

Le moment de référence dans l'estimation du dommage

1. – Dans la responsabilité civile la divergence des valeurs et des prix, dans l'intervalle qui va de la date d'échéance de l'obligation à la prestation de l'indemnisation, a posé de délicats problèmes économiques de politique législative sur la solution la plus équitable, dans les rapports de responsabilité entre débiteur et créancier. Et ainsi, d'un côté, une baisse éventuelle des prix entre la date d'échéance, le retard et la décision, a soulevé le problème de la fixation du jour de l'indemnisation au jour de la date d'échéance, du retard ou de la demande, en mettant le créancier à l'abri d'une chute des prix successive.

Ici, la préoccupation dominante est d'assurer l'indemnisation en arrêtant le risque contractuel (aléa) de manière à ce que le créancier ne soit pas appelé à supporter une baisse éventuelle des prix, ou plus généralement, l'inconnu dans la variation des prix.

C'est à cela qu'a pensé celui qui a créé la notion de *perpetuatio obligationis* en décidant d'arrêter l'estimation du dommage au jour de sa vérification (*dies obligationis*), au début du retard (*tempus morae*), ou au jour de la demande judiciaire (*tempus litis contestationis*). En revanche, l'éventualité d'une possible hausse des prix, qui est aussi l'hypothèse la plus fréquente, a posé, dans la pratique, le problème d'éviter que le débiteur puisse obtenir ce gain, comme un enrichissement sans cause ou comme une récompense pour son inexécution et de favoriser, au contraire, le créancier, qui est ainsi appelé à en tirer un avantage.

D'après "Rivista di Diritto Civile", année XXXIII, 1987, page 31 et suivantes et d'après "L'espressione monetaria nella responsabilità civile", Cedam 1994.

Consentir cette éventualité au créancier est justifié par la référence de l'estimation au *tempus rei judicandae*, c'est à dire «au moment présent où cette estimation a lieu» (Betti) ⁽¹⁾, à savoir «le calcul conjoncturel de la valeur actuelle probable de la chose» qui est «sur la base d'un hypothétique accomplissement le jour de la décision», où la préoccupation fondamentale est «d'actualiser la valeur du dommage au jour de la décision».

Cette «actualisation» est effectuée de manière rudimentaire en prenant la valeur actuelle de cette même chose.

Le report de l'estimation au jour de la décision a pour conséquence que le créancier court aussi le risque d'une baisse en cas de chute des prix. Ceci est communément accepté par les auteurs et les juges qui, dans les différents systèmes juridiques, estiment le dommage au moment du prononcé.

Pour prévenir cet inconvénient, en assurant ainsi au créancier non seulement la possibilité d'un avantage en cas de hausse, mais aussi en le mettant à l'abri de la baisse des prix, les partisans et les systèmes juridiques se sont concentrés sur le *quantum plurimi* où l'influence d'une conception d'un côté, accablante mais de l'autre, gratifiante est encore plus transparente.

2. – Procédons maintenant à une digression historique et comparative pour mieux comprendre les dimensions et les termes du problème.

Dans le Droit romain classique la doctrine la plus influente ⁽²⁾ enseigne que dans les jugements de droit strict et dans ceux de bonne foi, ayant pour objet un *genus*, on évaluait le moment de l'estimation du dommage contractuel à la date d'exécution, lorsqu'elle avait été fixée. (D. 45, 1, 59; D. 13, 3, 4; D. 12, 1, 22; D. 13, 6, 5) ; si, au contraire, elle n'avait pas été fixée, on se référait au début du retard (*tempus morae*) ou au jour de la demande judiciaire (*tempus litis contestationis, quanti ea res est* : D. 17, 1, 37; D. 13, 3, 4) ⁽³⁾.

Dans le cas d'une variation à la hausse ou à la baisse du prix entre la date d'échéance

(1) E. BETTI, *La litis aestimatio in rapporto al tempo nelle varie specie di azioni e di giudizi*, Camerino, 1919, p. 26.

(2) E. BETTI, *op. loc. cit.* ; E. BETTI, *Diritto romano*, Padoue, 1935, p. 515, 544, 568, 578, 582 ; P. YOCI, *Risarcimento del danno e processo formulare nel diritto romano*, Milan, 1938, p. 15 et suivantes ; id., *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milan, 1939, p. 47.

(3) E. BETTI, *La litis aestimatio*, cité, p. 8, 10 et suivantes ; id., *Diritto romano*, cité, p. 566 et suivantes, 570 et suivantes ; P. YOCI, *op. ult. cit.*, p. 20.

du terme et la demande, dans les jugements de bonne foi indiqués ci-dessus ayant pour objet un *genus*, le créancier pouvait choisir alternativement le prix le plus élevé qui a été atteint par le bien à l'échéance ou au jour de la demande (*quanti plurimi*).

Dans les jugements de bonne foi ayant, au contraire, pour objet une *species*, l'estimation était effectuée par rapport aux valeurs au jour de la décision (*rei judicandae tempus* : D. 13, 6, 2, 2 Ulpianus 28 ad ed. ; D. 19, 1, 3, 3 Pomponius 9 ad Sab.)⁽⁴⁾. La référence au *tempus rei judicandae* était dans une logique indemnitaire, car dans le Droit classique les intérêts moratoires n'étaient pas reconnus pendant toute la durée du procès, de la *litis contestatio* à la condamnation⁽⁵⁾.

Une éventuelle différence entre l'*aestimatio rei* à la décision et l'*id quod interest* n'était pas un obstacle insurmontable, étant donné que, comme l'a remarqué Siber⁽⁶⁾, l'estimation était effectuée tantôt sur la base du *quanti ea res erit* et tantôt sur la base de l'*id quod interest*, selon le type de formule utilisée, c'est pourquoi leur équivalence était uniquement tendancielle.

Le même critère du *tempus rei judicandae* était adopté pour les actions arbitrales, où la formule prévoyait que le juge ordonne, avant toute chose, la restitution (*arbitratus de restituendo*) et qu'il fixe, en son absence, l'équivalence⁽⁷⁾. Ici le *quanti ea res erit* était en corrélation avec le jour différé de l'hypothétique restitution du bien, dont il était l'équivalent.

Inversement, le dommage extracontractuel était estimé à la valeur la plus haute atteinte dans les 30 jours précédents le vol (D. 13, 1, 8 § 1; D. 47, 2, 50)⁽⁸⁾.

Dans le droit postclassique et justinien le recours au *tempus rei judicandae* s'est généralisé dans les *judicia bonae fidae*⁽⁹⁾. Dans le cas de baisse des prix le créancier pouvait choisir le *quanti plurimi*

(4) E. BETTI, *La litis aestimatio*, cité, p. 12, 26 et suivantes

(5) P. VOCI, *op. ult. cit.*, p. 13 ; G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle usure c.d. legali nel diritto romano*, Milan, 1969, p. 205, 273, n° 127.

(6) H. SIBER, *Romisches recht*, Leipzig, 1982, 2, p. 241 ; P. VOCI, *ouvrage cité* pages 2, 16.

(7) M. KASER, *Quanti ea res est*, Münchener beitrage, 1935, XXIII ; p 182, 195 ; P. VOCI, *op. ult. cit.*, p. 2, note 5. Des *judicia arbitraria* en général, E. BETTI, *Diritto romano*, cité, p. 579.

(8) P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Milan, 1952, p. 448.

(9) P. BONFANTE, *op. cit.*, p. 449 ; U. RATTI, dans *Bullettino di diritto romano*,

entre le *tempus morae* et celui de la décision (D. 19, 1, 3 § 3; D. 19, 1, 21 § 3; D. 17, 1, 37).

Ici, la référence concernant les prix au jour de la décision était justifiée car le principe de *in illiquidis non fit mora* existait. L'impossibilité de calculer les intérêts moratoires sur la créance non liquide d'indemnisation du dommage, rendait inévitable que les nouveaux prix soient ceux du jour de la décision, en plus souvent à la hausse, pour la base de l'estimation, pour actualiser l'indemnisation acquittée en retard.

3. – Dans le droit commun, Alciato, Duareno et Fabro⁽¹⁰⁾, prenaient comme base d'estimation du dommage, les valeurs en cours au moment de la décision dans les jugements de bonne foi s'il n'y avait pas de retard, et si, au contraire, il y avait du retard, ils prenaient son début. Dans les jugements de droit strict on prenait les valeurs en cours au jour de la demande.

