

Le cours du change et le dommage de retard dans les obligations en devise étrangère

1. – Rappelons ce qu'établit l'art. 1278 du CC dans le cas où il n'a pas été fixé de paiement effectif en monnaie étrangère : «si la somme due est déterminée dans une monnaie n'ayant pas de cours légal dans l'État, le débiteur a la faculté de payer en monnaie légale au cours du change du jour de l'échéance et dans le lieu fixé pour le paiement».

Si le débiteur paie en retard et, qu'entre-temps, la monnaie légale se'est dévaluée, se pose le problème de savoir si la quantité de cette monnaie à payer doit être calculée sur la base du cours du change à l'échéance, ou plutôt sur la base de celui du jour du paiement en retard.

Par ailleurs, la monnaie étrangère acquittée en retard peut, elle aussi, s'être entre-temps dévaluée et le problème n'est pas très différent.

Le discours, dans des termes plus généraux, concerne donc la règle de change du point de vue du risque de sa variation pour celui qui paie ou celui qui reçoit un paiement en retard.

En général, l'argument est traité en considérant uniquement l'hypothèse selon laquelle le paiement de la monnaie *in facultate* est effectué en retard et qu'elle s'est dévaluée par rapport à la monnaie étrangère et pas, au contraire, l'hypothèse où c'est la monnaie étrangère acquittée en retard qui s'est dévaluée. Comme si le paiement en monnaie étrangère, après l'échéance, devait être considéré comme toujours exact, alors qu'il ne l'est pas, exactement comme pour la monnaie légale, car aucune des deux ne couvrent virtuellement le dommage de retard.

De «*Rivista di Diritto Civile*», 1985, II, p. 251 et suivantes et des «*L'Espressione monetaria nella responsabilità civile*», Cedam 1994.

La façon désarticulée de poser le problème, selon lequel l'exécution spécifique de la monnaie *in obligatione* serait synonyme d'exécution exacte à la différence de l'exécution *in facultate*, s'oriente ensuite vers une solution inacceptable parce qu'elle protège le créancier étranger de la dévaluation de la monnaie nationale et non le créancier national de la dévaluation de la monnaie étrangère. En fait, le thème est unique et il doit trouver une solution cohérente et harmonieuse qu'il s'agisse d'obligations en monnaie étrangère «cours effectif» ou «non effectif» ou qu'il s'agisse, comme ici, d'un paiement en monnaie légale ou étrangère.

À la base des difficultés actuelles, se trouve le fait que l'on prenne comme règle le change du paiement en retard de la monnaie étrangère et non du paiement dans les délais, avec la conclusion qu'il codifie contre toute logique un gain ou une perte en faveur ou au détriment du créancier par rapport à ce qu'il aurait dû être.

La règle du cours du change à l'échéance peut, par ailleurs, permettre au débiteur une exécution moins onéreuse de la prestation, par rapport à la prestation tardive, mais ce qui importe n'est pas tant cela que le fait de savoir si cette prestation se traduit en dommage ou pas pour le créancier qui doit être indemnisé.

Il faut que le paiement intervienne dans la monnaie du créancier, qu'elle soit légale ou étrangère, et qu'elle soit en baisse, par rapport à la monnaie, en hausse, du débiteur.

L'argument offre l'occasion d'une nouvelle réflexion, sur la littérature juridique et les décisions courantes.

2. – Commençons par l'hypothèse à laquelle se sont limitées la doctrine et la jurisprudence, de la dépréciation de la monnaie légale *in facultate*, par rapport à la devise étrangère *in obligatione*, pour passer ensuite à cette dernière.

Les réflexions pour l'une sont également utilisables pour l'autre. Il convient de partir des opinions, sous le précédent et analogue art. 39 du Code de Commerce, opinions également importantes pour comprendre celles sur l'actuel art. 1278 du CC.

L'aspect qui a attiré, et qui attire toujours l'attention des auteurs et des juges concerne l'éventualité que le débiteur puisse tirer un avantage de son inexécution de la prestation en monnaie légale, en baisse par rapport à la monnaie étrangère pendant le retard.

Il est estimé contraire au système que le débiteur puisse obtenir un

gain de sa propre inexécution et l'on tend, par conséquent, à fixer la règle opposée du cours du change au paiement.

Il est souligné à ce propos que la monnaie *in facultate solutionis* doit correspondre à celle *in obligatione* ⁽¹⁾ également au jour du paiement effectif et, en ceci, l'influence de la conception de la valeur ⁽²⁾ transparait.

On a essayé de dépasser l'incontestable obstacle de l'argument littéral en observant que la référence au cours du change à l'échéance a été fixée en supposant que le paiement soit ponctuel et non pas en retard ⁽³⁾. Le cours du change à l'échéance serait ainsi synonyme de paiement ponctuel et à partir de là, il faudrait établir la règle plus générale du change au jour du paiement.

Cette manière de voir est en accord avec la solution généralement admise pour l'estimation du dommage, qui est mise à jour aux prix nouveaux en cours au jour de la décision, au lieu de ceux au jour de la vérification du dommage ⁽⁴⁾.

L'adoption du cours du change au jour du paiement a également été théorisée, pour la probabilité de la hausse de la monnaie étrangère, comme une liquidation forfaitaire du dommage de retard ⁽⁵⁾. L'adoption du change au jour du paiement, prévue au paragraphe 244 du BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) a influé la doctrine et la jurisprudence plus ancienne, malgré les importantes discussions que cela a entraîné ⁽⁶⁾. Par le passé, ces opinions ont été combattues par

(1) Pour une référence critique au principe d'équivalence, MAZZONE, dans *Riv. dir. comm.*, 1922, I, p. 177. C'est sur une telle équivalence que se base la théorie des créances en valeur.

(2) Le principe de la valeur nominale s'applique également à la monnaie étrangère. Voir VASSALLI, dans *Riv. dir. comm.*, 1922, II, p. 260.

(3) ASCOLI, dans *Riv. dir. civ.*, 1920, p. 404 ;Id., dans *Riv. dir. civ.*, 1921, p. 383 ;Id., dans la *Riv. dir. civ.*, 1922, p. 296.

(4) MOMMSEN, *Die Lehre von dem Interesse*, Brunswick, 1855, p. 218 et suivantes ;DERNBURG, *Pandette*, II, trad. it. 1903, Berlin, p. 183 ;M. et L. MAZEAOU, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, III, Paris, 1939, p. 586 ;TEDESCHI, *Il danno e il momento della sua determinazione*, dans *Riv. dir. priv.*, 1933, I, p. 263 et suivantes ;Id., dans *Riv. dir. comm.*, 1934, I, p. 234-244 ;PACCHIONI, *Dei delitti e quasi delitti*, Milan, 1940, p. 118 ;DE CUPIS, *Il danno*, Milan, 1979, I, p. 269 et suivantes.

(5) ASCOLI, dans *Riv. dir. civ.*, 1920, p. 404 ;Id., dans *Riv. dir. civ.*, 1921, p. 38 *Id.*, dans *Riv. dir. civ.*, p. 296 ;COBIANCHI, dans *Riv. dir. comm.*, 1922, II, p. 67 ;GUIDI, dans *Dir. e prat. comm.*, 1922, I, p. 22 ;COGLIOLO, dans la *Riv. dir. comm.*, 1922, II, p. 303. En jurisprudence, C. AppelGênes, 5 juillet 1919, dans *Mon. trib.*, 1920, p. 597 ; C. AppelGênes, 19 mai 1922, dans *Foro it.*, 1922, II, c. 757.

