile (...); l'État, en sa qualité de dépositaire de la force publique, doit avoir un comportement diligent et assister les requérants dans l'exécution de la décision qui leur est favorable, plus particulièrement par l'intermédiaire des huissiers de justice »¹⁷³.

La CEDH est allée encore plus loin dans la protection du droit à l'exécution de la décision judiciaire et a considéré que l'inexécution d'un jugement qui consacre un droit garanti par la Convention, constitue *une violation de ce droit*. La créance constatée dans le titre exécutoire que constitue le jugement est qualifiée de « bien » au sens de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 ; dès lors, la non-exécution ou l'exécution tardive constitue non seulement une violation des garanties du procès équitable, mais aussi une ingérence disproportionnée dans le droit au respect des biens¹⁷⁴. Il a ainsi été décidé pour un jugement d'expulsion qu'un refus injustifié du concours de la force publique portait atteinte au droit au respect des biens¹⁷⁵. La Cour a même opéré une extension du droit à l'exécution à des tiers à la décision non exécutée dans la mesure où cette non-exécution affectait leurs droits¹⁷⁶.

376. Le droit à l'exécution, « corollaire de la séparation des pouvoirs » . Le Conseil constitutionnel français a lui aussi consacré le droit à l'exécution forcée d'une décision de justice dans sa décision du 29 juillet 1998 lors de l'examen de la loi relative

¹⁷³ CEDH 10 mai 2012, Frasila et Ciocirlan c/ Roumanie, req. n° 25329/03, Procédures 2012, n° 247, obs. Fricero ; Dr. et proc. 2012-8, Cah. dr. pr. intern., n° 1, p. 10, obs. Fricero. Cette jurisprudence sur le droit à l'exécution doit, selon la Cour, recevoir application en matière de procédure *d'exequatur* et le refus d'accorder *l'exequatur* d'un jugement représente une ingérence dans le droit du demandeur à un procès équitable (CEDH 29 avr. 2008, Jackson Mc Donald c/ France, RTDCiv. 2008. 646, obs. Marguénaud; JDI 2009. 193, note Marchadier, mais décision d'irrecevabilité, car le demandeur avait essayé de faire échec à une décision française en s'adressant à un juge américain ; CEDH 4 nov. 2008, Dinu c/ Roumanie et France, Procédures 2008, n° 333, obs. N. Fricero ; Dr. et proc. 2009-2, Cah. Dr. et proc. intern., n° 16, p. 10, obs. Fricero ; CEDH 27 mai 2010, Hohenzollern c/ Roumanie).

¹⁷⁴ CEDH 18 décembre 2008, Plotnikovi c/ Russie, Dr. et proc. 2009-2, Cah. Dr. et proc. intern., n° 14, p. 9, obs. Fricero ; CEDH 2 juin 2009, Dogangün c/ Turquie, Dr. et proc. 2009-5, n° 6, p. 21, obs. Fricero.

¹⁷⁵ CEDH 21 janvier 2010, 2 arrêts, Fernandez et alii, Barret et Sirjean c/ France [biens occupés situés en Corse], Dr. et proc. 2010-3, Cah. Dr. et proc. intern., n° 5, p. 3, obs. Fricero; RTDCiv. 2010. 293, obs. Marguénaud ; même jour, R. P. c/ France, Procédures 2010, n° 71, obs. Fricero.

¹⁷⁶ CEDH 15 octobre 2009, Union des cliniques privées de Grèce c/ Grèce, D. 2010. 628, note Tharaud.

à la lutte contre les exclusions¹⁷⁷. Il a ainsi jugé que la règle selon laquelle tout jugement peut donner lieu à exécution forcée « est le corollaire de la séparation des pouvoirs » et cette règle ne peut être écartée que pour « des circonstances exceptionnelles tenant à la sauvegarde de l'ordre public ». Dès lors n'est pas conforme à la Constitution et constitue une atteinte à l'autorité de la chose jugée la disposition prévoyant que, lorsque le préfet accorde le concours de la force publique à l'exécution d'un jugement d'expulsion, « il s'assure qu'une offre d'hébergement est proposée aux personnes expulsées » puisque cette « diligence administrative pourrait être un motif de refus de concours de la force publique », motif qui, « par lui-même, ne relève pas de la nécessité de sauvegarder l'ordre public ».

377. Un droit qui s'appuie sur la contrainte. A une analyse autrefois excessivement réductrice de la phase de l'exécution s'est donc substituée une approche plus pragmatique où l'effectivité des droits prime sur leur simple proclamation théorique¹⁷⁸ et où le droit à l'exécution est devenu un droit distinct se situant dans le prolongement du procès. L'exécution étant désormais perçue comme « la clef de voûte du droit au procès équitable » selon les termes utilisés par N. Fricero¹⁷⁹, le droit à l'exécution tel que consacré dans le droit européen et dans le droit constitutionnel oblige l'Etat non seulement à exécuter sans tarder une décision judiciaire qui le condamne comme c'était le cas dans l'arrêt *Hornsby*, mais aussi à mettre en œuvre toutes les procédures d'exécution nécessaires pour porter le particulier condamné à s'exécuter dans un délai raisonnable. Il est vrai que le droit français avait, avec la réforme opérée par la loi du 9 juillet 1991, revalorisé le titre exécutoire en assurant une effectivité accrue des procédures d'exécution mobilières qui ont été simplifiées et diversifiées¹⁸⁰ tout en donnant vie au juge de l'exécution, créé en 1972 mais sans que

¹⁷⁷ Cons. const. 29 juillet 1998, préc.

¹⁷⁸ M.-A. Frison-Roche, « Effectivité des droits substantiels », in Procédure(s) et effectivité des droits, Actes du colloque des 31 mai et 1^{er} juin 2002 à la Faculté de droit de Strasbourg, sous la dir. de D. D'Ambra, F. Benoit-Rohmer et C. Grewe, Bruylant, coll. Droit et Justice, 2003, p. 1, n° 16 *in fine*.

¹⁷⁹ Note sous CEDH, *Hornsby c/Grèce*, préc., n° 6.

¹⁸⁰ V. sur l'ensemble de cette réforme : M. et J.-B. Donnier, Voies d'exécution et procédures de distribution, préc., n° 31 et s. ; La réforme des procédures civiles d'exécution, Actes du colloque des 28 et 29 janvier 1993, sous la dir. de R. Perrot, RTDCiv. 1993, numéro spécial.

sa compétence et ses pouvoirs aient, jusque-là, été précisés. Cette réforme a été continuée avec l'ordonnance n° 2011-1895 du 19 décembre 2011 qui a codifié les textes anciens relatifs aux voies d'exécution mobilières et introduit des textes nouveaux concernant notamment la saisie immobilière, puis poursuivie par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation et la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle et enfin par le décret n° 2019-1333 réformant la procédure civile¹⁸¹ qui, parmi d'autres dispositions, a instauré le principe de l'exécution provisoire de droit.

Or les voies d'exécution sont d'abord des moyens de pression¹⁸². En effet, la réalisation effective du droit proclamé par la décision judiciaire qui, seule, aboutit à la satisfaction effective du créancier par paiement, s'appuie traditionnellement sur la contrainte. Elle est obtenue par l'application de mesures de coercition, qui en sont l'instrument¹⁸³. Mais la réalité pratique montre que l'exécution n'est pas toujours obtenue par la mise en œuvre de voies d'exécution *stricto sensu* faisant appel à la force publique à l'encontre du débiteur récalcitrant. Elle est le plus souvent obtenue par des procédés plus subtils de contrainte indirecte qui exercent sur ce débiteur une pression afin de le conduire à une exécution, sinon spontanée, au moins volontaire sans intervention de la force publique, une simple menace venant à bout de la grande majorité des mauvais payeurs. Selon les termes de Ph. Théry, « la réalité de l'exécution est là, dans cette exécution volontaire à défaut d'être spontanée »¹⁸⁴.

Un de ces procédés de contrainte indirecte les plus fréquemment utilisés est l'astreinte dont tout juge, même d'office, peut assortir sa décision pour en assurer l'exécution dans les plus brefs délais ou que le juge de l'exécution peut attacher à une décision rendue par un autre juge « si les circonstances en font apparaître la

¹⁸¹ JORF n°0288 du 12 décembre 2019.

¹⁸² Ph. Théry, « L'après-jugement, aspects sociologiques », préc., n° 16 : « Depuis longtemps, les praticiens de l'exécution, et ceux qui s'y intéressent, savent que les voies d'exécution sont d'abord des moyens de pression ».

¹⁸³ P. Hébraud, art. préc., p. 173.

¹⁸⁴ Ph. Théry, « L'après-jugement, aspects sociologiques », préc., n° 17. Sur l'incitation à l'exécution : J. Normand, « Les difficultés d'exécution des décisions de justice », préc., p. 402 et s.

nécessité »¹⁸⁵. Les intérêts moratoires postérieurs à une décision de condamnation peuvent, eux aussi, constituer un moyen efficace de contrainte indirecte venant à l'appui du droit à l'exécution de la décision judiciaire¹⁸⁶.

§ 2- *Les intérêts moratoires, un outil principal de contrainte indirecte.*

378. On pourrait être porté à penser que les intérêts postérieurs à la décision judiciaire sont en fin de compte des intérêts sur une somme d'argent, il est vrai fixée par le juge, mais en tout cas techniquement similaire aux créances monétaires de l'(anc.) article 1153 du Code civil puisque le débiteur doit verser un certain nombre d'unités monétaires au créancier de la dette devenue exigible. La seule différence serait que dans un cas le *quantum* de la dette est fixé par les parties ou la loi alors que dans l'autre il est fixé par le juge. A partir de là on pourrait être tenté de régler le sort de ces intérêts post-condamnation en leur appliquant la solution prévue par l'(anc.) article 1153 avec ce qu'elle implique comme obligation de mettre en demeure le débiteur. Or, dès 1936, la Cour de cassation a refusé cette assimilation qui ferait abstraction de la force attachée à une décision judiciaire et de la valeur de l'obligation judiciaire

¹⁸⁵ Article L.131-1 du Code des procédures civiles d'exécution. Cet article, codifié par l'ordonnance 2011-1895 du 19 décembre 2011, reprend les termes exacts de l'ancien article 33 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution. En droit libanais, l'article 569 Code de procédure civile (il n'y a pas en droit libanais un code de procédure civile d'exécution et les dispositions relatives à l'exécution sont contenues dans les articles du code de procédure civile) dispose que les tribunaux peuvent, même d'office, décider d'une astreinte pour garantir l'exécution des décisions par elles rendues. V. sur l'astreinte *supra* n° 257.

¹⁸⁶ La question s'est posée concernant l'opportunité d'étendre ce système des intérêts aux actes authentiques (et aux actes sous seing privé en droit libanais) qui, eux aussi, ont force exécutoire et qui se voient appliquer des règles concernant l'exécution du jugement (M. Goré, « L'acte notarié, instrument de l'exécution forcée », Petites affiches, 11 août 1997, n° 96, p. 5 ; M. Dagot, « La force exécutoire de l'acte notarié », Petites affiches, 6 janvier 1993, n° 3, p.23). Il semble cependant préférable de réserver ce moyen de pression que constituent les intérêts moratoires aux seules décisions judiciaires puisque, malgré la sécurité que peut procurer l'acte notarié, il constitue néanmoins « un fondement beaucoup plus fragile aux opérations d'exécution qu'une décision de justice » (P. Ancel, « Exécution des contrats et exécution des décisions de justice », in L'exécution, XXIII^e colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires, Lyon, 19-20 nov. 1999, préc., p. 169) surtout qu'il ne vide pas toutes les contestations potentielles quant à la validité ou au contenu du contrat. Ce point commun qu'a l'acte notarié (ou sous seing privé en droit libanais) avec une décision judiciaire qu'est la force exécutoire ne suffit pas à masquer le fait que le « rôle du notaire n'est que réceptif. A l'inverse, dans une décision, l'autorité fait preuve de volonté à propos du rapport de droit qui lui est soumis » (M. Goré, art. préc., p.5).

consacrée qui ne peut en aucun cas être assimilée à une simple obligation conventionnelle ou légale. Dans son célèbre arrêt du 5 novembre 1936¹⁸⁷ elle a ainsi dispensé le créancier de la condamnation à une indemnité de mettre en demeure son débiteur en posant le principe du départ des intérêts moratoires sur les créances fixées par le juge à partir du jour du prononcé de la décision. Elle a ensuite réaffirmé explicitement cette dispense¹⁸⁸ alors que certains juges du fond¹⁸⁹, et une partie de la doctrine¹⁹⁰ préconisaient le départ de ces intérêts à partir de la notification de la décision ou d'un commandement de payer. La solution a été par la suite consacrée à l'(anc.) article 1153-1 du Code civil¹⁹¹ qui disposait qu'« en toute matière, la condamnation à une indemnité¹⁹² emporte intérêts au taux légal même en l'absence de demande ou de disposition spéciale du jugement. Sauf disposition contraire de la loi, ces intérêts courent à compter du prononcé du jugement à moins que le juge n'en décide autrement », et poursuit qu'« en cas de confirmation pure et simple par le juge d'appel d'une décision allouant une indemnité en réparation d'un dommage, celle-ci porte de plein droit intérêt au taux légal à compter du jugement de première instance. Dans les autres cas, l'indemnité allouée en appel porte intérêt à compter de la décision d'appel »¹⁹³.

Les créances liquides *ab initio* produisent elles aussi, outre ceux qui courent depuis la mise en demeure et jusqu'au prononcé de la décision judiciaire, des intérêts moratoires qui courent après la décision judiciaire qui condamne le débiteur au

¹⁸⁷ Cass. civ., 5 novembre 1936, préc.

¹⁸⁸ Cass. civ. 2^e, 6 mars 1963, D. 1963, somm.97 ; Cass. crim., 30 octobre 1968, D. 1969.451, note R. Meurisse ; Cass. civ. 2^e, 15 juin 1973, Bull. civ., II, n° 196 ; JCP 1973, IV, 288.

¹⁸⁹ Lyon, 30 décembre 1929, DH 1930.174 ; Nîmes, 22 octobre 1931, RGTA 1932.545 ; Trib. Civ. Seine, 9 mai 1933, Gaz. Pal. 1933.2.357 ; Paris, 29 novembre 1951, Gaz. Pal. 1952.1.266 ; RTDCiv. 1952.228, n° 38-2, obs. H. L. Mazeaud ; TGI Seine, 6 février 1961, Gaz. Pal. 1961.2.98.

¹⁹⁰ Dont notamment, B. Bouloc, note sous Cass. civ 2^e, 18 novembre 1970, D. 1971.567 ; R. Meurisse, note préc. ; H. Lalou, « Les intérêts des dommages-intérêts », DH 1935, chr. 65.

¹⁹¹ Devenu l'article 1231-7 après la dernière réforme de 2016.

¹⁹² Pour des développements concernant les créances soumises à cet article v. partie exigibilité et liquidité II- B. p 18 (réf. exacte à insérer ultérieurement).

¹⁹³ Ces dispositions n'ont pas d'équivalent dans la loi libanaise mais la jurisprudence libanaise applique l'article 265 COC dans le sens des dispositions de l'(anc.) article 1153-1 pour les créances liquidées par le juge (v. *supra* n° 98).

paiement. Ces intérêts postérieurs sont-ils calqués dans leur fondement et leur régime sur les intérêts échus antérieurement à la décision judiciaire ou se rapprochent-ils plutôt des intérêts postérieurs sur une condamnation à une indemnité liquidée par le juge ?

L'examen des caractéristiques de ces deux catégories d'intérêts postérieurs au jugement pourrait apporter des éléments de réponse à cette question. Il est clair que dans les deux cas l'ordre d'exécution donné par le juge s'accompagne d'un régime d'intérêts plus sévère que celui résultant d'une simple application des dispositions de l'article 1231-6 du Code civil. Ces intérêts moratoires postérieurs à la décision de condamnation se distinguent ainsi par leur automatisme (A) mais aussi par une menaçante possibilité de majoration (B).

A- Des intérêts moratoires automatiques.

379. Des intérêts moratoires automatiques sur les créances liquidées par le juge. L'article 1231-7 du Code civil, comme l'article 1153-1 avant lui, dispose que « la condamnation à une indemnité *emporte* intérêts au taux légal *même en l'absence de demande ou de disposition spéciale du jugement* »¹⁹⁴. La formulation de cet article suggère clairement que c'est la condamnation à une indemnité en elle-même qui emporte automatiquement et *de jure* des intérêts au taux légal. Ces intérêts judiciaires ne nécessitent aucune demande de la part du créancier de l'indemnité et ils sont dus même sans disposition spéciale dans le jugement, comme s'ils étaient un attribut inhérent à tout jugement condamnant à une indemnité. La volonté des parties ne saurait d'ailleurs ni en écarter le cours ni en modifier le taux¹⁹⁵. Il a ainsi été décidé que, même octroyées sous forme de provision, ces condamnations indemnitaires emportent intérêts au taux légal et que viole l'art. 1153-1 (anc.) la cour d'appel qui retient qu'une provision n'est qu'une avance octroyée dans l'attente de l'évaluation définitive de la somme due

¹⁹⁴ Nous soulignons.

¹⁹⁵ La jurisprudence ne s'est pas encore, à notre connaissance, prononcée explicitement sur cette question mais la solution peut être déduite des termes de l'article L. 313-3 du C. mon. et fin. qui prévoit que c'est le taux légal qui est majoré de cinq points sans envisager la possibilité qu'un autre taux ait été prévu.

et n'ouvre aucun droit au titre des intérêts légaux¹⁹⁶. Ces intérêts sont automatiques même pour une sentence arbitrale¹⁹⁷. Ils le sont aussi pour une décision étrangère. Il a ainsi été décidé que l'(anc.) art. 1153-1 (anc.) du Code civil s'applique, comme loi du for, à l'exécution en France d'une condamnation prononcée par une juridiction étrangère reconnue exécutoire¹⁹⁸, mais les intérêts moratoires dus en exécution d'une condamnation prononcée par une juridiction étrangère ne courent qu'à compter de la décision d'exequatur¹⁹⁹.

Si les intérêts moratoires sur une créance liquidée par le juge sont automatiques et échappent à la volonté des parties qui n'a aucune emprise sur leur cours et ne saurait en modifier le taux, qu'en est-il pour les intérêts des créances liquides *ab initio* que le juge condamne le débiteur à payer au créancier et ceci pour la période postérieure au jugement ?

380. Des intérêts moratoires automatiques sur les créances liquides *ab initio* ?

L'article 1231-6 du Code civil comme l'article 1153 avant lui, n'a pas prévu une règle pareille à celle de l'article 1231-7 (anc. article 1153-1) pour les créances monétaires *a priori* liquides. Quand bien même, la jurisprudence tend à assimiler ces dernières sur le plan procédural aux créances de l'(anc.) article 1153-1 et considère non seulement que les intérêts moratoires des sommes réclamées sont dus à compter de la sommation de payer même s'ils n'ont pas été réclamés par un chef spécial des conclusions, c'est-à-dire en l'absence même de toute demande du créancier en ce sens, mais aussi les juges du fond n'ont pas nécessairement à prononcer, par une disposition spéciale, une condamnation aux intérêts de l'(anc.) article 1153 qui courent par le seul effet de la loi et octroie même au juge de l'exécution le pouvoir de préciser le dispositif d'une décision

¹⁹⁶ Cass. civ. 2^e, 19 octobre 2000, n° 98-21.407 P.

¹⁹⁷ Cass. civ. 1^{re}, 9 janvier 2007, n° 04-10.719 P: JCP 2007. I. 168, obs. Ortscheidt.

¹⁹⁸ Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 2007, n° 04-17.127 P: D. 2007. chron. C. cass. 2328, n° 2, obs. Chauvin ; *ibid.* AJ 874, obs. Gallmeister ; Dr. et proc. 2007. 227, note Cuniberti ; Rev. crit. DIP 2007. 784, note Libchaber ; JDI 2008. 537, note Bollée.

¹⁹⁹ Même arrêt. Dans le même sens : Cass. civ. 1^{re}, 19 novembre 2015, n° 14-25.162 P.

qui ne s'est pas prononcée sur les intérêts moratoires, en estimant qu'il ne s'agit pas d'une modification du dispositif mais d'une simple précision²⁰⁰.

Cette solution qui assimile dans un même automatisme les intérêts moratoires de l'article 1231-6 à ceux de l'article 1231-7 du Code civil rappelle la solution admise en droit romain qui appréhendait d'une manière uniforme les intérêts d'une condamnation pécuniaire²⁰¹. Sans doute contestable pour les intérêts que produit la créance monétaire pendant la période antérieure au jugement²⁰², la solution retrouve une certaine logique pour la période postérieure au jugement où il s'agit plus d'exécuter l'ordre du juge que d'exécuter une obligation légale ou conventionnelle. « Si dans la phase antérieure au jugement il est justifié de distinguer suivant que l'obligation monétaire est ou non exigible, il n'en va pas de même dans la phase postérieure où les obligations monétaires aspirent à une analyse uniforme », puisque « postérieurement au jugement, il est moins question de l'exécution du contrat que de l'exécution d'une décision de justice »²⁰³. En effet, l'exécution du jugement ne se confond pas avec l'exécution du contrat et « le juge ne se contente pas d'apposer une formule exécutoire sur un contrat préexistant, il prononce une condamnation sur le fondement de l'engagement contractuel, et c'est cette condamnation, non directement l'engagement, qui est assorti de la force exécutoire (...) »²⁰⁴. Ainsi, dans l'hypothèse où le juge condamne le débiteur au paiement d'une créance liquide *ab initio* mais rejette la demande du créancier concernant les intérêts moratoires de cette créance à compter de la mise en demeure soit parce qu'il considère que le retard lui était imputable²⁰⁵ soit, dans le nouveau

²⁰⁰ V. sur cette assimilation par la jurisprudence, sur le plan procédural, des intérêts de l'(anc.) article 1153 à ceux de l'(anc.) article 1153-1 du Code civil *supra* n° 334.

²⁰¹ Selon J. Prélôt, « quelle que fut la nature de l'obligation antérieure, la condamnation survenue opérerait novation ; les intérêts conventionnels, légaux, ou même judiciaires, s'il en était dû, cessaient de courir pour faire place aux intérêts *rei judicatae* » (Intérêts moratoires, thèse, Paris 1976, p. 51)

²⁰² Pour une critique de cet automatisme des intérêts moratoires pendant la phase antérieure au jugement qui en fait un simple accessoire de la créance principale, et l'inapplicabilité de cette solution en droit libanais, v. *supra* n° 335 et s.

²⁰³ F. Gréau, thèse préc., n° 425.

²⁰⁴ P. Ancel, « Exécution des contrats et exécution des décisions de justice », in l'Exécution, XXIII^e colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires, Lyon, 19-20 nov. 1999, préc., p. 164-165.

²⁰⁵ Pour des exemples d'arrêts qui admettent la suppression des intérêts à raison de la responsabilité du créancier dans le retard du débiteur v. Cass. civ. 2^e, 9 juillet 1997 [*a contrario*], n° 95-18.319 ; Cass.

régime issu de l'ordonnance du 10 février 2016, parce que le créancier refuse, sans motif légitime, de recevoir le paiement dû et que le débiteur le met en demeure, ce qui « arrête le cours des intérêts » (art. 1345, al. 2 du C. civ.)²⁰⁶, le débiteur ne saurait rester dispensé de tout intérêt moratoire à compter de la décision qui le condamne à payer. En effet, une telle solution ne devrait pas être envisageable en droit français, ne serait-ce que parce que l'article L.313-3 C. mon. et fin. vise par la majoration toutes les condamnations pécuniaires, ce qui présuppose que des intérêts courent toujours sur toutes ces condamnations monétaires avant que la majoration n'intervienne. Des intérêts moratoires au taux légal courent donc automatiquement sur la créance constatée dans la décision même si le juge, pour une raison ou une autre, avait dispensé le débiteur de payer les intérêts moratoires de la somme pour la période allant de la sommation, ou tout autre acte équivalent, et jusqu'au prononcé de la décision.

Postérieurement à la décision de condamnation, que la créance ait été liquide *ab initio* ou qu'elle ait été liquidée par la décision judiciaire, seul importe donc l'ordre du juge et la distinction entre les deux types de créances s'estompe. L'application uniforme de la majoration du taux des intérêts à toutes les créances monétaires vient le confirmer.

B- Des intérêts moratoires croissants.

381. Une éventuelle majoration du taux légal. Afin d'accentuer la pression sur le débiteur et d'endiguer les comportements dilatoires de certains débiteurs qui ont pu profiter d'une inflation monétaire alors galopante, le législateur a prévu par une ordonnance du 7 janvier 1959²⁰⁷ une légère majoration du taux de l'intérêt légal en cas

soc., 3 juillet 1996, n° 94-43.403 ; Cass. com., 19 octobre 1993 [*a contrario*], n° 91-17.703, Bull. civ. IV, n° 348 ; Cass. civ. 1^{re}, 14 novembre 1978, n° 77-12.943, Bull. civ. I, n° 345 ; RTDCiv. 1979. 662, n° 3, obs. Perrot ; RGAT 1979. 503, obs. Bigot.

²⁰⁶ Cette solution n'était auparavant possible qu'avec la mise en œuvre de la procédure contraignante des offres réelles suivies de consignation [anc. art. 1257 s. du C. civ.].

²⁰⁷ Cette ordonnance a posé le principe de la majoration à l'(anc.) article 1153 al. 3 et ce principe a aussitôt été mis en œuvre par un décret en date du 5 août 1959. Ce décret ajoute un second alinéa à l'article 1^{er} du décret-loi du 8 août 1935 (siège de l'intérêt légal jusqu'en 1975) prévoyant l'augmentation d'un point du taux de l'intérêt légal à compter de l'assignation du débiteur, ce qui porte alors ce taux à 5% en matière civile et 6% en matière commerciale.

d'assignation en justice. Cette ordonnance a été suivie par la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 qui, dans son article 14, a prévu le doublement du taux de l'intérêt légal à compter de la notification d'une condamnation passée en force de chose jugée²⁰⁸. Dès lors que l'ordonnance de 1959 et la loi de 1972 se situaient dans la dépendance de l'(anc.) article 1153 du Code civil, la jurisprudence avait en toute logique restreint l'application de la majoration aux seules créances monétaires *ab initio*, à l'exclusion des créances liquidées par le juge²⁰⁹, solution qui avait été considérée par la doctrine comme « conforme à l'esprit des dispositions nouvelles qui [avaient] précisément pour objet de pénaliser les débiteurs récalcitrants de sommes d'argent déterminées dans leur montant, et qu'une sommation n'a pu décider à payer »²¹⁰. La loi n° 75-619 du 11 juillet 1975 est venue par la suite remettre complètement à plat le régime de l'intérêt légal et disposer, dans son article 3, qu'« en cas de condamnation, le taux de l'intérêt légal est majoré de cinq points à l'expiration d'un délai de deux mois à compter du jour où la décision de justice est devenue exécutoire, fût-ce par provision ». Il est clair que le législateur ne distingue pas ici entre condamnation à une indemnité et condamnation au paiement d'une obligation monétaire *ab initio*. Il a plus généralement en vue le retard dans l'exécution de toute condamnation portant sur une somme d'argent. Dès lors, la règle introduite par l'article 3 de la loi du 11 juillet 1975 devait être combinée avec les deux (anc.) articles 1153 et 1153-1 du Code civil et s'appliquer aussi bien aux créances de l'un qu'aux créances de l'autre.

L'ordonnance 2000-1223 du 14 décembre 2000 qui a abrogé la loi du 11 juillet 1975 et introduit le nouvel article L.313-3 du Code monétaire et financier a été encore plus explicite sur ce point en ajoutant le qualificatif « pécuniaire » à la condamnation par décision de justice, marquant ainsi la volonté claire du législateur de viser toute condamnation au paiement d'une somme d'argent. Cet article dispose ainsi qu'« en cas

²⁰⁸ Sur cette loi, v. Ph. Jestaz, RTDCiv. 1972.835, n° 31 ; A. Solal, « Les modalités d'application du doublement du taux de l'intérêt légal », Gaz. Pal. 1974.2, doct.884.

²⁰⁹ Cass. civ. 2^e, 25 novembre 1966, D. 1967.85 ; RTDCiv. 1967.404, n° 16, obs. G. Durry. Dans le même sens : Cass. civ. 2^e, 8 juillet 1970, Bull. civ., II, n° 239 ; D. 1971, somm.13 ; Gaz. Pal. 1970.2.213 ; 17 juin 1970, Bull. civ., II, n° 209 ; 18 novembre 1970, D. 1971.567, note B. Bouloc.

²¹⁰ B. Bouloc, note préc., p. 571.

de condamnation *pécuniaire*²¹¹ par décision de justice, le taux de l'intérêt légal est majoré de cinq points à l'expiration d'un délai de deux mois à compter du jour où la décision de justice est devenue exécutoire, fût-ce par provision »²¹².

Ainsi, une condamnation en justice au paiement de toute somme d'argent, qu'il s'agisse d'une créance liquide *ab initio* ou d'une créance liquidée par le juge, qui n'est pas exécutée dans les deux mois qui suivent le moment où la décision est devenue exécutoire donne lieu à une majoration substantielle du taux de l'intérêt augmentant ainsi la pression sur le débiteur, afin que ce dernier « ne se moque pas du juge en même temps que du créancier »²¹³. Cette majoration intervient de plein droit à l'expiration dudit délai de deux mois et il n'est pas nécessaire qu'elle ait été expressément envisagée par la décision de condamnation²¹⁴. Toutefois, il a été décidé que seule la partie condamnée supporte le système du taux aggravé et que la majoration ne concerne pas les tiers payeurs²¹⁵, ce qui met en relief la fonction coercitive de ces intérêts majorés qui serait paralysée s'ils pouvaient être assurés.

Dans le domaine spécifique des accidents de la circulation une autre majoration encore plus substantielle a, elle aussi, vocation à sanctionner la résistance du débiteur condamné par une décision de justice à payer une indemnité. L'article L.211-18 du Code des assurances²¹⁶ dispose en effet qu'« en cas de condamnation résultant d'une décision de justice exécutoire, même par provision, le taux de l'intérêt légal est majoré de 50 pour cent à l'expiration d'un délai de deux mois et il est doublé à l'expiration d'un

²¹¹ Nous soulignons.

²¹² Depuis l'ordonnance n° 2006-461 du 21 avril 2006 (JO 22 avr.), ce texte précise que « cet effet est attaché de plein droit au jugement d'adjudication sur saisie immobilière, quatre mois après son prononcé ».

²¹³ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations* : PUF, 22^e éd. 2000, coll. *Thémis*, n° 169.

²¹⁴ CA Paris, 15 janvier 1991 : D. 1991, inf. rap. p. 53 ; Cass. civ. 1^{re}, 7 juin 2006, n° 03-21.036, inédit : « Attendu que M. X... fait enfin grief à l'arrêt attaqué d'avoir condamné Mme Y... à lui payer une somme de 99 826,50 francs avec intérêts au taux légal à compter du 14 février 1986 ;

Attendu, d'une part, que, la majoration prévue par l'article 3 de la loi n° 75-619 du 11 juillet 1975, devenu l'article L.313-3, du code monétaire et financier étant un effet automatique de la loi, le grief est inopérant ».

²¹⁵ Il a ainsi été jugé que le Fonds de garantie automobile ne peut se voir appliquer un taux aggravé dans l'hypothèse où l'action en responsabilité a été engagée contre lui, alors que le responsable était connu : Cass. civ. 2^e, 5 décembre 1984, Bull. civ., II, n° 185 ; JCP G 1985, IV, p. 60.

²¹⁶ Créé par le décret n° 88-260 du 18 mars 1988 - art. 2 JORF 20 mars 1988.

délai de quatre mois à compter du jour de la décision de justice, lorsque celle-ci est contradictoire et, dans les autres cas, du jour de la notification de la décision ». L'article 9 de la loi n°86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme²¹⁷, qui renvoie à l'article 21 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation, prévoit lui aussi une majoration substantielle et dispose qu'« en cas de condamnation résultant d'une décision de justice exécutoire, même par provision, le taux de l'intérêt légal est majoré de 50 pour 100 à l'expiration d'un délai de deux mois et il est doublé à l'expiration d'un délai de quatre mois à compter du jour de la décision de justice, lorsque celle-ci est contradictoire, et, dans les autres cas, du jour de la notification de la décision ».

382. Une possible modération ou exonération de la majoration. Par faveur pour les débiteurs de bonne foi, le législateur a souhaité atténuer la rigueur de la majoration en accordant un pouvoir de modération au juge dans le cadre de la réforme des voies d'exécution réalisée par la loi du 9 juillet 1991. Cette loi, par son article 91, a ajouté un second alinéa à l'article 3 de la loi de 1975 permettant au juge de l'exécution, à la demande du débiteur ou du créancier, et en considération de la situation du débiteur, d'exonérer celui-ci de cette majoration ou d'en réduire le montant. Ce texte a par la suite été intégré à l'article L.313-3 du Code monétaire et financier²¹⁸ qui dispose que « le juge de l'exécution peut, à la demande du débiteur ou du créancier, et en considération de la situation du débiteur, exonérer celui-ci de cette majoration ou en réduire le montant » et la Cour de cassation a décidé que cette exonération était même possible pour les intérêts échus pour la période antérieure à sa décision²¹⁹. Par contre,

²¹⁷ Cet article est applicable aux victimes d'actes de terrorisme commis sur le territoire national et aux personnes de nationalité française ayant leur résidence habituelle en France, ou résidant habituellement hors de France et régulièrement immatriculées auprès des autorités consulaires, victimes à l'étranger d'un acte de terrorisme.

²¹⁸ Cet article codifié par l'ordonnance n° 2000-1223 du 14 décembre 2000 figure dans un chapitre consacré aux crédits, dans un titre consacré aux opérations de banque. Il aurait été beaucoup plus logique de l'incorporer au sein du Code de procédure civile dans la partie relative à l'exécution du jugement (art. 500 et s.)

²¹⁹ Cass. civ. 2^e, 6 juin 2013, n°12-20.129, Bull. civ. II, n° 112 ; D. 2014.1471, obs. Leborgne. Les juridictions du fond, quant à elles, semblaient divisées (V. sur ce point, C. Gentili, J.-Cl. Voies d'exécution, Fasc. 218, v° Majoration des intérêts de retard, n° 45).

aucune possibilité d'exonération semblable n'a été prévue pour la majoration de l'intérêt légal de l'article L.211-18 du Code des assurances.

Associée à un automatisme dans leur cours, cette menaçante possibilité d'accroissement du montant des intérêts moratoires postérieurs à la décision judiciaire par le jeu de la majoration montre bien comment ces derniers ont pu être transformés, entre les mains du législateur, en un outil non négligeable de contrainte indirecte sur le débiteur récalcitrant. Ces intérêts moratoires qui courent automatiquement sur le montant de la créance telle que fixée dans la décision judiciaire et qui exercent une pression croissante dans son ampleur sur le débiteur condamné restent toutefois dépendants de l'acquisition par cette décision de la force exécutoire.

Section 2- Les intérêts moratoires et la force exécutoire de la décision.

383. Si les intérêts moratoires courent automatiquement depuis la sommation de payer, ou tout acte équivalent, pour les intérêts de l'article 1231-6 du Code civil, et en principe depuis le prononcé de la décision de condamnation²²⁰ pour ceux de l'article 1231-7²²¹, ces intérêts ne peuvent être majorés en application de l'article L.313-3 C. mon. et fin. qu'« à l'expiration d'un délai de deux mois à compter du jour où la décision de justice est devenue exécutoire, fût-ce par provision ». En effet, la partie condamnée par la décision judiciaire ne saurait être contrainte à s'exécuter avant que cette décision ait acquis la force exécutoire, force qui, selon les termes de C. Bléry, « vient renforcer

²²⁰ On parle ici bien évidemment des décisions rendues par les tribunaux nationaux. Pour les décisions étrangères il a été décidé que l'art. 1153-1 anc. [1231-7 nouv.] s'applique, comme loi du for, à l'exécution en France d'une condamnation prononcée par une juridiction étrangère reconnue exécutoire mais les intérêts moratoires dus en exécution d'une condamnation prononcée par une juridiction étrangère ne courent qu'à compter de la décision d'exequatur (Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 2007, n° 04-17.127 P : D. 2007. chron. C. Cass. 2328, n° 2, obs. Chauvin ; *ibid.* AJ 874, obs. Gallmeister ; Dr. et proc. 2007. 227, note Cuniberti ; Rev. crit. DIP 2007. 784, note Libchaber ; JDI 2008. 537, note Bollée. Dans le même sens : Cass. civ. 1^{re}, 19 nov. 2015, n° 14-25.162 P.)

²²¹ Sauf disposition contraire de la loi, et sous réserve des solutions prévues par l'article 1231-7 dans les deux cas où la décision de première instance est infirmée en appel ou confirmée seulement en partie, dans lesquels cas l'indemnité finalement allouée en appel ne porte intérêt qu'à compter de la décision d'appel, le tout sauf décision contraire du juge de première instance ou du juge d'appel qui peut déroger à ces dispositions.

l'efficacité substantielle [de la décision], considérée dans son aspect normatif, à savoir en tant qu'ordre d'exécution »²²². Il est dès lors important de déterminer avec précision le moment auquel la décision devient exécutoire (A) et d'examiner les cas où la force exécutoire de la décision peut être momentanément suspendue (B).

§1- La notion de décision exécutoire.

384. Force exécutoire, force de la chose jugée et notification de la décision. La notion de décision exécutoire a suscité une importante controverse²²³ en droit français. Cette controverse a tourné principalement autour de l'interprétation qu'il convenait de donner d'une part à l'article 501 du Code de procédure civile qui dispose que « le jugement est exécutoire, sous les conditions qui suivent, à partir du moment où il passe en force de chose jugée à moins que le débiteur ne bénéficie d'un délai de grâce ou le créancier de l'exécution provisoire »²²⁴, et d'autre part à l'article 503 al. 1^{er} de ce code qui dispose que « les jugements ne peuvent être exécutés contre ceux auxquels ils sont opposés qu'après leur avoir été notifiés, à moins que l'exécution n'en soit volontaire »²²⁵. La question qui se posait était de savoir si *la force exécutoire* du jugement²²⁶ était concomitante avec *la force de chose jugée* qu'il acquiert, selon

²²² C. Bléry, thèse préc., n° 261.

²²³ C. Bléry, thèse préc., n° 253 et s. ; G. Viney et P. Jourdain, Les effets de la responsabilité, *op. cit.*, n° 348 ; Y. Lobin, « Le point de départ des intérêts légaux après une décision de condamnation », D. 1978. chron. 13 et « La notification des jugements et ses sanctions », Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Dalloz-Sirey, 1985, p. 381 ; Ph. Latil, « Toujours des controverses sur le point de départ des intérêts des sommes judiciairement allouées », Gaz. Pal. 1994. 1. Doctr. 170 et « Martin a des ennuis avec l'exécution provisoire », Gaz. Pal. 1995.1, doct.471 ; E. du Rusquec, « Un conflit d'intérêts... légaux », Gaz. Pal. 1977.2, doct.436 ; et « Le point de départ des intérêts légaux à la suite d'un arrêt de la Cour d'appel », Gaz. Pal. 1988.1, doct.344.

²²⁴ L'article 564 CPCL dispose que le jugement acquiert force exécutoire (القوة التنفيذية) dès la date de son prononcé s'il a force jugée ou de la date à laquelle il acquiert force jugée, à moins que le débiteur ne bénéficie d'un délai de grâce ou le créancier de l'exécution provisoire

²²⁵ L'article 566 CPCL dispose que les jugements ne peuvent être exécutés de force qu'après avoir été notifiés sauf les cas où la loi (il en est ainsi par exemple pour les ordonnances sur requête, art. 609) ou le dispositif du jugement lui-même décide d'une exécution sur minute (les décisions du juge des référés peuvent par exemple être associées d'une exécution sur minute, art. 585).

²²⁶ Utilisé ici dans son sens générique.

l'article 500 du C. pr. civ. dès lors qu'il « n'est susceptible d'aucun recours suspensif d'exécution », ou à « l'expiration du délai de recours suspensif si ce dernier n'a pas été exercé dans le délai »²²⁷, ou alors si la force de chose jugée n'était qu'un préalable à la force exécutoire qui nécessite la réunion d'autres conditions dont notamment *la notification* que vise l'article 503 al. 1^{er}.

Si on considère que la force exécutoire est concomitante avec la force de la chose jugée, aucune notification d'un jugement rendu en premier et dernier ressort, ou d'un jugement assorti de l'exécution provisoire, ou encore d'un arrêt d'appel²²⁸, ne serait nécessaire et le délai de 2 mois de l'article L.313-3 C. mon. et fin. devrait être décompté dès le prononcé de la décision. Par contre, si on considère que la force exécutoire ne se distingue pas des *conditions d'exécution de la décision*, cette force exécutoire ne serait acquise qu'avec la notification de la décision qui, seule, déclenche le départ du délai de 2 mois. Une grande partie de la doctrine avait pris part pour la distinction entre la force exécutoire de la décision qui se confondrait avec la force de la chose jugée d'une part, *et* les conditions de son exécution d'autre part. C'était principalement la thèse défendue par Mme Bléry qui considérait que « *force exécutoire et force de chose jugée* sont synonymes, ou, mieux, la force exécutoire, *c'est* la force de chose jugée »²²⁹ et que « la notification n'était pas tant une condition préalable à l'obtention de la force exécutoire qu'à l'exécution »²³⁰. D'autres auteurs ont aussi distingué entre le caractère exécutoire de la décision et les conditions de sa mise à exécution, ainsi qu'il en est pour le calcul du taux de l'intérêt et son exigibilité²³¹, pour considérer que la notification

²²⁷ A ne pas confondre avec l'autorité de la chose jugée qui est attachée à tout jugement final dès son prononcé.

²²⁸ Vu que ces décisions ne sont susceptibles d'aucun recours suspensif d'exécution, sous réserve pour les arrêts d'appel des matières dans lesquelles le pourvoi en cassation a un effet suspensif notamment en matière de divorce (art. 1086 CPC, anc. art. 1121), et en matière de nationalité (article 1045 CPC).

²²⁹ C. Bléry, thèse préc., n° 277 et s. C'est l'idée que semble adopter le législateur libanais qui considère à l'article 564 du CPCL, sous une partie intitulée « les conditions générales requises pour l'exécution des jugements » que le jugement acquiert force exécutoire dès son prononcé s'il a force de chose jugée ou à partir de la date à laquelle il acquiert force de chose jugée, (...)

²³⁰ C. Bléry, thèse préc., n° 279.

²³¹ E. Du Rusquec, « Un conflit d'intérêts légaux », préc. ; Y. Lobin, « Le point de départ des intérêts légaux après une décision de condamnation », préc., n° 13 et 14 ; G. Verdun, « Une question d'intérêt : les intérêts des dommages et intérêts », Bulletin des avoués près la Cour d'appel de Paris, 1986, n° 98, p. 33, spéc. p. 42.

d'une décision non susceptible d'un recours suspensif n'était pas nécessaire pour faire courir le délai de l'article L.313-3 du C. mon. et fin. Ces auteurs s'appuient, entre autres, sur un argument technique ayant trait au changement de rédaction entre l'article 14 de la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 qui avait prévu clairement le doublement du taux de l'intérêt légal à *compter de la notification d'une condamnation passée en force de chose jugée* et la loi de 1975 qui n'a pas repris la même formule²³², mais aussi sur un argument de politique juridique du législateur qui aurait voulu donner un caractère incitatif à ces intérêts, caractère qui, selon ces auteurs, imposerait de retenir une interprétation favorable au créancier²³³.

Une autre partie de la doctrine soutient, au contraire, que la force exécutoire de la décision ne peut pas être détachée des conditions de son exécution, sinon cette force se résoudrait à une coquille vide. La décision qui a force exécutoire est donc celle qui remplit toutes les conditions nécessaires à la mise en marche de son exécution forcée. « Qu'est-ce que la force exécutoire sans la possibilité d'avoir recours à l'exécution forcée ? (...) Ainsi vidée de sa substance, la force exécutoire est dépourvue de toute utilité avant la notification de la décision »²³⁴. Il serait dès lors beaucoup plus logique de reporter l'arrivée de la force exécutoire au jour où se trouvent réunies toutes les conditions de l'exécution forcée, dont notamment la notification de la décision imposée par l'article 503 al. 1^{er} CPC. Cette notification qui constitue ainsi une exigence valable pour tous les jugements *lato sensu* ajoute « la force exécutoire à leur force de chose jugée »²³⁵. Selon cette analyse, « la force exécutoire doit être comprise uniquement comme la faculté d'avoir recours à l'exécution forcée »²³⁶, et si elle présuppose la force de la chose jugée, « ne se confond pas avec elle »²³⁷. La force de la chose jugée serait

²³² Selon Mme Lobin, « ce changement de rédaction ne peut qu'être intentionnel » (« Le point de départ des intérêts légaux après une décision de condamnation », préc., n° 16).

²³³ Y. Lobin, « Le point de départ des intérêts légaux après une décision de condamnation », préc., n° 17.

²³⁴ F. Gréau, thèse préc., n° 436.

²³⁵ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 11^e éd., 2020, n° 949.

²³⁶ F. Gréau, *op. et loc. cit.*

²³⁷ L. Cadiet, *Droit judiciaire privé*, Litec, 3^e éd., 2000, n° 1475 (la remarque n'apparaît plus dans la 4^e édition de 2004).

ainsi un préalable nécessaire mais insuffisant à la force exécutoire qui est alors synonyme de décision ayant acquis toutes les conditions nécessaires à son exécution forcée.

Un auteur est même allé plus loin et a proposé de distinguer selon que la décision rendue était contradictoire ou non, la notification obligatoire trouvant ainsi « sa raison d'être dans l'absence de débat contradictoire »²³⁸. Cette distinction avait d'ailleurs été adoptée par le législateur dans le domaine spécifique des accidents de la circulation au sein de l'article L.211-18 du Code des assurances issu de la loi du 5 juillet 1985 qui dispose qu'« en cas de condamnation résultant d'une décision de justice exécutoire, même par provision, le taux de l'intérêt légal est majoré de 50 % à l'expiration d'un délai de deux mois et il est doublé à l'expiration d'un délai de quatre mois à compter du jour de la décision de justice, *lorsque celle-ci est contradictoire et, dans les autres cas, du jour de la notification de la décision* », marquant ainsi peut-être une volonté du législateur de prendre en compte la date réelle à laquelle le débiteur a pris connaissance de sa condamnation. Mais cette logique qui présuppose que toute décision contradictoire est immédiatement connue des parties n'est pas convaincante. D'une part, certaines décisions sont assimilées à des jugements contradictoires bien que la procédure n'ait pas été véritablement contradictoire²³⁹, d'autre part cette logique tend à confondre la décision contradictoire avec celle qui est prononcée en présence des parties alors que toute décision contradictoire n'est pas nécessairement prononcée en présence de ces dernières. En effet, l'article 467 CPC répute contradictoire le jugement « dès lors que les parties comparaissent en personne ou par mandataire, selon les modalités propres à la juridiction devant laquelle la demande est portée ». Ce qui

²³⁸ I.-M. Enama, note sous Cass. civ. 3^e, 3 juin 1992, JCP 1994, II, 22221, n° 17, *in fine*.

²³⁹ V. L. Cadiet et E. Jeuland, *op. cit.*, n° 97 et s. ; J. Vincent et S. Guinchard, Procédure civile, Dalloz, 27^e éd. 2003, n° 770. En droit libanais, les articles 463 et s. CPCL traitent de la comparution des parties et de leur défaut de comparaître. L'article 465 dispose ainsi que si le demandeur ou le défendeur comparait à une audience, le procès est réputé contradictoire à son égard, même s'il s'absente après. En application de l'article 466, si le demandeur s'absente deux fois de suite sans excuse valable malgré sa notification le défendeur peut demander au tribunal de rendre son jugement qui sera réputé contradictoire à l'égard du demandeur. En cas d'absence non justifiée du défendeur, et en application de l'article 468, le jugement sera rendu par contumace si trois conditions sont réunies : le jugement n'est pas passible d'appel, la date de l'audience n'a pas été notifiée au débiteur en personne, et celui-ci n'a présenté aucune conclusion. Si l'une de ces trois conditions fait défaut, le jugement sera réputé contradictoire à son égard.

permet de qualifier une décision de contradictoire c'est donc la présence des parties aux débats, nonobstant leur présence ou leur absence le jour du prononcé du jugement²⁴⁰ qui peut être prononcé sur-le-champ, ce qui est le principe, comme il peut être prononcé à une date ultérieure que le président du tribunal fixe²⁴¹. En effet, l'article 450 du CPC dispose que « si le jugement ne peut être prononcé sur-le-champ, le prononcé en est renvoyé, pour plus ample délibéré, à une date que le président indique (...). Il peut toutefois aviser les parties, à l'issue des débats, que le jugement sera prononcé par sa mise à disposition au greffe de la juridiction, à la date qu'il indique (...). S'il décide de renvoyer le prononcé du jugement à une date ultérieure, le président en avise les parties par tout moyen. Cet avis comporte les motifs de la prorogation ainsi que la nouvelle date à laquelle la décision sera rendue »²⁴². Or, cette obligation pour le juge de préciser la date du prononcé de la décision et d'en aviser les parties, outre qu'elle ne semble pas toujours être respectée par les tribunaux²⁴³, ne suffit pas à présumer que les parties auront véritablement connaissance du contenu de la décision puisque leur présence le jour du prononcé de la décision n'est pas impérative. En effet, la Cour de cassation n'exige pas que les parties soient convoquées pour ce prononcé²⁴⁴ et elle considère que le juge n'a pas à s'assurer de leur présence lors du prononcé d'un

²⁴⁰ En droit libanais, et selon le dernier alinéa de l'article 468 CPCL le jugement est réputé contradictoire même si le défendeur ne comparait aucune fois devant le tribunal dès lors que ce jugement est passible d'appel, ou que le défendeur avait été notifié en personne, ou qu'il a présenté sa réponse ou sa défense aux greffes.

²⁴¹ R. Perrot, « Jugement. Indication de la date à laquelle il sera prononcé (article 450 NCPC) : domaine, sanction et preuve », RTDCiv. 1979.669, n° 9 ; P. Estoup, « L'application de l'article 450 du nouveau code de procédure civile », Gaz. Pal. 1990.2, doct.498 ; J. Vincent et S. Guinchard, *op. cit.* n° 1219.

²⁴² L'article 498 du CPCL dispose qu'à la fin des plaidoiries le président du tribunal décide la clôture des débats et désigne une date pour le prononcé du jugement qui ne doit pas dépasser 6 semaines. Au cas où la décision n'est pas rendue à cette date il faut qu'il désigne une autre date pour cela qui doit être notifiée aux parties. Les articles 531 et 532 du même code reprennent en d'autres termes les mêmes dispositions, avec une précision supplémentaire concernant la possibilité pour le tribunal de prononcer le jugement dans l'audience même après la clôture des débats.

²⁴³ Sur la mauvaise application de ce texte v. R. Perrot, art. préc.; P. Estoup, art. préc. et « La mise en œuvre de l'article 450 du nouveau code de procédure civile », D.1985, chr.163. Cette obligation n'est malheureusement pas toujours respectée par les tribunaux libanais aussi et le prononcé des décisions est parfois reporté à une date ultérieure sans préciser cette date et sans en aviser les parties qui demeurent en attente de ce prononcé. Cette pratique est condamnée par le Conseil supérieur de la magistrature qui exhorte tous les tribunaux à respecter le délai de 6 semaines de l'article 498 du CPC et surtout à prononcer les décisions au jour désigné lors de la clôture des débats.

²⁴⁴ Cass. civ. 1^{re}, 20 décembre 1976, Bull. civ., I, n° 418.

jugement rendu sur-le-champ²⁴⁵. « Le prononcé d'une décision contradictoire n'est donc pas nécessairement synonyme de sa connaissance par les parties. Seule sa notification permet formellement de présumer que la partie condamnée a pris connaissance de sa condamnation, de son montant et de ses modalités »²⁴⁶.

385. La position de la jurisprudence. Si dans certains arrêts la Cour de cassation a pu considérer que la décision est exécutoire dès le moment où elle est prononcée²⁴⁷, elle a ensuite affirmé plus logiquement dans un arrêt du 3 juin 1992 qu'il n'en va ainsi qu'à compter de sa notification à la partie condamnée²⁴⁸. Au visa de l'article 3 de la loi du 11 juillet 1975 et de l'article 503 CPC, la 3^e Chambre civile a ainsi reproché dans cet arrêt aux juges du fond d'avoir majoré le taux des intérêts « sans rechercher à quelle date avait été effectuée la notification » de l'arrêt d'appel. Trois ans plus tard²⁴⁹, la 2^e Chambre civile a énoncé dans un attendu de principe qu'« un jugement régulièrement notifié et qui n'est susceptible d'aucun recours suspensif d'exécution a force de chose jugée et est exécutoire en toutes ses dispositions », marquant ainsi d'une façon claire les deux conditions du jugement exécutoire : la force de chose jugée mais aussi la notification de cette décision. Par la suite, et dans un arrêt du 4 avril 2002²⁵⁰, la 2^e Chambre civile, au même visa de l'article 3 de la loi du 11 juillet 1975 et de l'article 503 CPC, a énoncé que le taux de l'intérêt légal²⁵¹ n'est applicable « qu'à l'expiration

²⁴⁵ Cass. civ. 2^e, 10 juillet 1978, Bull. civ., II, n° 186 ; Gaz. Pal. 1979.1.111, note J. Viatte.

²⁴⁶ F. Gréau, thèse préc., n° 438, *in fine*.

²⁴⁷ Cass. civ. 1^{re}, 18 déc. 1990, n° 88-18.700, Bull. civ. I, n° 299 ; Cass. civ. 2^e, 13 mars 1991, n° 89-11.896, Bull. civ. II, n° 86 (à propos d'une condamnation civile prononcée par une juridiction pénale, la Cour de cassation déclare que « l'arrêt, en ce qui concernait la condamnation civile, était immédiatement exécutoire ; que le tribunal en a déduit à bon droit que le taux de l'intérêt légal devait être majoré de cinq points à l'expiration d'un délai de 2 mois à compter du prononcé de l'arrêt en vertu de l'article 3 de la loi du 11 juillet 1975 »).

²⁴⁸ Cass. civ. 3^e, 3 juin 1992, n° 90-16.792, Bull. civ. III, n° 189, JCP 1994. II. 22221, note I.-M. Enama, RTDCiv. 1992. 645, obs. R. Perrot.

²⁴⁹ Cass. civ. 2^e, 25 octobre 1995, n° 94-10.747, Bull. civ. II, n° 254.

²⁵⁰ Cass. civ. 2^e, 4 avril 2002, n° 00-19.822, Bull. civ. II, n° 69 ; D. 2002. 1484, note Lienhard ; RTDCiv. 2002. 562, obs. Perrot ; Rev. huiss. 2002. 298, obs. Hoonakker ; RTDCiv. 2002. 562, obs. Perrot.

²⁵¹ Il s'agit d'une maladresse évidente de rédaction, « la majoration du taux légal » fallait-il dire.

d'un délai de deux mois à compter du jour où la décision de condamnation a été notifiée »²⁵².

Pour mettre un point final à la question, la Cour de cassation a décidé dans un arrêt de chambres mixtes du 16 décembre 2005²⁵³, et d'une manière très claire, que la force de la chose jugée, attachée à un arrêt de cour d'appel dès son prononcé, ne peut avoir pour effet de priver une partie d'un droit tant que cette décision ne lui a pas été notifiée²⁵⁴. Cette position montre clairement que « force de chose jugée » et « force exécutoire » constituent deux notions distinctes qui ne se confondent pas, la première n'étant que le préalable de la seconde. Alors que la force de la chose jugée est celle qui s'attache au jugement qui n'est pas ou n'est plus susceptible d'aucun recours suspensif d'exécution, la force exécutoire s'attache au jugement passé en force de chose jugée qui, une fois notifié, pourra faire l'objet d'une exécution forcée. Dès lors, il devient clair que le délai de deux mois de l'article L.313-3 C. mon. et fin. ne court qu'à partir de la notification de la décision à la partie condamnée, solution qui était clairement prévue à l'article 14 de la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972²⁵⁵ et que la nouvelle rédaction de la loi de 1975 n'écarte pas du tout²⁵⁶.

²⁵² Dans le même sens : Cass. com., 31 mars 2004, pourvoi n° 00-14.526 ; Cass. civ. 2°, 8 juillet 2004, Bull. civ., II, n° 352 ; RTDCiv. 2004.775, n° 2, obs. R Perrot ; JCP 2004, IV, 2892. Dans ce dernier arrêt, la Cour de cassation avait approuvé des juges du fond d'avoir affirmé qu'un arrêt d'appel était « devenu exécutoire de plein droit par sa notification ». Dans le même sens aussi : Cass. civ. 1^{re}, 28 févr. 2006, n° 04-11.510.

²⁵³ Cass. ch. mix, 16 décembre 2005, pourvoi n° 03-12.206, BICC n°634 du 15 février 2006, rapport M.-F. Marais et concl. R. de Gouttes. Dans le même sens, Cass. civ. 1^{re}, 28 févr. 2006, n° 04-11.510.

²⁵⁴ En l'espèce elle avait considéré que dès lors que le preneur d'un bail rural a exercé son droit de préemption postérieurement à l'arrêt prononçant la résiliation du bail et emportant, par voie de conséquence, retrait du droit de préemption, mais antérieurement à la notification de cet arrêt, une cour d'appel en déduit exactement que la vente des biens avait été réalisée.

²⁵⁵ Rappelons que cet article avait prévu le doublement du taux de l'intérêt légal à compter de la notification d'une condamnation passée en force de chose jugée.

²⁵⁶ Dans les travaux préparatoires de la loi de 1975 on retrouve une référence incidente de M. Foyer au lien entre la signification du jugement et son caractère exécutoire précisément dans le cadre du cours des intérêts postérieurs à la décision: « la majoration du taux de l'intérêt ne commence à courir, dans le cas normal, qu'à compter du jour où la décision de justice est devenue exécutoire, ce qui suppose qu'elle ait été signifiée » (JOAN, [CR], séance du 24 juin 1975, p. 4608).

§2 - La suspension de la force exécutoire de la décision.

386. Le lien établi entre les intérêts moratoires majorés et la force exécutoire de la décision de condamnation suppose logiquement d'en suspendre le cours lorsque cette force exécutoire est neutralisée soit parce que le juge octroie un délai de grâce en application de l'article 1343-5 du Code civil²⁵⁷ (a) soit lorsque le premier président de la cour d'appel, ou le juge en cas d'opposition, arrêtent l'exécution provisoire d'une décision en application du nouvel article 514-3²⁵⁸ du Code de procédure civile (b).

A- L'octroi d'un délai de grâce.

387. Une interférence dans le cours normal de l'exécution de la décision judiciaire. Le délai de grâce est une institution traditionnelle présente dans le Code civil depuis 1804 au sein de l'(anc.) art. 1244 al. 2²⁵⁹ mais aussi dans diverses dispositions spéciales dont certaines réfèrent expressément au délai de droit commun tandis que d'autres en sont totalement autonomes²⁶⁰. Cette prérogative permet au juge d'interférer dans le cours normal de l'exécution de l'obligation au profit d'un débiteur en difficulté. Ainsi, « le juge peut, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, reporter ou échelonner, dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues », c'est-à-dire reporter l'exécution du jugement en octroyant au débiteur condamné un délai de grâce. Ce pouvoir est d'ordre public puisque « toute stipulation contraire est réputée non écrite » mais le délai ne peut être accordé « que par la décision dont il est destiné à différer l'exécution » selon les termes de l'article 510, al. 1^{er} du Code de procédure civile. De même, et en application de l'article 829 CPC, le juge de l'exécution, peut, sur demande du débiteur d'une créance monétaire présentée dans le cadre d'un procès contre son créancier, décider de lui

²⁵⁷ Anc. art. 1244-2.

²⁵⁸ Anc. art. 524.

²⁵⁹ Dont les dispositions ont été reprises à l'art. 1343-5 après la dernière réforme de 2016.

²⁶⁰ Pour des développements concernant le délai de grâce v. *supra* n° 44 et s.

octroyer des délais de grâce qui ne peuvent dépasser les 6 mois et ceci sous réserve des dispositions des articles 538 et 539²⁶¹.

En droit libanais, l'article 538 du CPC dispose que « le tribunal peut, dans les limites des dispositions législatives, et dans la décision qu'il prononce, octroyer au débiteur condamné un délai pour exécuter cette décision à condition de justifier les raisons de cet octroi. Le délai part de la date du jugement s'il est contradictoire, sinon de la date de sa notification ».

388. Le report de l'exécution forcée et le cours des intérêts moratoires simples et majorés. Dans tous ces cas où le juge octroie au débiteur un délai de grâce et permet ainsi un report de l'exécution de la décision se pose la question du sort des intérêts moratoires qui courent au taux simple ou majoré pendant la période postérieure au jugement.

Avant l'intervention du législateur en 1991, la Cour d'appel de Paris avait décidé que les délais de paiement « même respectés par les débiteurs, sont sans incidence sur l'application du taux majoré de l'intérêt légal »²⁶². Afin d'éviter la généralisation de cette solution dont l'injustice sautait à l'œil, le législateur est intervenu avec l'(anc.) article 1244-1 du Code civil pour préciser que « les majorations d'intérêts ou les pénalités prévues en cas de retard ne sont pas encourues pendant le délai fixé par le juge » termes qui seront repris par le nouvel article 1343-5 al. 4 du Code civil. La formulation de cet alinéa a toutefois suscité un débat en doctrine et la question s'est posée notamment de savoir si, pour les intérêts postérieurs à la décision judiciaire, l'arrêt du cours concernait à la fois les intérêts moratoires au taux légal majoré *et* les intérêts moratoires au taux légal simple ou seulement les premiers.

Certains auteurs ont vu dans la formule utilisée par le législateur à l'(anc.) article 1244-1 une largeur suffisante pour intégrer à la fois les deux²⁶³ surtout qu'il serait

²⁶¹ Notons que dans le cadre des articles 538 et 539 CPC, aucune limite temporelle n'est prévue pour les délais qui peuvent être octroyés par le tribunal.

²⁶² Paris, 15 janvier 1991, RTDCiv. 1991.409, n° 11, obs. R. Perrot.

²⁶³ F. Gréau, thèse préc., n° 444. Implicitement aussi en ce sens : R. Perrot et Ph. Théry, Procédures civiles d'exécution, Dalloz, 3^e éd., 2013, n° 293 qui considèrent que l'(anc.) article 1244-2 a été adopté pour éviter d'alourdir la dette du débiteur par le jeu « des intérêts et des pénalités de retard ».

incompréhensible que le débiteur de bonne foi soit sanctionné pour avoir bénéficié d'une faveur judiciaire. « Que l'on considère ces intérêts postérieurs à la décision judiciaire comme le simple prolongement des intérêts indemnitaires de l'article 1153 ou comme la mise en œuvre d'une peine privée, l'absence de toute illicéité dans l'inexécution du débiteur auquel le juge a accordé un répit impose leur suspension »²⁶⁴. En d'autres termes, puisque le juge suspend la force exécutoire de la décision qu'il prononce jusqu'à l'expiration d'un délai qu'il précise, l'inexécution perd son illicéité pendant ce délai. Dès lors, que l'on voit dans les intérêts postérieurs à la décision judiciaire un simple effet de la responsabilité du débiteur en retard ou une vraie mesure de contrainte à son égard, l'octroi d'un délai de grâce devrait logiquement en suspendre le cours puisqu'aucun fait générateur de responsabilité n'est plus susceptible de fonder sa responsabilité, et aucun comportement répréhensible n'est plus susceptible de justifier sa punition. Toutefois, la doctrine majoritaire se prononce toujours en faveur de la continuité du cours des intérêts moratoires au taux simple²⁶⁵ et considère que le délai de grâce ne doit pas se confondre avec un véritable terme puisqu'il ne suspend que la seule exécution forcée sans atteindre l'exigibilité même de l'obligation²⁶⁶, d'où la continuité du cours des intérêts moratoires au taux simple.

²⁶⁴ F. Gréau, *op. cit.*, n° 445.

²⁶⁵ B. Starck, H. Roland et H. Boyer, *Droit civil, Les obligations*, t. 3, Régime général, Litec, 6^e éd. 1999, n° 198 ; H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, *Obligations, Théorie générale*, par F. Chabas, LGDJ, 9^e éd. 1998 n° 912 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, préc., n° 1212 ; J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, sous la dir. de J. Ghestin, LGDJ, 3^e éd. 2001, n° 166 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les Obligations*, éd. LGDJ-Lextenso, 7^e éd., 2015, n° 1124 ; C. Chabas, *l'inexécution licite du contrat*, thèse LGDJ, t. 380, préf. J. Ghestin et avant-propos D. Mazeaud, 2002, n° 317 ; P. Ancel, *Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes ?* » in *Que reste-il de l'intangibilité du contrat ?*, Actes du colloque du 28 novembre 1997, Chambéry, Dr. et Patrimoine, mai 1998, p. 88, spéc. p 94 et notre n° 41 ; Ph. Soustelle, *Les délais judiciaires diffèrent l'exécution de l'obligation*, thèse dactyl., Saint-Etienne, 1996, n° 379 et s.

²⁶⁶ Cette idée a été notamment défendue par M. Soustelle qui a opéré dans sa thèse une distinction entre les délais dont l'effet est de reporter l'exigibilité de la dette et ceux qui se limitent à la paralysie de la force exécutoire (Ph. Soustelle, *Les délais judiciaires diffèrent l'exécution de l'obligation*, thèse dactyl., Saint-Etienne, 1996, v. spéc. n° 76 et s., et n° 264 et s.). Elle avait auparavant été dégagée par M. Putman qui avait souligné que le délai de droit commun était « un répit dans l'exécution forcée des décisions judiciaires. Il n'est pas un obstacle à l'exigibilité de la créance, mais à sa force exécutoire. Il diffère, non l'exigibilité de la créance, mais l'effectivité des droits du créancier » (E. Putman, *La formation des créances*, thèse dactyl., Aix-Marseille III, 1987, n° 599)

Cette doctrine qui considère que « les majorations d'intérêts ou les pénalités prévues en cas de retard » de l'article 1343-5 du Code civil visent uniquement les intérêts moratoires au taux majoré non les intérêts moratoires simples qui doivent continuer à courir méritent sûrement d'être approuvée vu que le délai de grâce ne reporte pas l'exigibilité de la créance mais temporeuse seulement l'exécution de la décision de justice. Preuve en est que ce délai, selon les termes de l'article 1347-3 du Code civil²⁶⁷, « ne fait pas obstacle à la compensation » qui, selon les termes de l'article 1347-1 de ce code, « n'a lieu qu'entre deux obligations fongibles, certaines, liquides et exigibles ». D'ailleurs, quand le législateur a voulu reporter l'exigibilité de la créance et arrêter le cours des intérêts, même simples, il n'a pas hésité à le dire ouvertement en des termes qui ne laissent place à aucun doute. Il en est ainsi en matière de crédit à la consommation ou de crédit immobilier où l'article L.314-20 du C. cons., créé par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 et reprenant les termes de l'ancien article L.313-12 qui a été abrogé, dispose clairement que « l'exécution des obligations du débiteur peut être, notamment en cas de licenciement, être suspendue par ordonnance du juge des contentieux de la protection²⁶⁸ dans les conditions prévues aux articles 1343-5 du Code civil. L'ordonnance peut décider que, durant le délai de grâce, les sommes dues *ne produiront point intérêt* »²⁶⁹, ce qui laisse supposer, *a contrario*, que si l'ordonnance reste silencieuse sur la question des intérêts sur les sommes dues du crédit ces intérêts continuent à courir durant le délai de grâce. Il en est ainsi aussi dans le cadre de la procédure de surendettement des particuliers où l'article L.733-1 du Code de la consommation²⁷⁰ dispose qu'« en l'absence de mission de conciliation ou en cas d'échec de celle-ci, la commission peut, à la demande du débiteur et après avoir mis les parties en mesure de fournir leurs observations, imposer tout ou partie des mesures suivantes : (4^e) Suspendre l'exigibilité des créances autres qu'alimentaires pour une durée qui ne peut excéder deux ans. Sauf décision contraire de la commission, la

²⁶⁷ Créé par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 - art. 3 qui reprennent ceux de l'ancien article 1292.

²⁶⁸ Le juge des contentieux est venu remplacer le juge d'instance depuis l'ordonnance n° 2019-964 du 18 septembre 2019.

²⁶⁹ Nous soulignons.

²⁷⁰ Créé par l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 et modifié par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 - art. 66 (V), reprenant à cet égard les dispositions de l'ancien article L.331-7.

suspension de la créance entraîne la suspension du paiement des intérêts dus à ce titre »²⁷¹. Nous avons pu repérer trois arrêts récents qui vont dans ce sens. La Cour d'appel de Versailles dans un arrêt rendu le 22 septembre 2016²⁷² a expressément déclaré, quoique d'une manière incidente, que la suspension des intérêts n'était pas une mesure prévue par l'(anc.) article 1244-1 du Code civil : « considérant que M. S. a déjà bénéficié de longs délais de paiement ; qu'il n'a procédé à aucun règlement même partiel, qu'il ne démontre pas être en mesure de s'acquitter de sa dette en 24 mois ou dans 24 mois ; qu'il sera débouté de ses demandes de report de sa dette, de réduction du taux d'intérêt et de suspension des intérêts, *mesure non prévue par l'article 1244-1 du code civil*²⁷³, et de sursis à statuer ». La Cour d'appel de Caen, dans un arrêt rendu le 18 janvier 2018, a été encore plus claire sur ce point : en réponse à Mme B qui demandait de dire que la dette ne produira pas d'intérêt pendant le cours des délais de paiement la Cour répond que « si l'article 1244-1 ancien du code civil, devenu l'article 1343-5, permet au juge qui accorde des délais de paiement d'ordonner que les sommes correspondant aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit qui ne peut être inférieur au taux légal, aucune disposition légale ne lui permet de suspendre le cours des intérêts au taux légal »²⁷⁴. Plus récemment encore la Cour d'appel d'Orléans a confirmé le jugement de première instance qui avait accordé au débiteur un délai de grâce et qui avait « à bon droit retenu que les intérêts ne peuvent être que réduits au taux légal mais ne peuvent être supprimés »²⁷⁵.

B- L'arrêt de l'exécution provisoire par décision du juge.

²⁷¹ Conformément au paragraphe II de l'article 66 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, ces dispositions entrent en vigueur le 1^{er} janvier 2018. Elles s'appliquent aux dossiers de surendettement déposés à compter de cette date.

²⁷² Affaire n° 15/01218.

²⁷³ Nous soulignons.

²⁷⁴ CA Caen, 18 janvier 2018, affaire n° 15/04069.

²⁷⁵ CA Orléans, 19 novembre 2020, affaire n° 19/030671. A notre connaissance la Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée clairement sur le sujet.

389. Une faculté ouverte au juge. L'exécution provisoire de la décision de 1^{re} instance se définit comme étant la faculté accordée à la partie gagnante de poursuivre immédiatement à l'encontre de la partie perdante l'exécution de la décision judiciaire qui en est assortie sans attendre. Elle permet ainsi au créancier d'éviter que le débiteur ne forme appel qu'à des fins dilatoires afin de retarder l'exécution de la décision ou d'organiser son insolvabilité, mais aussi, « même si les voies de recours sont exercées en toute loyauté, sans esprit de chicane ou d'abus, (...) d'éviter les inconvénients pouvant résulter pour lui de la lenteur de la justice, spécialement lorsqu'elles sont portées devant des juridictions dont le rôle est encombré »²⁷⁶. Cette exécution provisoire de la décision de première instance peut être arrêtée en appel par décision du premier président. En effet, le nouvel article 514-3 CPC créé par le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 dispose qu'en cas d'appel, le premier président peut être saisi afin d'arrêter l'exécution provisoire de la décision lorsqu'il existe un moyen sérieux d'annulation ou de réformation et que l'exécution risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives. Toutefois, la demande de la partie qui a comparu en première instance sans faire valoir d'observations sur l'exécution provisoire n'est recevable que si, outre l'existence d'un moyen sérieux d'annulation ou de réformation, l'exécution provisoire risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives qui se sont révélées postérieurement à la décision de première instance. De même, et en cas d'opposition, le juge qui a rendu la décision peut, d'office ou à la demande d'une partie, arrêter l'exécution provisoire de droit lorsqu'elle risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives. En ce qui concerne l'exécution provisoire facultative²⁷⁷, l'article 517-1 de ce code dispose que lorsqu'elle a été ordonnée, l'exécution provisoire « ne peut être arrêtée, en cas d'appel, que par le premier président et dans les cas suivants :

1° si elle est interdite par la loi ;

2° lorsqu'il existe un moyen sérieux d'annulation ou de réformation de la décision et que l'exécution risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives ; dans

²⁷⁶ P. Julien, N. Fricero, Droit judiciaire privé, LGDJ, 5^e éd., 2014.

²⁷⁷ Lorsqu'il est prévu par la loi que l'exécution provisoire est facultative, elle peut être ordonnée, d'office ou à la demande d'une partie, chaque fois que le juge l'estime nécessaire et compatible avec la nature de l'affaire (article 517-1 du Code de procédure civile).

ce dernier cas, le premier président peut aussi prendre les mesures prévues aux articles 517 et 518 à 522. Le même pouvoir appartient, en cas d'opposition, au juge qui a rendu la décision lorsque l'exécution risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives »²⁷⁸. En droit libanais, c'est l'article 577 du CPCL qui dispose que lorsque le jugement assorti de l'exécution provisoire fait l'objet d'un appel, la Cour d'appel²⁷⁹ peut décider, sur demande, d'arrêter l'exécution provisoire s'il est clair que l'exécution risque d'entraîner des conséquences dépassant les limites raisonnables vu les circonstances de l'affaire, ou si les moyens d'appel rendent probable l'infirmité. La Cour doit aussi arrêter l'exécution provisoire dans les cas où la loi l'interdit.

La question s'est posée de savoir si, lorsque l'exécution provisoire était arrêtée par le juge dans le cadre d'un appel ou d'une opposition, le créancier pouvait quand même prétendre à des intérêts majorés sur les sommes allouées par le jugement de première instance. Cette question revêt encore plus d'importance en France après les modifications au Code de procédure civile apportées par le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile²⁸⁰, applicables aux instances introduites devant les juridictions du premier degré à compter du 1^{er} janvier 2020, et qui ont fait de l'exécution provisoire de droit du jugement de première instance le principe, alors qu'elle était auparavant l'exception. En effet, depuis l'entrée en vigueur de ce décret le nouvel article l'article 514 du Code de procédure civile dispose que les décisions de première instance sont de droit exécutoires à titre provisoire à moins que la loi ou la décision rendue n'en dispose autrement²⁸¹. Il est vrai que le juge peut écarter l'exécution provisoire de droit, en tout ou partie, s'il estime qu'elle est incompatible avec la nature de l'affaire mais il doit pour cela statuer par une décision spécialement motivée et cet

²⁷⁸ Cet article reprend ainsi, avec certaines modifications, les termes de l'ancien article 524.

²⁷⁹ La chambre réunie, non seulement le président.

²⁸⁰ Décret pris en application de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

²⁸¹ Avant la modification apportée par le décret n°2019-1333 l'exécution provisoire n'était pas de droit dans tous les cas mais était décidée par la loi seulement dans certains cas limités. Pour le reste, elle devait être ordonnée par le juge : « L'exécution provisoire ne peut pas être poursuivie sans avoir été ordonnée si ce n'est pour les décisions qui en bénéficient de plein droit. Sont notamment exécutoires de droit à titre provisoire les ordonnances de référé, les décisions qui prescrivent des mesures provisoires pour le cours de l'instance, celles qui ordonnent des mesures conservatoires ainsi que les ordonnances du juge de la mise en état qui accordent une provision au créancier » (anc. article 514).

écart ne peut être fait que par la décision en cause²⁸². De plus, le juge ne peut écarter l'exécution provisoire de droit lorsqu'il statue en référé, qu'il prescrit des mesures provisoires pour le cours de l'instance, qu'il ordonne des mesures conservatoires ainsi que lorsqu'il accorde une provision au créancier en qualité de juge de la mise en état²⁸³.

En droit libanais, les décisions de 1^{re} instance ne sont pas en principe exécutoires à titre provisoire, seules les décisions du juge des référés (article 585 du CPCL), les ordonnances sur requête et les mesures provisoires et préventives (article 570 CPCL) et quelques autres décisions jouissant de cette qualité de par la loi. Il en est ainsi par exemple du jugement qui rejette l'opposition faite dans le fond à l'exécution d'un titre exécutoire devant le tribunal de 1^{re} instance, ou en limite le montant (article 852 du CPCL). De même, depuis la loi 254/2011 modifiant l'article 500 du Code de procédure civile, toutes les affaires civiles dont la valeur ne dépasse pas trente fois le SMIC²⁸⁴ sont soumises à la procédure accélérée et les jugements rendus dans ces affaires sont, en application de l'article 500-8, assortis de plein droit et par force de la loi de l'exécution provisoire. Les parties peuvent toujours demander au tribunal d'associer sa décision de l'exécution provisoire, ou ce que le Code de procédure civile libanais appelle « exécution urgente », dans certains cas prévus aux articles 571 et 572 du CPCL.

390. Arrêt de l'exécution provisoire et majoration de l'intérêt légal. Dans le cas où l'exécution provisoire du jugement de première instance est arrêtée par une décision du juge, qu'advient-il des intérêts moratoires sur les sommes allouées par le jugement de première instance ? Ces intérêts sont-ils toujours passibles de majoration ?

Dans l'hypothèse où ce jugement est ensuite infirmé totalement en appel la réponse est simple : l'infirmité du jugement de 1^{re} instance, même assorti d'exécution provisoire, prive de tout fondement la condamnation aux intérêts simples et majorés. Même si la partie initialement perdante a manqué à l'obligation d'exécution qui lui avait été imposée par le juge, « du fait même de l'infirmité, tout doit se passer comme

²⁸² Nouvel article 514-2 CPC.

²⁸³ Article 514-1 CPC.

²⁸⁴ Le montant du SMIC au Liban est actuellement de 625,000 L.L.

si la décision attaquée n'avait jamais été rendue »²⁸⁵. La solution est *a fortiori* la même si l'exécution provisoire du jugement de 1^{re} instance avait été arrêtée par la suite. En revanche, la réponse est moins évidente dans le cas où le jugement est ensuite confirmé en appel. Le créancier peut-il prétendre alors à la majoration des intérêts de l'article L. 313-3 C. mon et fin. en arguant que le délai de deux mois avait commencé à courir dès la notification du jugement assorti de l'exécution provisoire puisque celui-ci a été confirmé par la suite, ou doit-on considérer que le débiteur était en droit de ne pas exécuter la décision de 1^{re} instance et d'attendre la décision finale de la cour d'appel sans qu'aucun retard ne lui soit reproché puisque l'exécutoire provisoire avait été arrêtée ? Dès lors que la décision du premier président de la cour d'appel, ou du juge qui a rendu la décision à laquelle il est fait opposition, a privé le jugement de 1^{re} instance de sa force exécutoire, il n'y a plus un droit immédiat à exécution dont la violation puisse fonder une majoration d'intérêts. C'est la solution qui a été admise par la Cour d'appel de Paris qui, dans un arrêt datant de 1997, a décidé clairement que « si l'exécution provisoire a été suspendue par le premier président, la majoration du taux d'intérêt légal (...) est inapplicable puisque précisément il n'y a pas ou plus exécution provisoire »²⁸⁶, mettant ainsi en relief la fonction comminatoire de la majoration²⁸⁷ qui, quoique ne constituant pas un acte d'exécution à proprement parler, constitue toutefois indubitablement une mesure destinée à faire pression sur le débiteur afin de le pousser à s'exécuter volontairement. Cette solution a été reprise par la suite par la Cour de cassation dans un arrêt rendu par la chambre commerciale le 8 décembre 2009²⁸⁸.

²⁸⁵ R. Perrot, obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 18 décembre 1990, RTDCiv. 1991.601, n° 8.

²⁸⁶ CA Paris, 23 oct. 1997, RJ com. 1998. 319, note E. Putman et E. Bouty.

²⁸⁷ MM. Putman et Bouty (note préc., *in fine*) qui admettent que la solution de la Cour d'appel de Paris est en faveur de la nature comminatoire de la majoration qu'ils qualifient alors de « quasi-peine privée ». (Il aurait été juridiquement plus correct de parler de « fonction » à la place de « nature » comminatoire, v. à ce propos *infra* n°391 et s.

²⁸⁸ Cass. com., 8 décembre 2009, n° 08-20.680 : « Vu l'article L.313-3 du code monétaire et financier ; Attendu qu'en cas de condamnation pécuniaire par décision de justice, le taux de l'intérêt légal majoré de cinq points n'est applicable qu'à l'expiration d'un délai de deux mois à compter du jour où la décision de justice est devenue exécutoire, fût-ce par provision ; Attendu que pour statuer comme il fait, l'arrêt retient encore que l'arrêt du 24 mars 1998 confirme le jugement du 17 mars 1992 ; qu'en conséquence, le taux majoré de l'intérêt légal est dû deux mois après la signification du jugement ; que celui-ci ayant été signifié le 20 mai 1992, le taux majoré est dû à compter du 21 juillet 1992 ;

A l'examen de ces deux décisions on remarque que la Cour de cassation, à l'instar de la Cour d'appel de Paris, n'a pas opéré une distinction entre la période ouverte par le prononcé du jugement de première instance assorti de l'exécution provisoire et close par le prononcé de l'ordonnance d'arrêt de l'exécution provisoire, et la période postérieure à cette ordonnance. Or, si le manque d'exécution de la part du débiteur est justifié par la suspension de l'exécution provisoire à partir du prononcé de l'ordonnance qui la décide, qu'est ce qui justifierait ce manquement pour la période antérieure où l'exécution provisoire n'avait pas été encore suspendue et qui pourrait dans des cas s'avérer assez longue ?²⁸⁹ L'ordonnance de suspension de l'exécution provisoire aurait-elle un effet rétroactif ? Admettre ceci reviendrait à donner à cette ordonnance, qui n'est qu'une de décision de référé, un certain effet infirmatif qui devrait rester l'affaire de la cour d'appel et qui de toute façon se révélerait très insolite dans l'hypothèse où le jugement dont l'exécution provisoire a été suspendue est en fin de compte confirmé par cette dernière. Deux auteurs²⁹⁰ ont ainsi manifesté leur regret que la Cour d'appel de Paris n'ait pas cru bon de maintenir la majoration jusqu'à l'arrêt effectif de l'exécution provisoire. Toutefois, la solution doit à notre avis être approuvée. D'une part, l'effet infirmatif qu'aurait l'ordonnance de suspension de l'exécution n'est qu'apparent puisque la décision des juges de 1^{re} instance n'est pas atteinte dans son fond. D'autre part, et à défaut d'admettre que la majoration d'intérêt est suspendue pendant la période allant de la décision de 1^{re} instance jusqu'à l'ordonnance d'arrêt de l'exécution provisoire, le débiteur qui a présenté une telle demande serait, comme l'a très bien décrit M. Gréau, « pris entre deux feux »²⁹¹ : soit il ne paie pas et attend la décision du premier président de la cour d'appel ou du juge de l'opposition et alors il s'expose au paiement d'intérêts majorés quand bien même sa demande serait bien reçue et ceci pour toute la période précédant l'ordonnance recevant sa demande, soit il se

Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle relevait que l'exécution provisoire du jugement du 17 mars 1992 avait été suspendue par une ordonnance du premier président en date du 30 novembre 1992, la cour d'appel a violé le texte susvisé (...) »

²⁸⁹ Dans l'arrêt mentionné de la cour d'appel le jugement de condamnation avait été prononcé en décembre 1990, notifié en janvier 1991, et l'ordonnance suspendant l'exécution provisoire a été rendue en juin 1991. Des intérêts moratoires majorés auraient donc bien pu courir de mars jusqu'en juin 1991.

²⁹⁰ M. Putman et E. Bouty, note préc.

²⁹¹ F. Gréau, thèse préc., n° 449.

conforme immédiatement à l'ordre du juge de 1^{re} instance et paie tout de suite et il doit alors attendre l'infirmité de ce jugement, qui peut tarder vu la longueur des procédures, pour obtenir restitution de ce qu'il aurait payé, ce qui rendrait complètement inutile pour lui de demander l'arrêt de l'exécution provisoire. Ordonner l'arrêt de l'exécution provisoire pour des raisons qui légitiment la demande du débiteur et en même temps considérer que ce dernier reste obligé de payer des intérêts moratoires majorés pour toute la période précédant l'ordonnance d'arrêt revient à lui donner d'une main et reprendre de l'autre. Une telle solution ôterait toute utilité pratique à cette faculté qui a été donnée au juge précisément dans le but d'éviter des conséquences potentiellement excessives à une exécution provisoire qui devait rester l'exception mais qui se trouve généralisée au droit français depuis la modification apportée par le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile.

La fonction comminatoire des intérêts moratoires majorés qui viennent à l'appui du droit à l'exécution de la décision judiciaire, mise en exergue d'une part par l'arrêt du cours de ces intérêts lorsque le juge octroie au débiteur un délai de grâce, et d'autre part par l'inapplicabilité de la majoration lorsque l'exécution provisoire de la décision de 1^{re} instance est arrêtée par une décision du juge, n'est donc pas à négliger. Il est dès lors légitime de se demander si cette *fonction* comminatoire prééminente l'emporte sur la fonction traditionnellement indemnitaire des intérêts moratoires lorsque ceux-ci sont majorés de telle manière à altérer leur *nature* et les fonder plus sur la coercition que sur la réparation.

Section 3- Des intérêts moratoires comminatoires ?