Donello (Comm. al D. 1, XII, tit. 1, 1, 22 numéros 5, 19-21; XIII, tit. 1, 3, 22 numéros. 12, 13, 25) adoptait le jour de la demande dans les actions contractuelles ayant pour objet un *genus* et précisait ici «que cela ne devait pas concerner le retard»⁽¹¹⁾.

Dans l'hypothèse du retard, prévalait une conception issue d'une logique à la fois accablante pour le débiteur et gratifiante pour le créancier avec le recours au *quanti plurimi*.

Ceci était, dans un certain sens, une conséquence directe du principe *in illiquidis non fit mora*, dont on a déjà parlé et qui a dominé pendant de nombreux siècles en Italie et qui domine d'ailleurs encore et, par conséquent, de la préoccupation de procurer au créancier un avantage remplaçant les intérêts moratoires absents et de l'autre côté, l'opinion que le débiteur en retard mérite toutes les sanctions⁽¹²⁾.

Le choix était exacerbé par les commentateurs et par Bartolo (ad lege 22 del rebus creditis) qui laissait le créancier arbitre de choisir la valeur la plus élevée que la chose aurait atteint durant le retard, jusqu'à la valeur actuelle au jour de la décision⁽¹³⁾.

(10) ALCIATUS, *De eo quod interest*, Venise, 1589, t. V, ff. 4-14 ; F. DUARENUS, *Commentaria in Digesta*, Lyon, 1583 ; I. FABRO, *Commentaria in Institutiones justinianeas*, Venise, 1532.

(11) H. DONELLUS, *Commentaria Juris civilis, Opera omnia*, Lucca, 1752, livre XXVI.

(12) F.C. SAVIGNY, *Sistema di diritto romano attuale*, Turin, 1896, VI, § 275, p. 198.

(13) BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Commentaria*, Venise, 1590, tome II, p. 165.

Donello a soutenu le même parti (Comm. ad. D. 1, XII tit. 1, n° 22, n° 5, 19-2 1 ; XIII tit. III L. 3 numéros 12, 13, 25) concernant les actions contractuelles qui avaient pour objet une *species*.

Dans le droit statutaire le recours au *quanti plurimi* pendant le retard est transparent dans plus d'un Statut comme par exemple dans celui de Pise (Constit usus cap. XXXII, XXXIII, XXXIV).

Vinnio (Select juris qua est I chapitre 39), Voet (Comm. ad. Pand. XIII, 3, 3), Pacius (Conciliat cento 3 n° 72), Fachineus (Controvers. 1, 2, chapitre 74) et Saide (Decis, Frisiis, 1.3 tit. 4 définition 8) soutinrent que dans les jugements *stricti juris*, en cas de mise en demeure, le créancier pouvait choisir le *quanti plurimi* entre le début du retard et la *litiscontestatio* en cas de retard et, dans les jugements de bonne foi, entre le début du retard, la *litiscontestatio* et la décision.

4. – Examinons maintenant le cadre du Droit romain en rapportant les opinions issues des pandectes allemands du siècle dernier. Le recours au *quanti plurimi* pendant le retard, pour un acte illicite a été soutenu par Puchta et Arndts mais critiqué par Mommsen et Sintenis⁽¹⁴⁾. L'estimation du dommage contractuel sur la base de la plus haute cotation atteinte par ce bien durant le retard et jusqu'à la décision, qui indique souvent aussi la valeur la plus élevée, a été soutenue par Madai, Schilling et Fritz⁽¹⁵⁾. Savigny, Vangerow et Brinz ont, toutefois, admis la possibilité pour le débiteur de prouver que le créancier n'aurait pas vendu à ce prix⁽¹⁶⁾. Windscheid va dans le même sens, après avoir abandonné une position plus favorable au débiteur⁽¹⁷⁾.

D'autres auteurs ont soutenu que pour reconnaître ce prix plus élevé, il faut que le créancier, qui se plaint d'avoir subi un dommage d'inexécution dans la prestation d'un bien, démontre et prouve «qu'il l'aurait vendu à ce prix» (Sintenis) si on le lui avait livré ou au moins qu'il «avait l'intention

(14) T. MOMMSEN, *Lehre von interesse*, Brunswick, 1855, p. 183, 208 ; C.F. SINTENIS, *Prackt.gem. civilrecht*, Leipzig, 1868, II, § 93, note 41 ; F.G. PUCHTA, *Pandekten*, Leipzig, 1838, § 268.

(15) MADAI, *Die lehre von der mora*, Halle, 1835, § 45, p. 296.

(16) F.C. SAVIGNY, *op. cit.*, §§ 275-278, p. 240-260 ; VANGEROW, *Pandekten*, Marburg, 1865-1876, voir 3, § 588 ; A. BRINZ, *Pandekten*, Erlangen, 1873, voir 2, § 273.

(17) B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, Turin, 1930, II, p. 103, 104 et la bibliographie citée dans la note 15.

et l'occasion de vendre» (Unger) ou encore qu'il avait «l'occasion de vendre» (Cohnfeldt)⁽¹⁸⁾.

Ce qui signifie exiger de la part du créancier la preuve qu'il aurait conservé l'investissement dans ce bien jusqu'au jour où il aurait atteint la cotation la plus élevée et qui coïncide souvent avec «la valeur actuelle à la décision».

Par conséquent, à la différence des prédecesseurs, l'opinion des pandectes, à l'exception de Madai, Schilling et Fritz, ne va plus dans le sens d'accorder au créancier une faculté arbitraire de choix du *quanti plurimi* dans une logique pénale à l'égard du débiteur retardataire. Ils ont plutôt mis l'accent sur l'indemnisation, même si elle est comprise comme la cotation la plus élevée atteinte *medio tempore* jusqu'à la décision. C'est pourquoi, le *quanti plurimi* était vu en fonction d'une présomption d'investissement dans le bien jusqu'au moment où il atteignait la cotation la plus élevée, même si cela devait être la valeur actuelle au jour de la décision.

Par conséquent, l'avantage de la hausse des prix était attribué au créancier comme le résultat d'un désinvestissement supposé à ce moment là si le bien avait été livré dans les délais. Ceci devait équivaloir à mettre le créancier dans la condition dans laquelle il se serait trouvé s'il n'avait pas subi de préjudice, c'est-à-dire indemniser son dommage.

Il est évident que les partisans de l'opinion qui met à la charge du créancier la preuve qu'il aurait vendu à ce prix (Sintenis, Unger) est la plus proche de celle de l'indemnisation du dommage, alors que celle qui présume une réalisation à un prix plus élevé avec la preuve contraire à la charge du débiteur qu'à ce prix il n'aurait pas vendu (Savigny, Mommsen, Vangerow, Brinz) s'en éloigne plus.

5. – La tradition du Droit romain, comme nous l'avons vu a fini par privilégier l'*aestimatio rei* par rapport à l'*id quod interest*, dans l'indemnisation du dommage, bien qu'ayant accueilli la *differentia* spécifique.

L'estimation sur la base des prix à la décision, en plus à la hausse, et dans ce cas le *quanti plurimi*, sont en fait des manifestations du critère objectif dans une logique accablante pour le débiteur.

(18) COHNFELDT, *Die lehre von interesse nach rom. Recht.*, Leipzig, 1865, p. 196 et suivantes ; UNGER, *System des oest. allg. Privatrechts*, II, Leipzig, 1859, p. 132, note 10.

Le droit canonique et ses interprètes sont allés dans la direction opposée qui avait pour préoccupation centrale l'*id quod interest*.

Ce Droit, préoccupé de ne pas privilégier l'usure, a accordé une attention particulière à différencier le dommage émergent du manque à gagner, dont la possibilité d'indemnisation, quand elle n'est pas exclue ⁽¹⁹⁾, était limitée par des précautions particulières et par des preuves rigoureuses afin qu'elle ne déborde pas en un gain pour le créancier et donc dans l'usure. Ceci supposait inévitablement une définition correcte du domaine d'application de l'*id quod interest* c'est-à-dire «de la reconstruction idéale de la situation dans laquelle le créancier se serait trouvé, selon le cours ordinaire des choses, s'il n'avait pas subi le dommage».