(6) Pour une revue détaillée, voir VASSALLI, *op. cit.*, p. 254, note b). Pour le jour de l'échéan-

ces auteurs ⁽⁷⁾ qui, en privilégiant la teneur littérale de la règle, s'en sont tenus à la référence du change à l'échéance. Il a été observé qu'en cas de dépréciation de la monnaie étrangère par rapport à la monnaie légale, la règle du change au jour du paiement équivalait à autoriser le débiteur à payer moins de lires qu'il ne l'aurait fait au jour de l'échéance et, par conséquent, à codifier la non indemnisation du dommage de retard ⁽⁸⁾. Un gain du créancier dû à la hausse de la monnaie étrangère n'est pas justifié par les principes généraux sur l'indemnisation du dommage, alors qu'on ne voit comment la variation du change peut constituer une liquidation forfaitaire ⁽⁹⁾.

D'après ces auteurs, on concluait, par conséquent, en faveur de la référence au cours du change à l'échéance et l'indemnisation de l'éventuelle dévaluation successive de la monnaie légale, selon les principes généraux, la limite de l'intérêt moratoire légal, art. 1231 du Code Civil de 1865, étant réputée non applicable aux obligations en monnaie étrangère ⁽¹⁰⁾.

Ces opinions ne furent pas transposées dans la jurisprudence qui s'est créée sur l'art. 39 du Code de Commerce.

Le projet préliminaire du livre des obligations adoptait, à l'art. 11, la règle du cours du change au jour du paiement ⁽¹¹⁾, en estimant

ce : SCHOLLMAYER-OERTMANN-KUHLENBECK-KOBEN, *Kommentar zum BGB*, § 244, Berlin, 1914. Pour le jour du paiement NUSSBAUM, *Valutafragen*, dans *Juristische Wochenschrift*, 1920, p. 14 ; COSAK, *Lehrb. d. Handelsrechts*⁵, 1900, n° 2, p. 136.

(7) Pour le jour de l'échéance, à propos de l'art. 39 du Code de Commerce, cf. VIVANTE, *Tratt. di dir. comm.*, IV, Milan, 1926, n° 1568, p. 63 ; VASSALLI, *op. cit.* ; ASCARELLI, *Studi giuridici sulla moneta*, Milan, 1928, p. 173, 190, 191 ; MAZZONE, dans *Riv. dir. comm.*, 1922, I, p. 170 et suivantes ; RAMELLA, dans *Riv. dir. comm.*, 1922, II, p. 60 ; BOTTURI, dans *Mon. trib.*, 1921, p. 193. En jurisprudence, Trib. Trieste, 25 octobre 1921, dans *Riv. dir. comm.*, 1922, II, p. 252. Le cours de change à l'échéance est celui qui est généralement adopté dans les différentes législations. Ainsi l'art. 37 de la loi de change allemande de 1848, l'art. 336 du Code de Commerce allemand de 1861, art. 336, alinéa 2 du Code de Commerce général autrichien, art. 338 du Code de Commerce français, art. 296 du Traité de Versailles, §§ d), s), traité de Saint-Germain. En Italie, également dans ce sens, art. 228 du Code de Commerce de 1865, art. 39 du Code de Commerce de 1882.

(8) VASSALLI, *op. cit.*, *loc. cit.* ; MAZZONE, *op. cit.*, *loc. cit.* ; BOTTURI, *op. loc. cit.*

(9) Critiquant cette vision, VASSALLI, *op. cit.*, p. 255 ; MAZZONE, *op. cit.*, p. 175.

(10) TALLACHINI-MAZZONE, *op. loc. cit.*, contre ASCOLI, *op. loc. cit.* ; VASSALLI, *op. loc. cit.*

(11) L'art. 11 du projet préliminaire adoptait le cours du change au jour du paiement, suivant la solution analogue de l'art. 24 du projet italo-français, *Delle obbligazioni e contratti*, et l'art. 303, du projet D'Amelio. Le rapport de la Commission royale pour le projet préliminaire, expliquait qu'une telle règle «correspondait à ce qui est l'objet dû».

que le gain d'une éventuelle hausse compenserait le dommage de retard ⁽¹²⁾, parce que, par ailleurs, on proposait la suppression de l'art. 122 qui prévoyait l'indemnisation du dommage supplémentaire dans les obligations pécuniaires (13).

Dans le texte définitif du Code, on est revenu au cours du change à l'échéance avec l'art. 1278 du CC et on a codifié à l'art. 1224, alinéa 2, l'indemnisation du dommage supplémentaire de retard. Le Garde des Sceaux, dans son Rapport ⁽¹⁴⁾, considérait la dépréciation du change comme un dommage supplémentaire.

3. – L'opinion qui prévaut dans le Code en vigueur est celle exprimée par Ascarelli ⁽¹⁵⁾ qui prévoit la référence au cours du change au jour du paiement et non à la date d'échéance, dans le cas où surviendrait une dévaluation de la monnaie légale. Il a été retenu que le retard du débiteur ne peut assujettir le créancier au sort d'une unité de mesure des valeurs différente de celle propre à la dette, dans la période antérieure à l'échéance. Et il a été conclu que «le débiteur pourra payer en monnaie nationale la somme équivalente au cours du change au jour du paiement de la monnaie étrangère due, le risque monétaire qui existait avant continuant d'exister même après l'échéance, tandis qu'une fois en retard, il devra indemniser le dommage issu de l'impossibilité de se soustraire, par le biais d'investissements opportuns, à la perte de pouvoir d'achat de l'unité de mesure adoptée».

Ainsi, l'indemnisation du «dommage supplémentaire» serait identifié comme celui du dommage inflationniste de la monnaie étrangère avec la conclusion absurde qu'en Italie, outre le gain de

(12) Dans ce même sens, Asquini et d'autres, lors de la réunion du 30 mai 1940 de la Commission des assemblées législatives, sur le projet préliminaire.

(13) Précédemment, également l'art. 343 du projet Vivante du Code de commerce proposait l'adoption du change à l'échéance et la liquidation de la différence de change uniquement en tant que dommage supplémentaire de retard. ASCARELLI, dans *Studi giuridici sulla moneta, op. cit.*, p. 201, écrivait ainsi : «c'est ainsi que l'on coupe court à tous les débats sur le cours du change, par l'adoption de celui de l'échéance, comme le suggèrent l'équité la logique juridique». Le dédommagement du dommage supplémentaire en général, était déjà codifié par le § 288, alinéa 2 du CC allemand, par l'art. 106 du Code suisse des obligations et par la jurisprudence sur les §§ 283 et 284 du Code de Commerce abrogé allemand. Pour un aperçu historique, voir VASSALLI, *op. cit.*, p. 265 et 266.

(14) Rapport du Garde des Sceaux sur le CC n° 36, p. 26.

(15) ASCARELLI, *op. cit.*, nos 134, 137, p. 388 n° 3, 390 n° 1, 395, 396, 397 n° 3.

de la hausse de change, on garantirait également la remise à zéro de sa dépréciation inflationniste interne. Cette opinion a été suivie, encore récemment, par la doctrine ⁽¹⁶⁾.

La thèse favorable au cours du change à l'échéance, à l'exception de l'indemnisation de sa dépréciation postérieure par rapport à la devise étrangère, uniquement en tant que dommage supplémentaire à prouver, a été défendue par des juristes faisant autorité, concernant le cas différent des obligations en monnaie étrangère-valeur, c'est-à-dire en monnaie italienne avec une clause d'alignement à une monnaie étrangère ⁽¹⁷⁾.

Ici aussi, cependant, d'autres personnes ont soutenu le recours au change au jour du paiement parce qu'il ne serait pas équitable de prétendre du créancier une preuve rigoureuse du dommage ⁽¹⁸⁾. Cela provient, en effet, d'une conception issue d'un *favor creditoris* déraisonnable qui est à la base de la conception de valeur.

La jurisprudence dominante ⁽¹⁹⁾ estime que le débiteur tardif qui paie en monnaie légale selon l'art. 1278 CC, et qui s'est dépréciée pendant le retard, doit également payer la différence de change même si le créancier n'a pas prouvé avoir subi un dommage. Ainsi, l'adoption du cours du change, au jour du paiement est transparente.