391. Attributs de la décision comme les qualifie Mme Bléry dans sa thèse²⁹², les intérêts courant dès le prononcé de la décision sont au service de l'effet substantiel de

²⁹² C. Bléry, L'efficacité substantielle des jugements civils, thèse LGDJ, t. 328, préf. P. Mayer, 2000. Elle considère ainsi que ces intérêts sont des effets que la loi - non le juge - fait produire à un jugement, et les distingue de l'effet substantiel qui, lui, consiste dans la « concrétisation des droits subjectifs des plaideurs, et corrélativement, du droit objectif ».

celle-ci et ont pour but d'inciter la partie condamnée à s'exécuter avec célérité. L'accumulation de ces intérêts moratoires, d'abord simples puis majorés, constitue indubitablement un moyen de pression non négligeable sur le débiteur afin de le pousser à s'exécuter le plutôt possible. Peut-on pour autant qualifier ces intérêts de peine privée ? Rien n'est moins sûr. Si une *fonction* comminatoire bien réelle est venue s'ajouter à la fonction essentiellement indemnitaire de ces intérêts moratoires (§1), il n'est pas certain que cette fonction comminatoire aboutisse à changer leur *nature* indemnitaire en tant que variété de dommages-intérêts de droit commun (§2).

§1- Une fonction comminatoire bien nette.

392. Des intérêts qui vont au-delà d'un préjudice subi par le créancier. Plus que le cours des intérêts moratoires au taux légal sur les créances fixées dans la décision judiciaire, c'est la majoration de ce taux légal, qu'elle soit celle de droit commun mise en œuvre par l'article L.313-3 du Code monétaire et financier²⁹³, ou celle prévue spécialement par d'autres textes comme les articles L.211-8 et suivants du Code des assurances ou l'article 9 de la loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986, qui révèle clairement une volonté du législateur, non seulement de réparer le préjudice moratoire subi par le créancier qui, dans son montant, reste en principe couvert par l'intérêt au taux simple, mais de sanctionner au vrai sens du terme la défaillance du débiteur de la condamnation et son manque à exécuter l'ordre du juge. Plusieurs auteurs ont à cet égard souligné le dessein punitif de cette majoration substantielle du taux de l'intérêt. R. Perrot écrit ainsi à ce propos qu'elle « s'apparente à une peine privée quelque peu comparable à l'astreinte »²⁹⁴. G. Viney, P. Jourdain et S. Carval affirment que l'objet de l'article L.313-3 C. mon. fin. « consiste évidemment à sanctionner une résistance prolongée à l'exécution »²⁹⁵. S. Cimamonti qui, dans sa thèse sur l'effectivité des droits du créancier

²⁹³ Qui, rappelons-le, est applicable à toutes les condamnations à des sommes monétaires, qu'elles soient fondées sur l'article 1231-6 ou 1231-7 du Code civil.

²⁹⁴ R. Perrot, obs. sous Paris, 15 janvier 1991, RTDCiv. 1991. 409, n° 11.

²⁹⁵ G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, sous la direction de J. Ghestin, LGDJ, 4^e éd., 2017, n° 348.

chirographaire en droit contemporain²⁹⁶, considère que la fonction première des intérêts moratoires est de réparer le préjudice subi par le créancier ajoute que la contrainte résulte plutôt des dispositions prévoyant une majoration du taux de l'intérêt. Il semble donc que ces intérêts majorés vont au-delà d'un éventuel préjudice, prouvé ou présumé, dont aurait souffert le créancier et constituent plus une mesure de coercition dont le but est de pousser le débiteur à s'exécuter dans les plus brefs délais, qu'un moyen de réparation du préjudice moratoire. La faculté d'exonération ou de réduction de la majoration reconnue par la loi au juge de l'exécution²⁹⁷ vient le confirmer : ces intérêts s'inscrivent dans une logique de sanction de l'inobservation de l'ordre du juge plutôt que dans une logique indemnitaire ce qui justifie que ce dernier puisse les réduire ou les écarter sans que le créancier soit lui-même en faute.

393. Une nature comminatoire ? Un auteur va plus loin et considère qu'au-delà d'une *fonction* il s'agit d'une *nature* comminatoire qui n'est pas seulement attachée aux intérêts majorés mais à tous les intérêts moratoires postérieurs à une condamnation judiciaire : « c'est la conjugaison de l'émergence d'un droit autonome à l'exécution d'une décision de justice et de la contrainte inhérente à la phase d'exécution qui permet aujourd'hui de considérer que les intérêts moratoires postérieurs à une condamnation judiciaire échappent au fondement de la responsabilité du débiteur, au moins à compter du moment où une telle décision acquiert force exécutoire, pour être aspirés par une logique essentiellement comminatoire »²⁹⁸. Pour cet auteur, restreindre la nature comminatoire aux seuls intérêts majorés serait adopter une analyse trop réductrice et aléatoire de la phase d'exécution. Prônant une appréhension plus globale de cette phase entièrement tournée vers la réalisation effective du droit judiciairement consacré, il considère que « les intérêts simples sont en réalité difficilement dissociables des intérêts majorés : les seconds sont la continuation des premiers et marquent un

²⁹⁶ S. Cimamonti, thèse préc., n° 95 et s. Dans le même sens, v. V. David, Les intérêts de sommes d'argent, thèse, Coll. De la Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers, LGDJ, préf. Ph. Rémy, 2005, n° 44 et n° 56 ; Y. Lobin, « La protection des créanciers et l'aménagement des voies d'exécution », Etudes offertes à Alfred Jauffret, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974., p. 469, spéc. p. 473.

²⁹⁷ Art. L.313-3 al. 2 C. mon. et fin. introduit en 1991.

²⁹⁸ F. Gréau, thèse préc., n° 429.

changement de degré plus qu'un changement de nature », (...) « ils forment alors un préliminaire à une éventuelle exécution forcée, une gradation équilibrée des moyens de pression exercés sur le débiteur récalcitrant que l'on retrouve également avec l'astreinte de droit commun. La pression est mesurée d'abord avec les intérêts simples, puis s'accroît avec les intérêts majorés ». Après la décision judiciaire, le préjudice moratoire du créancier passe selon cet auteur au second plan et l'attention se porte désormais sur le retard fautif du débiteur. « A la différence du simple retard dans l'exécution d'une obligation contractuelle, qui relève de la responsabilité, le retard dans l'exécution de l'injonction délivrée par l'autorité judiciaire est affectée d'une gravité particulière liée à la mise en mouvement du droit à l'exécution, gravité qui justifie le passage de la réparation à la peine privée »²⁹⁹.

L'état actuel des textes ne permet toutefois pas une telle assimilation des intérêts moratoires simples aux intérêts moratoires majorés dans une même *nature* comminatoire et les solutions adoptées par la jurisprudence concernant la continuation du cours des intérêts simples pendant le délai de grâce et la possibilité d'un éventuel cumul avec l'astreinte rappellent constamment, même d'une manière indirecte et sous-entendue, la nature essentiellement indemnitaire des intérêts moratoires postérieurs à la décision judiciaire.

§2- *Une nature toujours indemnitaire.*

394. Un auteur s'inscrivant dans le courant détracteur de la responsabilité contractuelle a défendu dans sa thèse l'idée selon laquelle les intérêts moratoires en général, qu'ils soient antérieurs ou postérieurs à la décision, seraient des dommages-intérêts « à visée comminatoire » qui auraient pour seule justification de presser le débiteur à l'exécution³⁰⁰. Cette logique est toutefois contestable. En effet, derrière la sanction de toute règle de droit se retrouvent presque toujours un objectif comminatoire

²⁹⁹ F. Gréau, *op. et loc cit.*

³⁰⁰ V. Perruchot-Triboulet, Régime général des obligations et responsabilité civile, thèse PUAM, préf. J. Mestre, 2002, n° 401 et s.

et un objectif réparateur³⁰¹. En effet, si l'emploi de la technique des intérêts, à la manière de l'astreinte, augmente progressivement le montant de la dette initiale ce qui lui confère indéniablement un effet d'inciter le débiteur à s'exécuter avec célérité par crainte de voir le montant de sa dette augmenter considérablement, cet effet incitatif ne suffit pas à transformer un procédé juridique dont le dessein est essentiellement indemnitaire en une règle purement comminatoire ou en une peine privée dont le mécanisme ne doit pas être confondu avec celui de la responsabilité civile³⁰². Ceci reste vrai même quand cet effet incitatif passe au premier plan avec le prononcé de la décision. S'il est indéniable que le but des intérêts moratoires postérieurs à la décision judiciaire, simples mais encore plus lorsqu'ils sont majorés, n'est pas seulement de réparer le préjudice moratoire subi par le créancier, mais aussi et surtout d'assurer le respect de l'ordre du juge dans les plus brefs délais, et que le débiteur condamné au paiement d'une indemnité doit la payer sans délai non seulement parce que cette indemnité est due au créancier et que son retard causerait un préjudice à ce dernier, mais parce qu'il a été ordonné par une décision de justice à le faire, cet effet incitatif que revêtent les intérêts moratoires dans la phase postérieure à la décision ne suffit pas à les transformer en des intérêts purement comminatoires. Si la *fonction* comminatoire de ces intérêts moratoires postérieurs à la décision est bien visible, elle vient seulement s'ajouter à leur fonction essentiellement indemnitaire. On perçoit ainsi un infléchissement de cette dernière, sans toutefois aboutir à un changement de la *nature* de ces intérêts qui demeure essentiellement indemnitaire ce que confirment, quoiqu'indirectement, les solutions jurisprudentielles en matière de délai de grâce et de cumul avec l'astreinte.

395. La continuité du cours des intérêts moratoires simples malgré l'octroi d'un délai de grâce. La consécration de la continuité du cours des intérêts moratoires simples malgré l'octroi d'un délai de grâce en est une preuve. Cette continuité admise

³⁰¹ Sur cette dualité d'objectifs et leurs limites respectives, v. J. Rivero, « Sanction juridictionnelle et règle de droit », *Etudes juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 457.

³⁰² Sur cette idée, v. A. Jault, *La notion de peine privée*, thèse LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 442, préf. F. Chabas, 2005, spéc. n° 21 et s.

par la doctrine majoritaire et par la jurisprudence³⁰³ va nettement à l'encontre de l'admission d'une *nature* purement comminatoire aux intérêts moratoires. La raison en est évidente : s'ils étaient fondés sur un comportement répréhensible de la part du débiteur susceptible de légitimer la mise en œuvre d'une peine à son égard, pourquoi alors le punir quand il bénéficie d'une faveur judiciaire ? En effet, si dans sa décision le juge peut octroyer un délai de grâce qui aurait pour conséquence de suspendre pendant une période bien définie toute majoration d'intérêts à l'égard du débiteur qui ne paie pas sa dette, ce délai ne peut en aucun cas reporter l'exigibilité de celle-ci ni effacer la responsabilité du débiteur pour le préjudice de retard qui lui est imputable, ce qui fait que les intérêts moratoires dont le fondement reste ainsi enraciné dans la responsabilité civile continuent à courir. Or si les intérêts moratoires majorés sont effectivement la continuation des intérêts moratoires simples et « marquent un changement de degré plus qu'un changement de nature » comme le dit M. Gréau³⁰⁴, on doit alors admettre que leur *nature*, comme celle des intérêts moratoires simples, reste indemnitaire dans le sens où ils demeurent attachés, dans leur fondement, à l'institution de la responsabilité civile. La filiation entre ces intérêts majorés et les dommages-intérêts de droit commun est ainsi maintenue quoique les liens semblent se relâcher avec leur acquisition de cette fonction comminatoire nouvelle qui n'est pas à négliger

Un autre argument tenant à la relation entre les intérêts postérieurs à la condamnation et l'astreinte finit de convaincre à ce sujet. La question s'est posée en jurisprudence de savoir si ces intérêts pouvaient être combinés avec l'astreinte. La réponse à cette question, qui ne va d'ailleurs pas sans hésitation, permettrait de mettre en lumière leur nature réelle.

396. Un possible cumul des intérêts postérieurs à la décision avec l'astreinte ?

Parce qu'elle fait « craindre au débiteur d'être écrasé sous une condamnation pécuniaire indéfiniment croissante »³⁰⁵ l'astreinte est devenue un auxiliaire très privilégié bien

³⁰³ V. *supra*, n° 388.

³⁰⁴ V. *supra* n° 393.

³⁰⁵ J. Carbonnier, Droit civil, t. 4, Les obligations, préc., n°652.

qu'indirect de l'exécution des obligations. Œuvre d'une construction jurisprudentielle³⁰⁶ avant d'être définie par la loi du 5 juillet 1972³⁰⁷, encadrée par la suite par la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution³⁰⁸, l'astreinte figure aujourd'hui dans le Code des procédures civiles d'exécution sous le titre « La prévention des difficultés d'exécution » aux articles L.131-1 et s. Cette astreinte dont le juge peut, même d'office, assortir sa décision, ou dont le juge d'exécution peut assortir une décision rendue par un autre juge (art. L.131-1 CPCE) avait suscité des questionnements quant à sa relation avec les dommages-intérêts. Voulant couper court aux discussions antérieures sur le sujet³⁰⁹, la loi du 5 juillet 1972 avait affirmé que l'astreinte est « indépendante » des dommages-intérêts³¹⁰. Cette terminologie met en lumière l'idée que les deux mécanismes sont différents. La réparation d'un dommage par les dommages-intérêts reste dominée par le principe d'adéquation du dommage et de la réparation : tout le dommage, mais rien que le dommage. L'astreinte, quant à elle, n'a lieu d'être que si le juge estime nécessaire de faire pression sur le débiteur pour qu'il exécute ses obligations. Rien n'empêche dès lors que les deux mécanismes soient cumulés. La Cour de cassation a eu l'occasion de l'affirmer plusieurs fois, qu'il s'agisse

³⁰⁶ Dès le début du XXe siècle, l'astreinte fut consacrée par la jurisprudence française (Cass. civ. 28 déc. 1824, Sirey 1825.1.166. Voir "L'Astreinte", fiche méthodologique du Service de Documentation de la Cour de cassation, au BICC n° 680 du 15 avril 2008.

³⁰⁷ Loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile.

³⁰⁸ v. F. Chabas, « La réforme de l'astreinte », D. 1992, chr.299 ; R. Perrot, « L'astreinte : ses aspects nouveaux », Gaz. Pal. 1991.2, n° 13). Pour une synthèse de la jurisprudence antérieurs à cette loi : J. Mestre, « De l'astreinte », RTDCiv. 1991.534, n° 8.

³⁰⁹ P. Esmein, L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreinte, RTDCiv.1903.5 ; P. Kayer, L'astreinte judiciaire et la responsabilité civile, RTDCiv. 1953.209 ; Raynaud, La distinction de l'astreinte et des dommages-intérêts dans la jurisprudence française récente, Mélanges Sécrotin, 1966, p. 249.

³¹⁰ Art. L.131-2 CPCE. La même solution a été retenue par le droit libanais. L'article 569 du CPCL dispose que les tribunaux peuvent, même d'office, décider d'une astreinte pour garantir l'exécution des décisions par elles rendues. Cette astreinte est considérée comme distincte des dommages-intérêts (...). Notons que, pour les astreintes fixées pour obliger l'occupant d'un local à quitter les lieux, et par exception au premier alinéa de l'article L.131-2 CPCE, le montant de l'astreinte une fois liquidée a une limite légale et ne peut excéder la somme compensatrice du préjudice effectivement causé.

de dommages-intérêts moratoires³¹¹ ou compensatoires³¹², interdisant ainsi aux juges du fond procédant à la liquidation d'une astreinte de déduire de la somme ainsi fixée le montant des dommages-intérêts moratoires précédemment alloués³¹³.

La même solution a été adoptée par la Cour de cassation concernant le cumul de l'astreinte avec les intérêts légaux postérieurs à une décision de condamnation. Elle a ainsi jugé que l'astreinte civile est « destinée à assurer l'exécution des décisions de justice et est indépendante des dommages-intérêts ; qu'elle peut, en conséquence, être prononcée accessoirement à une condamnation à payer une somme d'argent *et se cumuler avec les intérêts légaux dont cette condamnation est assortie* », rejetant par cette motivation un pourvoi qui estimait que l'astreinte ferait double emploi avec ces intérêts »³¹⁴. Cette solution, qui s'applique aussi bien en amont au cumul des intérêts simples avec l'astreinte qu'en aval au cumul des intérêts majorés avec cette astreinte dès lors que le débiteur ne s'est pas exécuté dans le délai de deux mois suivant la date où la décision devient exécutoire, montre bien que la Cour de cassation n'entend pas donner à ces intérêts postérieurs à la décision une *nature* autre qu'indemnitaire quelle que soit la *fonction* éventuellement comminatoire qui puisse leur être attribuée notamment lorsqu'ils sont majorés. Leur nature reste donc essentiellement indemnitaire quoiqu'ils puissent constituer un moyen non négligeable de pression sur le débiteur récalcitrant.

La solution de la Cour de cassation n'est pas, il est vrai, sans reproche. Les intérêts majorés étant le prolongement automatique des intérêts simples dans le cas où le débiteur ne paie pas dans le délai de deux mois, cette solution pourrait aboutir à un avantage considérable pour le créancier et la défaillance du débiteur pourrait devenir

³¹¹ Cass. civ. 3^e, 8 mars 1977, Bull. civ. III, n° 110 ; Cass. civ. 1^{re}, 9 mars 1977, *ibid.* I, n° 127 ; Cass. civ. 2^e, 18 févr. 1987, *ibid.* II, n° 48 ; Cass. civ. 1^{re}, 28 févr. 1989, *ibid.* I, n° 97.

³¹² Cass. civ. 2^e, 12 juin 1991, Bull. civ. II, n° 180.

³¹³ Cass. civ. 2^e, 20 novembre 1991, Bull. civ., II, n° 308, D. 1992, somm. 277, obs. A. Penneau.

³¹⁴ Cass. soc., 29 mai 1990, Bull. civ., V, n° 244 ; RTDCiv. 1991.534, n° 8, obs. J. Mestre ; JCP 1990, IV, 285. Déjà en ce sens : Cass. civ. 1^{re}, 17 février 1976, Bull. civ., I, n° 72. La solution devrait être la même en droit libanais puisque l'article 569 CPC dispose expressément que l'astreinte est considérée comme distincte des dommages-intérêts. Dès lors, rien n'empêche là aussi le cumul de cette astreinte avec les intérêts moratoires qui « lorsque la dette a pour objet une somme d'argent (...) consistent, en l'absence de clauses contraires, dans la convention ou dans la loi, dans les intérêts de la somme due, calculée d'après le taux légal » (art. 265 COC).

pour lui « source d'un enrichissement peu conforme à l'équilibre auquel devrait tendre toute règle de droit »³¹⁵, comme l'a signalé un autre auteur qui, tout en admettant le cumul des intérêts majorés avec l'astreinte, a regretté l'enrichissement du créancier³¹⁶ qui en découlait, d'autant plus que l'astreinte liquidée par le juge sera elle-même productive d'intérêts simples³¹⁷ et rien n'empêche aussi qu'elle produise d'éventuels intérêts majorés³¹⁸. Bien que conforme à l'analyse traditionnelle des intérêts postérieurs à la décision, mériterait selon un auteur « d'être reconsidérée à l'aune de la place qu'ils occupent aujourd'hui dans l'incitation à l'exécution »³¹⁹. La solution la plus satisfaisante pour cet auteur serait d'« admettre ouvertement que l'astreinte et les intérêts moratoires d'une décision exécutoire constituent deux applications de la théorie de la peine privée se greffant sur le droit à l'exécution des décisions de justice » et qu'« à ce titre, elles ne devraient pas pouvoir être cumulées ». Sans aller jusqu'à préconiser une paralysie du pouvoir du juge de prononcer une astreinte toutes les fois qu'il condamne au paiement d'une somme d'argent³²⁰, il souhaite « appréhender globalement ces deux techniques comme un moyen d'adapter la pression exercée sur le débiteur en vue de l'exécution d'une condamnation au paiement d'une somme d'argent » et dès lors « d'envisager une possible substitution d'une telle astreinte aux intérêts moratoires » lorsque le juge estime, en raison d'éléments factuels propres à chaque espèce, que l'accroissement progressif de la dette par les intérêts simples puis

³¹⁵ F. Gréau, *op. et loc. cit.*

³¹⁶ M. Perrot, « L'astreinte, ses aspects nouveaux », préc.

³¹⁷ La Cour de cassation a bien appliqué l'(anc.) article 1153-1 du C. civ. à l'astreinte liquidée par le juge : Cass. com., 19 mars 1991, Bull. civ., IV, n° 109 ; Resp. civ. et assur. 1991, n° 240 ; D. 1991, IR, 111 ; JCP 1991, IV, 189.

³¹⁸ MM. Putman et Bouty (note sous Paris, 23 octobre 1997, Rev. jur. com. 1998.319) considèrent que l'arrêt de la chambre sociale du 29 mai 1990 signifie implicitement que l'astreinte peut se cumuler avec la majoration des intérêts légaux.

³¹⁹ F. Gréau, thèse préc., n° 431.

³²⁰ Solution qui avait autrefois été retenue par la Cour de cassation pour les sommes entrant dans le champ d'application de l'(anc.) article 1153 lorsque l'astreinte n'était pas encore considérée par la loi comme indépendante des dommages-intérêts (Cass. civ., 28 octobre 1918, S. 1918-19.1.89, note L. Huguency ; Bordeaux, 26 juin 1847, S. 1848.2.759), et qui avait été abandonnée par la suite (Cass. com., 17 avril 1956, JCP 1956, II, 9330, note P. Vellieux).

majorés³²¹ ne suffirait pas à impressionner le débiteur et le porter à une exécution volontaire et trouve qu'il est nécessaire « de passer à la vitesse supérieure »³²². Toutefois, la solution que préconise M. Gréau, outre qu'elle n'est pas possible en l'état actuel des textes qui font des intérêts majorés des intérêts automatiques, a le désavantage de mélanger entre ces intérêts majorés qui ont une fonction coercitive prééminente et les intérêts moratoires au taux simple qui conservent une fonction essentiellement réparatrice et d'appliquer ainsi, sans aucune distinction, le même sort aux uns et aux autres. De plus, la fixation du montant de l'astreinte lors de sa liquidation par le juge tient compte des difficultés que le débiteur a rencontrées pour satisfaire à l'exécution de la décision. Or si ce pouvoir de révision en fonction de l'attitude du débiteur condamné paraît justifiable pour une astreinte qui vient remplacer des intérêts moratoires à visée comminatoire, rien ne le justifie pour celle qui viendrait remplacer des intérêts moratoires simples qui compensent le préjudice subi par le créancier du fait du retard de son débiteur dans le paiement de la somme à laquelle il a été condamné. Au lieu et place d'octroyer au juge une faculté de substituer à l'ensemble des intérêts moratoires postérieurs à la décision, simples et majorés, une astreinte, il serait peut-être plus pertinent de dépouiller les intérêts moratoires postérieurs à la décision d'une fonction comminatoire qui n'est pas naturellement la leur.

L'opportunité d'une telle séparation entre la fonction indemnitaire et la fonction comminatoire se pose avec acuité non seulement pour les intérêts moratoires postérieurs à la décision judiciaire mais aussi pour tous ceux qui, tout en étant en étroite relation avec un retard imputable au débiteur, voient leur fonction comminatoire prendre le dessus sur leur fonction essentiellement réparatrice.

³²¹ Selon M. Perrot, l'expérience montre que cette majoration n'a pas toujours l'effet incitatif l'efficacité attendue (Rapport français, in L'effectivité des décisions de justice, préc., n° 6.

³²² F. Gréau, *op. et loc. cit.*

Chapitre 3 – Opportunité d'un épurement de la fonction des intérêts moratoires.

397. La prééminence de la fonction coercitive d'une catégorie assez large d'intérêts moratoires au moment où le droit se refuse à y voir des mesures soumises aux garanties du procès équitable (Section 1) invite à distinguer entre l'inexécution qui est un fait générateur de responsabilité et l'inexécution qui entraîne l'application d'une mesure répressive à l'encontre de celui qui en est l'auteur. Seule la première, jointe à un préjudice moratoire, donnera naissance, dans une logique de responsabilité civile, à des intérêts moratoires dont la fonction indemnitaire serait ainsi épurée, alors qu'un procédé juridique différent, situé complètement en dehors de la responsabilité, viendrait absorber la fonction comminatoire actuellement assignée, non sans artifice, à ces intérêts moratoires (Section 2).

Section 1- Une fonction comminatoire prééminente.

398. La fonction comminatoire des intérêts moratoires qui exercent une contrainte sur certains débiteurs d'obligations monétaires, comme celle des intérêts moratoires qui, lorsqu'ils sont majorés, viennent à l'appui du droit à l'exécution d'une décision judiciaire portant sur une somme d'argent, n'est plus à prouver. Elle est réelle et prééminente et sa prééminence transparait dans le régime juridique que le législateur, ou la jurisprudence, assignent à ces intérêts.

Elle transparait ainsi dans l'importance quantitative de ces intérêts, et justifie par exemple que les « pénalités de retard » de l'article L.441-10 du Code de commerce soient dus sans qu'aucun rappel soit nécessaire contrairement aux intérêts moratoires de droit commun de l'article 1231-6 du Code civil qui ne peuvent en principe être dus qu'à partir d'une mise en demeure du débiteur. Elle explique aussi que les intérêts majorés de l'article L.211-17 du Code des assurances constituent une dette personnelle à l'assureur qui ne peut les inclure dans un éventuel recours qu'il exerce contre des

tiers³²³ et que la « pénalité » de l'article L.211-13 du Code des assurances incombe seulement à l'assureur du véhicule impliqué et non à son assuré³²⁴.

D'une manière plus générale, la prééminence de la fonction coercitive des intérêts moratoires explique la focalisation sur l'attitude du débiteur qui se manifeste par la possibilité ouverte au juge, à des degrés différents, de prendre en considération le comportement de ce débiteur pour réduire, voire supprimer, ces intérêts. Le juge peut ainsi réduire la « pénalité » de l'article L.211-13 du Code des assurances en raison de circonstances non imputables à l'assureur³²⁵, et la loi lui reconnaît une faculté d'exonération ou de réduction de la majoration de l'article L.313-3 du Code monétaire et financier³²⁶ sans que le créancier soit en faute lui-même. Or, cette faculté de réduction ou d'exonération est, par définition, incompatible avec la fonction traditionnelle des intérêts moratoires qui est d'offrir au créancier victime du retard préjudiciable une compensation équivalente à son préjudice. Le glissement de la réparation à la coercition est encore plus visible lorsque la naissance même des intérêts de retard dépend de l'attitude du débiteur comme il en est pour le régime des intérêts de retard dus par le contribuable en vertu de l'article 1727 CGI qui s'attache en grande partie à la bonne ou mauvaise foi du débiteur³²⁷ et dispense ainsi le contribuable du paiement des intérêts de retard en raison de sa bonne foi qui ressort de ses observations ou de ses erreurs de qualification (article 1727, II, alinéa 1) et déclare que l'intérêt de retard n'est pas dû, et sauf manquement délibéré, lorsque l'insuffisance des chiffres déclarés un pourcentage déterminé (alinéas 3 et 4 de l'article 1727, II). Les intérêts de retard, dans un cas comme l'autre, auraient pu porter sur des sommes très importantes lorsque la base d'imposition est élevée et si ces intérêts de retard devaient exclusivement réparer un préjudice moratoire subi par le Trésor comme l'affirme la jurisprudence on ne voit pas comment expliquer cette tolérance légale à l'égard du

³²³ V. supra n° 355.

³²⁴ V. supra n° 348.

³²⁵ V. supra n° 351.

³²⁶ Faculté reconnue par la loi au juge de l'exécution.

³²⁷ V. supra n° 372.

contribuable de bonne foi qui paraît nettement inconciliable avec une fonction purement indemnitaire de ces intérêts.

399. Si dans toutes ces hypothèses les intérêts moratoires ne peuvent être dissociés d'un retard *subjectif* dans le sens où il est imputable au débiteur de l'obligation monétaire, l'infléchissement de leur fonction indemnitaire au profit d'une fonction comminatoire prééminente ne fait qu'ajouter des incertitudes à une matière déjà assez obscure. Même lorsqu'ils sont appelés par le législateur des « pénalités » (article L.211-13 C. com.) ou des « pénalités de retard » (article L.441-10 C. com.), l'objectif coercitif clair de ces intérêts moratoires qui visent à contraindre le débiteur à une transaction rapide et suffisante, ou à imposer un paiement rapide des sommes convenues ou des sommes à restituer, à favoriser la satisfaction d'un créancier pas comme les autres comme le Trésor public, à limiter la fréquence et la longueur des délais de paiement imposés par certains débiteurs suffisamment puissants pour le faire dans le secteur de la grande distribution, ou encore et surtout à exercer une pression accrue sur le débiteur condamné en vue de le pousser à l'exécution d'une condamnation au paiement d'une somme d'argent, n'entraîne pas une exclusion de leur *nature* indemnitaire au profit d'une nature comminatoire. La jurisprudence l'a affirmé pour la « pénalité » prévue à l'article L.211-13 du Code des assurances ainsi que pour la majoration d'intérêts prévue à l'article L.211-17 de ce code. Elle l'a aussi affirmé pour la « pénalité de retard » de l'article L.441-10 du Code de commerce ainsi que pour les « intérêts de retard » de l'article 1727 du Code général des impôts. Elle l'a enfin affirmé pour les intérêts moratoires postérieurs à la décision judiciaire, même lorsque ceux-ci sont majorés. Ces intérêts moratoires demeurent donc des intérêts de *nature* indemnitaire en dépit de la *fonction* comminatoire qui leur est attachée et restent ainsi fondés sur un préjudice moratoire imputable à la *mora* du débiteur.

400. L'artifice de l'affirmation de la nature indemnitaire de ces intérêts moratoires alors que la fonction comminatoire qu'ils exercent semble l'emporter dans son importance sur leur fonction indemnitaire appelle, pour une meilleure cohérence théorique et pratique des solutions juridiques en la matière, à ce qu'ils soient dépouillés de cette fonction comminatoire qui n'est pas naturellement la leur. Les intérêts

moratoires conserveraient ainsi une fonction exclusivement indemnitaire en tant que variété de dommages-intérêts et courraient de ce fait sur toutes les créances au taux légal simple. Si le principe d'un recours à la contrainte est en lui-même légitime, la force étant « l'adjuvant nécessaire de la justice » comme le soulignait François Gény en 1939 dans une réflexion générale sur les relations entre la justice et la force³²⁸, l'objectif coercitif que poursuit le législateur pourrait être réalisé autrement que par une majoration du taux légal de l'intérêt ou par une imposition d'un taux à seuil minimal ou à seuil fixe assez élevé. En effet, cet objectif pourrait être plus efficacement atteint au moyen d'une technique juridique différente qui, en s'éloignant de la responsabilité civile avec celle-ci suppose comme préjudice imputable au débiteur, aurait le mérite certain d'épurer, et du coup de renforcer, le lien naturel qui existe entre cette institution et l'intérêt moratoire, les deux gagnant de ce fait en clarté et en cohérence. L'amende civile pourrait présenter une solution convenable à cet égard.

Section 2- Une fonction qui appelle un mécanisme juridique différent.

401. L'objectif comminatoire aujourd'hui artificiellement assigné aux intérêts moratoires postérieurs à la décision judiciaire pourrait être atteint par l'adoption d'une technique similaire à celle que connaît le droit anglais avec le *contempt of court* qui autorise le juge à sanctionner l'inexécution d'une décision de justice au moyen d'une *amende*³²⁹ et que le législateur français refuse encore d'adopter malgré les critiques de la doctrine. De même, une amende civile dont le montant serait particulièrement dissuasif pourrait absorber la fonction comminatoire artificiellement assignée à tout autre intérêt moratoire. Ce procédé juridique³³⁰ a l'avantage de ne pas mélanger les genres : tandis que la responsabilité civile répare, l'amende civile sanctionne. Sur le

³²⁸ F. Gény, « Justice et force (pour l'intégration de la force dans le droit), Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant, 1939, p. 241.

³²⁹ R. Perrot, Rapport français, *in* L'effectivité des décisions de justice, préc., p. 105-120, n° 24 et « L'astreinte : ses aspects nouveaux », préc., n° 16 et s.

³³⁰ Sur l'amende civile, v. par ex., Dreyer E., « L'amende civile concurrente de l'amende pénale ? », JCP E 2017, 1344, spéc. n° 25 ; Rials N., « L'amende civile : une fausse bonne idée ? », D. 2016, p. 2072.

plan pratique, et vu son caractère net de sanction, cette amende serait susceptible de justifier la mise en œuvre des garanties résultant de l'art. 6 de la Conv.EDH ce qui aurait, entre autres, le mérite de mettre un terme aux solutions jurisprudentielles qui avaient artificiellement, et contre l'intérêt du contribuable, freiné l'application de la Conv.EDH à la matière fiscale³³¹. Elle aurait ainsi le mérite d'offrir à la condamnation prononcée par l'Administration fiscale les garanties du procès équitable et cette condamnation devrait dès lors faire l'objet d'une motivation et ne pourrait être prononcée avant l'expiration d'un délai de 30 jours permettant au contribuable de présenter ses observations³³². Elle aurait aussi le mérite d'accorder au juge un pouvoir de modulation que la Cour de cassation admet aujourd'hui seulement, pour les pénalités fiscales de nature répressive³³³.

Complètement émancipée de la responsabilité civile du débiteur, cette amende civile ne profiterait pas au créancier mais à un organisme ou à une caisse publique³³⁴. Elle aurait à cet égard un avantage certain sur l'astreinte de l'article L.131-1 du Code des procédures civiles d'exécution dont la liquidation profite au créancier, ce qui aurait le mérite de calmer les soucis de la doctrine qui craint que la défaillance du débiteur devienne pour le créancier source d'un enrichissement injustifié³³⁵. Elle aurait aussi un avantage sur les dommages-intérêts punitifs que connaissent par exemple, sous

³³¹ Sur ces solutions jurisprudentielles, v. *supra* n° 369 et s.

³³² En application de l'article L.80D LPF qui vise largement « les décisions mettant à la charge des contribuables des sanctions fiscales » dont ferait partie une amende moratoire qui remplacerait les intérêts moratoires de l'article 1727 CGI.

³³³ V. *supra* n° 372.

³³⁴ Comme c'est le cas actuellement par exemple pour l'astreinte en matière de préjudice écologique pour lequel l'article 1250 C. civ. créé par la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 - art. 4 dispose qu'« en cas d'astreinte, celle-ci est liquidée par le juge au profit du demandeur, qui l'affecte à la réparation de l'environnement ou, si le demandeur ne peut prendre les mesures utiles à cette fin, au profit de l'Etat, qui l'affecte à cette même fin ».

³³⁵ V. *supra* n° 396. Dans ce sens, v. A. Penneau, Cass. civ. 2°, 20 novembre 1991, D.1992, somm.277 : « Le véritable moyen de couper court à toute ambiguïté et peut-être de mettre fin à un contentieux superflu consiste à attribuer le bénéfice de l'astreinte à des caisses publiques et non au créancier (...) En donnant à l'astreinte la nature d'une amende civile, ou contribuerait sans doute à assainir la pratique de l'évaluation des dommages-intérêts qui souffre suffisamment d'incohérences par ailleurs ».

certaines formes et à certaines conditions, les Etats-Unis³³⁶, et que l'avant-projet Catala de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription préconisait d'introduire dans le droit civil français³³⁷ encouragé en cela par une grande partie de la doctrine qui, devant le constat de la pratique insidieuse par le juge d'introduction de la peine privée sous couvert du principe de réparation intégrale, plaidait avec force pour la consécration de cette idée de peine privée et de l'introduction en droit français de dommages-intérêts punitifs ou exemplaires³³⁸. En effet, contrairement à ces derniers, une amende civile ne serait pas liée à un préjudice subi et ne profiterait pas à la victime du dommage mais à un fonds public et à défaut, au Trésor, et ne porterait ainsi aucune atteinte au principe de la réparation intégrale du préjudice sans perte ni profit bien cher à la tradition juridique française.

³³⁶ V. not. S.-S. Vacarelu, La concurrence déloyale. Rapport américain, *in* Trav. de l'Association H. Capitant, La concurrence, Journées marocaines de 2006 - t. LVI, Société de législation comparée, 2010, spéc. p. 75 s.

³³⁷ Art. 1371 de l'avant-projet: « L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables ». Ce n'était pas la première fois où la consécration des dommages-intérêts punitifs avait été envisagée par les projets de réforme de la responsabilité civile. En effet, la proposition de loi Bételle portant réforme de la responsabilité civile présentée par le Sénat le 9 juillet 2010, et depuis devenue caduque, avait prévu un article 1386-25 du Code civil qui ouvrait la voie au prononcé par le juge, en plus de dommages et intérêts visant à compenser le préjudice, de dommages et intérêts punitifs dans les seuls cas où la loi l'autorise expressément et à l'égard des seules fautes lucratives. Il était prévu que le montant des dommages et intérêts punitifs ne pourrait en aucune manière dépasser le double du montant des dommages et intérêts compensatoires octroyés et qu'ils seraient versés à la victime et, dans une proportion que le juge déterminera, à un fonds d'indemnisation ou au Trésor public : « Dans les cas où la loi en dispose expressément, lorsque le dommage résulte d'une faute délictuelle ou d'une inexécution contractuelle commise volontairement et a permis à son auteur un enrichissement que la seule réparation du dommage n'est pas à même de supprimer, le juge peut condamner, par décision motivée, l'auteur du dommage, outre à des dommages et intérêts en application de l'article 1386-22, à des dommages et intérêts punitifs dont le montant ne peut dépasser le double du montant des dommages et intérêts compensatoires. Les dommages et intérêts punitifs sont, dans la proportion que le juge détermine, versés respectivement à la victime et à un fonds d'indemnisation dont l'objet est de réparer des dommages similaires à celui subi par la victime. À défaut d'un tel fonds, la proportion des dommages et intérêts non attribués à la victime est versée au Trésor public ».

³³⁸ V. not., S. Carval, La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, préc.; G. Viney, Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité, sous. la dir. de J. Ghestin, LGDJ, 4^e éd., 2019, n° 75-1 ; G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité, préc. nos 4 et s. ; P. Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation, 11^e éd., Dalloz Action, 2017, nos 0113-15 ; A. Jault, La notion de peine privée, préc..

Pour que cette amende moratoire remplace efficacement les intérêts moratoires majorés postérieurs à la décision judiciaire, mais aussi tous les autres intérêts moratoires à visée comminatoire prééminente, son montant devrait idéalement être déterminé par l'emploi de la technique des intérêts comme mode de calcul progressif qui sied à la nature monétaire de l'obligation que le débiteur tarde à exécuter et ceci à un taux dissuasif que le législateur fixerait selon les cas. De plus, cette amende devrait être prononcée d'office par le juge, faute d'avoir été demandée par le créancier. Son cours pourrait voire même être automatique ce qui rappelle l'automatisme menaçant des actuels intérêts moratoires postérieurs à la décision de l'article 1231-7 du Code civil et auxquels la jurisprudence assimile, sur le plan procédural, ceux de l'article 1231-6. Technique juridique à visée purement comminatoire, l'amende civile serait non-assurable et modulable dans son montant final en fonction de la gravité de la faute commise (elle-même liée aux raisons du retard et à sa durée) et des facultés contributives de l'auteur.

402. Une amende civile qui reste soumise au principe de légalité des délits et des peines. Selon une jurisprudence ancienne et constante, le Conseil constitutionnel affirme que les principes énoncés par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen³³⁹ « ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions pénales, mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition »³⁴⁰. Ceci revient à dire que les principes du droit répressif s'appliquent non seulement aux peines infligées par les juridictions pénales mais à « toute sanction ayant le caractère d'une punition », peu important la juridiction ou l'autorité qui la prononce, et l'amende civile en est clairement une. Saisi par une question prioritaire de constitutionnalité sur le respect du principe de légalité par l'(anc.) article L.442-6, I, 2° et III du Code de commerce sanctionnant le déséquilibre significatif entre partenaires commerciaux d'une amende civile pouvant aller jusqu'à deux millions d'euros ou au triple du montant des sommes indûment versées, le Conseil constitutionnel a clairement énoncé dans sa

³³⁹ « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ».

³⁴⁰ V. Cons. Const. n° 82-155 DC du 30 décembre 1982, (Loi de finances rectificative pour 1982), cons. 33 ; décision n° 2013-332 QPC du 12 juillet 2013, (Mme Agnès B.), Cons. Const. n° 2021-892 QPC du 26 mars 2021 (Société Akka technologies et autres)

décision du 13 janvier 2011³⁴¹ que, « conformément à l'article 34 de la Constitution, le législateur détermine les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales ; que, compte tenu des objectifs qu'il s'assigne en matière d'ordre public dans l'équilibre des rapports entre partenaires commerciaux, il lui est loisible d'assortir la violation de certaines obligations d'une amende civile à la condition de respecter les exigences des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789 au rang desquelles figure le principe de légalité des délits et des peines qui lui impose d'énoncer en des termes suffisamment clairs et précis la prescription dont il sanctionne le manquement ». Il confirme ainsi la nature répressive de l'amende civile de l'(anc.) article L.442-6, III, du Code de commerce³⁴² et sa soumission corrélatrice au principe de légalité des délits et des peines³⁴³.

Il ne fait donc guère de doute, dans ces conditions, que si une amende civile venait à remplacer les intérêts moratoires dont la fonction comminatoire est prééminente et qui visent actuellement à exercer une contrainte sur les débiteur de certaines obligation monétaire et une contrainte accrue sur le débiteur qui a été condamné au paiement par une décision judiciaire, elle sera qualifiée par le Conseil constitutionnel de « sanction ayant le caractère d'une punition ». Cette amende civile qui « permet de déployer un pouvoir répressif qui est extrapénal »³⁴⁴, et qu'on pourrait appeler *amende moratoire*, devra donc respecter les exigences du principe de la légalité des délits et des peines.

³⁴¹ Cons. Const. n° 2010-85 QPC 13 janvier 2011, Établissements Darty et Fils, D. 2011. 415, note Y. Picod ; *ibid.* 392, chron. M. Chagny ; *ibid.* 2823, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, S. Mirabail et T. Potaszkin ; *ibid.* 2961, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; AJ pénal 2011. 191, obs. J.-B. Perrier ; RTDCiv. 2011. 121, obs. B. Fages ; RTDCom. 2011. 655, obs. B. Bouloc. Un an auparavant, la Cour d'appel de Nîmes avait adopté la conception inverse en jugeant que l'amende civile, bien que répressive, échappait aux règles protectrices du droit pénal : CA Nîmes, 25 février 2010, n° 07/00606, SAS Carrefour France c/ Ministre de l'Économie, D. 2010. 956, et les obs. ; RDC 2010. 1331, obs. M. Béhar-Touchais, dénonçant une « régression de l'État de droit ».

³⁴² Dont les dispositions sont reprises à l'article L.442-4 depuis l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019.

³⁴³ La même solution a été reprise récemment par le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 23 mars 2017 concernant la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères, où il a de nouveau qualifié une amende civile, assortissant cette fois les obligations de vigilance prévues à l'article L.225-102-4 du Code de commerce, de « sanction ayant le caractère d'une punition » : Cons. Const. n° 2017-750 DC 23 mars 2017, D. 2017. 2501, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, C. Ginestet, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et E. Tricoire ; Constitutions 2017. 234, chron. P. Bachschmidt ; *ibid.* 291, chron. B. Mathieu.

³⁴⁴ N. Rias, L'amende civile : une fausse bonne idée ? À propos de l'avant-projet de loi portant réforme du droit de la responsabilité : D. 2016 p. 2072.

Or ce principe implique en premier lieu que tout comportement pouvant donner lieu à une sanction punitive soit défini en des termes suffisamment clairs et précis pour que le déclenchement de la répression puisse être prévisible, et en second lieu que le maximum des sanctions punitives encourues soit déterminé à l'avance. Ces deux exigences ne devraient pas soulever trop de difficultés pour l'amende moratoire, le législateur pouvant préciser dans chaque dispositif qui l'édicte la nature de la créance monétaire dont l'amende sanctionne le retard de paiement et déterminer un maximum légal que le montant de cette amende ne pourrait dépasser. De plus, le risque que l'intégration de l'amende civile moratoire dans l'arsenal juridique français aboutisse, en violation de la règle *non bis in idem*, à une multiplication des hypothèses de cumuls des sanctions pour un même comportement que soulève une partie de la doctrine pas très enthousiaste à l'égard d'une généralisation de ce procédé³⁴⁵ n'est considérable en matière de retard dans le paiement de créances monétaires³⁴⁶ et ne justifie pas l'exclusion de ce procédé pourtant bénéfique à la fois sur le plan théorique et sur le plan pratique, surtout que les hypothèses de sanctions administratives ou pénales du simple retard dans le paiement de ces créances ne sont pas en réalité très fréquentes³⁴⁷ ce qui minimise la chance d'un cumul.

³⁴⁵ Un auteur considère par exemple la généralisation de l'amende civile comme une solution inadaptée qui risque d'affecter la cohérence entre les responsabilités civile et pénale (F. Graziani, La généralisation de l'amende civile : entre progrès et confusions ; D. 2018. 428), un autre la qualifie de « fausse bonne idée » (N. Rias, L'amende civile : une fausse bonne idée ? À propos de l'avant-projet de loi portant réforme du droit de la responsabilité, préc.) un autre encore dit qu'elle « figure au rang de ces fausses bonnes idées dont la pertinence disparaît au fur et à mesure que l'on y réfléchit » (E. Dreyer, La sanction de la faute lucrative par l'amende civile, D. 2017. 1136, n°19).

³⁴⁶ Il est vrai que les doutes soulevés par certains auteurs à cet égard s'inscrivaient dans le cadre spécifique d'une analyse de l'amende civile instaurée par l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité qui sanctionne, en matière extra-contractuelle, l'auteur du dommage qui a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie, c'est-à-dire une faute lucrative et ce type de faute peut facilement faire l'objet de sanctions pénales.

³⁴⁷ L'article 227-3 du Code pénal sanctionne par exemple de deux ans d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende « le fait, pour une personne, de ne pas exécuter une décision judiciaire, une convention judiciairement homologuée ou une convention prévue à l'article 229-1 du code civil lui imposant de verser au profit d'un enfant mineur, d'un descendant, d'un ascendant ou du conjoint une pension, une contribution, des subsides ou des prestations de toute nature dues en raison de l'une des obligations familiales prévues par le code civil, en demeurant plus de deux mois sans s'acquitter intégralement de cette obligation ».

403. Il est regrettable que l'usage des amendes civiles ne soit pas jusqu'à ce jour généralisée par le législateur français³⁴⁸ et reste limitée à quelques cas spécifiques³⁴⁹. Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile avait franchi un pas dans le sens d'une généralisation de la notion d'amende civile en matière extracontractuelle. L'article 1266-1 de ce projet, qui constitue à ce propos l'aboutissement de discussions anciennes sur l'émergence d'une fonction punitive de la responsabilité, dispose ainsi qu'en matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie, le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile. Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur et aux profits qu'il en aura retirés et ne peut être supérieure au décuple du montant du profit réalisé. Elle est affectée au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public et n'est pas assurable ». Cette innovation qui reste cantonnée

³⁴⁸ Elle demeure malheureusement inconnue du droit libanais en dehors du Code de la procédure civile. Ainsi l'article 11 de ce code sanctionne par une amende dont le montant peut aller de 40 milles à 2 millions de livres libanaise, et que le juge peut infliger d'office, les actes qui constituent un abus d'ester en justice. Cette amende a été reprise dans plusieurs autres textes du CPC comme par exemple l'article 209 qui sanctionne la partie qui refuse de produire un document dans les délais qui lui sont impartis par le tribunal (de 40 à 400 milles L.L.), l'article 194 qui sanctionne la partie qui avait induit introduit une action en inscription de faux (de 200 000 à 2 millions L.L.), ou encore les articles 279 et 282 qui sanctionnent un témoin qui refuse de comparaitre sans raison valable, ou qui refuse de prêter serment. Elle reste inconnue en dehors du droit de la procédure.

³⁴⁹ L'amende civile sanctionne ainsi dans le cadre des articles 32-1 (action en justice dilatoire ou abusive), 559 (appel), 581 (recours extraordinaire) et 628 (pourvoi en cassation) les comportements dilatoires ou abusifs. Elle a aussi été introduite par la loi NRE n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques à l'article L. 442-6 du Code de commerce pour sanctionner les pratiques restrictives de concurrence (devenu l'article L.442-4 depuis l'ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019). Le législateur a par la suite tenté d'instaurer l'amende civile comme sanction de la méconnaissance du devoir de vigilance créé par la loi du 27 mars 2017 mais le Conseil constitutionnel a déclaré cette disposition non-conforme à la Constitution en raison d' « un manquement défini en des termes [...] insuffisamment clairs et précis » (Cons. Const., 23 mars 2017, n° 2017-750 DC, JurisData n°2017-012604). La loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires prévoit, quant à elle, l'application d'une amende civile en cas d'action judiciaire qui mettrait en œuvre, dans une démarche dilatoire ou abusive, les moyens donnés par cette loi pour prévenir, faire cesser ou réparer une atteinte au secret des affaires (C. Com., art. L. 152-8).

à la matière extracontractuelle³⁵⁰ a fait l'objet d'une vive contestation³⁵¹ et n'est pas reprise dans la proposition de loi portant sur la réforme de la responsabilité civile n° 678 présentée par le Sénat le 29 juillet 2020 qui ne consacre malheureusement pas cette innovation du projet de réforme de 2017. La consécration d'une amende civile qui viendrait absorber la fonction comminatoire que le législateur assigne aujourd'hui à une bonne partie des intérêts moratoires, et du coup épurer la notion même d'intérêt moratoire, ne paraît donc pas proche en droit français, aussi souhaitable puisse-t-elle être.

³⁵⁰ Sur les raisons de ce cantonnement à la matière extra-contractuelle, v. par ex., Carval S., « Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile », JCP G 2017, 401, spéc. n°3

³⁵¹ Contestations de la part des universitaires, des organisations syndicales de magistrats et de la plupart des professionnels entendus (Conseil supérieur du notariat, association française des juristes d'entreprises, principaux représentants des avocats et des entreprises) : Rapport d'information au Sénat, n° 663 (2019-2020) de MM. Jacques Bigot et André Reichardt, fait au nom de la commission des lois, déposé le 22 juillet 2020, disponible en format PDF sur le site du Sénat.

CONCLUSION DU TITRE 1.

404. L'infléchissement certain de leur fonction indemnitaire au profit d'une fonction comminatoire dans une perspective de contrainte sur le débiteur, et de contrainte renforcée sur le débiteur condamné, semble éloigner certaines catégories d'intérêts moratoires d'un éventuel préjudice, prouvé ou présumé, dont aurait souffert le créancier, opérant ainsi un premier « pas en arrière », si l'on puisse dire, de ces intérêts par rapport au prisme de la responsabilité à travers lequel ils sont le plus fréquemment pensés. Cet infléchissement de la *fonction* traditionnellement indemnitaire des intérêts moratoires ne rejaillit toutefois pas sur leur *nature* et n'aboutit pas à les détacher complètement du cadre de la responsabilité civile. Ils demeurent ainsi liés à un retard *subjectif* imputable au débiteur de l'obligation monétaire et appellent à retrouver une cohérence perdue par un épurement de leur fonction qui demeurerait idéalement exclusivement indemnitaire.

405. La nécessité de retrouver cette cohérence perdue devient encore plus pressante lorsque la discordance entre les intérêts moratoires et la responsabilité civile devient complète et qu'on perçoit une mutation réelle de la *nature* même de ces intérêts. Il en est ainsi lorsque ceux-ci sont appelés, non plus à réparer un retard *subjectif* imputable au débiteur, mais à compenser un retard *objectif* qui ne peut raisonnablement lui être imputé selon les règles fondamentales de la responsabilité civile. Ces intérêts moratoires, qui ne trouvent alors qu'avec beaucoup d'artifice leur fondement dans l'inexécution d'une obligation monétaire, appellent de ce fait à un examen de la réalité du lien qui les attache à la responsabilité civile et, à partir de là, à une réflexion nouvelle sur la notion même d'intérêts moratoires et sur l'opportunité, et la possibilité, d'un éventuel éclatement de la notion.

TITRE 2- UN FONDEMENT AUTRE QUE LE RETARD DANS LE PAIEMENT D'UNE OBLIGATION MONETAIRE : DES INTERETS MORATOIRES QUI COMPENSENT UN RETARD OBJECTIF.

406. Il est clair que la matière des intérêts moratoires n'échappe pas l'hégémonie de la responsabilité civile autrefois dénoncée par Henri Mazeaud dans une chronique restée célèbre où l'éminent auteur s'inquiétait de « l'absorption » des règles juridiques par le principe de la responsabilité civile et constatait que « auteurs et tribunaux prennent de plus en plus l'habitude, certes commode, de tout résoudre par l'application des articles 1382 et suivants »¹, dénonçant la tendance de la jurisprudence à se servir de ces articles non seulement pour compléter les règles de droit mais également pour les tourner. En effet, l'octroi des intérêts moratoires est le plus souvent justifié par la responsabilité du débiteur. Jurisprudence et législateur demeurent visiblement attachés au modèle de l'(anc.) article 1153 dont le contenu est repris à l'article 1231-6 du Code civil et selon lequel les intérêts moratoires compensent le préjudice subi par le créancier du fait du retard fautif de paiement d'une créance exigible, et créent ainsi un certain mimétisme entre les créances de l'(anc.) article 1153-1 et celles de l'(anc.) article 1153, le départ des intérêts moratoires étant ainsi, pour les unes comme pour les autres, commandé par l'établissement d'une *faute* du débiteur ayant causé le retard de paiement.

407. Or « le fondement de la responsabilité n'est pas indéfiniment extensible »² et en réalité le préjudice moratoire que subit un créancier ne trouve pas toujours son origine dans un retard dans l'exécution de la part du débiteur. Parfois, le retard et le préjudice moratoire qu'il cause au créancier trouvent tout simplement leur origine dans la nécessité et l'existence d'un procès qui impose à ce dernier une attente plus ou moins

¹ H. Mazeaud, « L'absorption des règles juridiques par le principe de responsabilité civile », DH 1935, chr. 5.

² F. Gréau, thèse préc., n° 254.

longue avant de voir sa créance reconnue et liquidée par le juge, ou encore dans la nécessité d'effacer rétroactivement les effets d'une exécution devenue sans fondement après un paiement indu ou après l'anéantissement d'un contrat ou d'une décision de justice exécutée.

En effet, l'attente parfois très longue imposée par la nécessité d'un procès à la partie à laquelle le juge donnera gain de cause en fin de compte constitue un préjudice moratoire bien réel qu'on ne peut plus ignorer aujourd'hui surtout au regard de l'incapacité avérée de tous les systèmes judiciaires, aussi perfectionnés soient-ils, à délivrer une justice suffisamment rapide sans être pour autant déformée. Le problème est que le préjudice moratoire ne peut pas, dans une logique de responsabilité civile, être imputé à un fait quelconque du débiteur qui a le droit de ne pas payer une dette avant que celle-ci soit reconnue et liquidée par le juge. La créance n'étant pas encore exigible, comment admettre que des intérêts qui sont de toute évidence moratoires puissent courir alors qu'aucun retard fautif de paiement ne peut encore être imputé au débiteur ?

De même, la technique de la rétroactivité nécessaire pour effacer le passé et faire en sorte que le paiement initial n'ait pas eu lieu ne peut pas non plus s'appuyer sur une quelconque responsabilité du débiteur qui, lorsqu'il a reçu paiement, était en droit de le faire. Quel serait donc le fondement des intérêts moratoires que la jurisprudence autrefois, et le législateur après l'ordonnance n° 2016-131, fait courir à l'encontre du débiteur de la restitution de payer à compter du paiement et pour toute la période où la restitution n'était pas encore ordonnée ?

408. Dans la première hypothèse comme dans la seconde il est clair que les intérêts moratoires sont associés à un retard qui ne peut être imputé au débiteur par une application des règles de la responsabilité civile. La question se pose alors de savoir qui devra supporter le coût de ce retard subi par le créancier de l'obligation monétaire non liquide, ou par le créancier de la restitution, et qu'on peut qualifier *d'objectif* en opposition au retard *subjectif* qui trouve son origine dans une exécution défectueuse de la part du débiteur. S'il ne peut, en application des règles de la responsabilité civile, être imputé au débiteur, cela signifie-t-il pour autant que ce retard *objectif* doit être automatiquement et toujours être supporté par le créancier ? Pourquoi le créancier et

pas le débiteur ? Ce retard assez particulier qui se manifeste clairement dans le cadre de l'article 1231-7 du Code civil pour la période antérieure à la décision de condamnation (Chapitre 1) mais aussi à propos des intérêts des créances de restitutions qui disposent depuis l'ordonnance du 10 février 2016 de deux textes autonomes, les articles 1352-6 et 1352-7 du code civil (Chapitre 2), semble ainsi susciter beaucoup d'interrogations qui obscurcissent encore plus la matière des intérêts moratoires et appellent des réponses claires qui remettraient un ordre perdu dans une notion qui semble au bord de l'éclatement.

Chapitre 1- Du retard objectif subi par le créancier qui attend la liquidation de sa créance monétaire.

409. Il n'a jamais été contesté que les créances judiciaires de l'article 1231-7 du Code civil (anc. article 1153-1) qui ne sont pas dès l'origine des créances monétaires mais des créances réductibles à de l'argent et nécessitent l'intervention du juge pour les constater ou officialiser leur existence, déterminer leur *quantum* et les rendre exigibles, doivent, tout comme les créances de l'article 1231-6 (anc. art. 1153) qui, elles, sont monétaires et exigibles *ab initio* avant toute intervention de la part du juge³, produire des intérêts au profit du créancier⁴ mais la question qui a toujours été épineuse était celle de déterminer le point de départ de ces intérêts⁵. S'il est indéniable que le créancier subi un certain préjudice moratoire entre le jour où prend naissance son droit à une réparation, qui est le jour de la survenance du dommage réparable, et celui où il obtient effectivement une reconnaissance officielle et une liquidation de l'indemnité par une décision judiciaire, la question se pose de savoir si ce préjudice moratoire, qui ne peut selon les règles classiques de la responsabilité civile être imputé au débiteur, est quand même réparable, et s'il l'était, sur quel fondement il devait être réparé et à partir de quel moment.

³ Pour plus de détails sur la différence entre les deux catégories de créances v. *supra* n° 93 et s.

⁴ Notons qu'en matière d'arbitrage l'application de l'(anc.) 1153-1 du Code civil devenu l'article 1231-7 nouveau a donné lieu à discussion. La Cour d'appel de Paris par un arrêt du 30 juin 2005 (Rev. arb. 2006. 687, note R. Libchaber) semble refuser le principe de l'application de cet article à l'arbitrage en raison du caractère consensuel de celui-ci. Cependant, par un arrêt du 9 janvier 2007 (Cass. civ. 1^{re}, 9 janv. 2007, n° 04-10.719, Rev. arb. 2007. 471, note D. Bensaude), la Cour de cassation a admis que cet article s'appliquait à la sentence arbitrale prononçant une condamnation indemnitaire (Cass civ. 1^{re}, 30 juin 2004, nos 01-10.269 et 01-11.718, Rev. arb. 2005. 645, note R. Libchaber ; D. 2004. 3185, note T. Clay ; RTDCom. 2005. 267, obs. E. Loquin).

⁵ R. Perrot, Les intérêts, éd. De la Chambre nationale des huissiers de justice, 1990, n°42 et s. ; M. Lombard, « Les intérêts des condamnations prononcées en matière civile », Gaz. Pal. 1995.1.562 ; M. Boizard, Le régime juridique et fiscal des intérêts, thèse dactyl., Paris 1, 1986, n° 694 et s. ; G. Verdun, « Une question d'intérêt : les intérêts des dommages et intérêts » Bulletin des avoués auprès la Cour d'appel de Paris, 1986, n° 98, p. 33 ; J. Guilbaud, « Les intérêts des dommages et intérêts », Rev. huissiers, 1972.549 ; R. Meurisse, « Les intérêts des dommages et intérêts alloués par le juge », Gaz. Pal. 1962.2.15 ; H. Lalou, « Les intérêts des dommages-intérêts », DH 1935, chr. 65.

410. Des intérêts moratoires qui courent en principe à compter de la décision qui liquide la créance monétaire. La jurisprudence et après elle le législateur, et par une application stricte des règles de la responsabilité, ont érigé en principe le départ des intérêts pour les créances indemnitaires seulement à compter du prononcé de la décision judiciaire, consacrant ainsi implicitement l'idée fondée sur la responsabilité civile que ce préjudice qui n'était pas imputable au débiteur condamné ne devait pas être supporté par lui, mais par le créancier comme simple conséquence inévitable de la nécessité d'un procès. En effet, la Cour de cassation, en posant en principe en 1936⁶ le départ des intérêts à compter du prononcé de la décision, a établi pour les créances liquidées par le juge une solution calquée dans son esprit sur celle de l'(anc.) article 1153 concernant les créances monétaires *ab initio* : le départ des intérêts est commandé par la responsabilité du débiteur pour le retard de paiement et dès lors on ne peut lui imposer le paiement d'intérêts quand sa responsabilité n'est pas engagée. Ce transfert de la solution applicable aux créances monétaires *ab initio* aux créances liquidées par le juge a été repris par le législateur qui, par l'article 36 de la loi du 5 juillet 1985⁷, a consacré la solution établie par la Cour de cassation en 1936 et a ainsi introduit les dispositions relatives à ces créances dans un sous-article 1153-1 adjacent à l'article 1153, au sein même de la section du Code civil consacrée aux dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation⁸, suggérant ainsi un certain mimétisme entre les deux : « en toute matière, la condamnation à une indemnité emporte intérêts au taux légal même en l'absence de demande ou de disposition spéciale du jugement. Sauf

⁶ Cass. civ., 5 novembre 1936, préc.

⁷ Pour des élaborations sur cette loi v. F. Chabas, *Le droit des accidents de la circulation* (après la réforme du 5 juillet 1985), Litec, Gaz. Pal., 2^e éd., 1988, et *Les accidents de la circulation*, Connaissance du droit, Dalloz, 2^e éd., 1995 ; M. Mertz, « Le point de départ des intérêts moratoires », *Argus* 1990.1092 ; F. Zénati, *Commentaire de la loi du 5 juillet 1985*, RTDCiv. 1985.790 ; C. Larroumet, « L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation : l'amalgame de la responsabilité civile et de l'indemnisation automatique », *D.* 1985.237 ; A. Baslan, « Le nouvel article 1153-1 du Code civil et la modification du régime des intérêts au taux légal », *Ann. loyers*, 1985.1257.

⁸ Les dispositions de cet article seront reprises après l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 à l'article 1231-7, qui vient lui aussi juste après l'article 1231-6 relatif aux sommes monétaires *ab initio*, et au sein d'une sous-section 5 intitulée « La réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat ».

disposition contraire de la loi⁹, ces intérêts courent à compter du prononcé du jugement (...) »¹⁰.

411. Une exception aussi large que le principe. Le principe est donc que le préjudice moratoire que subi le créancier entre le jour où prend naissance son droit à une indemnité et celui où il en obtient effectivement une reconnaissance officielle et une liquidation par une décision judiciaire n'est pas réparable puisque les règles classiques de la responsabilité civile ne peuvent lui être appliquées. Or après le principe vient dans l'(anc.) article 1153-1 une exception si large qu'elle semble vider ce principe de son contenu : « à moins que le juge n'en décide autrement »¹¹, et soudain l'on n'est plus si certain.

Par exception, il est donc possible d'octroyer au créancier des intérêts moratoires pour une période antérieure à la date à laquelle sa créance devient exigible. Comment s'articulent ces intérêts moratoires « exceptionnels » avec les règles classiques de la responsabilité civile et avec la notion même de retard réparable ? L'analyse de la relation qu'entretiennent les intérêts moratoires judiciaires de l'article 1231-7 du Code civil qui courent pendant la période antérieure à la décision judiciaire avec les règles de la responsabilité civile (Section 1) met en exergue une conception différente du retard et incite à repenser l'opportunité de l'application automatique de ces règles à tout préjudice moratoire et la nécessité, peut-être, d'un changement de perspective (Section 2).

⁹ Hypothèses qui demeurent fort rares en réalité : v. art. 1682 C. civ. qui prévoit en cas de rachat de la lésion que les intérêts courent à compter de la demande en rescision et article 1473 al. 1^{er} C. civ. qui prévoit que les récompenses dues par la communauté ou à la communauté portent intérêts de plein droit du jour de la dissolution de la communauté (qui est le jour de l'assignation en cas de divorce) alors que le créancier de la récompense (la communauté ou un des époux selon le résultat de la balance faite) doit nécessairement attendre la clôture des opérations de liquidation pour pouvoir en exiger le paiement.

¹⁰ Cet article n'a pas d'équivalent en droit libanais mais la Cour de cassation libanaise a établi des solutions similaires à celles tirées de ce texte. v. à ce sujet *supra* n° 98.

¹¹ La Cour de cassation libanaise n'a pas retenu, à notre connaissance, cette solution à l'image du droit français de la possibilité d'un avancement du cours des intérêts moratoires sur les créances liquidées par le juge à une date antérieure au prononcé de la décision.

Section 1- Les intérêts antérieurs à la décision et les règles de la responsabilité civile.

412. Si l'article 1231-6 du Code civil obéit bien à une logique de responsabilité dans un contexte où le retard, juridiquement imputable au débiteur, peut être qualifié de *subjectif*, il n'en va pas de même pour l'article 1231-7 qui appréhende, pour la période antérieure à la décision de condamnation, un retard *objectif* qui ne peut raisonnablement être imputé au débiteur mais qui appelle néanmoins une compensation par le jeu des intérêts. Cet article, reprenant les dispositions de l'ancien article 1153-1, opère ainsi par la faculté qu'il confère au juge « d'en décider autrement » une extension exceptionnelle de la période productive d'intérêts pour les créances qu'il vise. Cette extension exceptionnelle qui trouve son fondement historique dans un attachement des juges du fond à leur pouvoir souverain d'appréciation du point de départ des intérêts a pu, pour un moment, faire repenser la nature même de ces intérêts (§1). Elle opère ainsi un détachement visible des intérêts moratoires de la logique du retard matériel imputable au débiteur qui n'exécute pas une obligation monétaire devenue exigible et marque ainsi une rupture certaine avec les règles de la responsabilité civile (§2).

§1- Une extension exceptionnelle de la période productive d'intérêts.

413. L'article 1231-7 du Code civil, reprenant les termes de l'ancien article 1153-1 qui, lui, datait de 1985, reconnaît au juge, par exception au principe du cours des intérêts moratoires sur les créances indemnitaires à compter du prononcé du jugement, le pouvoir de faire remonter¹² le point de départ des intérêts moratoires sur une créance qu'il liquide à une date antérieure au prononcé de sa décision¹³. Cette faculté n'a pas toujours été reconnue aussi clairement aux juges du fond qui s'y sont quand même

¹² Le juge a bien aussi le pouvoir de reporter le cours des intérêts à une date postérieure au prononcé de sa décision mais cette hypothèse, outre qu'elle est très rare en pratique, ne met pas en question le fondement de ces intérêts moratoires sur les règles traditionnelles de la responsabilité.

¹³ Les juges du fond choisissent le plus souvent la date de l'assignation comme on le remarque en jurisprudence.

attachés, au prix même d'une dénaturation de ces intérêts, incitant ainsi le législateur à intervenir pour leur reconnaître un pouvoir discrétionnaire à ce sujet.

A- L'exception de l'article 1231-7 du Code civil et son fondement historique.

414. L'exception affirmée à deux reprises par l'article 1231-7 du Code civil, une fois pour le juge de première instance et une autre fois pour le juge d'appel, apparaît immédiatement comme largement ouverte : « à moins que le juge n'en décide autrement » dit le texte. Cette exception dont la largeur de la portée réduit considérablement celle du principe de départ des intérêts moratoires à compter de la décision judiciaire s'explique historiquement par le fait qu'après l'affirmation de ce principe par la Cour de cassation en 1936¹⁴ par sa formule devenue célèbre qu'« une créance délictuelle ou quasi délictuelle n'existe et ne peut donc produire d'intérêts moratoires que du jour où elle est allouée judiciairement », les juges du fond se sont montrés peu enclins à abandonner leur pouvoir souverain d'appréciation du point de départ des intérêts de telle sorte que la Cour de cassation, sans abandonner le principe qu'elle a posé, a été contrainte d'admettre qu'ils puissent fixer le départ des intérêts à une date antérieure. En effet, avant 1936, la Cour de cassation laissait aux juges du fond une grande liberté d'appréciation quant au principe même de l'octroi de ces intérêts et quant à la fixation de leur point de départ, avec pour seul fondement les anciens articles 1147 ou 1382 du Code civil¹⁵. Ces intérêts étaient alors considérés comme une partie intégrante de l'indemnité accordée à la victime, une simple modalité de la réparation, et dès lors le juge du fond était libre d'accorder une indemnité par une somme fixe ou par une somme principale sur laquelle viendront se greffer des intérêts¹⁶. Or la reconnaissance de ce pouvoir aux juges du fond d'octroyer des intérêts sur la

¹⁴ Cass. civ., 5 novembre 1936, et tous les arrêts postérieurs préc.

¹⁵ Elle avait ainsi très tôt affirmé que les juges du fond pouvaient accorder des intérêts pour compléter la réparation : Cass. civ., 30 janvier 1826, S. 1826, 1^{re} série, 8^e vol., p. 270.

¹⁶ Cass req. 31 juillet 1832, S. 1832. 1.490 ; Cass. req. 13 août 1863, S. 1863. 1.473 ; Cass civ., 23 novembre 1903, DP 1906. 1.64 ; Req. 24 oct. 1932, Gaz. Pal. 1932. 2. 850 ; Cass. civ., 22 mai 1933, Gaz. Pal. 1933. 2. 421.

créance pour une période antérieure à la décision était devenu extrêmement difficile à concilier avec l'idée affirmée par l'arrêt de principe de 1936 selon laquelle la créance n'existe qu'avec la décision qui la reconnaît et, après cet arrêt, on aurait pu s'attendre logiquement à ce que la Cour de cassation prive les juges du fond de la liberté qui leur était auparavant reconnue à cet égard. Si la Chambre criminelle avait bien censuré au départ des décisions ayant fait courir les intérêts de l'indemnité judiciairement octroyée antérieurement à la décision qui en reconnaît l'existence¹⁷, les juges du fond vont continuer dans la même voie qui leur avait été ouverte depuis déjà plus d'un siècle refusant ainsi d'abandonner la prérogative qui leur avait été reconnue et sans plus jamais être désavoués par la Cour de cassation qui ne remettra plus en cause la faculté laissée au juge d'accorder, par son appréciation souveraine, des intérêts sur l'indemnité à compter d'une date antérieure à la décision¹⁸.

B- Les intérêts antérieurs à la décision, des intérêts compensatoires ?

415. Une qualification surprenante liée à la valeur constitutive de la décision de condamnation. Laissés à l'appréciation souveraine du juge du fond, les intérêts antérieurs à la décision judiciaire ont très tôt été qualifiés de *compensatoires*, la jurisprudence écartant ouvertement leur qualification en intérêts moratoires. On en trouve déjà un témoignage dans un arrêt de la Chambre des requêtes du 31 juillet 1832¹⁹ dans lequel la Cour décide, à propos de la responsabilité d'un créancier qui avait procédé irrégulièrement à une saisie de biens grevés d'un droit de gage au profit de l'épouse du débiteur, que les intérêts sur le prix de la vente des objets auxquels est condamné le défendeur à titre de dommages-intérêts à compter du jour de cette vente,

¹⁷ Cass. crim., 4 mai 1939, Gaz. Pal. 1939. 1. 885 ; Cass. crim., 18 janvier 1940, D. H. 1940. 102 ; Gaz. Pal. 1940. 1. 232.

¹⁸ Cass. civ., 3 avril 1940, Gaz. Pal. 1940.1.470 (dans cet arrêt la Cour de cassation ne reprend même pas le principe formulé en 1936 et affirme la liberté des juges du fond d'allouer des intérêts compensatoires) ; Req. 21 octobre 1942, Gaz. Pal. 1943.1.16 ; 18 janvier 1943, DC 1943.45 ; Gaz. Pal. 1943.1.243 ; S. 1943.1.44 ; 5 décembre 1944, JCP 1947. II. 3373, [2e esp.] note M.-J. Pierrard ; Gaz. Pal. 1945.1.31.

¹⁹ Cass. req., 31 juillet 1832, S. 1832. 1. 490. Une formule similaire sera reprise une semaine après par la même formation : Cass. req., 8 août 1832, S. 1832. 1. 741.

c'est-à-dire le jour où la victime a été indument privée des biens gagés, ont été alloués « comme formant partie du prix des bestiaux indument vendus par (le créancier), et comme indemnité de la spoliation soufferte par les créanciers gagistes ; qu'il s'agit ainsi d'intérêts non simplement moratoires, mais compensatoires ; que, d'après cela, l'article 1153 du Code civil, invoqué par le même demandeur, était inapplicable en l'espèce ».

Jusqu'en 1936 la jurisprudence va conserver la même position et, dans les décisions qui font courir les intérêts des indemnités à compter du dommage ou de la demande en justice, la Cour de cassation a affirmé d'une manière régulière que ces intérêts sont un *complément de dommages-intérêts* laissé à l'appréciation du juge en matière délictuelle²⁰, comme en matière contractuelle²¹, appréciation qui ne peut être restreinte par une quelconque référence à l'(anc.) article 1153 du Code civil. Or en examinant ces décisions on ne peut s'empêcher de remarquer que c'est simplement pour marquer leur différence avec les intérêts moratoires de l'(anc.) article 1153 du Code civil, dans leur fondement et dans leur régime, que les intérêts antérieurs à la décision judiciaire ont été qualifiés de *compensatoires*, et non pour nier le fait qu'ils puissent avoir pour finalité de compenser l'attente subie par le créancier entre le jour de la survenance du dommage et le jour où il obtient la reconnaissance officielle de son droit. Ils forment en quelque sorte des éléments d'une indemnité plus large. « Cette qualification d'intérêts compensatoires s'explique par l'idée qu'ils sont l'accessoire de dommages-

²⁰ Cass. req. 10 décembre 1835, S. 1836.1.327 (1^{re} esp.); Cass. crim., 29 mars 1849, DP 1849.1.225 ; Cass. req., 27 décembre 1853, DP 1854.1.143 (2^e esp.) ; S. 1854.1.433 ; 14 janvier 1856, DP 1856.1.82 ; S. 1859.1.288 ; Cass. req., 6 juillet 1857, DP 1857.1.440 ; S. 1859.1.704 ; 13 août 1863 (« la fixation du principal et des intérêts étant abandonnée aux lumières et à la conscience des juges »), S. 1863.1.473 ; 8 février 1864, DP 1864.1.486 ; S. 1865.1.227 ; Cass. civ., 23 août 1864, S. 1865.2.177 ; DP 1864.1.367 ; 25 juin 1877, S. 1877.1.420 ; 18 mai 1886, S. 1889.1.264 ; 28 mai 1895, DP 1895.1.382 ; 21 octobre 1912, S. 1913.1.195 ; 14 janvier 1920, S. 1921.1.100 ; Cass. req., 27 juin 1922, S. 1922.1.280 ; 3 juin 1924, S. 1926.1.49, note F. Hubert, DP 1924.1.193 ; Gaz. Pal. 1924.2.372 ; 21 mai 1928, DH 1928.366 ; 19 juillet 1932, DP 1933.1.118, note E.P. ; S. 1933.1.48 ; Gaz. Pal. 1932.2.693 ; Cass. civ. 25 mai 1936, Gaz. Pal. 1936.2.292 ; RGAT 1936.1038 (1^{re} esp.), note M. Picard.

²¹ Cass. req., 5 novembre 1934, S. 1834.1.691 ; DP 1835.1.13 ; 23 juillet 1835, DP 1835.1.453 ; S. 1835.1.493 ; Cass. civ., 15 février 1837, S. 1837.1.424 ; DP 1837.1.330, Cass. req., 6 juillet 1857, S. 1859.1.31 ; 23 février 1858, DP 1858.1.390 ; S. 1858.1.600 ; 4 avril 1866, S. 1866.1.431 ; 24 janvier 1872, DP 1873.1.19 ; S. 1874.1.371 ; 9 juin 1880, DP 1881.1.217, concl. Puget ; S. 1881.1.449 ; Cass. civ., 23 novembre 1903, DP 1906.1.64 ; Cass. req., 6 juillet 1905, S. 1910.1.241 (arrêt en sous-note, p. 242) ; 12 novembre 1918, S. 1920.1.29 (2^e esp.) ; 15 mai 1923, S. 1924.1.123 ; 4 décembre 1929, Gaz. Pal. 1930.1.221 ; Cass. civ., 22 mai 1933, Gaz. Pal. 1933.2.421.

intérêts compensatoires et non parce que leur objectif serait entièrement distinct de la compensation du retard »²².

Ainsi, afin de préserver la solution qu'elle a adoptée en 1936 concernant la valeur constitutive de la décision de condamnation selon laquelle aucun retard ne serait concevable avant la décision judiciaire qui consacre le principe et l'étendue de la créance²³, et au lieu de priver les juges du fond du pouvoir qui leur était auparavant reconnu de fixer librement la date du cours des intérêts, la Cour de cassation a exigé des juges du fond qu'ils justifient de manière satisfaisante le caractère *compensatoire* des intérêts qu'ils octroient pour la période antérieure à la décision²⁴. En effet, si avant 1936 elle exigeait simplement que les juges du fond précisent le point de départ de ces intérêts sans imposer aucune motivation particulière pour justifier l'allocation de ces intérêts, considérant « qu'il n'est pas besoin que le juge déclare expressément accorder ces intérêts comme compléments de dommages-intérêts »²⁵, ni même qu'il motive « spécialement la condamnation aux intérêts de la somme principale »²⁶, et que « les juges du fond sont nécessairement investis d'un pouvoir d'appréciation qui ne rentre pas sous la censure de la Cour de cassation »²⁷, elle va progressivement leur demander après 1936 de justifier le caractère compensatoire de ces intérêts²⁸. Elle n'hésite ainsi pas à les sanctionner pour ne pas avoir précisé ou même justifié de manière satisfaisante ce caractère compensatoire²⁹ ou, ce qui est équivalent, pour ne pas au moins avoir

²² F. Gréau, thèse préc., n° 276.

²³ V. *supra* n° 105.

²⁴ V. *supra* n° 415.

²⁵ Cass. civ., 7 décembre 1887, S. 1890.1.337; DP 1889.147; Cass. req., 6 juillet 1905, S. 1910.1.241 (arrêt en sous-note, p 242).

²⁶ Cass. civ., 22 mai 1933, Gaz. Pal. 1933.2.421.

²⁷ Cass. req., 1^{er} juillet 1868, S. 1868.1.408 ; DP 1871.5.222.

²⁸ Cass. civ., 12 novembre 1941, DC. 1942. 97, note M. Nast ; RTDCiv. 1942. 359, obs. H. et L. Mazeaud. (Dans cet arrêt la Cour de cassation, tout en réaffirmant le principe selon lequel une créance de réparation ne peut produire d'intérêts moratoires que du jour où elle est allouée, décide que les intérêts accordés en l'espèce depuis le jour de l'accident ont un caractère exclusivement compensatoire). Dans le même sens, Cass. req., 21 oct. 1942, Gaz. Pal. 1943. 1. 16 ; Cass. req., 5 déc. 1944, JCP 1947. II. 3373, note Pierrard [2^e esp.].

²⁹ Parmi de nombreux arrêts, v. par ex. : Cass. crim., 31 juill. 1952, Bull. crim. n° 215 : « néanmoins, le point de départ des intérêts de la créance d'indemnité peut être fixé à une date antérieure à celle de la décision qui la constate si la victime en fait la demande à titre de réparation complémentaire. En ce

précisé que ces intérêts ont pour objet de réparer une partie du dommage³⁰, tout ceci dans une tentative maladroite de préserver la cohérence de la solution qu'elle avait adoptée concernant la valeur constitutive de la décision de condamnation puisque dans cette logique un tel retard n'est pas concevable, la créance n'existant pas avant la décision judiciaire qui en consacre le principe et l'étendue, et « ce qui n'était à l'origine qu'une qualification permettant de se démarquer de l'article 1153 devient désormais une qualification exclusive de l'idée de retard »³¹ alors même qu'« il y a une forte part de verbalisme à affirmer le caractère compensatoire de sommes allouées sous forme d'intérêts et qui n'ont pour objet que de réparer un préjudice résultant d'un retard »³².

416. Un écart ferme de toute motivation fondée sur la compensation d'un quelconque retard. En fait ce n'est pas tant l'insistance de la part de Cour de cassation de qualifier les intérêts antérieurs à la décision d'intérêts compensatoires qui surprend mais le fait qu'elle refuse de qualifier ces intérêts de moratoires et écarte fermement contre toute logique les motivations fondées sur la compensation d'un quelconque retard³³. En effet, la distinction entre dommages-intérêts compensatoires et dommages-intérêts moratoires a été érigée par habitude et par simplification en une sorte de *summa divisio* alors que la relation entre les deux, comme le soulève pertinemment un auteur³⁴, est plus simplement une relation entre genre et espèce : « on a opposé deux qualifications qui sont pourtant en réalité entièrement complémentaires (...) : par

cas le juge doit spécifier le caractère compensatoire de ces intérêts » ; dans le même sens, Cass. civ. 1^{re}, 18 avril 1953, D. 1953. 403 ; Cass. civ. 2^e, 10 mai 1963, Bull. civ. II, n° 361 ; 7 janvier 1971, n° 69-13.860, Bull. civ. II, n° 9 ; 8 février 1973, n° 71-13.769, Bull. civ. II, n° 49 ; Cass. com. 3 mai 1983, n° 81-15.337, Bull. civ. IV, n° 131.

³⁰ Cass. civ. 2^e, 18 mars 1954, Bull. civ., II, n° 120 ; 1^{er} février 1956, *ibid*, n° 100 ; 13 novembre 1959, Bull. civ. II, n° 736 ; Gaz. Pal. 1960.1.190 ; 3 février 1960, Bull. civ., II, n° 87 ; 10 mai 1963, *ibid*, n° 361 ; 28 octobre 1965, *ibid*, n° 808.

³¹ F. Gréau, thèse préc., n° 303, *in fine*.

³² P. Jourdain, « La motivation de la décision qui avance le point de départ des intérêts moratoires d'une condamnation indemnitaire », RTDCiv. 1989.98, n° 9.

³³ D'ailleurs on ne trouve pas dans cette jurisprudence de décisions illustrant ce que pourraient réparer ces intérêts si ce n'est le retard et la Cour se contentait parfois d'une qualification purement formelle. V. par ex. : Cass. civ. 2^e, 9 juill. 1980, n° 78-14.644, Bull. civ. II, n° 177 ; 27 janv. 1983, n° 81-16.582, Bull. civ. II, n° 25.

³⁴ F. Gréau, thèse préc., n° 309.

définition, les dommages-intérêts moratoires ont pour fonction de compenser le retard subi par le créancier, ils sont donc toujours des dommages-intérêts compensatoires ! ». Un autre auteur avait d'ailleurs relevé sur ce point qu'il était préférable de souligner « l'unité profonde de fonction des dommages-intérêts » qui sont toujours « constitutifs de l'obligation de réparer lorsqu'elle n'est pas en nature. C'est dire qu'ils ont toujours pour but la compensation du préjudice et sont donc toujours en réalité compensatoires »³⁵. Les dommages-intérêts sont donc toujours intrinsèquement compensatoires et lorsqu'ils compensent en particulier un retard ils sont dits *moratoires*. Mais en observant les arrêts rendus par la Cour de cassation il faut bien admettre que ce n'est pas cette nuance subtile qui pousse la Cour suprême à insister sur la qualification des intérêts antérieurs à la décision d'intérêts compensatoires mais bien une volonté d'affirmer que ces intérêts *ne compensent pas un retard (!)*.

L'artifice du raisonnement saute tout de suite aux yeux : une indemnité accordée sous forme d'intérêts présente par hypothèse un lien indéniable avec l'écoulement du temps puisque les intérêts sont une technique qui repose sur le temps et dans la très large majorité des hypothèses, ces intérêts antérieurs à la décision ont bien pour objectif, et seul objectif, la compensation d'un retard, et ceci explique l'incapacité des juges du fond de donner à ces intérêts antérieurs à la décision judiciaire une motivation qui puisse satisfaire la cour suprême. Certes dans certaines hypothèses qui demeurent rares en jurisprudence, des intérêts peuvent être octroyés sans qu'ils ne soient en rapport avec un préjudice moratoire. Il en est ainsi pour les intérêts accordés en supplément d'une somme fixe en raison de la responsabilité du notaire pour les fautes qu'il a commises dans la négociation d'un prêt : tandis que la somme fixe compense la perte de la créance du fait de l'insolvabilité de l'emprunteur, les intérêts, fixés à un taux égal à celui de l'intérêt conventionnel, compensent la perte de la rémunération qui aurait dû être perçue par le prêteur³⁶ et dont l'étendue augmente avec le temps et jusqu'à que ce celui-ci reçoive un paiement intégral. Il en est ainsi aussi pour les intérêts que doit rembourser à sa victime celui qui a été reconnu coupable de manœuvres dolosives quand cette victime a souscrit un emprunt pour financer l'opération annulée. Les

³⁵ E. Putman, thèse préc., n° 297.

³⁶ Cass. civ., 21 octobre 1912, S. 1913.1.195 ; Cass. req., 8 décembre 1874, S. 1875.1.420.

intérêts qu'il doit alors payer et qui sont destinés à rembourser les intérêts rémunératoires que cette victime a versé au prêteur sont bien des intérêts compensatoires³⁷. Dans le premier cas comme dans le second les intérêts octroyés au créancier revêtent un vrai caractère compensatoire et ne peuvent être qualifiés de moratoires puisqu'ils compensent une perte subie ou un gain manqué. Ils constituent une modalité spéciale, car liée au facteur temps, de la réparation d'un préjudice concret directement causé par le responsable et qui doit être prouvé dans tous ses éléments, non la réparation du préjudice abstrait et présumé qu'est le retard.