Le manque à gagner qui pouvait dériver de marchandises ou de négociations devait être évalué au net des dépenses de stockage et de gestion, devait tenir compte de l'incertitude du gain supérieur ou inférieur et jusqu'à présent de la possibilité de pertes, selon des critères de vraisemblance, etc...une plus grande prudence était également conseillée à propos des preuves, vu qu' «avec peu d'argent on peut se procurer des preuves d'occasions rapides d'investissement auprès des courtiers en bourse et des notaires» et l'on devait prendre comme point de comparaison «ce gain que l'emprunteur ferait en achetant ou en vendant la marchandise à un prix supérieur ou inférieur par rapport à l'emprunt» ⁽²⁰⁾ qui du reste était l'intérêt du marché.

Le Tribunal de la Rote Romaine fixa comme condition pour l'indemnisation du manque à gagner, la notification préalable par le créancier au débiteur du type d'investissement choisi avec toutes les autres conditions qui, selon Paolo di Castro, furent définies militaires ⁽²¹⁾. Egalement les autres Rotes qui suivaient l'opinion plus modérée de Ruino, recommandaient, de toute façon, d'effectuer des déductions de cette quantité de dommage, même si elle semblait prouvée, en raison de l'incertitude du gain et parce qu'elle était le résultat d'un calcul hypothétique et non d'un engagement et d'un risque subi ⁽²²⁾.

(19) C. NANI, La théorie de l'*id quod interest* sous l'influence de la législation et des doctrines canoniques dans les Archives Serafini, 1876, p. 223, 229 note 3.

(20) G.B. DE LUCA, *Il dottor volgare*, Rome, 1673, p. 406, 409.

(21) C. NANI, *op. cit.*, p. 224, 226, note 1.

(22) C. NANI, *op. cit.*, p. 217-221, 226, n° 2.

Même l'estimation du dommage émergent était sujette à des précautions spéciales de la part des tribunaux dépendants de la Rote Romaine, où l'on exigeait que le créancier porte à la connaissance du débiteur le programme d'investissement et de dépenses, selon l'opinion de Mohedano. La subsistance du retard était subordonnée à des preuves particulièrement sévères.

Par conséquent, le problème à propos du jour auquel se référer pour l'estimation du dommage se posait en termes absolument différents pour le Droit canonique par rapport au Droit romain et au droit commun et se basait nécessairement au moment de la vérification du dommage.

Il faut, ici, souligner la modernité de la conception de ce Droit en la matière, souvent négligée, qui dérivait de la sensibilité déployée pour éviter l'usure du créancier et de l'engagement à la dépénaliser l'indemnisation. L'absence de référence au *tempus rei judicandae* ou au *quanti plurimi* doit être vue sous cet angle.

6. – L'enseignement de Pothier⁽²³⁾ et l'orientation de fond des législations modernes précisant que le dommage est indemnisable dans des limites bien précises doit être considérée comme étant en ligne avec le développement du Droit canonique.

Dire que l'indemnisation se base sur *l'id quod interest* et non sur *l'aestimatio rei*⁽²⁴⁾ est une opinion dominante dans le droit moderne.

On a l'habitude, en général, d'exagérer l'axiome selon lequel notre ordre juridique et les autres systèmes poursuivraient l'objectif de l'indemnisation intégrale du dommage même loin dans le temps, de manière à en tirer des conséquences plus lourdes pour le débiteur⁽²⁵⁾.

Un tel postulat contredit les limites précises à l'indemnisation mises en place par les législateurs actuels.

En effet, le dommage qui peut être évité⁽²⁶⁾, celui qui dépend du concours de la victime, le dommage contractuel fautif non prévisible au moment de la formation du contrat⁽²⁷⁾ n'est pas indemnisable.

(23) POTHIER, *Traité des obligations*, Paris, 1764, numéros 159, 172.

(24) Parmi tant d'auteurs italiens, par exemple, A. DE CUPIS, *Il danno*, Milan, 1966, n° 45, et bibliographie citée céans.

(25) Cass. civ., 12 janvier 1982, n° 132, dans *Répertoire Foro it.*, 1982, rubrique *Danni civili*, n° 152 ; Cass. civ., 6 février 1982, n° 693, *ibidem*, n° 151, parmi d'autres.

(26) Art. 1227, alinéa 2 du CC, en adéquation avec le principe de solidarité affirmé d'après *Relazione min. al CC*, numéros 30-34 ; en Allemagne § 254, alinéa 2 du BGB ; en Suisse article 34 du Code des obligations ; il est aussi accueilli dans le Droit français et espagnol.

(27) Art. 1225 du CC ; art. 1150 du CC français ; art. 1107 du CC espagnol.

Le manque à gagner doit être liquidé en tenant compte des circonstances du cas, c'est-à-dire avec modération⁽²⁸⁾. La tendance des législateurs est d'accentuer les limites de l'indemnisation. Ceci délimite objectivement l'indemnisation à la sphère la plus proche du dommage.

7. – Toutefois, la doctrine et la jurisprudence contemporaines des pays européens se sont, à mon avis, attardées sur une tendance beaucoup plus rétrograde que celle des législateurs. L'influence de la culture du Droit romain est transparente.

Et, ainsi, bien qu'en théorie le principe dominant est que seul *l'id quod interest* fait partie de l'indemnisation, en pratique on continue à privilégier le recours à *l'aestimatio rei*, comme lorsqu'on liquide le dommage sur la base des prix courants au jour de la décision.

Les limites déjà citées que nous avons indiquées dans le cadre temporel du dommage proche du jour de sa vérification, sont à leur tour comprises dans un sens réducteur et trompeur.

Ainsi, la prévisibilité ne s'étendrait pas à la quantité, même approximative, du dommage parce qu'il serait, dans tous les cas, prévisible que les prix varient en eux-mêmes⁽²⁹⁾. De même, éviter le dommage n'équivaudrait pas à se mobiliser de manière active jusqu'à la substitution du bien détruit, périmé ou non acquitté, mais à adopter un simple comportement passif⁽³⁰⁾.

Sur ces prémisses, passons maintenant en revue le cadre comparatif des opinions dominantes en doctrine et en jurisprudence dans différents pays.

En *Allemagne*. Le principe dominant dans ce pays est que le calcul doit être effectué sur la base des prix courants au jour où le dommage est concrètement indemnisé.

Sous l'aspect processuel, ceci se traduit dans l'adoption des prix et

(28) Art. 2056, alinéa 2 du CC ; et aussi § 252, alinéa 2 du BGB. L'enseignement de POTHIER allait dans le sens de la modération, *op. cit.* n° 168, qui, incorporé, dans l'art. 47 de l'avant projet du Code Napoléon, ne fut toutefois pas accueilli.

(29) Pour un récapitulatif voir BELLINI, *L'oggetto della prevedibilità del danno*, dans la *Riv. dir. comm.*, 1954, II, p. 302 et suivantes. Pour l'extension au quantum : C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, dans le Commentaire du Code Civil sous la direction de Scialoja et Branca, Livre quatrième, Des obligations (articles 1218-1229²), Bologne - Rome, 1979, sous l'art. 1225, p. 389, note 8 ; A. DE CUPIS, *Il danaro*, cité, p. 345 et suivantes.

(30) Parmi les nombreuses Cass. civ., 6 août 1983, n° 5274, dans *Foro it.*, 1984, I, c. 2819 ; Cass. civ., 15 juillet 1982, n° 4174, dans le *Rep. Foro it.*, 1982, rubrique *Danni civili*, n° 53.

des salaires courants au jour du dernier débat oral devant le juge des faits et il faut considérer, dans ce cas, l'autre développement du dommage, jusqu'à la prestation prévisible de l'indemnisation. Si après le dernier débat d'autres dommages apparaissent, la partie lésée peut les faire valoir lors d'un nouveau procès et, en cas de diminution, peut produire une contre-plainte exécutive⁽³¹⁾. Dans ce cas, toutefois, le montant du dédommagement peut être fixé en fonction de circonstances préalables à l'indemnisation. C'est le cas, par exemple, de la victime qui a réparé ou acheté des pièces de rechange, ou encore d'une indemnisation pour une affaire perdue qui aurait dû avoir lieu à une date fixée à l'avance, ou lorsque le développement des dommages s'est conclu définitivement pour d'autres raisons.