Elle nie, en revanche, l'importance de la dépréciation de la

⁽¹⁶⁾ BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milan, 1948, III, n° 246, p. 81 et suivantes ; DI STASO, article *Somma di danaro*, (dette de), dans *Noviss. Digesto it.*, XVII, s.d., mais Turin, 1980, p. 879 ; DI MAJO, *Obbligazioni pecuniarie*, dans *Enc. del dir.*, XXIX, s.d., mais Milan, 1978, p. 281 ; PERLINGIERI, *Codice civile commentato*, Turin, 1980, sub art. 1278 du CC, p. 173.

⁽¹⁷⁾ ANDRIOLI, dans *Foro it.*, 1955, I, c. 320 ; ASQUINI, dans la *Riv. dir. comm.*, 1955, II, p. 257 et suivantes ; CARBONETTI, article *Clausole di indicizzazione*, dans *Diz. del dir. priv.*, par Irti, Milan, 1980, p. 145.

⁽¹⁸⁾ Ainsi QUADRI, *Le clausole monetarie*, Milan, 1981, p. 141, 146, 150 et suivantes. Dans ce sens, Cass. civ., 24 juin 1980, n° 3971, dans *Giust. civ.*, 1980, I, p. 2469.

⁽¹⁹⁾ Cass. 21 juin 1955, n° 1912 dans *Giust. civ.* 1955, I, p. 1823 ; Cass. civ. 24 janvier 1958, n° 178, dans *Rep. giur. it.*, 1958, article *Moneta*, n° 7 ; Cass. 16 juin 1958, n° 178, *ibidem* n° 4 ; Cass. 17 juin 1959, n° 1888 ; Cass. 17 avril 1964, n° 929, dans *Giust. civ.*, 1964, I, p. 1361. En substance, une telle orientation est confirmée, s'étendant par analogie aux obligations avec clause d'ajustement à la devise étrangère, d'après Cass. 24 juin 1980, n° 3971. Cité par antinomie, avec ce qui est retenu par les clauses or, Cass. 27 avril 1954, n° 1296, dans *Rep. Foro it.*, 1954, c. 1731, n° 10, critiquée par ASCARELLI, *op. cit.*, n° 135, p. 393. Une telle orientation est indirectement confirmée comme une des hypothèses du choix du travailleur selon la Cass., ch. soc., 16 mai 1981, n° 3239, dans *Foro it.* 1982, I, p. 779.

devise étrangère par rapport à la monnaie légale, outre les intérêts⁽²⁰⁾. Cela a fait l'objet de critiques car le problème est unique, que la dépréciation concerne la monnaie nationale, ou qu'elle concerne la devise étrangère (21). Une exception a été faite par la jurisprudence pour les créances de travail pour qui réside à l'étranger, où l'on permet au créancier de choisir entre le cours du change au jour du paiement, ou la conversion en monnaie nationale au change en cours à l'échéance, pour procéder, ensuite, à la réévaluation monétaire de l'art. 429, alinéa 30 du Code de Procédure Civile.(22).

4. – L'opinion dominante, à mon avis, n'est pas fondée et s'oppose au système en vigueur. Les choix du législateur de 1942 sont, en réalité, exprimés par les dispositions combinées des art. 1278 et 1224, alinéa 2 du CC ; ce qui équivaut à dire qu'il faut se référer au change en cours à l'échéance et non au paiement, et que la dépréciation successive de la monnaie nationale *in facultate* sera indemnisable uniquement en tant qu'éventuel dommage supplémentaire de retard dans les limites des articles 1223, 1225, 227 du CC.

Les différentes énonciations de la doctrine et de la jurisprudence dominantes ne résistent pas à un examen critique et approfondi. On est, avant tout, frappé de la grave discordance systématique selon laquelle la dépréciation de la devise étrangère n'est pas indemnisable pendant le retard par le débiteur retardataire, à la différence de la monnaie nationale, si l'on a fait le choix de l'art. 1278 du CC. On ne réussit pas à comprendre la raison pour laquelle la loi devrait protéger le créancier étranger de la dévaluation de la monnaie nationale et pas le créancier italien de la dévaluation de la monnaie étrangère.

Le recours au change au jour du paiement démontre de ne pas savoir donner une réponse systématique et, par conséquent, globale, au problème du dommage de change pendant le retard et ceci n'est pas acceptable. En définitive, l'opinion dominante, dans la jurisprudence, utilise deux poids et deux mesures selon qu'il s'agit de monnaie nationale ou de devise étrangère et cette façon de voir ne peut pas être partagée.

Pareillement, le discours avancé à l'époque, par Ascoli, et qui a été partagé par beaucoup jusqu'à aujourd'hui, n'est pas plus fondé, c'est pourquoi

(20) Cass. 30 mars 1966, n° 842, dans *Giust. civ.*, 1966, I, p. 983.

(21) ASCARELLI, *op. cit.*, n° 136, p. 393 et suivantes.

(22) Cass. (ch. soc.) 16 mai 1981, n° 3239, cit.

la référence littérale opérée par la norme au cours du change à l'échéance devrait être lue en tant que synonyme de paiement ponctuel et, plus généralement, de change au jour du paiement, même tardif ; c'est à la fois exagérée et contradictoire ⁽²³⁾ .

Il ne fait aucune doute que le paiement à la date d'échéance est synonyme de paiement ponctuel, mais on ne voit pas comment ce dernier pourrait s'étendre jusqu'à inclure le paiement *tout court*, même celui en retard, et comment la règle de change à l'échéance peut être remplacée par celle diamétralement opposée.

La doctrine allemande, avec une meilleure logique interpréta la référence au change au jour du paiement du § 244 du BGB comme synonyme de paiement ponctuel, et donc à l'échéance, ce qui est à l'opposé de ce que nous soutenons ⁽²⁴⁾ .

D'autre part, en théorie, cela pourrait avoir un sens de déduire la perte de la *facultas solutionis* du défaut de paiement ponctuel. Ca n'a, au contraire, pas de sens de penser que le débiteur conserve cette *facultas*, mais à un cours de change différent, c'est-à-dire au cours au jour du paiement effectué en retard ce qui, en cas de dépréciation de la devise étrangère, pourrait se révéler encore plus avantageux au détriment du créancier.

La déchéance de la *facultas* n'est, cependant, autorisée par aucune règle écrite et l'art. 1278 du CC devra également s'appliquer au paiement en retard.

En réalité, avec l'art. 1278 du CC, le système utilise l'avantage du débiteur et, donc, son choix pour réaliser une fin d'intérêt public qui va au-delà de l'échéance de l'obligation et ne tombe pas avec elle. Il s'agit de l'intérêt public de ne pas voir le patrimoine de l'État s'appauvrir en devise étrangère mais, au contraire, s'enrichir ⁽²⁵⁾ .

C'est une voie différente, plus flexible et qui tend, cependant, vers le même but

(23) VASSALLI, *op. cit.*, p. 255, écrivait à propos de l'argument d'Ascoli qu'il «semble renverser tout bon critère exégétique».

(24) SCHOLLMEYER-OERTMANN-KUHLENBECK-KOBER, cité. *supra* à la note 6.