417. Une position incohérente quant à l'objectif réel de l'octroi des intérêts pour la période antérieure au jugement. En maintenant la possibilité pour les juges du fond d'octroyer des intérêts sur une créance judiciaire pour la période antérieure à la décision tout en insistant sur le fait que ces intérêts soient qualifiés de *compensatoires*, et en ne restreignant pas l'octroi des intérêts compensatoires aux hypothèses, rares en pratique, de la compensation du gain manqué et de la perte subie, la Cour de cassation a conservé pendant longtemps une position incohérente quant à l'objectif réel de l'octroi de ces intérêts pour la période antérieure au jugement, ne pouvant elle-même éviter les contradictions avec le principe qu'elle tentait de faire respecter. En effet, c'est la motivation adoptée par plusieurs arrêts pour justifier l'octroi d'intérêts au créancier de l'indemnité pour la période antérieure à la décision qui révèle en elle-même que ces intérêts n'ont en réalité d'autre objet que la compensation d'un retard. La Cour de cassation a ainsi approuvé l'avancement du départ des intérêts à une date antérieure au jugement en raison des manœuvres *dilatoires* du débiteur³⁸. D'une manière encore plus explicite elle a reconnu ouvertement dans d'autres arrêts qu'une caisse de sécurité sociale pouvait faire valoir un préjudice personnel distinct de celui de la victime « en raison du long délai apporté au remboursement des dépenses qu'elle avait été tenue de faire », préjudice qui pouvait être réparé sous forme d'intérêts qu'elle

³⁷ Cass. com., 4 novembre 1998, pourvoi n° 97-14.069.

³⁸ Cass. civ. 1^{re}, 8 janvier 1968 ; Bull. civ., I, n° 9 ; 5 mai 1986, Bull. civ., I, n° 117 ; JCP 1987, éd. N., II, 237, note J.-F. Pillebout.

qualifie, bizarrement, de compensatoires³⁹. Dans un autre arrêt elle a sauvé une décision d'appel ayant accordé des intérêts antérieurs en considérant qu'il s'agit d'intérêts compensatoires destinés à réparer le préjudice résultant du « *retard* apporté au règlement litigieux »⁴⁰. Dans un autre encore elle a admis à propos des intérêts d'une indemnité d'éviction que leur départ à compter de l'assignation compense le *retard* apporté à la réparation du préjudice⁴¹. La contradiction devient flagrante au sein même des termes utilisés par un arrêt qui déclare explicitement que « rien n'interdit au juge qui alloue une somme en réparation d'un fait dommageable de réparer également le préjudice subi par la victime *en raison du retard à compter du jour du fait dommageable* jusqu'à celui du jugement *déclaratif* (!!) de droit » et ceci pour approuver les juges du fond qui avaient fait courir des intérêts compensatoires du jour de l'occurrence du dommage jusqu'au jour de la demande et des intérêts moratoires à compter de cette demande⁴². L'absence de cohérence dans la position de la Cour de cassation était aussi flagrante quand, en cas d'appel, elle a eu à qualifier les intérêts courant à compter de la première décision : dans un cas où il s'agissait de la confirmation pure et simple d'une condamnation en appel, elle a qualifié ces intérêts de *moratoires*⁴³, pour qualifier ensuite ces mêmes intérêts de *compensatoires* dans d'autres décisions lorsque le montant de la condamnation avait été modifié en appel⁴⁴ ! Une intervention législative qui mettrait fin à ces contradictions était devenue nécessaire.

C- L'intervention législative de 1985 et la reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire au juge.

³⁹ Cass. soc., 29 avril 1980, Bull. civ., n° 385 ; 20 février 1975, *ibid*, n° 86 ; Gaz. Pal. 1975.1, somm 85 ; 26 octobre 1972, Bull. civ., V, n° 590 ; JCP 1972, IV, 280.

⁴⁰ Cass. civ. 1^{re}, 23 novembre 1966, Bull. civ., I, n° 522

⁴¹ Cass. civ., 8 mai 1979, Bull. civ., III, n° 104 ; JCP 1980, II, 19469 (2^e espèce).

⁴² Cass. civ. 1^{re}, 9 novembre 1959 ; Bull. civ., I, n° 465.

⁴³ Cass. civ. 1^{re}, 22 octobre 1962, Bull. civ., I, n° 433.

⁴⁴ Cass. crim., 27 mars 1979, Bull. crim., n° 121 ; JCP 1980, II, 19469 (1^{re} esp.) note L. Mourgeon ; D. 1979, IR, 528 (1^{re} esp.), obs. M Puech ; 17 mars 1980, Bull. crim., n° 90 ; JCP 1980, IV, 215.

418. Le législateur est intervenu par la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation sur les accidents de circulations pour consacrer le principe dégagé par la jurisprudence du départ des intérêts à compter du prononcé de la décision judiciaire mais aussi pour consacrer l'exception selon laquelle le juge peut librement fixer un autre point de départ. L'article 1153-1 du Code civil⁴⁵ issu de cette loi reste pourtant silencieux sur la question de la justification de l'exception qu'il consacre en des termes assez neutres. Bien que dans le projet qui aboutira à la loi du 5 juillet 1985 l'article 1153-1 figurait dans une section intitulée « des intérêts moratoires », ce nouvel article reste silencieux sur la qualification des intérêts qui peuvent être octroyés par le juge pour une période antérieure à la décision et certains auteurs ont vu dans ce silence une invitation adressée à la jurisprudence de se départir de son habituelle et artificielle exigence d'intérêts compensatoires⁴⁶.

L'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation sur ce point n'a pourtant pas été unanime et si la référence purement formelle au caractère compensatoire de ces intérêts a été abandonnée par la Cour de cassation, seuls quelques arrêts isolés après 1985 ayant fait encore référence explicite à ce caractère compensatoire⁴⁷, une divergence est apparue entre les différentes chambres concernant *la nécessité de motiver la décision d'avancer la date de départ des intérêts*. Alors que la chambre

⁴⁵ Dont les dispositions ont été reprises à l'article 1231-7 C. civ. depuis l'ordonnance de 2016.

⁴⁶ F. Chabas, Le droit des accidents de la circulation (après la réforme du 5 juillet 1985), Litec- Gaz. Pal., 2^e éd., 1988, n° 298, *in fine* ; G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, Traité de droit civil, les effets de la responsabilité, préc., n° 347 *in fine* ; Putman, La formation des créances, thèse dactyl., Aix-Marseille III, 1987, n° 317.

⁴⁷ Cass. civ. 3^e, 12 juillet 1988, JCP 1988, IV, 339 (Dans cet arrêt la 3^e chambre civile avait reproché aux juges du fond d'avoir avancé le départ des intérêts « sans préciser en qui ils ont un caractère compensatoire ») ; Cass. civ. 1^{re}, 26 mai 1994, Bull. civ., I, n° 182 ; RGAT 1994.759, obs. J. Kulmann ; Resp. civ. et assur. 1994, n° 306 et chr. n° 26 par H. Groutel (dans lequel la 1^{re} Chambre civile réaffirme que ces intérêts « ont nécessairement un caractère compensatoire »).

commerciale⁴⁸, et de manière plus implicite la 1^{re} chambre civile⁴⁹, n'exigeaient aucune motivation et considéraient que cette faculté était remise à la discrétion des juges du fond, la 2^e et la 3^e chambre civile⁵⁰ exigeaient à l'inverse des juges du fond qu'ils formulent un dispositif spécial à cet égard⁵¹.

419. Un pouvoir discrétionnaire qui ne nécessite aucune motivation. Ces hésitations ont poussé l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, le 3 juillet 1992, à profiter de l'absence de toute exigence du texte de l'(anc.) article 1153-1 du Code civil sur ce point pour reconnaître aux juges du fond un pouvoir non seulement souverain mais *entièrement discrétionnaire* dans l'usage de l'exception : « en fixant à une date autre que celle de sa décision le point de départ des intérêts, la cour d'appel n'a fait qu'user de la faculté *remise à sa discrétion* par l'article 1153-1 du code civil »⁵². Un tel

⁴⁸ Plusieurs arrêts de la chambre commerciale ont ainsi rejeté des pourvois qui reprochaient à des décisions d'avoir fait partir les intérêts soit de la date de l'assignation, soit du jour du jugement de première instance, sans en avoir donné de motifs (Cass. com., 18 juillet 1989, *Bull. civ. IV*, n° 235 ; 21 novembre 1989, *Bull. civ. IV*, n° 294 ; *JCP* 1989, IV, 359 ; 24 avril 1990, *Bull. civ. IV*, n° 123 ; *D.* 1990, IR, 121 ; 23 juin 1992, *Bull. civ.*, IV, n° 248 ; 5 février 1991, *ibid*, n°58 ; *D.* 1991, somm.326 (1^{re} esp.), obs. J-L. Aubert.

⁴⁹ Cass. civ. 1^{re}, 18 janvier 1989, *Bull. civ. I*, n° 32 ; *JCP*, 1989, IV, 102 ; 7 mars 1989, *Bull. civ. I*, n° 114 ; 18 mai 1989, n° 204, *D.* 1989, IR, 183 ; *JCP* 1989, IV, 267.

⁵⁰ La 3^e chambre, d'abord, avait déjà cassé une décision qui avait fixé le point de départ des intérêts sans formuler aucun motif à cet égard (Cass. civ. 3^e, 22 nov. 1989, *Bull. civ. III*, n° 219 ; *D.* 1991, somm326 (2^e esp.), obs. J-L. Aubert ; *D.* 1989, IR, 324). Puis, par trois arrêts plus récents (14 nov. 1990, SA des Etablissements Missenard Quint c/ Paul Pernaud et autres ; 5 déc. 1990, Bastid et autres c/ SA HLM de Normandie et autres ; 12 déc. 1990, Hertenberger et autres c/ Gan-Vie et autres, inédits), elle censure à nouveau, au visa des articles 1153-1 du code civil et 455 du code de procédure civile, des décisions qui avaient avancé le point de départ des intérêts moratoires sans formuler aucun motif. La 2^e chambre adopte la même position (Cass. civ. 2^e, 27 avril 1988, *Bull. civ.*, II, n° 100 ; *JCP* 1988, IV, 229 ; 10 janv. 1990, *Gaz. Pal.* 1990.1.pan.78, cassation ; 3 oct. 1990, SNCF c/ Consorts Gervais et autres, *Bull. civ. II*, n° 180 ; *JCP* 1990, IV, 376 ; *Resp. civ. et assur.* 1990.comm.406, décision implicite).

⁵¹ Sur les hésitations de la jurisprudence antérieure à 1992 v. P. Jourdain : « le point de départ des intérêts moratoires en cas de condamnation judiciaire à une indemnité », *RTDCiv.* 1988.776, n° 9 ; « la motivation de la décision qui avance le point de départ des intérêts moratoires d'une condamnation indemnitaire », *RTDCiv.* 1989.98, n° 9 ; « Le point de départ des intérêts moratoires en cas de condamnation indemnitaire et la motivation de la décision l'avançant (suite) », *RTDCiv.* 1989.340, n° 11 ; « Le point de la jurisprudence sur les intérêts moratoires des créances indemnitaires », *RTDCiv.* 1991.349, n° 5 ; R. Perrot, « Demande en justice : point de départ des intérêts », *RTDCiv.* 1990.142, n°3 ; J. Normand, « Le pouvoir de fixer d'office le point de départ des intérêts légaux. Son étendue et ses conditions d'exercice », *RTDCiv.* 1991.395, n° 1.

⁵² Cass. ass. plén., 3 juill. 1992, n° 90-83.430, *Bull. ass. plén.*, n° 7 ; *JCP* 1992, II, 21898, concl. D.-H. Dontenwille, note A. Perdriau ; *D.* 1992, Somm. 404, obs. Penneau, *Gaz. Pal.* 1993, 1, somm. 116, obs.

pouvoir qualifié de discrétionnaire, et à la différence d'un simple pouvoir souverain, dispense le juge de toute motivation⁵³. Avancer le point de départ des intérêts devient pour ce dernier une simple faculté dont il peut user sans être tenu à expliquer son choix⁵⁴. Toutefois s'il refuse d'avancer le départ des intérêts en estimant que la somme accordée n'ouvre pas droit à des intérêts antérieurs, sa décision sera censurée car il aurait méconnu l'étendue de ses pouvoirs⁵⁵.

Il est vrai que ce pouvoir discrétionnaire reconnu par la Cour de cassation au juge du fond se comprend mal au regard de l'importance qu'accordent traditionnellement le droit positif, et la doctrine, à l'exigence de motivation des actes juridictionnels⁵⁶. Rappelons que cette obligation de motivation, inexistante sous l'Ancien Régime, était apparue formellement sous la période révolutionnaire à l'article 15 du titre 5 de la loi des 16 et 24 août 1790 qui précise que le jugement doit comporter « les motifs qui auront déterminé le juge », et s'est retrouvée par la suite à l'article 208 de la Constitution de l'An III, puis à l'article 7 de la loi du 20 avril 1810, et depuis le décret 75-1123 du 5 décembre 1975 à l'article 455 du Code de procédure civile qui dispose clairement que le jugement doit être motivé⁵⁷. La Cour Européenne des Droits de l'Homme, et malgré la relative discrétion de la Convention européenne des droits de

F. Chabas ; Defrénois 1992. 1453, obs. Aubert ; JCP 1993, I, 3678, n° 14, obs. L. Cadet ; RGAT 1992.903, note Ph. Rémy.

⁵³ Sur la notion de pouvoir discrétionnaire : J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, 4^e éd. 2008, Dalloz, n° 66.31 et s. ; A. Perdriau, « Le pouvoir discrétionnaire des juges du fond », *Petites Affiches*, 15 novembre 2001, n° 228, p.8 ; T. Barthouil, « Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire du juge en droit privé », *Rev. Rech. Jur.* 1992.343 et 620 ; G. Marty, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, thèse Sirey, préf. Ch. César-Bru, 1929, n° 133 et s.

⁵⁴ Cass. civ. 2^e, 17 février 1988, *Bull. civ.*, II, n° 46 ; *D.* 1988, IR, 62 ; *JCP* 1988, IV, 154.

⁵⁵ Cass. civ. 2^e, 19 oct. 2000, n° 98-21.407, *Bull. civ.* II, n° 143, *JCP* 2000, IV, 2793 ; *D.* 2000, IR, 306 ; *Gaz. Pal.* 2001.1, pan.26. Il s'agissait ici d'une provision accordée dans l'attente du jugement définitive et les juges du fond avaient refusé de faire courir les intérêts à compter du jugement qui l'a accordé au motif que cette simple provision n'ouvrait aucun droit au titre des intérêts légaux.

⁵⁶ V. La motivation, *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. 3, Limoges, 1998 LGDJ, 1999 ; Ch. Mouly, « La motivation des arrêts d'appel », *Petites Affiches*, 5 mai 1993, n° 54, p.12 ; J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, Dalloz, 27^e éd. 2003, n° 1232 ; J. Héron, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 6^e éd. par Th. Le Bars, 2015, n° 477 et s. ; G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, PUF, 1998, n° 99 (spéc. p 452) et n° 132.

⁵⁷ Sur l'histoire de la motivation des décisions de justice, v. en particulier P. Texier, « Jalons pour une histoire de la motivation des sentences », *in* *La motivation*, *Travaux de l'Association Henri Capitant*, préc., p. 5 ; Th. Sauvel, « Histoire du jugement motivé ». *Rev. dr. pub.* 1955.5.

l'homme sur le sujet, a de même estimé que l'article 6-1 qui garantit le droit à un procès équitable « oblige les tribunaux à motiver leurs décisions »⁵⁸ et a ainsi accueilli un grief formulé contre une décision de la Cour de cassation tenant « à son omission de motiver son arrêt »⁵⁹. En effet, la motivation d'un acte juridictionnel vise non seulement à convaincre celui dont la prétention est rejetée, ou celui qui se voit condamné, du bien-fondé de la solution mais aussi et surtout de légitimer l'autorité de la décision à ses yeux car c'est « dans la motivation que l'acte juridictionnel trouve une grande part de sa légitimité »⁶⁰. Le droit à la motivation « n'est pas seulement le droit de savoir, c'est aussi l'amorce du droit de contester »⁶¹. Mais l'idée primordiale derrière cette nécessité de motivation de l'acte juridictionnel demeure l'absolue nécessité d'échapper à l'arbitraire du juge : « envisager d'alléger [la motivation] c'est prendre le risque de l'arbitraire et ouvrir aux juges les portes de la paresse »⁶². Selon les conclusions de l'Avocat général Dotenwille sous l'arrêt de l'Assemblée plénière du 3 juillet 1992⁶³, c'est parce que le départ des intérêts relèverait d'une question de fait non d'une question de droit qu'il serait impossible à la Cour de cassation d'exercer son contrôle sur le choix du juge. L'argument n'est pas convaincant puisque, d'une part, il ne s'agit pas vraiment d'une question purement factuelle et, d'autre part, il serait erroné de dire que la motivation d'un acte juridique s'impose uniquement dans la perspective d'un contrôle par une juridiction supérieure. L'on sait bien qu'il ne s'agit que de l'une des justifications diverses, et il n'y a en réalité « aucune raison de supprimer l'obligation de motiver par le seul fait que la Cour de cassation ne serait pas en mesure d'exercer son contrôle »⁶⁴. Même si ce pouvoir n'est pas absolu, certains arrêts refusant, en toute logique, que le départ des intérêts soit avancé à une date antérieure à la naissance de la

⁵⁸ CEDH, 19 avril 1994, Van Hurck/ Pays-Bas, n° 16034/90.

⁵⁹ CEDH, 19 février 1998, Higgins c/France, n° 20124/92, D. 1998, somm. 369, obs. N. Fricero.

⁶⁰ J. Leroy, « La force du principe de motivation », in *La motivation*, Travaux de l'Association Henri Capitant, préc., p.36.

⁶¹ M. Grimaldi, *Ouverture des travaux*, Travaux de l'Association Henri Capitant, préc., p.1.

⁶² J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, préc., n° 1232.

⁶³ D. H. Dotenwille, concl. sous. Ass. plén., 3 juillet 1992, préc.

⁶⁴ A. Penneau, obs. préc.

créance⁶⁵, ou à une date antérieure à la naissance du préjudice⁶⁶ la doctrine n'a pas manqué de critiquer cet octroi par la Cour de cassation d'un pouvoir discrétionnaire aux juges du fond. « Dans la chaleur d'un été, une Assemblée plénière démissionnaire a abandonné sur ce point aux juges du fond un pouvoir « discrétionnaire », c'est-à-dire sans aucun contrôle », commente ironiquement à ce propos A. Bénabent⁶⁷. Pour cet auteur, l'immixtion du pouvoir discrétionnaire « dans des décisions qui fixent définitivement la mesure des droits des plaideurs, chose jugée à l'appui, suscite la plus grande réserve : n'est-ce pas la même notion qui était qualifiée d'arbitraire sous l'Ancien Régime ? »⁶⁸. Ph. Rémy accuse lui aussi ce qu'il voit comme une consécration de l'arbitraire du juge : « l'arbitraire des juges du fond est consacré et la Cour de cassation est débarrassée d'un contrôle de motivation »⁶⁹. J. Kullmann va plus loin encore et souligne que la « manipulation y est officialisée, légalisée »⁷⁰.

⁶⁵ Cass. com., 30 octobre 2012, n° 11-18.287, Bull. civ. IV, n° 199. Il en est ainsi pour la prestation compensatoire en cas de divorce qui constitue une indemnité relevant de l'article 1231-7 (anc. art. 1153) du code civil. Alors que la Cour de cassation admettait sans problème dans ses décisions antérieures que les juges du fond pouvaient en application de l'(anc.) article 1153-1 du code civil, fixer le départ des intérêts d'une prestation compensatoire à une date antérieure au jugement prononçant le divorce alors que cette indemnité ne prenait naissance qu'à la date où cesse le devoir de secours entre époux et qui est la date où la décision de divorce devient définitive (Cass. civ. 2^e, 13 novembre 1991 ; Bull. civ., II, n° 302 ; 4 juillet 1990, *ibid*, n° 160 ; 3 mars 1988, *ibid*, n° 54 ; JCP 1988, IV, 173), elle a ensuite affirmé, plus logiquement, par une décision de la 1^{re} chambre civile du 14 décembre 2004 que « la prestation compensatoire, comme les intérêts qu'elle produit, ne sont dus qu'à compter de la date à laquelle la décision prononçant le divorce est devenue irrévocable », c'est-à-dire la date à laquelle le divorce n'est plus susceptible d'aucun recours ordinaire ou extraordinaire (Cass. civ. 1^{re}, 14 décembre 2004, Bull. civ., I, n° 316 ; RTDCiv. 2005.110, n°14, obs. J Hauser, Procédures 2005, n° 188, note S. Thouret ; D. 2005. IR, 112. Dans le même sens : Cass. civ. 1^{re}, 8 juill. 2010, n° 09-14.230, D. 2010. 1941 ; AJ fam. 2010. 436, obs. S. David ; *ibid* 443, obs. P. Hilt). Dans un arrêt du 17 mai 2017 (pourvoi n° 16-17818, inédit) la 1^{re} chambre civile a ainsi cassé un arrêt de la Cour d'appel de Reims qui, après avoir statué sur le divorce, avait fixé le point de départ des intérêts sur la prestation compensatoire à la date de son arrêt « alors que la décision de divorce n'était pas devenue irrévocable à cette date ». Récemment aussi et dans le même sens, Cass. civ. 1^{re}, 7 février 2018, pourvoi n° 17-14.184.

⁶⁶ Cass. soc., 12 février 2008, n° 07-40.413, Bull. civ. V, n° 34.

⁶⁷ A. Bénabent, Droit civil, Les Obligations, Montchrestien, 92 éd., 2003, n° 699.

⁶⁸ A. Bénabent, « Le désintéret des intérêts? », Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle. LGDJ, 2001, p. 113.

⁶⁹ Ph. Rémy, note préc., *in fine*.

⁷⁰ J. Kullmann, « Le temps et l'argent », RGDA 2000.1179, p. 1188. Dans le même sens, J. Héron, par Th. Le Bars, op. cit., n° 479 qui s'interrogent si, en abandonnant la garantie de la motivation, « les hauts magistrats ont conscience que c'est une conquête essentielle de la Révolution qui se trouve ainsi grignotée par négligence ou facilité. »

La solution apportée par l'Assemblée plénière en 1992 qui n'a jamais été remise en cause par la jurisprudence postérieure⁷¹, et malgré toutes les critiques qu'elle a pu soulever, a cependant eu l'indéniable mérite d'apaiser la controverse concernant la question de la justification des intérêts antérieurs à la décision et de permettre le retour à une qualification plus orthodoxe de ces intérêts.

D- Le retour à une qualification plus orthodoxe.

420. La reconnaissance explicite d'un pouvoir discrétionnaire au juge du fond de fixer librement le point de départ des intérêts sans avoir à justifier son choix a ainsi permis à la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation d'abandonner, enfin, la qualification artificielle des intérêts antérieurs à la décision en intérêts compensatoires⁷² et de décider clairement par une décision rendue le 28 avril 1998 que les intérêts alloués en application de l'(anc.) art. 1153-1 du Code civil pour une période antérieure à la date de la décision qui fixe l'indemnité ont nécessairement un caractère *moratoire*⁷³. En effet, et malgré la neutralité de l'(anc.) article 1153-1 du Code civil sur le plan théorique, du fait même de l'existence de la disposition qui a donné aux juges un pouvoir qualifié par la Cour de cassation de discrétionnaire de faire reculer le point de départ des intérêts pour la période antérieure à la décision, il est devenu pratiquement inutile à la Cour suprême de s'appuyer sur la nature du jugement de condamnation et de justifier l'octroi d'intérêts pour la période antérieure à ce jugement

⁷¹ V. par ex.: Cass. com. 8 avril 2015, n° 13-28.512; Cass. civ. 3^e, 5 octobre 2011, n° 09-70.571 ; Cass. civ. 1^{re}, 25 novembre 2009, n° 08-15.927 ; Cass. civ. 2^e, 2 avril 2009, n° 08-15.986 ; Cass. civ. 3^e, 22 mai 2007, n° 06-16.046 ; Cass. soc., 7 février 2006, n° 04-44.966 ; Cass. civ. 3^e, 16 mars 2004, n° 02-18.329 ; Cass. civ. 2^e, 27 mars 2003, n° 01-12.983, Bull. civ. II, n° 83 ; Cass. com., 3 décembre 2002, n° 01-00.641 ; Cass. civ. 1^{re}, 16 mars 1999, n° 97-12.930, Bull. civ. I, n° 95, Defrénois 1999. 1325, obs. Delebecque ; Cass. civ. 1^{re}, 14 octobre 1997, n° 95-18.361, Bull. civ. I, n° 272, RGDA 1997. 1083, note Fonlladosa ; Cass. civ. 3^e, 2 décembre 1992, n° 90-15.509, Bull. civ. III, n° 313.

⁷² Prenant ainsi le contre-pied d'une décision qu'elle avait prise en 1994 (26 mai 1994, Bull. civ. I, n° 182 ; RGAT 1994.759, obs. Kullman ; Resp. civ. et assur. 1994, n° 306 et ch. n° 26 par H. Groutel) dans laquelle elle avait réaffirmé que ces intérêts « ont nécessairement un caractère compensatoire » et constituent une réparation complémentaire faisant partie des dommages- intérêts accordés à titre principal.

⁷³ Cass. civ. 1^{re}, 28 avril 1998 : Bull. civ. I, n° 152 ; R., p. 278 ; JCP 1999. I. 137, n° 29, obs. J. Kullmann ; Rép. Def. 1998. 1049, n° 111, obs. J.-L. Aubert ; RCA 1998. chron. 20, par Groutel ; RTDCiv. 1998. 920, obs. P. Jourdain ; Gaz. Pal. 1999.1.91, note A. Favre- Rochex.

par un prétendu caractère compensatoire et elle a pu enfin admettre l'évidence : ces intérêts ont bien un caractère moratoire. Il est vrai que, dans la décision de 1998, le changement de la position de la Cour suprême s'expliquait surtout au regard d'un intérêt pratique, celui de faire peser cette dette d'intérêts sur les épaules de l'assureur de responsabilité au-delà du montant du plafond stipulé dans le contrat, solution qui n'était pas évidente quand il s'agissait des intérêts dus par le responsable à la victime⁷⁴ puisqu'antérieurement à cette décision on considérait que, vu le caractère compensatoire de ces intérêts, leur cumul avec l'indemnité principale ne pouvait pas dépasser le plafond prévu dans le contrat d'assurance⁷⁵. Qualifiés désormais de moratoires ces intérêts devaient être réglés par l'assureur au-delà même du plafond de la garantie puisqu'ils incombent personnellement à l'assuré. Cette qualification des intérêts antérieurs à la décision d'intérêts moratoires a été reprise par la suite par d'autres arrêts⁷⁶, et même dans des cas où la question n'avait aucune incidence pratique⁷⁷.

Reconnaître le caractère moratoire des intérêts antérieurs à la décision judiciaire qui, en toute évidence, compensent un retard subi par le créancier est une chose,

⁷⁴ A cette époque, et avant l'arrêt de la 1^{re} chambre civile du 14 novembre 2001 (n° 98-19.205 P: R., p. 447 ; D. 2001. IR 3584 ; JCP 2002. I. 116, nos 26 s., obs. Mayaux ; RCA 2002, n° 37, note Groutel ; Gaz. Pal. 2002. 664, note Périer; RGDA 2002. 175, note Kullmann), ces intérêts étaient toujours fondés sur l'(anc.) article 1153-1 du Code civil, et ceci contrairement aux intérêts dus par l'assureur à l'égard de son assuré qui, eux, étaient fondés sur l'article 1153 que ce soit pour l'exécution d'un contrat d'assurance de choses ou de personnes ou encore d'un appel en garantie formé contre un assureur de responsabilité par son assuré qui a préalablement indemnisé la victime. Pour plus de développements sur ce point, v. *supra* n° 101.

⁷⁵ Cass. civ. 1^{re}, 26 mai 1994, préc. ; Cass. civ., 12 novembre 1941, préc..

⁷⁶ Dont on cite : Cass. civ. 1^{re}, 11 juill. 200 : Bull. civ. I, n° 214 ; Resp. civ. et assur. 2001. n° 339 ; JCP 2001, IV, 2667. Pour une critique de cette solution : V. David, thèse préc., n° 71.

⁷⁷ Cass. civ. 1^{re}, 17 novembre 1998, RGDA 1999.441, note F. Vincent ; Civ. 3^e, 15 mars 2000 : Bull. civ. III, n° 59 ; Gaz. Pal. 2000.1, pan25 ; Petites Affiches 27 sept. 2000, note Y. Dagorne-Labbe. D'ailleurs, depuis la décision de la 1^{re} chambre civile du 14 novembre 2001 de fonder les intérêts dus par l'assureur de responsabilité sur l'article 1153 et non plus sur l'article 1153-1 du code civil (Bull. civ. I, n° 277 ; RGDA 2002.175, note J. Kullmann ; Dr. Et patrimoine, février 2002, n° 3026, p.107, obs. F. Chabas ; Resp. civ. et assur. 2002, n° 40 et ch. n° 2 par H. Groutel ; JCP, 2002, I, 116, n° 26, obs. L. Mayaux. Adde : P. Jourdain, « Les intérêts moratoires dans les assurances de responsabilité et l'application du plafond de garantie », Resp. civ. et assur. 2002, chron. n° 3), la question de la qualification des intérêts des créances indemnitaires de l'article 1153-1 n'avait plus aucune incidence pratique quant à leur inclusion dans le plafond de garantie puisque l'inopposabilité de ce plafond à la victime était désormais une conséquence directe de l'application de l'article 1153 à la dette de l'assureur.

comprendre pourquoi, au regard des règles classiques de la responsabilité civile, ce retard devrait être imputé au débiteur en est une autre. Avant que la créance soit liquidée par le juge, elle n'est pas exigible et, dans une logique de responsabilité qui suppose l'imputabilité du retard au débiteur, ce dernier ne peut être considéré en état de demeure surtout qu'il est encore en droit de contester le principe et l'étendue de sa créance. *La nuance peut paraître subtile : il y a bel et bien un retard que subit le créancier, mais ce n'est pas le débiteur qui est en retard.* La rupture avec les règles de la responsabilité civile paraît imminente.

§2- Une rupture certaine avec les règles de la responsabilité civile.

421. S'il est bien établi aujourd'hui que les intérêts de l'article 1231-7 du Code civil octroyés pour une période antérieure au jugement qui liquide la créance ont un caractère moratoire, plusieurs questions demeurent non résolues. Pourquoi l'octroi de ces intérêts moratoires serait-il laissé à l'entière discrétion du juge ? Pourquoi cette discrimination dans l'indemnisation du retard, à la fois dans son principe (puisque le juge a un pouvoir discrétionnaire d'avancer ou non la date de part des intérêts sans avoir à justifier sa décision) et dans son étendue (puisque le juge, sous certaines limites⁷⁸, peut choisir la date de départ qu'il trouve convenable) ? Pourquoi certains retards mériteraient d'être indemnisés alors que d'autres non ? La réponse ne saurait être cherchée dans une inexistante imputabilité du retard au débiteur vu que la créance n'est elle-même pas exigible avant sa liquidation par le juge. Elle est donc à chercher en dehors des règles classiques de la responsabilité avec lesquelles le lien semble rompu. Cette rupture est marquée par le décrochage entre les intérêts antérieurs à la décision judiciaire et la créance qui représente le droit substantiel (A). Elle est reconfirmée dans la solution prévue par l'article 1231-7 en cas d'appel (B).

⁷⁸ Nous avons signalé plus haut que certains arrêts refusent, en toute logique, que le départ des intérêts soit avancé à une date antérieure à la naissance de la créance, ou à une date antérieure à la naissance du préjudice.

A- Une rupture marquée par le décrochage entre les intérêts moratoires judiciaires et la créance.

422. Des intérêts moratoires affranchis de l'exigibilité de la créance et de la demeure du débiteur. Alors que les intérêts moratoires de l'article 1231-6 du Code civil qui compensent spécifiquement la *mora* du débiteur restent intrinsèquement attachés à la créance principale dont le juge doit vérifier la naissance et l'exigibilité en plus de l'état de demeure du débiteur, ceux de l'article 1231-7 de ce code, avancés d'une manière discrétionnaire par le juge à une date antérieure au prononcé de la décision qui liquide la créance, semblent se détacher de la créance principale. Ils ne s'embarrassent ainsi plus de l'état de demeure du débiteur ni même de l'exigibilité de la créance principale mais attendent seulement le prononcé de la décision judiciaire qui reconnaît officiellement et liquide cette créance pour venir s'y greffer à compter d'une date fixée librement par le juge. On observe ainsi pour les créances de l'article 1231-7 un relâchement, voire une rupture, du lien entre les intérêts moratoires et la créance principale par rapport aux créances monétaires de l'article 1231-6 du Code civil pour lesquelles l'obligation de réparer le préjudice moratoire, si elle est bien distincte de l'obligation de paiement de la créance et ne se confond pas avec elle, reste attachée à cette dernière et dépendante de son exigibilité et de l'état de demeure du débiteur.

En effet, et du temps où elle appliquait l'(anc.) article 1153-1 du Code civil à la dette de l'assureur de responsabilité⁷⁹, la Cour de cassation admettait que le pouvoir discrétionnaire du juge du fond lui permettait d'avancer le départ des intérêts alors même que c'est la décision judiciaire qui se prononce sur la responsabilité de l'assuré et réalise le risque garanti. Il en a été jugé de même pour les indemnités d'éviction en matière de baux commerciaux⁸⁰ : si au départ la Cour de cassation affirmait clairement

⁷⁹ La 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation a abandonné cette solution par un arrêt du 14 novembre 2001 (Cass. civ. 1^{re}, 14 novembre 2001, préc. sur lequel v. *supra* n° 101). Pour un exposé de deux arrêts importants antérieurs à l'arrêt du 14 nov. 2001 et visant l'(anc.) article 1153-1 voir l'article de Hubert Groutel, Responsabilité civile et assurances n°1, janvier 2002, chron. 2, « Les intérêts dans l'assurance de responsabilité : énième étape ».

⁸⁰ Sur l'indemnité d'éviction, v. G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, t. 1, vol. 1, LGDJ, 18^e éd. Par L. Vogel, 2001, n° 624 ; M.-L. Sainturat, « L'indemnité d'éviction : les différents postes d'évaluation retenus au titre des indemnités accessoires, leurs modalités de fixation et de paiement », *Loyers et copr.*, nov. 2000, chron. n°3 ; J. Viatte, « Indemnité d'éviction et intérêts moratoires », *Loyers* 1978.288.

que « la créance du locataire ne peut produire d'intérêts avant le jour où elle a été évaluée par décision judiciaire » sauf à condamner le bailleur « à payer une somme plus élevée que celle à laquelle le locataire avait droit en réparation de son préjudice »⁸¹, et avait précisé dans une décision du 14 octobre 1978 que le principe de l'évaluation du préjudice au jour de la décision et celui du droit du locataire au maintien dans les lieux jusqu'au paiement de l'indemnité⁸² avaient pour conséquence « que la créance du locataire ne peut pas produire intérêts avant son départ des lieux »⁸³, elle a, par la suite, et après la reconnaissance en 1992 d'un pouvoir discrétionnaire au juge dans le cadre de l'(anc.) article 1153-1 du Code civil, admis par un arrêt du 15 juin 1994⁸⁴ que les juges du fond pouvaient fixer librement le point de départ des intérêts sur l'indemnité d'éviction sans s'encombrer du jour de l'évaluation de la créance ni même de celui de son exigibilité et sans se préoccuper de l'effectivité du départ des lieux du locataire, consacrant ainsi encore une fois un décrochage de ces intérêts par rapport au droit substantiel.

423. Un décrochage exacerbé par le pouvoir du juge d'user d'office de la faculté qui lui est reconnue par la loi. Ce décrochage entre les intérêts antérieurs à la décision et la créance principale découle directement de l'élargissement des pouvoirs du juge, en premier lieu par le législateur qui a inséré au sein de l'(anc.) article 1153 du Code civil une exception plus large que le principe, puis par la jurisprudence qui a qualifié le pouvoir du juge de discrétionnaire. En effet, l'Assemblée plénière, en reconnaissant au juge du fond un pouvoir discrétionnaire par son célèbre arrêt du 3 juillet 1992, lui a permis non seulement de s'abstenir de toute motivation de sa décision

⁸¹ Cass. civ. 3^e, 26 juin 1969, Bull. civ., III, n° 529 ; 18 mars 1970, *ibid*, n° 206, JCP 1970, IV, 126.

⁸² Droit formulé expressément à l'article L. 145-28 du code de commerce. Selon ce texte, « aucun locataire pouvant prétendre à une indemnité d'éviction ne peut être obligé de quitter les lieux avant de l'avoir reçue. Jusqu'au paiement de cette indemnité, il a droit au maintien dans les lieux aux conditions et clauses du contrat de bail expiré ».

⁸³ Cass. civ. 3^e, 13 juin 1979, Bull. civ., III, n° 133.

⁸⁴ Cass. civ. 3^e, 15 juin 1994, Bull. civ., III, n° 123 ; Act. Jur. prop. imm. 1995.32, note B. Boussageon (départ des intérêts au jour de l'assignation) ; 4 octobre 1995, pourvoi n° 94-10126; Administrer, mai 1996, p.30, note B. Boccara, D. Lipman-Boccara et M.-L. Sainturat (départ à compter du jugement infirmé) ; 4 juillet 2001, Bull. civ., III, n° 93; D. 2001, somm. 3525, obs. L. Rozès ; Gaz. Pal. 2002.1.71, note P.-H. Brault (départ à compter du prononcé de l'arrêt).

mais aussi d'user *d'office* de la faculté qui lui est reconnue par la loi de déroger au principe du départ des intérêts à compter de la décision, et ceci sans même faire part aux parties de son intention ni les inviter à discuter de l'opportunité d'une telle dérogation⁸⁵, mettant ainsi à l'écart le principe qui veut que le procès soit la chose des parties en même temps que le principe du contradictoire⁸⁶. D'ailleurs, avant même que le pouvoir discrétionnaire ne soit entériné par l'Assemblée plénière, la 2^e chambre civile avait admis que le juge puisse fixer « le point de départ des intérêts sans avoir à provoquer les explications des parties sur ce point »⁸⁷ et avait écarté le grief selon lequel les juges, en avançant le point de départ des intérêts, se seraient prononcés sur un élément non demandé au motif que « les intérêts alloués à compter d'une date antérieure au jugement ne [constituent] qu'une réparation complémentaire faisant partie intégrante des dommages-intérêts accordés à titre principal »⁸⁸.

Or, à suivre un pur raisonnement en termes de responsabilité, il n'est guère acceptable que des intérêts moratoires soient octroyés spontanément par le juge sans que la victime du dommage n'en ait formulé la demande dans ses conclusions et sans que ne soit donnée au débiteur la possibilité de se défendre et de contester le rattachement du préjudice moratoire à une inexécution de sa part ou de prouver l'attitude dilatoire du créancier qui pourrait le décharger de ces intérêts. Même en matière gracieuse où le juge, sur le fondement de l'article 28 CPC, peut se prononcer sans débat et sans égard au principe du contradictoire, la Cour de cassation n'a pas manqué de préciser que si le juge entend fonder sa décision sur des faits non allégués par le requérant il doit au préalable provoquer les explications de ce dernier⁸⁹.

Le pouvoir discrétionnaire reconnu au juge d'avancer le départ du cours des intérêts moratoires à une date antérieure au jugement, et quand il choisit de l'exercer effectivement, opère donc une sorte de décrochage, sur le fond mais aussi dans la

⁸⁵ V. sur cette question, J. Normand, *op. cit.*, n° 1.

⁸⁶ Ce principe est édicté à l'article 16 al. 1^{er} CPC. Pour des développements à ce sujet v. *supra* n° 335.

⁸⁷ Cass. civ. 2^e, 20 juin 1990, Bull. civ., II, n° 141 ; D. 1990. IR. 187; JCP 1990. IV, 316 ; Gaz. Pal. 1990.2 pan. 219.

⁸⁸ Cass. civ. 2^e, 23 janvier 1991, Bull. civ., II, n° 28 ; JCP 1991, IV, 105.

⁸⁹ Cass. civ. 1^{re}, 13 janvier 1993, Bull. civ., I, n° 17 ; RTDCiv. 1993.647, n° 8, obs. R. Perrot ; JCP 1993, IV, 666.

procédure, entre les intérêts moratoires et la créance et marque ainsi une rupture nette avec les règles de la responsabilité civile. Cette rupture est perceptible non seulement dans l'exercice discrétionnaire par le juge de son pouvoir souverain de dérogation mais aussi dans la solution de principe édictée à l'article 1231-7 du Code civil lorsqu'elle est appliquée.

B- Une rupture confirmée dans la solution de principe prévue par l'article 1231-7 en cas d'appel.

424. Intérêts moratoires et « confirmation pure et simple » de la décision de 1^{re} instance. Lorsqu'une décision allouant une indemnité fait l'objet d'un appel l'article 1231-7 du Code civil⁹⁰ prévoit dans son second alinéa qu'en cas de « confirmation pure et simple par le juge d'appel » l'indemnité porte de plein droit intérêt au taux légal à compter du jugement de première instance. Dans les autres cas, l'indemnité allouée en appel porte intérêt à compter de la décision d'appel. Le juge d'appel peut toujours déroger aux dispositions du présent alinéa »⁹¹. Ainsi, dans le cas où les juges de première instance avaient refusé d'allouer une indemnité en réparation d'un dommage et que cette décision est infirmée, l'indemnité allouée en appel portera en principe, et sauf décision contraire du juge, intérêt à compter de la décision d'appel. Cette solution qui consiste en une simple application des dispositions du premier alinéa de l'article 1231-7 du Code civil ne pose aucune problématique nouvelle. Par contre, une problématique peut surgir dans l'hypothèse où la décision de première instance avait déjà alloué une indemnité. Deux cas de figure peuvent alors se présenter : soit cette décision est confirmée purement et simplement en appel c'est-à-dire à la fois dans le principe et dans le montant de l'indemnité allouée, soit le montant de l'indemnité est modifié à la hausse ou à la baisse par les juges d'appel.

Dans l'hypothèse où la décision de première instance est confirmée à la fois quant au principe de la condamnation et quant à l'évaluation de la créance de réparation, la

⁹⁰ Dont les dispositions reprennent exactement celles de l'ancien article 1153-1 C. civ.

⁹¹ Pour des développements sur la solution en cas d'appel et la conception particulièrement stricte de la liquidité de la créance qui en découle, v. *supra* n° 108.

Cour de cassation avait toujours considéré que les juges d'appel pouvaient fixer le départ des intérêts moratoires à compter du jugement confirmé et que ces intérêts n'avaient pas à être justifiés par un motif spécial⁹². En effet, il est depuis longtemps admis par la jurisprudence que si le jugement qui était frappé d'appel est confirmé, les droits qu'il reconnaissait à l'intimé lui sont acquis rétroactivement, sans prendre en compte l'effet suspensif de l'appel⁹³ et elle avait appliqué ce principe notamment au cas de confirmation d'un jugement condamnant à des dommages-intérêts moratoires⁹⁴ en jugeant que c'est à la date du jugement confirmé, ou de sa signification, que courent les intérêts moratoires⁹⁵.

Par contre, dans l'hypothèse où le *quantum* de la créance est modifié en appel, les solutions adoptées par la Cour de cassation n'étaient plus uniformes. En présence d'une *diminution*, elle adoptait une solution identique à celle de l'hypothèse où la décision de première instance était confirmée à la fois dans le principe de la condamnation et dans le montant de la créance de réparation et considérait alors que les intérêts moratoires couraient sur la somme diminuée à partir de la décision de première instance⁹⁶. Par contre, en présence d'une *augmentation*, et alors que certains arrêts avaient opté pour un fractionnement de la créance et avaient fait courir les intérêts à compter du jugement de première instance pour le montant confirmé et à partir de la décision d'appel pour

⁹² Cass. civ. 1^{re}, 22 octobre 1962, Bull. civ., I, n°433 ; Cass. civ. 2^e, 26 avril 1967, Bull. civ., II, n°157 ; Cass. civ. 3^e, 23 juin 1976, Bull. civ. III, n°284 ; JCP 1976, IV, 275 ; Cass. civ. 1^{re}, 2 novembre 1978, JCP 1979, IV, 12 ; Cass. civ. 3^e, 14 octobre 1981, Bull. civ., III, n°156. ; 17 février 1982, JCP 1982, IV, 16.

⁹³ Cass. civ., 3 novembre 1941, DC 1943. 101, note Carbonnier ; Req. 2 juin 1947, Gaz. Pal. 1947. 2. 96 ; Com. 3 juillet 1950, D. 1951. 96 ; Cass. civ. 2^e, 3 mars 1967, Bull. civ. II, n° 105 ; RTDCiv. 1967. 704, obs. P. Raynaud ; 3 décembre 1969, JCP A 1970. IV. 5666 ; RTDCiv. 1970. 415, obs. P. Raynaud ; Cass. com. 3 juin 1981, Bull. civ. IV, n° 262. Cette même solution sera reprise après la loi de 1985 : Cass. civ. 2^e, 5 avril 1994, n° 92-19.808, Bull. civ. II, n° 114 ; JCP 1995. II. 22381, note du Rusquec ; RTDCiv. 1995. 190 ; Cass. civ. 1^{re}, 20 février 1996, Juris-Data n° 000697 ; Cass. civ. 2^e, 9 décembre 1997, Juris-Data n° 005152 ; Gaz. Pal. 1998. 1. Pan. 145.

⁹⁴ Cass. civ., 26 janvier 1870, S. 1870. 1. 160.

⁹⁵ Cass. civ. 1^{re}, 17 juillet 1951, Bull. civ. I, n° 224 ; Cass. civ. 2^e, 15 décembre 1955, Bull. civ. II, n° 590 ; 23 avril 1986, D. 1986. IR 221, obs. P. Julien.

⁹⁶ Cass. crim., 6 juillet 1972, Bull. crim., n°232 ; Cass. soc., 4 octobre 1972, Bull. civ., V, n°524 ; JCP 1972, IV, 251 ; Cass. civ. 2^e, 16 juillet 1979, D. 1979. IR, 523 ; JCP 1979, IV, 324 ; Cass. com., 11 mai 1982, Bull. civ., IV, n°178, JCP 1982, IV, 256 ; 19 février 1985, Bull. civ., IV, n° 65.

le montant ajouté⁹⁷, l'Assemblée plénière, par un arrêt rendu le 9 mai 1980⁹⁸, a refusé tout fractionnement et a décidé que l'augmentation de la somme par les juges d'appel imposait de faire courir les intérêts sur l'ensemble de la somme finalement octroyée en appel à compter de la décision d'appel.

Le législateur est venu avec la loi de 1985 consacrer cette solution au sein de l'(anc.) article 1153-1 : soit la décision de première instance est confirmée « purement et simplement » en appel et dans ce cas l'indemnité allouée portera de plein droit intérêt au taux légal à compter du jugement de première instance, soit elle est infirmée partiellement (révision à la hausse ou à la baisse de la somme octroyée en première instance) et dans ce cas l'indemnité finalement allouée en appel ne portera intérêt qu'à partir de la décision d'appel. La formule utilisée par le législateur « confirmation pure et simple » indique bien que ce dernier, suivant la solution établie par l'Assemblée plénière, n'a pas voulu retenir la possibilité du fractionnement de l'assiette des intérêts dans l'hypothèse où l'évaluation de la créance est modifiée en appel, que ce soit par une révision à la hausse ou à la baisse de la somme octroyée en première instance.

425. Incompatibilité de la solution avec les règles de la responsabilité civile.

Sauf pour le cas où le créancier a obtenu du juge l'exécution provisoire⁹⁹ ou celui où cette exécution provisoire est de droit, l'appel a un effet suspensif¹⁰⁰ et l'on ne voit pas

⁹⁷ Cass. civ. 3^e, 16 décembre 1970, Bull. civ., III, n°711 ; Cass. com., 20 mai 1963, Bull. civ., III, n° 239 ; Paris, 22 mai 1950, D. 1950.471 ; RTDCiv. 1950.503, n°23, obs. H. et L. Mazeaud ; 17 novembre 1947, D. 1948.10.

⁹⁸ Ass. plén., 9 mai 1980, Bull. civ., n°3 ; JCP 1980, IV, 269. Cette solution sera reprise ultérieurement : Cass. civ. 3^e, 9 décembre 1981, Gaz. Pal. 1982.1, pan164 ; Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 1986, Bull. civ., I, n°138. Déjà en ce sens, Cass. soc., 8 mai 1980 (impl.), Bull. civ., IV, n°403 ; 6 février 1980, *ibid*, n° 109.

⁹⁹ Sur l'exécution provisoire voir l'art. 514 CPC.

¹⁰⁰ Art. 539 CPC qui dispose que « le délai de recours par une voie ordinaire suspend l'exécution du jugement. Le recours exercé dans le délai est également suspensif. ». Cet effet suspensif qui résulte tant de l'exercice effectif de l'appel que du délai accordé à l'appelant pour l'exercer est considéré comme une pièce maîtresse de l'organisation judiciaire française (libanaise aussi d'ailleurs) « en tant qu'il s'intègre à l'édifice essentiel et protecteur des droits de la défense au même titre que l'appel et l'opposition dont il est destiné à garantir l'efficacité et l'utilité. Il trouve sa justification dans l'existence même de ces voies de recours » (Ph. Hoonaker, L'effet suspensif des voies de recours dans le nouveau Code de procédure civile : une chimère ? Contribution à l'étude de l'exécution provisoire, thèse dactyl. Strasbourg, 1988, n°5, p. 15). Il est vrai que depuis la généralisation de l'exécution provisoire de droit des jugements de première instance avec le décret n° 2019-1333 du 11

quelle faute, si on raisonnait en pures termes de responsabilité, on pourrait véritablement reprocher au débiteur qui profite de cet effet suspensif et attend la décision de la cour d'appel avant de payer et qui justifierait qu'il soit condamné au paiement des intérêts moratoires sur la créance depuis la date du jugement de première instance. Un auteur avait pertinemment souligné cette incompatibilité de la solution en appel avec les règles de la responsabilité civile : « comment reprocher au débiteur de n'avoir pas payé et le punir de son retard alors qu'il n'a fait qu'user de son droit de ne pas exécuter ? »¹⁰¹. Si cet argument avait été accueilli par quelques juridictions de fond avant l'introduction de l'(anc.) article 1153-1 du Code civil au motif que « l'appel ne peut être considéré comme un retard dans l'exécution de l'obligation de réparer, puisqu'il remet en cause le principe même de cette obligation »¹⁰², il a pourtant été rejeté par la Cour de cassation qui a considéré que l'effet suspensif neutralise uniquement la force exécutoire de la décision attaquée et qu'il a pour but unique « de refuser aux dispositions desdits jugements force exécutoire jusqu'à ce que l'appel ait été vidé, mais ne préjudicie pas aux droits résultant, pour les parties intimées, des condamnations prononcées à leur profit lorsque, sur l'appel, celles-ci ont été confirmées »¹⁰³ et que « le bénéficiaire d'un jugement, même frappé d'appel, est en possession d'un droit acquis, consolidé par la survenance d'un arrêt confirmatif »¹⁰⁴.

décembre 2019 réformant la procédure civile (en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2020), l'étendue de l'application de l'article 539 du CPC a été nettement réduite.

¹⁰¹ P. Raynaud, obs. sur Cass. civ., 8 février 1939, RTDCiv. 1939.821, n° 16.

¹⁰² TGI Seine, 4 février 1941, Gaz. Pal. 1941.2.343. Dans le même sens : CA Paris, 29 novembre 1951, Gaz. Pal. 1952.1.266 ; RTDCiv. 1952.228, n°38-2, obs. H. et L. Mazeaud ; 4 novembre 1943, Gaz. Pal. 1943.2.60.

¹⁰³ Cass. civ. 2^e, 15 décembre 1955, Bull. civ., II, n°590.

¹⁰⁴ Cass. civ., 17 juillet 1951, Bull. civ., I, n° 224. Cette théorie des droits acquis n'était pas propre au domaine des intérêts moratoires. Elle avait auparavant été appliquée par la Cour de cassation pour justifier le cours de l'astreinte prononcée en première instance malgré l'effet suspensif de l'appel (Cass. civ., 24 janvier 1865, DP 1865.1.226, Cass. civ. 26 janvier 1870, DP 1870.1.88 ; S. 1870.1.160 ; 15 novembre 1881, DP 1882.1.134 ; Cass. req., 3 novembre 1930, Gaz. Pal. 1930.2.731 ; Cass. soc., 29 juin 1966, Bull. civ., IV, n° 641 ; D. 1967, somm.13 ; Cass. civ. 2^e, 23 avril 1986, Bull. civ., II, n° 59 ; Gaz. Pal. 1987.1, somm. 46, obs. S. Guinchard et Th. Moussa, Cass. com. 15 juillet 1992, JCP 1992, IV, 2677 ; Cass. civ. 2^e, 20 juin 1996, Bull. civ., II, n° 168 ; RTDCiv. 1997.509, n° 5, obs. R. Perrot ; Procédures 1997, n° 51, note R. Perrot. La Cour de cassation s'est aussi appuyée sur cette théorie des droits acquis pour affirmer que le délai accordé par un jugement de première instance, au terme duquel un contrat de bail serait résilié de plein droit à défaut de paiement, n'était pas neutralisé par l'effet suspensif de l'appel : Cass. req., 17 novembre 1930, Gaz. Pal. 1930.2.811 ; Cass. com., 27 juillet 1949, Bull. civ., com., n°313 ; 16 février 1967, JCP 1967, II, 15079, obs. J. Carbonnier.

Cette application de la théorie des droits acquis à une décision judiciaire frappée d'appel n'a pas manqué de susciter les critiques de la doctrine. « Comment un titre ainsi entaché de précarité, d'incertitude, pourrait-il constituer un droit acquis, alors que le droit acquis s'oppose, par définition, à l'expectative, comme le certain à l'incertain » avait ainsi souligné le doyen Carbonnier¹⁰⁵. Elle avait d'ailleurs été abandonnée pour l'astreinte depuis un revirement de jurisprudence opéré par un arrêt de la 2^e chambre civile du 11 juin 1997¹⁰⁶ dans lequel celle-ci décide que l'astreinte ne peut courir qu'à compter du jour où l'arrêt confirmatif devient exécutoire.

426. Une solution qui peut porter atteinte à l'effet dévolutif limité de l'appel.

La solution prévue à l'article 1231-7 du Code civil porte en elle un risque certain d'atteinte à l'effet dévolutif de l'appel en vertu duquel ce recours s'exerce dans le seul intérêt de l'appelant et seul un appel incident de l'intimé est susceptible de réduire les droits que l'appelant tient du jugement ou d'aggraver l'étendue de sa condamnation¹⁰⁷, ce qui implique qu'en l'absence d'un tel appel incident l'appelant qui souhaite obtenir une augmentation de la somme qui lui a été accordée en première instance ne devrait pas voir cette somme diminuée. C'est pourtant à cette conséquence que peut aboutir la solution de principe de l'article 1231-7 du Code civil concernant le cours des intérêts depuis la décision d'appel en dehors du seul cas de la confirmation « pure et simple » comme en témoigne cet arrêt de la 2^e chambre civile en date du 23 janvier 1991¹⁰⁸. En

¹⁰⁵ J. Carbonnier, note préc., p. 102.

¹⁰⁶ Bull. civ., II, n° 170 ; D. 1997.536 (1^{re} esp.), note P. Julien ; RTDCiv. 1997.743, n°5, obs. R. Perrot, Procédures, 1997, n°172, note R. Perrot, D. Aff. 1997.1255. Ce revirement a par la suite été confirmé : Cass. civ. 2^e, 9 décembre 1997, Bull. civ., II, n° 307 ; JCP 1998, IV, 1185 ; Resp. civ. et assur. 1998, n° 77 ; 22 mars 2001, Bull. civ., I, n° 58 ; RTDCiv. 2001.661, n°7, obs. R. Perrot ; D. 2001, IR, 1213 ; JCP 2001, IV, 1921 ; 8 juillet 2004, Bull. civ., II, n° 355 ; RTDCiv. 2004.777, n° 4, obs. R. Perrot ; JCP 2004, IV, 2880.

¹⁰⁷ L'article 462 du Code de procédure civile dispose ainsi que « l'appel défère à la cour la connaissance des chefs de jugement qu'il critique expressément et de ceux qui en dépendent. La dévolution ne s'opère pour le tout que lorsque l'appel tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible ». Sur cet effet dévolutif v. J. Héron, par Th. Le Bars, op. cit., n° 720 ; H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, t.3, vol. 1, LGDJ, 2013, n° 2228-4. Ce principe est expressément consacré en droit pénal par l'article 515 al. 2 du code de procédure pénale : « La cour ne peut, sur le seul appel du prévenu, du civilement responsable, de la partie civile ou de l'assureur de l'une de ces personnes, aggraver le sort de l'appelant. »

¹⁰⁸ Cass. civ. 2^e, 23 janvier 1991, Bull. civ., I, n° 28 ; JCP 1991, IV, 105.

l'espèce la victime d'un accident de la circulation avait obtenu, à l'égard du responsable du dommage et de son assureur, une condamnation à une somme de 108 000 F augmentée des intérêts à compter de l'assignation. Insatisfaite de la somme obtenue elle interjette appel et demande une somme supérieure avec des intérêts à compter du jour de l'assignation. La Cour d'appel lui octroie alors une indemnité de 112 000 F mais fait courir les intérêts à compter du jour du prononcé de son arrêt, solution qui apparemment n'a rien d'étonnant puisqu'elle consiste en une simple application de l'(anc.) article 1153-1 qui pose en principe que, hors les cas de confirmation pure et simple, l'indemnité allouée en appel porte intérêt à compter de la décision d'appel. Cette solution est pourtant censurée par la Cour de cassation au visa des articles 5 et 562 du CPC puisque la Cour d'appel avait de cette façon accordé à l'appelant « des dommages-intérêts d'un montant inférieur à ceux qui avaient été alloués par le jugement de première instance dont les intimés demandaient la confirmation » puisque, augmentée des intérêts, la somme accordée en première instance atteignait près de 150 000 F.

427. Un retard qui n'a d'autre raison que l'exercice d'une voie de recours. En réalité, la cause du retard de paiement entre la date du prononcé de la décision de première instance et la décision confirmative « pure et simple » de la cour d'appel doit être cherchée dans l'exercice de la voie de recours en principe suspensive d'exécution qu'est l'appel. Or l'exercice de cette voie de recours ne peut, en lui-même, être qualifié de fautif sauf à consacrer une présomption de mauvaise foi à l'encontre de celui qui exerce une voie de recours légitime, présomption qui serait contraire aux principes de la justice moderne notamment celui de l'accès au droit et reviendrait indirectement à faire ressusciter l'amende dite de fol appel qui était infligée par l'ancien code de procédure civile à celui que l'on déclare non recevable dans son appel¹⁰⁹. D'ailleurs, les moyens de dissuasion à l'encontre des plaideurs malveillants et des manœuvres dilatoires ne manquent pas puisque la jurisprudence, avec la théorie de l'abus d'ester en justice, et le législateur offrent maints moyens de sanctionner ces comportements.

¹⁰⁹ Sur le principe de cette amende civile et l'évolution des textes v. notamment J. Viatte, « L'amende civile pour abus du droit de plaider », Gaz. Pal. 1978.1, doct.305.

Ainsi l'article 32-1 du Code de procédure civile autorise le juge à condamner « celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive (...) à une amende civile d'un maximum de 10 000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés ». De même, les articles 559 et 628 permettent respectivement à la Cour d'appel et à la Cour de cassation de condamner celui qui forme « un appel principal dilatoire ou abusif » ou un pourvoi en cassation « jugé abusif », à une amende civile d'un maximum de 10 000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui lui seraient réclamés¹¹⁰.

En dehors de toute manœuvre dilatoire ou abusive pourquoi imputer exclusivement le retard qui découle directement de l'exercice d'une voie de recours suspensive d'exécution au débiteur de l'indemnité et sur quel fondement? Et comment expliquer qu'une modification par les juges d'appel de l'évaluation faite par les juges du fond, aussi minime soit-elle, et qu'elle soit à la hausse ou à la baisse, suffise à renverser le principe de telle sorte que les intérêts moratoires ne courent plus à partir du jugement de première instance mais à partir de la décision d'appel mettant cette fois-ci à la charge du créancier le coût de la durée des deux procès, première instance et appel, qu'a nécessité la reconnaissance et la liquidation de sa créance ? En effet, si la cour d'appel diminue le montant alloué, on ne voit pas pourquoi, dans un raisonnement en termes de responsabilité du débiteur condamné, les intérêts ne devraient pas courir sur le montant inférieur dès la décision de première instance qui était, au moins pour ce montant, justifiée¹¹¹. Ce n'est sûrement pas en raison de l'effet suspensif de l'appel puisque cet effet suspensif n'a pas empêché le cours des intérêts au taux légal à compter du jugement de première instance dans le cas d'une confirmation pure et simple de la décision de première instance. L'illogisme est encore plus frappant dans le cas où la Cour d'appel augmente le montant alloué en première instance comme le montre un arrêt de la première chambre civile du 4 mars 1997¹¹² dans lequel la Cour de cassation, pour débouter de sa demande la victime qui réclamait les intérêts à compter du

¹¹⁰ Et qui sont limités au même montant de 10 000 euros pour la cassation.

¹¹¹ La jurisprudence antérieure avait admis dans une telle hypothèse le départ des intérêts moratoires à compter de la décision de première instance : V. par ex. Crim. 6 juillet 1972, n° 71-92.301, Bull. crim. n° 232 ; Cass. com. 19 février 1985, n° 83-14.713, Bull. civ. IV, n° 65.

¹¹² Pourvoi n° 94-19.707, inédit.

jugement sur la somme déterminée en première instance assortis de la majoration de 5 points sanctionnant le défaut d'exécution, avait par une application stricte des dispositions de l'ancien article 1153-1 du Code civil considéré que l'arrêt qui augmente le montant alloué en première instance est un arrêt infirmatif et que c'est seulement à compter de sa date que les intérêts doivent courir¹¹³.

Il est donc clair qu'au stade de l'appel la rupture avec les règles classiques de la responsabilité civile est consommée. Cette rupture se manifeste non seulement dans l'hypothèse où le juge décide exceptionnellement d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'avancer le point de départ des intérêts moratoires puisque selon l'alinéa 2 de l'article 1231-7, il « peut toujours déroger aux dispositions du présent alinéa », mais aussi dans les solutions de principe prévues en cas d'appel. En effet, un pur raisonnement en termes de responsabilité, avec ce que cela implique comme recherche de faute, de préjudice et de lien de causalité entre les deux, ne permet pas de comprendre les solutions légales prévues, que ce soit dans l'hypothèse où la décision est confirmée purement et simplement et où l'on ne voit pas quelle faute reprocher au débiteur qui profite de l'effet suspensif de l'appel et attend la décision définitive avant de payer, ou même dans l'hypothèse où le jugement de première instance est infirmé partiellement et où l'on ne voit tout autant pas quelle faute a bien pu commettre le créancier cette fois-ci pour lui faire perdre de l'argent et lui faire supporter le poids du préjudice moratoire qu'il a subi tout au long des deux procès.

Les solutions prévues par l'article 1231-7 du Code civil pour les intérêts moratoires des créances liquidées par le juge appliquées en première instance, et encore plus en appel, marquent ainsi les limites d'une appréhension systématique du retard à travers le prisme de la responsabilité civile du débiteur et invitent le juriste à revisiter la notion même de retard.

Section 2- Les intérêts antérieurs à la décision judiciaire et la notion de retard.

¹¹³ Sur cet arrêt, v. *supra* n° 108.

428. La source de tous les maux qui affectent la question des intérêts moratoires antérieurs à la décision judiciaire réside en réalité dans l'incompatibilité entre l'idée classique que l'on se fait généralement d'un retard de paiement d'une part et la volonté, instinctive et parfaitement légitime, d'indemniser le créancier pour l'attente qu'il subit avant de voir son droit reconnu et quantifié d'autre part.

En effet, dans un univers juridique idéal, l'intervention du juge n'est pas nécessaire. Une fois le dommage réalisé ou la créance échue, le débiteur opère immédiatement une transaction avec le créancier qui voit son dommage réparé ou sa créance payée sans aucun retard. Or la réalité juridique est bien différente de cela puisque le débiteur conteste presque toujours le principe de sa responsabilité, ou de sa dette en général, et son étendue. Le droit légitime du créancier d'obtenir une réparation immédiate de son préjudice ou un paiement immédiat de sa créance échue se heurte ainsi au droit, tout aussi légitime, du débiteur potentiel de se défendre en justice. Une troisième personne (juge ou arbitre) doit alors intervenir pour trancher le litige en établissant le principe de l'obligation et en fixant son quantum. Or cette procédure n'est pas automatique et nécessite une période de temps plus ou moins longue ce qui inflige au créancier de l'obligation qui nécessite une liquidation un préjudice moratoire qui ne peut être appréhendé correctement que si le retard lui-même était conçu autrement (§1). Dès lors que la conception du retard est élargie pour inclure non seulement le préjudice moratoire *subjectif et concret* imputable au fait du débiteur mais aussi celui *objectif et abstrait* lié à la procédure elle-même, il devient imminent de repenser les intérêts moratoires qui réparent cette dernière forme de retard dans un nécessaire changement de perspective (§2).

§1- Une conception élargie du retard.

429. Pour mieux comprendre les intérêts moratoires sur les créances nécessitant une liquidation judiciaire¹¹⁴ il est important de prendre conscience que dans la phase

¹¹⁴ Ces créances sont en principe, rappelons-le, au sens de l'article 1231-7 du Code civil les créances indemnitaires et les créances qui, sans être indemnitaires, leur sont assimilées dans une même nécessité de liquidation par le juge (v. *supra* n° 93 et s.).

antérieure à la décision judiciaire qui constate ces créances et les liquide, les rendant ainsi exigibles, deux sortes de retard peuvent causer un préjudice au créancier et entraver sa satisfaction : un retard *subjectif et concret* qui est directement lié au fait du débiteur et qui est variable d'un cas d'espèce à l'autre, mais aussi un retard *objectif et abstrait* qui, lui, reste invariable et sous-jacent à tout procès.

A- Un retard objectif qui vient s'ajouter au retard subjectif imputable au débiteur.

430. Le retard, un mal inhérent à tout procès. Dans la réalité juridique le créancier obtient très rarement, quasiment jamais il vaut mieux dire, une réparation immédiate de son préjudice ou un paiement immédiat de sa dette échue. Le plus souvent il doit initier une procédure à l'encontre de la personne qui lui a causé le dommage ou qui lui doit la dette, et cette procédure est le plus souvent longue malgré les efforts qu'ont déployés les systèmes juridiques pour arriver à une justice plus rapide. Dans cette procédure le débiteur a le droit légitime de se défendre et de contester le principe et le montant de sa dette avant que le juge, ou l'arbitre s'il s'agit d'une procédure arbitrale, arrive à une décision qui constate et liquide sa dette la rendant enfin exigible après plusieurs mois, voire plusieurs années de sa naissance. C'est comme si la nécessité d'un recours en justice et l'ouverture d'une procédure avec ce qui l'accompagne comme exercice légitime de son droit de défense par le débiteur potentiel imposaient au créancier un terme alors qu'il n'avait accepté aucun délai de paiement de sa créance¹¹⁵.

¹¹⁵ Les juges du fond ont très tôt mis en exergue l'écoulement du temps et l'attente imposée au créancier comme le montre la motivation d'un jugement très détaillé du Tribunal de grande instance de Limoges (21 avril 1963, Gaz. Pal. 1963.2.280). Le jugement commence par rappeler le principe du départ des intérêts à compter de la décision pour préciser ensuite que : « le remplacement de la chose perdue ne répare pas intégralement le préjudice qu'a causé sa perte ; attendu que pour qu'il en fût autrement, il faudrait que ce remplacement intervint dans l'instant même de l'accident (...) ; que de la sorte, la victime, dans l'attente de son indemnisation, se heurte sans secours aux difficultés matérielles et morales consécutives à l'accident (...) [et] subit une privation dommageable qui constitue un élément du préjudice directement imputable audit accident ; (...) attendu qu'il convient donc de condamner les défendeurs à payer les intérêts au taux légal à dater de l'accident jusqu'au jour du présent jugement, non parce qu'ils seraient en retard dans le paiement de l'indemnité, ni parce qu'ils auraient commis une faute particulière génératrice d'un préjudice supplémentaire, mais seulement pour compléter l'indemnité du préjudice consécutif à l'accident ».

Il faut en effet reconnaître que les délais sont un mal inhérent à tout procès et que ce mal ne peut être entièrement enrayé quel que soit le degré de perfection auquel serait arrivée une organisation judiciaire tout au moins parce que le juge a le devoir de respecter, et de faire respecter, le principe du contradictoire, sauf à accepter une justice bâclée et aléatoire ce qui ne peut être le but d'aucune bonne organisation judiciaire¹¹⁶. Le plaideur devra toujours attendre pendant une période plus ou moins longue qui s'étale entre le jour où il met en œuvre son action contre celui qu'il considère comme son débiteur et le jour où il obtient finalement une reconnaissance officielle de son droit¹¹⁷. Selon les termes de M.-A. Frison-Roche¹¹⁸ « seule la justice divine peut et doit tomber avec la fulgurance de la foudre. Dans les affaires humaines, il faut que le tonnerre gronde, et souvent pendant longtemps, avant que justice ne soit faite ». Ph. Jestaz constate ironiquement à ce sujet que « le mythe d'une justice à la fois expéditive et bonne est à ranger dans le même tiroir que la voiture spacieuse mais facile à garer ! »¹¹⁹. Dans une étude approfondie basée sur un échantillon de 728 décisions rendues par la Cour de cassation entre les années 1984 et 1998 sur la question des intérêts de retard, P. Ancel et M. Cottin¹²⁰, ainsi que l'équipe du Centre de Recherches Critiques sur le Droit¹²¹, ont montré que la question des intérêts dissimulait, au-delà du

¹¹⁶ Sur la nécessité de ne pas céder à une justice trop rapide, v. l'analyse d'un auteur québécois : Y.-M. Morissette, « Les lenteurs de la justice considérées sous un angle qui les avantage », *Mc Gill Law Journal*, vol. 33, n°1, 1987, p. 137.

¹¹⁷ La question des relations entre le temps et la procédure a fait l'objet de plusieurs études dont on cite notamment : S. Amrani-Mekki, *Le temps et le procès civil*, thèse Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, préf. L. Cadiet, 2002 ; *Le temps dans la procédure*, Actes du colloque du 5 décembre 1995 au Tribunal de Nanterre, sous la dir. de J.-M. Coulon et M.-A. Frison-Roche, Dalloz, 1996 ; Ph. Théry, « La justice entre l'exigence de la durée et la contrainte de l'urgence », *Droits*, 1999, p. 89 ; R. Jourdan, « Eléments de réflexion sur la justice et le temps », *Gaz. Pal.* 2001.1, doct.770 ; J.-C. Magendie, « Célérité et qualité de la justice : la gestion du temps dans le procès », rapport au Garde des sceaux, 2004, La Documentation française.

¹¹⁸ M.-A. Frison-Roche « Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure », in *Le temps dans la procédure*, Actes du colloque du 5 décembre 1995 au Tribunal de Nanterre, préc., p.11, n° 1.

¹¹⁹ Ph. Jestaz, *Le droit*, Connaissance du droit, Dalloz, 11^e éd., 2021, p.112

¹²⁰ P. Ancel et M. Cottin, « Le coût de la durée du procès pour les parties : les intérêts de retard dans le procès civil », *Rev. inter. dr. économique*, 1999. 238.

¹²¹ Rapport CERCRID, *La prise en compte par le droit du coût de la durée du procès. Les intérêts de retard dans le procès civil*, dir. P. Ancel et Ch. Bérroujon, février 1999, Université Jean Monnet, Saint-Étienne.

préjudice moratoire du créancier, *une question de coût de la durée du procès*. Ces auteurs ont ainsi souligné l'existence d'« un aspect du coût du procès qui est spécifiquement lié à sa durée et qui apparaît dans tous les procès ayant un objet économique » puisqu'« en l'absence de procès, l'une des parties aurait obtenu le paiement d'une somme d'argent ou se serait vu reconnaître des droits sur un bien à un instant T. Dès lors qu'il y a contestation ou refus de paiement, cette partie va devoir recourir au procès. Si, à la fin de ce procès, elle obtient satisfaction, le temps écoulé pour parvenir à ce résultat aura été pour elle une source de préjudice, et plus le temps mis pour arriver à la solution sera long, plus ce préjudice sera important »¹²².

431. Un mal qui nécessite des remèdes. Comment remédier alors aux effets néfastes de cette attente parfois très longue imposée au créancier par une résistance de son débiteur, résistance légitime en son principe puisque ce dernier avait tout le droit de se défendre en justice et de présenter au juge les moyens qui peuvent l'exempter de paiement mais qui se révèle en fin de compte infondée en droit puisqu'en fin de compte il finit par perdre le procès et se voit condamné au paiement de l'indemnité ?

Il est vrai que ces dernières années plusieurs mesures ont été prises en droit français pour favoriser la célérité de la procédure judiciaire telles la mise en place de procédures d'injonction de payer ou de faire, l'accroissement du champ de compétence du juge des référés mais aussi du champ de compétence du juge unique au détriment du principe de la collégialité de la justice, la multiplication des hypothèses où l'exécution provisoire est de droit et la reconnaissance d'une plus grande liberté au juge qui souhaite assortir sa décision de l'exécution provisoire jusqu'à une généralisation de l'exécution provisoire des jugements de première instance avec le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile et applicable aux instances introduites devant les juridictions du premier degré à compter du 1^{er} janvier 2020¹²³. Cette exigence de célérité a même été imposée aux juridictions nationales par la Cour européenne des droits de l'Homme sur le fondement de l'article 6§1 de la Convention, et ce par le biais

¹²² Rapport CERCRID, préc., n° 2.

¹²³ Nouvel article 514 du Code de procédure civile. Sur la place des mesures provisoires v. G. Wiederkehr, « L'accélération des procédures et des mesures provisoires », RIDC 1998.449.

du critère du délai raisonnable¹²⁴. Cette jurisprudence a été par la suite reprise par la Conseil d'Etat qui a décidé, sur le fondement de l'article 6§1 de la Convention et des principes généraux du droit gouvernant le fonctionnement des juridictions administratives, qu'une faute simple serait suffisante pour engager la responsabilité de l'Administration en cas de dépassement de délai raisonnable¹²⁵. De plus, le plaideur qui a agi en justice ou qui s'est défendu en justice d'une manière dilatoire ou abusive pour retarder une condamnation pourtant inéluctable peut se voir condamné au paiement d'une amende civile ainsi que des dommages-intérêts en vertu des articles 32-1¹²⁶ et 559 (en appel) et 638 (en cassation) du Code de procédure civile¹²⁷. Mais, comme l'a bien souligné J. Normand¹²⁸, « ni les techniques directes d'accélération, ni les procédés indirects de lutte contre l'engorgement, n'ont pu résoudre les difficultés que connaît la justice ».

¹²⁴ Selon l'article 6, § 1, de la Convention européenne, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial qui décidera du bien-fondé de l'accusation pénale dirigée contre elle. Les États contractants doivent ainsi organiser leur système judiciaire afin que leurs cours et tribunaux puissent remplir leur rôle avec efficacité et célérité : il s'agit là pour la CEDH de veiller « à ce que la justice ne soit pas rendue avec des retards propres à compromettre l'efficacité et la crédibilité » (CEDH 24 octobre 1989, H. c. France, n° 10073/82, § 58, RFDA 1990. 203, note O. Dugrip et F. Sudre). Pour un aperçu général de la jurisprudence de la CEDH à ce sujet et la position des droits étrangers v. notamment : S. Guinchard et *alii*, Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès, préc., n° 421 et s.

¹²⁵ CE, 16 février 2004, *Witasse Thezy*, Resp. civ. et assur. 2004, n°230, note C. Guettier ; 28 juin 2002, *Magiera*, D. 2003.23, note V. Holderbach-Martin ; Resp. civ. et assur., 2003, n° 20, note C. Guettier ; JCP 2002, éd. E, Actualité, n°167. C'est dans l'arrêt *Magiera* du 28 juin 2002 que le Conseil d'état avait défini ce délai raisonnable : « le caractère raisonnable du délai de jugement d'une affaire doit s'apprécier de manière à la fois globale - compte tenu, notamment, de l'exercice des voies de recours - et concrète, en prenant en compte sa complexité, les conditions de déroulement de la procédure et, en particulier, le comportement des parties tout au long de celle-ci, mais aussi, dans la mesure où la juridiction saisie a connaissance de tels éléments, l'intérêt qu'il peut y avoir, pour l'une ou l'autre, compte tenu de sa situation particulière, des circonstances propres au litige et, le cas échéant, de sa nature même, à ce qu'il soit tranché rapidement » (CE, ass., 28 juin 2002, Rec. CE, p. 248, Revue française de droit administratif 2002, p. 756, concl. Lamy F. [archive]).

¹²⁶ En droit libanais c'est l'article 11 du CPC qui sanctionne par une amende les abus d'ester en justice. La partie qui a souffert de cet abus peut en outre obtenir des dommages-intérêts.

¹²⁷ Sur ces textes v. J. Viatte, « L'amende civile pour abus du droit de plaider », Gaz. Pal. 1978.1, doct. 305 ; J.-E. Callon, « L'abus du droit au juge peut-il être sanctionné ? », Petites Affiches, 28 mars 2000, n° 62, p.4 ; E. Baray-Clément, « Spécificité et sanctions des manœuvres dilatoires dans le procès civil », JCP 1991, I, 3534.

¹²⁸ J. Normand, « Les difficultés d'exécution des décisions de justice », préc., p. 428

432. Un préjudice moratoire abstrait et invariable qui demeure mal appréhendé. Hors le cas où il profite d'une procédure spécifique, ou celui où les manœuvres dilatoires de son débiteur sont prouvées, le créancier plaideur qui voit son droit consacré au bout d'un procès le plus souvent long se retrouve seul face à un préjudice moratoire invariable qu'on peut qualifier *d'abstrait* pour le distinguer du préjudice moratoire *concret* qui, lui, varie d'un cas d'espèce à l'autre. Ce préjudice moratoire *abstrait* que le créancier subit toujours même en l'absence de manœuvres dilatoires de la part du défendeur et même si le juge observe à la lettre son obligation de diligence et de célérité, est *un préjudice irréductible qui constitue une sorte de dénominateur commun à tous les procès* qui, jusque-là n'a pas été proprement appréhendé en tant que tel par le législateur comme par la jurisprudence.

On pourrait être tenté de penser que le juge, tenu de prendre en considération tous les éléments du préjudice¹²⁹, inclurait nécessairement dans son évaluation le préjudice moratoire *abstrait* que subit la victime en raison de l'attente qui lui est imposée entre le jour de la naissance de la créance et le jour de la décision judiciaire qui en reconnaît l'existence de sa créance et en fixe le *quantum* et eu dès lors il serait inutile d'accorder des intérêts qui feraient que le préjudice de la victime serait doublement indemnisé¹³⁰. Mais cette présomption est difficile à confirmer surtout vu le laconisme des juges du fond dans la motivation de l'évaluation du préjudice et l'extrême rareté des décisions qui incluent expressément l'attente subie par le créancier en raison de la longueur du procès dans le calcul de l'indemnité. De plus, il n'est possible pour le juge d'intégrer le préjudice né du retard dans l'instance dans l'évaluation finale de l'indemnité qu'à la double condition que ce préjudice soit prouvé par la victime qui en demande réparation et soit rattaché au fait du débiteur. Sans la réunion de ces deux conditions ledit préjudice, conçu comme un préjudice concret et variable d'un cas d'espèce à l'autre, ne pourrait être réparé et la 2^e chambre civile de la Cour de cassation a ainsi pu censurer

¹²⁹ En effet, la Cour de cassation exige que le préjudice soit apprécié « en tenant compte de tous les éléments survenus à la date de la décision » : Cass. civ., 24 novembre 1942, Gaz. Pal. 1943.1.50.

¹³⁰ En ce sens, Cass. civ. 1^{re}, 18 avril 1953, D. 1943.403, qui a considéré qu'en accordant des intérêts pour la période antérieure à sa décision la cour d'appel avait « excédé les limites de la réparation fondée sur le retard, lequel ne pouvait être l'objet d'une indemnisation supplémentaire » dès lors que la somme accordée « représentait le montant global du dommage ». Dans le même sens, Amiens, 18 mars 1969, JCP 1969, II, 16045.

un arrêt qui avait décidé d'augmenter légèrement l'indemnité accordée par les juges du fond à la victime d'un dommage corporel « en raison du retard mis à dédommager la victime », puisqu'« en augmentant ainsi le montant des dommages et intérêts par ce seul motif sans constater un élément nouveau de préjudice, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »¹³¹. Il n'est donc pas évident que la seule application du principe de l'évaluation du préjudice au jour de la décision permette de réparer le préjudice moratoire *abstrait* qui s'attache invariablement à tout retard subi par le créancier du fait de la nécessité d'une procédure pour obtenir une reconnaissance officielle de son droit. Il est évidente que le législateur ainsi que le jurisprudence, en posant comme principe le départ des intérêts moratoires sur les créances liquidées par le juge uniquement à compter de la décision, ont implicitement admis que ce préjudice moratoire abstrait et invariable ne peut être imputé au débiteur et doit être supporté par le créancier.

433. Un droit de ne pas souffrir de manière excessive du retard inhérent au procès. Si dans une analyse autrefois traditionnelle l'action se confondait avec le droit substantiel que son exercice visait à reconnaître et était considérée, selon la formule célèbre de Demolombe comme « le droit lui-même mis en mouvement (...) le droit à l'état d'action, au lieu d'être à l'état de repos ; le droit à l'état de guerre au lieu d'être à l'état de paix »¹³², la doctrine a par la suite, sous l'impulsion d'Henry Motulsky, clairement distingué les deux¹³³, et cette distinction a été reprise par la majorité de la

¹³¹ Cass. civ. 2^e, 17 avril 1975, Bull. civ., II, n° 109.

¹³² C. Demolombe, Cours de Code Napoléon, t.9, Traité de la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit de l'usage et de l'habitation, 3^e éd., 1866, n° 338. Dans le même sens, R. Japiot, Traité élémentaire de procédure civile et commerciale, 3^e éd., 1935, n° 59, qui estime que l'« action et le droit ne peuvent être considérés comme deux valeurs distinctes de notre patrimoine »

¹³³ H. Motulsky, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs, thèse, Lyon, 1947, réimp. Dalloz, 1991, n°31 et s. Du même auteur : « Le droit subjectif et l'action en justice », Arch. phil. dr. 1964.215 ; M.-L. Niboyet, « Action en justice », Droits, 2001, n° 34, p. 81 ; M. Bandrac, « L'action en justice droit fondamental », Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Dalloz, 1996, p. 1 ; G. Wiederkehr, « La notion d'action en justice selon l'article 30 du nouveau Code de procédure civile, Mélanges offerts à Pierre Hébraud, Toulouse, 1981, p. 949 ; L. Cadiet et E. Jeuland, *op. cit.*, n°407 et s. ; J. Vincent et S. Guinchard, *op. cit.*, n°639 et s. ; G. Cornu et J. Foyer, *op. cit.*, n° 72 et s. Sur les rapports entre l'action et le droit substantiel : P. Hébraud, « Observations sur l'évolution des rapports entre le droit et l'action dans la formation et le développement des systèmes juridiques », Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Dalloz-Sirey, 1985, p. 237.

doctrine contemporaine. L'action en justice est ainsi définie comme étant « la faculté d'obtenir d'un juge une décision sur le fond de la prétention à lui soumise »¹³⁴, formule proche de celle aujourd'hui consacrée à l'article 30 CPC selon lequel « l'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention »¹³⁵. La reconnaissance de l'autonomie de l'action en justice par rapport au droit substantiel permettrait ainsi de « voir dans le procès civil un milieu à part, soumis à des impératifs particuliers et développant sa propre notion de temps » et révélerait « l'existence de réels droits processuels à côté des droits substantiels »¹³⁶. Le renouveau du droit processuel, notamment sous l'influence grandissante de la jurisprudence de la CEDH qui, en s'appuyant sur l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme, a consacré l'exigence d'un délai raisonnable, « met au cœur de la procédure le temps, celui qui sépare la souffrance de l'absence de droit et la restauration de celui-ci »¹³⁷. L'action n'est plus perçue comme étant la simple affirmation théorique du droit pour un plaideur d'obtenir une décision de justice mais comme l'exercice d'une liberté fondamentale¹³⁸ qui jouit d'une protection supra-législative. En effet, dans une décision du 9 avril 1996 le Conseil Constitutionnel s'est référé à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 pour juger qu'il « ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction »¹³⁹.

¹³⁴ H. Motulsky, art. préc., p. 223

¹³⁵ En droit libanais, c'est l'article 7 du Code de procédure civile qui dispose que : « l'action est le droit pour tout auteur d'une prétention de la présenter à la justice pour être jugée au fond. Elle est pour l'adversaire le droit de présenter des moyens de défense, exceptions de procédure ou fins de non-recevoir afin de rejeter cette prétention ».

¹³⁶ S. Amrani-Mekki, *Le temps et le procès civil*, thèse Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, préf. L. Cadiet, 2002.

¹³⁷ M.-A. Frison-Roche, « Effectivité des droits substantiels », *in Procédure(s) et effectivité des droits*, préc. p. 1, n°18.