Concernant les intérêts, si, selon le paragraphe 290 du BGB, pendant le retard, l'objet a été perdu ou ne peut pas être restitué pour une autre raison, le créancier a droit aux intérêts légaux de 4% sur le montant du dommage à partir du jour auquel se base la définition de la valeur : §§ 288, 290, 849 du BGB⁽³²⁾.

En cas de soustraction d'objet abîmé, la victime peut demander les intérêts légaux sur le montant de remplacement à partir du jour où la valeur réduite a été déterminée. C'est généralement le jour de l'intervention ou de l'évènement destructeur. Une demande plus élevée n'est pas exclue.

En *France*. Une orientation moins récente estimait le dommage par rapport aux valeurs courantes au jour de leur vérification⁽³³⁾.

Suite aux décisions du 24 mars 1942 de la Chambre des Requêtes, du 15 juillet 1943 et du 12 janvier 1948 de la Cour de Cassation, la jurisprudence dominante, a adopté la théorie opposée des prix et des salaires courants au jour de la décision, concluant que «l'indemnité nécessaire pour compenser le préjudice doit être calculée sur la valeur de dommage le jour du jugement»⁽³⁴⁾.

(31) GRUNSKY, *Münchener-Kommentar*, Munich, 1985, vor § 249 BGB Rnr. 124 ff.; PALANDT, Munich, 1985, § 249, n° 9 ; STAUDINGER, Berlin, 1983, § 249 BGB Rnr. 238 ff.; GLOSSER, *Der zeitpunkt der schadens bemessung im deliktsrecht*, Fribourg, 1977.

(32) Parmi tant d'autres, BAUMBACH, DUDEN, HOPT, Munich, 1985, § 352, 353, HGB.

(33) Jurisprudence citée, dans H. et L. MAZEAUD, dans *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, Paris, 1950, numéros 2420-8.

(34) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 544.

Le même critère est suivi par la doctrine faisant le plus autorité en la matière. Mazeaud, Savatier, Lalou ⁽³⁵⁾, parmi de nombreux auteurs, établissent les prix à la décision, à la hausse ou à la baisse, avec toutefois le correctif qu'en cas de baisse, afin d'obtenir l'indemnisation du dommage supplémentaire de retard, le créancier peut prouver qu'il aurait vendu avant à un prix plus élevé (Mazeaud, n° 2423-5, Savatier n° 603). Et ceci parce qu' : «il a perdu la chance de vendre ses titres aux cours pratiqués entre le vol et le jugement» et qu'une telle perte de *chance* doit être indemnisée ⁽³⁶⁾.

Ainsi, l'opinion qui adhère au *quantum plurimum* est indirectement reprobée.

La même conclusion est adoptée en matière de dommage en devise étrangère où l'on fait référence à la conversion au jour du paiement ⁽³⁷⁾. Les intérêts moratoires prennent effectivement effet au jour de la décision (LALOU, *op. cit.*, n° 73, MAZEAUD, *op. cit.*, n° 2247). Inversement, l'opinion d'indexer le dommage sur le coût de la vie pour les créances en valeur, n'est pas suivie, comme c'est le cas en Italie.

La référence au jour de la décision et la prise d'effet des intérêts moratoires à partir de cette date proviennent *in primis* du caractère attributif et pas simplement déclaratif de la partie de la décision qui liquide le dommage (LALOU, *op. cit.*, n° 73, MAZEAUD, *op. cit.*, n° 2261, SAVATIER, *op. cit.*, n° 602).

L'opinion prédominante est que le dommage soit unique et invariable à partir du jour de sa production jusqu'au jour de la décision (MAZEAUD, *op. cit.*, n° 2420-14) et que la variation des prix, considérée en soi comme prévisible, ne provoque pas de changement du dommage. À ce propos, il a été écrit que «le dommage, lui n'a pas varié, il est toujours de la perte de cet objet» alors que «sa valeur seule a changé» (MAZEAUD, *op. cit.*, numéros 2422, 2435-5).

Toutefois quelques correctifs sont introduits qui minent la cohérence des principes fondamentaux. Et ainsi, lorsque la victime a

(35) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, numéros 2420-6, 2421, 2423, 2423-9; R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Paris, 1951, II, p. 602 ; H. LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile*, Paris, 1962, n° 181.

(36) En ce sens, MAZEAUD, *op. cit.*, numéros 2423-5, parle d'un préjudice supplémentaire.

(37) R. SAVATIER, *op. cit.*, n° 605 ; H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, numéros. 2423-13 et suivantes ; H. LALOU, *op. cit.*, n° 186, et jurisprudence citée ci-dessus.

réparé tout seul le dommage, on doit se référer à la quantité d'argent qu'il a dépensé ⁽³⁸⁾, et dans le cas où il a subi une invalidité permanente et qu'il soit ensuite décédé d'une cause indépendante, il faut se baser sur le salaire en cours au jour de la mort et non au jour de la décision ⁽³⁹⁾.

Enfin, les intérêts finissent par prendre effet au jour de la demande et sont qualifiés d'intérêts compensatoires et non de moratoires, débordant dans le gain de la victime.

En *Belgique*. La Cour de Cassation a abandonné la référence la plus ancienne au jour du dommage et a adopté le jour de la décision ⁽⁴⁰⁾.

En *Espagne*. La jurisprudence prend comme jour de référence *el tiempo de ejercicio de la acción*, c'est-à-dire le jour de la demande ⁽⁴¹⁾.

Le jour de la décision n'est pas proposé parce qu'il est retenu comme inconciliable avec le principe de l'art. 359 du Code de Procédure de la congruence entre décision et demande.

En général, on exclut que les intérêts moratoires prennent effet à partir de la demande, «parce qu'il n'y a pas de retard lorsque la quantité sollicitée résulte illiquide» ⁽⁴²⁾. Un tel postulat est actuellement soumis à des révisions critiques de la doctrine (J. Santos Briz, L. Diez-Picazo, M. Albaladejo) qui penche pour une prise d'effet des intérêts au jour de la demande ⁽⁴³⁾.

Sous l'influence italienne, une partie de la doctrine la plus récente (J. Santos Briz, L. Diez-Picazo) et de la jurisprudence soutient maintenant l'introduction de la catégorie des créances en valeur ⁽⁴⁴⁾. Cette catégorie est définie comme celle «où l'argent fonctionne comme un équivalent à d'autres biens ou d'autres services» ⁽⁴⁵⁾ et non

(38) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 2423-2, et jurisprudence citée ci-dessus aux notes 2 et 3 ; SAVATIER, *op. cit.*, n° 606.

(39) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 2419. Toutefois généralement on se charge du salaire le jour de la décision : MAZEAUD *op. cit.*, n° 2421 ; H. LALOU, *op. cit.*, n° 181.

(40) Cass. belge, 7 février 1946, dans MAZEAUD, *op. cit.*, numéros 2480-8, note 21.

(41) Tribunal Suprême, 30 octobre 1956, et jurisprudence consolidée, dans J. SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil en derecho sustantivo y procesal*, Madrid, 1981, p. 289.

(42) Tribunal Suprême, 28 février 1975 et 12 juillet 1973, dans J. SANTOS BRIZ, *op. cit.*, p. 343 et suivantes.

(43) L. DIEZ-PICAZO, Y ANTONIO GILLON, *Sistema de derecho civil*, Madrid, 1978, II, p. 157 ; ALBALADEJO, *Derecho civil, II, Derecho des obligaciones*, Barcelone, 1980, § 32, p. 179.

(44) J. SANTOS BRIZ, *op. cit.*, p. 289 et suivantes ; décision du 20 mai 1977, I Tribunal Suprême, *ibidem*, p. 343.

(45) L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Madrid, 1983, I, p. 464-477.

comme moyen nominal d'échange. On penche aussi pour l'ajout des intérêts à partir de la demande jusqu'à la réévaluation monétaire, comme en Italie, dupliquant ainsi le dédommagement, qui déborde dans le gain ⁽⁴⁶⁾.