(25) L'intérêt public est à la base de la législation monétaire italienne fortement contrôlée et pénalement sanctionnée : R.D.L. 8 décembre 1934 n° 1942, D.L. 6 juin 1956 n° 476, loi du 30 avril 1976, n° 159, loi du 8 octobre 1976, n° 689 ; voir FAZIO, *Fondamenti economici della normativa valutaria*, dans *Giust. Valut. Italiana*, Milan, 1981, p. 20 et suivantes ; voir MERUSI, *Il regime delle valute e l'offerta in cessione*, *ibidem*, p. 415 et suivantes ; OPPO, *Ordinamento valutario ed autonomia privata*, *ibidem*, p. 346 et suivantes.

que celui des autres systèmes qui envisagent la conversion obligatoire de la devise étrangère en monnaie à cours légal ⁽²⁶⁾. Il n'y a aucune raison pour que la *facultas solutionis* s'exerce de façon accélérée dans un but d'intérêt public non pas temporaire, mais permanent, qui est celui relatif au patrimoine monétaire national, par rapport auquel celui privé est simplement indirect et instrumental.

Mais revenons à l'opinion dominante : elle ne peut pas être accueillie dans son point-clé lorsqu'elle estime que «le créancier continue, pendant le retard, à courir le risque des aléas de l'unité de valeur choisie» et, par conséquent, le risque de change de la monnaie étrangère. Il y a ici, à mon humble avis, une non application du principe de passage du risque de change du créancier au débiteur, suite au retard et un bouleversement du concept lui-même, de la *perpetuatio obligationis*, dans les obligations en monnaie étrangère ⁽²⁷⁾.

La *Perpetuatio obligationis* cristallise le risque contractuel du créancier non fautif au moment du retard, par conséquent, à partir de ce moment, le risque passe sur le débiteur qui devra donc prendre à sa charge la dépréciation et qui ne pourra également tirer avantage d'une éventuelle appréciation ⁽²⁸⁾. L'opinion courante, au contraire,

(26) Ainsi, les États-Unis et la Suisse. En Suisse, l'art. 67 de la loi fédérale sur l'exécution, et la doctrine sur l'art. 232 de la loi en matière de faillite, établissent que la créance doit être exprimée en monnaie légale suisse. Voir, récemment, la décision du Tribunal de Lugano dans l'affaire *Interchange*. Pour des aperçus de droit comparé, voir ASCARELLI, *op. cit.* n° 96, p. 308.

(27) Au sujet de la *perpetuatio obligationis* en tant que cristallisation du risque, M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Perpetuatio obligationis*, Padoue, 1979, p. 4 et suivantes. Souvent, celle-ci est mal interprétée, en tant que perpétuation de la prestation, dans son identité, sans considération du risque économique qui continue ainsi à courir au détriment et à l'avantage du créancier : dans ce sens, par exemple FAVARA, dans *Foro it.*, 1954, I, alinéa 742, ou comme perpétuation du *debitum* dans le contexte des accords contractuels comme d'après QUADRI, *Le clause monétaire*, cit., p. 146 et suivantes. Très justement ANDRIOLI, dans *Foro it.*, 1955, I, alinéa 321, a critiqué le renvoi à la *perpetuatio obligationis* de Favara, observant combien il n'a pas de sens pour celui qui accepte la conception de valeur. Pour l'assimilation de la diminution du prix pour impossibilité partielle de la prestation, WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, Turin, 1930, II, § 28, p. 103, note 15, même si cela résout ensuite le problème dans le sens de la théorie du *quanti plurimi* courant dans le droit commun.

(28) Ceci est une conséquence du fait que l'inexécution rend actuel le jour de la responsabilité (*Haftung*). Sur le transfert du risque et, en général, sur la *perpetuatio obligationis*, TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*²⁵, Padoue, 1980, p. 538 ; BARASSI, *op. cit.*, III, p. 247 et suivantes, 369.

suppose que le créancier continue de courir le risque contractuel et donc les aléas de la baisse, comme de la hausse, de la monnaie choisie. Il convient, d'autre part, de rappeler qu'en cas de baisse, le créancier ne saurait également prétendre au *quantum plurimi* à l'échéance, car cela se résoudrait dans une obligation avec garantie de change ⁽²⁹⁾ et cette thèse n'est autorisée par aucune règle.

Cette opinion citée à l'instant, conduit ensuite à la conclusion que le créancier ne peut pas récupérer la baisse de la monnaie étrangère choisie mais, également dans l'hypothèse d'une hausse, le débiteur en retard sera incité à laisser passer encore plus de temps, dans l'attente d'une nouvelle baisse, en spéculant ainsi sur le créancier, sans subir aucun aléa de change. En transférant le risque dans ses *contra* et dans ses *pro* au débiteur en retard, la *perpetuatio obligationis*, justifie l'hypothèse qu'il puisse obtenir un gain de son inexécution si elle n'est pas accompagnée d'un dommage pour le créancier qui, s'il existe, doit en tout état de cause être indemnisé.

D'autre part, le créancier ne pourrait pas obtenir un gain de la hausse du change pendant le retrad, étant donné que s'il avait reçu le paiement ponctuel en devise étrangère, il aurait dû la remettre immédiatement au Bureau Italien des changes (Ufficio Italiano Cambi) ⁽³⁰⁾.

Le cours du change au jour du paiement lui ferait ainsi seulement courir le risque de la perte et pas celui du gain.

Il a, enfin, été justement observé qu'il faut distinguer deux types de problèmes différents, ceux liés au change de l'art. 1278 du CC et ceux liés à l'indemnisation du dommage supplémentaire de retard de l'art. 1224, alinéa 2, CC. ⁽³¹⁾.

Ceux qui prétendent résoudre ce problème en adoptant le change au jour du paiement, au lieu de la date d'échéance, confondent justement deux types de problèmes différents.

Il est impensable de prétendre que le dommage de retard trouve son dédommagement dans l'équivalence d'une éventualité de gains et de pertes qui résulteraient de l'adoption du cours du change au jour du paiement.

L'indemnisation du dommage doit être effective et non espérée (sans

(29) ASCARELLI, *op. cit.*, p. 224, 225, 227 notes

(30) Dans un délai de sept jours, la devise étrangère doit être cédée à l'UIC selon les termes de l'art. 8, D.L. 6 juin 1956 ; n° 476, D.M. 6 mai 1976.

(31) ASCARELLI, *op. cit.*, n° 135, p. 390.

parler de la probabilité d'autres pertes dans une hypothèse pessimiste) et doit intervenir dans les limites des art. 1223, 1225 et 1227 du CC. La résolution du problème de l'indemnisation du dommage de retard dans les obligations en monnaie étrangère, par le choix de l'un ou de l'autre cours de change, s'oppose donc aux principes.

De ce point de vue, une liquidation forfaitaire du dommage de retard ne peut être envisagée et, en tout état de cause, le recours au change est un choix inadapté à cette fin. Il est, en effet, rarissime et tout à fait inhabituel que la hausse du change corresponde à la perte subie de manière à pouvoir la compenser ; une éventuelle baisse du change, qui est une donnée instantanée, ne permet pas d'envisager l'indemnisation du dommage de retard, qui est un dommage de durée⁽³²⁾.

Il faut préférer l'opinion qui interprète l'art. 1278 du CC dans le sens du change à la date d'échéance pour deux autres raisons importantes. Si on adopte le change au jour du paiement, les obligations «non cours effectif» s'orienteraient vers un résultat identique à celui du «cours effectif», laissant découvert le dommage de dépréciation de la monnaie étrangère pendant le retard.

En second lieu, l'adoption du change, au jour du paiement ne serait de toute façon pas applicable au cas où, par exemple, le taux de change a été conventionnellement fixé et, donc, la variation de change successive à l'échéance ne pourrait être dédommée qu'uniquement en tant que dommage supplémentaire de retard, mettant en évidence l'inadéquation, même systématique, du recours au change au jour du paiement.

Il faut donc conclure que l'adoption de la valeur de la devise étrangère au jour du paiement, comme paramètre fixe même pour celle *in facultate*, se base sur le principe erroné qu'une exécution exacte est synonyme de prestation de la monnaie étrangère choisie, quelle qu'en soit la valeur, par rapport à l'échéance, c'est-à-dire à l'exécution spécifique.