¹³⁸ J. Vincent et S. Guinchard, *op. cit.*, n° 52 et s.

¹³⁹ Conseil Constitutionnel, 9 avril 1996, Statut de la Polynésie française, n° 96-373. V. sur cette décision, M.-A. Frison-Roche et W. Baranès, « Le souci de l'effectivité du droit », *D.* 1996, chr. 301.

Cette conception moderne du droit à l'action en justice, nettement distingué du droit substantiel dont il vise à obtenir la consécration, explique pourquoi les frais et dépens sont mis en principe à la charge du perdant et, interprétée dans le même sens, permettrait de reconnaître, à côté du droit à un recours effectif ou du droit à être jugé dans un délai raisonnable, « un droit pour celui qui l'emporte dans son action de ne pas souffrir de manière excessive du procès qui lui a été imposé par la résistance légitime de son adversaire »¹⁴⁰. Ceci justifierait que des intérêts moratoires soient accordés au plaideur victorieux afin de compenser le retard *objectif* dont il souffre rien que pour avoir dû attendre, pendant un temps plus ou moins long, la fin du procès.

Une nuance est à signaler à ce propos : le débiteur de la somme fixée par le juge n'est pas toujours lui-même la partie qui succombe dans l'instance. En effet, dans plusieurs cas la dette du responsable du dommage est payée par un tiers. L'obligation pesant sur l'assureur de responsabilité varie alors selon le schéma selon lequel il intervient. Lorsque la victime assigne directement l'assuré seul, ou que l'assureur de responsabilité est appelé en garantie par l'assuré durant le procès, l'assureur ne peut être considéré comme un défendeur par rapport à la victime car « le demandeur et l'appelé en garantie sont parties à des instances distinctes » puisqu'on est « en présence de deux instances juxtaposées, réunies en raison de leur connexité ; l'instance principale et l'instance incidente en garantie »¹⁴¹. Les intérêts moratoires judiciaires accordés à la victime, fondés sur un retard *objectif*, demeurent donc une dette personnelle à l'auteur du dommage en tant que défendeur à l'action et doivent donc rester à sa charge si leur cumul avec la dette principale dépasse le plafond de garantie, ce plafond visant uniquement la dette de l'assuré prise en charge par l'assureur. Par contre, lorsque la victime exerce l'action directe que lui offre l'article L.124-3 C. assur. contre l'assureur de responsabilité, action dont la recevabilité n'est plus, depuis l'arrêt de la 1^{re} chambre civile du 7 novembre 2000¹⁴², subordonnée à un appel en cause

¹⁴⁰ F. Gréau, thèse préc., n° 353.

¹⁴¹ F. Bussy, « La notion de partie à l'instance en procédure civile », D. 2003, chr. 1376, n° 14.

¹⁴² Bull. civ., I, n° 274 ; JCP 2001, II, 10456, Actualités, n° 3, p.113, obs. J. Bigot, Resp. civ. et assur. 2001, n° 29, note H. Groutel, RGDA 2000.1108, note J. Kullmann. Dans le même sens : 15 mai 2002, RGDA 2002.747, note L. Mayaux ; 27 janvier 2004, RGDA.631, note M. Bruschi. La recevabilité de l'action directe était autrefois subordonnée, en l'absence de toute condamnation préalable, à la mise en

préalable de l'assuré par la victime, c'est l'assureur succombant dans l'instance qui devrait être personnellement condamné au paiement des intérêts moratoires judiciaires : il ne s'agit pas ici d'une dette personnelle à l'assuré qui ne peut être payée que dans la limite du plafond de garantie, mais une dette bien personnelle à l'assureur qu'il doit payer dans tous les cas. A l'assureur de responsabilité directement assigné en justice par la victime exerçant une action directe, et qui devient dès lors le seul et unique défendeur à l'action, on pourrait aussi assimiler l'assureur de responsabilité qui, en vertu d'une clause dite de direction de procès¹⁴³, très fréquente en pratique, non seulement intervient dans le procès lancé contre l'auteur du dommage mais aussi se réserve la direction de la défense de l'assuré et par contre-coup de ses propres intérêts, devenant ainsi « le maître de la défense et le véritable *dominus litis* »¹⁴⁴. Bien plus qu'un simple soutien de l'assureur envers son assuré, la clause de direction du procès devient le signe de l'éviction de l'assuré de son propre procès, sauf devant les juridictions répressives¹⁴⁵. Puisque son intérêt dans le procès devient tellement prédominant il serait juridiquement plus légitime d'assimiler l'assureur de responsabilité dans ce cas à une véritable partie et c'est à ce titre qu'il pourrait être reconnu personnellement débiteur des intérêts moratoires judiciaires qui dès lors seraient exclus du plafond de garantie.

Le préjudice moratoire *objectif* dont souffre le créancier dans l'attente de la fin du procès qui consacre et liquide sa créance devrait donc idéalement être compensé sans que l'on ait à s'interroger sur une éventuelle contradiction entre cette compensation et l'absence d'exigibilité du droit substantiel en question. *Les intérêts moratoires constituent, dans cette optique, un élément à part entière du droit d'action*¹⁴⁶ et

cause de l'assuré (Cass. civ., 13 décembre 1938 (3 arrêts), DP 1939.1.33, note M. Picard ; S. 1939.1.101 ; RGAT 1939.83).

¹⁴³ Sur cette clause v. Y.-Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, préc., n° 663 et s. ; G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, préc., n° 401 et s. ; H. Groutel, « La direction du procès par l'assureur », *Resp. civ. et assur.* 1997, chr. n° 24 ; Ch. Freyria, « La direction du procès en responsabilité par l'assureur », *JCP* 1954, I, 1196.

¹⁴⁴ Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, préc., n° 665.

¹⁴⁵ Ch. Freyria, art. préc., n° 12 et s.

¹⁴⁶ V. dans ce sens la thèse de C. Le Gallou, « La notion d'indemnité en droit privé », sous la direction de A. Sériaux - Paris 1, LGDJ 2007. Cet auteur considère que l'objet des intérêts antérieurs à la condamnation est de compenser la durée du procès et son fondement théorique devrait être le droit

viennent ainsi réparer le préjudice moratoire *abstrait* subi par celui dont le bien-fondé de l'action a été reconnu par le juge, et ceci indépendamment de toute recherche d'une imputabilité de ce retard au débiteur perdant. Cette solution révèle toute sa logique dès lors que l'on prend conscience que ce préjudice moratoire abstrait est causé par un retard dans la *liquidation* de la créance, non un retard dans son *paiement*.

B- Un retard dans la liquidation de la créance, non dans son paiement.

434. Un retard différent dans son objet et sa nature. Si les intérêts moratoires octroyés par le juge sur la base de l'article 1231-7 du Code civil pour une période antérieure à sa décision ont bien pour objectif la compensation d'un retard, celui lié à l'existence d'un procès, il est important de comprendre la nature et l'objet de ce retard. Comment peut-on parler de retard avant que le principe même de la dette ait été confirmé par le juge et pendant une période où le créancier n'est pas encore en droit de réclamer le paiement à un débiteur qui reste purement éventuel ? Pareille solution ne saurait sûrement s'expliquer au regard de la conception traditionnelle restrictive du retard matériel subjectif imputable au débiteur qui est le retard dans le *paiement* de la dette. Dans cette logique et comme l'a relevé un auteur¹⁴⁷, les dommages-intérêts ne peuvent commencer à courir qu'à compter de la décision, « non parce que la créance n'existait pas auparavant, mais parce qu'il serait inadmissible que l'auteur d'un dommage fût comptable d'intérêts dont il ne peut connaître l'étendue exacte ».

Or le retard dans le *paiement* de la dette n'est pas le seul retard qui puisse entraver la satisfaction du créancier d'une créance indemnitaire. En effet, à cause de la parenthèse que constitue le procès nécessaire à la reconnaissance et à la liquidation de la créance, le dommage subi par la victime n'est pas réparé dès son occurrence mais avec un délai. Ce délai n'est pas consenti volontairement par le créancier : il lui est

d'agir en justice, plus précisément la reconnaissance de l'effet conservatoire de la demande en justice. Il s'agit de protéger le demandeur contre les effets néfastes de l'attente de la décision, idée déjà en germe dans la thèse de P. Esmein (Des effets des décisions de justice sur la reconnaissance et la création des droits, th. Paris, 1914, spéc. p. 62 s.).

¹⁴⁷ L. Ripert, La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle, thèse, 1933, Paris, n° 135 *in fine*.

imposé. Vu la lenteur de la justice due à la multiplication des formalités procédurales, l'encombrement des tribunaux mais aussi le principe de double degré de juridiction qui fait que le procès peut s'allonger en appel, ce délai imposé au créancier peut ainsi s'étaler sur une période le plus souvent longue et en fin de compte lui causer un préjudice encore plus lourd que celui associé au non-paiement de la créance principale. J.-L. Aubert¹⁴⁸ observe ainsi à ce sujet que « s'il est vrai que l'appréciation de l'indemnité accordée par le juge est faite au jour du jugement, il demeure que la victime a été privée jusqu'à ce jour de cette indemnité alors qu'elle pouvait y prétendre dès le jour du dommage. C'est ce retard que le juge entend réparer en reculant dans le temps la date à laquelle l'indemnité commence à produire des intérêts ». Le créancier supporte ainsi « un préjudice à raison du retard dans la perception (...) ; et même si ce retard n'est pas imputable au débiteur, il est bien la conséquence du fait dommageable. En faisant courir les intérêts au taux légal à compter d'une date antérieure à la décision, *c'est ce préjudice dû au retard que le juge indemnise* », soulignent à ce propos G. Viney, P. Jourdain et S. Carval¹⁴⁹. D'autres auteurs soulèvent aussi, dans le même sens, que « le caractère moratoire des intérêts ne postule plus un manquement du débiteur, un retard d'exécution ; il s'attache à la seule constatation objective d'un dommage consistant en la privation d'une somme d'argent »¹⁵⁰.

Le retard que constatent ces auteurs sans le qualifier expressément est en fait le retard dans la *liquidation* de l'indemnité. S'il est bien une conséquence du fait dommageable en ce qu'il n'aurait pas eu lieu sans ce dernier, le retard *objectif et abstrait* n'est pas la conséquence de ce seul fait dommageable mais tient aussi à la nécessité incontournable pour le créancier de recourir à un procès avec ce que cela implique comme délai plus ou moins pour la liquidation de sa créance. « Ce dommage est en réalité moins une conséquence du fait dommageable qu'une conséquence de l'existence d'un procès » remarque pertinemment un auteur¹⁵¹. Dès lors que l'on sort

¹⁴⁸ Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 28 avril 1998, Rép. Def. 1998.1049, n°111.

¹⁴⁹ G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Traité de droit civil, les conditions de la responsabilité*, sous la direction de J. Ghestin, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 347-1 (nous soulignons).

¹⁵⁰ J. Ghestin, J.-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, J. Ghestin, J.-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti (dir. publ.), *Traité de droit civil. Les biens*, Paris, LGDJ, 2000, n° 347.

¹⁵¹ F. Gréau, thèse préc., n° 312, *in fine*.

de l'optique restrictive du retard perçu comme retard dans le *paiement* de la créance, et qu'on prend conscience de l'existence d'un autre retard qui est celui apporté à la *liquidation* de cette créance, la solution du cours des intérêts moratoires pendant la période antérieure au jugement commence à trouver toute sa logique. En effet, ces intérêts moratoires antérieurs à la décision judiciaire « n'ont pas pour objet de réparer le préjudice causé par le retard apporté au paiement de la somme principale, mais de compenser le dommage causé par *le retard apporté à la liquidation de l'indemnité* »¹⁵². Un auteur affirme à cet égard que si les intérêts de l'(anc.) article 1153-1 « sont destinés à réparer un préjudice subi par le créancier, il s'agit d'un préjudice différent de celui du retard du paiement d'une obligation monétaire »¹⁵³ et propose pour cette raison de distinguer l'intérêt moratoire de l'intérêt judiciaire. L'intérêt moratoire serait celui qui se rattache « au rapport substantiel d'obligation entre créancier et débiteur et vise à compenser le préjudice résultant de la privation temporaire de la somme due, dans le cas de retard du paiement ; son allocation et son cours relèvent de la loi de l'obligation dont l'exécution a été indûment différée (...) » alors que « l'intérêt judiciaire se rattache à la procédure et représente *le pretium temporis* que réclame l'intervention du juge nécessaire à l'évaluation et à la liquidation d'une dette de dommages-intérêts »¹⁵⁴.

435. Un retard qui appelle à être compensé. La question qui se pose est alors la suivante : si l'existence de ce retard objectif et abstrait qui est celui apporté à la *liquidation* de la créance n'est pas contestable et qu'il est inhérent au procès lui-même en dehors de toute faute ou de tout fait de la part du débiteur, doit-il pour autant être réparé, et si oui qui doit le réparer ? Doit-il être laissé à la charge du créancier de l'indemnité comme conséquence inéluctable de son recours en justice, ou devrait-il être mis à la charge du débiteur comme conséquence de l'obligation dans laquelle il a mis son créancier de le poursuivre en justice au lieu de réparer volontairement et

¹⁵² M. Nast, note sous Cass. civ., 12 novembre 1941, DC 1942.97 (nous soulignons). L'auteur s'était toutefois appuyé sur cette distinction pour justifier la nature compensatoire de ces intérêts alors défendue par la Cour de cassation et non pour souligner leur caractère moratoire. Un auteur a récemment défendu cette idée : même si ces intérêts réparent le retard dans l'évaluation de la créance, ces intérêts ne seraient pas moratoires mais compensatoires dès lors que ce retard n'est pas imputable au débiteur (V. David, Les intérêts de sommes d'argent, thèse préc., n° 38).

¹⁵³ C. Kleiner, « Les intérêts de somme d'argent en droit international privé (ou l'imbroglie entre la procédure et le fond) », Rev. crit. DIP 2009. 639, n° 42.

¹⁵⁴ C. Kleiner, préc.

immédiatement le préjudice qu'il lui a causé et de payer ainsi, sans attendre, sa dette dès sa naissance?

En l'état actuel des textes, le préjudice moratoire dû au retard dans la *liquidation* de la créance est, en principe, laissé à la charge du créancier puisque l'article 1231-7 du Code civil dispose que les intérêts au taux légal sur l'indemnité courent *à compter du prononcé du jugement* à moins que le juge n'en décide autrement, occultant ainsi toute la période du procès. Le retard objectif et abstrait apporté à la *liquidation* de la créance n'est donc en principe pas réparé, sauf décision contraire de la part du juge. Il ne l'est pas non plus en cas d'appel puisque, même si le jugement de première instance est confirmé « purement et simplement », les intérêts moratoires sur l'indemnité octroyée ne courent en principe qu'à partir du jugement confirmé, le retard apporté à la liquidation de l'indemnité pendant tout le temps qu'a pu prendre le procès en première instance restant ainsi, en principe, à la charge du créancier¹⁵⁵. De plus, celui-ci devra supporter le coût du retard causé par la prolongation de l'instance due au recours en appel dans l'hypothèse où cet appel aboutit, même partiellement, puisque dans l'hypothèse où le montant de l'indemnité allouée en première instance est modifié, que cela soit à la hausse ou à la baisse, le second alinéa de l'article 1231-7 du Code civil prévoit que l'indemnité porte en principe intérêt à compter de la décision d'appel sauf, ici aussi, décision contraire de la part du juge.

436. Le pouvoir discrétionnaire du juge, signe d'un manque de conviction dans le principe ? La solution admise actuellement est donc que le préjudice moratoire *objectif* dû au retard apporté à la liquidation de la créance est en principe supporté par le créancier, sauf faveur spéciale du juge. Cette solution traduit l'attachement du droit français à une conception restrictive du retard qui n'est perçu qu'à travers le prisme étroit de la responsabilité civile et qui fait que le retard apporté à la liquidation de l'indemnité est en principe occulté parce qu'il n'est pas imputable au débiteur. Il est

¹⁵⁵ Il est vrai que dans ce cas le créancier ne supporte pas le retard occasionné par la prolongation de la procédure du fait de l'appel formé et les intérêts moratoires dus à partir du jugement de première instance seraient ainsi comme une conséquence rétroactive de l'attente qui lui a été imposée pour la reconnaissance définitive de son droit et que celui qui est tenté d'exercer son droit d'appel devrait prendre en considération avant de former son appel (en ce sens, J.-C. Vindreau, « Le justiciable face aux stratégies d'appel », *in* Les voies de recours judiciaires, instruments de liberté », sous la dir. de J.-L. Thireau, PUF 1995, p. 77).

évident toutefois que ce raisonnement n'emporte pas une conviction suffisamment ferme chez le législateur, pas plus qu'il ne l'emportait chez la jurisprudence avant 1985, puisque le principe est immédiatement suivi d'une exception tellement large qu'elle semble le vider de tout sens. En effet, pourquoi admettre que le juge puisse tout simplement en décider autrement, et pourquoi qualifier son pouvoir de discrétionnaire ? Un tel pouvoir discrétionnaire constitue non seulement une dérogation à une garantie fondamentale qu'est l'exigence de motivation des décisions de justice mais il heurte aussi les principes directeurs du procès notamment en ce qu'il permet au juge d'user spontanément et sans aucune demande de la faculté qui lui est donnée de déroger au principe du départ des intérêts à compter de sa décision sans être contraint de faire part aux parties de son intention ni de les inviter à présenter leurs explications sur ce point¹⁵⁶. Or de telles prérogatives vont nettement à l'encontre du fondement de la responsabilité. En effet, en droit de la responsabilité, il n'est guère admissible que le juge décide spontanément, et sans aucune demande de la part de l'une des parties, un préjudice. Il n'est tout autant pas admissible qu'il décide de condamner le défendeur pour un chef de préjudice sans avoir permis auparavant à ce dernier de faire valoir ses moyens de défense. « Sans être déjà véritablement le signe de la consécration d'un fondement uniquement processuel, le pouvoir discrétionnaire témoigne du malaise évident de la Cour de cassation face à la justification de ces intérêts. Il est un parfait révélateur de l'échec d'une analyse de ces intérêts sous le seul angle de la responsabilité du débiteur et le premier pas vers son nécessaire abandon »¹⁵⁷.

437. Une distinction fondamentale en droit international privé. L'importance de la question du fondement de intérêts de retard antérieurs à la décision judiciaire est amplifiée lorsqu'elle est perçue à travers le prisme du droit international privé. En effet, le régime auquel sont soumis en droit interne ces intérêts devrait dicter le choix de la loi qui leur est applicable, dans une instance directe, entre la *lex causae* (la loi applicable à la réparation) ou la loi du for (la loi du juge saisi), toute question considérée comme relevant de la procédure se situant sous l'emprise de cette

¹⁵⁶ V. *supra* n° 335 et 423.

¹⁵⁷ F. Gréau, thèse préc. n° 321, *in fine*.

dernière¹⁵⁸. Dans un arrêt du 30 juin 2004¹⁵⁹, la Cour de cassation semble admettre que l'(anc.) article 1153-1 est une règle processuelle plutôt qu'une règle substantielle et rejette ainsi le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel de Paris¹⁶⁰ qui avait, sur le fondement de l'(anc.) article 1153-1, accordé des intérêts moratoires au bénéficiaire d'une sentence arbitrale pour la période postérieure à son prononcé en estimant que la loi applicable à ces intérêts était la loi de la procédure d'exécution, en l'occurrence la loi française. Cette position a par la suite été reconfirmée dans l'arrêt Delsey du 6 mars 2007 dans lequel la Cour de cassation affirme, pour un jugement saoudien où rien n'avait été prévu quant au cours d'intérêts postérieurs à la décision, que « s'agissant de l'exécution en France d'une condamnation prononcée par une juridiction étrangère reconnue exécutoire, les intérêts moratoires sont dus en application *de la loi du for*, soit l'article 1153-1 du Code civil »¹⁶¹.

Cette question de la loi applicable aux intérêts se pose avec encore plus acuité dans le cadre d'une instance indirecte lorsque le juge de l'exequatur est saisi non seulement d'une demande en exécution d'un jugement étranger ou d'une sentence arbitrale mais aussi d'une demande corrélative au paiement d'intérêts non prévus par ceux-ci. Selon un auteur le montant auquel condamne un jugement ou une sentence étrangère s'analyse

¹⁵⁸ Pour des approfondissements sur la question des intérêts sur les sommes d'argent en droit international privé v. le très intéressant article de C. Kleiner, préc. Cet auteur préconise, lorsque le juge est confronté dans une instance directe à une demande de paiement d'intérêts, « d'envisager l'une après l'autre les diverses qualifications possibles. Le créancier se plaint-il d'un retard dans le paiement d'une dette monétaire ? Le juge devrait envisager sa demande selon la *lex causae*. Y a-t-il lieu de lui octroyer des intérêts en raison de la durée du procès ? C'est alors dans la *lex fori* que le juge devra puiser la solution » (n° 54).

¹⁵⁹ Cass. civ. 1^{re}, 30 juin 2004, Bull. civ., I, n° 189 ; Rev. arb. 2005.645, note R. Libchaber ; D. 2004, somm.3185, obs. Th. Clay ; JCP 2004, IV, 2796, note G. Chabot ; JCP E 2005, note J. Beguin ; RTDCom. 2005. 267, obs. E. Loquin , Rev. arb. 2005. 645, note R. Libchaber ; JDI 2005. 785, note M. Raimon ; C. Baude-Texidor, « Les intérêts moratoires postérieurs à la sentence devant l'arbitre et devant le juge » (note sous Cass. civ. 1^{re}, 30 juin 2004), Gaz. Pal. 27 et 28 mai 2005, n° 19. V. déjà la sentence ad hoc rendue à Amman (Jordanie) le 17 novembre 1994, Rev. arb. 1998. 222, note F. Horchani.

¹⁶⁰ CA Paris, 18 janvier 2001, Rev. arb. 2002.935, note E. Jeuland.

¹⁶¹ Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 2007, n° 04-17.127, Bull. civ. I, n° 96 ; Rev. crit. DIP 2007. 784, note R. Libchaber ; D. 2007. 2327, chron. P. Chauvin et C. Creton ; *ibid* 2008. 1507, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; RTDCom. 2008. 212, obs. P. Delebecque ; JDI 2008. 537, note S. Bollée. La solution sera réaffirmée en 2015 par un arrêt de la même chambre qui énonce clairement que « le jugement étranger produisait ses effets sur le territoire français selon la loi du for » et que « la cour d'appel a justement soumis les intérêts moratoires à l'article 1153-1 du code civil à compter de la décision d'exequatur » (Cass. 1^{re} civ., 19 novembre 2015, n° 14-25.162, F-P+B+I : JurisData n° 2015-025777 ; RD bancaire et fin. 2016, comm. 34, obs. S. Piédelièvre).

comme une indemnité non comme une obligation monétaire puisque « la sentence arbitrale, au même titre que le jugement étranger dont elle suit le régime, superpose sur la créance initiale une nouvelle créance de réparation, qui est la seule dont le juge de l'exequatur ait à connaître »¹⁶². C'est donc à la loi du for requis qu'il incombe de décider si des intérêts peuvent ou non courir sur le montant de la condamnation étrangère : « le montant auquel condamne un jugement ou une sentence étrangère s'analysant comme une *indemnité* et en aucun cas comme une obligation monétaire, c'est à la loi du for - ici la loi du for requis ou *lex fori executionis* - qu'il incombe de décider si des intérêts peuvent ou non courir sur le montant de la condamnation étrangère »¹⁶³. Cet auteur accuse à cet égard « la complexité du droit français des intérêts, tant en droit civil qu'en droit international privé, [qui] vient de ce qu'il n'a pas su choisir entre ces deux conceptions ». Elle rajoute que « l'(anc.) article 1153-1 du Code civil « pâtit d'un régime retors, qui place les intérêts dus sur une indemnité à la fois dans le giron des intérêts substantiels et dans celui des intérêts procéduraux, provoquant ainsi un imbroglio entre procédure et fond »¹⁶⁴. Cette disposition aurait ainsi « contribué à l'extension maladroite de la notion d'intérêts moratoires et du même coup, à la brouiller »¹⁶⁵. En autorisant le juge à « en décider autrement » l'(anc.) article 1153-1, « faculté renforcée par le blanc-seing laissé aux juges du fond en la matière depuis l'arrêt de l'Assemblée plénière du 3 juillet 1992 », le droit français favoriserait selon cet auteur « la confusion des notions entre les intérêts pour retard dans l'exécution d'une obligation monétaire - les intérêts en tant que dommages-intérêts -, et les intérêts dus en raison de l'existence d'un procès, les intérêts sur des dommages-intérêts. Le choix laissé au juge quant au point de départ des intérêts engouffre le droit français dans une contradiction, grossie par l'effet de loupe du droit international privé »¹⁶⁶.

La reconnaissance d'un nécessaire élargissement de la conception du retard qui inclut en réalité non seulement le retard subjectif et concret apporté au paiement d'une créance liquidée mais aussi un retard différent dans sa nature et dans son objet qui est le retard objectif et abstrait apporté à la liquidation de la créance implique, dans un

¹⁶² C. Kleiner, « Les intérêts de somme d'argent en droit international privé (ou l'imbroglio entre la procédure et le fond) », *Rev. crit. DIP* 2009. 639, n° 59.

¹⁶³ C. Kleiner, préc., n° 60.

¹⁶⁴ C. Kleiner, préc., n° 4.

¹⁶⁵ C. Kleiner, préc., n° 42.

¹⁶⁶ C. Kleiner, préc., n° 46.

souci de préservation de la logique du raisonnement et de la cohérence des résultats juridiques obtenus, d'admettre que les intérêts moratoires qui compensent l'un et l'autre retard ne soient pas conçus de la même manière et soumis aux mêmes règles. Alors que les intérêts moratoires qui compensent un retard subjectif imputable au débiteur qui a tardé à payer doivent logiquement rester encadrés par les règles de la responsabilité civile, ceux qui compensent un retard objectif dans la liquidation de la créance ne pouvant être imputé au débiteur nécessitent un changement de perspective par rapport à ce raisonnement classique qui semble les dénaturer. Il est dès lors nécessaire de construire à ces derniers un régime juridique plus conforme au contexte processuel dans lequel ils évoluent, un régime qui reflèterait la nature du retard qu'ils compensent et qui n'est qu'une simple conséquence de la nécessité d'un procès et du décalage que ce procès entraîne entre la naissance de la créance et sa liquidation par le juge.

§2- Un nécessaire changement de perspective.

438. L'appréhension systématique de tout retard préjudiciable au créancier d'une somme d'argent à travers le prisme de la responsabilité civile au mépris d'une prise de conscience du contexte processuel dans lequel évolue parfois ce retard, a entraîné, pour les créances liquidées par le juge, une différence inexplicable de traitement en termes d'équité avec les créances monétaires *ab initio* et consacré une solution qui paraît anachronique par rapport à la solution actuellement prévue pour les frais et dépens du procès (A). L'iniquité de la solution et son anachronisme mettent ainsi en relief son inadéquation à la nature même du retard qu'il s'agit de compenser et appellent à un dépassement du prisme, qui s'avère ici inadéquat, de la responsabilité civile vers la consécration d'une réflexion plus adaptée au contexte processuel dans lequel évoluent les intérêts moratoires judiciaires (B).

A- Une solution inéquitable et anachronique.

439. La solution aujourd'hui consacrée par le législateur français selon laquelle les intérêts moratoires judiciaires sur les créances de l'article 1231-7 du Code civil ne

courent en principe qu'à compter de la décision qui les liquide entraîne en pratique une différence de traitement inéquitable entre ces créances et celles de l'article 1231-6 de ce code quand il s'agit de gérer le retard subi par le créancier pendant le temps du procès (a). Cette solution paraît de même anachronique par rapport à celle prévue pour les dépens inhérents au procès (b).

a- Une différence inéquitable de traitement entre les créances monétaires ab initio et les créances liquidées par le juge.

440. L'attachement traditionnel à une réflexion en termes de responsabilité a abouti, sur le plan de l'appréhension du préjudice moratoire abstrait subi par le créancier pendant le temps du procès, à une différence de traitement inexplicable en termes d'équité, tant pour le juriste que pour le profane, entre les créances monétaires *ab initio* et les créances indemnitaires liquidées par le juge. En effet, dans un cas comme dans l'autre, le préjudice moratoire *objectif* qui résulte nécessairement du retard lié au procès existe bien, même si le préjudice moratoire *subjectif* lié à l'inexécution semble le dissimuler par son ampleur lorsque la créance est monétaire *ab initio*. Avec ce dernier il est présumé par l'article 1231-6 du Code civil et, sauf demeure du créancier¹⁶⁷, mis à la charge du débiteur de l'obligation depuis sa mise en demeure pour être réparé forfaitairement par les intérêts au taux légal. Par contre, lorsque la liquidation de la créance nécessite l'intervention du juge, ce même préjudice moratoire abstrait lié à la nécessité et à l'existence d'un procès reste en principe, et sauf décision contraire de la part du juge, à la charge du créancier et donc non indemnisé, même quand ce dernier finit par obtenir gain de cause. Cette disparité des solutions ne peut que surprendre surtout que dans une hypothèse comme dans l'autre « le temps contraint le créancier à jouer le banquier forcé du débiteur »¹⁶⁸. En effet, en refusant de reconnaître le principe ou l'étendue de sa responsabilité, le débiteur impose un terme

¹⁶⁷ Depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, la demeure du créancier ou *mora creditoris* est reconnue et régie par le nouvel article 1345 du Code civil et entraîne un arrêt du cours des intérêts dus par le débiteur. V. sur à ce propos *supra* n° 183 et s.

¹⁶⁸ J.-C. Woog, La stratégie du créancier, Dalloz, 1998, p. 32.

au créancier, un terme qui ne s'intègre pas dans l'économie de l'opération et que le créancier n'avait pas accepté mais qui résulte de la nécessité dans laquelle se retrouve ce dernier de recourir à une action en justice pour faire reconnaître son droit. S'il suffit pour les créances monétaires *ab initio* que le créancier interpelle son débiteur pour mettre fin à ce terme qui lui est imposé et qu'il obtienne la réparation de l'ensemble de son préjudice moratoire, subjectif lié à l'inexécution et objectif lié au procès, il doit seul, en principe, dans l'état actuel des textes, souffrir de ce terme qui lui est imposé jusqu'au prononcé de la décision ce qui marque l'aspect inéquitable de la solution qui, de plus, paraît anachronique au regard des solutions prévues pour les frais et dépens du procès.

b- Une solution anachronique au regard des solutions prévues pour les frais et dépens inhérents au procès.

441. Les solutions prévues pour les frais et dépens du procès. Cette persistance du législateur français dans le refus de prendre en compte le préjudice moratoire *objectif* lié au procès semble de plus en plus anachronique. Il suffit d'examiner les solutions que le droit positif réserve au frais et dépens inhérents au procès¹⁶⁹ pour le croire. En effet, les dépens afférents aux instances énumérés à l'article 695 CPC sont, en vertu de l'article 696, mis en principe à la charge de la partie perdante au procès, à moins que le juge, par décision motivée, n'en mette la totalité ou une fraction à la charge d'une autre partie¹⁷⁰. Cette solution qui figurait à l'article 130 de l'ancien Code de procédure civile n'est qu'une continuation d'une solution admise depuis le droit

¹⁶⁹ Sur la question des frais et dépens v. notamment J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, préc., n° 1573 et s. ; L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, préc., n° 51 et s. ; J. Héron, par Th. Le Bars, *op. cit.*, n° 524 et s. ; G. Cornu et J. Foyer, *op. cit.*, n° 112, p. 500 et s.

¹⁷⁰ En droit libanais la question des dépens de l'instance est régie par les articles 540 et suivants du Code de procédure civile. L'article 540 énumère ces dépens et l'article 451 dispose qu'ils sont mis à la charge du perdant au procès. L'article 542 poursuit que le tribunal peut condamner la partie gagnante au procès au paiement des dépens, ou une partie des dépens, si le droit était reconnu par la partie condamnée avant même l'introduction de l'instance ou si la partie gagnante avait, par sa faute, causé des dépens supplémentaires inutiles, ou encore s'il avait laissé l'autre partie dans l'ignorance de documents décisifs qu'il détenait.

romain¹⁷¹. De même, et en application de l'article 700 CPC¹⁷², « le juge condamne la partie tenue aux dépens ou qui perd son procès à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens » et ceci en tenant compte « de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée ». Il s'agit ici des frais auxquels a dû faire face la partie gagnante au procès, dont notamment les honoraires des avocats, qui ne sont pas inclus dans la liste exhaustive de l'article 695 CPC et qui sont traditionnellement désignés par l'expression « frais irrépétibles ». L'usage ici du présent de l'indicatif « condamne » témoigne de la volonté du législateur d'établir comme principe la condamnation de la partie perdante au paiement de l'indemnité de l'article 700 CPC et que le juge ne peut écarter, par exception, que si des raisons d'équité ou ayant rapport avec la situation économique de la partie condamnée le justifient. Alors qu'elle exigeait auparavant une demande pour la mise en œuvre de l'article 700 CPC, la Cour de cassation affirme depuis 1996 que le pouvoir que le juge tient de cet article est discrétionnaire¹⁷³.

442. Une communauté d'esprit entre les frais et dépens et les intérêts moratoires judiciaires. Entre les frais et dépens du procès et le préjudice moratoire objectif et abstrait lié à l'existence du procès, existe selon les termes de F. Gréau¹⁷⁴ une « communauté d'esprit qui n'a jusqu'à présent pas suffisamment été mise sur le devant de la scène juridique ». En effet, que ce soit pour les intérêts moratoires antérieurs à la décision judiciaire ou pour les frais et dépens l'idée est la même : éviter que le gagnant au procès n'ait à supporter les séquelles de ce procès que son débiteur a rendu

¹⁷¹ J. Vincent et S. Guinchard, *op. cit.*, n°1573.

¹⁷² Sur cet article v. B. Boccara, « La condamnation aux honoraires (article 700 du nouveau Code de procédure civile) », JCP 1976, I, 2828 ; C. Loyer-Larher, « L'article 700 du nouveau Code de procédure civile et le remboursement des frais non compris dans les dépens », D. 1977, chr. 205 ; J.-C. Woog, « L'indemnité de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, indicateur sociologique », Gaz. Pal. 1998.2, doct.825 ; A. Perdriau, « Les condamnations aux frais irrépétibles prononcées par la Cour de cassation », Petites affiches, 28 juin 2000, n°128, p. 15.

¹⁷³ Cass. soc., 19 novembre 1996, pourvoi n° 93-40.509. Cette solution sera réaffirmée par la suite constamment par la Cour de cassation : Cass. civ. 3^e, 7 avril 2004, pourvoi n° 02-19.385 ; 5 novembre 2003, pourvoi n° 02-15.615 ; Cass. civ. 2^e, 6 mars 2003, Bull. civ., II, n° 54, 7 novembre 2002, pourvoi n° 01-00.861 ; 10 octobre 2002, Bull. civ., II, n° 219, 2 mars 2001, pourvoi n° 01-60.169.

¹⁷⁴ F. Gréau, thèse préc., n° 346.

nécessaire alors qu'il aurait pu s'exécuter volontairement au temps T., celui où la créance est née. Pourquoi alors ne pas reconnaître ouvertement cette « communauté d'esprit » et admettre que la même solution devrait être adoptée pour les deux ? Comme elle n'a pas soulevé d'objections quand il s'agissait de répartir les frais et dépens inhérents au procès, la question ne devrait pas, dans la même logique, soulever plus de protestations quand il s'agit de répartir le poids du préjudice moratoire objectif lié au procès. S'il est vrai que l'action est, selon les termes de l'article 30 CPC, un « droit » pour les deux parties au procès puisqu'elle est un droit pour l'auteur d'une prétention « d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée » et un droit pour l'adversaire « de discuter le bien-fondé de cette prétention », ces deux droits qui se confrontent n'empêchent pas que naisse, entre l'exercice, même dépourvu de tout abus, de l'un et l'autre, un préjudice moratoire objectif lié tout simplement à l'écoulement du temps. Entre celui qui emporte le procès et celui qui le perd un choix est donc à faire : la logique ainsi que l'équité imposent de choisir celui qui a perdu. Comme la partie condamnée supporte, sauf décision contraire du juge motivée par des raisons d'équité ou des raisons financières en rapport avec la situation économique du débiteur, la charge des frais et dépens afférents au procès qui a eu lieu, il devrait supporter la charge du préjudice moratoire objectif, abstrait et invariable que ce procès a causé à celui qui l'a en fin de compte gagné.

Cela ne semble toutefois pas être l'opinion de la doctrine majoritaire ou encore de la jurisprudence française actuelle. Même les auteurs qui ont souligné l'aspect processuel de l'(anc.) article 1153-1 du Code civil¹⁷⁵ et contesté « le principe même selon lequel c'est toujours l'une des parties qui doit supporter le coût de la durée, alors que les parties n'ont pas l'entière maîtrise de la gestion du temps de traitement par l'Etat de leur contentieux » et que « le déroulement du procès ne dépend pas en effet seulement de la diligence des parties (...) mais également de la capacité du tribunal à

¹⁷⁵ P. Ancel et M. Cottin, « Le coût de la durée du procès pour les parties : les intérêts de retard dans le procès civil », *Rev. inter. dr. économique*, 1999. 238, n° 5, *in fine*. Ces auteurs étaient les premiers à reconnaître d'une manière très explicite la nature fondamentalement procédurale de l'(anc.) article 1153-1 du Code civil et avaient souligné que, « contrairement à l'article 1153, l'article 1153-1, même s'il a été intégré dans le Code civil dans une partie relative aux obligations, apparaît comme un texte explicitement procédural, où sont envisagés les différents déroulements possibles du procès ».

y répondre »¹⁷⁶ sont quand même retournés à un raisonnement en termes de responsabilité et se sont montrés réticents à poser en principe la condamnation du perdant à la réparation du préjudice lié à la durée du procès et ceci au motif qu'une telle démarche ferait « bon marché de l'aléa inhérent à tout procès » et que « ce n'est qu'une fois le jugement rendu qu'on peut *imputer à faute* au débiteur le fait de ne pas avoir exécuté plus tôt »¹⁷⁷. Cet attachement à un raisonnement en termes de responsabilité et d'imputation de faute paraît d'autant plus surprenant qu'aujourd'hui aucun auteur ne tente de rattacher les frais et dépens à une éventuelle responsabilité du débiteur qui perd le procès. Pourquoi alors ne pas aligner le raisonnement pour le préjudice moratoire objectif lié à la nécessité et à l'existence du procès sur celui des frais et dépens liés à ce procès ?

B- La nécessité d'un dépassement du prisme de la responsabilité civile.

443. Un fondement à chercher dans l'existence du procès. Le retard *objectif* lié à l'existence d'un procès subi par la partie à laquelle on impose ce procès appelle en équité une certaine compensation surtout que la règle de l'évaluation du préjudice au jour de la décision qui ne concerne que l'expression monétaire du préjudice principal ne permet pas en elle-même de l'intégrer¹⁷⁸. Le fondement de cette compensation n'est toutefois pas à chercher dans la responsabilité du débiteur *mais dans l'existence du procès lui-même*. En effet, il est nécessaire de prendre conscience que le préjudice moratoire subi par le créancier pendant toute la période antérieure à la reconnaissance et la liquidation de sa dette par décision judiciaire est un préjudice bien réel. Il faut prendre conscience ensuite que ce préjudice n'est pas tellement une conséquence du fait dommageable ou de l'inexécution mais plutôt une conséquence objective de la nécessité d'un procès. Il suppose dès lors, pour sa prise en charge, un abandon de toute référence à la responsabilité du débiteur au profit d'un système différent qui soit le

¹⁷⁶ P. Ancel et M. Cottin, art. préc., n° 20.

¹⁷⁷ P. Ancel et M. Cottin, art. préc., n° 17. Nous soulignons.

¹⁷⁸ V. à ce propos *supra* n° 432.

reflet de cette objectivité et qui soit basé sur la seule action en justice. « La création d'un lien d'instance marque l'ouverture d'une période particulière qu'il est artificiel de vouloir analyser de manière systématique sous l'angle ici trompeur du droit des obligations » le dit pertinemment un auteur¹⁷⁹. Il poursuit plus loin qu'« il serait certainement plus rationnel de construire un système où le retard du débiteur ne serait pas appréhendé à travers le prisme trompeur de sa responsabilité, mais comme une simple conséquence de l'existence d'un procès et du décalage qu'il impose entre la naissance de la créance et son exigibilité »¹⁸⁰. Il est donc nécessaire de « s'extraire du droit de la responsabilité, inapte à expliquer ces intérêts antérieurs dès lors que la résistance à une action en justice ne peut évidemment être considérée comme fautive en elle-même »¹⁸¹, et adopter une logique processuelle qui serait plus cohérente. Ce détachement des intérêts antérieurs à la décision du droit de la responsabilité a aussi été mis en relief par d'autres auteurs comme G. Viney, P. Jourdain et S. Carval qui, bien qu'ils voient dans les intérêts antérieurs à la décision judiciaire une conséquence du fait dommageable, ont relevé que « le caractère moratoire de ces intérêts ne postule plus un manquement du débiteur, un retard d'exécution », mais « s'attache à la seule constatation objective d'un dommage consistant en la privation d'une somme d'argent »¹⁸², ce qui rappelle la présomption de préjudice que consacre l'article 1231-6 du Code civil pour le retard dans le paiement des obligations monétaires *ab initio*. Plus clairement, L. Raschel¹⁸³ a défendu pour les intérêts antérieurs à la notification de la décision l'idée d'une « fonction directrice » car « ils sont destinés à promouvoir un modèle dans le déroulement du procès et à y imprimer un rythme particulier ». Sans aller jusqu'à retenir une telle analyse, d'autres auteurs avaient déjà émis l'idée que les intérêts moratoires ont un lien étroit avec la question du coût de la durée du procès¹⁸⁴.

¹⁷⁹ F. Gréau, thèse préc., n° 299.

¹⁸⁰ F. Gréau, thèse préc., n° 300.

¹⁸¹ F. Gréau, Intérêts des sommes d'argent, Rép. de droit civil, n° 103.

¹⁸² G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, Les effets de la responsabilité, préc., n°347-1.

¹⁸³ Le droit processuel de la responsabilité civile, IRJS éditions, 2010, préf. Cadiet, n° 499 s.

¹⁸⁴ P. Ancel et M. Cottin, « Le coût de la durée du procès pour les parties : les intérêts de retard dans le procès civil » préc., 238. ; Rapport CERCRID, La prise en compte par le droit du coût de la durée du procès. Les intérêts de retard dans le procès civil, préc.

Le fondement réel du préjudice moratoire objectif subi par le créancier se trouvant dans le procès lui-même et dans le décalage qu'il impose entre la date de la naissance de la créance et la date de sa liquidation, il est légitime de se demander si le temps n'est pas venu de, tout simplement, renverser le principe aujourd'hui consacré à l'article 1231-7 du Code civil.

444. Un nécessaire renversement du principe. Vu l'iniquité d'une part, et l'anachronisme, d'autre part, de la solution actuellement prévue pour la prise en charge du retard dans la liquidation d'une créance par le juge il est légitime de se demander s'il n'est pas temps de reconnaître que la présomption de préjudice que consacre l'article 1231-6 du Code civil pour le retard dans le paiement des obligations monétaires liquides *ab initio* est tout aussi pertinente pour le préjudice causé par le retard dans la liquidation d'une somme par le juge. Une prise en charge efficace du préjudice moratoire objectif inhérent au procès passerait alors par un renversement du principe admis actuellement à l'article 1231-7 du Code civil de façon à faire supporter au débiteur de la créance indemnitaire liquidée par le juge le coût de la durée, plus ou moins longue, que nécessite la reconnaissance officielle et la liquidation de cette créance tout comme il est, en principe, tenu des frais et dépens inhérents au procès. « Dans l'attente d'obtenir la réparation de son dommage, la victime subit le prix du temps, *le pretium temporis*, dont les conséquences doivent être assumées par le responsable du dommage donnant lieu à un procès »¹⁸⁵. C'est ce changement de perspective que propose un auteur qui invite ainsi le législateur à renverser la solution de principe : « les intérêts moratoires devraient alors pouvoir venir en complément du remboursement des dépens et de l'indemnité accordée pour les frais irrépétibles. Alors que les seconds effacent ou réduisent un préjudice financier avéré, les premiers permettent de compenser un préjudice moratoire abstrait qui trouve sa cause dans le retard objectif imposé par le procès et que la condamnation principale ne prend pas en considération. A cet égard, le pouvoir discrétionnaire des juges du fond d'avancer le départ des intérêts n'est pas suffisant. Dès l'instant où l'on prend conscience de leur

¹⁸⁵ C. Kleiner, préc., n° 42, *in fine*.

parenté avec les frais et dépens, on doit admettre qu'il faut poser en principe leur départ non plus au jour de la décision judiciaire, mais bien à une date antérieure (...) »¹⁸⁶.

Ce changement de perspective est devenu, à notre avis, plus que nécessaire. Seul un renversement de la solution de principe admise actuellement par l'article 1231-7 du Code civil qui, on le pressent, n'est autre qu'« une règle de procédure »¹⁸⁷, et une remise des intérêts moratoires antérieurs à la décision judiciaire dans le cadre purement processuel qui est naturellement le leur en dehors de tout raisonnement en termes de responsabilité, permettrait de remettre de l'ordre dans une matière qui a été tellement obscurcie qu'elle a commencé à perdre toute cohérence. Une intervention législative à double portée s'avère ainsi nécessaire.

Il s'agit en premier lieu d'enlever l'article 1231-7 de sa place actuelle dans le Code civil au sein d'une section consacrée à l'inexécution du contrat et de le mettre d'une manière plus logique dans le Code de procédure civile où les dispositions de cet article trouveront une place plus cohérente au voisinage des dispositions relatives aux frais et dépens du procès, et ce qui serait encore mieux, au sein d'une partie consacrée expressément au préjudice moratoire objectif lié au procès qui serait explicitement consacré en tant que tel. C'était d'ailleurs l'opinion des auteurs de l'Avant-projet Catala sur la réforme du droit des obligations qui n'avaient pas repris les règles figurant à l'(anc.) article 1153-1 estimant que ces règles n'avaient pas leur place dans le Code civil mais dans le Code de procédure civile. Cette proposition n'a finalement pas été retenue par le législateur de 2016 puisque l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a repris au sein du nouvel article 1231-7 du Code civil les mêmes dispositions que prévoyait l'ancien article 1153-1.

Il s'agit ensuite de renverser la solution actuellement admise pour ce préjudice moratoire objectif et de consacrer le principe du départ des intérêts moratoires judiciaires sur une créance liquidée par le juge à partir d'une date antérieure à la décision qui la liquide et la rend exigible avec la reconnaissance au juge d'un pouvoir de dérogation fondé sur l'équité. L'exercice de ce pouvoir de dérogation, qui

¹⁸⁶ F. Gréau, thèse préc., n° 346, *in fine*.

¹⁸⁷ Selon les termes de M. Boizard, thèse préc., n° 694.

constituerait désormais une exception au principe, devrait dès lors être motivé comme c'est le cas actuellement quand le juge décide de mettre la totalité ou une fraction des dépens à la charge d'une autre partie que le perdant en raison notamment de la situation financière des plaideurs ou parce que le gagnant aurait contribué à l'allongement de la procédure et au retardement de la reconnaissance officielle définitive de sa créance.

445. Une solution qui n'est pas inconnue du droit français. Une telle solution n'est pas complètement étrangère au droit positif français qui l'admet dans des cas ponctuels comme il en est en matière de lésion immobilière. L'on sait qu'en cas de rescision de la vente pour cause de lésion¹⁸⁸, l'acquéreur a le choix ou de rendre la chose en retirant le prix qu'il en a payé, ou de garder le fonds en payant le supplément du juste prix, sous la déduction du dixième du prix total¹⁸⁹. Si l'acquéreur préfère garder la chose en fournissant le supplément du juste prix qui sera fixé par le juge, il doit l'intérêt du supplément *du jour de la demande en rescision*¹⁹⁰. Des intérêts moratoires courent donc au profit du créancier de l'indemnité liquidée par le juge pendant une période antérieure à la décision du juge qui se prononce sur l'existence de la lésion et avant que l'acquéreur ait été constitué débiteur de cette indemnité. Il est vrai que cette solution trouve sa logique dans celle, parallèle, admise pour les cas où l'acquéreur décide de rendre la chose et de reprendre le prix qu'il a payé puisque dans ce cas aussi il reprend le prix qu'il a payé avec les intérêts dus sur ce prix à compter du jour de la demande de rescision¹⁹¹, mais rien n'empêche de s'en inspirer pour repenser le régime juridique de toutes les créances liquidées par le juge et de considérer que pour ces créances les intérêts moratoires devraient en principe courir bien avant la date de la décision judiciaire.

¹⁸⁸ Notons ici qu'en droit libanais la lésion ne peut être qu'une cause de nullité du contrat sous certaines conditions prévues par les articles 213 et 214 du Code civil. Le droit libanais ne prévoit pas pour l'acquéreur la possibilité de garder le fonds en payant le supplément du juste prix.

¹⁸⁹ Art. 1681 du Code civil.

¹⁹⁰ Art. 1682, al. 1^{er} du Code civil.

¹⁹¹ Al. 3^e de l'art. 1682 du Code civil.

446. Choix de la date du cours des intérêts. La question qui demeure non résolue serait le choix de cette date antérieure à la décision à partir de laquelle devraient désormais courir les intérêts moratoires réparant le préjudice moratoire abstrait lié au procès. Pour F. Gréau cette date antérieure « ne peut être que celle de l'introduction de l'instance »¹⁹². Cet auteur considère ainsi que le droit pour celui qui l'emporte dans son action de ne pas souffrir de manière excessive du procès qui lui a été imposé par la résistance légitime de son adversaire doit permettre de légitimer le départ des intérêts à compter de l'assignation introductive d'instance afin d'éviter que le gagnant ait à supporter le préjudice moratoire inhérent à la durée du procès et, en neutralisant certaines contraintes susceptibles d'inciter la plaideur à renoncer à son exercice, afin de permettre une réelle effectivité de l'action en justice. Parce que c'est la demande en justice (assignation ou requête conjointe) qui « introduit l'instance » selon les termes de l'article 53 al. 2 CPC et met en mouvement le droit d'action, c'est cet acte procédural qui crée le lien d'instance et marque le début du procès¹⁹³ « qui mérite à ce titre de fixer le *dies a quo* des intérêts dont l'objet est de compenser le préjudice moratoire inhérent à la durée du procès ». Il poursuit en disant qu'« il serait d'ailleurs excessif de faire courir les intérêts avant le jour où le créancier formalise sa réaction contre la situation illicite car on tomberait alors dans l'excès inverse de la solution de principe actuelle en récompensant celui qui tarde à se prévaloir de l'existence d'une créance à son profit »¹⁹⁴.

Cette idée on la pressent d'ailleurs dans les solutions jurisprudentielles. Lorsque les juges du fond usent de leur pouvoir discrétionnaire d'avancer le point de départ des intérêts sur une créance indemnitaire ils optent très fréquemment pour celui du jour de la demande en justice¹⁹⁵. C'est également le point de départ qui avait les faveurs de la Commission des lois du Sénat en 1985 mais dont l'avis n'a pas été adopté en fin de

¹⁹² F. Gréau, thèse préc., n° 346, *in fine*.

¹⁹³ J. Vincent et S. Guinchard, Procédure civile, préc., n° 72 et n° 734.

¹⁹⁴ F. Gréau, thèse préc., n° 355.

¹⁹⁵ Le rapport du CERCRIID « La prise en compte par le droit du coût de la durée du procès : les intérêts de retard dans le procès civil », préc., relève ainsi que sur 217 décisions portant sur une créance de dommages-intérêts, plus de la moitié dérogent au principe du départ à compter de la décision dont 56 optent pour le départ au jour de la demande.

compte par le Sénat qui lui a préféré une simple légalisation des solutions dégagées par la jurisprudence. M. Collet, le rapporteur du projet de loi au Sénat avait pourtant souligné qu'il était nécessaire de prendre en considération « le préjudice indirect qu'a subi la victime en étant placée dans une situation d'incertitude et n'ayant pas eu, dans un délai convenable, la jouissance de l'indemnité à laquelle elle pouvait prétendre » et avait évoqué « une tradition judiciaire » pour justifier le choix du jour de la demande¹⁹⁶. Les juridictions administratives ont quant à elles, et depuis longtemps, pris appui sur l'(ancien) article 1153 pour poser en principe le départ des intérêts à compter de la demande de l'indemnité sur laquelle ils portent¹⁹⁷, autrement dit à compter du jour de la demande du capital devant l'autorité administrative¹⁹⁸. Ce n'est que lorsque ce créancier a omis de demander les intérêts devant le tribunal administratif que ces intérêts courent seulement à compter du prononcé de la décision qui reconnaît l'existence de la créance¹⁹⁹. Cette position, pourtant critiquable dans son fondement²⁰⁰,

¹⁹⁶ F. Collet, Séance du 10 avril 1985, JO Sénat, [CR], p. 216.

¹⁹⁷ P. Fombeur, « Le juge administratif et les intérêts moratoires », Procédures 2001, chr. n° 2 ; R. Chapus, Droit administratif général, t. 1, Montchrestien, 15^e éd., 2001, n° 1449 ; Y. Gaudemet, Traité de droit administratif, t.1, Droit administratif général, LGDJ, 16^e éd., 2001, n° 1757 ; B. Plessix, L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif, thèse Panthéon-Assas, préf. J.-J. Bienvenu, 2003, n°161 et s.

¹⁹⁸ La plupart des arrêts se contentent d'énoncer la solution du départ des intérêts depuis la demande de l'indemnité sans donner aucune motivation : CE, 4 mai 1994, 122504, inédit au recueil Lebon (indemnité que la Commune de Mauguio a été condamnée à verser à Mlle X. pour son licenciement à l'issue de sa période de stage) ; CE, 19 juin 1992, 59412, inédit au recueil Lebon (indemnité à laquelle ont été condamnés des architectes pour responsabilité contractuelle) ; Cour Administrative d'Appel de Paris, 4^e chambre, 3 avril 2007, 04PA03603, Inédit au recueil Lebon ; CE, 28 novembre 1975, *Ville de Douai*, Rec. CE, p. 603, concl. M.-E. Aubin ; 21 mars 1973, *Soc. CFI Argenson*, Rec. CE, p. 240 ; 4 octobre 1968, *Demoiselle Doukakis*, D. 1968.712 ; 17 mai 1968, *Larson*, Rec. CE, p. 319 ; 10 octobre 1962, Froussart, Rec. CE, p. 527 ; 29 juillet 1943, *Cie d'assur. La Zurich*, Gaz. Pal.1943.2.217 ; 20 février 1942, Cons. Van Vynckt, Gaz. Pal. 1942.2.97 ; 9 février 1940, *Debauge*, Gaz. Pal. 1940.1.405 ; 12 décembre 1934, DH 1935.169 ; 6 avril 1906, *Guyat*, Rec. CE, p. 339 ; 26 février 1897, *Commune de Lavoye*, S. 1899.3.32.

¹⁹⁹ CE, 16 janvier 1987, Ribot, Rec. CE p. 9 et Rev. fr. dr. adm. 1987.441, concl. M. Roux ; AJDA 1987.97, obs. M. Azibert et M. de Boisdeffre ; D. 1987. IR, 23 ; 26 mai 1989, Centre hospitalier univ. d'Amiens, Rec. CE, p. 933.

²⁰⁰ Les tribunaux administratifs avaient développé une interprétation très large de l'ancien article 1153 du Code civil en considérant qu'il était susceptible de s'appliquer à toutes les créances de somme d'argent, que ce soit une obligation contractuelle ou légale de somme d'argent liquide *ab initio* ou d'une somme fixée par le juge. Cette position aurait gagné en cohérence si, au lieu de se fonder sur l'(anc.) article 1153 et de déformer souvent son sens, ils admettaient ouvertement que ces intérêts n'avaient d'autre objectif que de compenser l'attente que subi le créancier entre le jour où il a formulé sa demande et celui où il obtient la reconnaissance officielle de son droit.

est néanmoins beaucoup plus satisfaisante pour le créancier qui aurait subi la longueur des procédures.

Il est nécessaire à notre avis de pousser le raisonnement un peu plus loin. S'il est question du jour « où le créancier formalise sa réaction contre la situation illicite », ou se prévaut de l'existence d'une créance à son profit, selon les termes même de M. Gréau pourquoi ne pas admettre que ce jour-là puisse être celui où le créancier fait savoir sa volonté de se prévaloir de l'existence d'une créance indemnitaire à son profit et exprime formellement cette volonté à l'égard de son débiteur en lui envoyant une mise en demeure officielle, avant de présenter une demande en justice ? Puisque les intérêts antérieurs à la décision judiciaire visent à compenser le préjudice moratoire *objectif* subi par le créancier par la nécessité que lui a imposé le débiteur de recourir à un procès alors qu'il aurait pu s'exécuter volontairement au temps T., celui de la naissance de la créance indemnitaire, la « réaction contre la situation illicite » se trouve suffisamment formalisée à partir du moment où le créancier exprime solennellement sa volonté de voir sa créance payée, que ce soit en présentant directement une action en justice ou même en faisant parvenir à son débiteur une demande officielle à ce sujet, ce qui rappelle la mise en demeure pour les créances de sommes d'argent de l'article 1231-6 du Code civil. Il serait dès lors plus logique de poser en principe que des intérêts moratoires puissent en principe courir sur les créances indemnitaires liquidées par le juge à partir du jour où le créancier formule une demande officielle de se voir payer sa créance, sous réserve bien sûr d'une décision différente de la part du juge, décision qui devrait être alors motivée par des raisons d'équité et dont la motivation devrait rester soumise au contrôle de la Cour de cassation. En effet, par le moyen de la mise en demeure, le créancier d'une somme d'argent qui est liquide *ab initio* exprime son intention de mettre fin à la tolérance qu'il est supposé avoir à l'encontre de son débiteur. Il serait logique d'admettre le même raisonnement pour les obligations indemnitaires qui ne sont pas liquides *ab initio* et de considérer ainsi que la mise en demeure adressée par le créancier au débiteur « formalise sa réaction contre la situation illicite » et traduit sa volonté de mettre fin à toute tolérance présumée envers le débiteur de cette obligation. Sans aller jusqu'à admettre que les intérêts moratoires doivent courir à compter de l'occurrence du dommage comme cela a été suggéré par une partie

de la doctrine²⁰¹, il serait nécessaire, dans le respect de la logique processuelle dans laquelle évoluent les intérêts moratoires antérieurs à la décision comme effets directs du décalage que la nécessité d'un procès impose entre la naissance de la créance indemnitaire et son exigibilité, de fixer le point de départ de ces intérêts au jour où le créancier officialise sa volonté de recevoir une indemnité et ceci au moyen d'une demande introductive d'instance ou d'une mise en demeure formelle qui aurait le même effet.

Prendre de la distance par rapport au droit de la responsabilité permettrait ainsi de mieux comprendre, pour les créances liquidées par le juge, la spécificité des intérêts moratoires antérieurs à la décision judiciaire, ce qu'a partiellement réussi l'ordonnance du 10 février 2016 à propos des intérêts moratoires des créances de restitutions qui disposent désormais de deux textes autonomes - les articles 1352-6 et 1352-7 du code civil.

²⁰¹ C'était pourtant la solution qu'avaient préconisée H., L., J. Mazeaud et F. Chabas dans leur *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, préc., n° 2277 et s. et n° 297-3 et qui avaient considéré que ces intérêts qui sont moratoires parce qu'ils réparent le préjudice causé à la victime par le retard apporté au paiement de l'indemnité devaient courir à compter du dommage en matière délictuelle et à compter de la mise en demeure en matière contractuelle.

Chapitre 2- Du retard objectif subi par le créancier de la restitution.

447. Illustration emblématique de l'idée d'un retard objectif appelant à une compensation par des intérêts moratoires indépendants de la responsabilité du débiteur, l'attente imposée au créancier par la nécessité d'un procès pour obtenir la reconnaissance et la liquidation judiciaires de sa créance n'en est toutefois pas la seule. En effet, après le paiement d'un indu, l'anéantissement d'un contrat ou d'une décision judiciaire qui ont été complètement ou partiellement exécutés, les créances de restitutions posent le problème de la nécessité de remonter le temps afin de faire disparaître les effets de l'acte anéanti. Ce retour fictif en arrière met en lumière une autre forme de retard *objectif* qui ne saurait, lui aussi, être imputé au débiteur selon les règles classiques de la responsabilité civile mais n'en appelle pas moins une compensation.

448. Restitutions « normales », restitutions « anormales ». Délimitons d'emblée la question : les créances de restitutions visées ici ne sont évidemment pas celles qui sont la simple conséquence de l'exécution normale d'une obligation contractuelle comme dans le cadre d'un contrat de prêt ou de dépôt. Ces dernières peuvent être qualifiées de restitutions « normales »²⁰² puisqu'elles sont l'aboutissement d'une opération juridique résultant de la volonté des parties, par opposition aux restitutions « anormales » comme celles qui ont lieu à la suite du paiement d'un indu, de l'anéantissement d'un contrat, ou encore de l'annulation ou de l'infirmité d'une décision de justice exécutée et qui, elles, « provoquent un trouble (...) et heurtent une situation juridique jusqu'alors paisible »²⁰³. Si le retard dans l'exécution d'une restitution « normale » est un retard *subjectif* qui appelle nécessairement la mise en

²⁰² M. Malaurie-Vignal, Les restitutions en droit civil, thèse Cujas, préf. G. Cornu, 1991, p. 35 et s.

²⁰³ M. Malaurie-Vignal, *op. cit.*, p. 35.

œuvre de la responsabilité du débiteur selon les règles prévues à l'article 1231-6 du Code civil, le retard dans l'exécution d'une obligation de restitution « anormale », quoique bien réel, semble être un retard *objectif* qui ne peut pas toujours être imputé au débiteur de cette obligation.

Ces restitutions dites « anormales » sont ainsi dominées par un objectif de retour au *statu quo ante* : une fois l'acte juridique anéanti il faut en effacer les effets puisqu'« un nouvel ordre juridique (leur) est substitué »²⁰⁴. Les restitutions qui suivent l'action en anéantissement d'un contrat ou l'exercice d'une voie de recours contre une décision exécutée visent ainsi à liquider matériellement les effets laissés par l'exécution intermédiaire, à remonter en quelque sorte le temps pour en corriger les effets. Or, le retour effectif au *statu quo ante* n'est pas chose aisée. En effet, le temps a passé et avec son passage le créancier de la restitution a été dépourvu pendant une période plus ou moins longue d'une somme, non seulement qui lui était due comme dans le cas des créances indemnitaires, mais d'une somme qui lui *appartenait*, ce qui fait que la question de la compensation du préjudice que le passage du temps lui a causé se pose avec encore plus d'acuité (Section 1). Avant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations²⁰⁵, le Code civil français ne contenait aucun texte écrit dans l'unique perspective de régler la question des restitutions, et malgré les efforts de clarification de la part de la doctrine et de la jurisprudence qui ne semblaient pas pouvoir se départir d'une réflexion en termes de responsabilité civile, la matière demeurait largement obscure. Situées « au carrefour du droit de la responsabilité, du droit des biens et des règles régissant les quasi-contrats, mises au service de préoccupations diverses allant de la sanction de l'immoralité à la protection des incapables, les solutions relatives aux restitutions [portaient] l'empreinte de la casuistique et de l'empirisme »²⁰⁶ et témoignaient d'une indécision de la part de la jurisprudence quant au choix du fondement juridique du mécanisme (Section 2). Si l'ordonnance de 2016 a consacré

²⁰⁴ M. Malaurie-Vignal, *op. cit.*, p. 16.

²⁰⁵ Cette ordonnance a été ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 (JO 21 avr. 2018, texte n° 1).

²⁰⁶ C. Guelfucci-Thibierge, Nullité, restitutions et responsabilité, thèse LGDJ, t. 218, préf. J. Ghestin, 1992, p. 2, n° III.

aux restitutions pas moins de dix articles au sein d'un chapitre unique qui clôt le nouveau Titre IV, intitulé « *Du régime général des obligations* », du Livre III du Code civil (C. civ., art. 1352 à 1352-9), cette réforme est loin d'avoir apporté toute la lumière nécessaire à une matière qui demeure empreinte de considérations subjectives liées à un raisonnement questionnable en termes de responsabilité civile, raisonnement qui est appelé à laisser la place à une réflexion plus pertinente en termes de compensation d'un retard *objectif* lié au coût de la durée (Section 3).

Section 1- La restitution, une volonté de remonter le temps.

Le problème des restitutions « demeure sans doute l'un des plus délicats » du droit contractuel français selon les termes de J. Mestre²⁰⁷ et ceci malgré toutes les études approfondies qui lui ont été consacrées²⁰⁸. Etymologiquement, le mot « restitution » renvoie aussi bien à un « mouvement en arrière », au fait de « rétablir (...) ou remettre dans son état premier », qu'à celui de « rendre (...) ce qui est possédé indûment », de remettre dans un « état normal »²⁰⁹. Dans la pratique on le rencontre souvent, hors l'hypothèse du paiement d'un indu *ab initio*, dans le cas de l'anéantissement d'un contrat mais aussi dans le cas de l'annulation ou de l'infirmité

²⁰⁷ J. Mestre, « Des restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat », RTDCiv. 1988. 528, n° 8.

²⁰⁸ On cite notamment Y.-M. Serinet, « L'effet rétroactif de la résolution pour inexécution en droit privé français » in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etudes de droit comparé, sous la dir. De M. Fontaine et G. Viney., Buylant et LGDJ, 2001, p. 589. C. Guelfucci-Thibierge, thèse préc. ; M. Malaurie-Vignal, thèse préc. ; J. Schmidt-Szalewski, « Les conséquences de l'annulation d'un contrat », JCP 1989, I, 3397 ; J. Mestre, « Des restitutions consécutives à l'annulation ou à la résolution d'un contrat », RTDCiv. 1994.858, n°6 ; E. Poisson-Drocourt, « Les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat », D. 1983, chr. 85 ; A. Bousiges, Les restitutions après annulation ou résolution d'un contrat, thèse dactyl., Poitiers, 1982 ; Ph. Malaurie, Le droit civil des restitutions, Les cours de droit, 1974-75 ; R. Perrot, Les intérêts, éd. de la Chambre nationale des huissiers de justice, 1990, n°45 ; Ph. Hoonaker, « Des intérêts dus sur les créances de restitution », D. 1999, chr. 328 ; A. Toulemon, « La responsabilité du plaideur triomphant et téméraire », JCP 1968, I, 2182, A. Mayer-Jack, « Les conséquences de l'exécution d'un arrêt ultérieurement cassé », JCP 1968, I, 2202. A. Moreau, « L'exécution provisoire, un avantage dangereux pour le créancier poursuivant », D. 2006.524 ; V. Forti, « Art. 1352 à 1352-9 - Fasc. unique : Régime général des obligations - Restitutions », JCl. Civil code.

²⁰⁹ A. Rey [dir.], Dictionnaire historique de la langue française, Dictionnaires Le Robert, 2016, v° « Restituer ».

d'une décision judiciaire exécutée, cette dernière hypothèse promettant de devenir de plus en plus fréquente en pratique depuis la généralisation de l'exécution provisoire de droit des décisions de première instance par le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile²¹⁰. Ce « mouvement en arrière » ne peut se réaliser que par le recours à la rétroactivité qui selon les uns serait une fiction²¹¹ « permettant au juriste de remonter le temps et d'en modifier le cours »²¹², selon les autres « la recherche d'un compromis entre la vérité qui se révèle et la résistance du temps »²¹³. On essaie de faire comme si le paiement n'avait pas eu lieu (§1). Or le retour complet et effectif en arrière n'est jamais évident. Le paiement sans dette préalable a eu lieu, le contrat a commencé à être exécuté, la décision judiciaire de même. Des éléments sont sortis du patrimoine du débiteur. Un véritable retour au *statu quo ante* qui devrait, non seulement réintégrer nominalement les éléments dans le patrimoine du créancier de la restitution, mais aussi pouvoir effacer tous les effets du temps qui a passé, semble impossible. La question mérite certes une réflexion (§ 2).

§ 1- Un effacement rétroactif du paiement effectué.

449. Le paiement effectué doit être effacé dans toutes ses conséquences lorsqu'il était indu ou injustifié dès l'origine (A). Il doit aussi être effacé lorsque l'acte justifiant ce paiement a bel et bien existé pour un bout de temps mais se retrouve par la suite anéanti. Il peut s'agir soit d'un contrat conclu entre les parties et en exécution duquel le débiteur effectue un paiement à son créancier, soit d'une décision judiciaire qui l'oblige au paiement et à laquelle il obéit en effectuant le paiement demandé. L'anéantissement du premier (B), comme l'annulation ou l'infirmité de la seconde

²¹⁰ V. l'article 514 du Code de procédure civile.

²¹¹ « Comme toute rétroactivité, la rétroactivité de la nullité est une fiction puisqu'on ne remonte jamais le temps. Mais c'est une manière commode d'exprimer que la nullité a pour effet d'effacer l'acte juridique dans ses conséquences passées comme dans ses conséquences à venir » ; S. Sana-Chaillé de Néré, JCl. Civil, art. 1178 à 1185, Fasc. 40 : Contrat, Nullité du contrat, Effets de la nullité, n° 2.

²¹² F. Mechri (F.), « Voyage dans l'espace du temps juridique », Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, éd. Frison-Roche, 1999, p. 435.

²¹³ P. Hébraud, article préc., p. 48.

(C) perturbent l'ordre juridique jusque-là établi et imposent un « retour en arrière », un retour au *statu quo ante*.

A- Les restitutions consécutives au paiement indu dès l'origine.

450. La restitution de l'indu. « Tout paiement suppose une dette ; ce qui a été reçu sans être dû est sujet à restitution » dispose l'article 1302 du Code civil²¹⁴. En effet, celui qui reçoit ce qui ne lui est pas dû doit le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu²¹⁵. De même, celui qui reçoit le paiement d'une personne autre que son débiteur qui, par erreur ou sous la contrainte²¹⁶, avait acquitté la dette d'autrui, doit aussi restituer²¹⁷. La restitution peut de même dans ce cas être demandée à celui dont la dette a été acquittée par erreur, c'est-à-dire au vrai débiteur²¹⁸.

²¹⁴ Cet article reprend les dispositions de l'ancien article 1235 du Code civil avec un changement terminologique : le terme « répétition » est ainsi remplacé par le terme « restitution ». Même si le changement n'a pas d'incidence pratique il rime avec la consécration par le législateur de 2016 d'un chapitre propre aux restitutions.

²¹⁵ L'article 1302-1 dispose ainsi que « celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû doit le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu ».

²¹⁶ Le paiement réalisé sous la contrainte est assimilé à un paiement réalisé par erreur (art. 1302-2, al. 1er). L'ordonnance ne fait ici que consacrer la jurisprudence qui assimilait la contrainte à l'erreur (Cass. com. 5 mai 2004, n° 02-18.066 : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le débiteur conjoint n'étant pas tenu de payer la totalité de la somme fixée, la cour d'appel devait rechercher, ainsi qu'il lui était demandé, si, en effectuant un paiement intégral, la société CNAN avait commis une erreur ou agi sous la contrainte, la cour d'appel a violé les textes susvisés »).

²¹⁷ Néanmoins ce droit cesse dans le cas où le créancier, par suite du paiement, a détruit son titre ou abandonné les sûretés qui garantissaient sa créance (article 1302-2 alinéa 1).

²¹⁸ Article 1302-2 alinéa 2 (quoiqu'il ne s'agit pas ici d'une vraie « restitution » mais d'un paiement, le véritable débiteur n'ayant rien reçu pour qu'il restitue). L'ancien article 1377, alinéa 2, du Code civil ne prévoyait la possibilité d'un tel recours que dans l'hypothèse où le créancier avait détruit son titre par suite du paiement. Toutefois, la jurisprudence admettait que le *solvens*, lorsqu'il a payé par erreur la dette d'autrui (indu subjectif), pouvait se retourner contre le véritable débiteur, même lorsque le créancier n'avait pas détruit son titre. Cette action n'était pas analysée par la Cour de cassation comme une action en répétition de l'indu qui ne peut en principe être exercée que contre l'*accipiens* (n ne peut pas « restituer » quelque chose que l'on n'a pas reçu) mais elle a été fondée sur l'enrichissement sans cause dans un arrêt de 2001 (Cass. civ. 1^{re}, 4 avril 2001, n° 98-13.285, D. 2001, p. 1824, note M. Billau) : « Attendu qu'en application du principe général du droit selon lequel nul ne peut s'enrichir injustement aux dépens d'autrui, celui qui, par erreur, a payé la dette d'autrui de ses propres deniers a, bien que non subrogé aux droits du créancier, un recours contre le débiteur ». Dans l'espèce ayant donné lieu à cet arrêt, n'étaient pourtant établis ni l'insolvabilité de l'*accipiens*, ni l'absence de faute du *solvens* comme le suppose le fondement de l'enrichissement sans cause mais cela n'a pas empêché la Cour de cassation de rejeter le pourvoi dirigé contre l'arrêt d'appel accueillant l'action

Ce paiement de l'indu, fait volontaire dont il résulte un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit²¹⁹, est un quasi-contrat qui devient lui-même source d'une obligation : celle de restituer. La restitution trouve ici sa cause tout simplement dans l'absence absolue et originaire de celle du paiement effectué vu que ce paiement ne se trouve fondé sur aucune dette.

451. Un quasi-contrat à distinguer de l'enrichissement sans cause.

L'enrichissement sans cause n'existait pas dans le Code civil de 1804. Ce quasi-contrat, qui n'est pas à confondre avec l'autre quasi-contrat qu'est le paiement de l'indu, est l'œuvre de la Cour de cassation qui avait érigé en principe général du droit la règle selon laquelle « nul ne peut s'enrichir injustement aux dépens d'autrui »²²⁰. L'action de l'appauvri contre l'enrichi, qui est une action subsidiaire, était classiquement dénommée « *action de in rem verso* ». L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 a codifié le régime jurisprudentiel de ce quasi-contrat qui change de nomination et devient l'« enrichissement injustifié » sans toutefois que ce changement de nomination emporte des conséquences sur le fond. Le nouvel article 1303 du Code civil dispose ainsi qu'« en dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indu, celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement ». L'enrichissement injustifié est défini par l'article 1303-1 comme étant celui qui ne procède ni de l'accomplissement d'une obligation par l'appauvri ni de son intention libérale²²¹. Il ne donne pas lieu à restitution mais à une

du *solvens* contre le véritable débiteur. Commentant cet arrêt, un auteur s'était demandé si cela « n'en ferait finalement [pas] qu'une action en répétition de l'indu qui ne dirait pas son nom » (M. Billiau, note préc.). Il n'était pas d'ailleurs pas le seul auteur à considérer que l'action du *solvens* contre le véritable débiteur suivait le régime de l'action en répétition de l'indu (v. par exemple A. Bénabent, *Droit des obligations*, 14^e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 477-1, p. 345). L'ordonnance de 2016 tranche la question en reconnaissant au *solvens* une action contre le véritable débiteur et en lui donnant un fondement autonome détaché de l'enrichissement injustifié (art. 1302-2, al. 2).

²¹⁹ Selon les termes de l'article 1300 du Code civil.

²²⁰ V. par exemple Cass. civ. 1^{re}, 4 avril 2001, n° 98-13.285 ; Cass. com., 25 juin 2013, n° 12-12.341, inédit.

²²¹ Pour aller plus loin en matière de quasi-contrats, v. R. Libchaber, « Le malheur des quasi-contrats », *Dr. et patr.* n° 258, mai 2016, p. 73 ; E. Terrier, « Les quasi-contrats dans la réforme du droit des

indemnité qui est évaluée au jour du jugement et qui est égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement constaté au jour de la dépense de l'enrichissement tel qu'il subsiste au jour de la demande (art. 1303 et 1303-4 C. civ.), sauf quand l'enrichi a été de mauvaise foi, dans lequel cas « l'indemnité due est égale à la plus forte de ces deux valeurs » (art. 1303-4 C. civ.).

452. En droit libanais, le COC consacre quatre articles au paiement de l'indu (art. 143 à 146) qui est traité au sein d'une division relative à l'enrichissement illégitime. La répétition de l'indu n'est donc ici qu'une forme d'enrichissement illégitime soumise à des conditions spécifiques. L'article 143 du COC dispose ainsi que « celui qui se croyant à tort débiteur a payé par suite d'une erreur de droit ou de fait ce qu'il ne devait pas a le droit d'agir en répétition contre l'enrichi » et l'article 146 renvoie, pour la répétition de l'indu, aux principes de l'enrichissement illégitime (article 140 à 142). L'un comme l'autre oblige celui qui s'est enrichi (article 140 COC) ou celui qui a reçu le paiement (art. 143) à restituer.

B- Les restitutions consécutives à l'anéantissement d'un contrat.

453. Inefficacité initiale et inefficacité subséquente du contrat. Après sa conclusion, l'anéantissement d'un contrat peut avoir lieu du fait de son annulation (C. civ., art. 1178), de sa résolution (C. civ., art. 1224 et s.) ou encore de sa caducité (C. civ., art. 1186)²²². L'étymologie nous apprend que l'anéantissement est réduction à néant, retour au néant, qu'il remonte donc le cours du temps²²³. Il entraîne avec lui la

contrats : l'avenir d'une illusion », La réforme du droit des contrats : actes de colloque, 1ère Journée Cambacérès, 3 juillet 2015, Montpellier, Université de Montpellier, 2015, p. 139.

²²² En droit libanais, l'article 232 COC dispose qu'« un contrat peut être dissous prématurément et avant sa complète exécution, soit à raison d'un vice dont il était infecté lors de sa naissance, soit à raison de circonstances postérieures à sa formation. Dans le premier cas, il est annulé, dans le deuxième, il est résolu ou résilié. »

²²³ A. Rey (dir.), Dictionnaire historique de la langue française, *op. cit.*, v^o « Néant ». L'anéantissement est donc nécessairement rétroactif d'où l'inutilité de parler d'« anéantissement rétroactif ».

naissance d'une créance de restitution²²⁴ que la doctrine fonde traditionnellement sur le défaut de cause légale du transfert de valeur, que ce défaut soit concomitant avec la conclusion du contrat (on parle d'inefficacité initiale du contrat) ou qu'il intervienne *a posteriori* pendant son exécution (il s'agit ici d'inefficacité subséquente du contrat). « L'exécution d'un contrat jugé nul, caduc ou résolu, caractérise un transfert de valeur dépourvu de cause légale ; la fonction des restitutions est de remédier à cette attribution patrimoniale sans cause, et le rôle de la rétroactivité se borne à les fonder techniquement »²²⁵.

Toutefois, l'étendue des restitutions suite à l'anéantissement d'un contrat n'est pas toujours la même. Ces restitutions peuvent être obligatoires et intégrales dans le cas de la nullité (a), obligatoires mais avec des limites avec la résolution (b) ou simplement constituer une faculté pour le juge à qui il revient de les ordonner ou non selon les cas d'espèce dans le cadre de la caducité (c)

a- Une restitution obligatoire et intégrale dans le cadre de la nullité.

454. Est nul un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité²²⁶. Or tant que la nullité du contrat n'a pas été prononcée, celui-ci continue à produire ses effets²²⁷, ce qui pose le problème de l'effacement de l'acte annulé qui avait au préalable sorti quelques-uns de ses effets. Avant même la réforme du Code civil par l'ordonnance du 10 février 2016, la jurisprudence française avait toujours relevé la rétroactivité liée

²²⁴ Une créance de restitution peut tout aussi bien naître dans l'hypothèse où le contrat n'est pas anéanti en entier mais l'une de ses clauses est réputée non écrite. A ce propos v. B. Mercadal, Réforme du droit des contrats : Francis Lefebvre, 2016, n° 1227.

²²⁵ H. Boucard, « Les conséquences de l'anéantissement du contrat : restitutions et enrichissement sans cause (droit français) » : RDC 2013, n° 3.

²²⁶ Nouvel article 1178 du Code civil. En droit libanais, l'article 233 COC dispose que l'annulation d'un contrat est toujours déterminée par un vice originel contemporain de sa naissance (erreur, dol, violence, lésion, incapacité)

²²⁷ Le COC libanais le dit explicitement à l'alinéa 2 de l'article 233 « le contrat subsiste et continue à produire ses effets normaux aussi longtemps qu'elle (l'annulation) n'a pas été judiciairement déclarée ».

à l'effacement de l'acte annulé. Ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé²²⁸, et la nullité, qu'elle soit invoquée par voie d'action ou par voie d'exception, emporte, en principe²²⁹, l'effacement rétroactif du contrat²³⁰ et a pour effet de remettre les parties dans la situation initiale²³¹, « de remettre les choses dans l'état où elles se trouvaient avant la conclusion de l'acte annulé »²³². Les prestations n'auraient pas dû être fournies et ont donc, de prime abord, vocation à être intégralement restituées. En droit libanais, l'article 233 COC dispose dans son alinéa second que l'annulation d'un contrat opère rétroactivement. Le nouvel article 1178 du Code civil français, contrairement à sa version issue du projet de réforme, demeure imprégné de cette idée d'effacement rétroactif du contrat et rappelle ainsi expressément dans son deuxième alinéa que « le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé »²³³. On peut en déduire que l'annulation d'un contrat donne lieu à une restitution intégrale et obligatoire, dans le sens qu'elle n'est pas facultative pour le juge, des prestations exécutées.

²²⁸ En application de ce principe il a été décidé que la nullité d'un accord-cadre prévoyant le versement d'une prime autorise l'employeur à en demander le remboursement, nonobstant le caractère successif des obligations nées de l'accord collectif (Cas. soc., 9 décembre 2014, n° 13-21.766). Dans le même sens, avec une formulation identique (ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé) v. Cass. civ. 3^e, 2 octobre 2002 : CCC 2003, n° 23, note Leveneur.

²²⁹ Il existe plusieurs cas où, par exception à ce principe, la nullité n'a pas d'effet rétroactif. Il en est ainsi pour les nullités de sociétés, considérées comme non rétroactives par dérogation au droit commun, de sorte qu'elles s'apparentent à une dissolution par leurs effets, et ne demeurent guère des nullités que par leurs causes (article 1844-15, alinéa premier du Code civil qui dispose que « lorsque la nullité de la société est prononcée, elle met fin, sans rétroactivité, à l'exécution du contrat »). Il en est ainsi aussi quand la rétroactivité normalement attachée à la nullité d'un acte juridique a des conséquences trop graves en termes de sécurité juridique, notamment dans le cadre des relations juridiques de travail. La Cour de cassation décide régulièrement en ce sens qu'en raison de ses conséquences sur la sécurité juridique l'annulation d'un accord collectif de travail n'a d'effets que pour l'avenir. Elle ne s'accompagne d'aucune rétroactivité (Cass. soc., 6 juin 2018, n° 17-21.068 : JurisData n° 2018-009614 ; JCP S 2018, n° 35, p. 30, obs. G. François).

²³⁰ Cass. civ. 1^{re}, 16 juillet 1998, n° 96-18.404 P : R., p. 252 ; D. 1999. 361, note Fronton ; Defrénois 1998. 1413, obs. Aubert ; RTDCiv. 1999. 620, obs. Mestre.

²³¹ Cass. civ. 1^{re}, 4 avr. 2001, n° 99-11.488 P (restitution d'une somme versée en exécution de la convention annulée, nonobstant le fait que celle-ci aurait tendu à organiser une fraude fiscale). Il en va ainsi même si le contrat est à exécution successive (bail) : Cass. civ. 3^e, 13 juin 2001 : CCC 2001, n° 155, note Leveneur.

²³² Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} octobre 1996, Bull. civ. I, n° 335. En droit libanais, la rétroactivité de la nullité a été consacrée par le texte de l'article 233 alinéa 2 du COC : « elle (l'annulation) opère rétroactivement ».

²³³ V. aussi Projet Terré, art. 88, al. 1^{er} ; avant-projet Catala, art. 1130-3.

b- Une restitution obligatoire mais limitée en cas de résolution.

455. Il est généralement admis en droit français que la résolution pour inexécution conduit, comme la nullité, à un effacement rétroactif du contrat. Cette rétroactivité dans l'effacement du contrat suite à sa résolution sert pour l'essentiel à justifier techniquement les obligations de restitution entre les parties. Il a ainsi été jugé que « par *l'effet rétroactif de la résolution* [le vendeur] avait l'obligation de restituer à [l'acheteur] les sommes que celui-ci avait versées au vendeur à titre d'acompte sur le prix »²³⁴, « qu'en vertu *de l'effet rétroactif de la résolution*, le vendeur peut prétendre, à défaut de restitution en nature des marchandises, à leur restitution en valeur »²³⁵, « que *l'effet rétroactif de la résolution* d'une vente oblige l'acquéreur à indemniser le vendeur de la dépréciation subie par la chose à raison de l'utilisation qu'il en a faite, à l'exclusion de celle due à la vétusté »²³⁶ et « qu'en raison de *l'effet rétroactif de la résolution* de la vente, le vendeur n'est pas fondé à obtenir une indemnité correspondant à la seule utilisation du véhicule par l'acquéreur »²³⁷. L'avant-projet de réforme du droit des obligations proposait de maintenir cette analyse en posant à l'article 1160-1, alinéa 4, que « dans les contrats à exécution instantanée, elle (la résolution) est rétroactive ».

Telle était naguère également la position des droits anglais et allemand, lesquels ont cependant évolué sur ce point²³⁸. Dans ces deux droits on considère aujourd'hui que la résolution du contrat n'entraîne pas son anéantissement rétroactif, mais seulement sa transformation pour l'avenir. À compter de la résolution, les obligations telles que définies par les parties dans le contrat s'éteignent et sont remplacées par l'obligation de réparer le dommage résultant de l'inexécution sur le terrain de la responsabilité contractuelle. Dans les cas où le contrat a été exécuté par l'une des parties, celle-ci est en droit de réclamer la restitution de ce qu'elle a fourni mais la restitution est ici perçue

²³⁴ Cass. civ. 3^e, 7 novembre 1968, Bull. civ. III, n° 448.