En *Grande Bretagne*. La jurisprudence et la doctrine prennent comme référence les prix et les salaires au jour de l'inexécution (Philips voir Ward, 1956, J.W.L. 471) ou du dommage ou des dommages consécutifs (voir les auteurs cités par Mazeaud n° 2358 n° 2).

Aux *États-Unis d'Amérique*. On se réfère au jour du dommage ou au jour du dommage successif, en tenant compte de la dévaluation de la monnaie (voir HARPER AND JAMES, volume II, § 25 ; RITA HAUSER, *Breach or Contracts Damages during inflation*, 23 *Tulane Law Rev.* 307, 322, 1959, cité par Mazeaud et Tunc, II, p. 567, note 21).

Au *Canada*. La jurisprudence se base sur les valeurs et les salaires en cours au jour de l'inexécution ou du délit ⁽⁴⁷⁾. La loi du 21 février 1957 a introduit dans le Code Civil du Québec l'art. 1056 où les intérêts prennent effet à partir de la demande judiciaire, en surmontant ainsi le principe *in illiquidis non fit mora*.

En *Suisse*. Le dommage est estimé au jour de sa vérification et à celui-ci on ajoute les intérêts et le dommage majeur de retard, art. 116 du Code des obligations. Les obligations en devise étrangère sont exprimées en francs suisses et les éventuelles différences de change postérieures, sont liquidées uniquement en tant que dommage de retard si on peut démontré qu'il aurait changé ⁽¹⁸⁾.

Dans les *conventions internationales de La Haye du 1er juillet 1964* et de *Vienne du 11 avril 1980*. L'art. 84,1 de la Convention de La Haye et l'art. 76 de celle de Vienne adoptent le critère, dans le cas du dommage pour résiliation contractuelle, de se référer aux prix courants au jour de la résiliation du contrat et non au jour où il aurait pu être résilié. Ceci équivaut, à titre approximatif, au jour de la demande.

La solution donna lieu à de vives discussions à la conférence de Vienne et le Président lui-même la critiqua parce qu'elle aurait encouragé

(46) Ainsi SANTOS BRIZ, *op. cit.*, p. 315.

(47) P. AZARO, *Jurisprudence et doctrine canadiennes en matière de responsabilité civile* (supplément au traité de H. LALOU, Paris, 1962, p. 18).

(48) Tribunal fédéral suisse, dans *Raccolta decisioni*, 1960, II, p. 340 ; 1947, II, p. 193 ; 1946, II, p. 380 ; F. BOLLA, *Repertorio di giurisprudenza patria*, 1936, p. 472 ; SCHNITZER, *Manuale di diritto privato della Svizzera*³, p. 667.

la partie qui résilie le contrat à spéculer au détriment de l'autre partie. Il a, toutefois, été observé que l'on devrait appliquer le correctif d'exclure les dommages supplémentaires évitables, par exemple, avec un remplacement plus rapide.

L'opinion doctrinale qui tient compte des «coûts bénéficiaires» dans le calcul du dommage en général ⁽⁴⁹⁾ est appréciable, alors que celle favorable à la conversion au jour du paiement ne paraît pas cohérente.

8. – Voyons maintenant les orientations en vogue en Italie.

À l'époque du Code Civil de 1865, la jurisprudence oscilla entre l'estimation du dommage, surtout si contractuelle, selon la valeur de la prestation au jour de l'inexécution ⁽⁵⁰⁾ ou, au contraire, selon celle au jour du rétablissement. Cette opinion a, en particulier, prévalu lorsque, au lieu de résilier le contrat, le créancier demandait et obtenait la condamnation à l'exécution et que celle-ci restait inexécutée.

Le calcul de l'invalidité permanente de la personne était effectué sur le salaire courant au jour de la vérification du dommage. Pour la période allant de l'inexécution à la liquidation, on y ajoutait les intérêts légaux, qualifiés de compensatoires pour leur fonction évidente de taux d'actualisation de l'indemnisation et non de moratoires, en vertu du principe *in illiquidis non fit mora*.

En doctrine, Albertario, Ascoli, Brugi, Chironi, De Ruggiero, Stolfi ⁽⁵¹⁾ ont soutenu que l'estimation devait être effectuée sur la base de la valeur de la chose au jour où elle aurait dû être acquittée alors que d'autres, et plus particulièrement Tedeschi, se réfèrent au jour de la décision.

Les travaux de Tedeschi ⁽⁵²⁾ se distinguèrent pour leur appareil doctrinal et leur cohérence dogmatique et ils influencèrent la doctrine successive. Le problème du cours de change a également été abordé de manière controversée pour savoir si on devait,

(49) F. BONELLI, *La responsabilità per danni*, dans *La vendita internazionale*, cahier n° 39 de *Giur. comm.*, Milan, 1981, p. 265, note 36, p. 265-266, p. 281 et suivantes, 291 et suivantes

(50) Cass. Florence, 11 décembre 1887, dans *Rass. compl. Giur. sul c.c.*, Milan 1923, p. 429, n° 204 ; C. Appel Gênes, 13 mars 1900, *ibidem*, p. 768, n° 5439.

(51) ALBERTARIO, *Monitore dei tribunali*, 1910, p. 22 ; ASCOLI, *Codice civile annotato*, Milan, 1920, sous l'art. 1931, n° 81 ; BRUGI, *Istituzioni di diritto civile*, Milan, 1923, p. 265 ; CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, Milan, 1906, II, n° 434 bis, p. 369 ; id., *Colpa contrattuale*, p. 584 et suivantes ; N. STOLFI, *Diritto civile*, Milan, 1934, III, n° 353.

(52) 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.

évaluer la prestation en retard en monnaie étrangère ⁽⁵³⁾, à la date d'échéance ou au jour du paiement.

En écrivant : «on a laissé à la doctrine et à la jurisprudence la détermination du jour, auquel on doit se référer pour l'estimation du dommage» ⁽⁵⁴⁾, le nouveau législateur de 1942 n'a pas voulu résoudre le problème de fond.

Toutefois le principe de *in illiquidis non fit mora* a été surmonté par l'art. 1219 alinéa 2 n° 1 du CC, et l'art. 1227 du CC a imposé au créancier l'obligation d'éviter l'aggravation du dommage ⁽⁵⁵⁾. Les conséquences de ces préceptes n'ont pas été adoptées dans toute leur ampleur à l'égard de notre problème.

La jurisprudence dominante, formée sur le nouveau Code Civil a qualifié l'indemnisation du dommage de créance en valeur. Elle estime le dommage au jour de sa vérification et puis le réévalue par rapport à la dévaluation monétaire successive jusqu'à la liquidation ⁽⁵⁶⁾.

Plus récemment, on a affirmé l'orientation alternative du calcul de l'indemnisation sur la base des prix et des salaires ⁽⁵⁷⁾ au jour de la liquidation car - il a été retenu - que les deux méthodes parviennent par des voies différentes au même résultat pratique ⁽⁵⁸⁾. On ajoute également les intérêts légaux qui continuent à être qualifiés de compensatoires et non de moratoires, bien que le principe du *in illiquidis non fit mora* ⁽⁵⁹⁾ soit considéré comme totalement dépassé. Ils sont calculés tantôt sur le capital réévalué ⁽⁶⁰⁾, tantôt sur le capital d'origine ⁽⁶¹⁾.

(53) Pour un récapitulatif de la doctrine et de la jurisprudence, voir G. VALCAVI, *Il corso di cambio e il danno da mora nelle obbligazioni in moneta straniera*, Riv. dir. civ., 1985, II, p. 253 et suivantes, notes 5, 6 et 7.

(54) Rapport du Garde des Sceaux, n° 721.

(55) En ce sens que notre système n'accueille pas le principe de *in illiquidis non fit mora* : Parmi tant d'autres Cass. civ., 12 janvier 1976, n° 73, dans le *Rep. Giur. it.*, 1976, c. 2968, n° 282.

(56) Parmi tant d'autres, . Cass. civ., 28 février 1984, n° 1420 ; Cass. civ., 6 février 1984, n° 890, dans *Mass. Giust. civ.*, 1984, numéros. 296, 452.