Le recours au change au jour du paiement se résout donc dans la non application de l'art. 1224, alinéa 2 du CC pour la dépréciation du change des obligations en monnaie étrangère pendant le retard.

(32) Ainsi, en critiquant l'estimation au prix de la décision du dommage à indemniser, VALCAVI, *Riflessioni sui c.d. crediti di valore, sui crediti di valuta e sui tassi di interessi*, dans *Foro it.*, 1981, I, c. 2114.

5. – Je retiens, par conséquent, que l'opinion dominante, ancrée comme nous l'avons vu au cours du change au jour du paiement, n'est pas en ligne avec les choix de notre législateur.

Le Code en vigueur confie au débiteur le choix de payer en monnaie étrangère ou en monnaie nationale au cours du change à l'échéance, sauf à ajouter, dans l'un et l'autre cas, l'indemnisation de l'éventuelle dépréciation du change de l'art. 1224, alinéa 2 du CC. Une telle indemnisation doit également avoir lieu pour les obligations en monnaie étrangère « cours effectif ».

L'écart entre cette solution et celle courante pourra être compris si l'on pense qu'elle pourrait se révéler beaucoup plus onéreuse par rapport à la valeur de change de la monnaie étrangère au moment du paiement. Le débiteur est, toutefois, appelé à choisir entre l'exécution en monnaie légale au cours du change à l'échéance ou en monnaie étrangère. Il ne lui est, en revanche, pas permis de payer en monnaie légale à un taux de change plus favorable que celui du jour du paiement.

L'éventuelle dépréciation du change de la monnaie nationale, si elle s'est vérifiée, n'est d'autre part pas liquidée à n'importe quel créancier en monnaie étrangère, qu'il soit italien ou étranger et indépendamment de la preuve d'avoir subi un dommage⁽³³⁾, mais uniquement dans les limites où le créancier démontre que cela s'est traduit par un dommage réel et direct de l'art. 1223 du CC, prévisible (art. 1225 du CC), et non évitable (art. 1227 du CC). Si le créancier, qu'il soit italien ou résident dans un pays tiers, ne l'a pas démontré, ou s'il a même tiré profit de la hausse de la monnaie, il n'aura pas liquidé la différence de change de la monnaie nationale qui lui aurait été versée selon l'art. 1278 du CC par rapport à celle étrangère. S'il n'y a pas d'oscillation du change, le dommage supplémentaire de retard concernera les préjudices communs indemnifiables en vertu de l'art. 1224, alinéa 2, CC.

On peut dire la même chose pour le paiement en retard en monnaie étrangère. Ici, le créancier a le droit de se retourner contre le débiteur tardif, pour la perte de change de la monnaie étrangère choisie par rapport à celle dans laquelle il aurait fait le change s'il avait été payé dans les délais. Cela sera présumé dans le cas d'un créancier résidant dans un pays avec une monnaie légale différente et en hausse par rapport à la monnaie étrangère choisie.

(33) Ceci motive la jurisprudence citée à la note 35 et la doctrine en général.

Il ne semble pas faire de doute que notre législateur a adopté la règle du change à l'échéance lorsque le débiteur utilise la *facultas solutionis*.

Le texte de l'art. 1278 du CC et la règle de l'art. 1224, alinéa 2, du CC sont sans ambiguïté dans ce sens, par conséquent, l'argument littéral et l'argument systématique convergent de manière univoque. Ceci est conforté par le fait que la formulation de l'art. 1278 du CC a rétabli la règle de change à l'échéance, en écartant toutes les discussions et les interprétations contraires de la doctrine et de la jurisprudence, sur le texte identique de l'art 39 du Code de Commerce et en abandonnant la référence au cours du change au jour du paiement qui avait été adoptée par l'art. 11 du projet préliminaire.

L'adoption du cours du change à l'échéance a toute sa logique.

En réalisant avec l'art. 1278 du CC un but d'intérêt public, dont on parlera encore *infra*, l'ordre juridique a remis la *facultas solutionis* au choix du débiteur et non du créancier, comme l'avait fait, au contraire, l'art. 47 de la loi cambiaire. Le débiteur fera son choix selon ce qui l'avantage et il adoptera ainsi la solution la plus avantageuse pour lui, qui sera celle de payer en monnaie nationale si elle se dévalorise entre-temps par rapport à la monnaie étrangère, ou de payer en monnaie étrangère si, vice versa, cette dernière se dévalue par rapport à la monnaie nationale.

En remettant la *facultas solutionis* au débiteur, le législateur a voulu conserver la règle de l'exécution exacte de l'obligation, qui est d'ailleurs la règle de l'échéance de l'art. 1184 du CC.

Si cette règle n'avait pas été maintenue, ou si l'on avait carrément adoptée celle du change au jour du paiement, le droit du créancier à une prestation exacte serait à la merci du débiteur à qui incombe le choix.

Le législateur a maintenu le principe que c'est au débiteur de choisir même après l'échéance, en n'ayant imposé aucune limitation ou déchéance, mais il s'est préoccupé d'éviter que le créancier ne subisse un dommage, grâce au dédommagement de l'art. 1224, alinéa 2 du CC. En définitive, notre Code s'inquiète de préserver le dommage, mais qu'il puisse aussi en dériver un gain de change du fait de la hausse de la monnaie étrangère pendant le retard.

La *facultas solutionis* de l'art. 1278 du CC peut, en effet, s'exer-

cer pendant le retard, avec ou sans dommage de change pour le créancier.

Le débiteur étranger remplira son obligation vis à vis du créancier italien, en monnaie légale, si elle est dévaluée ; le débiteur italien exécutera son obligation envers le créancier étranger en monnaie étrangère si elle est dévaluée par rapport à la monnaie nationale. On suppose ici, par économie, que le créancier étranger réside dans un pays où la monnaie étrangère a un cours légal. Dans le cas rappelé ci-dessus, le débiteur fera le choix qui lui conviendra le mieux, nous l'avons vu, mais sans causer de dommage au créancier. En effet, ni le créancier italien, ni celui étranger ne subiront de dommage de change en recevant de la monnaie, respectivement italienne et étrangère dans la mesure où il ne sera pas nécessaire de changer d'elle reçue en une autre.

L'attente, par exemple, du créancier italien de recevoir la monnaie étrangère choisie n'est pas garantie, parce qu'elle dépend du choix du débiteur.

La *facultas solutionis* peut, néanmoins, se réaliser avec un dommage pour le créancier et l'ordre juridique se préoccupe de prévoir une indemnisation selon les termes de l'art. 1224, alinéa 2 du CC.

Le débiteur étranger choisira, ainsi, selon son propre intérêt, d'acquitter sa dette envers le créancier italien dans la monnaie étrangère choisie, si celle-ci se dévalue par rapport à la première et, vice versa, le débiteur italien appliquera l'art. 1278 du CC, en payant le créancier étranger en monnaie nationale, si elle devait se dévaluer pendant le retard.

A l'art. 1224, alinéa 2 du CC, notre ordre s'est préoccupé de préserver l'indemnisation du dommage de retard, sans retirer au débiteur le droit de choisir de l'art. 1278 du CC. Une réflexion s'impose, toutefois : ce qui n'a aucune logique est l'adoption du change au jour du paiement, soutenue par la doctrine dominante et la jurisprudence. En effet, l'adoption du change au jour du paiement bouleverse la règle de l'exécution exacte à l'échéance et celle non moins importante du transfert du risque sur le débiteur, intrinsèque à la *perpetuatio obligationis*, entendue comme cristallisation du risque de change au moment du retard, et se préoccupe de garantir un profit de change possible au créancier au lieu de l'indemnisation du dommage. Si cette règle était adoptée, elle garantirait même un gain à celui qui ne doit pas changer et laisserait sans protection le dommage du créancier qui doit changer.