²³⁵ Cass. com., 26 avril 1977, Bull. civ. IV, n° 118.

²³⁶ Cass. com., 8 mars 2005, Bull. civ. IV, n° 128.

²³⁷ Cass. civ. 1^{re}, 11 mars 2003, Bull. civ. I, n° 74.

²³⁸ Pour un aperçu général sur la question v. R. Wintgen, « Regards comparatistes sur les effets de la résolution pour inexécution », RDC 2006, p. 543.

comme une conséquence que la loi attache à l'inexécution du contrat. La résolution, parce qu'elle met fin, à la demande de la partie lésée, à la perspective d'une exécution totale du contrat, laisse subsister un déséquilibre patrimonial entre les parties qui justifie la restitution des prestations reçues. Autrement dit, la loi peut obliger les parties à restituer, au jour de la résolution, les prestations reçues afin de rétablir l'équilibre patrimonial résultant de l'exécution partielle du contrat, sans pour autant considérer que l'exécution du contrat n'a jamais eu de fondement juridique²³⁹. « Il ne s'agit pas de restaurer le *statu quo ante*, mais de rétablir un équilibre, dans la mesure seulement où le maintien des prestations créerait un déséquilibre »²⁴⁰. En d'autres termes, la restitution n'est pas la conséquence de l'anéantissement du contrat, comme en droit français, mais une sanction fondée sur sa force obligatoire²⁴¹ et les conséquences de l'inexécution qui ne sont pas réparées par les restitutions peuvent l'être au titre de la responsabilité contractuelle.

Même avant la réforme de 2016, la jurisprudence française avait relevé la relativité de l'effet rétroactif de la résolution, et en application de l'ancien article 1184 du Code civil, avait établi des limites à l'obligation de restitution en cas de résolution d'un contrat. La Cour de cassation avait ainsi décidé que si la résolution d'un contrat entraîne, en principe, la restitution des fournitures réciproques, celle-ci n'est obligatoire *que dans la mesure où l'exécution partielle du contrat ne l'a pas rendue impossible en fait*²⁴², et que la résiliation du contrat a pour effet, comme la résolution, d'anéantir le contrat et de remettre les parties dans l'état où elles se trouvaient antérieurement *sous la seule réserve de l'impossibilité pratique*²⁴³.

Le nouvel article 1229 du Code civil issu de la réforme de 2016, non seulement n'a pas consacré le texte issu de l'avant-projet de réforme du droit des obligations concernant l'effet rétroactif de la résolution dans les contrats à exécution instantanée,

²³⁹ Robert Wintgen, La rétroactivité de l'anéantissement en droit comparé, RDC 2008, p. 73.

²⁴⁰ L. Aynès, « Rapport introductif », in « L'anéantissement rétroactif du contrat » : RDC 2008, p. 9, n° 8.

²⁴¹ *Ibid* avec les références.

²⁴² Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 1963: Gaz. Pal. 1963. 2. 388

²⁴³ Cass. civ. 1^{re}, 7 juin 1995, n° 93-15.485 P : JCP 1996. I. 3914, n° 5, obs. C. Jamin ; RTDCiv. 1996. 906, obs. Mestre.

mais il est aussi venu consacrer les limites dégagées par la jurisprudence antérieure dans son alinéa 2 qui dispose que « lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie ; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation ».

En droit libanais, l'article 238 du COC distingue entre deux types de dissolution du contrat en raison de circonstances postérieures à sa formation : la résolution qui se produit avec rétroactivité et la résiliation qui n'opère que pour l'avenir. L'article 240 de ce code²⁴⁴ énonce clairement que la résolution « dissout rétroactivement le contrat », réserve faite des actes d'administration qui demeurent valables. Sous le bénéfice de cette limitation, « les choses doivent être remises en l'état où elles seraient si le contrat, aujourd'hui résolu, n'était jamais intervenu ». Par contre, « lorsqu' y a résiliation, le contrat ne prend fin qu'au jour de sa dissolution et sans rétroactivité : les effets qu'il avait antérieurement produits demeurent définitivement acquis » (article 247 COC).

c- Une restitution facultative pour le juge en cas de caducité.

456. Les rédacteurs du code de 1804 avaient prévu la nullité, l'exécution forcée, la résolution ou encore les dommages et intérêts, mais point de caducité. Cette sanction n'était toutefois pas inconnue de la doctrine française qui lui avait consacré d'importants travaux doctrinaux et la définissait traditionnellement comme étant l'état de non-valeur auquel un contrat initialement valable est réduit du fait de la disparition de l'un de ses éléments constitutifs ou de la défaillance d'un élément extérieur auquel était subordonnée son efficacité²⁴⁵. La jurisprudence avait plusieurs fois appliqué cette

²⁴⁴ Auquel renvoie aussi l'article 242 du COC.

²⁴⁵ V. not. Y. Buffelan-Lanore, Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil, LGDJ 1963 ; C. Pelletier, La caducité en droit français privé, thèse Paris XII, 2000, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2004 ; R. Chaaban, La caducité des actes juridiques, LGDJ 2006 ; V. Wester-Ouisse, La caducité en matière contractuelle: une notion à réinventer, JCP 2001. I. 290; Bucher, AJ

sanction *praeter legem* comme dans cet arrêt de la 1^{re} chambre civile du 30 octobre 2008 où elle considère que la disparition de la cause de l'engagement à exécution successive entraîne sa caducité²⁴⁶. Depuis la réforme du droit des contrats par l'ordonnance du 10 février 2016, la caducité est définie dans le Code civil. Cette sanction originale a été consacrée au sein du nouvel article 1186 qui dispose ainsi : « un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît ».

Il est traditionnellement enseigné qu'à la différence de la nullité, la caducité n'a pas d'effet rétroactif : elle ne joue que pour l'avenir²⁴⁷. Un auteur en donne la raison : « la cause de la caducité étant postérieure à la formation du contrat, celui-ci cesse au jour de sa caducité, mais il reste valable pendant la période intermédiaire sauf indivisibilité »²⁴⁸. Sur ce point, l'article 1187 alimentera sans doute la controverse. Concernant les effets de la caducité, il pose un principe assorti d'une atténuation. Dans son alinéa 1^{er}, il pose un principe qui est que « la caducité met fin au contrat » ce qui semble exclure tout caractère rétroactif. Néanmoins, le second alinéa annonce un tempérament à ce

contrat 2018. 277 (caducité du contrat de crédit-bail, nouvelle conséquence de l'anéantissement de la vente du bien financé) ; Mekki, *Gaz. Pal.* 2017.129 ; Seube, *RDC* 2015. 769 ; Wicker, *JCP* 25 mai 2015, suppl. au n° 21, p. 32 (sanctions relatives à la formation du contrat). La notion de caducité demeure inconnue du droit libanais.

²⁴⁶ Il s'agissait ici de l'engagement à exécution successive d'un ex-époux qui devait payer à son ex-épouse la pension alimentaire destinée à assurer l'éducation et l'entretien de leur fils et dont la cause disparaît à partir du moment où l'enfant est à la charge exclusive de son père : *Cass. civ. 1^{re}*, 30 octobre 2008, n° 07-17.646 P : *D.* 2009. chron. C. cass. 753 obs. Creton ; *D.* 2008. AJ 2937 ; *JCP* 2009. II. 10000, note Houtclieff ; *Gaz. Pal.* 2009. 531, note Maréchal ; *D.* 2008. 2937, note P. Chauvin et C. Creton ; *LPA* 10 mars 2009, n° 49, 11, note Dissaux ; *RLDC* 2008/55, n° 3208, obs. Maugeri ; *ibid.* 2009/57, n° 3283, note Cermolacce ; *Defrénois* 2009. 671, obs. Libchaber ; *RDC* 2009. 49, obs. D. Mazeaud ; *RTDCiv.* 2009. 111, obs. Hauser ; *ibid.* 118, obs. Fages. Dans un autre arrêt, la Cour de Cassation a admis que le juge des référés doit rechercher, pour un contrat de maintenance, si l'évolution des circonstances économiques et notamment l'augmentation du coût des matières premières et des métaux et leur incidence sur celui des pièces de rechange n'avait pas eu pour effet, compte tenu du montant de la redevance, de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit : *Cass. com.* 29 juin 2010 ; *BICC* 15 novembre 2010, n° 1713, et les obs. ; *D.* 2010. 2481, note D. Mazeaud ; *ibid.* 2485, note Génicon ; *JCP* 2010, n° 1056, note Favario ; *ibid.* 2011, n° 63, obs. Ghestin ; *Defrénois* 2011. 811, obs. Seube ; *RDC* 2011. 34, obs. Savaux ; *RTDCiv.* 2010. 782, obs. Fages.

²⁴⁷ V. not. Y. Buffelan-Lanore, *op. cit.*, p. 161 ; M. Fabre-Magnan, *Les obligations* : PUF, coll. Thémis, 3^e éd., 2012, p. 462, citant *Com.* 22 mars 2011 : n° 09-16.660 ; *RDC* 2011. 826, obs. E. Savaux ; *D.* 2011. 2179, note A. Hontebeyrie.

²⁴⁸ A. Bénabent, *Droit des obligations*, 18^e éd. LGDJ, 2019 n° 201, p. 160. La jurisprudence est pourtant plus nuancée, attachant à la caducité les mêmes effets qu'une nullité, tout au moins lorsqu'elle frappe un contrat relevant d'un ensemble contractuel (*Cass. com.* 5 juin 2007 : n° 04-20.380 P).

principe et dispose qu'« elle peut donner lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9 ». Le choix des termes « elle *peut* donner lieu à restitution » alors que dans l'article 1178 sur la nullité il est énoncé que « les prestations exécutées *donnent* lieu à restitution » montre bien qu'il revient au juge d'adapter les effets de la caducité aux cas d'espèce et d'ordonner ou non la restitution et d'en fixer l'étendue²⁴⁹.

Le problème des restitutions ne se pose pas seulement quand un indu *ab initio* a été payé ou quand un contrat est anéanti. Il se pose aussi avec beaucoup d'acuité dans le cas où une décision judiciaire est annulée ou infirmée après avoir été exécutée.

C- Les restitutions consécutives à l'annulation ou à l'infirmité d'une décision de justice exécutée.

457. Les voies de recours qui constituent un moyen non seulement de remédier aux erreurs des juges, même les plus consciencieux, mais aussi d'assurer autant que possible une uniformité de l'interprétation et de l'application de la règle de droit pour plus d'égalité devant la justice, constituent une garantie fondamentale des droits des justiciables. Or voie de recours signifie possibilité de retournement de situation et la partie qui se voit créancière d'une condamnation donnée en sa faveur peut se voir destituée de son statut de vainqueur par une décision postérieure qui, parfois, peut tarder à arriver. Aucun problème ne se pose si pendant ce laps de temps, plus ou moins long, l'exécution de la première décision n'est pas poursuivie, soit parce que cette dernière n'est pas encore passible d'exécution, soit parce que le créancier vainqueur choisit de ne pas poursuivre l'exécution provisoire qui lui est pourtant ouverte. En revanche, des soucis peuvent apparaître quand l'exécution de la première décision est poursuivie alors qu'elle fait l'objet d'une voie de recours. Cela peut être le cas soit parce que le recours n'a pas un effet suspensif (il en est ainsi pour le pourvoi en cassation), soit parce que le créancier profite d'une exécution provisoire, situation qui est loin d'être rare en réalité et qui risque à l'avenir de prendre encore plus d'ampleur

²⁴⁹ Cette faculté était exprimée encore plus clairement dans l'article 89, *in fine*, du Projet Terré qui disposait que « la caducité produit effet, suivant les cas, rétroactivement ou pour l'avenir seulement ». (il en était de même à l'article 1131, al. 2, de l'avant-projet Catala).

avec la généralisation de l'exécution provisoire des décisions de première instance avec le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile²⁵⁰.

Le principe est que lorsqu'une décision de justice exécutée est anéantie par une décision ultérieure du fait de l'exercice d'une voie de recours, les choses doivent être remises en l'état de manière à effacer les effets de l'exécution poursuivie. Fut-ce en cas d'exécution définitive ou d'exécution provisoire, la décision qui anéantit le jugement de condamnation oblige à restitution celui qui a reçu paiement. La jurisprudence a toujours considéré que cet effet est attaché de plein droit à la décision d'anéantissement, laquelle, même en l'absence de condamnation spécifique sur ce point, constitue un titre exécutoire permettant de poursuivre directement la restitution du paiement reçu en vertu d'une exécution définitive²⁵¹ ou provisoire²⁵².

Si le principe de la restitution en cas d'annulation ou d'infirmité d'une décision judiciaire²⁵³ exécutée n'a jamais fait l'objet de discussion, la question qui a troublé la

²⁵⁰ Ce décret est venu établir en principe que les décisions de première instance sont de droit exécutoires à titre provisoire à moins que la loi ou la décision rendue n'en dispose autrement. Conformément au paragraphe II de l'article 55 du décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019, ces dispositions s'appliquent aux instances introduites devant les juridictions du premier degré à compter du 1^{er} janvier 2020.

²⁵¹ Cass. soc., 23 janvier 1969, Bull. civ. V, n° 45, à propos d'un arrêt de cassation ; V. aussi J. Boré, Rép. pr. civ. Dalloz, Pourvoi en cassation, n° 1625 ; O. Renard-Payen, J.-Cl. Procédure civile, Fasc. 798, n° 140. Il n'en n'est pas ainsi en droit libanais. En effet, l'article 733 du Code de procédure civile dispose clairement qu'en cas de cassation d'un arrêt d'appel le demandeur au pourvoi peut, dès que l'arrêt de cassation est rendu, demander la restitution des sommes qu'il avait payées en exécution de l'arrêt cassé. On en déduit que non seulement le créancier de la restitution doit demander cette restitution mais aussi que cette demande doit se faire après que la décision de la Cour de cassation ait été rendue.

²⁵² Cass. soc., 6 avril 1951, RTDCiv. 1951, p. 436, obs. R. Raynaud ; 27 février 1991, Gaz. Pal. 1991, 2, Pan. p. 220 ; CA Colmar, 9 oct. 1991, Rev. jur. Est 1991, p. 120: à propos d'arrêts d'infirmité de jugements rendus en premier ressort exécutés en vertu de l'exécution provisoire dont ils étaient assortis

²⁵³ En droit libanais, la distinction entre annulation et infirmité d'une décision de justice n'a aucune incidence pratique puisque, même quand la Cour d'appel annule le jugement de première instance pour irrégularité de la saisine des premiers juges elle met sa main sur le litige dans les faits et dans le droit et ne se contente pas de renvoyer les parties à mieux se pourvoir comme c'est le cas en droit français. Quel que soit le vice pour lequel elle annule le jugement, que ce soit un vice inhérent au jugement ou une irrégularité commise au cours de la procédure de première instance (méconnaissance d'un principe Fondamental de procédure affectant la régularité du jugement, contrariété totale entre motifs et dispositive, tenue irrégulière de l'audience, composition irrégulière du tribunal etc...), ou un vice dans le fond du jugement qui nécessite sa reformation partielle ou totale, on parle toujours en droit libanais d' "annulation du jugement" qui remet le litige devant la Cour d'appel pour en juger de nouveau dans les faits et dans le droit (article 659 du Code de procédure civile libanais). L'effet dévolutif de l'appel reste partiel et limité aux points que l'appel critique expressément ou implicitement et ceux qui en dépendent, sauf lorsque l'appel tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible (article 660 du Code de procédure civile)

jurisprudence et même opposé les juges du fond à la Cour de cassation était de savoir si, quand l'exécution a consisté en un paiement d'une somme d'argent, la restitution de la somme payée devait ou non être associée du paiement d'intérêts sur cette somme et à partir de quelle date. Outre le risque qu'il court de ne pas être rétabli dans ses droits en cas d'insolvabilité de son débiteur, le créancier se trouve dépourvu pour une période plus ou moins longue d'une somme qui lui appartenait. Peut-il alors, en plus de la restitution de cette somme, prétendre à des intérêts en compensation de la perte de jouissance qu'il a subie pendant cette période et à partir de quelle date ? Le choix du point de départ des intérêts revêt ici une importance majeure vu que « le sentiment de frustration sera souvent proportionnel au temps écoulé entre les deux décisions et le montant des intérêts contribuera à diminuer ou à accroître de degré d'insatisfaction »²⁵⁴.

En effet, comme il en est lorsqu'un indu a été payé ou qu'un contrat a été anéanti, la seule restitution de somme payée en exécution de la décision judiciaire annulée ou infirmée ne suffit pas à opérer un véritable « retour en arrière » comme il est souhaité.

§ 2- *L'impossibilité d'un retour complet au statu quo ante.*

458. Un voyage fictif dans le temps. À la suite du paiement d'un indu, de l'anéantissement, par définition rétroactif, du contrat nul, résolu ou caduc, et à la suite de l'infirmité ou de l'annulation d'une décision judiciaire exécutée, les parties devraient idéalement, moyennant la fiction qu'est la rétroactivité, voyager dans le temps et revenir dans la situation où elles se trouvaient avant d'avoir effectué le paiement, conclu l'acte litigieux ou avant que la décision infirmée ou annulée n'intervienne²⁵⁵. Or, en réalité, un tel retour complet au *statu quo ante* est le plus souvent impossible quelle que soit la domination que prétend exercer le droit sur le temps réel²⁵⁶. On pourrait, il est vrai, s'en rapprocher en ordonnant la restitution, en

²⁵⁴ Y. Picod, note sous Ass. plén., 3 mars 1995, Petites affiches, 27 déc. 1985, n° 155, p. 22.

²⁵⁵ L'article 240 du COC libanais consacre cette fiction au sujet de la résolution du contrat : « les choses doivent être remises en l'état où elles seraient si le contrat, aujourd'hui résolu, n'était jamais intervenu ».

²⁵⁶ Sur les rapports entre le droit et le temps v. l'excellent article de P. Hébraud, « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », Études offertes à Pierre Kayser, PUAM, 1979, t. 2.

nature ou en valeur, de ce qui a été fourni. Cependant, de telles restitutions, outre qu'elles sont limitées dans certains cas (comme en cas de résolution du contrat²⁵⁷) n'effacent pas complètement l'effet du temps. Lorsque, par exemple, la valeur des prestations a, pour une raison ou une autre, évolué considérablement à la hausse ou à la baisse depuis la date où elles ont été fournies, les restitutions procureront nécessairement un gain à l'une des parties ou feront subir une perte à l'autre. Ce problème peut notamment se poser, pour les créances de sommes d'argent, en cas de dépréciation monétaire et se pose alors la question de savoir si la restitution de ces créances est soumise au principe du valorisme ou à celui du nominalisme (A). En dehors de toute hypothèse de changement notable de la valeur de la monnaie, il est clair que, quand l'obligation exécutée était une obligation monétaire, le créancier de la restitution se retrouve dépourvu de la somme qui lui appartenait pendant une durée de temps qui peut être très longue ce qui rend la seule restitution de cette somme insuffisante pour remettre son patrimoine dans l'état où il était avant le paiement. Se pose alors la question des intérêts, fruits de la somme payée (B).

A- Nominalisme ou valorisme pour les créances de restitution de sommes d'argent ?

459. Un attachement au principe du nominalisme. La première question qui peut se poser est celle de savoir si la restitution d'une somme d'argent est soumise au nominalisme ou à celui du valorisme. Dans le premier cas, le restituant doit payer le montant nominal de la somme reçue donc sans considération de l'inflation. Dans le second cas, il doit payer la valeur de la monnaie actualisée au jour de la restitution. Sous l'empire des textes antérieurs, la jurisprudence française avait opté pour le nominalisme²⁵⁸. Le nouvel article 1352-6 du Code civil issu de l'ordonnance de 2016

²⁵⁷ V. *supra*, n° 455.

²⁵⁸ V. Cass. com., 29 février 1972, n° 69-14728 : Bull. civ. IV, n° 77 (nullité) ; Cass. 1^{re} civ., 19 mars 1996, n° 94-12760 : Bull. civ. I, n° 139 ; RTDCiv. 1996, p. 907, obs. J. Mestre (résolution) ; Cass. civ. 1^{re}, 7 avril 1998, n° 96-18790 : Bull. civ. I, n° 142 ; JCP G 1998, IV, 2301 RTDCiv. 1998, p. 905, obs. J. Mestre (résolution): « la cour d'appel (...) pour une créance d'argent, n'avait pas à se référer à la notion de dette de valeur ».

ne tranche pas expressément la question²⁵⁹ mais le principe du nominalisme peut se déduire de deux autres textes. Le premier est l'article 1352 du Code civil qui dispose que la valeur de la chose *autre qu'une somme d'argent*²⁶⁰ est estimée au jour de la restitution ce qui implique, *a contrario*, que la restitution d'une somme d'argent n'est pas soumise au valorisme²⁶¹. Il peut se déduire également de la règle générale prévue par l'article 1343, alinéa 1^{er} de ce code qui dispose que « le débiteur d'une obligation de somme d'argent se libère par le versement de son montant nominal »²⁶². Ce texte n'a pas d'équivalent en droit libanais mais les tribunaux appliquent le principe du nominalisme qui peut se déduire de l'article 299 du COC sans que ce principe ait été objet de discussions²⁶³. Or si la stabilité monétaire dont jouit jusqu'ici la France explique la limite de l'intérêt pratique de la question de la dévalorisation monétaire et l'effet que celle-ci peut avoir sur le poids financier réel de la dette, ce qui se passe au Liban depuis la fin de l'année 2019 avec la chute de la valeur réelle de la livre libanaise contre le dollar américain²⁶⁴ dans une société complètement dollarisée, et la multiplication exponentielle des litiges que ceci a entraîné entre les créanciers et les débiteurs montre bien l'importance pratique que le choix entre nominalisme et valorisme peut entraîner pour la stabilité des transactions monétaires et commerciales. Les cours d'appel libanaises comme la Cour de cassation ne se sont pas encore prononcées clairement sur la question. Les dettes libellées en livres libanaises continuent actuellement à être payées par le versement de leur montant nominal,

²⁵⁹ Cet article dispose que « la restitution d'une somme d'argent inclut les intérêts au taux légal et les taxes acquittées entre les mains de celui qui l'a reçue ».

²⁶⁰ Nous soulignons.

²⁶¹ O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article, 2^e éd. 2018, LexisNexis, n° 1, spéc. p. 823.

²⁶² G. Chantepie et M. Latina, La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, 2^e éd., Dalloz 2018, spéc. n° 1072 ; L. Andreu et N. Thomassin, Cours de droit des obligations, 3^e éd. 2018-2019, n° 40, spéc. n° 1783.

²⁶³ Cet article dispose que « le paiement doit porter sur la chose même qui était due ».

²⁶⁴ La valeur de la livre libanaise dans le marché est subitement passée de 1500 livres libanaises pour un dollar à la fin de l'année 2019 à environ 24000 livres libanaises pour un dollar au mois de juillet 2021 (il s'agit ici du taux de change réel du marché, non du taux de change officiel qui demeure, lui, inchangé). Restituer une somme de 150,000 livres libanaises payée indument avant la fin de l'année 2019 c'est pratiquement restituer au mois de juillet 2021 aux alentours de 6 dollars américains alors que cette somme valait 100 dollars lorsqu'elle a été payée.

quoique la valeur réelle de ce montant ait été divisé par environ 16 (un crédit mensuel de 3 millions de livres libanaises valait 2000 dollars en 2019 alors qu'il vaut au mois de juillet 2021 dans les 125 dollars).

460. Une restitution du montant nominal qui ne permet pas un véritable retour au *statu quo ante*. Pourtant, une véritable prise en compte du temps passé supposait que le législateur français consacre ouvertement en 2016 le principe du valorisme, la restitution d'une somme d'argent devant ainsi se faire en considération de la quantité de signes monétaires à rendre après actualisation au jour des restitutions surtout que ces restitutions interviennent le plus souvent longtemps après la disparition de l'obligation : « prendre en compte le temps passé – souhait des rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 – c'est calculer à nouveau le montant exact des sommes à rendre, en condamnant le principe du nominalisme monétaire pour préférer le mécanisme de la dette de valeur. D'évidence, le nombre d'unités monétaires à retourner ne peut pas être définitivement figé *ab initio* ; il varie jusqu'au jour des restitutions. Si l'acheteur d'un véhicule automobile restitue *l'usus*, le vendeur doit retourner une somme d'argent égale à la valeur du bien au jour de la restitution, en son état au jour de la vente »²⁶⁵. En effet, une restitution du montant nominal de la dette payée ne permet pas un véritable retour au *statu quo ante* surtout quand la valeur réelle des billets de banque ou des unités monétaires dont le nombre représente la dette change d'une manière significative. Pour équilibrer la charge de la dette, la valorisation de *l'usus*²⁶⁶, consacrée à l'article 1352-3 du Code civil²⁶⁷ devrait appeler, comme contrepartie, la possibilité de recourir à la dette de valeur en matière de restitutions de sommes d'argent.

Si le principe du nominalisme conserve aujourd'hui les faveurs du législateur français, l'effet du temps préjudiciable pour le créancier de la restitution ne pouvant

²⁶⁵ S. Mercoli, « Les accessoires de la restitution ou la recherche d'un improbable retour à l'équilibre », LPA 02 sep. 2016, n° 119k2, p.7.

²⁶⁶ *L'usus* a été inclus dans la restitution d'une chose depuis l'ordonnance de 2016, la règle de l'indemnisation au titre de la jouissance de la chose pendant la période intermédiaire par le débiteur étant présentée comme une des innovations les plus notables du chapitre consacré aux restitutions.

²⁶⁷ Cet article dispose que « La restitution inclut les fruits et la valeur de la jouissance que la chose a procurée. La valeur de la jouissance est évaluée par le juge au jour où il se prononce ».

donc pas être effacé par une revalorisation du montant même de la somme qu'il avait payée, la question se pose de savoir si le retour au *statu quo ante* pouvait être réalisé par l'octroi d'intérêts qui s'ajouteraient à cette somme.

B- Une restitution avec intérêts.

461. Des intérêts moratoires. Il était traditionnellement admis que, comme la restitution d'une chose autre qu'une somme d'argent s'étend aux fruits, la restitution d'une somme d'argent s'étend aux intérêts²⁶⁸ et le nouvel article 1352-6 du Code civil est venu consacrer expressément ce principe : « la restitution d'une somme d'argent inclut les intérêts au taux légal ». Par « intérêts » ne sont pas visés ici les intérêts rémunérateurs qui ont été payés *en exécution* du contrat ou de la décision judiciaire par la suite anéantis et qui doivent dès lors être restitués au même titre que le capital qui en forme l'assiette et selon les mêmes conditions, mais les intérêts qui *accompagnent* la restitution du capital (somme principale et intérêts) que le créancier avait payé en exécution du contrat ou de la décision judiciaire anéantis.

Par l'octroi de ces intérêts le législateur vise ainsi à parfaire, le plus possible, le retour au *statu quo ante* que devrait réaliser la restitution et pour lequel la restitution de la somme principale, à son montant nominal, ne suffit pas. « Même si le codificateur ne l'indique pas expressément, l'objectif consiste à replacer les parties dans un état le plus proche de leur situation originaire. Aussi bien, la restitution inclut-elle les fruits et s'ils ne se retrouvent pas en nature, selon une valeur estimée à la date du remboursement, suivant l'état de la chose au jour du paiement de l'obligation. La somme d'argent à restituer sera, quant à elle, majorée des intérêts au taux légal »²⁶⁹. Ces intérêts qui s'ajoutent au capital restitué ont ainsi pour but de compenser le retard dont souffre le créancier et qui trouve sa cause dans l'effacement rétroactif de l'obligation qu'il avait exécutée. Ils ne peuvent dès lors être qualifiés que de « moratoires » quoiqu'une partie de la doctrine, attachée à une conception trop étroite

²⁶⁸ H. Boucard, Les conséquences de l'anéantissement du contrat : restitutions et enrichissement sans cause (droit français), préc. n° 42, spéc. n° 15.

²⁶⁹ S. Mercoli, « Les accessoires de la restitution ou la recherche d'un improbable retour à l'équilibre », préc.

du retard analysé uniquement comme le retard imputable au débiteur, se refuse à considérer ces intérêts comme étant des intérêts moratoires et préfère les qualifier de « restitutoires »²⁷⁰.

462. Pour replacer les parties « dans un état le plus proche de leur situation originale » à défaut de pouvoir les mettre dans l'état exact où elles se trouvaient à l'origine, c'est-à-dire avant le paiement, les intérêts octroyés au taux légal devraient être bien dosés si l'on peut dire. La détermination de leur point de départ revêt dès lors une importance majeure puisque leur montant, et à partir de là le montant final de la dette de restitution, en dépend. La réponse n'est pas évidente puisque des considérations multiples rentrent en jeu, tant subjectives tenant à la recherche d'un compromis entre les droits du créancier et ceux du débiteur de la créance de restitution, qu'objectives liées à la volonté de réaliser un vrai retour au *statu quo ante*. Cette question des intérêts moratoires qui accompagnent la restitution du capital vient ainsi rajouter à « la brume de mystère [qui] flotte autour des restitutions consécutives à l'anéantissement rétroactif du contrat »²⁷¹ ou à l'annulation ou l'infirmité d'une décision judiciaire exécutée. Elle reste étroitement liée à une question théorique qui est celle du fondement juridique de l'obligation de restituer, et si la doctrine ainsi que la jurisprudence se sont toujours accordées pour voir dans cette obligation une conséquence nécessaire de la disparition de l'acte en vertu duquel la prestation avait été versée, un désaccord persistait sur son fondement juridique jusqu'à la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016.

Section 2- Le fondement juridique de l'obligation de restituer.

463. Antérieurement à la réforme introduite par l'ordonnance du 10 février 2016, et alors que le problème des restitutions consécutives à un paiement indu, à l'anéantissement d'un contrat ou d'une décision judiciaire exécutée se posait avec

²⁷⁰ V. David, thèse préc., n° 40 et s. Cet auteur reconnaît cependant que la distinction des intérêts moratoires et des intérêts restitutoires est « malaisée » (n° 61 et s.)

²⁷¹ Selon les termes de Ph. Stoffel-Munck, obs. sur Cass. civ. 1^{re}, 11 mars 2003 et Cass. civ. 3^e, 12 mars 2003, RDC, avr. 2004.265.

acuité dans la pratique, les restitutions ne bénéficiaient pas de textes clairs et précis dans le Code civil²⁷². La jurisprudence et la doctrine ont ainsi dû prendre en main la question et tenter de trouver un fondement adéquat à ces restitutions et l'une des questions pratiques qui se trouvaient intrinsèquement liées à cette recherche théorique était la question du cours des intérêts moratoires sur la créance de restitution (§1). Ayant fait l'objet de deux conceptions passablement éloignées dans les projets de réforme du droit des obligations, l'une subjective ou morale, l'autre objective ou matérielle, les restitutions finissent par entrer dans le Code civil par la grande porte avec l'ordonnance de 2016. Leur fondement est désormais légal avec toutefois une survie du critère de bonne foi autrefois dégagé par la jurisprudence et qui ne manque pas de se refléter sur la question des intérêts moratoires sur ces créances de restitution lorsqu'elles sont monétaires (§2).

§ 1- Les solutions antérieures à la réforme de 2016.

464. Jusqu'en 2016 doctrine et jurisprudence étaient hésitantes quant au fondement adéquat à adopter pour les restitutions, que ce soient celles consécutives à l'anéantissement d'un contrat ou encore celles consécutives à l'annulation ou à l'infirmité d'une décision judiciaire exécutée. La question n'était pas sans importance puisque le recours à un fondement spécifique devait nécessairement entraîner dans son sillage l'application du régime qui lui est propre et aucun fondement ne semblait pouvoir fournir l'habillage convenable à ces restitutions et justifier le cours des intérêts moratoires sur l'obligation de restitution à partir d'une date convenable aux yeux des juges du fond et de la Cour de cassation. En matière de restitutions

²⁷² Les restitutions ne sont pas régies par des textes spécifiques en droit libanais. La restitution est sous-entendue en cas de nullité ou de résolution du contrat. Elle a lieu aussi en cas d'enrichissement sans cause légitime (article 140 et s. COC) ou de paiement de l'indu (article 143 et s. COC). Les textes du Code de procédure civile libanais concernant les voies de recours ordinaires, c'est-à-dire l'opposition et l'appel (art. 613 et s.) ne comportent aucun texte concernant la restitution en cas d'annulation ou d'infirmité d'une décision de première instance exécutée. Par contre, en cas de cassation d'un arrêt d'appel, l'article 733 dispose clairement que les parties sont remises, pour les points sur lesquels a porté la cassation, en l'état où elles étaient avant que l'arrêt cassé ait été rendu. Le demandeur au pourvoi peut, dès que l'arrêt de cassation est rendu, demander la restitution des sommes qu'il avait payées en exécution de l'arrêt cassé (...) (ce texte a été ajouté à l'article 733 par l'Ordonnance législative n° 20-1985).

consécutives à l'anéantissement d'un contrat, doctrine et jurisprudence se sont retournées vers les quasi-contrats déjà bien connus du Code civil notamment la répétition de l'indu et l'enrichissement sans cause avec une nette préférence pour la première (A), alors qu'en matière de restitutions consécutives à l'annulation ou à l'infirmité d'une décision de justice exécutée seul l'ancien article 1153 du Code civil pouvait servir d'appui, quoique artificiel, aux solutions jurisprudentielles (B).

A- Un recours critiquable à la répétition de l'indu pour les restitutions consécutives à l'anéantissement d'un contrat.

465. Entre paiement de l'indu et enrichissement sans cause. La doctrine était divisée sur la question du fondement juridique de l'obligation de restitution suite à l'anéantissement d'un contrat. Alors que la majorité de la doctrine allait vers la répétition de l'indu²⁷³, le paiement qui était fondé initialement sur le contrat devenant sans fondement une fois ce contrat annulé, résolu ou déclaré caduc, certains auteurs ont préféré fonder l'obligation de restituer sur l'enrichissement sans cause et ont ainsi considéré que la disparition de la dette privait le paiement de sa cause ce qui fait que les hypothèses de résolution ou d'annulation doivent entrer dans le cadre des (anc.) articles 1131 et 1133 du Code civil et non dans celui des (anc.) articles 1376 et suivants²⁷⁴. C'est le fondement de la répétition de l'indu qui semble avoir eu les faveurs de la jurisprudence surtout quand l'obligation annulée consistait en une obligation de payer²⁷⁵.

²⁷³ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, Les obligations, vol. 2, Le fait juridique, Sirey, 15^e éd., 2020, n° 23 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, Les obligations, t.3, Régime général, préc., n° 283 et s. ; H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, Leçons de droit civil, t. 2, vol. 1, Obligations, Théorie générale, par F. Chabas : LGDJ, 9^e éd. 1998, n° 655 ; Ph. Malinvaud, Droit des obligations, Litec, 9^e éd. 2005, n° 758 ; A. Bénabent, Droit civil, Les Obligations, Montchrestien, 9^e éd., 2003, n° 223 et n° 471 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, Droit civil, Les obligations, préc., n° 1052 ; J. Carbonnier, Droit civil, t.4, Les obligations, préc., n°304 ; A. Sériaux, Droit des obligations, PUF, 2^e éd. 1998, n° 78, p. 306 ; E. Poisson-Drocourt, « Les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat », D. 1983, chr. 85, n° 40. Voir également les auteurs cités par C. Guelfucci-Thibierge, thèse préc., n° 638.

²⁷⁴ M. Planiol et G. Ripert, Traité élémentaire de droit civil, t. 2, LGDJ, 2^e éd. avec le concours de J. Boulanger, 1947, n° 1235.

²⁷⁵ Elle s'est appuyée quelques fois aussi sur l'enrichissement sans cause quand l'obligation annulée consistait en une obligation de faire : V. les arrêts cités par C. Guelfucci-Thibierge, thèse préc., n° 639.

Or les deux fondements, répétition de l'indu et enrichissement sans cause, sont tout autant critiquables et n'offrent « qu'un costume mal taillé pour habiller ces restitutions »²⁷⁶ ce qui a été critiqué par une troisième partie de la doctrine qui a préféré voir dans ces restitutions une simple conséquence de la nullité ou de la résolution²⁷⁷.

En effet, le recours au fondement de l'enrichissement sans cause devait nécessairement entraîner dans son sillage l'application du régime propre à ce mécanisme or les conditions et les effets en sont trop spécifiques pour pouvoir appréhender les restitutions consécutives à l'anéantissement du contrat : faute de l'appauvri, double plafond du montant de l'appauvrissement et de l'enrichissement, caractère subsidiaire de l'action de *in rem verso*... L'obligation de restitution, elle, est indifférente à l'absence de faute du créancier de cette obligation (l'appauvri) et le double plafond du montant de l'appauvrissement et de l'enrichissement se concilie mal avec l'objectif de restitution intégrale. De même, la demande de restitution suite à l'anéantissement du contrat n'a rien de subsidiaire.

Pareilles critiques pouvaient être émises à l'encontre du fondement du paiement de l'indu. D'une part, l'application du régime propre au paiement de l'indu implique nécessairement que le paiement n'ait pas eu de cause dès l'origine, dès la réception, or dans l'hypothèse de l'anéantissement d'un contrat le paiement avait à l'origine une cause et ce n'est que par la suite qu'il l'a perdue, soit du fait de la décision de justice qui prononce la nullité, la résolution ou la caducité du contrat, soit encore du fait de la réalisation d'une clause de résolution de plein droit. Certains auteurs parlent alors de paiement *devenu ultérieurement indu*²⁷⁸, ou encore d'un indu « *ex post facto* »²⁷⁹ et l'on perçoit dans ces formules même l'étirement artificiel qui est fait de la notion. D'autre part, la jurisprudence et la doctrine n'ont jamais subordonné les restitutions consécutives à l'anéantissement d'un contrat à la preuve d'une erreur de la part de celui

²⁷⁶ F. Gréau, thèse préc., n° 382.

²⁷⁷ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les Obligations*, préc., n° 1041 ; G. Marty. P. Raynaud et Ph. Jestaz, *Droit civil. Les obligations, Le régime*, tome 2, Sirey, 2^e éd. 1989, n° 233 ; C. Guelfucci-Thibierge, thèse préc., n° 641 et s. ; M. Malaurie-Vignal, thèse préc., p. 35 ; A. Bousiges, thèse préc., p. 42.

²⁷⁸ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *op. et loc. cit.*

²⁷⁹ J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 305.

qui a payé²⁸⁰ alors qu'une telle erreur était une condition de la mise en œuvre du mécanisme de la répétition de l'indu, l'ancien article 1376 du Code civil disposant que « celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu »²⁸¹. A cela on peut ajouter que le fondement de la répétition de l'indu qui semblait avoir la faveur de la jurisprudence²⁸² et de la doctrine ne permet pas d'expliquer pourquoi ces restitutions seraient dues de plein droit dès le prononcé de la résolution ou de l'annulation²⁸³ alors qu'une action en justice était nécessaire pour juger du bien-fondé d'une demande en répétition de l'indu.

466. Répétition de l'indu et élargissement artificiel de la mauvaise foi de l'accipiens. Fonder les restitutions consécutives à l'anéantissement d'un contrat sur la répétition de l'indu supposait donc un relâchement nécessaire mais critiquable de la notion et des conditions de sa mise en œuvre. Ce fondement a ainsi emporté naturellement l'application de l'(anc.) article 1378 du Code civil au départ des intérêts sur la somme versée en exécution du contrat anéanti ce qui a justifié l'idée que seul l'*accipiens* de mauvaise foi soit « tenu de restituer, tant le capital que les *intérêts* ou les fruits, *du jour du paiement* ». Il a ainsi été jugé que les juges du fond ne pouvaient faire courir les intérêts du jour du paiement sans rechercher si le débiteur était de bonne ou de mauvaise foi²⁸⁴, et que celui qui, de bonne foi, avait reçu une somme qui ne lui était pas due est obligé de la restituer avec les intérêts à compter de la demande ou du

²⁸⁰ La Cour de cassation avait d'ailleurs expressément écarté cette exigence par un arrêt de la 3^e chambre du 27 mars 1985, Bull. civ., III, n° 62.

²⁸¹ Il semble se dégager du dernier état de la jurisprudence sur la question que le *solvens* n'a pas à prouver son erreur lorsque l'indu est objectif (Cass. ass. plén., 2 avril 1993, n° 89-15.490 ; Cass. soc., 14 oct. 1993, n° 91-12.892 ; Cass. civ. 2^e, 4 mai 2004, n° 03-30.017 ; Cass. civ. 1^{re}, 16 mai 2006, n° 05-12.972) mais que cette preuve est en revanche toujours exigée lorsque le *solvens* a payé la dette d'autrui, c'est-à-dire lorsque l'*accipiens* était créancier (forme d'indu subjectif) : Cass. com. 5 mai 2004, n° 02-18.066.

²⁸² Cass. civ. 1^{re}, 8 juin 1983, Bull. civ. I, n° 172 ; RTDCiv. 1985. 168, obs. Mestre : Lorsqu'une personne a reçu des paiements de mauvaise foi, elle est tenue de restituer, outre le capital, les intérêts du jour de chaque paiement indûment perçu, sans que le créancier soit tenu de justifier d'un préjudice spécial. Dans le même sens, en cas de restitution du prix d'une vente annulée pour dol : Cass. com. 4 janvier 2000, n° 96-16.197, CCC 2000, no 79, note Leveneur.

²⁸³ Cass. civ. 3^e, 29 janvier 2003, n° 01-03.185 : JurisData n° 2003-017751 ; JCP G 2003, II, 10116, note Y.-M. Serinet ; RTDCiv. 2003, p. 501, note J. Mestre et B. Fages ; RJDA 2003, n° 373.

²⁸⁴ Cass. civ. 1^{re}, 4 octobre 1988 : Bull. civ. I, n° 273 ; D. 1989. somm. 231, obs. Aubert.

jour où il a cessé de posséder de bonne foi²⁸⁵. Or, la notion de mauvaise foi dans le contexte de l'anéantissement d'un contrat ne peut pas être la même que celle visée par l'(anc.) article 1378 pour faire courir les intérêts sur la créance du jour du paiement. En effet, dans le cadre du véritable indu, celui dont la cause est antérieure au paiement, la personne qui a reçu est de mauvaise foi quand elle reçoit sciemment tout en sachant que ce qu'elle reçoit ne lui est pas dû²⁸⁶, profitant ainsi de l'erreur de celui qui s'acquitte²⁸⁷. Par contre, dans le contexte de l'anéantissement rétroactif d'un contrat, le paiement n'était pas indu dès son occurrence mais il est devenu ultérieurement indu, et dès lors on a du mal à imaginer comment celui qui a reçu puisse être considéré de mauvaise foi au moment où il reçoit le paiement, sauf à étirer artificiellement la notion de mauvaise foi dans ce contexte pour y inclure *le seul fait de connaître l'existence du vice affectant le contrat*.

Cet élargissement artificiel de la notion de mauvaise foi de l'(anc.) article 1378 du Code civil pour l'appliquer à des situations pour lesquelles elle n'a naturellement pas vocation à s'appliquer devient encore plus incongru lorsqu'il est appliqué à la résolution du contrat. En effet, quand l'anéantissement du contrat est dû à son inexécution par l'une des parties non seulement la cause du paiement indu (la résolution) est postérieure au paiement mais aussi la cause de cette cause (c'est-à-dire l'inexécution qui est à l'origine de la résolution) et ne pouvait donc en aucun cas être connue par celui qui a reçu le paiement. Ceci n'a pas empêché la Cour de cassation, dans un arrêt du 26 janvier 1994, d'assimiler implicitement l'imputabilité de l'inexécution au débiteur à sa la mauvaise foi dans la réception bien que l'une n'ait pas grand-chose à voir avec l'autre. En effet la Cour approuve dans cet arrêt les juges du fond d'avoir fixé le départ des intérêts à compter de la demande en justice car l'acquéreur, créancier de la restitution du prix, « était seul responsable de cette

²⁸⁵ Cass. civ. 1^{re}, 22 mars 2005, n° 01-11.762 P.

²⁸⁶ R. Perrot, Les intérêts, préc., n° 45 ; A. Bénabent, Droit civil, Les Obligations, Montchrestien, 9^e éd., 2003, n° 479 ; J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 303 ; J. Flour., J.-L. et E. Savaux, *op. cit.*, n° 29 (le payé est de bonne ou de mauvaise foi « suivant qu'il a cru que le paiement était régulier ou qu'il en a connu l'irrégularité »).

²⁸⁷ Cass. com., juillet 1991, Bull. civ., IV, n° 247 ; Cass. civ. 1^{re}, 26 avril 1988, Bull. Civ., I, n° 118.

résolution »²⁸⁸, ce qui laisse comprendre, *a contrario*, que si le vendeur avait été seul reconnu responsable de la résolution le point de départ des intérêts sur la créance de restitution du prix aurait été fixé au jour du paiement du prix²⁸⁹.

467. Recours critiquable à l'(anc.) article 1153 pour l'*accipiens* de bonne foi. Même avec un élargissement artificiel de la notion de mauvaise foi de l'*accipiens*, l'application du texte de l'(anc.) article 1378 aux créances de restitutions suite à l'anéantissement d'un contrat n'avait pas pu couvrir tous les cas de figures qui se posaient dans la pratique. Il n'était ainsi d'aucun secours dans le cas contraire c'est-à-dire quand l'*accipiens* était de bonne foi et pouvait même suggérer, si ce texte était interprété à la lettre, que ce dernier ne devait aucun intérêt et serait seulement tenu à la restitution de la somme²⁹⁰. La jurisprudence ne s'est pourtant pas laissée tenter par une pareille solution, visiblement trop défavorable au créancier de la restitution, et a choisi alors de se fonder, dans le cas où l'*accipiens* était de bonne foi, et comme il en est dans le cadre classique de la répétition de l'indu²⁹¹, sur l'(anc.) article 1153 du Code civil, assimilant ainsi implicitement l'obligation de restituer à une obligation de somme d'argent, pour faire courir les intérêts à compter de la sommation de payer formalisée

²⁸⁸ Cass. civ. 3^e, 26 janvier 1994, Contrats conc. consom. 1994, n°133 (2^e esp.), note Leveneur.

²⁸⁹ En ce sens : L. Leveneur, note préc. V. aussi implicitement dans le même sens : Cass. civ. 3^e, 7 novembre 1968, Bull. civ., III, n°448.

²⁹⁰ En ce sens : A. Bénabent, *op. cit.*, n° 479

²⁹¹ L'Assemblée plénière avait ainsi depuis 1993 considéré, dans le cadre de l'application plus classique de la répétition de l'indu, que celui qui de bonne foi a reçu une somme qui ne lui était pas due est obligé de la restituer avec les intérêts moratoires du jour de la demande dès lors que le montant de cette somme peut être déterminé par l'application de dispositions légales ou réglementaires ou par convention : Cass., ass. plén., 2 avril 1993, n° 89-15.490 P: R., p. 326 ; GAJC, 11^e éd., n° 226 ; D. 1993. 373, concl. Jéol ; D. 1994. somm. 14, obs. Aubert ; JCP 1993. II. 22051, concl. Jéol ; Gaz. Pal. 1993. 2. 560, concl. Jéol ; RTDCiv. 1993. 820, obs. Mestre ; Cass. soc. 27 juin 1996, n° 94-10.982 P: JCP 1996. I. 3983, n° 17, obs. Billiau (contestation par l'employeur des sommes dues rendant les caisses de mauvaise foi ainsi que, par contrecoup, l'URSSAF, qui n'est que leur mandataire légal) ; Soc. 30 mai 2002, n° 00-18.616 P: R., p. 400 (même solution) ; Cass. soc. 7 avril 1994, n° 91-21.147 P (intérêts dus du jour du paiement, l'organisme créancier sachant sa créance contestée et en ayant néanmoins poursuivi le recouvrement à ses risques et périls), Cass. civ. 1^{re}, 13 décembre 1988, Bull. civ., I, n° 354 ; Rép. Def. 1989.768, n° 60, obs. J.-L. Aubert ; Cass. civ. 3^e, 12 février 1985: Bull. civ. III, n° 30 (il résulte de la combinaison des art. 1153 anc. et 1378 anc. que celui qui est condamné à restituer une somme indûment perçue doit les intérêts du jour de la demande s'il était de bonne foi et du jour du paiement s'il ne l'était pas).

par la demande en justice²⁹². Pour justifier le départ des intérêts seulement à compter de la demande en justice en présence d'un *accipiens* de bonne foi, certains auteurs avaient considéré qu'une interprétation *a contrario* de l'article 1378 du Code civil permettait de considérer que la bonne foi cessait au jour de la demande²⁹³, cette solution étant en quelque sorte une « extension » des (anc.) articles 549 et 550 du Code civil²⁹⁴. Or, il est visiblement contestable d'arguer de la disparition de la bonne foi à compter de la simple demande en restitution puisque seule la décision judiciaire permet effectivement à l'accipiens de prendre connaissance de la disparition du titre qui fondait autrefois le paiement. Un auteur a ainsi vivement critiqué ce fondement « artificiel de l'article 1153 », « sorti de son contexte et érigé au rang de disposition générale consacrant un droit aux intérêts moratoires dans toutes les hypothèses où aucun texte spécial ne vient appuyer l'octroi de ces intérêts » alors que « l'unique objet de ce texte est pourtant de régler les conséquences du retard de paiement d'une obligation de somme d'argent, c'est-à-dire d'une obligation exprimée dès l'origine sous forme monétaire et dont l'exigibilité – doublée de la demeure du débiteur – justifie qu'elle soit productive d'intérêts moratoires »²⁹⁵. L'obligation de restituer, non seulement n'est pas de nature contractuelle, mais aussi et surtout n'existe et ne devient exigible qu'à compter de la décision qui prononce l'annulation ou la résolution du contrat ou de la date à laquelle prend effet une clause résolutoire de plein droit²⁹⁶.

²⁹² Cass. civ. 1^{re}, 18 septembre 2008, n° 07-19.769 ; Cass. civ. 3^e, 7 juillet 2004, n° 01-17.446, Bull. civ. III, n° 150 ; Cass. civ. 1^{re}, 15 juin 2004, n° 00-20.303 ; Cass. com., 13 mai 2003, pourvoi n° 00-22.284 ; Cass. civ. 1^{re}, 26 novembre 2002, Bull. civ., I, n° 289 ; JCP 2003, IV, 1125 ; Cass. civ. 3^e, 21 février 2001, pourvoi n° 99-11.188 ; Cass. com., 17 octobre 1995, Bull. civ. IV, n° 244 ; Cass. civ. 3^e, 20 mars 1991, Resp. civ. Et assur. 1991, n° 236 ; Cass. civ. 1^{re}, 4 mai 1982, Bull. civ. I, n° 154 ; Rép. Def. 1983.785, n° 51, obs. J.-L. Aubert., JCP 1982, IV, 247 ; Cass. civ. 3^e, 4 février 1981, Bull. civ., III, n° 24 ; Cass. civ. 1^{re}, 27 avril 1976, Bull. civ., I, n° 14 ; JCP 1977, II, 18635, note J. H.

²⁹³ J.-L. Aubert, obs. sur Cass. civ. 1^{re}, 4 mai 1982, préc. ; Y.-M. Serinet, art. préc., n° 66. En ce sens, retenant la mauvaise foi du créancier à compter de la sommation interpellative ayant conduit à la nullité du contrat : Cass. com., 12 novembre 1979, Bull. civ., IV, n° 286.

²⁹⁴ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, Droit civil, Les obligations, préc., n° 426.

²⁹⁵ F. Gréau, thèse préc., n° 381.

²⁹⁶ D'autres auteurs ont eux aussi exprimé leur étonnement de l'application d'une règle gouvernant l'inexécution des obligations conventionnelles aux restitutions qui font suite à l'annulation d'un contrat. V. notamment J.-L. Aubert, obs. sur Cass. civ. 1^{re}, 4 mai 1982, préc. ; C. Guelfucci-Thibierge, thèse préc., n° 655 et note n° 80 ; V. David, thèse préc., n° 63 qui dénonce « l'hégémonie » de l'article 1153 ».

Il est clair que par ce recours artificiel à l'(anc.) article 1153 la Cour de cassation a voulu justifier le cours des intérêts moratoires sur l'obligation de restitution à une date antérieure à la décision judiciaire prononçant la nullité, la résolution ou la caducité du contrat, et ceci même dans l'hypothèse où le débiteur de cette obligation ne serait pas de mauvaise foi et que l'article 1378 n'aurait donc pas vocation à s'appliquer. Aurait-elle ainsi pressenti, sans le dire, la nécessité de prendre en compte le retard objectif subi par le créancier de la restitution durant toute la période où il a été dépourvu de la somme ? On peut le penser mais rien ne permet encore de l'affirmer.

La maladresse du procédé utilisé n'en n'est pas moins visible et devient encore plus flagrante quand on voit que la Cour de cassation s'est appuyée sur le même texte, l'ancien article 1153 du Code civil, dans une situation très similaire, celle des créances de restitution consécutives à l'annulation ou l'infirmité d'une décision de justice, pour en arriver à une solution très différente et décider que les intérêts sur ces créances doivent courir cette fois-ci, non à compter de la demande en justice, mais à compter de la notification de la décision ouvrant droit à la restitution. Mue par une volonté de valorisation des titres exécutoires, la Cour de cassation va ainsi visiblement à l'encontre de l'objectif de retour au *statu quo ante* lorsque, moyennant une application fragmentaire de l'(anc.) article 1153 du Code civil, elle reporte le point de départ des intérêts sur les créances de restitution consécutives à l'annulation ou à l'infirmité d'une décision de justice exécutée à une date postérieure au prononcé de la décision ouvrant droit à la restitution.

B- Un dévoiement de l'(anc.) article 1153 du Code civil pour les restitutions consécutives à l'annulation ou à l'infirmité d'une décision de justice exécutée.

468. Une application de la répétition de l'indu. L'obligation de restitution imposée à celui ayant obtenu un paiement en exécution d'une décision par la suite infirmée ou annulée avait été appréhendée au départ par la jurisprudence, comme pour les restitutions consécutives à l'anéantissement d'un contrat, à travers la notion de la répétition de l'indu. En effet, dès le début du XIXe siècle, la Cour de cassation s'est placée sur le terrain de l'(anc.) article 1378 du Code civil pour refuser d'octroyer au créancier de la restitution des intérêts sur la somme à restituer à compter du paiement

au motif que le débiteur de la restitution ne saurait être assimilé à un débiteur de mauvaise foi dès lors qu'il disposait d'un titre exécutoire légitime accordé par une décision judiciaire²⁹⁷. C'est pourtant la solution diamétralement opposée qu'elle adoptera des années plus tard quand elle considèrera, sans affirmer expressément dans son arrêt que le débiteur de la restitution était de mauvaise foi, que celui qui obtient l'exécution d'un arrêt d'appel dont l'existence était menacée par la réserve expresse de la partie déboutée de se pourvoir en cassation *le fait à ses risques et périls* et doit alors réparer le préjudice subi par le créancier de la restitution par une indemnité qui consiste en des intérêts ordinaires à compter du paiement²⁹⁸.

469. Distinction entre décisions devenues exécutoires après épuisement des voies de recours ordinaires et décisions assorties de l'exécution provisoire.

Consciente sans doute de la faiblesse d'un raisonnement basé sur la mauvaise foi ou sur la faute de celui qui a poursuivi l'exécution d'un titre légitime, la Cour de cassation a par la suite tenté d'affiner ce raisonnement en introduisant une distinction entre les décisions devenues exécutoires après épuisement des voies de recours ordinaires (appel ou opposition) et celles assorties de l'exécution provisoire par décision du juge ou en application d'une disposition légale. Elle a ainsi considéré que le jugement assorti de l'exécution provisoire, quoi qu'il permette de poursuivre légitimement l'exécution, est empreint d'une certaine précarité puisqu'il reste, totalement ou partiellement, menacé par les résultats éventuels de l'appel et elle a ainsi décidé, sur le fondement de l'(anc.) article 1378 du Code civil, que la partie qui se fait payer une somme « en exécution d'un jugement exposé aux résultats éventuels de l'appel et, par conséquent, en vertu d'un titre litigieux, est censée connaître les vices de ce titre, et ne peut, dès lors, être

²⁹⁷ Cass. civ., 15 janvier 1812, S. 1812, (1^{re} série, 4^e vol., p.6).

²⁹⁸ Cass. civ., 11 novembre 1828 (1^{re} série, 9^e vol., p. 178). Notons que le droit libanais a explicitement exclu toute référence à une quelconque faute de la part de la partie qui a demandé et obtenu l'exécution d'un arrêt d'appel avant que ce dernier soit cassé. En effet, l'article 733 du Code de procédure civile dispose clairement qu'en cas de cassation d'un arrêt d'appel le demandeur au pourvoi peut, dès que l'arrêt de cassation est rendu, demander la restitution des sommes qu'il avait payées en exécution de l'arrêt cassé *sans qu'il ne soit imputé au défendeur au pourvoi une quelconque faute à cause de l'exécution*. (nous soulignons).

assimilée à celui qui a reçu de bonne foi un capital indument payé »²⁹⁹. Elle a par la suite tenté de s'éloigner de la contradiction à laquelle menait cette assimilation du débiteur de la restitution à un *accipiens* de mauvaise foi alors que c'est du juge ou de la loi que celui-ci avait obtenu l'autorisation de recevoir le paiement avant l'épuisement des voies de recours ordinaires et elle a ainsi préféré fonder le droit du créancier de la restitution aux intérêts à compter du paiement uniquement sur l'idée que l'exécution provisoire, quand elle a lieu, se fait nécessairement aux risques et périls de son bénéficiaire³⁰⁰. Si cette nouvelle position ne fait plus référence expresse à la mauvaise foi du débiteur de la restitution l'idée que l'aboutissement de l'appel entraîne sa responsabilité reste sous-jacente : l'exécution d'une décision soumise à une voie de recours ordinaire révèle en elle-même une faute d'imprudence qui est la cause du préjudice du créancier de la restitution.

470. Restitutions consécutives à l'exercice d'une voie de recours extraordinaire³⁰¹. Hormis quelques exceptions³⁰², le pourvoi en cassation n'a pas d'effet suspensif. Les décisions rendues en dernier ressort peuvent être exécutées immédiatement. L'exécution de la décision attaquée est même, depuis un décret du 20 juillet 1989, une condition de l'examen du pourvoi : en effet, l'article 1009-1 CPC dispose que « hors les matières où le pourvoi empêche l'exécution de la décision attaquée, le premier président ou son délégué décide, à la demande du défendeur et après avoir recueilli l'avis du procureur général et les observations des parties, la radiation d'une affaire lorsque le demandeur ne justifie pas avoir exécuté la décision frappée de pourvoi, à moins qu'il ne lui apparaisse que l'exécution serait de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives ou que le demandeur est dans

²⁹⁹ Cass. civ., 28 juillet 1886, DP 1887.1.39. Dans le même sens : Cass. req., 11 juin 1903, DP 1904.1.612.

³⁰⁰ Cass. civ., 3^e, 14 novembre 1985, Gaz. Pal. 1986.1, somm.330, obs. S. Guinchard et Th. Moussa.

³⁰¹ Il s'agit du pourvoi en cassation, de la tierce-opposition et du recours en révision mais la jurisprudence porte dans sa majeure partie sur les effets de la cassation.

³⁰² Comme en matière de divorce (art. 1186 CPC, anc. Art. 1121) ou de nationalité (art. 1045 CPC).

l'impossibilité d'exécuter la décision. »³⁰³. Une ordonnance du 24 janvier 1990 précise que l'objectif de cette sanction est de rappeler le caractère extraordinaire du recours en cassation et d'assurer l'effectivité de la décision de justice exécutoire³⁰⁴.

Contrairement à la solution adoptée en matière d'exécution provisoire d'une décision de première instance, la Cour de cassation considère dès 1839 que celui qui obtient l'exécution d'un arrêt d'appel, alors même que son adversaire l'avait informé de son intention de former un pourvoi en cassation « ne se rend coupable ni de faute ni de mauvaise foi et qu'il fait un usage légitime d'un arrêt émané d'une Cour souveraine ». Dès lors, en cas d'infirmité de cet arrêt il ne saurait être tenu aux intérêts sur la somme à restituer à compter du paiement sauf à violer les articles 1378 ou 1382³⁰⁵. Avec cette affirmation de la légitimité de l'exécution de la décision attaquée et de l'absence de faute ou de mauvaise foi de la part de celui qui a reçu l'exécution, on aurait pu s'attendre à ce que la Cour de cassation fixe le point de départ des intérêts sur la somme à restituer à une date postérieure à la date de la décision de cassation. Il n'en est rien. La Cour de cassation fixe le départ des intérêts au jour de la signification de l'arrêt de la Chambre des requêtes qui admet le pourvoi³⁰⁶ et porte ainsi à la connaissance du défendeur au pourvoi « les vices reprochés à l'arrêt qui lui sert de titre »³⁰⁷. La signification de l'arrêt d'admission rendu par la Chambre des requêtes,

³⁰³ Notons que depuis le décret 2005-1678 du 28 décembre 2005 cette règle a été étendue à l'exécution provisoire des décisions de première instance (art. 526 CPC) : « Lorsque l'exécution provisoire est de droit ou a été ordonnée, le premier président ou, dès qu'il est saisi, le conseiller de la mise en état peut, en cas d'appel, décider, à la demande de l'intimé et après avoir recueilli les observations des parties, la radiation du rôle de l'affaire lorsque l'appelant ne justifie pas avoir exécuté la décision frappée d'appel ou avoir procédé à la consignation autorisée dans les conditions prévues à l'article 521, à moins qu'il lui apparaisse que l'exécution serait de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives ou que l'appelant est dans l'impossibilité d'exécuter la décision. » Sur cette sanction, v. J. et L. Boré, La cassation en matière civile, préc., n° 101.81 et s.

³⁰⁴ Cass. Ord. 1^{er} prés., 24 janvier 1990, D. 1990.322, note J.-Y. Plouvin. Une autre ordonnance (Cass. Ord., 1^{er} prés., 9 février 2000, Bull. civ., n° 1 et 2) précise que pour bénéficier de l'exception tirée des conséquences manifestement excessives, il faut pouvoir justifier de ces conséquences.

³⁰⁵ Cass. civ., 29 avril 1839, S. 1839.1.375. Dans le même sens Cass. req., 27 novembre 1867, DP 1868.1.267 ; S. 1868.1.119 (le poursuivant « ne fait qu'user d'un droit légitime autant qu'incontestable »).

³⁰⁶ Avant 1947 le pourvoi en matière civile était porté devant la Chambre des requêtes qui, si elle l'estime digne d'intérêt, rendait un arrêt d'admission par lequel était saisie la chambre civile.

³⁰⁷ Cass. civ., 29 avril 1839, préc. ; Cass. civ., 16 février 1857, DP 1857.1.70 ; Cass. req. 27 novembre 1867, préc. ; Cass. req., 15 mai 1923, S. 1924.1.123.

assimilé à une demande en justice, marque ainsi la disparition de la bonne foi du défendeur au pourvoi. Cette solution sera maintenue après la suppression de la Chambre des requêtes mais désormais les arrêts font référence à « la demande en justice »³⁰⁸. La Cour de cassation maintiendra ainsi sa position dans plusieurs décisions où elle considère que le bénéficiaire du titre judiciaire qui en poursuit l'exécution agit à ses propres risques et périls et que l'annulation de ce titre l'oblige alors à réparer le préjudice causé par cette exécution³⁰⁹ ainsi qu'au paiement des intérêts à compter de la demande en justice lorsque la restitution porte sur un capital³¹⁰. Elle poursuivra dans cette logique même après la loi du 3 juillet 1967 relative à la Cour de cassation dont l'article 19 précise pourtant dans son alinéa second que l'exécution de la décision attaquée « ne pourra donner lieu qu'à restitution ; elle ne pourra en aucun cas être imputée à faute », et considère ainsi dans un arrêt du 21 novembre 1979³¹¹ que les intérêts doivent courir à compter de la dénonciation du pourvoi en cassation valant assignation, acte qui aurait averti le défendeur du risque d'une éventuelle restitution.

471. Un raisonnement critiquable en termes de bonne et mauvaise foi. Le raisonnement, qui s'effectue toujours en termes de bonne et de mauvaise foi, ne diffère donc que peu de celui suivi par la jurisprudence pour les décisions de première instance associées de l'exécution provisoire, à une seule nuance près c'est que pour ces dernières la mauvaise foi du débiteur de la restitution est supposée dès le jour où il reçoit le paiement alors qu'il ne commence à être considéré de mauvaise foi quand il s'agit d'une décision rendue en dernier ressort que du jour de la demande en justice.

La contradiction est pourtant visible : comment peut-on considérer que celui qui obtient l'exécution d'un arrêt d'appel ne se rend coupable ni de faute ni de mauvaise foi et fait un usage légitime d'un arrêt rendu en dernier ressort pour juste après

³⁰⁸ Cass. civ. 2^e, 12 juin 1963, Bull. civ., II, n° 441 ; JCP 1963, IV, 101.

³⁰⁹ Cass. soc., 19 juillet 1951, Bull. civ., III, n° 584 ; Cass. civ. 2^e, 15 janvier 1954, Bull. civ., II, n° 14 ; 9 juillet 1958, *ibid*, n° 513, D. 1958, somm. 152 ; Gaz. Pal. 1958.2.193 ; Cass. civ. 2^e, 8 décembre 1960, Bull. civ., II, n° 755 ; 14 février 1963, *ibid*, n° 149. Sur cette jurisprudence v. J. et L. Boré, *op. cit.*, n° 101.44 et J.-C. Woog, thèse préc., n° 17, p. 21 et s.

³¹⁰ Cass. civ. 2^e, 12 juin 1963, préc. Cet arrêt précise que les intérêts légaux permettent de réparer « l'entier préjudice » souffert du fait de cette exécution.

³¹¹ Cass. soc., 21 novembre 1979, Bull. civ., V, n°870 ; Gaz. Pal. 1980.1.158, note J. Viatte.

considérer qu'il devient de mauvaise foi à compter d'une date antérieure à celle où la Cour de cassation se prononce sur le bien-fondé de cet arrêt et donc avant même la naissance de l'obligation de restituer ? comment celui qui a reçu un paiement ordonné par la cour d'appel devient-il de mauvaise foi pendant ce laps de temps ? Le raisonnement montre toute son incongruité dans les décisions qui considèrent le débiteur de la restitution de mauvaise foi alors même que son titre n'a été que partiellement infirmé en appel et que le principe de la condamnation a été confirmé mais le montant de l'indemnité diminué³¹². On ne voit pas en quoi aurait pu consister sa mauvaise foi dans cette hypothèse. S'agit-il de lui reprocher de ne pas avoir préalablement deviné que la Cour d'appel allait lui donner raison tout en diminuant le montant de la somme qui lui a été allouée ?!

En réalité, que la décision ait été rendue en dernier ressort ou qu'elle ait été rendue en premier ressort et assortie de l'exécution provisoire, son exécution résulte dans les deux cas d'un titre légitime, « d'un bénéfice légal et d'une permission légale expresse »³¹³, qui continue à exister jusqu'à décision contraire de la juridiction supérieure. Considérer alors celui qui a obtenu légitimement l'exécution comme étant fautif ou de mauvaise foi à compter du paiement, ou même à compter de la demande en justice, c'est porter une atteinte frontale à la force exécutoire des décisions de justice. C'est dire que l'infirmité de la décision par les juges d'appel ou sa censure par la Cour de cassation est chose prévisible et que celui qui a obtenu l'exécution est simplement fautif de ne pas l'avoir prévu et de ne pas s'être abstenu de demander l'exécution qui lui a été accordée par le juge ou par le législateur. En d'autres termes c'est demander à celui qui bénéficie d'une décision exécutoire d'être « juge et du législateur et de ses propres juges »³¹⁴ !

Ces contradictions montrent bien que pour les restitutions consécutives à l'annulation ou à l'infirmité d'une décision de justice tout raisonnement en termes de mauvaise foi ou de faute de la part de celui qui a poursuivi l'exécution, provisoire ou non, devrait être écarté : « au fond, si faute il y a, elle est moins celle de la partie

³¹² Cass. req., 11 juin 1903, DP 1904.1.612 ; Paris 27 octobre 1910, S. 1911.2.119.

³¹³ G. Bolard, note sous Cass. civ. 2^e, 9 novembre 1983, D. 1985.318, p. 321.

³¹⁴ G. Bolard, note préc., p. 320.

qui use d'un droit légitime que celle de l'institution judiciaire qui lui a octroyé un titre exécutoire pour ensuite se rétracter »³¹⁵.

472. Recours à l'(anc.) article 1153 du Code civil et rupture théorique avec le raisonnement en termes de bonne et mauvaise foi. Certes consciente de l'inadéquation du raisonnement qui se fonde sur la faute ou la mauvaise foi de celui qui a légitimement poursuivi l'exécution de la décision judiciaire, alors que le contentieux sur l'étendue des restitutions prenait de plus en plus d'ampleur avec la généralisation accrue de l'exécution provisoire, la Cour de cassation ne rompra pourtant clairement avec ce raisonnement qu'avec un arrêt de la 2^e chambre civile du 9 novembre 1983 rendu à propos de l'exécution d'une décision rendue en dernier ressort. Dans cet arrêt, elle rejette formellement le fondement de la répétition de l'indu et approuve les juges du fond d'avoir décidé que « jusqu'à l'arrêt de cassation [le débiteur de la restitution] détenait en vertu d'un titre exécutoire le montant de la condamnation prononcée à son profit contre [le créancier de la restitution] et que postérieurement à l'arrêt il ne pouvait être tenu, son titre ayant disparu, qu'à restitution selon les principes énoncés à l'article 1153 al. 3 du Code civil », en l'espèce à compter des conclusions valant mise en demeure devant la cour de renvoi³¹⁶.

Cette solution ne sera pas immédiatement adoptée pour l'infirmité ou l'annulation d'une décision assortie de l'exécution provisoire. En effet, même après l'arrêt de 1983, la 3^e chambre civile de la Cour de cassation s'est prononcée de nouveau en faveur du départ des intérêts à compter du *paiement* de la somme au motif que l'exécution provisoire se fait aux risques et périls de son bénéficiaire³¹⁷. Il faudra attendre deux arrêts de 1987³¹⁸ pour voir consacrée, en matière de décisions associées de l'exécution provisoire, une solution similaire à celle adoptée en 1983 pour

³¹⁵ F. Gréau, thèse préc., n° 395.

³¹⁶ Cass. civ. 2^e, 9 novembre 1983, Bull. civ., II, n° 173 ; D. 1985.318, note G. Bolard ; Gaz. Pal. 1984.1, somm.69, obs. S. Guinchard. Dans le même sens deux années plus tard : Cass. soc., 17 janvier 1985, Bull. civ., V, n° 45 ; Gaz. Pal. 1985.2, pan.149, obs. S. Guinchard et Th. Moussa.

³¹⁷ Cass. civ. 3^e, 14 novembre 1985, Gaz. Pal. 1986.1, somm.330, obs. S. Guinchard et Th. Moussa.

³¹⁸ Cass. soc., 16 juillet 1987, Bull. civ., V, n° 484, JCP 1987, IV, 340, Gaz. Pal. 1987.2, pan.233 ; Cass. civ. 3^e, 9 décembre 1987, Bull. civ., III, n° 200 ; JCP 1988, IV, 66 ; Gaz. Pal. 1988.1, pan.44. Sur ces deux arrêts, v. les observations de M. Perrot. RTDCiv. 1988.402, n° 9.

l'exécution d'une décision rendue en dernier ressort. Dans ces deux arrêts la Cour de cassation a enfin considéré que, jusqu'à l'arrêt infirmatif, la partie qui détient en vertu d'un titre exécutoire le montant des condamnations prononcées à son profit ne peut être jugée de mauvaise foi, et postérieurement à cette infirmation (notons bien : *postérieurement*), elle ne peut être tenue aux intérêts qu'en application de l'article 1153 al.3.

La rupture avec le raisonnement en termes de bonne et de mauvaise foi de celui qui doit restituer n'est toutefois qu'apparente. En effet, on ne peut pas s'empêcher de remarquer que, pour décider si des intérêts sur la somme à restituer sont dus ou non, et à partir de quelle date ils sont dus, le raisonnement de la Cour de cassation se fait inmanquablement en termes de responsabilité. Le fondement de la faute et de la responsabilité pour faute reste ainsi au cœur de la question du règlement des effets de l'annulation ou de l'infirmation d'une décision de justice et si la Cour de cassation juge que l'exécution d'une décision faisant l'objet d'un pourvoi en cassation a pour seule conséquence la restitution des sommes versées c'est parce *qu'elle ne peut être imputée à faute*³¹⁹. Toutefois, ce que les arrêts de 1983, pour les décisions rendues en dernier ressort, et ceux de 1987, pour les décisions associées de l'exécution provisoire opèrent, c'est un renversement de la solution à laquelle avait auparavant abouti ce raisonnement en termes de responsabilité. En effet, la Cour de cassation considère dans ces arrêts qu'il y a *absence* de faute et *absence* de mauvaise foi de la part de celui qui a bénéficié de l'exécution jusqu'à la réunion de deux événements : l'infirmation de la décision *et* sa mise en demeure de devoir restituer, d'où l'écart de tout cours rétroactif des intérêts à une date antérieure à la réunion de ces deux événements. « La jurisprudence (...) reporte sur les justiciables une responsabilité qui devrait normalement lui être imputée » relève pertinemment à ce sujet un auteur³²⁰, « d'autant plus qu'il n'existe aucune caisse de solidarité nationale susceptible d'indemniser le justiciable qui n'est pas parvenu à obtenir le remboursement de la prestation versée »³²¹ et que la

³¹⁹ Cass. civ. 3^e, 24 novembre 1999, Bull. civ., III, n° 220, 4 octobre 1995, pourvoi n° 93-20.780 ; 10 mars 1993, Bull. civ., III, n° 34 ; 6 novembre 1986, *ibid*, n° 145 ; 15 février 1977, *ibid*, n° 73 ; RTDCiv. 1977.833, n° 15, obs. R. Perrot ; D. 1977, IR, 263, obs. p. Julien.

³²⁰ F. Gréau, thèse préc., n° 406.

³²¹ Alors que pareille caisse existe pour les victimes d'erreurs judiciaires au pénal.

responsabilité du service public de la justice est subordonnée à la preuve d'une faute lourde ou d'un déni de justice aux termes de l'article L.141-1 C. org. jud.

473. Hésitations dans l'application du fondement de l'(anc.) article 1153 du Code civil. Contrairement aux attentes, l'adoption par la Cour de cassation du fondement de l'(anc.) article 1153 n'a pas tout de suite abouti à la simplification de la question du départ des intérêts sur la somme à restituer et à l'unification espérée des solutions sur ce point. Une difficulté s'est vite avérée dans l'application des dispositions de cet article aux restitutions consécutives à l'infirmité ou l'annulation d'une décision de justice et ceci notamment quant à la détermination de l'acte valant sommation de payer. En effet, les décisions qui confirment l'abandon de la référence à la mauvaise foi du bénéficiaire de la décision ou à l'exécution de cette décision à ses risques et périls et précisent en même temps que le débiteur de la restitution ne peut être tenu des intérêts que postérieurement à l'annulation du titre, ne précisent cependant pas quel peut être l'acte valant sommation de payer au sens de l'article 1153 al. 3. Les expressions varient ainsi d'un arrêt à l'autre mais l'imprécision persiste. Ainsi dans un arrêt de la 3^e Chambre civile du 9 décembre 1987 les juges d'appel avaient opté pour le jour de la *signification* de leur arrêt et le pourvoi est rejeté mais en des termes très généraux³²². Dans un autre du 20 juin 1989 la même chambre a visé d'une manière générale *la demande de restitution*³²³ et, dans un arrêt du 15 mai 1991³²⁴, d'une manière encore plus générale, « *les principes énoncés à l'article 1153* ». La 1^{re} Chambre civile avait visé, quant à elle, « *la sommation de payer* »³²⁵. De son côté, la Chambre sociale a utilisé dans un arrêt du 24 octobre 1989³²⁶ les termes « *la sommation de restituer* » sans plus de détail.

³²² Cass. civ. 3^e, 9 décembre 1987, Bull. civ. III, n° 148; JCP 1989, IV, 317.

³²³ Cass. civ. 3^e, 20 juin 1989, *ibid.*

³²⁴ Cass. civ. 3^e, 15 mai 1991, Bull. civ., III, n° 143 ; Resp. civ. et assur. 1991, n° 237 ; D. 1991, IR, 164 ; JCP 1991, IV, 266 ; Gaz. Pal. 1991.2, pan.253. Dans le même sens, Cass. civ. 3^e, 4 décembre 1991, RGAT 1992.71.

³²⁵ Cass. civ. 1^{re}, 3 janvier 1991, Bull. civ., I, n° 1; 25 mars 1991, *ibid.*, n° 103.

³²⁶ Cass. soc. 24 octobre 1989, Bull. civ., V, n° 103.

De plus, si quelques décisions adoptent des dates postérieures à l'annulation comme celle de la chambre sociale du 18 mars 1992 qui précise que lorsque l'exécution a été poursuivie sur le fondement d'un titre provisoire le débiteur de la restitution n'est tenu aux intérêts moratoires qu'à compter « de la notification de l'arrêt valant mise en demeure »³²⁷, ou celle de la chambre commerciale du 18 octobre 1994 qui vise la date « de la mise en demeure délivrée pour l'exécution de [l'arrêt infirmatif] »³²⁸, plusieurs autres décisions notamment celles émanant des 2^e et 3^e chambre civiles continuent à retenir des dates antérieures à l'annulation comme la date des conclusions demandant la restitution³²⁹ ou le jour de la « signification des conclusions valant sommation de payer »³³⁰, ou encore le jour « de la mise en demeure de restituer ou de la demande en justice en tenant lieu »³³¹, prolongeant ainsi la solution auparavant retenue par la jurisprudence quoique son fondement ait été formellement abandonné.

474. Intervention de l'Assemblée plénière en 1995. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a dû intervenir le 3 mars 1995 pour confirmer le revirement et refuser très clairement que des intérêts puissent courir sur l'obligation de restituer avant l'annulation du titre exécutoire. En l'espèce, la Cour avait été saisie d'un pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour d'appel de Lyon qui, infirmant partiellement un jugement assorti de l'exécution provisoire, avait ordonné la restitution des fonds payés à ce titre, augmentés des intérêts au taux légal, à compter de la date de la signification des conclusions par lesquelles la restitution avait été demandée. Cette décision est cassée sans renvoi, sous le visa de l'(anc.) article 1153 al. 3, au motif que « la partie qui doit restituer une somme qu'elle détient en vertu d'une décision de justice exécutoire n'en doit les intérêts au taux légal qu'à compter de la notification valant mise en demeure

³²⁷ Cass. soc., 18 mars 1992, Bull. civ., V, n°202 ; JCP 1991, IV, 1509 ; Gaz. Pal. 1992.2, pan.268. Elle reprend la même position dans un arrêt ultérieur : 27 mai 1992, pourvoi n° 89-40.972.

³²⁸ Cass. com., 18 octobre 1994, Bull. civ., IV, n° 294.

³²⁹ Cass. civ. 2^e, 13 avril 1992, Bull. civ., II, n° 121 ; RTDCiv. 1993.195, n° 8, obs. R. Perrot ; JCP 1992, IV, 1802.

³³⁰ Cass. civ. 3^e, 1^{er} avril 1992, Bull. civ., III, n° 112 ; RTDCiv. 1993.195, n° 8, obs. R. Perrot ; JCP 1992, IV, 1640.

³³¹ Cass. civ. 3^e, 13 mai 1992, pourvoi n° 89-21.590 ; 31 mars 1993, pourvoi n° 91-13.435.

de la décision ouvrant droit à restitution »³³². Les termes délibérément généraux utilisés par l'Assemblée plénière, alors que les conclusions nuancées de son Avocat général l'incitait à réintroduire la distinction entre les voies de recours ordinaires et extraordinaires, confèrent à la solution une portée générale qui la rend applicable non seulement aux décisions assorties de l'exécution provisoire, comme c'était le cas en l'espèce, mais aussi aux décisions rendues en dernier ressort. Toutefois, et malgré la clarté de la solution, elle s'est heurtée à une forte résistance de la part des juges du fond qui ont continué, dans la grande majorité de décisions, à opter pour le jour du paiement de la somme à restituer comme point de départ des intérêts moratoires, ce qui a contraint la Cour de cassation, à rappeler, à plusieurs reprises, la solution énoncée par son Assemblée plénière en 1995³³³.

475. La notion de décision ouvrant droit à restitution. La solution de 1995, outre le fait qu'elle est l'une des rares décisions de l'Assemblée plénière qui aient été aussi peu entendues par les juges du fond, n'a pas manqué de susciter une nouvelle interrogation cette fois-ci concernant la décision ouvrant droit à restitution³³⁴.

³³² Cass. ass. plén., 3 mars 1995, n° 91-19.497, Bull. Ass. plén. n° 1, R. 1995, p. 333 ; BICC n° 407, 15 avr. 1995, concl. Jéol, note Séné ; D. 1995. 249, concl. Jéol ; JCP 1995. II. 22482, note Delebecque ; Gaz. Pal. 1995. 2. 372, concl. Jéol, note Ferrand ; RTDCiv. 1995. 687, obs. Perrot ; Petites Affiches 27 déc. 1995, n° 155, p. 22, note Y. Picod ; Procédures, 1995, n°5, note R. Perrot ; Rev. huissiers, 1995.829, concl. M. Jéol et rapport L. Séné. Sur l'ensemble de la question : V. David, thèse préc., n° 214 s. ; Gréau, thèse préc., n° 389 s. ; Hoonakker, Des intérêts dus sur les créances de restitution, D. 1999. chron. 328.

³³³ Cass. civ. 3^e, 13 novembre 1996, n° 95-10.27, JurisData n° 1996-004473 ; Cass. civ. 1^{re}, 26 novembre 1996, Bull. civ. I, n° 422, RTDCiv. 1997.739, n° 2, obs. R. Perrot ; Cass. com., 7 janvier 1997, n° 94-11.731, JurisData n° 1997-000124 ; Cass. com., 14 janvier 1997, JCP G 1997, IV, 490 ; Cass. civ. 1^{re}, 2 avril 1997, Bull. civ. I, n° 112 ; Cass. com., 20 janvier 1998, n° 95-20.724, JurisData n° 1998-000288 ; D. 1998, p. 261 ; Cass. Com., 24 février 1998, Bull. civ., IV, n° 88 ; D. Aff. 1998.534 ; Cass. civ. 2^e, 6 mai 1999, Bull. civ. II, n° 86 ; Cass. civ. 2^e, 9 décembre 1999, Procédures 2000, comm. 57, obs. R. Perrot ; Cass. civ. 1^{re}, 18 décembre 2001, n° 98-22.766, JurisData n° 2001-012326, Resp. civ. et assur. 2002, comm. 132 ; Cass. civ. 2^e, 15 mai 2003, n° 99-21.657, JurisData n° 2003-018954, Bull. civ. II, n° 145 ; Cass. civ. 1^{re}, 6 janvier 2004, n° 01-01.289, JurisData n° 2004-021912, Procédures 2004, comm. 93, RTDCiv. 2003, p. 548, obs. R. Perrot ; Cass. civ. 3^e, 12 janvier 2005, n° 03-17.081, JurisData n° 2005-026451, Bull. civ. III, n° 6, JCP G 2005, IV, 1363 ; Cass. com., 18 novembre 2008, n° 07-19.335, JurisData n° 2008-045936 ; Procédures 2009, comm. 5, obs. R. Perrot ; CA Nîmes, 7 novembre 2013, n° 12/00427, JurisData n° 2013-031395 (et tous les arrêts cités par F. Gréau dans sa thèse, préc. note n° 253 p. 483).

³³⁴ Sur la question voir CERCRID, rapport préc., n° 198 et s.

En effet, l'arrêt de cassation ne constitue pas nécessairement la décision ouvrant droit à restitution³³⁵. Si la décision constituant le titre exécutoire est annulée par une cour d'appel, la réponse est évidente : la décision ouvrant droit à restitution est sans aucun doute celle des juges d'appel et les intérêts moratoires doivent alors courir à compter de la notification de cette décision. C'était le cas dans l'affaire qui avait donné lieu à l'arrêt de l'Assemblée plénière et la Cour de cassation, cassant sans renvoi, avait alors fixé le point de départ des intérêts à compter de la notification de l'arrêt d'appel. La question devient par contre plus épineuse lorsque c'est un arrêt de cassation qui annule un titre exécutoire rendu par une juridiction statuant en dernier ressort. Pour cela il faut distinguer selon que la somme à restituer a été versée en exécution d'une décision de première instance assortie de l'exécution provisoire ou en exécution d'une décision d'appel. Si la somme à restituer a été versée en exécution d'une décision d'appel, l'arrêt de cassation suffit pour faire naître l'obligation de restitution et sa notification permet de faire courir les intérêts moratoires sans attendre la décision de la juridiction de renvoi. Il a ainsi été jugé clairement que « c'est l'arrêt qui casse une décision ayant prononcé des condamnations à paiement qui ouvre droit à restitution des sommes versées *en exécution de cette décision* »³³⁶. En revanche, si la somme à restituer a été versée en exécution d'une décision de première instance assortie de l'exécution provisoire et ayant reçu l'aval des juges d'appel, l'infirmité de l'arrêt d'appel par la Cour de cassation ne suffit pas pour faire naître l'obligation de restitution. En effet, en application de l'article 625 CPC, la cassation, sur les points qu'elle atteint, replace les parties dans l'état où elles se trouvaient avant la décision cassée. Ainsi, lorsque la Cour de cassation censure un arrêt qui avait confirmé un jugement de condamnation assorti de l'exécution provisoire, elle laisse subsister cette dernière décision, de sorte qu'il ne peut y avoir encore lieu à restitution, le paiement étant juridiquement fondé sur la

³³⁵ La question est beaucoup plus simple en droit libanais puisque la Cour de cassation, selon l'article 734 du Code de procédure civile, après avoir déclaré la recevabilité du pourvoi dans la forme et la recevabilité des moyens de cassation, met sa main de nouveau sur le fond de l'affaire, sans renvoi comme en droit français, et tranche le litige en fait et en droit, sauf pour les points qui n'avaient pas l'objet de cassation. Dès lors, c'est la décision finale de la Cour de cassation qui ouvre le droit à restitution. Le texte ne fait toutefois aucune référence à la possibilité de demander le paiement d'intérêts moratoires en plus de la restitution de la somme payée.