(57) Cass. civ., 5 août 1982, n° 4297, dans *Rep. Giur. it.*, 1982, rubrique *Danni*, c. 815, n° 55. Au contraire pour la référence au fait voir : C. Appel Gênes, 2 septembre 1966 ; C. Appel Gênes, 9 juillet 1946 : C. Appel Gênes, 4 mars 1966, dans *Rep. Giur. it.* 1944-47, rubrique *Responsabilità civile*, numéros 192, 195, 196.

(58) Cass. civ., 4 juillet 1979, n° 3814, dans *Rep. Giust. civ.*, 1979, p. 732, n° 135.

(59) Cass. civ., 30 mars 1985, n° 2240, dans le *Rep. Giust. civ Civile*, 1985, rubrique *Danni* colonne 731, n° 24.

(60) Cass. civ., 13 juillet 1983, n° 475, dans *Mass. Giust. civ.*, 1983, n° 1677 ; Cass. Ass. Plén., 19 juillet 1977, n° 3216, dans *Mass. Giust. civ.*, 1977, n° 1269.

(61) Cass. civ., 09 juillet 1984, n° 3992, dans *Rep. Giur. it.*, 1984, c. 2182, n° 272, parmi tant d'autres.

Les tendances de notre doctrine sont, au contraire, beaucoup plus articulées et contrastantes. Le dommage délictueux est estimé, respectivement, au jour de sa vérification par Greco ⁽⁶²⁾ et Peretti Griva ⁽⁶³⁾ et, au contraire, au jour de la liquidation par Ascarelli ⁽⁶⁴⁾, De Cupis ⁽⁶⁵⁾ et Nicolo ⁽⁶⁶⁾. Passons maintenant au dommage contractuel. Celui de résiliation pour inexécution est calculé sur la base des valeurs courantes au jour de l'inexécution par Nicolo ⁽⁶⁷⁾ et par Greco ⁽⁶⁸⁾, au jour de la demande judiciaire par Ascarelli ⁽⁶⁹⁾, Mengoni ⁽⁷⁰⁾ et Raffaelli ⁽⁷¹⁾ et, enfin, au jour de la décision par Mosco ⁽⁷²⁾.

Ascarelli et Greco procèdent au nivellement monétaire ⁽⁷³⁾. Le dommage de périssement fortuit du bien durant le retard est estimé par rapport au jour du périssement par Mengoni et Nicolo ⁽⁷⁴⁾ et au jour de la décision par Ascarelli ⁽⁷⁵⁾. Ce dernier estime aussi au jour de la décision, le dommage pour livraison manquée de la chose, après la condamnation à l'obligation d'exécution. Il est, par ailleurs, enclin à des solutions inspirées de la logique accablante du *quanti plurimi* ⁽⁷⁶⁾.

On y ajoute également les intérêts monétaires à partir de la demande, qui sont estimés compensatoires.

Enfin, l'auteur de ces lignes a soutenu que le dommage, en général, doit être estimé par rapport aux prix et aux salaires en

-
- (62) P. GRECO, *Debito pecuniario, debito di valore e svalutazione monetaria*, dans *Riv. Dir. comm.*, 1947, II, p. 112.
- (63) PERETTI GRIVA, *Momento di valutazione del danno nell'illecito aquiliano*, dans *Giur. it.*, 1947, I, 2, c. 51 et suivantes
- (64) T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, dans *Commentario del c.c.* sous la direction de Scialoja et Branca, Livre Quatrième, *Delle obbligazioni* (art. 1277-1284), Bologne - Rome, 1963, sous l'art. 1279, n° 179, p. 522.
- (65) A. DE CUPIS, *op. cit.*, I, p. 269.
- (66) R. NICOLÒ, *Gli effetti della svalutazione della moneta*, dans *Foro it.*, 1946, IV, c. 50 et suivantes
- (67) R. NICOLÒ, *op. cit.* c. 51.
- (68) P. GRECO, *op. loc. cit.*
- (69) T. ASCARELLI, *op. cit.*, p. 526.
- (70) MENGONI, *Rassegna critica di giurisprudenza*, dans *Temj*, 1946, p. 581 et suivantes.
- (71) G.A. RAFFAELLI, *Intorno al momento della determinazione del danno*, dans *Foro pad.*, 1946, I, c. 89 et suivantes ; id. dans *Foro pad.*, 1946, I, c. 553.
- (72) MOSCO, *Effetti giuridici della svalutazione*, Milan, 1948, p. 83.
- (73) P. ASCARELLI, *op. cit.*, p. 519 ; P. GRECO, *op. loc. cit.*
- (74) MENGONI, *op. loc. cit.* ; R. NICOLÒ, *op. cit.*, c. 51.
- (75) T. ASCARELLI, *op. cit.*, p. 521, note 1, et p. 525.
- (76) T. ASCARELLI, *op. cit.*, p. 523, 531, et 532, où à la note 1, il propose la distribution des présomptions et des charges de la preuve contraire de manière analogue à celle proposée à l'époque des pandectes.

vigueur au jour de la vérification ⁽⁷⁷⁾ alors que le retard consécutif avec lequel est acquitté l'équivalent doit être indemnisé en recourant à la règle clé de l'art. 1224, alinéas 1 et 2 du CC, qui s'applique aussi également aux obligations pécuniaires non liquides car le critère *in illiquidis non fit mora* est abandonné.

Et ainsi, au capital du dédommagement doivent s'ajouter les intérêts légaux et l'indemnisation moratoire supplémentaire de l'art. 1224, alinéa 2 du CC qui est identifiée comme étant l'écart entre les intérêts et la rentabilité normale de l'argent ⁽⁷⁸⁾. De cette manière, en ajoutant au capital d'origine sa rentabilité monétaire normale consécutive jusqu'au paiement, on obtient la restauration complète du dommage.

9. – Commençons maintenant un examen critique du fondement des opinions qui, dans les différents ordres juridiques, estiment le dommage sur la base des prix courants à des jours plus ou moins proche de l'indemnisation, au lieu du jour de sa vérification.

Nous discuterons, ensuite, du fondement des opinions qui, à l'inverse, indexent les créances sur le taux de dévaluation ou de réévaluation monétaire (c'est-à-dire les créances en valeur).

En dernier lieu, nous proposerons une solution qui semble mieux correspondre à la nature et aux aspects variés du problème dont Huberius, sur les traces de Cujacio, écrivait que «*nihil est apud interpretes judicesque hac obscuritate celebrius*» (79).

Commençons par le premier sujet, et partons de l'estimation de ce dommage qui consiste en la soustraction, le préjudice, la livraison manquée d'une chose.

Les opinions qui se sont affirmées ont fini par fonder cette estimation sur des valeurs courantes au jour de la demande judiciaire et, surtout, au jour de la décision. A ce propos, le principe de *in illiquidis*

(77) G. VALCAVI, *Riflessioni sui c.d. crediti di valore, sui crediti di valuta e sui tassi di interesse*, dans *Foro it.*, 1981, I, c. 2112 ; id., *Evitabilità del maggior danno art. 1227, alinéa 2 du CC. e rimpiazzo della prestazione non adempiuta*, dans *Foro it.*, 1984, I, c. 2820 ; id., *Ancora sul maggior danno da mora nelle obbligazioni pecuniarie : interessi di mercato o rivalutazione monetaria*, dans *Foro it.*, 1986, I, c. 1540.

(78) G. VALCAVI, *Rivalutazione monetaria o interessi di mercato?*, dans *Foro it.*, 1980, I, c. 118 ; id., *La stima del danno nel tempo con riguardo alla inflazione alla variazione dei prezzi e all'interesse monetario*, dans *Riv. Dir. civ.*, 1981, II, p. 332 et suivantes.

(79) HUBERIUS, *Praelectiones iuris civilis*, Leipzig, 1707, *Tit. de condict. tritic.* 3, dans TEDESCHI, *op. ult. cit.*, p. 242, note 2.

non fit mora, largement dominant également en Italie jusqu'à il y a encore peu de temps, a joué un rôle important.

Il n'a pas permis de distinguer le dommage d'inexécution (délictueux) de celui dérivant plutôt du retard dans la prestation équivalente, permettant ainsi d'envisager un dédommagement différent et distinct pour l'un et l'autre. Cela a conduit à faire de ceux-ci, un seul dommage. Cette manière de comprendre l'indemnisation est rudimentaire et est d'autant plus exclue aujourd'hui, que le principe de *in illiquidis non fit mora* est complètement abandonné⁽⁸⁰⁾.