En établissant comme règle absolue une équivalence de change entre

monnaie *in obligatione* et monnaie *in facultate* au moment du paiement, le débiteur étranger acquittera au créancier italien une valeur inférieure par rapport à celle de l'échéance en cas de baisse de la monnaie étrangère.

Vice versa, en cas de hausse de la monnaie étrangère par rapport à la monnaie italienne, le créancier italien recevrait un profit de change même si le débiteur profite de l'art. 1278 du CC. Dans le premier cas le créancier italien subira un dommage de la dépréciation de la monnaie étrangère *in obligatione*, qu'il aurait évité avec une prestation ponctuelle, sans pouvoir en plus compter sur une indemnisation.

Il s'agirait, en fait, d'un dommage non indemnisable, contre toute logique et équité. Dommage encore plus évident si, en supposant l'art. 1278 du CC applicable, on compare la quantité de monnaie légale qui aurait été reçue avec le change à l'échéance et celle inférieure issue de l'adoption du change au jour du paiement.

Dans le second cas, le créancier aurait même la garantie d'un gain inimaginable du fait de la hausse du change.

Le créancier national n'aurait certainement pas obtenu ce profit s'il avait reçu dans les délais la quantité de monnaie légale au change à l'échéance, ou s'il avait reçu la quantité de monnaie étrangère prévue, qu'il aurait, toutefois, dû changer immédiatement en liras, en la cédant au Bureau Italien des Changes. Sur la base des lois en vigueur au moment où nous écrivons, il est, en effet, interdit à un Italien d'avoir un compte dans une monnaie étrangère ou de convertir librement de la monnaie nationale en monnaie étrangère. C'est à peine utile d'ajouter que le profit dérivant de la règle de change au jour du paiement, contraste nettement avec la faculté de choix du débiteur. Nous avons dit au début que les choix législatifs étaient fortement influencés par la volonté d'utiliser l'initiative privée pour atteindre des objectifs d'intérêt public. Et, *in primis*, celui de voir le patrimoine nationale le moins appauvri et le plus riche possible. Si le change au jour du paiement de la monnaie étrangère avait été choisi, en cas de hausse de cette dernière et donc de baisse de la monnaie nationale, le débiteur italien aurait été plus pénalisé. Et ceci, en outre, dans un pays largement importateur comme le nôtre.

Et, inversement, en cas de baisse de la monnaie étrangère, le créancier italien aurait été lésé, sans aucune possibilité d'indemnisation. Il est à peine nécessaire de rappeler la politique monétaire de l'époque et la célèbre «cote 90» du discours de Pesaro.

L'adoption du change à l'échéance, en cas de dévaluation successive de la monnaie nationale (art. 1278 du CC), s'inscrit dans la logique du soutien donné par chaque système au change de sa propre

monnaie.

La logique de l'intérêt public, en cas de dévaluation, est de voir la monnaie nationale sortir au prix le plus élevé et la monnaie étrangère, entrer au prix le plus bas.

À première vue, il pourrait sembler qu'il existe un intérêt public à ce que le créancier italien reçoive de la monnaie étrangère à un cours en hausse et à se voir, ainsi, garantir un éventuel gain de change, qui pourrait ensuite se traduire par une augmentation du patrimoine monétaire national. En y regardant bien, le fait d'avoir conservé l'art. 1278 du CC démontre qu'il n'en a pas été ainsi. L'intérêt public est, en effet, de décourager le résident de spéculer contre la monnaie nationale et une façon possible de spéculer, est celle de retarder l'encaissement de la créance de l'étranger.

Ceci est couramment reconnu, comme élément perturbateur de la monnaie nationale sur le marché monétaire.

6. – Passons maintenant aux obligations en monnaie étrangère «cours effectif» de l'art. 1279 du CC et à celles de l'art. 1278 où le débiteur n'utilise pas la *facultas* et paie dans la monnaie étrangère convenue.

La perte de change que le créancier peut démontrer avoir subi pendant le retard, en raison de la dévaluation de la monnaie étrangère payée en retard, par rapport à la monnaie ayant cours légal dans son pays ou là où elle circule habituellement est indemnisable selon l'art. 1224, alinéa 2 du CC.

On diverge ici de la doctrine et de la jurisprudence dominantes. La dévaluation est interprétée dans sa relation avec une autre monnaie : il pourra s'agir de la dévaluation de la monnaie étrangère à l'égard de la monnaie légale italienne ou d'une autre monnaie étrangère, comme par exemple, le cas d'un créancier américain, au sujet d'une somme convenue en marks allemands et qui lui est payée en retard par le débiteur italien.

Il est évident que cela suppose la démonstration d'une exigence également virtuelle de change.

Le problème se pose d'une façon différente s'il s'agit de changes fixes ou flottants, de systèmes monétaires contrôlés ou libres. Le cours de change à considérer sera celui du début du retard. En cas de stipulation «cours effectif» de l'art. 1279 du CC, le problème du gain du créancier ne se pose pas, puisqu'il s'agirait d'une conséquence du paiement de la monnaie étrangère choisie et du fait que le système n'a pas présenté au débiteur le remède de l'auto-protection de la *facultas solutionis*.

En matière d'indemnisation du dommage supplémentaire, dans ce cas, tous les principes et les règles ordinaires dont il a été question à propos de l'autre hypothèse de l'art. 1278 du CC trouveront application. Il suffit, ici, de reconduire ce problème particulier aux grandes lignes systématiques plus générales et unitaires.

7. – Il convient maintenant d'examiner certains problèmes spécifiques en matière de dédommagement du dommage supplémentaire de retard de l'art. 1224, alinéa 2 du CC. Il faut rappeler que tout dommage est indemnisable s'il est une conséquence directe et immédiate de l'inexécution (art. 1223 du CC), ou s'il est prévisible s'il dépend de la faute et non du dol (art. 1225 du CC) et s'il n'est pas évitable (art. 1227 du CC). Il s'agit de règles presque communes aux différents ordres juridiques avec certaines variations, parfois importantes, comme c'est le cas, par exemple, avec la limite de la prévisibilité qui apparaît chez certains, même lorsqu'il y a dol.

Une dérogation de ce genre est arrivée chez nous avec l'art. 74 de la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1964, ratifiée par notre pays avec la loi du 21 juin 1971, n° 816, en matière de vente de biens meubles corporels.

Il est nécessaire de s'arrêter sur la limite du prévisible lié au caractère fautif de l'inexécution. Il est communément admis que l'inexécution est fautive lorsqu'il n'y a pas dol ⁽³⁴⁾ et qu'elle ne dépend pas

(34) Le dol est généralement interprété comme le caractère volontaire de l'inexécution avec conscience de son illégalité. Voir TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 220, 569 ; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, I, p. 2 ; MAJORCA, rubrique *Colpa*

d'un cas fortuit ou de la force majeure. Il n'est pas dit que l'inexécution fautive reste ainsi ; elle peut, *in itinere*, se transformer en inexécution dolosive, comme le prévoit en substance l'art. 96 du Code de Procédure Civile et, dans ce cas, la limite de la prévisibilité disparaît.

En réalité celui qui n'exécute pas de manière fautive, parce que, par exemple, pour des raisons qui lui sont propres, peut, chemin faisant, prendre conscience de l'illégalité et persister dans son retard, pour des motifs égoïstes et émulateurs, comme par exemple, tirer profit de la sanction inadaptée de l'intérêt moratoire légal.

La discussion autour de l'objet de la prévisibilité est bien connue, c'est-à-dire si cela concerne le dommage et ses coefficients de manière abstraite ou également la quantité de dommage ⁽³⁵⁾.

Le dédommagement concernera, par ailleurs, cette partie du dommage qui ne pouvait pas être évitée selon l'art. 1227 du CC, en recourant même dans ce cas au remplacement.