³³⁶ Cass. civ. 3^e, 1^{er} avril 1998, Bull. civ., III, n° 81 ; JCP 1998, IV, 2214 (nous soulignons). Il a même été jugé qu'il n'est pas nécessaire que l'arrêt de cassation comporte une disposition spéciale quant à ces intérêts : Cass. civ. 2^e, 15 décembre 2005, pourvoi n° 04-12.299.

décision de première instance. Ce n'est qu'en cas d'infirmité de ce titre exécutoire, par l'arrêt rendu sur renvoi après cassation, qu'il y aura lieu à restitution et la décision ouvrant droit à restitution serait alors l'arrêt infirmatif rendu sur renvoi après cassation³³⁷.

476. Une solution critiquable. La solution apportée par l'Assemblée plénière en 1995 demeure critiquable sur plusieurs plans.

En premier lieu, et sur un plan théorique, son fondement juridique semble inadéquat. En effet, la solution qui s'appuie sur l'alinéa 3 de l'(anc.) article 1153 du Code civil assimile implicitement l'obligation de restituer à une obligation contractuelle de somme d'argent. Or, l'obligation de restituer à la suite de l'annulation d'une décision de justice, même portant sur une somme d'argent, n'est pas une obligation contractuelle et n'a rien de commun avec celle-ci. Appliqué aux obligations contractuelles de sommes d'argent qui en sont l'objet naturel, l'(anc.) article 1153 justifie le départ des intérêts à compter de la demande en justice qui constitue une mise en demeure et dès lors le créancier gagnant sera indemnisé pour la durée du procès. Appliqué d'une façon fragmentaire dans une seule de ses dispositions aux créances de restitutions alors que ses dispositions forment un ensemble dont il est difficile et artificiel d'isoler chacun des éléments, cet article aboutit au résultat tout à fait contraire : le créancier ne sera pas indemnisé pour la durée du procès. L'inadaptation du texte de l'(anc.) article 1153 du Code civil a d'ailleurs été relevée par l'Avocat général M. Jéol qui dans les conclusions sous l'arrêt du 5 mars 1995, reconnaît avec honnêteté que ce texte « a été rédigé pour un créancier qui demande à un premier juge la condamnation de son débiteur, et [que] ses prescriptions ne sont guère adaptées à la restitution des sommes versées en exécution d'un jugement ou d'un arrêt déjà rendu et

³³⁷ En ce sens : Cass. com., 20 janvier 1998, D. 1999, jur. p. 261, note M. Cottin. En l'espèce, l'exécution avait été ordonnée par le jugement de première instance qui a été par la suite confirmé par les juges d'appel dont la décision avait cependant par la suite été censurée par la Cour de cassation. La Chambre commerciale reproche aux juges de la Cour de renvoi de ne pas avoir fixé le départ des intérêts au jour de la notification de leur arrêt. Aussi : Cass. civ. 3^e, 5 mai 1999, n° 96-19.712, Bull. civ. III, n° 106 ; Cass. civ. 1^{re}, 18 octobre 2000, n° 98-10.680, Bull. civ. I, n° 252 ; D. 2000. IR 273. V. sur la question droit de la réparation et des contrats, 2018-2019, Dalloz, chapitre 2312 par Cyril Bloch et Matthieu Poumarède.

ultérieurement anéanti... »³³⁸. Cette application fragmentaire de l'(anc.) article 1153 du Code civil se manifeste aussi par une indifférence à l'égard de l'alinéa 4 de cet article qui pose les conditions de l'indemnisation de tout préjudice distinct du retard. Ainsi, dans un arrêt de la 3^e Chambre civile du 1^{er} juillet 1998³³⁹, la Cour de cassation va admettre que le débiteur de la restitution pouvait être condamné, en plus de la restitution, à réparer le préjudice financier causé au créancier de la restitution et ceci sans aucune référence à sa mauvaise foi et en s'appuyant uniquement sur le principe de l'exécution aux risques et périls du bénéficiaire de la décision.

En deuxième lieu, on peut relever que la solution de l'Assemblée plénière s'éloigne inexplicablement de celle adoptée pour les restitutions consécutives à la disparition rétroactive d'un contrat. En s'appuyant sur le même texte, l'(anc.) article 1153, qu'elle avait l'(anc.) article 1378, la Cour de cassation faisait courir les intérêts sur la créance de restitution dans ce dernier cas à compter de la demande en justice³⁴⁰, non à compter de la notification valant mise en demeure de la décision ouvrant droit à restitution. Cette divergence inexplicable dans les solutions alors que la Cour de Cassation s'appuie dans les deux cas sur le même texte reflète l'incertitude de la réflexion juridique sur la question.

En troisième lieu, et sur un plan purement pratique, la solution dégagée par l'Assemblée plénière semble injuste pour le gagnant. En effet, si l'on peut comprendre l'absence de tout droit à des intérêts moratoires pour le créancier d'une obligation contractuelle monétaire avant la mise en demeure du débiteur, on ne voit pas pourquoi on devrait dénier ce droit à celui auquel la justice a imposé, par le biais de l'exécution provisoire, le paiement d'une somme d'argent avant de se rétracter et lui refuser les intérêts pour une grande partie de la période où il a été privé de son argent. « L'affirmation est difficile à accepter. Elle est en effet en contradiction avec le principe selon lequel le créancier met en œuvre l'exécution provisoire à ses risques et périls, et s'oblige, en cas d'infirmité, à restituer ce qu'il a reçu en nature ou par équivalent. Priver le débiteur des intérêts entre le paiement et la restitution revient à légitimer la

³³⁸ M. Jéol, concl. sous Ass. plén., 3 mars 1995, préc.

³³⁹ Cass. civ. 3^e, 1^{er} juillet 1998, Procédures 1998, n° 240, note R. Perrot.

³⁴⁰ V. *supra* n° 467.

perte de jouissance des sommes qui lui reviennent au titre de la décision définitive pendant cette période. La solution va à l'encontre de l'effet rétroactif de l'annulation, et elle autorise le créancier à s'enrichir, en conservant les intérêts »³⁴¹. S'il faut nécessairement choisir entre la protection du gagnant provisoire et le dédommagement du gagnant définitif pourquoi sacrifier l'intérêt de ce dernier et « lui faire supporter le prix des erreurs et des lenteurs de la justice »³⁴² ?

Cette défaveur envers le gagnant du procès n'est pas isolée, on l'a déjà vu dans le principe du départ des intérêts moratoires sur les créances judiciaires à partir du prononcé de la décision, principe affirmé à l'(anc.) article 1153-1 du Code civil et aujourd'hui repris à l'article 1231-7³⁴³. Elle est toutefois ici plus accrue. Le créancier de la restitution a dû subir non seulement une attente plus ou moins longue pour obtenir ce qui lui est dû comme c'est le cas pour le créancier de l'article 1231-7 du Code civil mais en plus il a été contraint de se départir pendant un laps de temps plus ou moins long d'une somme qui était dans son patrimoine. De plus, le pouvoir discrétionnaire de dérogation accordé au juge dans le cadre de l'article 1231-7 du Code civil, et qui assouplit considérablement la rigueur de la solution de principe, n'a pas été reconnu dans le cadre de la restitution des sommes consécutives à l'annulation d'une décision de justice. Cette défaveur vis-à-vis du gagnant définitif explique en partie la résistance des juges du fond à la solution apportée par la Cour de cassation³⁴⁴ qui « manifeste un désintérêt pour la valeur économique des intérêts pour le plaideur qui, tout en gagnant son procès *in fine*, a eu le tort de le perdre en première instance avant infirmation, ou en appel avant cassation »³⁴⁵.

On peut, enfin, reprocher à la solution de l'arrêt de l'Assemblée plénière de 1995 d'être insuffisante puisqu'elle ne vise que « la partie qui doit restituer une somme qu'elle détient en vertu *d'une décision de justice exécutoire* ». Et si à la suite d'une

³⁴¹ M. Thibierge, L'exécution provisoire du jugement et l'équilibre des intérêts des parties, D. 2011. 610, n° 25.

³⁴² M. Jéol, *ibid.*

³⁴³ V. *supra* n° 105.

³⁴⁴ V. *supra* n° 474.

³⁴⁵ A. Bénabent, « Le désintérêt des intérêts ? », Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle, LGDJ, 2001, p. 113, spéc. p. 115 et s.

décision non encore exécutoire le débiteur condamné au paiement d'une somme décide d'exécuter spontanément et paie entre les mains de son créancier conformément à l'ordre du juge pour réaliser par la suite que la décision était juridiquement infondée et exerce un recours qui aboutit effectivement à l'annulation ou à l'infirmité de la décision, pourra-t-il demander la restitution de ce qui a été payé avec des intérêts moratoires ? Quoique les termes utilisés par la Cour de Cassation laissent subsister un doute sur ce point la réponse devrait logiquement être affirmative, aucune raison valable ne justifiant une distinction entre le défendeur qui aurait exécuté une décision exécutoire et celui qui aurait volontiers payé, tout simplement en exécution de l'ordre du juge, avant que la décision soit devenue exécutoire, pour se rendre compte après que cette décision aurait pu être annulée ou infirmée. Ce qui justifie la restitution c'est le fait d'avoir effectué un paiement qui s'est révélé par la suite indu parce que la décision judiciaire en vertu de laquelle il a été effectué a été par la suite infirmée ou annulée, nonobstant l'acquisition ou non de cette décision du caractère exécutoire.

477. Une solution qui se justifie par un objectif de revalorisation du titre exécutoire. La solution apportée par l'Assemblée plénière en 1995, quoique souffrant d'un fondement juridique incertain et dans la pratique visiblement contraire à l'équité, était en fait justifiée par un objectif de revalorisation du titre exécutoire même provisoire³⁴⁶. Cet objectif est clairement souligné par le Rapport annuel de la Cour de cassation dans lequel il est précisé que « cette solution est de nature à favoriser l'exécution provisoire et renforce les titres exécutoires à titre provisoire, revalorisés par la loi du 9 juillet 1991 (...) l'Assemblée plénière a préféré éviter au bénéficiaire de l'exécution provisoire d'avoir à se prémunir contre une éventuelle rétrocession d'intérêts et n'a pas reconnu au gagnant final d'un procès une privation de jouissance d'une somme d'argent versée en exécution d'une décision par la suite anéantie »³⁴⁷. Si cet objectif concerne au premier chef l'exécution provisoire dont il s'agissait dans

³⁴⁶ Sur ce mouvement de revalorisation du titre exécutoire voir notamment CERCRID, rapport préc., n° 219 et s ; Y. Strickler, « L'exécution des jugements et le double degré en matière civile », *in* Justice et double degré de juridiction, Justices, n° 4, juillet/ décembre 1996, p. 127 ; M. et J.-B. Donnier, Voies d'exécution et procédures de distribution, préc., n° 33 et s.

³⁴⁷ Rapport de la Cour de cassation, 1995, p. 333, n° 1.

l'espèce qui a donné lieu à la décision de l'Assemblée plénière, les termes volontairement généraux utilisés par l'arrêt montrent bien que la Cour entend étendre la solution à toutes les décisions de justice exécutoires et renforcer leur exécution, rejoignant ainsi le Conseil d'Etat qui, quelques années plus tôt avait abandonné la solution du départ des intérêts à compter de la date du paiement³⁴⁸. Ce dernier ira par la suite plus loin dans l'objectif de la valorisation du titre exécutoire au dépens de toute considération de bonne ou de mauvaise foi du débiteur de la restitution ou de préjudice subi par la partie à qui il est en fin de compte donné gain de cause et décidera clairement dans un arrêt rendu le 2 juin 2017 par la section du contentieux, que « la personne qui, en exécution d'une décision de justice, a, ainsi qu'elle y est tenue en raison du caractère exécutoire de cette décision, versé une somme *n'a pas droit à la réparation sous forme d'intérêts moratoires du préjudice subi du fait de ce versement si elle se trouve déchargée par l'exercice des voies de recours de l'obligation de payer cette somme ; (...) et ne pourra donc pas prétendre à des intérêts sur la somme qu'elle aura versée (...)* »³⁴⁹.

En réalité, la solution adoptée par la Cour de cassation en 1995 peut aussi mener au résultat inverse de celui souhaité. En effet, le débiteur condamné par la décision judiciaire à payer une somme d'argent peut être tenté de résister à la demande d'exécution du créancier s'il voit que, même dans l'hypothèse où son recours aboutit, il n'a aucune chance de percevoir une indemnisation pour la privation de jouissance de

³⁴⁸ CE, 4 mai 1984, Maternité régionale A. Pinard, JurisData n° 1984-041251, Rec. Lebon, p. 165, concl. O. Dutheillet de Lamothe ; AJDA 1984.430, obs. B. Lasserre et S. Hubac ; Rev. adm. 1984.376, obs. B. Pacteau : « Cons. que, si la maternité régionale A. Pinard a, en exécution du jugement attaqué, versé le 9 avril 1981 à M. Habermacher la somme de 104 850 F dont elle se trouve déchargée par la présente décision, elle n'est pas fondée à demander au Conseil d'Etat la condamnation de M. Habermacher à la réparation sous la forme d'intérêts au taux légal, du préjudice subi par elle du fait du versement de ladite somme auquel elle était tenue en raison du caractère exécutoire du jugement »

³⁴⁹ Arrêt n° 397571, publié au Recueil Lebon (nous soulignons). Cet arrêt a été rendu dans le cadre d'une demande qu'il soit sursis à l'exécution d'un jugement attaqué et le Conseil d'Etat a considéré que « même en tenant compte de la circonstance qu'en cas d'infirmité du jugement la société Five Solios ne pourra pas prétendre à des intérêts sur la somme qu'elle aura versée à la communauté de communes Auray Quiberon Terre Atlantique, il ne résulte pas de l'instruction, alors que le chiffre d'affaires et le résultat net de la société s'élevaient en 2015 respectivement à 34 et 5 millions d'euros, que l'exécution du jugement du tribunal administratif de Rennes risquerait d'entraîner pour elle des conséquences difficilement réparables au sens de l'article R. 811-17 du code de justice administrative ; qu'il en résulte qu'elle n'est pas fondée à demander qu'il soit sursis à l'exécution du jugement attaqué ».

la somme d'argent qu'il a dû payer³⁵⁰ alors que s'il n'exécute pas et que la décision est par la suite infirmée il ne s'expose au paiement d'aucune indemnité. En effet, la Cour de cassation décide depuis 1993 que « l'inexécution d'une décision assortie de l'exécution provisoire ne peut donner lieu à réparation lorsque cette décision est infirmée »³⁵¹. Le plaideur qui a perdu en première instance aurait ainsi « intérêt à se soustraire à l'ordre du juge s'il ne veut pas perdre les intérêts de la somme à laquelle il a été condamné »³⁵² avec tout ce que ce résultat peut avoir comme effet contraire à l'esprit civique et à la volonté de revalorisation du titre exécutoire. Un auteur a, dans cette optique, critiqué la solution de l'Assemblée plénière qui « sacrifie le dédommagement du gagnant final sans pour autant être en mesure de participer de manière effective à l'entreprise de revalorisation des titres exécutoires » surtout que « la force du titre exécutoire dépend moins des conséquences de son éventuelle annulation pour celui qui en bénéficie que de la pression exercée sur le débiteur »³⁵³, notamment par la majoration des intérêts de l'article L.313-3 C. mon. et fin.³⁵⁴. A cela on peut ajouter que le débiteur condamné au paiement d'une somme par une décision judiciaire se retrouve sous des feux qui viennent de deux sens opposés : il doit payer le plus vite sous peine de voir le *quantum* de son obligation augmenter considérablement du fait de la majoration de l'intérêt légal mais, en même temps, doit abandonner tout espoir de récupérer les intérêts de la somme qu'il paie si jamais, suite à son recours, la décision vient à être annulée, ce qui le met dans une situation délicate pour laquelle il doit en quelque sorte peser ses chances de part et d'autre pour décider en fin de compte s'il exécute ou n'exécute pas l'ordre du juge.

³⁵⁰ En ce sens : R. Perrot, obs. sur Cass. soc., 16 juillet 1987 et Cass. civ. 3^e, 9 décembre 1987, RTDCiv. 1988.402, n° 10.

³⁵¹ Cass. civ. 2^e, 27 janvier 1993, Bull. civ., II, n° 34, RTDCiv. 1993.651 n° 12, obs. R. Perrot ; D. 1993, somm. 185, obs. P. Julien.

³⁵² J. Héron par Th. Le Bars, *op. cit.*, n° 522.

³⁵³ F. Gréau, thèse préc., n° 404.

³⁵⁴ Cet article, codifié par l'ordonnance n° 2000-1223 du 14 décembre 2000 (V) reprend les dispositions de l'ancien article 3 de la loi n° 75-619 du 11 juillet 1975 relative au taux de l'intérêt légal et dispose ainsi qu' « en cas de condamnation, le taux de l'intérêt légal est majoré de cinq points à l'expiration d'un délai de deux mois à compter du jour où la décision de justice est devenue exécutoire, fût-ce par provision. »

Objet de tumultes doctrinales et jurisprudentielles, la créance de restitution n'a pas manqué de susciter l'attention des projets de réforme du droit des obligations et fait son entrée officielle dans le Code civil avec l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

§2- *Les créances de restitution dans le nouveau Code civil.*

478. Entre conception subjective et conception objective de la restitution. Dans les projets de réforme du droit des obligations les restitutions avaient fait l'objet de deux conceptions passablement éloignées³⁵⁵. Selon une conception subjective ou morale, privilégiée par le projet Terré qui proposait de traiter des restitutions au sein du régime du paiement de l'indu³⁵⁶, les restitutions dépendent de la bonne ou de la mauvaise foi du débiteur alors que selon une conception objective ou matérielle, celle adoptée par le projet Catala³⁵⁷, les restitutions puisent leur fondement dans la rétroactivité attachée à la disparition du contrat³⁵⁸ et devraient donc simplement refaire le contrat à l'envers, opérer une sorte de retour au *statu quo ante*, laissant ainsi à la responsabilité civile le soin de sanctionner, en parallèle, les éventuelles fautes du débiteur de ces restitutions. La dernière conception avait un certain appui de la Cour de cassation qui avait exprimé de manière très nette sa volonté de se démarquer du fondement de la répétition de l'indu et avait décidé en 2002 que « les restitutions consécutives à une annulation ne relèvent pas de la répétition de l'indu mais seulement des règles de la nullité »³⁵⁹. Ce rattachement des restitutions aux règles de la nullité avait justifié le régime procédural qui leur était applicable. En effet, il a été décidé que

³⁵⁵ Pour une vue d'ensemble, v. F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations – Innovations – Perspectives*, Dalloz 2018, n° 1, spéc. n° 45-02.

³⁵⁶ F. Terré (dir.), *Pour une réforme du régime général des obligations* : Dalloz, 2013, art. 1 s.

³⁵⁷ *Avant-Projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription* : Doc. fr., 2006, art. 1161 à 1164-7.

³⁵⁸ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Droit civil. Les obligations*, préc., n° 423.

³⁵⁹ Cass. civ. 1^{re}, 24 septembre 2002, n° 00-21.278 : JurisData n° 2002-015542 ; Bull. civ. I, n° 218 ; D. 2003, p. 369, note J.-L. Aubert ; Procédures, 2002, n° 201, note R. Perrot ; RTDCiv. 2003, p. 284, n°2, obs. J. Mestre et B. Fages.

la partie qui formulait une demande en nullité ou en résolution n'était pas tenue de demander de manière distincte les restitutions, en raison du rattachement de celles-ci à la rétroactivité résultant de la sanction contractuelle et la Cour de cassation a ainsi cassé un arrêt ayant refusé de prononcer la restitution du prix au motif qu'elle n'avait pas été demandée ni en première instance ni en appel, « alors que lorsqu'un contrat synallagmatique est résolu pour inexécution par l'une des parties de ses obligations, les choses doivent être remises au même état que si les obligations nées du contrat n'avaient jamais existé »³⁶⁰.

Or, si cette conception objective ou matérielle qui fonde les restitutions sur la rétroactivité attachée à la disparition du contrat était convaincante pour la nullité, dont l'effet est nécessairement rétroactif, elle l'était un peu moins pour la résolution qui peut ne pas être rétroactive. Elle l'est encore moins pour la caducité qui produit en principe son effet pour l'avenir³⁶¹. Un auteur avait pour cela proposé d'opérer une distinction entre la nullité qui tend à supprimer les effets *juridiques* qu'aurait produit l'acte s'il avait été valablement conclu et les restitutions qui visent à supprimer les effets *matériels* produits par l'exécution de cet acte³⁶².

479. Une entrée retentissante dans le Code civil. Oubliées du Code Napoléon, malmenées par une jurisprudence troublée, les restitutions entrent par la grande porte dans le Code civil en 2016, les rédacteurs de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 leur dédiant pas moins de dix articles (C. civ., art. 1352 à 1352-9) au sein d'un chapitre unique, qui clôt le nouveau Titre IV, intitulé « *Du régime général des obligations* », du Livre III du Code civil, et auxquelles plusieurs articles de ce code renvoient explicitement, ce qui témoigne de la volonté des auteurs de la réforme de rationaliser le droit des restitutions et d'établir une espèce de droit commun des restitutions. Le rapport au Président de la République en témoigne : « le Code civil ne consacre actuellement aucune disposition propre aux restitutions après anéantissement

³⁶⁰ Cass. civ. 3^e, 29 janvier 2003, n° 01-03.185, préc.

³⁶¹ G. Chantepie et M. Latina, La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, préc. n° 1, spéc. n° 1054.

³⁶² C. Guelfucci-Thibierge, thèse préc., n° 927.

du contrat, et ne contient que quelques règles éparses sur la mise en œuvre de ce mécanisme, telles que les dispositions relatives à la répétition de l'indu, dont la jurisprudence s'est inspirée pour régler le sort des restitutions en matière contractuelle. Il est donc consacré un chapitre propre aux restitutions, destiné à unifier la matière et à s'appliquer à toutes formes de restitutions, qu'elles soient consécutives à l'annulation, la résolution, la caducité ou encore la répétition de l'indu »³⁶³. Les nouveaux textes ont donc expressément vocation à s'appliquer aux restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat (art. 1178, al. 3, C. civ.), à sa caducité (art. 1187, al. 2, C. civ.), à sa résolution (art. 1229, al. 4, C. civ.), ainsi qu'à la répétition de l'indu (art. 1302-3, C. civ.), tous ces textes renvoyant aux conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9.

Il importe donc d'étudier comment cette innovation va influencer sur les solutions antérieures consacrées par la jurisprudence en matière d'anéantissement du contrat surtout quant au fondement de la restitution et quant à la distinction établie entre le débiteur de bonne foi et le débiteur de mauvaise foi de la restitution (A) et de voir dans quelle mesure, les nouvelles dispositions auront vocation à s'appliquer aux restitutions consécutives à l'annulation ou à l'infirmité d'une décision judiciaire exécutée (B).

A- Les restitutions consécutives au paiement d'un indu ou à l'anéantissement d'un contrat : entre innovation et consécration des solutions antérieures.

480. Deux nouveaux articles au sein du Code civil issus de la réforme de 2016 ont désormais vocation à régir la question des restitutions de sommes d'argent : l'article 1352-6 qui dispose que « la restitution d'une somme d'argent inclut les intérêts au taux légal et les taxes acquittées entre les mains de celui qui l'a reçue » et l'article 1352-7 qui poursuit que « celui qui a reçu de mauvaise foi doit les intérêts, les fruits qu'il a perçus ou la valeur de la jouissance à compter du paiement. Celui qui a reçu de bonne foi ne les doit qu'à compter du jour de la demande ». Cette réforme établit ainsi pour

³⁶³ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, J.O. du 11 février 2016 - Numéro 35.

les créances de restitution un régime qui se veut unitaire, autonome et détaché du fait à l'origine de la restitution. Tout lien avec le droit du contrat que la jurisprudence antérieure a pu établir semble être rompu et le fondement des restitutions devient tout simplement légal (a). Cette rupture avec les solutions jurisprudentielles antérieures n'est pourtant pas complète et laisse survivre une distinction douteuse entre le débiteur de bonne foi et le débiteur de mauvaise foi (b).

a- Un fondement désormais légal.

481. Une rupture avec le droit des contrats et des quasi-contrats. Sous l'empire des nouveaux textes³⁶⁴, les restitutions acquièrent une autonomie et sont déconnectées aussi bien des quasi-contrats que des contrats. Rompant avec les suggestions du « projet Catala »³⁶⁵ qui avait choisi de traiter de la restitution à la suite des dispositions relatives aux nullités, comme avec celles du « projet Terré »³⁶⁶ qui, lui, avait choisi de rattacher la question des restitutions à celle de la répétition de l'indu, le législateur de 2016, sans en établir une véritable théorie générale, semble avoir suivi une démarche pragmatique dans le but d'établir une réglementation intelligible du régime des restitutions et de mettre en ordre les règles dégagées sur ce point-là par la jurisprudence. L'emplacement des nouveaux textes au sein d'un chapitre indépendant intitulé tout simplement « Les restitutions » dans le titre IV intitulé « Du régime général des obligations » montre bien que le lien est rompu avec le droit du contrat et qu'il ne s'agit pas seulement d'aménager les conséquences de son anéantissement. Leur fondement est désormais tout simplement légal : l'obligation de restitution naît de l'autorité seule de la loi³⁶⁷. La

³⁶⁴ Rappelons que, selon l'article 9 de l'ordonnance du 10 février 2016, les dispositions de ladite ordonnance entrent en vigueur le 1^{er} octobre 2016, les contrats conclus avant cette date demeurant soumis à la loi ancienne, et lorsqu'une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne qui s'applique également en appel et en cassation.

³⁶⁵ Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, préc.

³⁶⁶ Pour une réforme du régime général des obligations, préc., art. 5 à 7.

³⁶⁷ M. Mekki, L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet régime des obligations et de la preuve : parfaire un peu et refaire beaucoup : D. 2016, p. 608, n° 26 ; G. Chantepie et M. Latina, La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, préc., spéc. n° 1054.

question est, comme le dit clairement le Rapport au Président de la République, « désormais détachée, formellement, de la rétroactivité, les restitutions devenant un effet de la loi »³⁶⁸.

482. Une autonomie substantielle des restitutions qui se doublerait d'une autonomie procédurale ? La nouvelle autonomie des restitutions pourrait avoir des conséquences sur le plan de la procédure. En effet, si avant 2016 il était admis qu'il n'était pas nécessaire, pour que le juge prononce des restitutions, que les parties aient formulé une demande distincte de celle en résolution³⁶⁹ et que les restitutions paraissaient attachées mécaniquement au prononcé de la sanction et à son caractère rétroactif, il pourrait être exigé qu'elles fassent désormais l'objet d'une demande spécifique. L'autonomie substantielle des restitutions se doublerait-elle d'une autonomie procédurale ? Une réponse affirmative pourrait s'appuyer sur l'article 5 du Code de procédure civile qui dispose que « le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé ». Le juge pourrait ainsi refuser de prononcer les restitutions au profit d'un plaideur qui n'a demandé que l'anéantissement du contrat, afin d'éviter de statuer *ultra petita*³⁷⁰. Une réponse négative est tout aussi soutenable sur la base du raisonnement suivant : si les restitutions sont un effet que la loi attache automatiquement à l'anéantissement du contrat, le juge doit se prononcer à leur sujet en dépit de l'absence d'une demande expresse en ce sens³⁷¹. Nous avons pu repérer un seul arrêt récent dans lequel la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation a décidé qu'« à la suite de l'annulation d'un contrat de vente le juge n'est pas tenu, à défaut de demande expresse en ce sens, d'ordonner la restitution du prix en même temps

³⁶⁸ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, préc.

³⁶⁹ Cass. civ. 3^e, 29 janvier 2003, préc. ; Cass. civ. 3^e, 22 juill. 1992, n° 90-18.667 P (les restitutions résultant d'une résolution contractuelle sont un effet direct et nécessaire de l'anéantissement du contrat, la remise des choses dans le même état qu'avant la vente étant une conséquence légale de la résolution).

³⁷⁰ En ce sens, M. Reverchon-Billot, La question litigieuse en matière contractuelle. Essai sur le traitement procédural du droit des contrats : Dalloz, 2017, n° 47 s.

³⁷¹ En ce sens v. notamment : J.-B. Seube, Le juge et les restitutions : RDC 2016, n° 2, p. 411 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article, préc. n° 1, spéc. p. 801, note 6 ; B. Fages, Droit des obligations : LGDJ, 7^e éd., 2017, n° 599.

que la reprise de la chose vendue »³⁷². Le juge n'est pas *tenu* de prononcer la restitution mais *peut-il* le faire sans demande expresse dans ce sens ? L'arrêt ne le dit pas et il va falloir attendre pour voir quelle sera la position des juges du fond et de la Cour de cassation à ce sujet.

Comment se reflète le nouveau fondement légal de l'obligation de restitution sur la question épineuse du cours des intérêts moratoires sur cette créance et quelle est désormais la place du critère de bonne foi, dégagé par la jurisprudence antérieure, dans la détermination du principe et de l'étendue de la restitution ? La question mérite une réflexion.

b- Un attachement douteux à un critère subjectif de bonne foi.

483. Une connotation morale persistante. Il est vrai que les deux nouveaux articles 1352-6 et 1352-7 du Code civil ne conditionnent pas le principe même de la restitution des intérêts à la mauvaise foi du débiteur de l'obligation de restituer ce qui a le mérite de mettre fin aux hésitations antérieures de la doctrine et de la jurisprudence sur la question de l'applicabilité des anciens articles 1378 et 1153 du Code civil aux intérêts moratoires sur les créances de restitutions et la possibilité de faire supporter ces intérêts à *l'accipiens* de bonne foi³⁷³. L'article 1352-6 dispose ainsi tout simplement que « la restitution d'une somme d'argent inclut les intérêts au taux légal(...) ». Toutefois, ceci n'enlève pas toute connotation morale aux nouvelles dispositions puisque l'article 1352-7 C. civ., pour déterminer du point de départ des intérêts sur la somme à restituer, reprend la distinction opérée par la jurisprudence antérieure entre le débiteur de bonne foi et le débiteur de mauvaise foi : alors que « celui qui a reçu de mauvaise foi doit les intérêts (...) à compter du paiement. Celui qui a reçu de bonne foi ne les doit qu'à compter du jour de la demande ». Ces dispositions qui font dépendre

³⁷² Cass. civ. 1^{re}, 6 février 2019, n° 17-25.859, P+B : JurisData n° 2019-001956.

³⁷³ Rappelons qu'avant les deux nouveaux articles 1352-6 et 1352-7 au Code civil, la jurisprudence recourait au fondement de la répétition de l'indu pour appliquer le texte de l'(anc.) article 1378 du Code civil au débiteur de mauvaise foi et lui faire supporter les intérêts à compter du paiement, alors qu'elle considérait, sur le fondement de l'(anc.) article 1153 du code civil, que les intérêts ne couraient pour le débiteur de bonne foi qu'à compter de la demande. Sur ces hésitations v. *supra* n° 466 et s.

l'étendue des restitutions de la bonne ou de la mauvaise foi du débiteur ne peuvent pas être aménagées par les parties, le devoir de bonne foi étant d'ordre public en vertu de l'article 1104, alinéa 2 du Code civil³⁷⁴.

En l'absence de toute précision au sein de l'article 1352-7 du Code civil à cet égard, « la demande » devrait être comprise comme étant l'acte introductif d'instance ou toute autre forme d'interpellation officielle. C'est la définition qu'en a retenu la Cour d'appel de Douai dans un arrêt rendu le 25 janvier 2018 dans lequel elle déclare, il est vrai au passage, que la date de la demande est « la date de l'acte introductif de la première instance en l'absence de mise en demeure préalable »³⁷⁵.

484. La notion de bonne foi. La bonne foi n'a pas en droit privé une acception unique : « La première acception de la bonne foi, ou croyance erronée mais sincère (ou légitime), est psychologique (...). Elle privilégie une attitude passive du sujet de droit qui ignore l'obstacle légal empêchant de donner plein effet à une situation juridique : elle est ignorance légitime (...). La seconde acception de la bonne foi est plus objective : elle s'identifie alors à une règle de comportement qui suppose tant l'absence de mauvaise foi qu'une conduite active, synonyme de loyauté et d'honnêteté »³⁷⁶. En matière de restitution, la bonne foi de celui qui a reçu ne peut être présumée³⁷⁷ et semble, à suivre la lettre de l'article 1352-7 du Code civil, devoir être appréciée *ab initio*, comme il en était pour l'ancienne répétition de l'indu³⁷⁸. En effet, le nouvel article 1352-7 distingue entre « celui qui a reçu de mauvaise foi » et « celui qui a reçu

³⁷⁴ V. à ce propos : B. Mercadal, Réforme du droit des contrats, préc. n° 6, spéc. n° 1230.

³⁷⁵ Arrêt n° 16/04042 : « Attendu ensuite que dès lors qu'il résulte de la combinaison des articles 1231-6, 1344-1 et 1352-7 du code civil que celui qui est condamné à restituer une somme indûment perçue doit les intérêts du jour de la demande s'il était de bonne foi et du jour du paiement s'il n'était pas de bonne foi, les sommes indûment perçues par la banque produiront intérêts au taux légal à compter du 15 juillet 2014, date de l'acte introductif de la première instance en l'absence de mise en demeure préalable, pour ceux des intérêts échus à la date du 5 août 2014 et à compter de la date de leur perception pour ceux échus à compter du 5 août 2014 ; » (nous soulignons).

³⁷⁶ P. le Tourneau et M. Poumarède, Bonne foi, Rép. civ., n° 3 et 4.

³⁷⁷ La Cour d'appel de Toulouse le rappelle dans un arrêt récent en date du 5 novembre 2018 : « la mauvaise foi de l'accipiens n'est pas présumée ». (Cour d'appel, Toulouse, 1^{re} chambre, 1^{re} section, 5 Novembre 2018 – n° 16/02191).

³⁷⁸ L'anc. article 1376 C. civ disposait ainsi que « celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu ».

de bonne foi » ce qui laisse penser que la bonne ou la mauvaise foi doivent être appréciées au moment de la réception de la somme qui devra par la suite être restituée. Cette acception de la bonne foi inquiète d'ailleurs la doctrine³⁷⁹ et ceci pour deux raisons essentielles.

D'une part, elle suppose que le paiement ait été indu *ab initio*, c'est-à-dire au moment de la réception. Or, dans plusieurs des hypothèses pour lesquelles les articles 1352 et suivants du Code civil ont vocation à s'appliquer, le paiement était justifié au départ et ce n'est qu'ultérieurement qu'il devient indu. C'est le cas pour la nullité, la résolution ou la caducité du contrat, d'où l'absence d'incidence d'une appréciation de la bonne ou de la mauvaise foi au moment même de la réception. « Si les nouveaux articles 1352 à 1352-9 s'appliqueront sans embarras à la répétition de l'indu, aux sources de laquelle ils puisent, (...), il sera parfois difficile de les appliquer à la nullité et, plus encore, à la résolution du contrat. La difficulté vient justement du fait que dans ces derniers cas le paiement est devenu indu alors qu'il a été justifié par le passé. Or, les textes manient des concepts et des raisonnements qui supposent que le paiement ou la remise d'une chose ait été indu *ab initio* »³⁸⁰.

D'autre part, il n'est pas toujours opportun d'apprécier la bonne ou la mauvaise foi du débiteur de la restitution au jour où il a reçu le paiement de la part du créancier de la restitution. Comme le relève pertinemment un auteur³⁸¹, « peut-être la règle s'adapte-t-elle bien à l'hypothèse où le débiteur des restitutions demeure de bonne foi jusqu'au bout ou était de mauvaise foi dès l'origine. Mais les choses peuvent être plus compliquées. Parfois, bien que le paiement n'ait pas de justification dès l'origine, la mauvaise foi est survenue. Il en va ainsi en cas de nullité du contrat, lorsque le restituant découvre le vice pendant l'intervalle de temps allant du paiement initial à la restitution. D'autres fois, le paiement, justifié à l'origine, perd sa raison d'être par la suite et la

³⁷⁹ O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, préc., n° 1, spéc. p. 801 et s. ; A.-S. Epstein, « Les restitutions », in Douville T. (dir.), La réforme du droit des contrats. Commentaire article par article, 2016, Gualino, n° 10, spéc. p. 396. ; J.-B. Seube, *op. cit.* p. 411. ; N. Blanc, Les restitutions, Gaz. Pal. 2015, n° 155, p. 14, spéc. n° 6.

³⁸⁰ O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *op. cit.*, p. 801.

³⁸¹ V. Forti, La mauvaise foi survenue du débiteur des restitutions (observations comparatives sous les articles 1352-2 et 1352-7 du Code civil), RDC 2018. 118 n° 3.

mauvaise foi ne peut donc être que survenue. L'hypothèse n'est pas rare, loin de là. On la rencontre presque toujours en cas de résolution du contrat. Dès l'instant où elle décide de ne pas exécuter ses obligations, la partie aux torts de laquelle la résolution sera prononcée sait en effet qu'elle sera tenue d'une obligation de restitution (...). Ces contractants qui découvrent la cause de nullité du contrat ou, pire encore, qui en provoquent la résolution pourraient être traités, toujours si les textes étaient appliqués de manière littérale, comme des restituants de bonne foi ».

485. Nécessité de dépasser la lettre du texte. En fait, les nouveaux textes empruntent la formule « celui qui a reçu la chose » au projet Terré. Or, dans ce projet, ladite formule se réfère à l'*accipiens* du paiement de l'indu, les restitutions étant traitées au sein du régime de ce quasi-contrat et le paiement devenu ultérieurement indu à la suite de l'annulation ou de la résolution du contrat étant considéré comme une variété du paiement de l'indu³⁸². Plaquée sur des règles générales élaborées non seulement pour le paiement de l'indu mais aussi pour d'autres causes de restitution comme la nullité, la caducité et la résolution du contrat, la formule « celui qui a reçu la chose » perd forcément son sens ce qui risque de ruiner le régime que le législateur a voulu uniforme pour toutes les restitutions. Il est donc nécessaire, et dans un souci de cohérence, d'aller au-delà de la lettre de la formule utilisée en dehors de son contexte afin d'en retrouver l'esprit. Des auteurs ont ainsi proposé d'intégrer « davantage de considérations morales dans le jeu des restitutions » et de « donner une interprétation plus large de la bonne et de la mauvaise foi afin de rendre ces notions adaptables à l'ensemble des causes de restitution »³⁸³. Selon V. Forti « ce qui le (le restituant) rend de mauvaise foi est le fait de ne pas pouvoir ignorer que son titre est précaire et non le fait que cette précarité lui est imputable »³⁸⁴. D'ailleurs, c'est la raison pour laquelle la victime de l'inexécution du contrat ne peut plus se prévaloir de sa bonne foi à compter du moment où la résolution du contrat a été demandée en justice, solution qui résulte

³⁸² art. 3, al. 1^{er}.

³⁸³ O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *op. cit.*, p. 803 s. Dans ce sens, V. aussi, J.-B. Seube, préc.

³⁸⁴ V. Forti, préc., n° 6.

explicitement de la jurisprudence élaborée sous l'empire des textes antérieurs³⁸⁵. Cet auteur invite, afin de renouer avec l'esprit des textes, à lire « celui qui ignorait ou connaissait la cause génératrice des restitutions », là où il est écrit « celui qui a reçu la chose de bonne ou mauvaise foi », la cause génératrice des restitutions étant entendue comme ce qui est directement à l'origine de la nullité ou de la résolution et qui est donc indirectement à l'origine des restitutions (vice de consentement, inexécution etc...). L'article 1352-7 sera ainsi lu : « Celui qui [connaissait la cause génératrice des restitutions] doit les intérêts, les fruits qu'il a perçus ou la valeur de la jouissance à compter du paiement. Celui qui [ignorait la cause génératrice des restitutions] ne les doit qu'à compter du jour de la demande »³⁸⁶.

Cette idée on la trouvait dans la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente³⁸⁷ qui, elle aussi, faisait dépendre l'étendue des restitutions de la bonne ou mauvaise foi du restituant tout en liant cette bonne ou mauvaise foi à la connaissance réelle *ou présumée* du motif de l'annulation ou de la résolution de la vente. L'article 173.5, qui régissait le cas où la chose devant être restituée a été vendue ou échangée, disposait ainsi que : « lorsque le bénéficiaire a obtenu un substitut en espèces ou en nature en échange du bien ou du contenu numérique, *alors qu'il avait ou pouvait être présumé avoir connaissance du motif d'annulation ou de résolution*, l'autre partie peut choisir de réclamer le substitut ou la valeur monétaire de celui-ci. Le bénéficiaire qui a obtenu un substitut en espèces ou en nature en échange du bien ou du contenu numérique, *alors qu'il n'avait pas ou ne pouvait être présumé avoir connaissance du motif d'annulation ou de résolution*, peut choisir de restituer la valeur monétaire du substitut ou le substitut ». La même idée revenait à l'article 174, 1, b, qui régissait la question des dépenses réalisées pour la chose : « lorsqu'un bénéficiaire a engagé des dépenses pour un bien ou un contenu numérique, il a le droit d'être indemnisé dans la mesure où les dépenses ont profité à l'autre partie, à condition qu'elles aient été effectuées lorsque le bénéficiaire *ignorait et était censé ignorer le*

³⁸⁵ Cass. civ. 3^e, 27 novembre 2002, n° 01-12444 : Bull. civ. III, n° 244 (« à compter de la demande en justice tendant à la résolution de la vente, le possesseur ne peut invoquer la bonne foi »).

³⁸⁶ V. Forti, préc., n° 7.

³⁸⁷ Cette proposition présentée par la Commission européenne au Parlement européen en 2011 a été retirée en 2020.

motif d'annulation ou de résolution », tandis qu'« un bénéficiaire qui *connaissait ou était censé connaître le motif d'annulation ou de résolution* n'a droit à l'indemnisation que des dépenses qui étaient nécessaires pour empêcher la perte ou la dépréciation du bien ou du contenu numérique, à condition que le bénéficiaire n'ait eu aucune possibilité de solliciter les conseils de l'autre partie ». Le droit italien, lui aussi, opère cette distinction à l'article 2038 de son code civil consacré à la vente de la chose à un tiers et considère ainsi d'une façon encore plus claire que « celui qui, ayant reçu la chose de bonne foi, l'a vendue *avant de connaître l'obligation de la restituer*, doit restituer le prix de vente » ; alors que « celui qui a vendu la chose reçue de mauvaise foi, *ou après avoir connu l'obligation de la restituer*, doit la restituer en nature ou en valeur ».

Le droit français des biens invite, à son tour, à suivre ce chemin. S'il est vrai qu'en vertu de l'article 2275 du Code civil « [i]l suffit que la bonne foi ait existé au moment de l'acquisition » pour que la prescription acquisitive puisse jouer et donc que la mauvaise foi survenue n'y fasse pas obstacle, les fruits sont toutefois soumis par les articles 549 et 550 à la règle inverse. En effet, l'article 549 dispose que « le simple possesseur ne fait les fruits siens que dans le cas où il possède de bonne foi (...) », et l'article 550 précise que « le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices. *Il cesse d'être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus* ». Lorsqu'il s'agit de régler le sort des fruits produits par la chose, la mauvaise foi coïncide avec la prise de connaissance des vices de la propriété³⁸⁸. La logique étant la même pour les intérêts, fruits de la somme à restituer, il serait opportun de passer outre la lettre du texte de l'article 1352-7 du Code civil et de considérer que *le débiteur de la restitution cesse d'être de bonne foi du moment où la cause génératrice de la restitution lui est connue et c'est à partir de ce moment-là qu'il devra des intérêts sur la somme à restituer*. « Dès lors qu'on admet cette *ratio legis*, rien ne justifie que celui dont la mauvaise foi est survenue continue d'être traité comme étant une personne de bonne foi. *Cessante*

³⁸⁸ Il en va ainsi du légataire à titre particulier qui découvre que le testament initial a été révoqué par un testament ultérieur, ou du mandant qui s'aperçoit que l'acquisition de la chose par le mandataire n'a en réalité pas eu lieu : v. W. Dross, *Droit civil. Les choses*, 2012, LGDJ, n° 313-1.

*ratione legis, cessat ejus dispositio*³⁸⁹ : la loi ne doit pas s'appliquer à des situations qui, quoiqu'elles paraissent correspondre à sa lettre, sont exclues par son esprit »³⁹⁰.

Les restitutions consécutives à l'anéantissement d'un contrat jouissent donc, depuis la réforme de 2016, d'un fondement légal nouveau qui a le mérite de les mettre à l'abri de dérives jurisprudentielles futures. Le régime n'est pas, il est vrai, parfait tant que persistent des incertitudes dans l'application d'un critère douteux de bonne et mauvaise foi du débiteur de la restitution auquel le législateur français semble être attaché. Les restitutions consécutives à l'infirmité ou à l'annulation d'une décision de justice n'ont malheureusement pas, quant à elles, fait l'objet de l'intérêt direct du législateur de 2016, aucun article clair ne leur ayant été consacré malgré l'insuffisance des textes antérieurs et l'impasse dans laquelle s'était placée la Cour de cassation avec l'arrêt de son Assemblée plénière de 1995³⁹¹ et les divergences jurisprudentielles qui l'ont suivi. Ces hypothèses promettent pourtant de devenir beaucoup plus fréquentes avec la généralisation de l'exécution provisoire des décisions de première instance par le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile. Dès lors, il est légitime de se demander si, après la modification apportée par l'ordonnance de 2016 et l'introduction dans le Code civil d'un chapitre spécifique aux restitutions, les nouveaux articles 1352-6 et 1352-7 du Code civil seraient applicables à ces hypothèses de restitution ou si la Cour de cassation poursuivra dans la solution dégagée en 1995 en la fondant désormais sur le nouvel article 1231-6.

B- Une possible application aux restitutions consécutives à l'annulation ou à l'infirmité d'une décision de justice exécutée ?

486. Une intervention législative était plus que nécessaire sur la question du point de départ des intérêts moratoires sur les créances de restitution suite à l'annulation ou à l'infirmité d'une décision de justice exécutée et ceci afin de palier à l'insuffisance

³⁸⁹ La loi cesse de s'appliquer lorsque ses motifs ont disparu.

³⁹⁰ V. Forti, préc., *in fine*.

³⁹¹ Cass. ass. plén., 3 mars 1995, préc., et les critiques développées à ce son propos, *supra* n° 476.

des textes existants, faire sortir la Cour de cassation de l'impasse dans laquelle elle s'est placée avec l'arrêt de l'Assemblée plénière de 1995 et mettre fin aux divergences jurisprudentielles qui ont suivi. Plusieurs auteurs avaient souhaité une telle intervention et considéré que, d'essence procédurale, cette question devrait être appréhendée avec celle « beaucoup plus large, des effets des voies de recours sur la prise en charge du coût du procès »³⁹². Il est vrai que le législateur avait tenté d'intervenir sur ce point en 1985. En effet, le texte ayant abouti par la suite à la loi du 5 juillet 1985 prévoyait dans son article 36^e un quatrième alinéa à l'article 1153-1 qui reprenait la distinction opérée alors par la jurisprudence entre voies de recours ordinaires et voies de recours extraordinaires et disposait ainsi que « si, après avoir été exécuté, un jugement est réformé, rétracté ou annulé à la suite de l'exercice d'un appel ou d'une opposition, les sommes qui doivent être restituées portent de plein droit intérêts au taux légal à compter du paiement. Si le jugement est réformé, rétracté ou cassé à la suite de l'exercice d'une autre voie de recours que l'appel ou l'opposition, les sommes portent de plein droit intérêts au taux légal à compter de la sommation de restituer ». Cette disposition a été par la suite abandonnée puisque, et selon les termes même du rapporteur du projet de loi à l'Assemblée nationale, « les solutions risquaient de bloquer toute évolution de la jurisprudence sur cette question »³⁹³. Dans ses conclusions sous l'arrêt de l'Assemblée plénière de 1995³⁹⁴ M. Jéol avait considéré qu'il était préférable d'envisager la question dans le cadre de la réforme des voies d'exécution³⁹⁵ mais plusieurs textes sont venus modifier le Code des procédures civiles d'exécution, dont notamment l'ordonnance n° 2011-1895 du 19 décembre 2011 relative à la partie législative du code des procédures civiles d'exécution, la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique et, encore plus récente, la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-

³⁹² CERCRID, rapport préc., n° 215. Dans le même sens, F. Gréau, thèse préc., n° 409.

³⁹³ F. Gaspard, Rapport au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, JOAN 1984-85, Impressions, n° 2680, p. 25.

³⁹⁴ Cass. ass. plén., 3 mars 1995, préc.

³⁹⁵ M. Jéol, concl. préc.

2022 et de réforme pour la justice, et aucun texte n'a été consacré à cet effet. Il est donc légitime de se demander si, dans l'intention du législateur de 2016, les nouveaux articles concernant la restitution et plus spécifiquement les deux articles 1352-6 et 1352-7 du Code civil ne seraient pas applicables aussi aux restitutions consécutives à l'annulation ou à l'infirmité d'une décision de justice. Une réponse positive se semble pas être contraire aux textes (a) et permet d'établir une solution bien plus équitable pour le créancier de la restitution que celle dégagée par la jurisprudence (b), mais risque de soulever encore plus de difficultés pour le juge dans l'application de la distinction douteuse de l'article 1352-7 du Code civil entre celui qui a reçu de bonne foi et celui qui a reçu de mauvaise foi (c).

a- Une solution non contraire aux textes.

487. S'il est vrai que la solution établie par l'Assemblée plénière le 3 mars 1995 selon laquelle, rappelons-le, « la partie qui doit restituer une somme qu'elle détient en vertu d'une décision de justice exécutoire n'en doit les intérêts au taux légal qu'à compter de la notification valant mise en demeure de la décision ouvrant droit à restitution », était motivée par une volonté politique de revalorisation des titres exécutoires et visait ainsi à éviter que la crainte d'avoir à payer des intérêts moratoires ne soit érigée en obstacle à la mise en œuvre effective du titre exécutoire judiciaire, il serait très peu probable de voir la Cour de cassation la maintenir, en présence de nouveaux textes portant précisément sur la question des restitutions et ceci pour deux raisons principales.

En premier lieu, il est clair que rien dans la lettre des articles 1352 à 1352-9 du Code civil, ni dans leur emplacement choisi par le législateur de 2016, n'empêche la Cour de cassation de les appliquer aux restitutions consécutives à l'annulation ou à l'infirmité d'une décision de justice exécutée. Au contraire, l'emplacement des nouveaux textes au sein d'un chapitre indépendant intitulé tout simplement « Les restitutions » dans le titre IV intitulé « Du régime général des obligations » montre bien que l'ordonnance de 2016 n'a pas entendu seulement aménager les conséquences de l'anéantissement du contrat mais, bien plus largement, régir de façon autonome l'obligation de restitution en tant que telle, quelle que soit sa source : « l'inscription

des dispositions dans le régime des obligations incite à penser que c'est l'obligation de restitution, détachée de sa source, que l'ordonnance a entendu régir de façon autonome»³⁹⁶.

De plus, une application des deux nouveaux articles 1352-6 et 1352-7 du Code civil aux restitutions monétaires consécutives à l'annulation ou à l'infirmité d'une décision de justice aurait le mérite certain de mettre fin au dévoiement et à l'application fragmentaire par la Cour de cassation de l'ancien article 1153, qui risque de se répéter pour le nouvel article 1231-6, par l'assimilation implicite de l'obligation de restituer à une obligation contractuelle de somme d'argent alors que les deux obligations sont très différentes³⁹⁷. La Cour de cassation devrait logiquement choisir la voie qui ne passe pas par ce dévoiement des textes et appliquer tout simplement les nouveaux articles 1352-6 et 1352-7 aux restitutions consécutives à l'annulation ou à l'infirmité d'une décision de justice unifiant ainsi les solutions pour tous genres de restitutions consécutives à l'effacement rétroactif d'un acte³⁹⁸.

b- Une solution plus équitable.

488. Il est clair qu'une application des nouveaux articles 1352-6 et 1352-7 du Code civil aux restitutions consécutives à l'annulation ou à l'infirmité d'une décision de justice exécutée offrirait en pratique une solution bien plus favorable à celui à qui l'institution judiciaire donne finalement gain de cause que celle dégagée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en 1995. La défaveur dont témoignait cette dernière solution envers le gagnant définitif du procès qui ne subissait pas

³⁹⁶ O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, préc., p. 800. Dans le même sens, C. Simler, *L'action en revendication et le régime des restitutions issu de l'ordonnance du 10 février 2016*, *Recueil Dalloz* 2018 p. 1923.

³⁹⁷ Sur ce point v. *supra* n° 476.

³⁹⁸ Rappelons que la solution de l'Assemblée plénière de 1995 s'éloignait inexplicablement de celle adoptée pour les restitutions consécutives à la disparition rétroactive d'un contrat quoique les deux étaient fondées sur le même texte qui est l'(anc.) article 1153, combiné il est vrai avec l'(anc.) article 1378 pour la deuxième, puisque la Cour de cassation faisait courir les intérêts sur la créance de restitution consécutive à la disparition rétroactive d'un contrat à compter de la demande en justice et non à compter de la notification valant mise en demeure de la décision ouvrant droit à restitution (v. à ce sujet *supra* n° 467).

seulement une attente pour obtenir ce qui lui est dû³⁹⁹, mais se trouvait aussi départi pendant une période plus ou moins longue d'une somme qui lui appartenait et qu'il a du faire sortir de son patrimoine. Cette défaveur accrue du fait de l'absence de tout pouvoir de dérogation pour le juge sur ce plan-là⁴⁰⁰ n'aurait plus lieu si les juges appliquaient les nouveaux articles 1352-6 et 1352-7 à ce type de restitutions. En effet, si la jurisprudence de 1995 ne permettait au gagnant final de recevoir aucune indemnisation pour la privation préjudiciable de son argent pendant la période plus ou moins longue que dure le procès, il recevrait désormais, et au moindre des cas, des intérêts à compter de la demande⁴⁰¹. C'est la voie dans laquelle se sont engagées déjà plusieurs Cours d'appel. Ainsi, dans un arrêt du 23 novembre 2018⁴⁰², la Cour d'appel de Paris énonce clairement que « la restitution d'une somme d'argent inclut les intérêts au taux légal conformément à l'article 1352-6 du Code civil, et que, *s'agissant d'une somme d'argent reçue de bonne foi, en l'espèce en exécution du jugement dont appel assorti de l'exécution provisoire*⁴⁰³, les intérêts dus sur la somme restituée ne courent, selon l'article 1352-7 du Code civil qu'à compter de la demande ». De même, la Cour d'appel de Versailles, dans un arrêt du 18 juin 2019⁴⁰⁴, et alors que l'appelant soutenait que selon les termes de l'article 1231-6 du Code civil, les intérêts au taux légal assortissant la restitution d'une somme d'argent ne sont dus qu'à compter de la notification de la décision ouvrant droit à la restitution et soutenait que le tribunal de grande instance en le condamnant à restituer la somme de 7 227 euros avec intérêts à compter de l'assignation, soit avant même que la créance soit née, avait violé la loi, affirme que « s'agissant du point de départ des intérêts, c'est à bon droit que le tribunal a fait courir les intérêts à compter de l'assignation, conformément aux dispositions de l'article 1352-7 du code civil ». La Cour d'appel de Poitiers est allée dans le même

³⁹⁹ Comme il en est pour celui qui attend la liquidation judiciaire de sa créance.

⁴⁰⁰ Cette défaveur accrue expliquait en partie la résistance des juges du fond à la solution apportée par la Cour de cassation en 1995 (v. à ce sujet, *supra* n° 474).

⁴⁰¹ La demande devant correspondre en principe à la date à laquelle la voie de recours a été introduite sauf si l'exécution est postérieure à cette date dans lequel cas les intérêts courront à compter du paiement qui constitue l'exécution.

⁴⁰² CA Paris, Pôle 5, chambre 11, 23 novembre 2018, n° 16/18662.

⁴⁰³ Nous soulignons.

⁴⁰⁴ CA Versailles, 13^e chambre, 18 juin 2019, n° 18/08781.

sens, quoique d'une manière sous-entendue dans un arrêt du 24 avril 2018⁴⁰⁵. Dans cet arrêt, et après avoir affirmé que l'infirmité du jugement emporte obligation de restitution des sommes perçues en exécution de cette décision, la Cour décide à propos des intérêts de retard que « l'article 9 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations dispose que lorsqu'une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne et que cette loi s'applique également en appel et en cassation. Les dispositions de l'article 1352-7 nouveau du code civil ne peuvent dès lors recevoir application. La société (...) n'est tenue des intérêts au taux légal sur la somme perçue en exécution du jugement qu'à compter de la notification, valant mise en demeure, du présent arrêt ouvrant droit à restitution ». Cette motivation indique qu'*a contrario*, et si les nouvelles dispositions issues de l'ordonnance devaient recevoir application, les dispositions de l'article 1352-7 auraient été appliquées.

En cas d'infirmité ou d'annulation d'une décision de justice exécutée, le gagnant final du procès recevra donc des intérêts moratoires sur sa créance de restitution à compter de la demande en application du nouvel article 1352-7 du Code civil. En théorie, il pourrait recevoir des intérêts moratoires pour une période encore plus longue si le débiteur de la restitution s'avérait de mauvaise foi puisque dans ce cas-là il sera tenu des intérêts « à compter du paiement ». Toutefois, la distinction entre débiteur de bonne foi et débiteur de mauvaise foi semble être, dans le cadre des restitutions consécutives à l'annulation ou à l'infirmité d'une décision de justice, inapplicable.

c- Une inapplicabilité du critère subjectif de bonne foi.

489. Si l'application du critère de bonne ou de mauvaise foi du débiteur de la restitution est source d'incertitudes en matière de restitutions consécutives à l'anéantissement d'un contrat⁴⁰⁶, elle l'est encore plus pour les restitutions consécutives à l'annulation ou à l'infirmité d'une décision de justice. En effet, il existe une

⁴⁰⁵ CA Poitiers, 1^{re} chambre civile, 24 avril 2018, n° 17/01590.

⁴⁰⁶ V. *supra* n° 484 et s.

difficulté réelle, voire une impossibilité, pour le juge de mettre en œuvre la distinction opérée par l'article 1352-7 du Code civil entre « celui qui a reçu de bonne foi » et « celui qui a reçu de mauvaise foi » et ceci pour la simple raison que celui qui a reçu un paiement en exécution d'une décision de justice disposait d'un titre on ne peut plus légitime, quand bien même celui-ci aurait été, postérieurement à la réception, remis en cause par une autre décision judiciaire. « Admettre par principe la responsabilité civile de la partie à laquelle le juge ou la loi ont accordé le bénéfice de l'exécution à l'égard de la partie [à laquelle] ils ont enjoint de s'exécuter, c'est nécessairement écorner l'autorité des décisions de justice et, au-delà, celle de l'ensemble de nos institutions judiciaires »⁴⁰⁷ proteste vigoureusement un auteur. Quelle que soit la nature de la décision remise en cause, le débiteur de la restitution devrait donc nécessairement être considéré de bonne foi et, en application de ce critère subjectif consacré par l'article 1352-7 du Code civil, le plaideur finalement victorieux n'aura jamais droit aux intérêts qu'à compter de la demande.

Pratiquement inapplicable dans le cadre des restitutions consécutives à l'annulation d'une décision de justice exécutée, source de confusion dans le cadre des restitutions consécutives à l'anéantissement d'un contrat, cette distinction douteuse entre débiteur de bonne foi et débiteur de mauvaise foi à laquelle s'attache le législateur de 2016 reflète en réalité un attachement questionnable à une logique de responsabilité dans une situation objective où devraient, en principe, être proscrites toutes considérations subjectives⁴⁰⁸.

Section 3- La pertinence d'un attachement à une logique de responsabilité.

490. Alors qu'il est acquis que « la restitution d'une chose ou d'une prestation ne s'identifie pas à la réparation d'un dommage »⁴⁰⁹, et que la Cour de cassation affirme

⁴⁰⁷ F. Gréau, thèse préc., n° 406.

⁴⁰⁸ C. Guelfucci-Thibierge, thèse préc., n° 656 s. et n° 741 s.

⁴⁰⁹ C. Guelfucci-Thibierge, thèse préc., n° 762.

à de nombreuses reprises que les restitutions n'ont pas une nature indemnitaire⁴¹⁰, la reprise par le législateur de 2016, après la jurisprudence antérieure, d'une douteuse distinction entre bonne et mauvaise foi de celui qui a reçu dans la détermination du point de départ des intérêts moratoires sur les créances de restitution⁴¹¹ dénote un attachement certain à une logique de responsabilité en matière d'intérêts moratoires sur les créances de restitution et aboutit à un glissement de la restitution à la responsabilité alors que ces deux notions doivent être clairement distinguées (§1). Il serait juridiquement plus exact de reconnaître tout simplement que les intérêts moratoires sur les créances de restitution, et en dehors de toute logique de responsabilité, ont vocation à réparer un préjudice moratoire *objectif* (§2).

§1- Un glissement critiquable de la restitution à la responsabilité.

491. Lorsque le législateur établit que les intérêts sur les créances de restitution sont dus à compter du paiement quand celui qui a reçu est de mauvaise foi⁴¹², et à

⁴¹⁰ Cass. civ. 3^e, 25 octobre 2006, n° 05-17.427 : JurisData n° 2006-035538 ; Bull. civ. III, n° 205 ; Contrats, conc. consom. 2007, comm. 65, note L. Leveneur ; RTDCiv. p. 333, obs. J. Mestre et B. Fages ; Defrénois 2007, p. 976, obs. C. Atias ; Cass. civ. 3^e, 28 janvier 2015, n° 13-27.397 : JurisData n° 2015-001108 ; Bull. civ. III, n° 9 ; Contrats, conc. consom. 2015, comm. 82 ; JCP G 2015, n° 8, p. 356, note G. Viney ; D. 2015, p. 657, note F. Rouvière ; Rev. Lamy dr. civ. 2015, p. 76, obs. P. Brun ; RTDCiv. 2015, p. 396, obs. P. Jourdain ; Cass. civ. 1^{re}, 2 juillet 2014, n° 12-28.615 et 13-17.280 : JurisData n° 2014-014858 ; JCP N 2014, n° 51-52, 1383, note P. Pierre ; Defrénois 2014, n° 24, comm. Y. Dagonne-Labbe ; Gaz. Pal. 2014, n° 245, p. 33, obs. V. Zalewski-Sicard ; Cass. civ. 1^{re}, 28 octobre 2015, n° 14-17.518 : JurisData n° 2015-023958 ; Defrénois 2016, p. 78, note L. Ruet ; Defrénois 2016, p. 701, note M. Latina ; RDC 2016, p. 224, obs. O. Deshayes ; Cass. civ. 1^{re}, 18 février 2016, n° 15-12.719 : JurisData n° 2016-002604 ; JCP N 2016, n° 19, 1154, note C. Coulon ; JCP N 2016, 1270, note M. Poumarède. V. aussi G. Chantepie et M. Latina, La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, préc ; Cass. civ. 3^e, 3 mai 2018, n° 17-11.132 : JurisData n° 2018-007524 ; D. 2018, p. 1008 ; RTDCiv. 2018, p. 658, obs. H. Barbier. ; D. 2019, p. 279, note M. Mekki.

⁴¹¹ En droit libanais l'article 733 du Code procédure civile dispose clairement qu'en cas de cassation d'un arrêt d'appel le demandeur au pourvoi peut, dès que l'arrêt de cassation est rendu, demander la restitution des sommes qu'il avait payées en exécution de l'arrêt cassé sans qu'il ne soit imputé au défendeur au pourvoi une quelconque faute à cause de l'exécution. Cet article ne fait donc pas dépendre le principe de la restitution suite à la cassation de l'arrêt d'une quelconque recherche de faute dans l'exécution. Toutefois il ne fait aucune référence à la possibilité de l'octroi d'intérêts moratoires en plus de la somme initiale à restituer et la question de la possibilité d'octroi de tels intérêts et leur dépendance de la bonne ou mauvaise foi du débiteur de la restitution ne trouve pas de solution dans le texte de loi.

⁴¹² Hypothèse qui, rappelons-le, ne devrait pas se poser dans le cadre des restitutions consécutives à l'annulation d'une décision de justice. V. *supra* n° 489.

compter du jour de la demande quand il est de bonne foi, il est légitime de se demander quelle peut bien être, dans son esprit, la fonction des intérêts ainsi orchestrés (A). L'absence de réponse théorique satisfaisante montre bien que ce dernier, comme la jurisprudence antérieure⁴¹³, était en réalité à la recherche d'un impossible équilibre entre les droits du créancier et ceux du débiteur de la restitution au prix d'un critiquable glissement entre restitution et responsabilité (B).

A- La fonction des intérêts de l'article 1352-7 du Code civil tels que prévus par le législateur.

492. Des fonctions à écarter. En rien insignifiants ou négligeables, notamment si la période intermédiaire séparant le jour du paiement et celui de la restitution s'est prolongée dans le temps, les intérêts moratoires sur les créances de restitution peuvent devenir aussi lourds pour le débiteur de la restitution que le principal de la dette et même plus. Pour tenter de comprendre que peut bien être la fonction de ces intérêts qui courent à compter de « la demande » quand le débiteur de la restitution est de bonne foi et à compter du paiement quand il est de mauvaise foi, nous proposons de procéder par élimination, écartant ainsi au fur et à mesure les fonctions que ces intérêts, tels que prévus par l'article 1352-7 du Code civil, ne peuvent pas avoir.

Il est clair que la fonction de ces intérêts, dans l'intention du législateur de 2016, n'est pas *de réaliser un effacement effectif et total de l'acte anéanti*, sinon il aurait prévu qu'ils seraient toujours dus à compter du paiement, que le débiteur soit de bonne ou de mauvaise foi. Or il n'en est rien puisque le débiteur de bonne foi ne doit les intérêts qu'à une date bien postérieure au paiement qui est celle de la demande et dès lors l'effacement rétroactif de l'acte anéanti ne peut être que partiel dans cette hypothèse. Un auteur l'a bien reconnu et a relevé que la solution qui dispense *l'accipiens* de bonne foi de verser des intérêts à compter du paiement « semble a priori incompatible avec le principe de l'effacement rétroactif du contrat annulé, principe qui impose une restitution totale »⁴¹⁴.

⁴¹³ En ce sens, Cass. ch. mixte, 9 juillet 2004, n° 02-16302 : Bull. mixte, n° 2.

⁴¹⁴ J.-L. Aubert, note sous Cass. civ. 1^{re}, 24 septembre 2002, préc., p. 371.

Il est tout aussi clair que la fonction de ces intérêts n'est pas *de sanctionner le débiteur de la restitution* puisque si, dans pareille logique punitive, on peut comprendre que le débiteur de mauvaise foi soit « puni » par sa condamnation au paiement d'intérêts à compter du paiement reçu, on ne voit pas pourquoi le débiteur qui avait reçu de bonne foi devrait des intérêts à compter de la demande et en quoi cette demande, en tant que telle, devrait lui attirer les foudres du législateur et du juge à un temps où son statut de *solvens* n'a pas été encore établi.

La fonction des intérêts de l'article 1352-7 du Code civil ne peut pas non plus être *de réparer un préjudice moratoire subjectif imputable au débiteur de la restitution* puisque, dans une pure logique de responsabilité fondée sur un fait générateur, un dommage imputable à l'auteur de ce fait et un lien de causalité entre les deux, on ne voit pas quel retard reprocher à ce débiteur de ne pas avoir restitué avant d'y être ordonné par une décision de justice. S'il est vrai qu'il a pu prendre connaissance de la cause génératrice de la restitution, cette restitution reste éventuelle avant que le juge ait rendu sa décision et on ne voit pas la raison pour laquelle, dans une logique de responsabilité, il devrait des intérêts sur la créance de restitution à compter de la demande ou encore à compter du paiement. Puisque le litige porte justement sur le point de savoir s'il devait restituer ou non, et excepté le cas de manœuvres dilatoires, il semble irréal d'imputer un retard au défendeur avant le prononcé du jugement qui prononce l'anéantissement de l'acte ayant donné lieu au paiement. Dans une pure logique de responsabilité où les intérêts moratoires compensent un préjudice de retard imputable au débiteur il paraît donc incompréhensible que le débiteur de la restitution doive des intérêts sur la créance de restitution pour toute la période antérieure au prononcé du jugement ordonnant la restitution, période qui pourrait durer des mois ou des années. C'est pourtant la logique sur laquelle s'appuyaient les solutions jurisprudentielles antérieures à l'ordonnance de 2016 pour refuser l'octroi d'intérêts moratoires pour la période antérieure à « la notification valant mise en demeure de la décision ouvrant droit à restitution »⁴¹⁵. La Cour de cassation l'avait clairement exprimé dans un arrêt de la 2^e chambre civile du 15 mai 2003 dans lequel elle a énoncé

⁴¹⁵ Selon les termes utilisés par l'Assemblée plénière en 1995. (Cass. ass. plén., 3 mars 1995, n° 91-19.497, préc.)

que « le préjudice découlant de la seule exécution d'une décision exécutoire à titre provisoire, ultérieurement anéantie, s'analyse *comme un retard dans l'exécution* et ne peut être réparé que par les intérêts au taux légal à compter de la notification valant mise en demeure »⁴¹⁶. Comme ce retard dans l'exécution n'existe que « par l'effet d'une fiction » comme l'avait exprimé le magistrat L. Séné dans le rapport sous l'arrêt de l'Assemblée plénière du 3 mars 1995⁴¹⁷ les intérêts moratoires qui courent sur les créances de restitution pendant la période antérieure au prononcé de la décision ordonnant la restitution ne peuvent logiquement pas avoir pour fonction de réparer un préjudice moratoire *subjectif* qui demeure, précisément, fictif.

Il est clair que le législateur de 2016, en dehors d'une réflexion théorique sur la fonction réelle des intérêts moratoires sur les créances de restitution, était, comme la jurisprudence antérieure, à la recherche d'un impossible équilibre entre les droits du créancier et ceux du débiteur de la restitution.

B- La recherche d'un impossible équilibre entre les droits du créancier et ceux du débiteur de la restitution.

493. Un correctif tiré de l'équité à l'opération de retour au *statu quo ante*. Il est évident que toute entreprise de retour au *statu quo ante* est, par essence, contrefactuelle et fictive. Le passé ne retournant jamais sur ses pas, comment recréer exactement ce qui était sans risquer de provoquer un déséquilibre injustifié entre les droits du créancier et ceux du débiteur de la restitution ? S'il est indispensable de prendre en compte la période intermédiaire entre le moment où intervient le paiement et le moment de la restitution afin de replacer les parties dans un état le plus proche de leur situation originale, il n'est pas facile de répartir équitablement la charge de cette dette de « retour en arrière ». Le législateur de 2016, s'inspirant des règles de la répétition de l'indu désormais refondues dans celles des restitutions, a tenté de ménager le débiteur

⁴¹⁶ Cass. civ. 2^e, 15 mai 2003, Bull. civ., II, n° 145, RTDCiv. 2003.548, n° 3, obs. R. Perrot, D. 2003, IR, 1546. (nous soulignons).

⁴¹⁷ Dans le rapport sous l'arrêt de l'Assemblée plénière de 1995, M. Séné, pour s'opposer à la rétroactivité des intérêts à une date antérieure à la notification valant mise en demeure de la décision, avait considéré qu'il est « fondamental de caractériser un retard dans l'exécution et ce retard n'existe (...) que par l'effet d'une fiction » : L. Séné, rapport préc., p. 838.

du poids de cette dette sans sacrifier complètement les droits originaires du créancier, laissant ainsi une large place à l'appréciation du comportement du premier, sa bonne ou mauvaise foi venant ainsi en quelque sorte corriger l'objectif d'une restitution *in integrum*. « C'est « humaniser » grandement l'exercice comptable du retour au *statu quo ante* en veillant à équilibrer les intérêts en retour, en renonçant au réalisme d'une froide liquidation de la situation résultant de la période intermédiaire », comme l'exprime un auteur⁴¹⁸ qui, après avoir reconnu que « si la loi commande de tirer toutes les conséquences du défaut de conformité de l'acte ou de l'inexécution, restituer les accessoires n'est plus affaire de bonne ou de mauvaise foi de celui tenu de rendre », ajoute que « l'idéal d'un équilibre retrouvé passe par un correctif naturel tiré de l'équité : celui qui reçoit un paiement indu en connaissance de cause, ou qui peut se voir imputer d'une manière fautive la disparition du contrat, mérite un traitement plus sévère ». En agissant sur la consistance de la créance monétaire par un déplacement du point de départ du calcul de son accessoire principale, c'est-à-dire l'intérêt moratoire⁴¹⁹, entre le jour du paiement et celui de la demande de restitution ce critère subjectif de bonne ou mauvaise foi du débiteur de la restitution jouerait ainsi le rôle de levier propre à instaurer un difficile, voire impossible, équilibre dans l'opération de recomposition des droits à laquelle doit aboutir la restitution. Au débiteur de bonne foi, il devient impossible de réclamer les intérêts pour une période antérieure au jour de la demande. À celui de mauvaise foi, les intérêts peuvent être réclamés à compter du paiement.

Si l'objectif de recherche d'un équilibre dans la recomposition des droits du créancier et du débiteur de la restitution est en lui-même louable, il peut néanmoins être atteint sans ce détour artificiel à des outils de responsabilité civile là où cette responsabilité n'a tout simplement pas vocation à s'appliquer. Le temps est venu d'admettre que les intérêts moratoires sur les créances de restitution, indispensables dans la réalisation d'un retour effectif au *statu quo ante*, évoluent en dehors de la responsabilité civile et doivent être aménagés autrement.

⁴¹⁸ S. Mercoli, « Les accessoires de la restitution ou la recherche d'un improbable retour à l'équilibre », préc.

⁴¹⁹ Comme il en est pour les fruits ou la valeur de la jouissance pour les choses.

§2- Des intérêts moratoires qui évoluent en dehors de la responsabilité civile.

494. Au lieu de chercher à analyser le retard subi par le créancier d'une restitution à travers le prisme de la responsabilité avec toutes les incertitudes à laquelle cette analyse traditionnelle peut aboutir, il serait juridiquement plus cohérent de se rendre à l'évidence que tout créancier qui se retrouve dépourvu indument pendant une durée de temps plus ou moins longue d'une somme qui aurait dû rester dans son patrimoine pendant ce temps-là subi un préjudice moratoire *objectif* dont l'amplitude varie avec la longueur de cette durée et qui, s'il appelle bien une compensation, ne peut pas être imputé au débiteur de la restitution selon les règles classiques de la responsabilité civile (A), d'où l'inutilité et même l'inadéquation d'un raisonnement, pour ce préjudice, en termes de bonne ou de mauvaise foi du débiteur. Ce raisonnement qui traduit un attachement à la logique indemnitaire de la responsabilité civile est dès lors appelé à laisser la place à une réflexion plus pertinente en termes de compensation d'un retard lié au coût de la durée (B).

A- Un préjudice moratoire objectif.

495. Le retour au *statu quo ante* qu'ambitionne la créance de restitution avec ce retour en arrière suppose comme fiction pour replacer les parties dans un état le plus proche de leur situation originaires si le paiement n'était pas intervenu, met en exergue le préjudice de retard causé au créancier de la restitution pendant la période intermédiaire entre la date du paiement et celle où la somme payée réintègre son patrimoine. Ce préjudice moratoire peut être qualifié d'*objectif* parce qu'il est lié, non au comportement du débiteur, mais tout simplement au coût du temps qui passe (a). Dès lors, sa compensation par le moyen d'intérêts moratoires devrait être considérée comme un complément nécessaire et automatique de la restitution de la prestation principale (b).

a- Un préjudice moratoire lié au coût du temps qui passe.

496. Restituer c'est modifier le passé, remettre « dans toute la mesure du possible, (...) les parties en l'état où elles se trouvaient avant l'acte annulé, que celui-ci soit un contrat ou un jugement »⁴²⁰. Or, pour modifier le passé, il ne suffit pas d'imposer la restitution des prestations réciproques. Il faut aussi prendre en considération le temps qui s'est écoulé entre le jour de l'exécution de la prestation et celui de son retour dans le patrimoine du créancier. En effet, ce dernier se retrouve indument dépourvu d'une somme d'argent qui lui appartenait pour un laps de temps plus ou moins long et souffre ainsi d'un préjudice moratoire certain dont l'amplitude est proportionnelle à ce laps de temps. L'indisponibilité de la somme crée, depuis le moment où son propriétaire s'en est départi c'est-à-dire depuis le paiement, des inconvénients divers liés notamment à l'érosion monétaire du fait de l'inflation, la perte des intérêts de placement, la perte de chance d'effectuer des investissements, les coûts des financements de substitution et bien d'autres. Ce préjudice moratoire, qu'on peut qualifier *d'objectif*, est invariablement causé à au créancier par l'attente inévitable qui lui est imposée par la procédure de restitution et ceci en dehors de toute considération ayant trait au comportement de son débiteur. « Le retard ne trouve pas sa cause dans l'inexécution ou l'exécution tardive de l'obligation de restitution ou dans la mauvaise foi du contractant, mais dans le succès de l'action en restitution qui impose de mettre en œuvre une procédure de restitution dominée par le retour au *statu quo ante* », souligne pertinemment à ce propos un auteur⁴²¹. Seule la prise en compte de cet écoulement du temps et du préjudice moratoire *objectif* qu'il cause inévitablement au créancier de la restitution aboutirait à un vrai retour au *statu quo ante* à travers une restitution intégrale qui, non seulement porterait sur la valeur nominale de la prestation principale qui réintègre ainsi le patrimoine du créancier mais, en plus, permettrait *de corriger les effets du temps écoulé entre le jour du paiement et le jour où la restitution est ordonnée*

⁴²⁰ J. Héron par Th. Le Bars, *op. cit.*, n° 521.

⁴²¹ F. Gréau, thèse préc., n° 385.

dans une espèce de compte qui va permettre de prendre en considération le temps écoulé⁴²².

Le droit positif français ne parvient actuellement à un véritable retour au *statu quo ante* que par un détour douteux de considérations subjectives ayant trait à la mauvaise foi de celui qui a reçu et en dehors desquelles l'effacement rétroactif des effets du paiement n'est que partiel. En effet, sans mauvaise foi caractérisée de la part du débiteur, l'octroi d'intérêts moratoires sur la créance de restitution est reporté au jour de la demande et le préjudice moratoire *objectif* subi par le créancier pendant toute la période antérieure allant de la date du paiement jusqu'à la date de la demande semble occulté. Or, la réalisation d'un véritable retour au *statu quo ante* suppose que ce préjudice moratoire lié au temps qui passe ne soit pas laissé sans compensation. Le législateur est invité à l'identifier et à le régler convenablement.

b- Un préjudice moratoire qui appelle une compensation automatique.

497. Une conséquence légale et automatique de la restitution. Le préjudice moratoire *objectif* subi par le créancier de la restitution appelle une compensation automatique par le moyen d'intérêts moratoires qui, lorsque la restitution porte sur une somme d'argent, accompagneront la restitution de la somme payée à compter du jour du versement pour compenser les effets du temps, sans que la bonne ou la mauvaise foi du débiteur de la restitution n'exercent une quelconque influence à cet égard⁴²³. Dans cette optique, lorsqu'un indu a été payé ou lorsque le contrat en exécution duquel le paiement a été effectué est anéanti, l'octroi d'intérêts moratoires sur la créance de restitution à compter du versement de la somme devrait idéalement être considéré comme une conséquence légale de l'anéantissement de l'acte juridique ayant donné lieu au paiement, un complément nécessaire et automatique de la restitution de la prestation principale et ceci en dehors de toute considérations subjectives liées à la bonne ou mauvaise foi du débiteur de la restitution. Comme le dit pertinemment un

⁴²² Sur ce compte, v. M. Malaurie-Vignal, les restitutions en droit civil, thèse Cujas, préf. G. Cornu, 1991, n° 143 et s.

⁴²³ C. Guelfucci-Thibierge, thèse préc., n° 805 et n° 806.

auteur, « l'octroi des intérêts [et des fruits] doit être considéré comme (...) *un complément nécessaire de la restitution* de la prestation principale, sans lequel la restitution serait incomplète car elle ne prendrait pas en considération le temps écoulé entre le moment où la valeur est sortie du patrimoine et celui où elle le réintègre »⁴²⁴. De même, en cas de restitutions consécutives à l'annulation ou à l'infirmité d'une décision de justice, la compensation du retard *objectif* subi par le créancier de la restitution par le biais d'intérêts devrait être considérée « comme une conséquence légale et automatique de l'exercice d'une voie de recours qui aboutit à l'anéantissement de la décision litigieuse, car elle est indissociable d'une restitution *intégrale* de la prestation versée, sauf à admettre (...) que la restitution n'inclut pas le temps écoulé depuis l'exécution »⁴²⁵ et on ne comprendrait pas dans ce cas pourquoi ce serait au créancier de souffrir exclusivement des lenteurs et des hésitations de la justice.

498. Un nécessaire correctif à la compensation automatique. La procédure de liquidation du passé que suppose la restitution ne peut toutefois pas être aveugle dans son automatisme. Pour réaliser l'objectif louable que poursuivait le législateur de 2016 d'instaurer un certain équilibre dans la reconstitution des droits entre le créancier et le débiteur de la restitution, et répartir ainsi équitablement la charge de cette dette de « retour en arrière » qu'entraîne l'anéantissement de l'acte qui avait donné lieu au paiement⁴²⁶, la compensation automatique du préjudice moratoire *objectif* que subit le créancier par le moyen d'intérêts moratoires qui courent sur la créance de restitution à compter du paiement ne peut pas être absolue dans sa portée. Comme il en est pour les dépens afférents aux instances qui sont, en vertu de l'article 696 du CPC, mis en principe à la charge de la partie perdante au procès sous réserve d'une décision motivée de la part du juge d'en mettre la totalité ou une fraction à la charge d'une autre partie, il convient aussi, pour la compensation automatique du retard *objectif* subi par le créancier de la restitution, de reconnaître au juge un pouvoir légal de modération dont l'exercice devrait être motivé. Ce rôle régulateur de celui qui a été pertinemment appelé

⁴²⁴ F. Gréau, thèse préc., n° 387 (nous soulignons).

⁴²⁵ F. Gréau, thèse préc., n° 407.

⁴²⁶ V. à ce propos *supra* n° 293.

« le vecteur qui unit deux champs, le champ théorique de la norme abstraite et le champ concret du besoin social »⁴²⁷ ne lui est pas inconnu et a été réaffirmé à l'article 1231-7 du Code civil pour les condamnations à une indemnité. Exercé avec une motivation soumise au contrôle de la Cour de cassation, il lui permettrait de mesurer les effets du retour au *statu quo ante* et de tempérer la froideur d'une opération mathématique de liquidation du passé en tenant compte de l'équité, de la situation économique de la partie condamnée ou encore du comportement de l'une et l'autre partie.

L'identification d'un préjudice moratoire objectif lié au coût de la durée qui appelle une compensation automatique met en exergue, une fois de plus, les limites d'un raisonnement exclusif à propos des intérêts moratoires en termes de responsabilité civile et la nécessité d'une approche nouvelle du retard dans le cadre de la procédure de liquidation du passé.

B- La nécessité d'une approche nouvelle affranchie de la responsabilité.

499. L'attachement à une approche subjective des intérêts moratoires sur la créance de restitution et à une réflexion en termes de bonne et mauvaise foi du débiteur aboutit malheureusement à un glissement critiquable de la restitution à une responsabilité qui demeure fictive. Comme le souligne pertinemment un auteur⁴²⁸, « la nécessité de caractériser la mauvaise foi de *l'accipiens* pour faire courir les intérêts à compter du jour du paiement » est critiquable « en amont dans son principe même en ce qu'elle subordonne la répétition intégrale à la preuve d'un élément subjectif qui devrait idéalement emporter des conséquences sur le seul terrain de la responsabilité et non sur celui des restitutions (...). Dans une analyse objective, ils (les intérêts moratoires) devraient pouvoir être accordés systématiquement à compter de ce jour (le jour du paiement), indépendamment de la bonne ou de la mauvaise foi du débiteur de la restitution, en considération de cet objectif unique qu'est le retour au *statu quo ante*.

⁴²⁷ H. Lecuyer, Cycle de conférences « Les magiciens du droit », 25 mai 2018, Faculté de droit et de sciences politiques de Montpellier, épisode 1, « Le commencement... Juge et jurisprudence ».

⁴²⁸ F. Gréau, thèse préc., n° 383.

La responsabilité de ce débiteur ne devrait jouer qu'un simple rôle d'adjuvant lorsque sa faute (...) est la source d'un préjudice que le jeu des restitutions ne suffit pas à effacer »⁴²⁹. En effet, quel que soit le comportement du débiteur, le créancier de la restitution subit, outre un retard *subjectif* qui peut être imputé au débiteur, un préjudice moratoire certain lié à la durée qui s'écoule entre le moment où il s'était départi de la somme et le moment où cette somme réintègre son patrimoine. Ce préjudice moratoire *objectif* est indépendant d'une éventuelle responsabilité du débiteur et appelle, en considération du seul objectif de retour au *statu quo ante*, et nonobstant la bonne ou mauvaise foi du débiteur, une compensation autonome qui devrait idéalement se faire par l'octroi d'intérêts moratoires au taux légal à *compter du paiement*. Le comportement du débiteur et sa mauvaise foi ne devraient alors compter que pour engager sa responsabilité civile et l'exposer à payer une créance de réparation qui pourrait alors se cumuler avec la créance de restitution si les conditions juridiques en sont réunies.