Il faut lire les opinions de certains juristes étrangers, qui estiment que le dommage est unique du jour où il se produit jusqu'à sa liquidation et qu'il reste identique en dépit de la variation des valeurs, à la lumière de ces éclaircissements.

En réalité, il ne semble pas possible de distinguer dommage et valeur, vu que le dommage est essentiellement une valeur économique⁽⁸¹⁾, et qu'un changement en modifie son ampleur et son existence même. Ainsi, par exemple, dans le cas d'actions industrielles, la réalisation d'une hausse de leur valeur ne sera envisageable que comme un manque à gagner, alors qu'une perte de valeur de ces valeurs si, par exemple, la société fait faillite, fera que le dommage ne pourra pas être considéré comme resté inchangé dans le temps. Ces propositions apparaissent, toutefois, inacceptables. Par conséquent, il faut souligner ici que le dommage qui dépend directement d'un délit ou d'une inexécution (dolosive ou fautive) est tout à fait différent de celui causé par le retard avec lequel l'équivalent est acquitté (le plus souvent fautif), et que les règles et les contenus des indemnisations respectives sont aussi différentes.

Concernant le retard, l'indemnisation moratoire ordinaire a de l'importance dans les obligations pécuniaires, elle s'applique certainement aussi aux créances non liquides pour l'abandon du principe déjà évoqué. On ne peut pas être d'accord avec l'autre opinion selon laquelle le créancier aurait droit à la valeur au jour de la décision ou à la cotation majeure intermédiaire, étant donné qu'il a droit à la chose à tout moment. En fait, la logique qui dirige l'indemnisation du dommage est différente de celle qui concerne la prestation de la chose due, c'est-à-dire son exécution spécifique⁽⁸²⁾. Cette dernière est due pour ses avantages spécifiques

(80) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, numéros 2420-11, 2420-15, 2421, 2423.

(81) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 2389.

(82) Sur cet argument, se basent les opinions des partisans de l'estimation à la décision ou au *quantum plurimi*. Toutefois, pour un aperçu critique : G. TEDESCHI, dans la *Riv. Dir. comm.*, cité, p. 243.

quelle que soit sa valeur d'échange, à la hausse ou à la baisse, alors que ceci a beaucoup d'importance dans l'indemnisation du dommage⁽⁸³⁾.

Le choix du créancier entre exécution spécifique et indemnisation du dommage, lorsqu'elle est possible, n'est pas, par conséquent, un choix homogène mais virtuellement un choix entre deux valeurs différentes se référant à deux moments différents⁽⁸⁴⁾. En pensant les choses différemment, l'obligation compensatoire finirait par se réduire à une obligation alternative par rapport à celle d'exécution et si la prestation pécuniaire était plus attrayante que celle en nature, elle équivaldrait à un *quanti plurimi*.

Une telle façon de voir a quelque raison réglementaire uniquement dans ces systèmes différents du nôtre où l'on peut réclamer l'indemnisation uniquement après avoir agi infructueusement pour l'exécution⁽⁸⁵⁾. Par conséquent, on ne peut pas accueillir en Italie la proposition de ces auteurs qui estiment le dommage au jour de la décision lorsque la victime a tout d'abord agi pour l'exécution⁽⁸⁶⁾ parce que la réintégration peut être exclue par le juge si elle est retenue extrêmement onéreuse selon l'art. 2058, alinéa 2, du CC, tant et si bien que la valeur relative ne constitue pas un paramètre certain de l'indemnisation par l'équivalent.

L'autre justification, selon laquelle le créancier patienterait d'avoir l'indemnisation pour pouvoir réparer le dommage⁽⁸⁷⁾, n'est pas plus acceptable. Cette thèse aussi est exclue du devoir de coopération incombant à la victime d'éviter l'aggravation du dommage, codifié par notre système et par d'autres systèmes, et qui s'étend au remplacement rapide du bien.

L'opinion contraire dévalorise le devoir de solidarité d'un comportement actif par rapport à un comportement de simple attente.

L'adoption des valeurs courantes au jour de la décision ne se justifie pas non plus, en vertu de la raison fondamentale de faire participer le créancier au bénéfice d'une de leur hausse à la place du débiteur qui, s'il en était autrement, serait injustement avantagé⁽⁸⁸⁾.

(83) Cet élément différentiel fut déjà accueilli par les juristes romains là où ils précisaient que l'exécution concernait la *omnis utilitas* de la chose alors que le dédommagement concernait au contraire sa valeur d'échange (c'est-à-dire le *quanti ea res est, erit, fuit*).

(84) G. VALCAVI, *Riflessioni sui c.d. crediti di valore*, cité, *op. cit.*

(85) Ainsi en Allemagne §§ 288, 290, 849 du BGB.

(86) T. ASCARELLI, *op. cit.*, p. 523 ; L. MENGONI, *op. loc. cit.*

(87) F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milan, 1954, II, §§ 115, 257 ; G. TEDESCHI, dans la *Riv. dir. priv.*, cité, p. 263.

(88) Un tel argument se retrouve dans TEDESCHI, dans la *Riv. dir. comm.*, cité, p. 245.

En fait, leur hausse est purement virtuelle parce qu'elles peuvent être plutôt paritaires ou en baisse. Dans ce dernier cas, la victime ne recevrait pas l'équivalent de cette chose qui lui était due au moment opportun et encore moins, une indemnisation pour le retard, même si elle est uniquement forfaitaire. Et, ainsi, pour le faire participer à la hausse, on finit par le grever également d'une baisse imprévisible bouleversant la règle du transfert du risque du créancier après le retard avec la *perpetuatio obligationis*.

Ceci a été perçu par les juristes qui ont recouru au remède du *quantum plurimi*.

On ne peut, toutefois, pas être d'accord avec une telle opinion manifestement inspirée d'une logique de récompense pour le créancier et affligeante pour le responsable du dommage. Elle est, de toute façon, inadéquate là où, dans tous les cas, elle laisse le dommage non couvert pour la période qui va du jour du supposé désinvestissement à la cotation majeure jusqu'au jour de la prestation concrète de l'indemnisation.

Le fait que l'on finisse de toute façon par ajouter les intérêts, à partir du jour du délit (ou de la demande dans la responsabilité contractuelle) équivaut à leur reconnaître la fonction de taux d'actualisation temporel irremplaçable, également pour les créances non liquides, au lieu du jour de la variation postérieure des valeurs, de manière à ce que ce résultat coïncide avec le résultat plus à jour, de la chose soustraite, endommagée ou non acquittée.

Il reste à voir si l'hypothèse de tirer profit d'une hausse des prix est aberrante pour le débiteur, ou si cela a quelque raison d'être.

À mon avis, la circonstance que celui-ci ne puisse pas tirer avantage de la réalisation d'une baisse des prix justifie qu'il ne puisse pas être grevé d'une hausse éventuelle. Et vice versa, il ne semble pas que le créancier puisse bénéficier d'une hausse vu qu'il ne court plus le risque de leur baisse.

Ceci rentre dans la logique du transfert du risque sur le débiteur prévu par la *perpetuatio obligationis*.

Arrivé à ce point, il convient d'élargir le discours sur la signification de la *perpetuatio obligationis*. Cette dernière, est généralement comprise comme la simple matérialisation de l'objet de la prestation due⁽⁸⁹⁾. De cette manière, le transfert du risque est

(89) C'est ce sens qui a été adopté par QUADRI, *Le clause monetarie*, Milan, 1981,

perçu du point de vue limité de la *res debita*, de sorte que cette *numquam perit*.

Une telle façon de voir les choses est, par ailleurs, excessivement réductrice.

La *perpetuatio obligationis*, selon l'avis de celui qui écrit, doit être comprise au contraire comme la matérialisation du risque, c'est-à-dire de la valeur économique de la prestation due⁽⁹⁰⁾. La même insensibilité du créancier à subir le périssement de la chose due doit être ramenée à cette logique. Le transfert du risque doit être compris dans les deux sens, de manière à ce que, en principe, une baisse des prix ne nuise pas au créancier, comme une hausse ne pourra pas lui être bénéfique : et de la même manière le débiteur ne tirera pas avantage de leur baisse, mais ne sera pas affecté par une hausse.