En considérant le type de dommage indemnisable, à la différence de ce qui est soutenu par d'autres, le dommage inflationniste ne semble pas indemnisable, en raison des dimensions mondiales du phénomène et l'aversion générale envers l'indexation ⁽³⁶⁾. S'il était reconnu, cela ferait de notre pays, le seul au monde où la stabilité du pouvoir d'achat interne de toute monnaie, qu'il s'agisse de la nôtre ou d'une autre, serait garantie. Un tel dommage ne semble pas non plus indemnisable pour des raisons plus

civile, dans *Enc. del sir.*, s.d., mais Milan, 1962, p. 565 et bibli. cit. En utilisant les résultats les plus avancés de la doctrine pénale, je renverrais au critère discriminatoire du dol dans l'inexécution par rapport à l'inexécution délictueuse civile dans la «volonté de ne pas exécuter ou de retarder la prestation due (dol générique) aux fins de se procurer un avantage injuste aux dépens d'autrui (dol spécifique)». Ce dol spécifique, synonyme de mauvaise foi, est quelque chose de plus que la simple conscience de l'illégalité et manque totalement dans la faute. On y répond, selon les règles pour faute, à l'exception de la preuve du dol ou du cas fortuit, et toutefois, dans la pratique judiciaire quotidienne, en ne faisant pas grand cas de la limite du prévisible, et l'on finit par traiter et présumer l'inexécution dolosive.

(35) Pour une vue d'ensemble de la doctrine et de la jurisprudence, voir BELLINI, *L'oggetto della prevedibilità del danno, ai fini dell'art. 1225 c.c.*, dans *Riv. dir. comm.*, 1954, II, p. 302 et suivantes. Dans le sens que la prévisibilité concerne également la quantité de dommage, voir MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., III, § 115, p. 338 ; BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, dans le *Commentario del codice civile*, par Scialoja et Branca, Livre quatrième, Des Obligations (articles 1218-1229-2), Bologne, 1979, sub art. 1225, p. 384, note 8.

(36) Chaque monnaie perd plus ou moins de pouvoir d'achat et l'aversion pour l'indexation est générale, considérée comme la cause de la nouvelle inflation, par exemple dans le rapport Radcliff, voir RUOZI, *Inflazione, risparmio e aziende di credito*, p. 433, 434, 437, 483, 484, 485, 510. La discussion est actuelle, pour cette raison, de notre échelle mobile des salaires.

générales ⁽³⁷⁾, étant donné que le résident à l'étranger ne subit pas l'érosion du niveau des prix internes d'un pays dans lequel il ne vit pas, ne dépense pas d'argent et, où souvent, il lui serait même interdit de dépenser.

Examinons maintenant la dévaluation du change en tant que dommage supplémentaire de retard. Il a généralement été reconnu par les juristes étrangers et les nôtres à propos de l'exercice de la *facultas solutionis* de l'art. 1278 du CC.

L'opinion selon laquelle cette dévaluation entraîne le dommage supplémentaire de retard de l'art. 1224, alinéa 2 du CC a déjà été anticipée également qui écrit. Dans ce sens, on rappelle l'énonciation textuelle du Rapport du Garde des Sceaux au CC. (n° 36) sur les traces de l'art. 434 du projet Vivante-Mortara du Code de Commerce, qui contenait une disposition à ce sujet ⁽³⁸⁾. La différence de change aura de l'importance du début du retard jusqu'à l'exécution, l'indemnisation en partant de l'échéance jusqu'au début du retard étant exclue, mais ceci doit être rattaché à la manière et au moment avec lesquels le créancier exerce l'auto-protection avec la mise en demeure. Il a été dit plus haut que dans l'inexécution fautive le dommage prévisible est indemnisable et on discute pour savoir si cela concerne le dommage en lui-même ou la quantité de dommage ; dans le cas présent, cela se résout dans le problème de savoir s'il suffit de pouvoir prévoir que les changes, comme les prix, sont variables en tant que tels ou, également, de combien il peuvent varier au maximum, par approximation. A mon avis, le débiteur doit pouvoir non seulement prévoir (art. 1225 du CC) que le créancier aurait effectué le change de la monnaie qu'il aurait reçue dans l'autre monnaie mais, également, que la première se serait dévaluée par rapport à la seconde et, aussi, de combien au maximum elle aurait pu se déprécier, plafond au-dessus duquel une dévaluation doit être considérée comme étant imprévisible. Il faudra, par conséquent, tenir compte de l'importance de la dévaluation «attendue» par les opérateurs et par les *mass-media* et la prévision varie selon qu'il s'agit de changes fixes ou flottants. Le jugement devra être nécessairement clairvoyant quant aux circonstances de fait, et il sera fait grand usage des pré-

(37) VALCAVI, *La stima del danno nel tempo, con riguardo all'inflazione, alla variazione dei prezzi ed ai tassi di interesse*, dans *Riv. dir. civi.*, 1981, II, p. 332 et suivantes ; *Id.*, *Rivalutazione monetaria o interessi di mercato?*, dans *Foro it.*, 1980, I, c. 118.

(38) Le rapport du Garde des Sceaux, au n° 36, page 26, affirme textuellement qu'«un dommage supplémentaire peut être dédommagé (par exemple, la différence de change dans les dettes en devise étrangère)».

somptions ; il sera ainsi facile de présumer, par exemple, que le créancier muni d'une monnaie légale différente de celle choisie, la changera dans sa propre monnaie, et ainsi de suite.

On a également vu au début de cette étude qu'il y existe des changes au comptant et des changes à terme. L'art. 39 du Code de Commerce se réfère textuellement au change «à vue», c'est-à-dire au comptant ; ce n'est plus indiqué avec l'art. 1278 du CC, même si l'on pourrait penser qu'il est supposé.

Si on adopte la thèse que la prévisibilité concerne également la quantité de dommage, le différentiel de change sur le marché à terme semble plus indicatif que celui sur le marché au comptant, qui est la différence obtenue *a posteriori*.

Ici, l'augmentation ou la baisse d'une monnaie par rapport à une autre tendent à coïncider avec la différence des intérêts monétaires respectifs ⁽³⁹⁾, donc le dommage de retard de la monnaie dévaluée tend à coïncider avec le taux d'intérêt le plus élevé de la monnaie en baisse, posant le problème d'éviter une double indemnisation. On a également vu plus haut que l'indemnisation du dommage est limitée à celui qui ne pouvait pas être évité selon l'art. 1227 du CC, en recourant même à un remplacement adéquat, dans ce cas, elle se limiterait à son coût. Une opération typique de remplacement qui limite le risque de change est celle qui consiste à vendre à terme une monnaie, et à en acheter une autre également à terme ⁽⁴⁰⁾.

Le discours du recours au change à terme, pour évaluer les limites de la prévisibilité et de la possibilité d'éviter le dommage, a un sens si le créancier est habitué à opérer sur le marché des changes. L'internationalisation des établissements de crédit, intermédiaires nécessaires des opérations cambiales, met à la disposition des personnes, des services toujours plus vastes et des conseils toujours plus spécialisés en la matière. Le discours devra être approfondi ultérieurement au moins *de iure condendo*.

(39) KEYNES, *La riforma monetaria*, Milan, 1975, p. 90 et suivantes ; FERRO, *Il mercato dei cambi a termine*, Padoue, 1973, p. 41 et suivantes, p. 61 et suivantes, p. 132 et suivantes, p. 294 et suivantes, p. 425 et suivantes, p. 551 et suivantes

(40) On fait allusion à la couverture du risque de change dans les différentes opérations de marché, telles que les crédits croisés (*swap*), les contrats de garantie de change (*engineered swap transaction*), le contrat de report inversé (*swap-swap*), le contrat d'option de change (*option exchange contract*) voir HEINZ RIEHL-RODRIGUEZ, *Il mercato dei cambi*, Bologne, 1983, p. 155 et suivantes, p. 197 et suivantes, p. 255 et suivantes.