Continuer à penser les intérêts moratoires à travers le prisme exclusif de la responsabilité civile empêche jusque-là la reconnaissance de ce préjudice moratoire subi par le créancier de la restitution qui trouve son fondement dans la procédure de liquidation du passé avec ce que cette procédure implique comme nécessité de retour au *statu quo ante*. Alors que ce préjudice moratoire *objectif* appelle à être compensé par des intérêts moratoires qui viennent s'ajouter automatiquement, et à compter du paiement, à la somme principale restituée pour en compléter la restitution, l'attachement de ces intérêts à la responsabilité du débiteur par l'artifice d'une distinction, parfois inapplicable, entre celui qui a reçu de bonne foi et celui qui a reçu de mauvaise foi, fausse le raisonnement qui devrait pourtant être unitaire à ce sujet, ce qui aboutit à des résultats qui vont à l'encontre de l'objectif de retour au *statu quo ante*. Parce que ce préjudice moratoire ne présente pas les caractéristiques d'un préjudice *subjectif* imputable au débiteur il est en grande partie occulté à chaque fois que celui qui a reçu n'a pas été de mauvaise foi et le retour au *statu quo ante* n'est alors que partiel. De plus, les incertitudes que porte en elle la notion de « celui qui a reçu de

⁴²⁹ Un préjudice que le jeu des restitutions *n'a pas vocation à effacer* il serait plus exact de dire.

mauvaise foi » de l'article 1352-7 du Code civil⁴³⁰ menacent de limiter considérablement la portée réelle de ce retour en arrière. On ne peut dès lors que regretter le choix qu'a fait le législateur en 2016 en consacrant, pour les créances de restitution, une réflexion inadéquate en termes de bonne et mauvaise foi de celui qui a reçu alors qu'il aurait pu prendre le taureau par ses cornes et rompre définitivement avec tout raisonnement en termes de responsabilité.

500. Une solution connue du droit international. Cette solution du cours des intérêts moratoires sur les créances de restitution à compter du paiement sans égard au comportement du débiteur que le législateur français n'a pas voulu consacrer alors qu'il en avait l'occasion avec la réforme du droit des obligations en 2016 avait pourtant été consacrée en droit international par l'article 84 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises qui prévoit clairement que la résolution oblige le vendeur à restituer le prix et à « payer des intérêts sur le montant de ce prix à compter du jour du paiement »⁴³¹, sans aucune distinction entre vendeur de bonne foi et vendeur de mauvaise foi.

501. Une solution qui existe en germe dans le droit français. Le droit français n'est d'ailleurs pas étranger à une pareille solution. Il l'admet déjà pour les restitutions imposées par l'article L.132-16 du Code de la consommation⁴³² au professionnel qui aurait fourni des biens ou des services sans que ceux-ci aient fait l'objet d'une commande préalable du consommateur. En effet, ces créances de restitution « sont productives d'intérêts au taux légal à compter de la date du paiement indu (...) »⁴³³. Cet article qui, avec l'article L.121-2, reprend les dispositions de l'ancien article L.122-3 du Code de la consommation, ne subordonne pas le départ des intérêts moratoires au taux légal sur les créances de restitution dues par un professionnel suite à une pratique commerciale illicite à une quelconque considération subjective liée à sa bonne ou

⁴³⁰ V. à ce propos *supra* n° 484 et 485.

⁴³¹ V. Heuzé, *Traité des contrats, La vente internationale des marchandises. Droit uniforme*, sous la dir. De J. Ghestin, LGDJ, 2000, n°463.

⁴³² Créé par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016.

⁴³³ Nous soulignons.

mauvaise foi. Ces intérêts moratoires, dans un objectif du retour au *statu quo ante*, commencent à courir dès la date du paiement indu et la demande de remboursement n'a d'effet que d'en majorer le taux de moitié. De même, l'article L.208 du livre de procédures fiscales tel que modifié par la loi n° 2005-1719 du 30 décembre 2005 dispose que « quand l'Etat est condamné à un dégrèvement d'impôt par un tribunal ou quand un dégrèvement est prononcé par l'administration à la suite d'une réclamation tendant à la réparation d'une erreur commise dans l'assiette ou le calcul des impositions, les sommes déjà perçues sont remboursées au contribuable et donnent lieu au paiement d'intérêts moratoires dont le taux est celui de l'intérêt de retard prévu à l'article 1727 du code général des impôts. *Les intérêts courent du jour du paiement* ». L'absence de toute référence à une mauvaise foi du débiteur de la restitution est sûrement due dans ce cas au fait que ce débiteur est l'Etat ou l'administration dont on peut imaginer la mauvaise foi mais ceci n'empêche que le principe de l'octroi d'intérêts moratoires sur les créances de restitution simplement à compter du paiement, et sans aucune considération subjective ayant trait à l'attitude du débiteur, n'est pas inconnue au droit français.

La réforme de 2016, au lieu de transposer ces solutions spécifiques au droit de la consommation et au droit fiscal à toutes les restitutions de droit commun, a choisi d'entériner le critère subjectif de bonne et mauvaise foi du débiteur comme élément régulateur de la reconstitution des droits qui délimite la portée de la restitution entre restitution partielle et restitution intégrale. Si la solution du cours des intérêts moratoires sur les créances de restitution sans distinction à compter du paiement avait pu être consacrée dans un arrêt ancien datant du 8 juillet 1925 dans lequel la Chambre des requêtes avait expressément écarté le fondement du paiement de l'indu à propos d'un paiement fait en exécution d'une vente résolue pour juger que « les choses doivent, aux termes de l'article 1183 du Code civil, être remises au même état que si la vente n'avait point existé ; (...) qu'il n'en eût pas été ainsi si [les vendeurs] n'avaient pas été condamnés à restituer, à partir du jour du paiement, les intérêts du prix de la vente »⁴³⁴, il ne serait pas possible pour la jurisprudence d'aller actuellement dans ce

⁴³⁴ Cass. req., 8 juillet 1925, Gaz. Pal. 1925.2.606.

sens, vu les dispositions claires et contraignantes pour le juge du nouvel article 1352-7 du Code civil. On ne peut s'empêcher de le regretter.

CONCLUSION DU TITRE 2.

502. Lorsqu'un retard est imposé au créancier par le procès nécessaire pour la reconnaissance et la liquidation de sa créance monétaire ou par la procédure de liquidation du passé qui, moyennant les restitutions, ambitionne un fictif retour au *statu quo ante*, le préjudice moratoire qu'il subit en attendant la décision judiciaire ou en attendant la réintégration de la somme dans son patrimoine, trouve objectivement son fondement dans ce procès et dans cette procédure. Ce préjudice moratoire *objectif* qui résiste à une appréhension en termes de responsabilité dans le sens où il ne peut être imputé au fait du débiteur de la créance monétaire appelle néanmoins à être compensé. Admettre qu'il peut, et doit, être appréhendé en dehors de toute logique de responsabilité civile du débiteur libérerait la compensation de ce préjudice de contraintes inutiles et sources d'incertitudes qui continuent à l'intriquer.

Le retard subi par le créancier d'une obligation monétaire pendant toute la période précédant la liquidation de sa créance par décision du juge invite ainsi à être relu à la lumière de son caractère purement objectif et en dehors de toute recherche d'une imputabilité au débiteur. La rupture avec les règles de la responsabilité civile qui est marquée par le décrochage entre les intérêts moratoires qui courent avant le prononcé de la décision judiciaire et la créance montre bien que ces intérêts moratoires compensent en réalité un retard objectif dans la liquidation de la créance, non dans un retard subjectif dans son paiement. La conception élargie du retard qui en découle montre les limites d'une réflexion étroite en termes de responsabilité qui, appliquée à cette forme spécifique de retard, aboutirait à une différence inéquitable de traitement entre les créances monétaires liquides *ab initio* et les créances monétaires liquidées par le juge mais aussi à une solution qui semble anachronique au regard d'autres solutions juridiques prévues dans un contexte semblable telles les solutions prévues pour les frais et dépens du procès. Le fondement de ces intérêts moratoires antérieurs à la décision judiciaire doit alors être cherché dans l'existence du procès et dans le décalage qu'impose la nécessité de ce procès entre la date de la naissance de la créance et la date de sa liquidation. Seul un renversement du principe admis actuellement par l'article 1231-7 du Code civil permettrait une véritable prise en compte du retard objectif que

ces intérêts visent à compenser. Sous réserve d'une décision contraire du juge, ces intérêts courent alors à compter du jour où le créancier formalise sa volonté, moyennant une demande introductive d'instance ou une mise en demeure qui aurait le même effet, de mettre fin au terme qui lui est imposé.

En ce qui concerne les créances de restitution, si des considérations compréhensibles d'ordre social et une volonté d'« humaniser l'exercice comptable du retour au *statu quo ante* »¹ ne sont pas étrangères à la solution adoptée par le législateur de 2016, l'anéantissement d'un contrat ou d'une décision de justice exécutés pouvant être la source de sérieuses difficultés financières pour la partie qui en a bénéficié et qui a pu dépenser immédiatement les fonds reçus, rien ne justifie le moyen juridique qui a été emprunté pour atteindre cet objectif. L'attachement à une logique de responsabilité qui se traduit par la réaffirmation d'une douteuse distinction entre celui qui a reçu de bonne foi et celui qui a reçu de mauvaise foi démontre l'incompréhension par le droit positif actuel de la spécificité du préjudice moratoire *objectif* que subit le créancier de la restitution. Ce préjudice qui trouve son fondement dans la procédure de liquidation du passé appelle à être compensé par des intérêts moratoires qui courent automatiquement, et indépendamment de toutes considérations liées à une bonne ou mauvaise foi de celui qui a reçu, à compter du paiement. L'élargissement de la solution prévue aujourd'hui à l'article 1352-7 du Code civil, associé à la reconnaissance d'un pouvoir régulateur au juge, aurait le mérite de sauver la logique du raisonnement juridique à propos de ce préjudice moratoire objectif tout en réalisant la finalité recherchée par la jurisprudence puis par le législateur de 2016 d'un équilibre entre les droits du créancier et ceux du débiteur de la restitution.

Il ne s'agit pas bien entendu, dans un cas comme dans l'autre, d'évincer complètement la responsabilité civile mais simplement de la renvoyer derrière ses limites d'application qu'elle semble aujourd'hui transgresser. Pour cela, il suffit de se rendre à l'évidence qu'elle n'est pas le seul fondement envisageable pour les intérêts moratoires et que, lorsque ces intérêts compensent le préjudice moratoire *objectif* subi par le créancier qui attend la liquidation de sa dette, ou constituent un complément

¹ S. Mercoli, « Les accessoires de la restitution ou la recherche d'un improbable retour à l'équilibre », préc.

nécessaire à la créance de restitution, le régime de ces intérêts moratoires ne doit pas s'encombrer de considérations vaines, et sources d'incertitudes, liées à la responsabilité du débiteur qui demeure en tout état de cause, fictive.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE.

503. Si l'infléchissement de la fonction indemnitaire des intérêts moratoires au profit d'une fonction plutôt comminatoire dans une perspective de contrainte indirecte sur le débiteur, et de contrainte renforcée sur le débiteur condamné, semble éloigner certaines catégories d'intérêts moratoires d'un éventuel préjudice, prouvé ou présumé, dont aurait souffert le créancier, manifestant ainsi un net retrait par rapport à l'un des éléments de base de la responsabilité civile, le retrait devient détachement complet qui ne peut que rejaillir sur la nature même des intérêts moratoires quand il s'agit non plus de réparer, ou de sanctionner, un retard *subjectif* lié à une inexécution imputable au débiteur, mais de compenser un retard qui trouve sa raison d'être dans la procédure de liquidation du passé ou dans le procès nécessaire pour officialiser l'existence de la créance monétaire et la liquider. Ce retard *objectif* qui ne peut pas être imputé à une inexécution quelconque de la part du débiteur appelle, dans son aménagement, à un dépassement du prisme de la responsabilité dont les règles s'avèrent, dans une grande mesure, inadéquates.

A partir de ces constatations, et au lieu de plaquer sur ces intérêts moratoires la logique d'une institution qui, à force d'être artificiellement étendue pour intégrer des préjudices qu'elle n'a pas vocation à régir et remplir des fonctions qui lui sont étrangères, risque de se voir déformée, il vaudrait mieux se rendre à l'évidence et accepter qu'il existe des formes de retard qui nécessitent d'être appréhendés autrement. La réforme du droit des obligations et des contrats qui a été faite en 2016 n'a malheureusement pas été l'occasion pour le législateur de franchir ce pas pour, d'une part, épurer la fonction des intérêts moratoires liés à un retard subjectif du débiteur afin de les débarrasser d'une fonction comminatoire qui n'est pas la leur et qui, par sa prééminence, risque parfois de les dénaturer et pour, d'autre part, admettre que l'exécution tardive d'une obligation monétaire n'est pas le seul fondement envisageable qui puisse justifier la dette d'intérêts moratoires mais que cette dette peut aussi naître de la procédure elle-même et, si elle mérite être compensée, doit l'être en dehors d'une logique de responsabilité. La réforme attendue de la responsabilité civile

ne semble pas être prometteuse à cet égard non plus. On ne peut que le regretter et espérer que les prochaines réformes dont fera objet le droit civil français tiendront compte de cette dualité de préjudices moratoires, l'un *subjectif* évoluant dans le cadre de la responsabilité civile avec laquelle les liens méritent d'être resserrés, l'autre *objectif* évoluant dans un cadre purement procédural et nécessitant une prise en charge qui soit à son image.

Conclusion générale

504. L'hétérogénéité qui marque les intérêts moratoires sur les créances monétaires ne peut plus passer inaperçue. Cette hétérogénéité qui se traduit par une pluralité des fonctions attribuées à ces intérêts, le plus souvent réparatoires mais révélant parfois une fonction comminatoire certaine, parfois prééminente, mais aussi par une pluralité dans la nature des préjudices moratoires qu'ils sont appelés à compenser, a été pressentie par la doctrine et par la jurisprudence qui se sont efforcées, l'une et l'autre, de manipuler les textes existants du Code civil pour assimiler cette multitude de préjudices et de fonctions envisageables. Elles ont ainsi tenté de d'adapter les règles de la responsabilité pour y faire entrer tous les aspects nouvellement perçus du retard dans l'exécution d'une obligation monétaire mais malheureusement, cet effort doctrinal et jurisprudentiel s'est parfois effectué au prix d'un étirement artificiel des textes qui ont été appliqués à des préjudices qu'ils n'ont pas vocation à régir mais aussi, et c'est là où réside le plus grand danger, au prix d'un dévoiement des principes classiques de la responsabilité civile. Loin d'être révélateurs d'une évolution du droit de la responsabilité dans ses fonctions et ses fondements comme on pourrait être amené à le penser, les intérêts moratoires sur les créances monétaires mettent en relief, dans la multitude des fonctions qui leur sont attribuées et dans la diversité des préjudices moratoires qu'ils sont appelés à compenser, les limites du droit de la responsabilité dans la gestion du retard et certains des résultats auxquels a abouti l'effort législatif et jurisprudentiel à cet égard, et le dévoiement des principes qui en a découlé, témoignent de la réalité de ces limites.

505. Certes, la responsabilité civile demeure le fondement incontestable des intérêts moratoires lorsque ceux-ci consistent en des dommages-intérêts dus, à compter de la demeure du débiteur, sur les créances monétaires liquides *ab initio*, autrement dit les créances liquides indépendamment de l'intervention du juge, que l'ancien article 1153 du Code civil appelait « obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme » et que le nouvel article 1231-6 désigne plus simplement sous les termes « obligation de

somme d'argent ». Elle demeure aussi le seul fondement envisageable des intérêts moratoires qui courent, à compter du prononcé de la décision judiciaire, sur toutes les créances monétaires même si la fonction initialement indemnitaire de ces intérêts peut se transformer, au bout d'un certain temps, en une vraie fonction comminatoire. Il en est ainsi lorsque, une fois la décision judiciaire a acquis force exécutoire, et passée la période de deux mois prévue à l'article L.313-3 du Code monétaire et financier, les intérêts moratoires que doit le débiteur d'une obligation monétaire persistant dans son refus de procéder au paiement sont majorés par rapport au taux légal et voient ainsi leur fonction initialement indemnitaire passer au second plan pour céder la place à une fonction comminatoire prééminente qui vise essentiellement à inciter le débiteur condamné à se plier à l'ordre du juge et à s'exécuter promptement. Il en est ainsi aussi lorsque le législateur, pour différentes considérations, décide d'accroître fortement la pression sur certains débiteurs afin de les pousser à exécuter leur obligation monétaire le plus rapidement possible.

506. Dans ces hypothèses où la responsabilité civile demeure l'unique fondement envisageable pour les intérêts moratoires sur les créances monétaires il est vrai que certaines solutions législatives et jurisprudentielles ont abouti à affaiblir le lien qui rattache ces intérêts aux deux piliers principaux de la responsabilité, à savoir le préjudice et le fait générateur, et il est temps d'œuvrer pour épurer et resserrer ce lien. La démarche devrait s'opérer sur trois plans essentiels.

En premier lieu, il est primordial se rendre à l'évidence que ces intérêts moratoires ne sont qu'une variété de dommages-intérêts moratoires de droit commun, un genre qui appartient à une espèce, et, à partir de là, devraient être réparés dans des conditions similaires.

En effet, en application du droit de la responsabilité civile, les intérêts moratoires sur les créances monétaires constituent une compensation du préjudice moratoire subi par le créancier d'une somme d'argent, une variété de dommages-intérêts. A ce titre, et quoique l'emploi de la technique des intérêts comme mode de calcul semble faussement les en rapprocher, ces dommages-intérêts doivent être nettement distingués des intérêts rémunérateurs qui, eux, constituent une rémunération du prêteur d'une somme d'argent. Ceci explique que la clause d'intérêts moratoires ne soit pas soumise

au plafond de l'usure mais au régime des clauses pénales, et aussi que la capitalisation infra-annuelle des intérêts du compte courant, qui constitue un mécanisme fusionnel, ne soit pas en réalité une exception aux conditions exigées par l'article 1343-2 du Code civil qui, lui, consacre un mécanisme d'indemnisation.

Ce qui distingue cette compensation du préjudice moratoire subi par le créancier d'une somme d'argent que constituent les intérêts moratoires c'est qu'elle porte en réalité non sur un seul, mais sur deux préjudices bien distincts qui se superposent. D'un côté, il y a le préjudice moratoire *constant et abstrait* qui consiste dans la privation injustifiée de la jouissance d'une somme d'argent et de la variété des usages que le créancier aurait pu en faire. Ce préjudice qui résulte nécessairement de tout retard de paiement d'une somme d'argent appelle, vu sa nature, une réparation forfaitaire. D'un autre côté, il y a le préjudice moratoire *variable et concret* qui, lui, est lié à un emploi spécifique des fonds et qui vient, non se substituer au préjudice abstrait et constant, mais s'y ajouter. La qualité et le *quantum* de ce préjudice variable et concret étant fonction des circonstances, il appelle une réparation supplémentaire non forfaitaire. Il faut dire que la prise en compte actuelle du droit français, mais aussi libanais, du préjudice moratoire *concret et variable*, qui vient s'ajouter au préjudice moratoire *abstrait et constant*, est insuffisante en ce qu'elle subordonne sa réparation à une douteuse preuve de la mauvaise foi du débiteur alors qu'il devrait être réparé, comme l'autre préjudice moratoire, dans les conditions de droit commun de la responsabilité contractuelle qui ne supposent pas nécessairement la preuve d'une mauvaise foi de la part du débiteur.

Il convient alors, afin de remettre le régime de l'indemnisation du créancier d'une somme d'argent en harmonie avec le régime de droit commun d'indemnisation du préjudice, de prendre acte de la filiation des intérêts moratoires sur les créances monétaires avec les dommages-intérêts de droit commun, que ce soit pour le préjudice moratoire *abstrait et constant* ou pour celui *concret et variable*, et de libérer ainsi l'indemnisation du second de cette douteuse exigence de mauvaise foi, tout en conservant le principe de l'évaluation forfaitaire du premier. Les deux articles 1231-6 du Code civil français et 265 du COC libanais appellent donc une modification à cet égard afin que le préjudice moratoire *concret et variable* soit réparé à chaque fois qu'il est identifié et prouvé par le créancier qui l'allègue, sans autre condition

supplémentaire ayant trait à la bonne ou mauvaise foi du débiteur. C'est d'ailleurs dans ce sens que va la proposition de loi n° 678 portant réforme de la responsabilité civile présentée par le Sénat le 29 juillet 2020 qui abandonne clairement, dans le nouvel article 1283 du Code civil consacré aux « règles particulières à la réparation des préjudices résultant du retard dans le paiement d'une somme d'argent », toute référence à la mauvaise foi du débiteur comme condition de réparation du préjudice « indépendant du retard »¹. Cet abandon de la condition de mauvaise foi du débiteur aurait ainsi le mérite d'aligner le droit français, à cet égard, sur les droits voisins tels que le droit italien et le droit allemand qui permettent de réparer le préjudice moratoire supplémentaire, c'est-à-dire *concret et variable*, dans les conditions du droit commun sans autre restriction, mais aussi de l'aligner sur les solutions prévues par le droit du commerce international qui vont dans le même sens. Il aurait aussi le mérite de remettre les dispositions du droit français relatives au préjudice moratoire supplémentaire en cohérence avec le reste des dispositions législatives concernant la réparation du dommage. Les dispositions de la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile² méritent toutefois d'être affinées sur le plan des termes utilisés qui donnent l'impression, contre la réalité, d'exclure tout lien entre les intérêts moratoires supplémentaires et le retard³. L'article 1283 du Code civil tel que prévu dans la proposition de loi deviendrait idéalement ainsi⁴:

« Le préjudice résultant de *tout* retard dans le paiement d'une somme d'argent est réparé par les intérêts au taux légal.

Ces intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte.

¹ La proposition de loi revient malheureusement aux termes de « préjudice indépendant de ce retard » alors que le projet de réforme présenté par la Chancellerie le 13 mars 2017 avait plus correctement qualifié ce retard de « supplémentaire » dans son article 1280.

² Identiques à celles de l'article 1280 selon le projet de réforme.

³ Cet article, dans la proposition de loi, dispose actuellement ainsi : « Le préjudice résultant du retard dans le paiement d'une somme d'argent est réparé par les intérêts au taux légal.

Ces intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte. Ils ne sont dus que du jour de la mise en demeure, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit.

Le créancier auquel son débiteur en retard a causé un préjudice indépendant de ce retard peut obtenir des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance ».

⁴ Les termes en italique représentent les modifications que nous suggérons.

Ils ne sont dus que du jour de la mise en demeure, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit.

En outre, le créancier auquel son débiteur en retard a causé un préjudice *moratoire supplémentaire* peut obtenir des dommages et intérêts distincts *des intérêts aux taux légal* ».

En droit libanais, l'article 265 du COC devrait être modifié pour disposer ainsi :

« Lorsque la dette a pour objet une somme d'argent, les dommages-intérêts moratoires *qui réparent le préjudice résultant de tout retard dans le paiement* consistent, en l'absence de clauses contraires, dans la convention ou dans la loi, dans les intérêts de la somme due, calculés d'après le taux légal.

Toutefois, il peut être alloué au créancier des dommages-intérêts *distincts des intérêts au taux légal pour tout préjudice moratoire supplémentaire qu'il prouve avoir subi* ».

En contrepartie de la libération du créancier du fardeau de la preuve d'une mauvaise foi de la part du débiteur, il serait souhaitable, dans un souci d'équilibre entre les parties, de diminuer le risque pour ce dernier de voir sa dette d'intérêts augmenter excessivement avec l'anatocisme. Cette pratique serait dès lors exclue en matière d'intérêts moratoires, comme c'est le cas en droit allemand par exemple, et serait applicable seulement aux intérêts rémunérateurs qui produiraient alors des intérêts moratoires selon les règles générales édictées à l'article 1231-6 du Code civil, c'est-à-dire lorsqu'ils seraient échus et que le débiteur serait en demeure de les payer. Le lien irréductible qui unit les intérêts moratoires à la responsabilité civile du débiteur qui tarde à payer les intérêts rémunérateurs de la créance serait ainsi réaffirmé ce qui mettrait fin à certaines solutions jurisprudentielles contestables qui confondent les intérêts produits avec les intérêts échus de la créance et témoignent d'une bizarre indifférence de la part de la Cour de cassation à l'égard de l'exigence d'une exigibilité des intérêts comme condition de leur capitalisation, indifférence qui est injustifiée dans la logique indemnitaire de l'anatocisme de l'article 1343-2 du Code civil.

L'article 1343-2 du Code civil applicable indifféremment, dans sa rédaction actuelle, à toutes les créances de sommes d'argent comme l'indique sa place au sein de la sous-section 2 intitulée « dispositions particulières aux obligations de sommes d'argent (articles 1343 à 1343-5) » d'une section consacrée au « paiement », deviendrait comme suit :

« *Les intérêts rémunératoires échus des capitaux produisent des intérêts moratoires dans les conditions visées à l'article 1231-6 de ce code. Les intérêts moratoires ne peuvent produire à leur tour de nouveaux intérêts* ».

En droit libanais où la jurisprudence applique actuellement l'article 768 du COC sans distinction aux intérêts moratoires et aux intérêts rémunératoires bien que ce texte soit situé dans le titre III relatif au prêt à intérêt du livre VII relatif au prêt, il serait opportun aussi de restreindre l'application de l'anatocisme aux intérêts rémunératoires tout en la libérant de la double condition aujourd'hui exigée. Cet article deviendrait comme suit :

« *Les intérêts rémunératoires des capitaux peuvent produire des intérêts moratoires selon les conditions de l'article 265 du COC. Les intérêts moratoires ne peuvent produire à leur tour intérêts* ».

En deuxième lieu, le resserrement du lien entre les intérêts moratoires et la responsabilité civile devrait passer par la réaffirmation que ces intérêts constituent la réparation d'un préjudice moratoire identifié, prouvé et évalué, non un simple accessoire de la créance principale.

A partir de là, rien ne devrait juridiquement justifier que ces intérêts moratoires soient accordés automatiquement, sans demande de la part du créancier et sans même une disposition spécifique du jugement à leur propos, comme le dispose actuellement l'article 1231-7 du Code civil pour les créances liquidées par le juge et comme le décide la jurisprudence française, depuis des années, pour les créances liquides *ab initio* de l'article 1231-6 qu'elle assimile, sur le plan procédural, aux créances de l'article 1231-7 afin de considérer, non seulement que les intérêts moratoires courent sur ces créances à compter de la sommation de payer même s'ils n'ont pas été réclamés par un chef spécial des conclusions, c'est-à-dire en l'absence même de toute demande du créancier en ce sens, mais aussi que les juges du fond n'ont pas nécessairement à prononcer, par une disposition spéciale, une condamnation aux intérêts qui courent par le seul effet de la loi. Ces solutions qui font, sur le plan procédural, des intérêts moratoires un simple accessoire de la dette et desserrent ainsi le lien qui les attache à la responsabilité civile, sont doublement contestables, du moins pour la période antérieure au jugement : non seulement elles autorisent le juge à statuer *ultra petita*, au mépris de la règle établie par

les articles 4 et 5 du Code de procédure civile, mais elles heurtent aussi le principe du contradictoire parce qu'elles privent le débiteur de la possibilité de faire valoir des moyens de défense pour échapper au paiement des intérêts moratoires ou pour obtenir une réduction de leur montant, possibilité qu'il devrait garder en dépit de l'automatisme de ces intérêts. Une suppression de la disposition que contient l'article 1231-7 du Code civil « même en l'absence de demande ou de disposition spéciale du jugement » est donc nécessaire. Le premier alinéa de cet article disposerait ainsi tout court:

« En toute matière, les créances liquidées par le juge produisent des intérêts moratoires au taux légal.

Sauf disposition contraire de la loi (...) ».

Cette modification devrait être suffisante pour que la jurisprudence qui applique cette disposition par analogie aux créances liquides *ab initio* de l'article 1231-6 du Code civil pour considérer que les intérêts moratoires sur ces créances courent à compter de la sommation de payer même s'ils n'ont pas été réclamés par un chef spécial des conclusions, et par le seul effet de la loi sans devoir être prononcés par une disposition spéciale du jugement, opère un revirement souhaitable sur ce plan.

Le resserrement du lien entre les intérêts moratoires et la responsabilité civile passe enfin par la réaffirmation que si la fonction de ces intérêts, qui est initialement réparatoire, peut devenir comminatoire dans certains cas, leur nature qui est, elle, intrinsèquement liée à leur fondement, reste réparatoire.

En effet, lorsque le législateur vise à exercer une contrainte sur le débiteur, soit par le moyen d'une majoration substantielle du taux légal normalement applicable aux intérêts moratoires, soit par l'instauration de pénalités de retard qui établissent un régime dérogatoire de réparation dans certains domaines comme il en est en droit commercial (article L.441-10 du Code de commerce) ou fiscal (article 1727 du Code général des impôts), ou encore lorsqu'il vise par la majoration du taux légal à exercer une contrainte accrue sur le débiteur condamné au paiement par une décision de justice (article L.313-3 Code monétaire et financier), ces intérêts moratoires qui, dans leur raison d'être, vont indéniablement au-delà de leur fonction traditionnelle de réparation pour acquérir une fonction prééminente de coercition sur le débiteur qui tarde à payer sa dette, correspondent toujours, dans leur fondement, à une hypothèse de retard

imputable à ce débiteur selon les règles classiques de la responsabilité. La jurisprudence affirme ainsi clairement la *nature* indemnitaire de ces intérêts qui ne peuvent pour cette raison se cumuler avec d'autres intérêts moratoires (pour les pénalités de l'article L.441-10 du Code de commerce), ne sont pas des sanctions susceptibles de justifier la mise en œuvre des garanties résultant de l'art. 6 Conv.EDH ou l'application du principe d'individualisation des peines (pour les intérêts de retard de l'article 1727 CGI), et peuvent se cumuler avec une astreinte qui ne fait pas double emploi avec eux (pour les intérêts légaux postérieurs à une décision de condamnation).

Si l'accumulation de ces intérêts moratoires dont le montant est substantiellement majoré par rapport au taux légal constitue indubitablement un moyen de pression non négligeable sur le débiteur et que cette pression passe au premier plan avec le prononcé de la décision de condamnation, le débiteur condamné au paiement d'une somme devant la payer sans délai non seulement parce qu'elle est due au créancier et que son retard causerait un préjudice à ce dernier mais aussi et surtout parce qu'il a été ordonné par une décision de justice à le faire, l'effet incitatif que revêtent ces intérêts moratoires ne suffit pas à les transformer en des outils purement comminatoires. L'infléchissement de leur *fonction* indemnitaire au profit d'une fonction comminatoire prééminente ne devrait pas créer une confusion dans les esprits quant à la réalité de leur *nature* indemnitaire d'où l'importance de resserrer le lien qui les attache à la responsabilité civile et ceci en écartant toute solution qui pourrait amener à corrompre ce lien ou à le relâcher.

A l'instar du choix qu'avaient fait les pouvoirs publics en matière de faute lucrative dans le projet de réforme du droit de la responsabilité civile, il s'agit, afin de préserver l'intégrité des principes structurants de la responsabilité civile, d'éviter que la fonction indemnitaire des intérêts moratoires soit sacrifiée au profit d'une fonction comminatoire prééminente qui transformerait ces intérêts en un outil de sanction et de dissuasion. Ce projet, pour combattre en matière extracontractuelle les fautes commises délibérément en vue d'obtenir un gain ou une économie, et au lieu d'introduire en droit français la notion de dommages punitifs comme le souhaitait une partie de la doctrine et comme le préconisait l'avant-projet Catala de la réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, a choisi de généraliser, par son article 1266-1, l'application de l'amende civile qui, bien que connue déjà du droit français, restait jusque-là limitée

à peu de cas. Cette nouvelle amende civile ne serait pas liée au préjudice subi mais serait « proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur et aux profits qu'il en aura retirés ». De plus, elle ne profiterait pas directement à la victime de la faute commise puisque son montant serait affecté au financement d'un fonds d'indemnisation, ou, à défaut, au Trésor public, ce qui éviterait toute confusion sur sa nature qui n'a rien d'indemnitaire. En parallèle, le projet de réforme consacre dans son article 1258 le principe, bien cher au cœur de la Cour de cassation, de la réparation intégrale du préjudice qui veut que « la réparation a pour objet de replacer la victime autant qu'il est possible dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu. Il ne doit en résulter pour elle ni perte ni profit », et témoigne ainsi doublement d'une volonté claire, qui mérite d'être réaffirmée, d'éviter tout relâchement du lien naturel qui existe entre les dommages-intérêts et la responsabilité civile et de chercher à réaliser l'objectif de sanction et de dissuasion ailleurs que dans un dévoiement de la nature de ces dommages-intérêts.

Cette même logique devrait être suivie par le législateur pour les créances monétaires à propos desquelles il poursuit un objectif comminatoire ou incitatif, cet objectif devant idéalement être réalisé en dehors des intérêts moratoires indemnitaires qui resteraient alors strictement régis par les principes de la responsabilité civile et se retrouveraient ainsi épurés d'une fonction comminatoire qui n'est pas naturellement la leur. En effet, il est temps de reconnaître que la fonction comminatoire qui est parfois attribuée aux intérêts moratoires est une fonction artificielle, étrangère à leur nature essentiellement réparatrice, et qu'elle appelle dès lors à être réalisée par un mécanisme juridique différent qui serait indépendant de la responsabilité civile. A chaque fois qu'il voudrait inciter le débiteur à une transaction rapide et suffisante, imposer un paiement rapide des sommes convenues ou des sommes à restituer, parer plus efficacement aux éventualités de retard d'exécution qu'il estime plus périlleuses dans certains domaines notamment dans le domaine fiscal et commercial, ou encore inciter le débiteur à exécuter l'ordre du juge dans les plus brefs délais, le législateur pourrait, au lieu de majorer le taux légal des intérêts moratoires ou de leur fixer des seuils élevés, avoir recours à une amende civile à l'image de celle qui a été prévue dans le projet de réforme de la responsabilité civile pour les fautes lucratives. Ce mécanisme juridique absorberait ainsi la fonction comminatoire aujourd'hui artificiellement attribuée aux

intérêts moratoires et empêcherait la perturbation du lien qui les attache à la responsabilité civile du débiteur. L'emploi de la technique des intérêts comme mode de calcul progressif du montant de l'amende, qui sied à la nature monétaire de ces créances, n'en ferait pas une indemnité puisque cette amende resterait indépendante du préjudice moratoire subi par le créancier et ne profiterait pas à ce dernier mais à une caisse publique ou, à défaut, au Trésor. Cette amende, qui serait passible de diminution par le juge, pourrait ainsi courir en parallèle des intérêts moratoires au taux légal et ceux-ci conserveraient alors à la fois une *fonction* et une *nature* indemnitaire et ne pourraient, pour cette raison, être réduits.

La proposition de loi n° 678 portant réforme de la responsabilité civile présentée par le Sénat le 29 juillet 2020, dans son actuelle rédaction, n'aborde malheureusement pas cette question pourtant essentielle dans l'épure du lien qui attache, pour les créances monétaires, les intérêts moratoires de nature indemnitaire à la responsabilité civile⁵. Ce que nous proposons c'est que l'actuel article L.313-3 du Code monétaire et financier soit abrogé et ses dispositions reprises, avec certaines modifications, dans un article qui instaurerait une sorte d'amende civile de droit commun applicable à tout retard dans l'exécution d'une condamnation pécuniaire par décision de justice. Afin que le débiteur en soit pleinement conscient et qu'elle puisse sortir d'une manière efficace l'effet comminatoire escompté, cette amende devrait être obligatoirement mentionnée dans la notification du jugement qui est lui adressée. Cet article serait idéalement inséré dans le Code de procédure civile dans le titre XV relatif à l'exécution du jugement dans le chapitre 1^{er} relatif aux conditions générales de l'exécution et disposerait ainsi :

« En cas de condamnation pécuniaire par décision de justice, *une amende commence à courir à l'encontre du débiteur* à l'expiration d'un délai de deux mois à compter du jour où la décision de justice est devenue exécutoire, fût-ce par provision. Cet effet est attaché de plein droit au jugement d'adjudication sur saisie immobilière, quatre mois après son prononcé.

⁵ Même dans le cadre des fautes lucratives cette proposition de loi ne consacre malheureusement pas la grande innovation du projet de 2017 qu'est l'amende civile.

Cette amende qui doit obligatoirement être mentionnée dans la notification du jugement adressée au débiteur est calculée au taux légal de l'intérêt et affectée au Trésor public. Elle court indépendamment des intérêts moratoires.

Toutefois, le juge de l'exécution peut, à la demande du débiteur ou du créancier, et en considération de la situation du débiteur, exonérer celui-ci de cette *amende* ou en réduire le montant »⁶.

Une disposition similaire pourrait être insérée dans le Code de procédure civile libanais au voisinage des articles 552 et suivants qui traitent des effets des jugements. D'autres amendes civiles pourraient aussi être créées par des textes spéciaux qui seraient rédigés à l'image du texte ci-dessus à chaque fois que le législateur, français ou libanais, voudrait inciter le débiteur à une transaction rapide et suffisante, imposer un paiement rapide des sommes convenues ou des sommes à restituer, ou encore parer plus efficacement aux éventualités de retard d'exécution dans certains domaines et ceci à la place des dispositions actuelles qui prévoient de majorer le taux légal des dommages-intérêts moratoires ou de leur fixer un seuil minimal obligatoire ou un seuil fixe assez élevé. Ces amendes seraient appliquées par le juge qui aurait la faculté, dans sa décision, de les réduire en fonction des circonstances de chaque affaire. Le juge de l'exécution pourrait aussi exonérer le débiteur de cette amende ou en réduire le montant.

507. En parallèle de cette nécessaire démarche qui vise à épurer et à renforcer le lien naturel qui lie une grande partie des intérêts moratoires sur les créances monétaires à la responsabilité civile, une démarche diamétralement opposée devrait être amorcée dans le sens contraire d'une rupture complète de ce lien dans toutes les hypothèses où l'application du droit de la responsabilité aux intérêts moratoires s'avère artificielle et forcée. Il en est ainsi à chaque fois que le retard subi par le créancier n'est plus un effet de la demeure du débiteur qui tarde à payer une créance monétaire exigible mais un effet direct de la procédure et du décalage inévitable entre la théorie juridique qui veut que la parenthèse ouverte par le procès soit réduite à zéro et la réalité pratique qui

⁶ Les dispositions qui figurent en italique sont celles que nous proposons d'ajouter aux dispositions actuelles de l'article L.313-3 du Code monétaire et financier.

impose des délais parfois très longs. C'est notamment le retard que subit le créancier d'une créance monétaire non liquide qui doit lancer un procès et attendre la reconnaissance et la liquidation judiciaire de sa créance par le juge, mais aussi celui que subit le créancier d'une restitution qui, pour retourner *au statu quo ante* et recouvrer sa créance telle qu'elle était avant de sortir de son patrimoine doit effectuer un impossible voyage dans le passé.

508. En effet, *en théorie*, le créancier qui subit un dommage d'origine délictuelle ou contractuelle devrait idéalement pouvoir obtenir la réparation de son dommage au moment-même ou naît sa créance de réparation. *Dans la réalité*, il ne l'obtient, sauf initiative spontanée de la part du débiteur, hypothèse qui reste peu fréquente dans la pratique, qu'à l'issue d'un procès plus au moins long, seul le prononcé de la décision judiciaire qui officialise l'existence de la créance et la rend liquide et exigible lui permettant, après que cette décision soit devenue exécutoire, de contraindre son débiteur au paiement. Le temps, souvent long, que dure le procès cause au créancier un préjudice qui ne peut être imputé selon les règles classiques de la responsabilité civile à un fait quelconque, et encore moins à une faute, du débiteur puisque ce dernier a le droit, sauf abus, d'attendre une condamnation définitive qui liquide sa dette avant de procéder au paiement. Ce préjudice moratoire n'en est pas moins aussi réel que lourd et appelle une compensation. La jurisprudence française, sans qualifier explicitement ce préjudice, a pressenti la nécessité de le compenser et elle le compense actuellement par deux moyens indirects. Le premier consiste en une application quelque peu forcée de l'article 1231-6 (et avant lui l'article 1153) du Code civil à des créances qui ne rentrent pas, de par leur nature, dans son cadre et ceci dans le seul but pratique de faire courir des intérêts moratoires sur ces créances pendant une période bien antérieure au prononcé du jugement comme il a été décidé pour les créances subrogatoires du tiers-payeur. Le second moyen consiste en une application extensive du pouvoir de dérogation octroyé au juge par l'article 1231-7 (et avant lui l'article 1153-1) du Code civil qui, qualifié par la jurisprudence de discrétionnaire, lui permet de faire remonter librement les intérêts moratoires sur les créances liquidées à une date bien antérieure au prononcé de la décision, à tel point que l'exception semble désormais, vu son ampleur, l'emporter sur le principe.

De même, *en théorie*, le créancier d'une obligation de restitution suite au paiement d'un indu, à l'anéantissement d'un contrat ou à l'annulation ou à l'infirmité d'une décision de justice exécutée, devrait pouvoir remonter le temps pour recouvrer sa créance exactement comme elle était au moment où elle était sortie de son patrimoine. *Dans la réalité*, il n'en est rien et ce retour fictif au *statu quo ante* nécessite un impossible voyage dans le passé afin de remonter le temps, plus ou moins long, qui s'est écoulé entre le moment où la créance est sortie du patrimoine du créancier et le moment où elle réintègre son patrimoine. Ce temps perdu met en relief, lui aussi, un retard préjudiciable au créancier qui échappe aux règles classiques de la responsabilité civile puisqu'il ne peut tout simplement pas être imputé à une faute, ou même à un fait, du débiteur mais n'en appelle pas moins une compensation par le jeu des intérêts surtout que le créancier de la restitution a été contraint de se départir pendant un laps de temps plus ou moins long, et finalement sans raison légitime, d'une somme qui ne lui était pas seulement due mais qui lui appartenait à l'origine.

509. Il est donc indéniable qu'il existe un préjudice moratoire autre que celui qui est imputable au débiteur selon les règles classiques de la responsabilité civile. Ce préjudice qui peut être qualifié *d'objectif*, par opposition au préjudice moratoire *subjectif* imputable à un fait du débiteur, est latent, lié à la procédure elle-même. Souvent, il est dissimulé par l'ampleur du préjudice moratoire *subjectif* et se trouve implicitement compensé en même temps que ce dernier. C'est le cas pour les créances monétaires liquides *ab initio* entrant dans le champ d'application de l'article 1231-6 du Code civil pour lesquelles la responsabilité du débiteur défaillant prime toujours sur l'action du demandeur puisque l'obligation du premier était liquide et exigible avant toute assignation en justice. Toutefois, dans certaines hypothèses, le préjudice moratoire *objectif* se démarque nettement du préjudice moratoire *subjectif*. Il transparait ainsi clairement dans la nécessité d'un procès pour la reconnaissance officielle et la liquidation de certaines créances monétaires avec ce que cette contrainte implique comme décalage temporel non négligeable entre la date de la naissance de la créance et la date de la décision judiciaire qui la liquide et la rend exigible. Il transparait aussi dans la technique de la rétroactivité que nécessite le retour au *statu quo ante* pour les créances de restitution, retour qui demeure, dans les nouveaux articles 1352-6 et

1352-7 du Code civil issus de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, partiellement conditionné par le critère de bonne et de mauvaise foi du débiteur alors qu'il aurait dû, idéalement, être affranchi de toutes considérations subjectives.

Seule une reconnaissance explicite de ce retard *objectif* qui évolue naturellement en dehors du cadre traditionnel de la responsabilité civile permettrait une meilleure appréhension des intérêts moratoires liés à la procédure et une réelle compréhension de la raison pour laquelle ces intérêts moratoires sont accordés par le droit positif pour une période durant laquelle la créance n'était pas encore exigible. Ce préjudice moratoire *objectif* appelle donc à être détaché du prisme ici étouffant du droit de la responsabilité civile et à être régi par des dispositions légales qui s'éloigneraient, aussi bien dans leur logique que dans leur emplacement, des dispositions relatives au préjudice né du retard dans l'exécution des obligations monétaires. Ce détachement, s'il aboutirait à une sorte d'implosion de la notion d'intérêts moratoires telle qu'on la connaît actuellement dans le sens où cette notion serait désormais régie par deux logiques complètement différentes et textuellement distinguées, aurait en contrepartie un double mérite. En premier lieu, il mettrait fin au tiraillement dont souffre le droit français entre une volonté d'accorder des intérêts moratoires à la partie gagnante au procès ou au créancier d'une restitution pour le préjudice moratoire bien réel qu'ils subissent, et l'impossibilité d'imputer ce préjudice moratoire à la partie perdante ou au débiteur de la restitution. En second lieu, il permettrait de restituer à la partie du Code civil sur la réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat toute sa cohérence et d'éviter ainsi tout dévoiement inutile, mais aussi source d'incertitudes, des principes classiques de la responsabilité civile.

510. La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations effectuée en 2016, comme le projet (2017) et la proposition de loi (2020) portant réforme de la responsabilité civile, plutôt statiques sur ce plan, ne prennent malheureusement pas suffisamment en compte l'existence d'une catégorie d'intérêts moratoires qui, dans le nouveau fondement qu'ils appellent, témoignent des limites du droit de la responsabilité civile dans l'appréhension du retard dans le paiement d'une créance monétaire. En effet, quelle que soit l'évolution par laquelle passe la responsabilité civile, celle-ci demeure fondée sur un préjudice lié par un lien de

causalité à un fait générateur imputable au débiteur et c'est la raison pour laquelle une certaine variété de préjudice moratoire lui restera toujours étrangère. Il est grand temps de reconnaître cette vérité et d'en tirer les conséquences au lieu de persévérer dans une vaine tentative de forcer une grande partie des intérêts moratoires dans un carcan qui ne leur sied pas.

511. Le divorce entre la responsabilité civile et les intérêts moratoires fondés sur la procédure, devenu imminent, devrait dès lors se réaliser principalement sur deux plans.

En ce qui concerne les créances monétaires liquidées par le juge, pour lesquelles le Code civil pose actuellement en principe le départ des intérêts au jour du prononcé de la décision, le temps est venu de renverser le principe et de fonder les intérêts moratoires qui courent sur ces créances pour toute la période antérieure au prononcé de la décision sur la procédure elle-même et leur construire un régime qui serait proche de celui des frais et des dépens. La solution existe déjà en germe dans le droit français, il est vrai d'une manière ponctuelle, en matière de lésion immobilière où l'acquéreur qui préfère garder la chose en fournissant le supplément du juste prix fixé par le juge doit l'intérêt de ce supplément du jour de la demande en rescision et avant qu'il ne soit constitué débiteur par la décision du juge qui se prononce sur l'existence de la lésion. L'idée est de la généraliser à toutes les créances monétaires liquidées par le juge. Les intérêts moratoires de nature processuelle courront alors sur ces créances au taux légal à compter de l'assignation introductive d'instance, si le débiteur n'avait pas été dument interpellé auparavant, cas dans lequel les intérêts courront à compter de l'interpellation, et jusqu'au prononcé de la décision qui reconnaît officiellement la créance et la liquide. Ces intérêts qui trouvent leur fondement pendant toute cette période dans le procès lui-même rentrent dans le prisme de la responsabilité à compter du prononcé de la décision judiciaire qui liquide la créance puisqu'à partir de cette date le préjudice moratoire subi par le créancier peut être imputé au fait du débiteur qui tarde à payer une somme liquidée.

Ce renversement du principe actuellement consacré à l'article 1231-7 du Code civil devrait s'accompagner de la reconnaissance expresse d'un pouvoir au juge de reporter le point de départ des intérêts moratoires à une date postérieure à l'interpellation ou à l'assignation, ou même d'en priver complètement le créancier. Le juge exercera ce

pouvoir de dérogation par une décision motivée, en tenant compte de l'équité et des faits de l'espèce et au regard de la situation économique et financière de la partie condamnée. Cette solution aurait d'ailleurs le mérite d'enlever sa raison d'être à la distinction actuelle, source d'incertitudes, entre l'hypothèse où la décision d'appel confirme « purement et simplement » le jugement de première instance et les autres hypothèses où la décision d'appel modifie à la hausse ou à la baisse le montant de la créance tel qu'il avait été fixé en première instance, le point de départ des intérêts moratoires n'étant simplement plus lié à la date du prononcé de la décision d'appel.

Une intervention législative à portée double s'avère donc nécessaire pour modifier les dispositions de l'actuel article 1231-7 du Code civil mais aussi leur changer de place. Les dispositions de cet article deviendraient ainsi après la modification de son premier alinéa et la suppression du second :

« En toute matière, les créances liquidées par le juge produisent des intérêts moratoires au taux légal. Sauf disposition contraire de la loi, ces intérêts moratoires courent à compter de l'assignation introductive d'instance, ou de l'interpellation officielle préalable du débiteur. Le juge peut, par une décision motivée, déroger à ces dispositions ».

Idéalement, ces dispositions qui régissent un retard fondé sur le procès devraient, comme l'avaient suggéré sans malheureusement être suivis dans leur suggestion les auteurs de l'Avant-projet Catala sur la réforme du droit des obligations⁷, être enlevées du Code civil pour être introduites dans le Code de procédure civile où ils trouveraient une place naturelle reflétant leur caractère processuel, au voisinage des dispositions relatives aux frais et dépens du procès (articles 695 à 725-1), et ce qui serait encore mieux, au sein d'une partie consacrée expressément au préjudice moratoire objectif lié au procès qui serait explicitement consacré en tant que tel.

Malheureusement, la réforme prévue de la responsabilité civile semble statique sur ce plan. En effet, la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile du 29 juillet 2020 prévoit que le nouvel article 1266 du Code civil, qui figure au sein des « principes » applicables à la fois à la responsabilité contractuelle et extracontractuelle

⁷ Ces auteurs précisait avant l'article 1381 que les règles figurant à l'article 1153-1 « n'ont pas leur place dans le code civil, mais dans le code de procédure civile ».

(Section 1 du chapitre IV du nouveau sous-titre II du titre III), reprend sans aucune modification les dispositions de l'actuel article 1231-7 qui est abrogé et ces dispositions demeurent placées sous l'égide de la responsabilité alors qu'ils appelaient à en être détachées⁸. En droit libanais, où aucun texte ne régit actuellement la question des intérêts moratoires sur les créances liquidées par le juge laissée aux soins de la jurisprudence qui applique à cet égard la solution tirée des textes français, un nouvel article devrait idéalement être introduit au sein du Code de procédure civile, au voisinage des articles 552 et suivants qui traitent des effets des jugements et devrait disposer ainsi : « *En toute matière, les créances liquidées par le juge produisent des intérêts moratoires au taux légal. Sauf disposition contraire de la loi, ces intérêts courent à compter de l'assignation introductive d'instance ou de l'interpellation officielle préalable du débiteur, et jusqu'au paiement libératoire. Le juge peut, par une décision motivée, déroger à ces dispositions* ».

En ce qui concerne les créances de restitution, il serait souhaitable en premier lieu de consacrer dans un texte la solution dans laquelle se sont déjà engagés les juges du fond depuis la réforme du droit des obligations en 2016 selon laquelle l'annulation ou l'infirmité d'une décision de justice emporte de plein droit l'obligation de restituer les sommes versées en exécution de cette décision conformément aux dispositions de l'article 1352-7 du Code civil, et de couper court ainsi à toute discussion qui pourrait surgir à propos d'une éventuelle survie de l'ancienne décision délogée par l'Assemblée plénière en 1995 selon laquelle les intérêts au taux légal assortissant la restitution d'une somme d'argent ne sont dus qu'à compter de la notification de la décision ouvrant droit à la restitution. Un texte pourrait être inséré à ce sujet au sein du Code de procédure civile avec les dispositions communes aux voies de recours, au voisinage des articles 528 et suivants du Code de procédure civile. Ce texte qui renverrait, pour son application, aux dispositions de droit commun de l'article 1352-7 du Code civil, disposerait ainsi :

⁸ Le projet de réforme de la responsabilité civile présenté par la Chancellerie en mars 2017 abroge, quant à lui, l'article 1231-7 du Code civil, parmi d'autres articles, sans reprendre ses dispositions ailleurs dans le Code civil ou dans un autre code.

« *L'annulation ou l'infirmité d'une décision de justice emporte de plein droit l'obligation de restituer les sommes versées en exécution de cette décision conformément aux dispositions de l'article 1352-7 du Code civil* ».

En droit libanais, une disposition semblable pourrait être insérée dans le Code de procédure civile au voisinage des dispositions générales relatives aux voies de recours (articles 613 et suivants) :

« *L'annulation ou l'infirmité d'une décision de justice emporte de plein droit l'obligation de restituer les sommes versées en exécution de cette décision* ».

En second lieu, il est nécessaire, pour que le créancier de la restitution qui obtient finalement gain de cause n'ait pas à supporter le coût de la durée de la procédure de liquidation du passé, de privilégier l'objectif de retour au *statu quo ante* et de considérer que le débiteur lui doit les intérêts sur la somme qu'il a reçue tout simplement à compter du paiement. Puisque les intérêts moratoires sur les créances de restitution, quelle que soit la cause juridique de cette restitution, compensent un préjudice moratoire *objectif* lié au coût de la durée, ils ne devraient plus être pensés en termes de responsabilité du débiteur. Ils courront alors en principe automatiquement à partir du jour du paiement des sommes litigieuses, et ceci en dehors des considérations subjectives ayant trait à la bonne ou mauvaise foi du débiteur de la restitution desquelles le législateur de 2016 n'a pas voulu se détacher.

Un tel renversement du principe, doublé de la consécration d'un rôle régulateur pour le juge qui pourra toujours, en fonction du comportement prouvé et de la situation économique de l'une et de l'autre des parties, ordonner par une décision motivée, de reporter le départ du cours des intérêts moratoires sur la créance de restitution à une date postérieure au paiement, aurait ainsi un double mérite. D'un côté, la nouvelle solution permettrait de rétablir la logique du raisonnement juridique à propos de ces intérêts moratoires qui compensent un préjudice moratoire *objectif* lié au coût de la durée et fondé uniquement sur la nécessité d'un retour au *statu quo ante* qui, seul, permettrait de corriger d'une manière efficace et intégrale les effets du temps écoulé entre le jour du paiement et le jour où la créance réintègre le patrimoine du créancier. D'un autre côté, elle réaliserait d'une manière plus simple et plus efficace l'objectif recherché par la jurisprudence, puis par le législateur de 2016, d'un équilibre dans la recomposition des droits entre le créancier et le débiteur de la restitution et d'une

répartition équitable de la charge de cette dette de « retour en arrière » qu'entraîne l'anéantissement de l'acte qui avait donné lieu au paiement, cet anéantissement pouvant être source de sérieuses difficultés financières pour la partie qui a bénéficié du paiement et qui a pu dépenser immédiatement les fonds reçus.

Ce principe du cours des intérêts moratoires sur les créances de restitution à compter du paiement, sans autre considération relative à la bonne ou mauvaise foi du débiteur, ne devrait pas trouver des difficultés à être consacré puisqu'il n'est pas inconnu du droit français qui en admet, entre autres, une application en droit de la consommation (article L.132-16 du Code de la consommation) et en droit fiscal (article L.208 du livre de procédures fiscales). Il s'agit simplement de l'étendre au-delà des cas spécifiques où il est actuellement restreint et de l'établir en règle de droit commun de la restitution. L'article 1352-7 du Code civil, applicable à toute restitution quelle que soit sa cause, deviendrait idéalement ainsi :

« Celui qui a reçu doit les intérêts, les fruits qu'il a perçus ou la valeur de la jouissance à compter du paiement. Le juge peut toujours, par une décision motivée, déroger à ces dispositions en fonction du comportement prouvé de l'une ou de l'autre des parties ou pour des motifs d'équité ».

En droit libanais, où aucune disposition générale ne régit actuellement la question, une intervention législative est nécessaire pour rationaliser le droit des restitutions et établir une espèce de droit commun en la matière. Ce droit commun s'appliquera alors à toutes formes de restitutions, qu'elles soient consécutives à l'annulation ou à la résolution d'un contrat, à la répétition d'un indu ou encore à l'annulation ou l'infirmité d'une décision de justice. Parmi les nouveaux articles, qui seraient idéalement insérés dans le Code des obligations à la fin du livre II relatif aux sources des obligations suite à l'actuel article 248, un article auquel renverraient toutes les autres dispositions légales ordonnant la restitution d'une somme d'argent, aménagerait la question des intérêts moratoires sur les créances monétaires de restitution qui courront au taux légal à compter du paiement, sauf décision contraire du juge.

512. Resserrer le lien entre les intérêts moratoires et la responsabilité civile lorsqu'il est authentique et avoir le courage de le couper lorsque ce lien devient artificiel, tel peut être en résumé l'enseignement principal de notre recherche. La

filiation de tout mécanisme juridique avec la responsabilité civile ne peut pas et ne doit pas être forcée. Il est donc temps de mettre fin à cette tendance intuitive à rattacher l'ensemble des intérêts moratoires à une responsabilité, souvent réelle mais maintes fois fictive, du débiteur pour le retard subi par le créancier d'une obligation monétaire, alors que ces intérêts moratoires appellent à être pensés différemment selon qu'ils trouvent leur raison d'être subjectivement dans un fait générateur de dommage imputable au débiteur, ou objectivement dans l'existence d'une procédure de liquidation de la créance ou de liquidation du passé. L'implosion de la notion juridique d'intérêts moratoires qui découlerait de ce double mouvement d'attraction et de répulsion permettrait, par une vue entière du phénomène, d'en saisir et d'en apprécier la belle diversité. Les législateurs libanais et français sont appelés à prendre acte de cette diversité et à effectuer les réformes juridiques nécessaires dans une matière troublée qui aspire à trouver sa paix.

Bibliographie

I- Traités et ouvrages généraux.

Andreu (L.) et Thomassin (N.), Cours de droit des obligations, 3^e éd. 2018-2019.

Andreu (L.) et Forti (V.), Le nouveau régime général des obligations, Dalloz, 2016.

Aubert (J.-L.) et Savaux (É.), Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, Sirey, 18^e éd. 2020.

Aubry (C.) et Rau (C.), - Cours de droit civil français, t. 2, 6^e éd. par E. Bartin, 1935.
- Cours de droit civil français, t. 4, par E. Bartin : Lib. Techniques, Paris, 6^e éd., 1942.

Baudouin (J.-L.), Deslauriers (P.) et Moore (B.), La responsabilité civile, t. I, Principes généraux, éd. Y. Blais, 9^e éd. 2021.

Baudry-Lacantinerie (G.) et Barde (L.), Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations (éd. 1897), t. II, hachette livre, 2019.

Bénabent (A.), Droit des obligations, 18^e éd. LGDJ, 2019.

Bergel (J.-L.), Théorie générale du droit, coll. Méthodes du droit, Dalloz, 5^e éd., 2012.

Beudant (Ch.), Cours de droit civil français, par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, Les contrats et les obligations avec la collaboration de G. Lagarde, t. VIII : Rousseau et Cie, Paris, 2^e éd. 1936.

Buffelan-Lanore (Y.) et Larribau-Terneyre (V.), Droit civil. Les obligations : Dalloz, 15^e éd., 2017.

Cabrillac (M.), Mouly (C.), Cabrillac (S.) et Pétel (Ph.), Droit des sûretés, LexisNexis, 10^e éd., 2015.

Cadiet (L.), Droit judiciaire privé, Litec, 3^e éd., 2000.

Cadiet (L.) et Jeuland (E.), Droit judiciaire privé, Litec, 4^e éd., 2004 (et LexisNexis, 3^e éd., 2000, et 11^e éd., 2020).

Cornu (G.) et Foyer (J.), Procédure civile, PUF, 1998.

- Calais-Auloy (J.), Temple (H.) et Depincé (M.), Droit de la consommation, 10^e éd., 2020, Dalloz.
- Capitant (H.), Terré (F.), Lequette (Y.) et Chénéde (F.), Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2, 13^e éd., 2015.
- Carbonnier (J.), - Droit civil, Introduction, PUF, 27^e éd., 2002.
- Droit civil, tome 4, Les obligations : PUF, 22^e éd. 2000, coll. Thémis
- Droit civil, tome 1 : Introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple, 2^e éd. PUF 2017.
- Droit civil, tome 2 : Les biens, les obligations, 2^e éd. PUF 2017.
- Chapus (R.), Droit administratif général, t. 1, Montchrestien, 15^e éd., 2001.
- Conte (Ph.) et Maistre du Chambon (P.), La Responsabilité civile délictuelle : PUG, Le droit en plus, 2000.
- Cornu (G.), Vocabulaire juridique, 13^e éd., 2020, LGDJ.
- Demogue (R.), - Traité des obligations en général. Source des obligations, t. 4, 1924.
- Traité des obligations en général. Effets des obligations, t.6, 1932.
- Les notions fondamentales du droit privé, rééd. La mémoire du droit 2001.
- Demolombe (C.), - Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, t. XXVIII : Auguste Durand et Hachette et Cie, Paris, 1876.
- Cours de Code Napoléon, t.9, Traité de la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit de l'usage et de l'habitation, 3^e éd., 1866.
- Cours de Code Napoléon, t. 24, Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général, 3^e éd., 1863-1867.
- Cours de Code Napoléon, t. 26, Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général, 3^e éd., 1872.
- Cours de Code Napoléon, t. 28, Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général, 1877.
- De Page (H.), Traité élémentaire de droit civil belge, Les obligations, Seconde partie, t. 3 : Bruylant, Bruxelles, 3^e éd. 1967.
- Domat (J.), Les lois civiles dans leur ordre naturel. Le droit public et legum delectus, t. 1, nouvelle éd., 1777, Paris.
- Demogue (R.), Traité des obligations en général, T. IV, Paris 1924.
- Donnier (M. et J.-B.), Voies d'exécution et procédures de distribution, LexisNexis, 10^e éd., 2020.
- Duranton (A.), - Cours de droit français suivant le Code civil, t. 10. 1830.

- Cours de droit français suivant le Code civil, t. 12. 4e éd., 1844.

Fabre-Magnan (M.), Droit des obligations, t. 1, Contrat et engagement unilatéral, 5^e éd., 2019 PUF et t. 2, Responsabilité civile et quasi-contrats, 5^e éd., 2021 PUF.

Fages (B.), Droit des obligations : LGDJ, 7^e éd., 2017.

Fenet (P.-A.), « Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil », tome XIII, Réimp. éd. 1827, Otto Zeller, Osnabrück, 1968.

Flour (J.), Aubert (J.-L.), Savaux (E.), - Droit civil. Les obligations, tome I, L'acte juridique, éd. Sirey, 16^e éd. 2014, tome II, Le fait juridique : Sirey, 15^e éd. 2020 et t. III, Le rapport d'obligation : Sirey, 9^e éd., 2015.

François (J.), Droit civil sous la direction de Ch. Larroumet, Les obligations, Régime général, t. IV : Economica, Paris, 4^e éd. 2017.

Gaudemet (Y.), Traité de droit administratif, t.1, Droit administratif général, LGDJ, 16^e éd., 2001.

Gavalda (Ch.) et Stoufflet (J.), Droit bancaire, 9^e éd., 2015, LexisNexis.

Ghestin (J.), Billiau (M.) et Jamin (C.), Traité de droit civil. Les obligations. Les effets du contrat, 3^e éd., 2001, LGDJ.

Ghestin (J.), Billiau (M.) et Loiseau (G.), Traité de droit civil. Le régime des créances et des dettes, 2005, LGDJ.

Guinchard (S.) et alii, - Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès, Dalloz, 10^e éd., 2021-2022.
- Droit et pratique de la procédure civile, 2021-2022, Dalloz Action, 10^e éd.

Héron (J.), Le Bars (Th.) et Salhi (K.), Droit judiciaire privé, LGDJ, 7^e éd., 2019.

Héron (J.), Droit judiciaire privé, Montchrestien, 6^e éd. par Le Bars (Th.), 2015.

Huet (J.), Decocq (G.), Grimaldi (C.), Lécuyer (H.) et Morel-Maroger (J.), Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux, 3^e éd., 2012, LGDJ.

Japiot (R.), Traité élémentaire de procédure civile et commerciale, 3^e éd., 1935.

Josserand (L.), Cours de droit civil positif français, t. 2, Théorie générale des obligations, les principaux contrats du droit civil, Les sûretés, Sirey, 3^e éd., 1939.

Julien (P.), Fricero (N.), Droit judiciaire privé, LGDJ, 5^e éd. 2014.

- Julienne (M.), Régime général des obligations, LGDJ, 2^e éd., 2018.
- Lambert-Faivre (Y.), Leveneur (L.), Droit des assurances, 14^e éd., 2017, LGDJ.
- Larombière (L.), - Théorie et pratique des obligations, tome 1, éd. 1857.
- Théorie et pratique des obligations, éd. 1885, tome 2, éd. 1857.
- Théorie et pratique des obligations, éd. 1885, tome 4, éd. 1885.
- Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, livre III du Code civil, 1885, tome I.
- Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, livre III du Code civil, 1885, tome VII.
- Larroumet (C.), Droit civil, t. 3, Les obligations, Le contrat, 2^e partie. effets : Economica, 6^e éd. 2007.
- Larroumet (.), Bros (S.), Traité de droit civil, t. 3, Les obligations, le contrat, 9^e éd. Economica, 2018.
- Le Camus d'Houlouve (B.-L.), Traité des intérêts des créances suivant les lois et usages observés tant en pays de droit coutumier qu'en pays de droit écrit, Paris, 1774.
- Le Tourneau (Ph.) et alii, - Droit de la responsabilité et des contrats : Dalloz-Action, 2018-2019, 11^e éd., 2017.
- La responsabilité civile, LGDJ, 2003.
- Leveneur (L.), - Code civil annoté (dir.), 2008 à 2021, Litec/LexisNexis, éd. 2021.
- Code de la consommation annoté (dir.), 2003 à 2020, Litec/LexisNexis, éd. 2021 (14^e éd.)
- Lévy (J.-P.), Castaldo (A.), Histoire du droit civil, Dalloz, 2^e éd., 2010.
- Malaurie (Ph.) et Aynès (L.), Cours de droit civil, tome VI, Les obligations, éd. 1998, Cujas.
- Malaurie (Ph.), Aynès (L.) et Stoffel-Munck (Ph.), - Les obligations : LGDJ-Lextenso éditions, 7^e éd., 2015.
- Droit des obligations, LGDJ, 11^e éd. 2020.
- Malinvaud (Ph.), Mekki (M.), Seube (J.-B.), Droit des obligations, Lexis Nexis, 15^e éd, 2019.
- Malinvaud (Ph.) et Fenouillet (D.), Droit des obligations, 12^e éd., Paris, LexisNexis, 2012.
- Marcadé (V.-N.), - Explication théorique et pratique du Code civil, (éd. 1873), t. 4.

- Explication théorique et pratique du Code civil, (éd. 1884), tome 5.

- Marty (G.) et Raynaud (P.), Droit civil, t. II, 1^{er} volume, Les obligations, Sirey, 1969.
- Marty (G.), Raynaud (P.) et Jestaz (Ph.), Les obligations, Le régime, t. 2 : Sirey, 2^e éd. 1989.
- Mazeaud (H., L. et J.) et Chabas (F.), - Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, t. 3, vol. 1 et 2, LGDJ, 2013.
- Leçons de droit civil, t. 2, vol. 1, Obligations, Théorie générale, LGDJ, 9^e éd., 1998.
- Leçons de droit civil, t. 3, vol. 1, 7^e éd. par Y. Picod, Montchrestien, 1999.
- Monier (R.), « Manuel élémentaire de droit romain », tome II, éd. Domat-Montchrestien, 1954.
- Planiol (M.), Traité élémentaire de droit civil, t. 2, 6^e éd. Paris, LGDJ, 1912.
- Planiol (M.) et Ripert (G.), - Traité pratique de droit civil français, Obligations, t. VII, 1954, par P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde.
- Traité pratique de droit civil français, t. X, Contrats civils, 2^e éd., Paris, 1956.
- Pothier (R.), Traité des obligations, t. 1 et t. 2, nouvelle éd., Paris 1805.
- Ripert (G.) et Boulanger (J.), Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, LGDJ 4^{ème} éd. 1952.
- Ripert (G.) et Roblot (R.), Traité de droit commercial, t. 1, vol. 1, LGDJ, 18^e éd. Par L. Vogel, 2001.
- Roland (H.) et Boyer (L.), - Adages du droit français, 4^e éd., 1999, Litec.
- Introduction au droit, Litec, 2003.
- Savatier (R.), - Traité de la responsabilité civile en droit français, 1939, tome I.
- Traité de la responsabilité civile en droit français, 1939, tome II.
- La théorie des obligations en droit privé économique, Dalloz 1979, 4^e éd.
- Savigny (F.C.), - Traité de droit romain, traduit de l'allemand par Ch. Guenoux, t. 6, Paris, 1849.
- Le droit des obligations, 2^e éd., t. 2, 1873, Thorin éditeur, trad. C. Gérardin et P. Jozon.
- Sériaux (A.), Manuel de Droit des obligations, PUF, 4^e éd., 2020.

- Starck (B.), Roland (H.) et Boyer (L.), - Droit civil, Les obligations, t. 1. Responsabilité délictuelle, Litec, 5^e éd., 1996.
- Droit civil, Les obligations, t. 2, Le contrat, Litec, 6^e éd., 1998.
 - Droit civil, Les obligations, t. 3, Régime général, Litec, 6^e éd., 1999.

Terré (F.) et Molfessis (N.), Introduction générale au droit, Dalloz, 12^e éd., 2020.

- Terré (F.) (sous la dir. de), - Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008.
- Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011.
 - Pour une réforme du régime général des obligations, coll. Thèmes et commentaires, 2013, Dalloz.

Terré (F.), Simler (P.), Lequette (Y.) et Chénéde (F.), Droit civil, Les obligations, Dalloz, 12^e éd., 2018.

- Toullier (C.-B.-M.), - Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil, vol. 3, 2^e partie, 6^e éd. par J.-B. Duvergier, 1846.
- Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil, vol. 4, 1^{re} partie, 6^e éd. par J.-B. Duvergier.

Vincent (J.) et Guinchard (S.), Procédure civile, Dalloz, 27^e éd., 2003.

- Viney (G.), - Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité, sous. la dir. de J. Ghestin, LGDJ, 4^e éd., 2019.
- Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité, sous. la dir. de J. Ghestin, LGDJ, 1^{re} éd. 1988.

- Viney (G.), Jourdain (P.) et Carval (S.), - Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, LGDJ, 4^e éd. 2013.
- Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité, sous la dir. De J. Ghestin, LGDJ, 4^e éd., 2017.

II- Ouvrages spéciaux, monographies et cours.

Anspach (J.), De L'adage dies interpellat pro homine: ou de la mise en demeure du débiteur dans les obligations à terme en droit romain, 1853 (Français), relié 10 septembre 2010.

Aubéry (G.), Étude sur le taux de l'intérêt et les dommages-intérêts dans les créances de sommes d'argent. Commentaire de la loi du 7 avril 1900, Paris, 1901.

Audit (B.), La vente internationale de marchandises, LGDJ, 1990.

- Bloch (C.) et Poumarède (M.), Droit de la réparation et des contrats, 2018-2019, Dalloz.
- Bon-Garcin (I.), Bernadet (M.) et Reinhard (Y.), Droit des transports, Paris, Dalloz 2018.
- Bonneau (Th.), Droit bancaire, 13^e éd., 2019, LGDJ-Lextenso.
- Boré (J. et L.), La cassation en matière civile, 4^e éd., 2008, Dalloz.
- Cayrol (N.) (sous la dir. de), - La notion de dommages-intérêts : Dalloz, 2016.
- Droit de l'exécution, 3^e éd., 2019, Domat droit privé, LGDJ.
- Carbonnier (J.), Effectivité et ineffectivité de la règle de droit, in Flexible droit : LGDJ, 8^e éd. 1995, p. 143.
- Chabas (F.), - Le droit des accidents de la circulation (après la réforme du 5 juillet 1985), Litec- Gaz. Pal., 2^e éd., 1988.
- Les accidents de la circulation, Connaissance du droit, Dalloz, 2^e éd., 1995.
- Chantepie (G.) et Latina (M.), La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil : Dalloz, 2018, 2^e éd.
- Chartier (Y.), La réparation du préjudice dans la responsabilité civile, Paris, Dalloz, 1996.
- Chénéde (F.), Le nouveau droit des obligations et des contrats, sous dir. Pisier et Duhamel, 2^e éd., 2018.
- Chevreau (E.), Le Temps et le droit, la réponse de Rome : l'approche du droit privé, éd. De Bocard, 2006.
- Cornu (G.), Regards sur le titre III du livre III du Code civil. « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général » (Essai de lecture d'un titre du Code), Les cours de droit, 1977.
- Derrida (F.), Godé (P.) et Sortais (J.-P.), Redressement judiciaire et liquidation judiciaire des entreprises, 3^e éd., 1991, Dalloz.
- Dissaux (N.) et Jamin (C.), Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article, Dalloz, 2016.
- Engel (P.), Traité des obligations en droit suisse, Staempfli, 2^e éd., 1997.

- Fontaine (M.) et Viney (G.), Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé : Bruylant-LGDJ, 2001.
- Garsonnet (E.) et Cézard-Bru (Ch.), Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale, t. VII : Lib. Recueil-Sirey, Paris, 2^e éd. 1903.
- Giffard (A.E.), Droit romain et ancien droit français, Les obligations, 4^e éd. par Robert Villers, Dalloz, 1976.
- Girard (P.F.), « Manuel élémentaire de droit romain », Paris, A. Rousseau, 8^e éd., 1929 par F. Senn.
- Groutel (H.), Leduc (F.), Pierre (P.) et Asselain (M.), Traité du contrat d'assurance terrestre : Litec, 2008.
- Guggenheim (D.), Le droit suisse des contrats. Les effets du contrat, t. 2, Georg, 1995.
- Hamel (H.), - Recherches sur la théorie juridique de la monnaie, 1^{re} partie, Les cours de droit, 1938-39.
- Recherches sur la théorie juridique de la monnaie, 2^e partie, Les cours de droit, 1940-41.
- Heuzé (V.), Traité des contrats. La vente internationale de marchandises, Droit uniforme, sous la dir. de J. Ghestin, LGDJ, 2000.
- Jamin (C.), (sous la dir. de), Droit et économie des contrats, 2008, LGDJ.
- Jestaz (Ph.), - Le droit, Connaissance du droit, Dalloz, 11^e éd., 2021.
- L'urgence et les principes classiques du droit civil : LGDJ, 1968.
- Jourdain (P.), Les principes de la responsabilité civile, Dalloz, 6^{ème} éd. 2003.
- Lambert-Faivre (Y.) et Porchy-Simon (S.), Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation, 8^e éd., 2015, Dalloz.
- Lando (O.), Beale (H.), Principles of European Contract Law, Parts I and Part II, Kluwer Law International 2000.
- Malaurie (Ph.), - Le droit civil des restitutions, Les cours de droit, 1974-75.
- Les problèmes actuels du droit des obligations, Les cours de droit, 1971-72.
- Mercadal (B.), Réforme du droit des contrats : Francis Lefebvre, 2016.
- Mousseron (J.-M. et M.) et Mainguy (D.), Le droit français nouveau de la transparence tarifaire, Litec, 2^e éd., 1998.

- Ortolan (E.), « Explication historique des Institutes de l'empereur Justinien », 6^e éd., tome III, Paris, 1857.
- Pédamon (M.), Le contrat en droit allemand, 2^e éd., 2004, LGDJ.
- Peel (E.), The law of the contract, 15^e éd., 2020, Thomson, Sweet and Maxwell.
- Perrot (R.), Les intérêts, éd. de la chambre nationale des huissiers de justice, 1990.
- Perrot (R.) et Théry (Th.), Procédures civiles d'exécution, Dalloz, 3^e éd., 2013.
- Pierre (Ph.) et Leduc (F.), La réparation intégrale en Europe. Études comparatives des droits nationaux : Larcier 2012.
- Simler (P.), - Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires, 5^e éd., 2015, LexisNexis.
- Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations : LexisNexis, 2016.
- Vignerot (R.), Offere aut deponere, De l'origine de la procédure des offres réelles et de la consignation, préf. F. Sturm, Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège 1979.
- Viney (G.), L'indemnisation des victimes d'accident de la circulation, LGDJ, 1992.
- Woog (J.-C.), La stratégie du créancier, Dalloz, 1998.
- Zimmermann (R.), - The law of obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, 1996, Oxford University Press Inc., New York.
- Breach of contract and remedies under the new German law of obligations, 2002, Roma.

III- Thèses.

- Amrani-Mekki (S.), Le temps et le procès civil, thèse Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, préf. L. Cadet, 2002.
- André (Ch.), Le fait du créancier contractuel, préf. G. Viney, Bibliothèque de droit privé, t. 356 : LGDJ, 2002.
- Antonmattei (P.H.), Contribution à l'étude de la force majeure, LGDJ, 1992, préf. Teysseier.
- Baronca (D.-J.), Essai sur la faute et le fait du créancier, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne : Paris, 1929.

- Becquart (J.), Les mots à sens multiple en droit français. Contribution au perfectionnement du vocabulaire juridique, thèse Lille, 1928.
- Béguet (J.-P.), L'enrichissement sans cause, Tepas 1945.
- Biquet-Mathieu (Ch.), Le sort des intérêts dans le droit du crédit. Actualité ou désuétude du Code civil ? préf. Moreau-Margrève, 1998, coll. scientifique de la Faculté de droit de Liège.
- Bléry (C.), L'efficacité substantielle des jugements civils, thèse LGDJ, t.328, préf. P. Mayer, 2000.
- Bloud-Rey (C.), Le terme dans le contrat, 2003, PUAM.
- Boizard (M.), Le régime juridique et fiscal des intérêts, thèse dactyl., Paris I, 1986.
- Bontems (C.), Essai sur la théorie des dommages et intérêts en droit romain et dans les droits savants, thèse dactyl., Paris, 1968.
- Bousiges (A.), Les restitutions après annulation ou résolution d'un contrat, thèse dactyl., Poitiers, 1982.
- Brahic-Lambrey (C.), L'injonction. Étude de la dynamique d'un processus : PUAM, 2003, n° 253 et 259.
- Bruneau (C.), La distinction entre les obligations monétaires et les obligations en nature : thèse dactyl. Paris II, 1984.
- Bucher (Ch.-É.), L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat de droit administratif (Étude de droit comparé interne), 2011, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 102, préf. L. Leveneur.
- Caillemer (E.), Des intérêts, thèse, Caen, 1871.
- Carval (S.), La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, thèse LGDJ, t. 250, 1995, préf. G. Viney.
- Catala (N.), La nature juridique du paiement, préf. J. Carbonnier, Imp. J. Reschly : Montpellier, 1960.
- Chabas (C.), L'inexécution licite du contrat, thèse LGDJ, t. 380, préf. J. Ghestin et avant-propos D. Mazeaud, 2002.
- Cimamonti (S.), L'effectivité des droits du créancier chirographaire en droit contemporain, thèse dactyl., Aix-Marseille III, 1990.
- Cirier (F.), De la demeure du créancier en droit romain, thèse Paris, 1886.

- Collomb (B.), Demeure et mise en demeure en droit privé, thèse Nice, 1974.
- Coutant-Lapalus (Ch.), Le principe de la réparation intégrale en droit privé, préf. F. Pollaud-Dulian, PUAM 2002.
- Cresp (M.), Le temps juridique en droit privé : essai d'une théorie générale, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2013.
- David (V.), Les intérêts de sommes d'argent, thèse, Coll. De la Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers, LGDJ, préf. Ph. Rémy, 2005.
- De Gonse (C.), Approche critique du concept de responsabilité contractuelle, th. Paris XI, 2001.
- Deshayes (O.), Genicon (T.) et Laithier (Y.-M.), Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, 2^e éd. 2018, LexisNexis.
- Didier (Ph.), De la représentation en droit privé, LGDJ, 2000.
- Douville (T.), La réforme du droit des contrats. Commentaire article par article : Gualino, 2016.
- Dupré-Dallemagne (A.-S.), La force contraignante du rapport d'obligation, PUAM, 2004.
- Esmein (P.), Des effets des décisions de justice sur la reconnaissance et la création des droits , thèse, Paris, 1914.
- Etiennay (A.), La durée de la prestation. Essai sur le temps dans l'obligation, t. 475, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2008.
- Fages (B.), Le comportement du contractant, préf. de J. Mestre, PUAM, 1997.
- Fontaine (C.), Les intérêts du compte-courant, thèse, 1939, Lille.
- Faure-Abbad (M.), Le fait générateur de la responsabilité contractuelle (Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat), 2003, LGDJ, préf. Rémy.
- Gaudin (L.), La patience du créancier: contribution à l'étude de l'effectivité du paiement contractuel, t. 39, coll. « Doctorat & Notariat », Paris, Defrénois, 2009.
- Genicon (T.), La résolution du contrat pour inexécution, 2007, LGDJ, préf. Leveneur.
- Gerbay (Ph.), Moyens de pression privée et exécution du contrat, thèse dactyl., Dijon, 1976.

- Godlewski de Gozawa (S.), L'incidence des variations de prix sur le montant des dommages-intérêts dans le droit commun de la responsabilité civile, thèse. Paris, 1954.
- Goré (F.), L'enrichissement aux dépens d'autrui, thèse Paris, 1949.
- Gout (O.), Le juge et l'annulation du contrat, thèse PUAM, préf. P. Ancel, 1999.
- Gréau (F.), Recherche sur les intérêts moratoires, préf. F. Chabas, 2006, coll. Doctorat & Notariat, t. 21, Defrénois.
- Grosser (P.), Les remèdes à l'inexécution du contrat : Essai de classification, 2000, thèse dactyl., Paris I, dir. Ghestin.
- Guelfucci-Thibierge (C.), Nullité, restitutions et responsabilité, thèse LGDJ, t. 218, préf. Ghestin, 1992.
- Hoonakker (Ph.), L'effet suspensif des voies de recours dans le nouveau Code de procédure civile : une chimère ? Contribution à l'étude de l'exécution provisoire, thèse dactyl. Strasbourg, 1988.
- Huguency (L.), L'idée de peine privée en droit contemporain, thèse Dijon, 1904.
- Jacquemin (Z.), Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, allemand et anglais, thèse Paris II., 2015.
- Jault (A.), La notion de peine privée, thèse LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 442, préf. F. Chabas, 2005.
- Jourdain (P.), Recherche sur la notion d'imputabilité en matière civile et pénale, th. Paris 1982.
- Lagoutte (J.), Les conditions de la responsabilité en droit privé : Thèse Bordeaux IV, 2012.
- Laithier (Y.-M.), Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, 2004, LGDJ, préf. H. Muir Watt.
- Lamazerolles (E.), Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente, 2003, Université de Poitiers, diff. LGDJ, préf. Rémy.
- Le Gallou (C.), La notion d'indemnité en droit privé, sous la direction de Alain Sériaux, Paris 1, LGDJ 2007.
- Libchaber (R.), Recherches sur la monnaie en droit privé, préf. Mayer, 1992, thèse LGDJ, t. 225.

- Maitre (G.), La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit, préf. H. Muir Watt, 2005, LGDJ.
- Malaurie-Vignal (M.), les restitutions en droit civil, thèse Cujas, préf. G. Cornu, 1991.
- Marton (G.), Les fondements de la responsabilité civile, thèse Paris, 1937.
- Marty (G.), La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait, thèse Sirey, préf. Ch. César-Bru, 1929.
- Mazeaud (D.), La notion de clause pénale, thèse LGDJ, t. 223, préf. F. Chabas, 1992.
- Mograbi (N.-H.), La mise en demeure, thèse, Paris, Université Paris II, 1976.
- Néel (B.), Les pénalités fiscales et douanières, thèse Economica, coll. Finances Publiques, avant-propos de Y. Pimont, 1989.
- Ortscheidt (J.), La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, préf. E. Gaillard, 2001.
- Pelletier (C.), La caducité des actes juridiques en droit français privé, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2004.
- Perruchot-Triboulet (V.), Régime général des obligations et responsabilité civile, thèse PUM, préf. J. Mestre, 2002.
- Picod (Y.), Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, thèse Dijon 1989.
- Pierre-François (G.-L.) La notion de dette de valeur en droit civil, Essai d'une théorie, thèse LGDJ, t. 138, préf. P. Raynaud, 1975.
- Popineau-Dehaullon (C.), Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat : Étude comparative, t. 498, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, LGDJ, 2008.
- Pradel (X.), Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité, thèse LGDJ, t.415, préf. P. Jourdain et avant-propos J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, 2004.
- Prélot (J.), Intérêts moratoires, thèse, Paris, 1876.
- Putman (E.), La formation des créances, thèse dactyl., Aix-Marseille III, 1987.
- Quezel-Ambrunaz (Ch.), Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile : Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 99, Dalloz, 2010.
- Raschel (L.), Le droit processuel de la responsabilité civile, 2010, IRJS, préf. Cadet.

- Rainville (P.), *The Rôle of Silence During the Life of a Contract: A Civilian Perspective*, thèse de doctorat, Oxford, Université de Oxford, 1993.
- Reifegerste (S.), *Pour une obligation de minimiser le dommage*, préf. H. Muir-Watt, 2002, PUAM.
- Reiss (L.), *Le juge et le préjudice, Etude comparée des droits français et anglais*, thèse PUAM, préf. Ph. Delebecque, 2003.
- Rizzo (F.), *Le traitement de l'endettement*, thèse PUAM, préf. J. Mestre, 1996.
- Roujou de Boubée (M.-È.), *Essai sur la notion de réparation*, thèse LGDJ, tome 135, préf. Hébraud, 1974.
- Rouvière (F.), *Le contenu du contrat : Essai sur la notion d'inexécution*, 2005, PUAM, préf. Atias.
- Stark (B.), *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en ses deux fonctions de garantie et de peine privée*, thèse Paris, 1947.
- Segogne (De) (B.), *De la date d'évaluation du préjudice en matière civile et administrative : Thèse Paris*, 1951.
- Souleau (L.), *La prévisibilité du dommage contractuel (défense et illustration de l'article 1150 du Code civil)*, thèse dactyl., Paris II, 1979.
- Soustelle (Ph.), *Les délais judiciaires différant l'exécution de l'obligation*, thèse dactyl., Saint-Etienne, 1996.
- Virey (J.), *De la mise en demeure en droit romain et en droit français*, thèse Paris, 1880.
- Woog (J.-C.), *La résistance injustifiée à l'exercice d'un droit*, thèse, Paris, préf. R. Perrot, 1971.

IV- Rapports et ouvrages collectifs.

- Bovay (H.), *Essence de la demeure*, Recueil de travaux publié par la Faculté de droit à l'occasion de l'assemblée de la société suisse des juristes à Lausanne, du 9 au 11 septembre 1934, Université de Lausanne, Imp. La Concorde, 1934.
- Catala (P.) (sous la dir. de) - *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil)*, 2005, Doc. fr.
- *Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du code civil) et du droit de la*

prescription (articles 2234 à 2281 du code civil) (dir. Pierre Catala),
www.justice.gouv.fr/publicat/rapport/RAPPORTCA TALASEPTEMBRE2005.pdf.

CERCRID, - La prise en compte par le droit du coût de la durée du procès. Les intérêts de retard dans le procès civil, sous la dir. De P. Ancel et Ch. Bérroujon, février 1999, Université Jean Monnet, Saint-Étienne).

- L'accident corporel de la circulation, entre transactionnel et juridictionnel, sous la dir. de E. Serverin, septembre 1997, Université Jean Monnet, Saint-Etienne.

D'Ambra (D.), Benoit-Rohmer (F.) et Grewe (C.) (sous la dir. de), Procédure(s) et effectivité des droits, Actes du colloque des 31 mai et 1^{er} juin 2002 à la Faculté de droit de Strasbourg, , Bruylant, coll. Droit et Justice, 2003.

Caupain (M.-Th.) et De Leval (G.) (sous la dir. de), L'efficacité de la justice civile en Europe, 2000, Larcier.

Collart-Dutilleul (F.) et Coulon (C.) (sous la dir. de), Le renouveau des sanctions contractuelles, 2007, Économica.

Colloque I.D.A. Aix-en-provence, Le juge et l'exécution du contrat, 28 mai 1993, PUAM 1993.

Colloque de l'association Henry Capitant organisé le 16 février 1996 par le centre de droit des contrats de l'Université de Lille II, le centre de recherche européen de droit des obligations de l'Université de Paris XII et le centre de formation professionnelle notariale de Lille, Le renouvellement des sources du droit des obligations, LGDJ 1997.

Colloque organisé par la Faculté de Droit de Paris XII le 12 décembre 1997, Le préjudice. Questions choisies, actes publiés, Resp. civ. et ass., mai 1998, n° spécial.

Colloque des sixièmes journées René Savatier, Poitiers, 15 et 16 mai 1997, Les métamorphoses de la responsabilité, actes publiés, PUF 1998.

Colloque organisé par le DESS de droit des assurances et de la responsabilité de la faculté de droit de Paris XII et le centre de recherche Européen en droit des obligations (CREDO), Le préjudice : questions choisies, 12 décembre 1997, Resp. civ. et ass., mai 1998.

Colloque organisé par la Faculté de droit et d'économie de l'Université de Savoie et le barreau de l'Ordre des avocats de Chambéry, 7 et 8 décembre 2000, La responsabilité à l'aube du XXI^{ème} siècle, bilan prospectif, actes publiés dans Resp. civ. et ass., juin 2001, n° 6 bis.

- Colloque organisé le 14 mai 2001 par le centre René Demogue de l'université Lille II, sous la direction de Christophe Jamin et Denis Mazeaud, *La nouvelle crise du contrat*, actes publiés, Dalloz 2003.
- Colloque organisé par la Revue des contrats le 25 octobre 2005, *L'avant-projet de réforme du droit des contrats*, RDC 2006, n° 2.
- Colloque organisé par la Revue des contrats le 12 mai 2006, *L'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité*, RDC 2007, n° 1.
- XVI^e colloque des Instituts d'études judiciaires, *Les difficultés d'exécution des décisions de justice*, Rennes, 13-15 mai 1985 : rapport général Normand, in *Mélanges Cosnard*, 1990, *Économica*, p. 393.
- Colloque du 15 mars 1993 organisé par la Fédération nationale pour le Droit de l'Entreprise, *Les délais de paiement*, Cah. dr. Entr. 1993, no 3, p. 6 et s.
- Coulon (J.-M.) et Frison-Roche (M.-A), (sous la dir. de), *Le temps dans la procédure*, Actes du colloque du 5 décembre 1995 au Tribunal de Nanterre, Dalloz, 1996.
- De Lamberterie (I.), Rouhette (G.) et Tallon (D.). *Les principes du droit européen du contrat, L'exécution, l'inexécution et ses suites*, version française par, La Documentation française 1997, p. 245 et s.
- Douville (T.) (sous la dir. de), *La réforme du droit des contrats. Commentaire article par article*, 2016, Gualino.
- Fleury-Le Gros (P.) (dir.), - *Le Temps et le droit. Actes du colloque organisé par le groupe de recherche en droit fondamental et comparé (GREDFIC) à la faculté des affaires internationales du Havre les 14 et 15 mai 2008*, LexisNexis-Litec, 2010.
- *Le Temps et le droit. Travaux de l'association Henri Capitant. Journées nationales*, Dijon, tome XVIII, Dalloz, 2014.
- Fontaine (M.) et Viney (G.) (sous la dir. de), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Paris & Bruxelles, L.G.D.J./Bruylant, 2001.
- Gaboriau (S.) et Pauliat (H.) (dir.), *Le Temps, la justice et le droit. Actes du colloque organisé à Limoges les 20 et 21 novembre 2003*, Presses universitaires de Limoges, 2004 ; *Justice & Cassation*, 2007, dossier « Le temps dans le procès ».
- Magendie (J.-C.), (sous la dir. de), *Célérité et qualité de la justice : la gestion du temps dans le procès* », rapport au Garde des sceaux, 2004, La Documentation française.

- Ortolani (M.) et al., *Le Temps et le droit. Journées internationales de la société d'histoire du droit*, éd. Serre, 2002.
- Prieto (C.) (sous la dir. de), *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, avant-propos J. Mestre, 2003, PUAM.
- Terré (F.) (sous la dir. de), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2011.
- Thireau (J.-L.) (sous la dir. de), *Les voies de recours judiciaires, instruments de liberté* », PUF 1995.
- Perrot (R.), (sous la dir. de), « La réforme des procédures civiles d'exécution », *Actes du colloque des 28 et 29 janvier 1993*, RTDCiv. 1993, numéro spécial.
- Rémy-Corlay (P.) et Fenouillet (D.), (sous la dir. de), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Institut Charles Dumoulin de la Faculté Jean Monnet, Paris XI, Dalloz, 2003.
- « L'Astreinte », fiche méthodologique du Service de Documentation de la Cour de cassation, au BICC n° 680 du 15 avril 2008.
- Le Temps dans la procédure*, XV^e colloque des instituts d'études judiciaires, Clermont-Ferrand, 13-15 octobre 1983, *Ann. de la faculté de droit et de science politique de Clermont-Ferrand*, 1, Fasc. 20, 1983, LGDJ, 1984.

V- Articles et chroniques.

- Abravanel-Jolly (S.), « Indu et assurance », *RGDA* 2000.15.
- Alfandari (É.), « Le contrôle des clauses pénales par le juge », *JCP* 1971, I, 2395.
- Allix (D.), « Réflexions sur la mise en demeure », *JCP* 1977. I. 2844.
- Amssek (P.), « La répétition de l'indu payé aux personnes publiques », *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 5.
- Ancel (P.), - « Exécution des contrats et exécution des décisions de justice », in *L'exécution*, XXIII^e colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires, Lyon, 19-20 nov. 1999, L'Harmattan, 2001, p. 151.
- « Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes ? », in *Que reste-il de l'intangibilité du contrat ? Actes du colloques du 28 novembre 1997*, Chambéry, Dr. et Patrimoine, mai 1998, p. 88.

- « Les sanctions de l'inexécution contractuelle dans le projet de réforme français, in P. Brun (dir.), Les perspectives de modernisation du droit des obligations : comparaisons franco-argentines, 2015, Dalloz, p. 95.
- « La responsabilité contractuelle », in Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, sous la dir. de P. Rémy-Corlay et D, Fenouillet, Dalloz, 2003, p. 243.
- « L'exécution par la puissance publique », in La réforme des procédures civiles d'exécution, Actes du colloque des 28 et 29 janvier 1993, sous la dir. de R. Perrot, RTDCiv. 1993, numéro spécial, p. 135.

Ancel (P.) et Cottin (M.), « Le coût de la durée du procès pour les parties : les intérêts de retard dans le procès civil », Rev. inter. dr. économique, 1999. 238.

André (Ch.), « L'obligation de modérer le dommage en droit interne », D. 2002. chron. 307.

Andreu (L.), « L'extinction de l'obligation », Dr. et patr. n° 258, mai 2016, p. 86.

Andriantsimbazovina (J.), « Délai raisonnable du procès, recours effectif ou déni de justice », RFDA 2003, p. 85.

Aubert (J.-L.), - « L'appauvri ne peut agir de in rem verso si son appauvrissement procède de sa faute », Defrénois 1999. 377.
- « Quelques remarques sur l'obligation pour la victime de limiter les conséquences dommageables d'un fait générateur de responsabilité. À propos de l'article 1373 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations », Mélanges G. Viney, 2008, LGDJ.

Auckenthaler (F.), « Le droit du subrogé aux intérêts de la créance », D. 2000, chr. 171.

Austry (S.), « Les sanctions administratives en matière fiscale », in Les sanctions administratives, Actualités et perspectives, AJDA, numéro spécial, oct. 2001, p. 51.

Aynès (L.), « Rapport introductif », in « L'anéantissement rétroactif du contrat » : RDC 2008, p. 9.

Bailly (P.), « Indemnisation et aléa judiciaire », D. 1992, chron.202.

Balis (G.), « Des dommages et intérêts dus à raison du retard dans l'exécution d'une obligation ayant pour objet une somme d'argent », Rev. Crit. Lég. Jurisp., 1934.97.

Balsan (A.), - « Le nouvel article 1153-1 du Code civil et la modification du régime des intérêts au taux légal », Ann. Loyers 1985.1257.
- « Réflexions sur l'anatocisme », Ann. loyers. 1999.1546.

- Bandrac (M.), « L'action en justice droit fondamental », Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Dalloz, 1996.
- Baray-Clément (E.), « Spécificité et sanctions des manœuvres dilatoires dans le procès civil », JCP 1991, I, 3534.
- Barthouil (T.), « Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire du juge en droit privé ». Rev. rech. jur. 1992.343 et 620.
- Baslan (A.), « Le nouvel article 1153-1 du Code civil et la modification du régime des intérêts au taux légal », Ann. loyers, 1985.1257.
- Baudouin (J.-L.), Les dommages et intérêts punitifs : un exemple réussi d'emprunt à la Common law, Mél. Malinvaud, 2006, Litec, p. 101.
- Beltz (K. H.), « Comment déterminer le taux d'intérêt applicable en matière de vente internationale de marchandises soumise à la Convention de Vienne du 11 avril 1980 ? », Petites affiches, 13 novembre 2000, n° 226, p. 5.
- Béhar-Touchais (M.) [sous la dir. de], « Faut-il moraliser le droit français de la réparation des dommages ? », LPA, n° 232 du 20 nov. 2002, numéro spécial, p.3.
- Bénabent (A.), « Le désintérêt des intérêts ? », Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle, LGDJ, 2001, p. 113.
- Bénabent (A.), Aynès (L.), « Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général », D. 2016. 434.
- Bénilsi (S.), « Paiement », Rép. dr. civil. Dalloz, fév. 2019.
- Bernard de Saint-Affrique, (J.), « De l'évaluation », Etudes offertes à Pierre Catala, Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Litec, 2001, p. 305.
- Bertolaso (S.), Régime de la réparation - Inexécution d'une obligation en argent », JurisClasseur Civil Code, fasc. 20, articles 1231 à 1231-7.
- Biquet-Mathieu (Ch.), À propos de la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, Mélanges offerts à Marcel Fontaine, 2003, Larcier, p. 41.
- Blaisse (A.), « Arrêt et aménagement de l'exécution provisoire par le premier président », JCP 1985, I, 3183.
- Blanc (N.), « Les restitutions », Gaz. Pal. 2015, n° 155.
- Blary-Clément (É.), « Spécificité et sanctions des manœuvres dilatoires dans le procès civil », JCP 1991, I, 3534.

- Bontems (C.), « Les dommages et intérêts dans les lois barbares », *Rev. hist. dr.* 1969.454.
- Boré (L.), - « L'indemnisation des chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable », *JCP* 1974.I.2620.
- « La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 2002, I, 104.
- Boré (J.), *Rép. pr. civ.* Dalloz, Pourvoi en cassation.
- Boucard (H.), « Les conséquences de l'anéantissement du contrat : restitutions et enrichissement sans cause (droit français) », *RDC* 2013.
- Boulay (J.-C.), « Réflexion sur la notion d'exigibilité de la créance », *RTDCom.* 1990. 339.
- Bouloc (B.), - « La réforme de l'usure », *Rev. dr. banc. fin.* 2003.387.
- « La perte du droit aux intérêts », *Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 81.
- Boutemy (B.) et Meier (E.), « Intérêts de retard, rendez à César ce qui est à César (Mathieu22, 21) ... mais pas plus », *Rev. dr. fisc.* 2001, n° 225.
- Bourthoumieux (J.), *Dommages punitifs, RGDA* 1996, 861.
- Bragantini-Bonnet (Ch.), « L'anatocisme conventionnel », in *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n° 28, 11 Juillet 2008, 1240.
- Brun (Ph.), « La clause pénale en droit français, *Études juridiques* 2000 », *Rev. fac. droit Sfax* 2000. 91 s.
- Brunet (A.), « Droit au procès équitable et contrôle de la motivation des décisions de la Cour de cassation », *Justices et droits fondamentaux, Études offertes à Jacques Normand, Litec*, 2003, p. 51.
- Burgelin (J.F), Coulon (J.-M.) et Frison-Roche (M.-A.), « L'office de la procédure », *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz 2000.
- Cabanis (A.), « L'utilisation du temps par les rédacteurs du Code civil », *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, 1981, p. 171.
- Cabrillac (M.), « L'assiette des intérêts », *Rev. jur. com.* 1994.318.
- Cadiet (L.), - « Feu l'exécution immédiate des jugements ? Regrets de la France du milieu, » *JCP G* 2002. I. 1489.

- « Une justice contractuelle, l'autre », Mélanges Jacques Ghestin, LGDJ 2001, p. 177.
- « Les métamorphoses du préjudice », in Les métamorphoses de la responsabilité, 6^e journée René Savatier, 1997, PUF, 1998, p. 37.

Caffin-Moi (M.) et Rabreau (A.), « Les restitutions consécutives à l'anéantissement des cessions de droits sociaux », in Mél. J.-J. Daigre : Lextenso, 2017.

Calais-Auloy (J.), L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, RTDCom. 1994.239.

Calais-Auloy (M.-T.), La libération du droit de la responsabilité par l'abandon de la notion de faute, D.1998, AJ, n° 14.

Calbairac (G.), « L'exécution des décisions de justice », D. 1947, chr. 85.

Capitant (H.), « La répression de l'usure », DH 1935. chron. 61.

Caramalli (D.), « La loi pour l'initiative économique et le dé plafonnement des taux d'intérêt : une nouvelle étape dans l'histoire de l'usure », LPA, 25 août 2003, n° 169, p. 4.

Cathelineau (A.), « Le retard en droit civil », Petites affiches, 28 août 1998, n° 103, p. 4 (1^{re} partie) et 31 août 1998, n° 104, p. 4 (2^e partie).

Capdeville (L.), - « Interrogations autour de la future évolution du taux de l'intérêt légal », Gaz. Pal. 2014, n° 254, p. 5.
- « L'usure », RLDA oct. 2008, n° 1910.

Carval S., « Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile », JCP G 2017, 401, spéc. n° 3.

Cavalleri (V.) et Gerkens (J.-F.), « Aux origines de l'adage Dies interpellat pro homine », RDC 2014, n°3, p. 510.

Cayrol (N.), - « Réflexions sur le comminatoire », Mélanges G. Forest, 2014, Dalloz, p. 75.
- « Art. 1136 à 1145 - Fasc. 60 : Contrats et Obligations. – Mise en demeure », J.-Cl. civ. Code (Archives antérieures au 1^{er} octobre 2016).
- « Art. 1344 à 1344-2 - Fasc. unique : Régime général des obligations. – Extinction des obligations. – Mise en demeure du débiteur », JCl. civ. code.
- « Art. 1343 à 1343-5 - Fasc. 50 : Régime général des obligations. – Paiement des obligations de somme d'argent. – Délais de paiement », JCl. civ. code.

Chabas (F.), - « La réforme de l'astreinte », D. 1992, chr. 299.

- « La réforme de la clause pénale (L. n° 75-597 du 9 juill. 1975) », D. 1976. chron. 229.

Chabas (F.) et Gréau (F.), Force majeure, Rép. civ. Dalloz, 2013.

Chabot (G.), « Mise en demeure (Pr. civ.) », Rép. proc. civ., sep. 2015.

Chateauneuf (P.-M.), « Les enjeux des délais de paiement pour les fournisseurs », Colloque du 15 mars 1993 sur les délais de paiement, Cah. dr. entr. 1993, n°3, p. 8.

Charbonneau (C.), « Les restitutions consécutives à la nullité du contrat de sous-traitance », RDI 2015, p. 20.

Ciaudo (A.), « La maîtrise du temps en droit processuel », Jurisdoctoria, Le temps, n°3, 18 octobre 2009.

Cohen (D.), Les dommages-intérêts affranchis du préjudice : in Mélanges C. Jauffret-Spinosi, Dalloz, 2013.

Coninck (De) (B.), La mise en demeure (droit belge), in M. Fontaine et G. Viney, Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : LGDJ-Bruylant, 2001.

Coudert (J.-L.), « La libération des intérêts dus par la caution et l'article 55 de la loi du 25 janvier 1985 », Banque et droit 1993, n° 32, p. 7.

Coulon (J.-M.), - Réflexions et propositions sur la procédure civile, Rapport au garde des Sceaux, La doc. fr., 1997.
- Quelques remarques sur un projet de décret de procédure civile, LPA 24 juin 2002. 4.

Courrouy (J.), « La consignation d'une somme d'argent après offres réelles est-elle un paiement ? », RTDCiv. 1990, n° 11-12, p. 30.

Cozian (M.), - « La majoration de 10% pour paiement tardif de l'impôt n'est ni une pénalité, ni un intérêt de retard », JCP 1969, I, 2288.
- « Les méandres de la logique fiscale ou comment jongler avec la fiscalité des indemnités ? », JCP 2001, éd. N, 1878 et Rev. dr. fisc. 2001.705.

Crédot (F.J.), - « La capitalisation trimestrielle des intérêts débiteurs des comptes bancaires et l'article 1154 du Code civil », Petites affiches, 8 septembre 1989, n° 108, p. 9.
- « Crédit inter-entreprise et crédit bancaire : les aspects juridiques », Petites affiches, 8 avril 1992, n° 43, p. 17.

- Croze (H.), - « Les sanctions de l'inexécution du contrat de crédit », *Le droit du crédit du consommateur*, ouvr. coll. sous la dir. de I. Fadlallah, Litec, 1982, p. 145.
- « L'exécution immédiate ? immédiatement ? », *Procédures*, 2003, chr. n° 5.
 - « Au-delà du droit processuel. Pour une théorie juridique de la décision », *Justices et droits fondamentaux, Études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 125.
- Cukier (B.), « L'anatocisme. Obsolète et nocif ? », *Gaz. Pal.*, 1991.2, doctr. 416.
- Dailant (M.-A.), « Le retard dans l'exécution des contrats (XIIe-XIXe siècle). Contribution historique à l'étude de la responsabilité contractuelle », éd. Institut Universitaire Varenne, Collection Thèses, Tome 147, 2017.
- David (F.), « De la mise en demeure », *Rev. crit. lég. et juris.*, 1939. 95.
- Debray (B.), « La lettre recommandée dans la procédure civile et commerciale », *D.* 1968, chr. 155.
- Defrance (G.), « Offre d'indemnité : les assureurs sous la pression des juges », *Argus*, 9 juillet 1999, p. 24.
- Deguergue (M.), « Les dysfonctionnements du service public de la justice », *RFAP* 2008, p. 151.
- Deharo (G.), « Ce qu'exécuter veut dire...Une approche théorique de la notion d'exécution », *Dr. et proc.* 2005/4, 208.
- Deleau-Deshayes (M.), « Les intérêts », *Rev. jur. com.* 1978.329.
- Delebecque (Ph.), « Art. 1231 à 1231-7 : Régime de la réparation. – Modalités de la réparation. – Règles particulières à la responsabilité contractuelle. – Clause pénale », *JurisClasseur Civil Code*, Fasc. 22.
- Delebecque (Ph.) et Mazeaud (D.), *Les clauses de responsabilité : clauses de non responsabilité, clauses limitatives de réparation, clauses pénales*, in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Bruylant, LGDJ, 2001.
- Delgrange (O.) et Bucciano (M.), « Quelques réflexions sur la force majeure en matière contractuelle », *Gaz. Pal.* 2004. 1. doctr. 214.
- De Luca (S.), « Quelle place en droit français pour les dommages et intérêts à titre punitif ? Analyse des perspectives et problèmes à travers une étude des droits anglais et américain », mémoire, 2012, p. 64.

- Dennery (R.), « Du caractère des jugements de condamnation à dommages-intérêts », *Rev. crit. lég. jurisp.*, 1937.374.
- Derains (Y.), « Intérêts moratoires, dommages-intérêts compensatoires et dommages punitifs devant l'arbitre international », *Études offertes à Pierre Bellet*, 1991, Litec, p. 101.
- Derrida (F.) « L'évaluation du préjudice au jour de sa réparation », *JCP G* 1951, I, 918.
- Desurvire (D.), « Les délais de paiement entre les entreprises », *Petites affiches*, 1^{er} septembre 1993, n° 105, p. 9.
- Devèze (J.), « Taux de l'intérêt » , *Rev. jur. com.* 1994.295.
- Dion (S.), « Les impératifs constitutionnels du droit de la responsabilité », *LPA* 29 juill. 1992.
- Douet (F.), - « Temps de l'administration fiscale et temps du contribuable (ou petits arrangements fiscaux avec le temps) », *Petites affiches*, 11 mars 1999, n° 50, p. 14.
- « Temps de l'administration fiscale et temps du contribuable (suite des petits arrangements fiscaux avec le temps) », *Petites affiches*, 16 nov. 2000, n° 229, p. 4.
- Dreyer (E.), - « La sanction de la faute lucrative par l'amende civile », *D.* 2017. 1136.
- « L'amende civile concurrente de l'amende pénale ? », *JCP E* 2017, 1344.
- Dubuisson (B.) et Jourdain (P.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Études de droit comparé : Bruylant 2015.*
- Durant (I.) et Verheyden-Jeanmart (N.), « Les dommages et intérêts accordés au titre de la réparation d'un dommage contractuel », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé*, sous la dir. de M. Fontaine et G. Viney, Bruylant et LGDJ, 2001, p. 307.
- Emy (Ph.), « Les deux visages de la capitalisation des intérêts », *RTDCom.* 2006, p. 549.
- Epstein (A.-S.), « Les restitutions », in Douville T. (dir.), *La réforme du droit des contrats. Commentaire article par article*, 2016, Gualino.
- A. Etienney-de Sainte Marie, « Le temps et le contrat » in *Le Temps et le droit. Travaux de l'association Henri Capitant. Journées nationales*, Dijon, tome XVIII, Dalloz, 2014, p. 46.

- Fages (B.), « Quelques évolutions contemporaines du droit des contrats à la lumière des Principes de la commission Lando », D. 2003, chron.2386.
- Fasquelles (D.), - « L'existence de fautes lucratives en droit français », Petites affiches, 20 nov. 2002, n° 232, p. 27.
- « Concurrence déloyale. Amendes civiles ou dommages punitifs ? », in Conquête de la clientèle et droit de la concurrence, Gaz. Pal. 2001. 2. doct. 9 .
- Faucher (D.), « Intérêt de retard : la rémunération excessive du prix du temps », JCP 2001, éd. N, n° 15, 13 Avril 2001, p. 754.
- Faure-Abbad (M.), « La présentation de l'inexécution contractuelle dans l'avant-projet Catala », Dalloz 2007 p. 165.
- Favre-Rochex (A.), « L'assureur et la loi du 5 juillet 1985 sur l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation », RGAT 1986.321.
- Fombour (P.), « Le juge administratif et les intérêts moratoires », Procédures 2001, chr. n° 2.
- Fontaine (M.), Obliegenheit, incombance ? Liber amicorum Hubert Claassens, Academia Bruylant, Antwerpen, 1998, p. 151 et s.
- Fonteyne (J.), « Les intérêts compensatoires et moratoires ou le sommeil des justes », Rev. gén. ass et resp., 1968.8132.
- Forti (V.), - « Art. 1342 à 1342-10 - Fasc. 40 : Régime général des obligations. – Extinction des obligations. – Paiement. – Modalités. Imputation », JCl. civ. code.
- « Art. 1352 à 1352-9 - Fasc. unique : Régime général des obligations - Restitutions », JCl. civ. code.
- « La mauvaise foi survenue du débiteur des restitutions (observations comparatives sous les articles 1352-2 et 1352-7 du Code civil) », RDC 2018.118.
- Fouquet (O.), « La martingale de l'État : intérêts de retard et intérêts moratoires », rev. adm. 2002, n° 327, p. 257.
- Frank (E.-E.), « L'anatocisme ou la capitalisation des intérêts » Administrer, 1990, n° 214, p. 2.
- Freyria (Ch.), « La direction du procès en responsabilité par l'assureur », JCP 1954, I, 1196.
- Fricero (N.), - « Offres de paiement et consignation », Rép. pr. civ. Dalloz.
- « Le droit européen à l'exécution des jugements », Rev. huissiers, 2001.6.

- « Une nouvelle réponse déjudiciarisée à l'obstruction au paiement du créancier », JCP 2016. 807.

Frison-Roche (M.-A.), - « Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure », in *Le temps dans la procédure*, Actes du colloque du 5 décembre 1995 au Tribunal de Nanterre, Dalloz, 1996.

- « La procédure et l'effectivité des droits substantiels », in *Procédure(s) et effectivité des droits*, Actes du colloque des 31 mai et 1^{er} juin 2002 à la Faculté de droit de Strasbourg, sous la dir. de D. D'Ambra, F. Benoit-Rohmer et C. Grewe, Bruylant, coll. Droit et Justice, 2003.

Fruleux (F.), « Sanctions, pénalités et intérêts applicables en cas de retard dans le dépôt d'une déclaration de succession », JCP 2002, éd. N., 1460.

Fruleux (F.) et Serre (J.-M.), « Réforme du taux de l'intérêt légal. Nouveautés, évolutions et choix fiscaux », JCP E 2014. 1666.

Garraud (A.), « La faute lucrative et sa sanction, ou l'ombre pénaliste sur les effets de la responsabilité civile », LPA 16 janv. 2017, n° 123b5, p. 5.

Gastaldy (A.), « Les nouveaux délais de paiement », Colloque du 15 mars 1993 sur les délais de paiement, Cah. dr. entr. 1993 n° 3, p. 14.

Gaudemet-Tallon (H.), « La reconnaissance des jugements étrangers portant sur une somme d'argent, en matière civile et commerciale », Rev. int. dr. comp. 1986.487.

Gauthier (G.), « La continuation des cours des intérêts dans le cadre de la liquidation judiciaire », Gaz. Pal. 2001, doct.318.

Gautier (P.-Y.), « Contre Bentham : l'inutile et le droit », RTDCiv. 1995.797.

Gavalda (Ch.), « Le temps et le droit », Études offertes à Barthélémy Mercadal, François Lefebvre, 2002, p. 23.

Gavalda (Ch.) et Parléani (G.), obs. sur la directive n°2000/35 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, JCP 2001, éd. E, 657, n° 8.

Gavalda (Ch.) et Stoufflet (J.), « La limitation des taux d'intérêts conventionnels par la loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966 sur l'usure », JCP 1968, I, 2171.

Gency-Tandonnet (D.), « L'obligation de modérer le dommage dans la responsabilité extracontractuelle », Gaz. Pal. 5-6 mai 2004, p. 27.

Géninet (M.), « Intérêts des capitaux », Rép. civ. Dalloz, octobre 2014.

- Gentili (C.), « Majoration des intérêts de retard », JCl. Voies d'exécution, Fasc. 218.
- Gény (F.), « Justice et force (pour l'intégration de la force dans le droit) », Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant, 1939.
- Gérard (L.), « Sur l'applicabilité de l'article 6, volet civil, de la Convention européenne des droits de l'homme aux contentieux fiscaux », Rev. dr. fisc. 2002, chr. n° 9.
- Ghelfi-Tastevin (F.), « Les nouveaux aspects de la déchéance du droit aux intérêts en matière de crédit à la consommation », D. aff. 1998.1626.
- Gijsbers (C.), « L'incidence des règles relatives à la nullité, à la caducité et aux restitutions », RDI 2016, p. 342.
- Goldsmith (M.E.), La « mitigation of damages » en droit anglais, RD aff. int. 1987, p. 347.
- Goulard (G.), « CEDH et contentieux administratif de l'impôt », Petites affiches, 6 juillet 1994, n° 80, p. 25.
- Gout (O.), « La capitalisation des intérêts : éclairage sur un mécanisme réputé obscur », Dr. et patrimoine déc. 2000, n° 88, p. 26.
- Gouyet (R.), « La répression des retards de paiement dans les transactions commerciales à travers le prisme de la loi NRE », contrats conc. consom. 2002, chr. n° 11.
- Graziani (F.), « La généralisation de l'amende civile : entre progrès et confusions », D. 2018. 428.
- Gréau (F.), - « Intérêts des sommes d'argent », Rép. civ. Dalloz, 2016.
- « Force majeure », Rép. civ., Dalloz, 2017.
- Gridel (J.-P.), « Le temps et le droit positif du procès civil », Gaz. Pal. 10 octobre 2015, n°283, p. 10.
- Gridel (J.-P.) et Laithier (Y.-M.), « Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux », JCP 2008. I. 143.
- Grimonprez (B.), « Mise en demeure (Civ.) », Rép. civ. Dalloz, avril 2017.
- Groutel (H.), - « Les intérêts moratoires en assurance », Resp. civ. et assur. 1989, chr. n° 26.
- « L'absence d'offre d'indemnité à la victime d'un accident de la circulation », *idem*, 1989, chr. n° 34.
- « La distance entre l'action directe contre l'assureur de responsabilité et l'action contre le responsable », *idem*, 1992, chr. n° 29.

- « La portée de l'obligation de faire une offre d'indemnité prévue par la loi du 5 juillet 1985 », *idem*, 1992, chr. n° 35.
 - « Intérêts légaux et plafond de garantie dans une assurance de responsabilité », *idem*, 1992, chr. n° 36.
 - « Les intérêts moratoires de la créance de l'État contre le responsable de l'accident subi par l'un de ses agents », *idem*, chr. n° 33.
 - « Et la lumière fut (à propos de la garantie des intérêts par l'assureur de responsabilité) », *idem*, 1994, chr. n° 26.
 - « Le recours des tiers payeurs : évolutions récentes », *ibid*, 1994, chr. n° 33.
 - « Le point de départ des intérêts de l'indemnité d'assurance (assurance incendie et autres) », *idem*, 1995, chr. n° 19.
 - « *Dura lex* ... (à propos de l'offre d'indemnité à la victime d'un accident de la circulation) », *idem*, 1996, chr. n° 21.
 - « Recours des organismes sociaux : évolutions et précisions », *ibid*, 1996, chron. n° 36.
 - « Les intérêts en assurance : le point de départ introuvable », *idem*, 1997, chr. n° 6.
 - « Recours des organismes sociaux et lien de causalité », *ibid*, chr. n° 18,
 - « La direction du procès par l'assureur », *ibid*, chr. n° 24.
 - « Loi du 5 juillet 1985 : du nouveau au sujet de l'absence d'offre à la victime », *idem*, 1998, chr. n° 2.
 - « La nature des intérêts dans l'assurance de responsabilité », *ibid*, chron. n° 20.
 - « A propos de l'offre d'indemnité à la victime d'un accident de la circulation », *idem*, 1999, chr. n° 15.
 - « Les intérêts dans l'assurance de responsabilité : énième étape », *idem*, 2002, chr. n° 2.
- Grua (F.), - « Sur les ordres de paiement en général », D. 1996, chron. p. 172.
- « L'obligation et son paiement », in Mél. en l'honneur de Y. Guyon : Dalloz, 2003.
 - « Le prêt d'argent consensuel », D. 2003, chr. 1492.
 - « Art. 1343 à 1343-5 - Fasc. 10 : Régime général des obligations, Paiement des obligations de sommes d'argent, Évaluation des obligations de sommes d'argent », JCl. civil code.
- Guilbaud (J.), « Les intérêts des dommages et intérêts », Rev. huissiers, 1972.549.
- Guinchard (S), - « Un bon exemple de la France d'en haut contre la France d'en bas. Le projet de suppression de l'effet suspensif de l'appel », LPA 5 juin 2002. 4.
- « Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel », Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gerard Farjat, éd. Frison-Roche, 1999, p. 139.

- « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », in Clés pour le siècle, Université Panthéon-Assas (Paris II), Dalloz, 2000, p. 1135.
- Hägelsteen (M.-D.), « Les intérêts moratoires : nature et régime fiscal », conclusions sous CE, 4 décembre 1992, rev. fr. dr. adm. 1994.362, D. 1993.453, rev. jur. fisc. 1993.3.
- Hanotiau (B.), « Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international », RD aff. int. 1987, p. 393 et s.
- Hébraud (P.), - « L'exécution des jugements civils », Rev. int. dr. comp. 1957.170.
- « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », Études offertes à Pierre Kayser, PUAM, 1979, t. 2.
- Heinis (M.), « Le défi de la qualité », AJDA 2007, p. 713.
- Hemery (B.), « Le délai raisonnable de jugement : naissance d'une notion », Justice & Cassation 2007, p. 76.
- Hermida (H.), Le régime des restitutions dans la réforme des obligations, JCP N 2016.
- Honorat (J.), « Les indexations contractuelles et judiciaires », Études offertes à Jacques Flour, Defrénois, 1979, p. 251.
- Hoonaker (Ph.), - « Des intérêts dus sur les créances de restitution », D. 1999, chr. 328.
- « L'arrêt de l'exécution provisoire de droit enfin consacré par le législateur ! », D. 2004, chr.2314.
- « L'exécution immédiate ou de l'incohérence à la cohérence du droit à l'exécution », Mélanges P. Julien, 2003, Edilaix, p. 209.
- Hovasse-Banget (S.), « La capitalisation des intérêts et les comptes bancaires », Rev. dr. banc. et bourse 1993.24.
- Hugon (Ch.), « Le droit à l'exécution des décisions de justice », Libertés et droits fondamentaux, sous la dir. de R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et Th. Revet, Dalloz, 18^e éd. 2012, p. 599, n° 796 et s.
- Issa-Sayegh (J.), « Imputation des paiements », Jurisclasseur civil, fasc. 84-85, 1995.
- Ivainer (T.), « Le pouvoir souverain du juge dans l'appréciation des indemnités réparatrices », D. 1972, p. 7.
- Japiot (R.), « Le fondement de la dette des dépens. Contribution à l'étude des tendances actuelles de la science de la procédure », RTDCiv. 1914.523.

- Jéol (M.), - Conclusions sous Ass. plénière, 2 avril 1993, D. 1993.373 et JCP 1993, II, 22051.
- Conclusions sous Ass. plénière, 3 mars 1995, D. 1995.249, Ga. Pal. 1995.2.372 et Rev. huissiers, 1995.829.
- Jourdain (P.), - « Le point de départ des intérêts moratoires en cas de condamnation judiciaire à une indemnité », RTDCiv. 1988.776, n° 9.
- « Le point de départ des intérêts moratoires en cas de condamnation indemnitaire et la motivation de la décision l'avançant (suite) », RTDCiv. 1989.340, n° 11.
 - « La motivation de la décision qui avance le point de départ des intérêts moratoires d'une condamnation indemnitaire », RTDCiv. 1989.98, n° 9.
 - « Le point de la jurisprudence sur les intérêts moratoires des créances indemnitaires », RTDCiv. 1991.349, n° 5 .
 - « Les dommages-intérêts alloués par le juge, rapp. français », *in* Les sanctions de l'inexécution contractuelle, Etudes de droit comparé, sous la dir. de G. Viney et M. Fontaine, Bruylant, LGDJ, 2001, p. 263.
 - « Les intérêts moratoires dans les assurances de responsabilité et l'application du plafond de garantie », Resp. civ. et assur. 2002, chron. n° 3.
 - « La date de naissance de la créance d'indemnisation », *in* La date de naissance des créances : LPA 9 nov. 2004, n° 224, p. 49 s.
 - « Les intérêts légaux de l'indemnité d'assurance : un vrai casse-tête », Droit et économie de l'assurance et de la santé, Mélanges Lambert, 2002, Dalloz, p. 231.
 - « Réflexions sur la notion de responsabilité contractuelle », *in* Les métamorphoses de la responsabilité, 6e journée René Savatier, 1997, PUF, p. 65.
- Junillon (J.), « L'astreinte, l'appel et le plaideur », Procédures, oct. 2000, Repères.
- Juvénil (J.), « Dommages-intérêts punitifs : comment apprécier la conformité à l'ordre public international ? », JCP G 2011, 6.
- Kayer (P.), « L'astreinte judiciaire et la responsabilité civile », RTDCiv. 1953.209.
- Kessler (G.), « Restitutions en nature et indemnité de jouissance », JCP 2004, I, 154.
- Klein (J.), - « Les restitutions », suppl. au JCP 2015. 21.
- « Les restitutions », Dr. et patr. n° 258, 1^{er} mai 2016, p. 90.
 - « Le rythme juridique du temps », *in* Le Temps et le droit. Travaux de l'association Henri Capitant. Journées nationales, Dijon, tome XVIII, Dalloz, 2014, p. 67.
- Kleiner (C.), « Les intérêts de somme d'argent en droit international privé (ou l'imbroglie entre la procédure et le fond) », Rev. crit. DIP 2009. 639.

- Kraft (O.), « Clauses pénales : à quel niveau les réduire ou les augmenter ? », *Gaz. Pal.* 1994. 1. doct. 386.
- Krings (E.), « Le délai raisonnable à la lumière de la jurisprudence de Strasbourg : vers un droit substantiel à l'exécution des décisions de justice », in *L'efficacité de la justice civile en Europe*, sous la dir. de Caupain et De Leval, 2000, Larcier, p. 222.
- Kullmann (J.), - « Le temps et l'argent », *RGDA* 2000.1179.
- « Indemnité d'assurance et intérêts au taux légal », *RGDA*, 01 octobre 1998 n° 1998-4, p. 662.
- Labarthe (F.), « La nature juridique des pénalités instituées par la loi n° 92-1442 du 31 décembre 1992 relative aux délais de paiement entre les entreprises », *D.* 1995. 61.
- Lagarde (X.), - « Remarques sur l'actualité de la mise en demeure », *JCP* 1996. I. 3174.
- « Retour sur les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat », *JCP G* 2012, doct. 504.
- Lalou (H.), - « Les intérêts des dommages-intérêts », *DH* 1935, chr. 65.
- « Déclaratifs ? Ou attributifs ? (Caractère des jugements rendus en matière de responsabilité civile) », *DH* 1936. chr. 69.
- Lambert-Faivre (Y.), « Réflexions sur la nature juridique des assurances de responsabilité », *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, p. 193.
- Landel (J.), « Intérêts de retard réclamés par les caisses de sécurité sociale aux tiers responsables », *Gaz. Pal.* 1982.2, doct. 442.
- Lapoyade- Deschamp (Ch.), - « Dommages et intérêts », *Rép. civ.* Dalloz, juin 1997.
- « Le mythe de la responsabilité contractuelle en droit français », in *Failure of Contracts*, 1997, Francis D. Rose (eds.), Hart Publishing, p. 175.
- Lardeux (G.), « La lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales », *Contrats conc. consom*, 2000, chron. n° 12 et *JCP* 2000, éd. E, 1318.
- Larroumet (C.), - « L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation : l'amalgame de la responsabilité civile et de l'indemnisation automatique », *D.* 1985.237.
- « La valeur des Principes d'Unidroit applicables aux contrats du commerce international », *JCP* 1997.I.4011.
- « Pour la responsabilité contractuelle », in *Le droit privé à la fin du XX^e siècle*, Études offertes à Pierre Catala, 2001, Litec, p. 543.

- Latil (Ph.), - « Toujours des controverses sur le point de départ des intérêts des sommes judiciairement allouées », *Gaz. Pal.* 1994. 1. doct. 170,
- « Martin a des ennuis avec l'exécution provisoire », *Gaz. Pal.* 1995.1, doct. 471.
- Laude (A.), - « L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit français ? LPA 20 nov. 2002, p. 55.
- « Les effets de la responsabilité [Les articles 1367 à 1383 nouveaux du code civil] », in *L'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité, Actes du colloque organisé par l'Université Panthéon-Sorbonne [Paris I] le 12 mai 2006, RDC 2007. 163, spéc. p. 164 et 165 .*
- « Le lien entre la subrogation et le caractère indemnitaire des prestations des tiers-payeurs », *D.* 1987, chron. p. 97.
- « L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation », *RTDCiv.* 1987.1.
- « Le sinistre en assurance de responsabilité et la garantie de l'indemnisation des victimes », *Rev. gén. ass.* 1987.193.
- Le Bars (T.) et Villacèque (J.), « La charrue avant les bœufs : le projet de suppression de l'effet suspensif de l'appel en matière civile », *D.* 2002. 1987 et 1989.
- Leduc (F.), « Le droit de la responsabilité civile hors le Code civil », *PA*, 6 juillet 2005, p. 3.
- Leroy (J.), « La force du principe de motivation », in *La motivation, Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. 3, Limoges 1998, LGDJ, 1999, p. 35.
- Le Tourneau (Ph.), - Brefs propos critiques sur la « responsabilité contractuelle » dans l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité, *D.* 2007.2180.
- Quelques aspects de l'évolution des contrats, *Mélanges P. Raynaud, Dalloz* 1985, p. 349.
- Licari (S.), Pour la reconnaissance de la notion d'incombance, *Revue de la recherche juridique*, 2002, n° 2, p. 703 et s.
- Lévy (J.-Ph.), « L'évaluation du préjudice en période de dépréciation monétaire dans le droit français contemporain de la responsabilité », in *La responsabilité à travers les âges, Economica*, préf. J. Imbert, 1989, p. 125.
- Libchaber (R.), - « Demeure et mise en demeure en droit français, Rapport français », dans Marcel Fontaine et Geneviève Viney (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Paris & Bruxelles, L.G.D.J./Bruylant, 2001.
- « L'usufruit des créances existe-t-il ? » *RTDCiv.* 1997.615.
- « Le malheur des quasi-contrats », *Dr. et patr.* n° 258, mai 2016, p. 73.

- Liron (R.), Essai sur la nature de la demeure du créancier d'après le droit suisse, Université de Lausanne, Faculté de droit : Lausanne, 1953.
- Lissarrague (B.), « Vade-mecum de l'article 700 », Dr. et patrimoine, oct. 1993, p. 52.
- Lobin (Y.), - « Le point de départ des intérêts légaux après une décision de condamnation », D. 1978. chron. 13.
- « La notification des jugements et ses sanctions », Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Dalloz-Sirey, 1985, p. 381.
- « Les intérêts des condamnations prononcées en matière civile », Gaz. Pal. 1995.1.562.
- « La protection des créanciers et l'aménagement des voies d'exécution », Etudes offertes à Alfred Jauffret, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974.
- Lombard (M.), Les intérêts des condamnations prononcées en matière civile, Gaz. Pal. 1992. I, doct. p. 562 et s.
- Loyer-Larher (C.), « L'article 700 du nouveau Code de procédure civile et le remboursement des frais non compris dans les dépens », D. 1977, chr. 205.
- Magendie (J.-C.), - « L'exécution immédiate des décisions de justice : l'injuste critique d'une réforme nécessaire », D. 2002. 2411.
- « L'exigence de qualité de la justice civile dans le respect des principes directeurs de l'euro-procès, la démarche parisienne », Mélanges Jean Buffet, Paris, Petites affiches, 2004, p. 319.
- Maïa (J.), « Illusions et promesses de l'application à la matière fiscale de la Convention européenne des droits de l'homme ».
- Malaurie (Ph.), - « La révision judiciaire de la clause pénale », Defrénois 1976, art. 31075.
- « Le droit civil français des contrats à la fin du XX^{ème} siècle », dans Mélanges Michel Cabrillac, Dalloz, Litec, 1999, p. 187.
- « Droit romain des obligations. Droit français contemporain des contrats et l'Europe d'aujourd'hui », JCP 2000.I.246 (<http://www.lexisnexis.com>).
- Marguénaud (J.-P.), « De l'obligation de motiver les décisions juridictionnelles dans la jurisprudence de la Cour européenne de des droits de l'homme », RTDCiv. 1998.516, n°4.
- Martin (D.R.), « De la libération du débiteur », in Pour une réforme du régime général des obligations, 2013, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, p. 93.
- Marty (G.) - « Illicéité et responsabilité », Mél. Julliot de La Morandière, p. 339.

- « La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile », RTDCiv. 1939.685

Mayer- Jack (A.), « Les conséquences de l'exécution d'un arrêt ultérieurement cassé », JCP 1968, I, 2202.

Mazeaud (H.), « L'« absorption » des règles juridiques par le principe de la responsabilité civile », DH 1935, chr.5.

Matos (De) (A.-M.), Refus de recevoir une somme d'argent, in Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français, Prieto C. (sous la dir.), PUAM, 2003.

Mazeaud (L.), - « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits », RTDCiv. 1927. 17.
- « L'assimilation de la faute lourde au dol », D.1933.49.

Meadel (J.), « Faut-il introduire la faute lucrative en droit français ? », LPA 17 avr. 2007, p. 6.

Mechri (F.), « Voyage dans l'espace du temps juridique », Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, éd. Frison-Roche, 1999, p. 427.

Mekki (M.), L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet régime des obligations et de la preuve : parfaire un peu et refaire beaucoup : D. 2016, p. 608

Mercoli (S.), « Les accessoires de la restitution ou la recherche d'un improbable retour à l'équilibre », LPA 02 sep. 2016, n° 119k2, p.7.

Mertz (M.), « Le point de départ des intérêts moratoires », Argus 1990.1092.

Mésa (R.), - « Précisions sur la notion de faute lucrative et son régime », JCP G 2012, doctr. 625.
- « L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives », D. 2012, p. 2754 et s.

Mestre (J.), - « De la notion de clause pénale et de ses limites », RTDCiv. 1985. 372.
- « Répétition de l'indu et erreur du solvens », RTDCiv. 1985. 576
- « Des restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat », RTDCiv. 1988. 528.
- « De l'astreinte », RTDCiv. 1991.534, n° 8.
- « Des articles 1154 et 1155 du code civil », RTDCiv. 1991.338, n° 10, p. 340.

- « Des restitutions consécutives à l'annulation ou à la résolution d'un contrat », RTDCiv. 1994.858, n° 6.
 - « Varia sur l'imputation des paiements », RTDCiv. 1995.400, n°13.
 - « Répétition de l'indu et erreur du solvens (suite mais pas fin) », RTDCiv. 1987. 543.
 - « Répétition de l'indu et erreur du solvens (suite et sans doute fin) », RTDCiv. 1993.820.
 - « Répétition de l'indu et erreur du solvens (suite et fin) », RTDCiv. 1994. 101.
 - « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », RTDCiv. 1998, p. 110
 - « Enrichissement sans cause : la faute de l'appauvri (suite et fin espérée...) », RTDCiv. 1999.400.
 - « L'évolution du contrat en droit privé français », in L'évolution contemporaine du droit des contrats, journées R. Savatier, Paris 1986.
- Meurisse (R.), - « Les intérêts des dommages et intérêts alloués par le juge », Gaz. Pal. 1962.2. Doctr.15.
- « Dommages et intérêts et mise en demeure », JCP 1947. I. 667.
 - « La réparation du dommage causé par une perte d'argent », Gaz. Pal. 1955.2. doct.56.
- Mignot (M.), - Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (X), LPA 6 mai 2016.
- J.-Cl. Civil (archives antérieures au 1^{er} octobre 2016), Contrats et obligations, Offres de paiement et consignation, art. 1257 à 1264.
 - J.-Cl. Civil, art. 1345 à 1345-3, Régime général des obligations, Extinction des obligations, Mise en demeure du créancier.
- Montel (A.), « Considérations sur la réparation du dommage dérivant de l'inexécution d'une obligation de somme d'argent », RTDCiv. 1932.1017.
- Moreau (A.), « L'exécution provisoire, un avantage dangereux pour le créancier poursuivant », D. 2006.524.
- Morissette (Y.-M) (québécois), « Les lenteurs de la justice considérées sous un angle qui les avantage », Mc Gill Law Journal, vol. 33, n°1, 1987, p. 137.
- Motulsky (H.), - « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, Paris, 1961, t. 2, p. 175.
- « Le droit subjectif et l'action en justice », in Écrits, T. I, Dalloz, Paris, 1973.
- Mouly (Ch.), - « Que change la Convention de Vienne sur la vente internationale par rapport au droit français interne ? », D. 1991, chron.77.

- « La motivation des arrêts d'appel », Petites Affiches, 5 mai 1993, n° 54, p. 12 .

H. Muir-Watt, « La modération des dommages en droit anglo-américain », Petites affiches, 2002, n° 232.

Niboyet (M.-L.), « Action en justice », Droits, 2001.

Normand (J.), - « Les difficultés d'exécution des décisions de justice », La terre, la famille, Le juge, Etudes offertes à Henri-Daniel Cosnard, Economica, 1990, p. 292.

- « Le pouvoir du juge de fixer d'office le point de départ des intérêts légaux. Son étendue et ses conditions d'exercice » RTDCiv. 1991.395., n°1.

- « Le domaine du principe de la motivation », in La motivation, travaux de l'association Henri Capitant, t.3, Limoges, 1998, LGDJ 1999, p. 17.

- « Les facteurs d'accélération de la procédure civile », Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai, Dalloz 2000, p. 427.

Olléon (L.), « Intérêts de retard et Convention européenne des droits de l'homme : peut-on noyer un serpent de mer ? », Rev. jur. fisc., 2002, chr.447.

Osman (F.), Les principes généraux de la lex mercatoria, L.G.D.J. 1992, p. 183 et s.

Ost (F.), « Les multiples temps du droit », in Le droit et le futur, Association française de philosophie du droit, PUF, 1985, p. 115.

Outin-Adam (A.), Essai d'une théorie des délais en droit privé, Contribution à l'étude de la mesure du temps par le droit, thèse Paris II, 1986.

Pancrazi (M.-E.), « Les clauses de rétroactivité », RTDCiv. 2011, p. 469.

Paisant (G.), - « Clauses pénales et clauses abusives après la loi no 95-96 du 1^{er} février 1995 », D. 1995. chron. 223.

- « La réforme du délai de grâce par la loi du 9 juillet 1991 relative aux procédures civiles d'exécution », Contrats conc. consom., déc. 1991. chr. p. 3.

- « Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du code civil relative à la clause pénale (L. du 9 juill. 1975) », RTDCiv. 1985. 647.

Pasqualini (F.), « La révision des clauses pénales », Defrénois 1995, art. 36106.

Pauliat (H.), « Qualité et efficacité des systèmes judiciaires en Europe », Les cahiers de la justice 2007, p. 89.

- Paultre de Lamotte (J.), « Les sanctions fiscales dans le système français ; présentation de l'ensemble », in Les sanctions fiscales, Rev. fr. fin. pub., n° 65., mars 1999, numéro spécial, p.9.
- Pellet (S.), - « Les restitutions : et si le dogmatisme avait du bon ? », JCP 2016. 676.
- « Proposition de modifications des articles 1352 et suivants du Code civil : les restitutions » : RDC 2017, n° 1, p. 211.
- Perdriau (A.), - « Le pouvoir discrétionnaire des juges du fond », Petites Affiches, 15 novembre 2001, n° 228, p. 8.
- « Les condamnations aux frais irrépétibles prononcées par la Cour de cassation », Petites affiches, 28 juin 2000, n°128, p. 15.
- « La condamnation aux dépens civils au regard du juge de cassation »
- Perrot (R.), - « La contrainte par dissuasion », in La procédure en tous ses états. Mélanges en l'honneur de Jean Buffet, Paris, Petites affiches, 2004, p. 393-405.
- « L'astreinte, ses aspects nouveaux », Gaz. Pal. 1991.2, n° 13
- « Jugement. Indication de la date à laquelle il sera prononcé (article 450 NCPC) : domaine, sanction et preuve », RTDCiv. 1979.669.
- « Les métamorphoses de l'exécution en matière civile, in Y. Strickler [dir.], Variations juridiques et politiques, 2013, L'Harmattan, p. 15.
- « Demande en justice : point de départ des intérêts », RTDCiv. 1990.142, n° 3.
- Perruchot-Triboulet (V.), « Dommages et intérêts », in Principes du droit européen du contrat. Regards croisés avec le droit français, Dr. et patrimoine, n°114, avril 2003, p. 79.
- Pétel (Ph.), « L'allègement ou la suppression des intérêts », Rev. jur. com. 1994.326.
- Picod (Y.), « Contrats et obligations. Effet obligatoire des conventions. Exécution de bonne foi des conventions », JCl. civil, art. 1134 et 1135.
- Piedelièvre (S.), - « Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir? », La responsabilité civile à l'aube du XXIe siècle, Resp. civ. et assur., hors-série, juin 2001, chr. 68.
- « Le déplafonnement de certains taux d'intérêts », JCP 2003, éd. E, 1466.
- « La réforme du crédit à la consommation », D. 2010. 1952.
- Pierre (Ph.), Les présomptions relatives à la causalité, RLDC 2007, supplément au n° 40, p. 39
- Pierrard (M.-J.), « La mise en demeure et les dommages et intérêts compensatoires », JCP 1945. I. 466.

- Pimont (S.), « Remarques complémentaires sur le devoir de minimiser son propre dommage », RLDC oct. 2004, p. 15 et s. et nov. 2004, p. 14 et s.
- Planiol (M.), « Études sur la responsabilité civile », Rev. crit. 1905.277.
- Poisson-Drocourt (E.), « Les restitutions entre les parties consécutives à l'annulation d'un contrat », D. 1983, chr. 85.
- Prévault (J.), « L'évolution du droit de l'exécution forcée depuis la codification napoléonienne », Mélanges dédiés à Jean Vincent, Dalloz, 1981, p. 297.
- Priol (J.-M.), - « Le pouvoir de modulation des juges du fond en matière de pénalités fiscales », Lexbase Hebdo n° 83 du 27 août 2003 - édition fiscale N° Lexbase : N8533AAB.
- « La Convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la confrontation fiscale : l'impact incertain de la CESDH circonscrit à la matière fiscale », Lexbase Hebdo n° 193 du 7 décembre 2005 - édition fiscale N° Lexbase : N1760AKE.
- Putman (E.), - « La contrainte dans le droit de l'exécution », Rev. rech. jur. 1994. 341.
- « Le temps et le droit », Dr. et patrimoine, n°78, janv. 2000, p. 43.
- Racine (P.-F.), « Les sanctions fiscales et la Convention européenne des droits de l'homme », Lexbase Hebdo n° 78 du 2 juillet 2003 - édition fiscale n° Lexbase : N7966AAB.
- Radé (C.), - « L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile », D. 1998.301.
- « Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile », D. 1999.313.
- « Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile », D. 2003.2247.
- « Art. 1146 à 1155 - Fasc. 10 : Droit à réparation. – Conditions de la responsabilité contractuelle. – Dommage », JCl. civ. code,
- Rainville (P.), « Lenteur et demeure: le défaut de ponctualité en droit civil québécois et français », Revue juridique Thémis, 2012-2013.
- Ranieri (F.), « Les sanctions de l'inexécution du contrat en droit allemand », in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé, sous la dir. De M. Fontaine et G. Viney, Buylant et LGDJ, 2001, p. 811.
- Raynaud (P.) - « La distinction de l'astreinte et des dommages-intérêts dans la jurisprudence française récente », Mélanges Secrétin, 1966.
- « Instabilité monétaire et droit des obligations », Les cours de droit, 1964-65.

- « La distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs », *Études de droit contemporain, Contributions françaises aux 3^e et 4^e Congrès internationaux de droit comparé*, t. 2, Sirey, 1959, p. 377.
- Rémy (Ph.), - « Critique du système français de responsabilité civile », *Droits et cultures* 1996.31.
- « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *RTDCiv.* 1997.323.
- Rémy-Corlay (P.), « Exécution et réparation : deux concepts ? », *RDC* 2005.13.
- Rias (N.), « L'amende civile : une fausse bonne idée ? À propos de l'avant-projet de loi portant réforme du droit de la responsabilité », *D.* 2016 p. 2072.
- Ripert (G.), « Le droit de ne pas payer ses dettes », *DH* 1936, chron. 57.
- Robert (A.), « L'intérêt de l'argent : réflexions sur une évolution », *Études offertes à Jacques Lambert, Cujas*, 1975, p. 437.
- Robin (C.), « La mora creditoris » : *RTDCiv.* 1998, p. 607.
- Romani (A-M.), « La faute de l'appauvri dans l'enrichissement sans cause et dans la répétition de l'indu », *D.* 1983. 127.
- Rostan d'Ancezune (V.), « Indemnisation. Dommages-intérêts punitifs : le chant des sirènes », *La tribune de l'assurance*, n° 158, mai 2011.
- Rouffy (S.), « Les intérêts en matière de responsabilité », *Rev. gén. assur. et responsabilité*, 1955.5624.
- Rouvière (F.), - « L'évaluation des restitutions après annulation ou résolution de la vente », *RTDCiv.* 2009, p. 617.
- « La distinction entre restitution et indemnisation », *D.* 2015, p. 657.
- Rusquec Du (E.), - « Un conflit d'intérêts ... légaux », *Gaz. Pal.* 1977.2, doct.436,
- « Le point de départ des intérêts légaux à la suite d'un arrêt de la Cour d'appel », *Gaz. Pal.* 1988.1, doct.344.
- Salve de Bruneton (de) (J.), *Les principes constitutionnels et la responsabilité civile*, Mél. Boré, 2007, Dalloz.
- Samin (Th.), « Regards sur l'anatocisme en tant que mode de réparation », *Petites affiches*, 20 juillet 1994 n° 86, p. 17.
- Sana-Chaillé de Néré (S.), *Contrat, Nullité du contrat, Effets de la nullité*, *JCl. civ.*, art. 1178 à 1185, Fasc. 40, n° 2.

- Sauvel (Th.), « Histoire du jugement motivé », *Rev. dr. pub.* 1955.5.
- Savaux (É), « La fin de la responsabilité contractuelle ? », *RTDCiv.* 1999.1.
- Schnapper (B.), « Usure sauvage et capitalisme domestiqué dans la France du XIXe siècle », in *Mélanges en hommage à Jacques Ellul*, 1983, PUF, p. 345.
- Schmidt-Szalewski (J.), « Les conséquences de l'annulation d'un contrat », *JCP* 1989, I, 3397.
- Schönle (H.), « Intérêts moratoires, intérêts compensatoires et dommages-intérêts de retard en arbitrage international », *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, 1993, Helbing & Lichtenhahn, p. 649.
- Séné (L.), Rapport sous Ass. plén., 3 mars 1995, *Rev. huissiers*, 1995.829.
- Sériaux (A.), - « Réflexions sur les délais de grâce », *RTDCiv.* 1993. 789.
- « Conception juridique d'une opération économique : le paiement » : *RTDCiv.* 2004, p. 227.
- Serinet (Y.-M.), « L'effet rétroactif de la résolution pour inexécution en droit privé français », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etudes de droit comparé*, sous la dir. De M. Fontaine et G. Viney, Buylant et LGDJ, 2001, p. 589.
- Seube (J.-B.), *Le juge et les restitutions*, RDC 2016.
- Simler (Ch.), *L'action en revendication et le régime des restitutions issu de l'ordonnance du 10 février 2016*, Recueil Dalloz 2018.
- Simler (P.), *Modifications apportées aux dispositions du régime général des obligations : Revue Lamy droit des affaires*, sept. 2018, n° 140, p. 39
- Soinne (B.), - « Le cours des intérêts post jugement déclaratif », *Gaz. Pal.* 1983.1, doct.135.
- « La continuation du cours des intérêts », *Rev. proc. coll.* 1988.213.
- Solal (A), - « Le nouveau régime de l'intérêt légal », *Gaz. Pal.* 1975. 2. doct. 726.
-« Les modalités d'application du doublement du taux de l'intérêt légal », *Gaz. Pal.* 1974.2, doct.884.
-« La règle du doublement du taux de l'intérêt est-elle applicable aux décisions portant condamnation à une indemnité ou à des dommages-intérêts ? », *Gaz. Pal.* 1975.2, doct. 446.
- Souam (S.), « Clause pénale et dommages et intérêts incitatifs : une analyse économique », dans C. Jamin (sous la dir. de), *Droit et économie des contrats*, 2008, LGDJ.

- Sousi (G.), « La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent », RTDCiv. 1981.514.
- Soustelle (Ph.), « Le retour de la compétence du juge des référés pour octroyer un délai de grâce », D. 1999, chr.517.
- Stoffel-Munck (Ph.), - Les sources des obligations, in Terré (dir.), Pour une réforme du droit des contrats, 2009, Dalloz, p. 67.
- L'inexécution du contrat : pour une autre présentation, RTDCiv. 1994. 223 .
- Le particularisme de la force majeure en matière contractuelle, RDC 2003. 59.
- Strickler (Y.), « L'exécution des jugements et le double degré en matière civile », in Justice et double degré de juridiction, Justices, n° 4, juillet/ décembre 1996, p. 127.
- Tallon (D.), - « L'inexécution du contrat: pour une autre présentation » : RTDCiv. 1994. 223.
- « Vers un droit européen du contrat? », Mélanges André Colomer, Litec 1993, p. 485.
- « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », in Droit civil, procédure, linguistique juridique : Écrits en hommage à Gérard Cornu, 1994, PUF, p. 429.
- « Les principes pour le droit européen du contrat : quelles perspectives pour la pratique ? », Deffr. 2000.683 (<http://www.Lextenso.com>).
- Terré (F.), Observations générales, in Le temps dans la procédure, coll. thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, p. 69 et s
- Terrier (E.), « Les quasi-contrats dans la réforme du droit des contrats : l'avenir d'une illusion », La réforme du droit des contrats : actes de colloque, 1ère Journée Cambacérès, 3 juillet 2015, Montpellier, Université de Montpellier, 2015, p. 139.
- Tetard (S.), « Les restitutions dans le nouvel article 1352-4 du Code civil (ou les risques de la simplification) », D. 2017, p. 777.
- Texier (P.), « Jalons pour une histoire de la motivation des sentences », in La motivation, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 3, Limoges 1998, LGDJ, 1999, p. 5.
- Théry (Ph.), - « De la consignation avec offre de paiement [art. 1233 à 1236] », in Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 2006, Doc. fr., p. 70.
- « La justice entre l'exigence de la durée et la contrainte de l'urgence », Droits, 1999.

- « L'après-jugement, aspects sociologiques », Arch. phil. dr., 1995, t.39, p.259, n° 1.
- « La notion d'exécution », in L'exécution, XXIIIe colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires, Lyon, 19-20 nov. 1999, l'Harmattan, 2001, p. 9.

Thibierge (M.), « L'exécution provisoire du jugement et l'équilibre des intérêts des parties », D. 2011. 610.

Thomas-Degouy (C.), « Point de départ des intérêts de retard en cas de majoration légale du loyer », Act. jur. prop. imm., 1991.974.

Toulemon (A.), « La responsabilité du plaideur triomphant et téméraire », JCP 1968, I, 2182,

Traullé (J.), Dommages-intérêts compensatoires et dommages-intérêts moratoires, in N. Cayrol, dir., La notion de dommages-intérêts : Dalloz, 2016.

Trichet (E.), Contribution au colloque « Le temps dans la réparation du préjudice », 25 janvier 2007, Les intérêts moratoires, Cycle Risques, assurances, responsabilités 2006-2007, deuxième conférence, publié sur le site de la Cour de cassation.

Tunc (A.), Les récents développements des droits anglais et américains sur la relation de causalité entre la faute et le dommage dont on doit réparation, R.I.D.C. 1953, p. 29.

Van Compernelle (J.), - Les effectivités d'une nouvelle garantie du procès équitable : le droit à l'exécution du jugement, Mélanges Tarzia, Giuffrè éd., Milan, 2005, t. 1, p. 653.
- « Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable : les effectivités d'un droit processuel autonome », Mélanges Jacques Normand, Paris, Litec, 2003, p. 471.

Van Ommeslaghe (P.), Le paiement : rapport introductif, in Les aspects juridiques du paiement, Revue de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Vol. 8, 1993-2 : Bruxelles, Bruylant, p. 9.

Vasseur (M.), - « Usure et prêts d'argent », Banque 1967.457.
- « La fixation du taux d'intérêt et du taux effectif global en matière de découvert en compte », D. 1998, chron. p. 157.

Veaux-Fournière (P.) et Veaux (D.), « Assurances terrestres. Action directe de la victime contre l'assureur », JCl Resp. civ. et assur., fasc. 511-7, 1996.

Verdun (G.), « Une question d'intérêt : les intérêts des dommages et intérêts », Bulletin des avoués auprès la Cour d'appel de Paris, 1986, n° 98, p. 33.

Viatte (J.), - « Indemnité d'éviction et intérêts moratoires », Loyers 1978.288.

- « L'amende civile pour abus du droit de plaider », *Gaz. Pal.* 1978.1, doct. 305.
- Vignerou (B.), - « La réforme des procédures civiles d'exécution et le recouvrement des créances fiscales », *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 1997, p. 173.
- « CEDH et contentieux judiciaire de l'impôt », *Petites affiches*, 6 juillet 1994, n°80, p. 29.
- Vignerou (R.), « Le nouveau taux d'intérêt légal et le régime des intérêts octroyés en justice », *Ann. dr. Liège*, 1971, p. 85.
- Vignolle (P.-D.), « La consécration d'une responsabilité civile punitive ; une solution aux problèmes des fautes lucratives ? (Acte II) », *Gaz. Pal.* 14 janv. 2010, n° 10135, p. 7 et s.
- Villacèque (J.), « A propos du décret du 28 mars 2005 réformant la procédure civile : perspectives et regrets ». *D.* 2006, chr.539.
- Vindreau (J.-C.), « Le justiciable face aux stratégies d'appel », in *Les voies de recours judiciaires, instruments de liberté*, sous la dir. de J.-L. Thireau, PUF 1995, p. 77.
- Viney (G.), - « L'appréciation du préjudice », *LPA* 19 mai 2005, n° 99, p. 89.
- *Rapport de synthèse dans La responsabilité. Aspects nouveaux, travaux de l'association Henry Capitant, LGDJ 1999*
- « La responsabilité contractuelle en question », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Mélanges Jacques Ghestin*, 2001, LGDJ, p. 921.
- « Après la réforme du contrat, la nécessaire réforme des textes du Code civil relatifs à la responsabilité », *JCP G* 2016, doct. 99.
- Vion (M.), « L'intérêt légal depuis la loi du 11 juillet 1975 », *Defrénois* 1975. 1089.
- Vray (H.), « L'arrêt de l'exécution provisoire par le premier président », *JCP* 1992, I, 3606.
- Wagner (M.-P.), *Pénalités de retard : encore des interrogations*, *D.* 2004. 2634.
- Waline (M.), « Nature juridique des pénalités fiscales », *Rev. sc. et légis. fin.* 1949.14.
- Weill (A.), « Dommages - intérêts compensatoires et mise en demeure », *Rev. crit. légis. et juris.* 1939. 203.
- Wester-Ouisse (V.), - « La caducité en matière contractuelle: une notion à réinventer », *JCP* 2001. I. 290.
- « La Cour de cassation ouvre la porte aux dommages-intérêts punitifs ! », *RCA* 2011, étude 5.

- Wintgen (R.), La rétroactivité de l'anéantissement en droit comparé, RDC 2008, p. 73.
- Wiederkehr (G.), « L'accélération des procédures et des mesures provisoires », Rev. int. Dr. comp. 1998.449.
- Wiederkehr (G.) et D'Ambra (D.), « Exécution des jugements et des actes », Rép. proc. civ. Dalloz, avril 1994.
- Witz (C.) et Neumann (N.), « Haro sur les débiteurs récalcitrants. Bref commentaire de la loi allemande du 30 mars 2000 tendant à l'accélération des paiements, JCP 2001, éd. E, 168.
- Woog (J.-C.), « L'indemnité de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, indicateur sociologique », Gaz. Pal. 1998.2, doct.825.
- Zénati (F.), « Commentaire de la loi du 5 juillet 1985 », RTDCiv.1985.790, n° 29.

Doctrine libanaise :

- Al Awji (M.), - Le droit civil, tome 1, Le contrat, Dar el Khoulood, 2^e éd. 1999 (en arabe).
- Le droit civil, tome 2, Les obligations, Centre arabe pour les éditions, 2001 (en arabe).
- Boussaber (M.), Le taux de l'intérêt au Liban, Al Adl 1981, chron. p 46.
- Fabia (Ch.) et Safa (P.), Précis de droit commercial libanais, Code de commerce annoté, édition bilingue, documents Huvelin, Université Saint Joseph, tomes 1 et 2.
- Farhat (R.), L'intérêt du prêt en droit libanais, étude en droit comparé, éd Sader, 2006 (en arabe).
- Ghossoub (A.-J.), Le taux d'intérêt en droit libanais à la lumière des textes et des jurisprudences, Al Adl 1999, chr. 209.
- Makkiyé (M.), L'intérêt entre la législation et la loi islamique, et son impact dans la vie économique (en arabe), éd. Al Halabi, 2002 (en arabe).
- Nammour (F.), La loi libanaise n° 659-2005 du 4 fév. 2005 sur la protection du consommateur, Al-Adl 2-2006, p. 570.
- Nassif (E.), Les intérêts, la détermination légale, Encyclopédie des contrats, tome 4, éd. 1989 (en arabe).

Siyoufi (G.), *La théorie générale des obligations et des contrats*, éd. El Halabi, 2^e éd. 1994 (en arabe).

Tyan (E.), - *Traité de droit commercial*, tome I et II, éd. librairies Antoine, Beyrouth, 1970.
- *La réglementation de l'intérêt légal*, annales de la faculté, 1962.

INDEX

Abus d'ester en justice, 60, 383, 572, 609, 616

Accident de la circulation

Offre d'indemnisation, 56, 480, 485, 794.

Accipiens

Mauvaise foi, 667, 672, 708.

Administration fiscale

contribuable retardataire, 502

Intérêts de retard de l'article 1727

CGI, 56, 506, 511, 514, 516, 517, 734

Nature répressive (non), 506, 509, 514, 518.

Amende civile

Abus du droit de plaider. V. abus d'ester en justice, 609, 616, 791

Assurable (non), 567.

Fonction comminatoire, 343, 566, 569, 735

Principe de légalité des délits et des peines, 569

Anatocisme

Clause d'anatocisme, 274, 311, 313, 331

Condition d'annalité, 324, 326, 330

Convention spéciale, 306, 328, 334, 336

Demande judiciaire, 332

Intérêts capitalisables, 317, 325

Mécanisme d'indemnisation, 308

Arrêt du cours des intérêts

Délai de grâce, 104

Demeure du créancier, 291, 302

Procédure collective, 115, 122

Traitement du surendettement des particuliers, 125

Assureur

Assureur de choses, 132, 137, 138, 141, 142, 162, 165, 167, 353

Assureur de personnes, 138, 166

Assureur de responsabilité, 137, 141, 478, 599, 620.

Plafond de garantie, 138, 140, 599, 620, 776

Astreinte

Astreinte conventionnelle, 496

Liquidation de l'astreinte, 158

Caducité

Notion de caducité, 654

Restitution facultative, 654

Capitalisation des intérêts, 298, 307, 310, 315, 320, 325, 328, 332, 500, 772, 777

Clause d'anatocisme, 274, 311, 331

Clause pénale

Evaluation conventionnelle du préjudice moratoire, 20, 427, 433, 437

Pouvoir modérateur du juge, 440

Preuve du préjudice moratoire, 20, 369, 371, 410, 414

Une licéité encadrée, 432

Compte courant, 128, 234, 307, 323, 729

Consignation

Arrêt du cours des intérêts, 112, 122, 279, 291, 296, 302, 630

Offres réelles suivies de consignation, 245, 250, 261, 272, 290, 293, 295, 531

Contradictoire (principe du), 733

Contribuable

Bonne foi, 516, 565.

Intérêts de retard de l'article 1727 CGI, 506, 511, 514, 516, 734

Convention européenne des droits de l'homme (Conv.EDH)

Délai raisonnable, 616, 619

Droit à l'exécution de la décision, 473, 520, 523, 526, 553

Droit fiscal, 491, 502, 508, 514, 719, 745

Motivation des décisions de justice, 595, 626, 768

Procès équitable, 483, 517, 523, 596

Crédit

Crédit à la consommation, 85, 400, 435, 546, 775, 785

Crédit immobilier, 85, 435, 546

Déchéance du terme

Contrats à exécution successive, 78

Procédures collectives, 79, 112, 115, 116, 122, 200, 318

Sûretés, 78

Délai de grâce

Arrêt du cours des intérêts, 104

Domaine, 98

Effets, 102

Mise en demeure délivrée au cours d'un délai de grâce, 212

Régime, 100

Suspension de la force exécutoire de la décision, 406, 407, 543

Délai raisonnable, 75, 172, 178, 221, 226, 238, 519, 522, 616, 619, 620, 766, 790

Délai(s) de paiement

Délais de paiement entre professionnels, 56, 493

Demeure

Demeure du créancier, 245, 248, 252, 268, 270, 277, 288, 290, 297, 300, 337, 630, 758, 781, 801

Demeure du débiteur, 71 169, 172, 175, 187, 197, 205, 209, 220, 225, 235, 238, 243, 245, 249, 252, 267, 269, 273, 289, 300, 320, 323, 327, 328, 331, 336, 337, 471, 601, 670, 727, 737, 801

Dépréciation monétaire, 347, 352, 383, 388, 423, 659, 780

Dettes de valeur, 159, 352, 659, 661, 761

Domages-intérêts

Domages-intérêts compensatoires, 43, 176, 274, 339, 342, 383, 568, 588, 772, 790

Domages-intérêts punitifs, 340, 344, 778, 787

Droit canon, 26, 438

Effet dévolutif (de l'appel), 608, 657

Effet suspensif (de l'appel), 60, 150, 537, 605, 610, 656, 673, 760, 776, 780

Enrichissement sans cause

Caractère constitutif de la décision accordant l'indemnité, 157

Fondement juridique de l'obligation de restitution, 665

Équité

Délai de grâce, 104
Frais et dépens, 629, 632
Procès équitable, 522
Retour au *statu quo ante*, 710, 716

Érosion monétaire (v. dépréciation monétaire), 347, 352, 383, 388, 423, 659, 780

Exécution provisoire

Décision ouvrant droit à restitution, 61, 204, 681, 684, 702, 709
Exécution provisoire de droit, 525, 548, 606, 646, 777

Exigibilité de la créance

Exigibilité et échéance, 74, 143
Exigibilité et liquidité, 127, 527

Exonération

Exonération de la majoration, 534
Faute du créancier, 254, 267, 269, 272, 274, 277, 299, 666

Fonds de garantie, 405, 479, 485, 533

Force de la chose jugée

Décision définitive, 463, 481, 611, 685

Force exécutoire

Notification de la décision, 407, 536,
Suspension de la force exécutoire, 543, 551, 607, 676

Force majeure

Créances monétaires (non), 240
Faute du créancier, 275

Forfait

Critiques de la règle, 414
Evaluation forfaitaire du préjudice moratoire, 53, 396, 426
Forfait légal, 399, 424

Justifications de la règle, 409

Limitation légale de responsabilité, 422

Rôle du juge, 144, 153, 159, 168, 376, 399

Frais et dépens

Charge du coût du procès, 701

Intérêt judiciaire, 22, 318, 471, 528, 583, 601, 620, 629, 632, 801

Intérêt rémunérateur

Anatocisme, 318, 732
Prohibition (Ancien droit), 88, 117, 305, 315, 350, 434, 467

Lien de causalité

Définition, 366
Lien de causalité entre les prestations versées par le tiers payeur et le préjudice de la victime, 164
Preuve, 368

Liquidation judiciaire

Liquidation de la créance, 64, 149, 153, 159, 169, 299, 622, 624, 628, 721, 746
Procédure collective, 94, 111, 120, 126

Majoration du taux de l'intérêt, 229, 404, 542, 555

Mise en demeure

Acte opérant mise en demeure, 197, 203, 205, 207, 210, 222, 289
Cours des intérêts moratoires, 224, 337
Dispenses, 226, 230
Justifications, 181
Mise en demeure du créancier, 253, 288, 295

Moratoire (1e), 105, 108, 111

Motivation de la décision

Droit à la motivation, 596

- Obligation de motivation des sanctions administratives**, 507
- Pouvoir discrétionnaire des juges du fond**, 595, 636, 785
- Nominalisme (Principe du)**, 22, 659
- Obligation de minimiser son dommage**, 448, 450, 453, 458
- Offres réelles**
- Arrêt du cours des intérêts**, 112, 114, 122, 279, 291, 296, 302, 630
 - Libération du débiteur**, 245, 250, 267, 296, 313, 781
 - Offres réelles suivies d'une consignation**, 244
- Pénalité de retard**
- Nature juridique**, 499
 - Pénalités de l'article L.441-10 du Code de commerce**, 734
 - Pratique abusive**, 227
- Pouvoir discrétionnaire**
- Pouvoir discrétionnaire et motivation de la décision**, 594
 - Pouvoir discrétionnaire et usage d'office**, 602
- Pouvoir souverain**
- Appréciation du caractère satisfaisant des anciennes offres réelles**, 287
 - Appréciation du caractère suffisant de l'interpellation**, 220
 - Evaluation du préjudice**, 149, 356, 394, 411, 419, 429, 437, 602, 617, 634, 762, 772, 780
- Prêt à intérêt**, 26, 306, 315, 324, 732
- Procédures collectives**
- Arrêt des poursuites individuelles**, 112
- Arrêt du cours des intérêts**, 112, 114, 122, 279, 291, 296, 302, 630
- Déchéance du terme**, 77, 79, 80, 83, 87, 233
- Procès équitable**
- Dimension temporelle**, 39
 - Droit au procès équitable (Conv.EDH)**, 36, 38, 524, 768
 - garanties du procès équitable**, 55, 517, 519, 523, 563, 567, 790
 - Sanctions fiscales**, 503, 506, 510, 515, 517, 567, 785, 786
- Réparation intégrale**
- Abandon partiel du principe du forfait**, 20, 426
 - Etendue du préjudice moratoire réparable**, 20, 354
 - Principe de la réparation intégrale**, 53, 341, 354, 396, 400, 422, 427, 449, 568, 759
 - Risques inhérents au principe**, 153, 446, 449, 710, 715
 - Valeur constitutionnelle (non)**, 396
- Répétition de l'indu**
- Restitutions consécutives à l'anéantissement du contrat, (v. restitution)**, 666
 - Restitutions consécutives à l'annulation ou à l'infirmité d'une décision de justice, (v. restitution)**, 656, 665, 671, 676, 700, 702, 705, 715
- Résolution**
- Clause de résolution de plein droit**, 666
 - Effet rétroactif (relativité de)**, 484, 552, 645, 651, 655, 685, 788
 - Résolution par notification**, 223, 226
- Restitution**
- Créance de restitution**, 61, 650, 663, 664, 669, 684, 689, 703, 705, 709, 712, 723, 744, 801

- Restitutions consécutives à l'anéantissement d'un contrat**, 22, 664, 667, 700
- Restitutions consécutives à l'annulation ou à l'infirmité d'une décision de justice**, 23, 656, 665, 671, 676, 700, 702, 705, 715
- Rétroactivité**
- Effacement rétroactif du paiement effectué**, 22, 646
 - Fondement de la restitution**, 650, 652
 - Notion**, 33, 295, 646, 658
- Sommation de payer**
- Acte équivalent**, 135, 138, 197, 226, 232, 328, 531, 535
 - Cours des intérêts**, 133, 138, 162, 172, 200, 461, 669
- Surendettement des particuliers**
- Arrêt des poursuites individuelles**, 112, 113
 - Arrêt du cours des intérêts**, 112, 122, 279, 291, 296, 302, 630
 - Commission de surendettement**, 86, 88, 97, 121, 223
 - Interdiction de paiement**, 114, 118, 120
- Taux légal de l'intérêt**
- Taux légal majoré**, 406, 488, 490, 544
- Terme**
- Intervention du juge**, 91
- Prorogation du terme de l'obligation**, 89
- Terme de droit**, 109, 194
 - Terme de rigueur**, 189, 241
 - Terme déterminé et terme indéterminé**, 75
 - Terme tacite**, 75
- Tiers payeur**
- Recours subrogatoire**, 161, 165, 167
- Titre exécutoire**
- Débiteur de mauvaise foi (non)**, 672, 678
 - Revalorisation du titre exécutoire**, 686, 688
- Transaction**
- Accidents de la circulation**, , 406, 477, 484
 - Assureur dommages ouvrage**, 408, 475
 - Droit d'accès au juge**, 483
 - Liquidité de la créance p. 134**, 74, 128, 144, 148, 161, 604
- Ultra petita**, 332, 462, 693, 732
- Usure**
- Application du taux de l'usure aux intérêts moratoires conventionnels (non)**, 434
 - Prohibition de l'usure**, 26, 350
 - Taux effectif global**, 433, 436, 790
- Valorisme (principe du)**, 659, 661
-
-

Résumé :

Dans un raisonnement traditionnel en termes de responsabilité civile, les intérêts moratoires supposent un fait générateur imputable au débiteur et qui consiste en un retard dans le paiement d'une créance monétaire exigible dans le sens où elle est échue et liquide. L'imputabilité du retard au débiteur n'est souvent pas acquise et ce dernier doit être mis dans un état de demeure qui s'articule avec une possible demeure du créancier. A ce fait générateur s'ajoute un préjudice qui, vu la nature monétaire de l'obligation que le débiteur tarde à exécuter, présente plusieurs spécificités dans son identification, sa preuve, son évaluation et sa réparation.

Or, la pratique montre que ce raisonnement en termes de responsabilité trouve sa limite devant certaines catégories d'intérêts moratoires qui semblent, dans leurs fonctions et leurs fondements, y résister. Les interrogations que suscitent aujourd'hui ces intérêts concernant la(les) nature(s) du préjudice auquel ils sont liés mais aussi concernant la(les) fonction(s) qui leur sont attribuée(s) perturbent l'idée fortement ancrée dans les esprits d'une union inébranlable entre le retard, les obligations monétaires et la responsabilité civile. Elles invitent à une réflexion nouvelle, différente, sur la réalité de la relation entre le préjudice moratoire et le temps juridique qui, alors qu'il impose son rythme, subit le temps judiciaire avec lequel il ne se confond pas. Cette étude ambitionne d'établir une théorie générale des intérêts moratoires qui permettrait une meilleure compréhension de ce phénomène dans la richesse et la diversité qu'il déploie.

Descripteurs :

Intérêts moratoires, exigibilité de la créance, demeure du débiteur, préjudice moratoire, anatocisme, demeure du créancier, intérêts comminatoires, créance de restitution, intérêts judiciaires, coût de la durée.

Title and Abstract:

Essay of a theory on late payment interest.

In a traditional reasoning in terms of civil liability, interest for delay suppose the existence of an operative event attributable to the debtor consisting of a delay in the payment of a debt that is payable, in the sense that it has become due and liquid. The liability of the delay to the debtor is often not automatically established and he must be put in a state of delay which must be assessed in the light of a possible state of delay of the creditor. Besides this operative event, a damage should be established and, given the monetary nature of the obligation that the debtor lacks to pay, it presents several specificities in its identification, proof, evaluation and repair.

However, practice shows that the reasoning in terms of responsibility finds its limit for certain categories of interest for delay which, in their functions and foundations, seem to resist it. The questions raised today by these categories of interest regarding the nature(s) of the damage they are related to, but also the function(s) attributed to them, disrupt the idea strongly anchored in the spirits of an unshakeable union between monetary obligations, delay and civil liability. Those questions invite the jurist to a new and different reflection on the reality of the relationship between damage for delay and legal time which, while it imposes its rhythm, undergoes the judicial time with which it does not necessarily merge. This study aims to establish a general theory of interest for late payment which would allow a better understanding of this rich and diverse phenomenon that would necessarily take into account the multitude of facets that it can show.

Keywords:

Interests for delay, exigibility of the debt, debtor's delay, damage for delay, anatocism, creditor's delay, comminatory interests, restitution debt, judiciary interests, cost of time.

Nota : cette page, dernière de couverture, sera retournée avant reliure.