8. – L'indemnisation du dommage de retard est, enfin, fournie par l'intérêt moratoire. Il est appelé à compenser l'épargne forcée imposée par le débiteur au créancier par son retard. Il mesure en pourcentage la dépréciation de la quantité d'une monnaie versée à un moment différé, par rapport à cette même monnaie versée immédiatement : il mesure donc *l'utilitas temporis*.

Le rendement de la monnaie est fourni par l'intérêt nominal et non pas par celui réel ⁽⁴¹⁾ ; ces derniers sont aujourd'hui assez généraux, et le cas actuel, alors qu'il y a plusieurs années les intérêts réels étaient négatifs, est typique.

Il y existe différents taux et familles de taux d'intérêt : le taux courant du marché, le taux officiel d'escompte et ainsi de suite.

Le rendement normal est celui du marché ; ses indications standardisées, même si c'est par défaut, peuvent s'identifier dans le taux officiel d'escompte, dans le *prime rate* pour les emprunts et dans le rendement des valeurs d'Etat pour l'épargne.

Le taux d'intérêt légal de l'art. 1224, alinéa 1 et de l'art. 1284 du CC, rattaché à un taux anachronique de 5 %, mérite un discours à part. J'ai identifié, ailleurs, le dommage supplémentaire de retard de l'art. 1224, alinéa 2 du CC au sujet de la monnaie au cours légal, comme étant l'écart entre celui-ci et le taux courant du marché garantissant ainsi à l'argent une rémunération normale. On peut légitimement douter que le taux d'intérêt légal soit également inhérent à la monnaie étrangère ⁽⁴²⁾. Il faut considérer que le taux légal de 5 %, tellement inadapté pour la monnaie légale, semble souvent à la limite ou au-dessus de l'intérêt du marché pour certaines devises étrangères ⁽⁴³⁾. Il semble préférable de choisir la référence au rendement du marché de la monnaie étrangère ou, mieux, à ses expressions standardisées, comme le fait l'art. 83 de la Convention de

(41) Les intérêts réels sont donnés par le pourcentage supérieur au taux inflationniste de ceux nominaux.

(42) Dans le sens de la non applicabilité du taux légal d'intérêt à la dette de la monnaie étrangère, sur l'art. 1231 du CC 1865, voir ASCARELLI, *Studi giuridici sulla moneta*, cit., p. 195 ; COBIANCHI, dans *Riv. dir. comm.*, 1922, II, p. 67 ; MAZZONE, *op. cit.*, p. 170 ; cette fois, dans le sens de l'applicabilité ASCOLI, *op. loc. cit.* ; VASSALLI, *op. loc. cit.*, PACCHIONI, *op. loc. cit.*

(43) L'intérêt nominal courant sur le franc suisse est toujours de 4,50 %, sur le marché allemand, il est de 5,25 %, sur le yen, il est de 5,75 %, sur le florin hollandais, il est de 6 %, au brut et non au net du taux d'inflation.

La Haye qui l'indique à un point au-dessus du taux officiel d'escompte. Dans ce cas, même l'interprétation que nous offrons pour la monnaie nationale, à propos de l'art. 1224, alinéa 2 du CC, finit par être analogue à celle de la monnaie étrangère ; tous les deux auraient en commun le rendement normal respectif, pendant la période du retard. L'intérêt compensatoire de l'art. 1282 du CC sera également applicable aux devises étrangères pour la période qui s'étend de l'échéance de l'obligation à la mise en demeure et là où l'on préférera le recours au rendement normal de la monnaie étrangère plutôt qu'à notre taux légal : on aura ainsi une actualisation uniforme et rationnelle de la dette pécuniaire en devise étrangère de l'échéance jusqu'au paiement. Il a également été dit que la différence de change comprend la différence des intérêts monétaires et il faudrait tenir compte de cela en évitant de continuer à recourir après la réévaluation, à l'intérêt de la monnaie en baisse qui, habituellement, est plus élevé que celui de la monnaie en hausse.

9. – Ici aussi le problème des obligations en monnaie italienne avec une clause de réajustement de la devise étrangère, pour la période successive à l'échéance de l'obligation, mérite un discours à part.

Il se pose dans le cas où les parties n'auraient pas prévu l'intervention de la clause de réajustement jusqu'au paiement effectif, mais jusqu'à l'échéance, et il est *quaestio facti* ⁽⁴⁴⁾ de rechercher la volonté des parties.

La solution me semble implicite dans le fait qu'il s'agit d'une obligation en monnaie italienne et, par conséquent, le réajustement à la devise étrangère ne peut aller au-delà du délai convenu par les parties ⁽⁴⁵⁾. Un élément qui renforce ce fait, peut être tiré de la même conclusion pour le cas, identique par certains côtés, de l'obligation avec un taux de change conventionnel qui s'arrête aussi à son échéance.

Le dommage de retard successif de cette obligation sera indemnisé de la même manière que les critères communs de l'art. 1224, alinéa 2 du CC.

Il a été, toutefois, récemment soutenu ⁽⁴⁶⁾, sous l'influence de la conception

(44) Correctement, ASQUINI, *op. cit.*, p. 445. Contre, QUADRI, *op. cit.*, p. 121 et incluse, note 35.

(45) ASQUINI, *op. loc. cit.* ; ANDRIOLI, *op. loc. cit.*

(46) QUADRI, *op. cit.*, p. 141 et suivantes, p. 152 et suivantes, tend à résoudre la question selon l'automatisme de valeur.

de valeur que, dans ce cas aussi, la dette devrait continuer à s'adapter au cours du change de la devise étrangère jusqu'au paiement.

Il faut souligner que cela pourrait se révéler être une source de dommage pour le créancier, au lieu d'un avantage, dans l'hypothèse d'une baisse de la monnaie de référence.

Il me semble qu'il faut refuser cette solution et sa logique.

Cet écrit a été cité par :

G. CAMPEIS-A.DE PAOLI, *Il processo civile italiano e lo straniero*, Milan, 1986, p. 261, note 39 ;A.NIGRA, *Inadempimento di obbligazioni pecuniarie, due motivi per riconoscere il cumulo tra interessi legali e rivalutazione monetaria*, dans *Foro pad.*, 1989, II, p. 98 ;VoirDE LORENZI, *Obbligazione, parte generale, sintesi di informazione*, dans la *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 270 ;U.BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milan, 1991, p. 310.

Autres écrits de l'auteur sur le même sujet :

– «*Le obbligazioni in divisa straniera, il corso di cambio, ed il maggior danno da mora*», dans *Foro Italiano* 1989, I, 1210 et dans *L'Espressione Monetaria nella responsabilità civile*, Cedam 1994, p. 151.

– «*A quale corso di cambio si debba prestare la moneta in facultate solutionis art. 1278 c.c.*», dans *Giurisprudenza Italiana* 1989, I, 2, p. 435 et dans *L'Espressione monetaria nella responsabilità civile*, Cedam 1994, p. 159.

– «*In materia di liquidazione del danno subito da uno straniero*», dans *Foro Italiano* 1989, I, 1619, 435 et dans *L'Espressione monetaria nella responsabilità civile*, Cedam 1994, p. 165.

– «*Se il credito di un lavoratore estero residente debba essere rivalutato art. 429 comma 3 c.p.c.*», dans *Riv. dir. civ.* 1984, II, 504 et dans *L'Espressione Monetaria nella responsabilità civile*, Cedam 1994, p. 171.

– «*Il danno da mora nelle obbligazioni in moneta straniera nell'attuale disciplina di liberalizzazione valutaria*», dans *Riv. dir. civ.* 1992, II, p. 861, et dans *L'Espressione Monetaria nella responsabilità civile*, Cedam 1994, p. 182.