Ce qui se dit des prix s'étend à n'importe quelle variation des valeurs, positive ou négative, comme c'est le cas d'une entreprise qui rencontre des pertes importantes et qui réduit ou remet son capital à zéro ou qui, vice versa, traverse une phase prospère.

Le calcul des pertes ou profits successifs ne peut pas influencer l'estimation de la *badwill* ou de la *goodwill*, c'est-à-dire du dommage à la charge ou en faveur du créancier⁽⁹¹⁾ et, *a fortiori*, ne peut pas accueillir cette opinion qui voudrait arrêter l'estimation au jour du périssement⁽⁹²⁾.

À la lumière de ces réflexions, il ne semble pas que le débiteur subisse un avantage injuste en n'étant pas grevé d'une hausse postérieure des prix, à attribuer au créancier, puisque ce dernier ne court plus le risque de leur baisse. La façon opposée de comprendre les choses finit par ne pas se libérer des difficultés du *quanti plurimi* qui est une conception typiquement pénale et, en tant que telle, à refuser.

10. – Après un examen plus approfondi, les opinions dominantes durant les époques et encore aujourd'hui, et dont nous avons parlé ci-dessus, ont en commun, à mon avis, l'erreur de fond de privilégier l'*aestimatio rei* à l'*id quod*

p. 146 et suivantes ; FAVARA, dans *Foro it.*, 1954, I, c. 742. Pour un aperçu plus général, M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Perpetuatio obligationis*, Padoue, 1979, p. 4 et suivantes.

(90) Ainsi aussi : F. CARNELUTTI, dans la *Riv. dir. comm.*, 1929, I, p. 47, 50 ; G. VALCAVI, *Il corso di cambio e il danno da mora*, cité dans *Riv. dir. civ.*, 1985, II, p. 258 ; R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, Messine, 1967, III, p. 138 ; PESTALOZZA, dans *Giur. it.*, 1946, I, 2, c. 364.

(91) Pour des aperçus concernant, L. GUATRI, *La valutazione delle aziende*, Milan, 1984.

(92) MENGONI, *op. loc. cit.* ; T. ASCARELLI, *op. cit.*, p. 521, note I, et p. 525.

interest, sur lequel repose depuis toujours, selon l'opinion commune, l'essence du dommage et sa correcte indemnisation. Il faut rappeler que *l'id quod interest* est la différence, en termes monétaires, résultant de la confrontation entre la situation patrimoniale dans lequel la victime se serait trouvée selon le cours normal des événements si elle n'avait pas subi de tort, et celle dans laquelle elle se trouve à cause de celui-ci ⁽⁹³⁾.

L'*aestimatio rei*, en revanche, se traduit dans le prix, qui est la valeur instantanée du bien à un certain moment et, comme disait Sénèque, *pretium enim pro tempore est*.

On ne peut pas exclure, en théorie, que parfois l'indemnisation calculée sur la base de l'intérêt corresponde à la valeur objective d'une chose donnée : mais ceci arrive dans le cadre d'une correspondance occasionnelle et non par coïncidence des critères ⁽⁹⁴⁾.

Il a été écrit, à ce propos, au sujet des formules romaines, qu'alors que dans le *quanti ea res est*, l'occasionnelle convergence des deux critères était beaucoup plus probable, l'intérêt et la véritable *rei aestimatio* tendaient à prendre, dans le temps, une position antithétique.

Bien que discordants entre eux les résultats concernant l'emploi de l'un ou l'autre critère, vouloir prendre comme référence le même prix du même jour, est vite dit. Prenons, par exemple, le prix au *tempus rei judicandae*, en supposant qu'il soit en hausse par rapport à celui au jour de l'inexécution.

La méthode de l'*aestimatio rei* conduira à calculer l'indemnisation sur la base de ce prix.

Au contraire, si l'on utilise le critère désigné dans *l'id quod interest*, on envisagera la prestation du bien en temps voulu, on supposera la conservation successive de l'investissement de ce bien jusqu'au jour de la décision (fait qui devra être démontré par la victime) et enfin, on devra retirer de ce gain brut les frais de conservation et les charges financières qui auraient

(93) La *differenztheorie* est communément accueillie dans les divers ordres y compris dans ceux anglo-saxons ; voir E. BETTI, *Id quod interest*, dans *Noviss. Digesto it.*, VIII, s.d., mais Turin, 1975, p. 133 ; A. DE CUPIS, *Il danno*, cité, p. 49 et suivantes. En ce sens, le manque à gagner est défini par le paragraphe 252, alinéa 2, du BGB allemand.

(94) G. PUGLIESE, dans *Foro it.*, 1955, I, c. 578 et suivantes

pesés à moyen terme sur cet investissement ⁽⁹⁵⁾. Une éventuelle plus-value, au net des coûts, comme nous l'avons dit précédemment, relèvera uniquement d'un manque à gagner de *gain-capital*, fruit d'un investissement envisagé pour la durée déterminée (le tout est à démontrer) et non d'un dommage émergent passé, estimé selon les valeurs actuelles au jour de la décision.

Cet aspect a été adopté par Mengoni, là où par rapport à la proposition d'indemniser la destruction ou la perte d'une chose délictueuse, sur la base du prix au jour de la décision, il a exclu que l'on puisse calculer ultérieurement le manque à gagner étant donné qu'il «est déjà englobé» dans le prix actuel ⁽⁹⁶⁾.

Un investissement en cours depuis une époque précédant la décision est considéré par ceux qui supposent, dans le cas d'une baisse, un désinvestissement à un prix précédent supérieur (qu'il soit présumé comme *quanti plurimi* ou qu'il soit prouvé). Il comprend tout l'espace temporel pendant lequel il peut y avoir, en théorie, cette cotation supérieure, c'est-à-dire de l'inexécution à la décision. Ici aussi on accueillera l'inexactitude de l'*aestimatio rei*, là où celle-ci suppose la valeur de la chose au jour d'une hypothétique exécution retardée le jour de la décision, au lieu de, comme pour le prix du désinvestissement d'un bien acquis, le jour où l'exécution était attendue et successivement conservée jusqu'à ce que l'on décide d'en disposer.

Avec ceci, la comparaison, entre la situation présente et celle issue d'une reconstruction idéale, selon l'ordre naturel des choses, est omise si le tort n'était pas intervenu.

Ainsi, la réalisation d'une éventuelle plus-value n'est pas accueillie dans son essence intime d'hypothétique manque à gagner et est plutôt mal comprise comme valeur nouvelle et plus à jour du dommage émergent. L'examen des «coûts-bénéfices» de cet investissement et de sa réalisation acquiert une importance fondamentale.

L'analyse de la situation dans laquelle la victime se serait trouvée met en relief que ceci serait arrivé : a) avec *certaines coûts* (charges financières relatives à la contre prestation due, dépenses pour la conservation, l'entretien et ainsi de suite) ; b) avec *certaines bénéfices* (augmentation de la valeur d'échange, fruits de la chose, au net des coûts de

(95) Les canonistes furent attentifs à l'épuration des coûts, parmi eux G.B. DE LUCA, *op. loc. cit.*

(96) L. MENGONI, *op. loc. cit.*

production) ; c) *avec un certain risque que l'on veut courir* (comme celui posé par la variabilité des prix). Ce dernier élément mérite une attention particulière ⁽⁹⁷⁾.

Dans le risque de l'éventualité de gagner, il y a celle de perdre qui en constitue l'équivalent. Dans ceci, se concrétise la logique d'agir à ses propres risques dans laquelle se réalise l'auto responsabilité et sur laquelle se base l'imputabilité. Après coup, comme dans le cas des prix déjà cotés, il manque l'incertitude qui est essentielle au risque.

Vu sous cet angle, le critère de l'*aestimatio rei* s'avère complètement erroné, parce qu'il finit par calculer la valeur actuelle du supposé investissement dans un bien, sans toutefois déduire les coûts qui auraient été supportés *medio tempore* pour celui-ci, et sans tenir aucunement compte du risque.

Un tel calcul au brut et non au net des coûts déborde dans un gain en faveur de la victime et dans une punition à la charge du débiteur. Il faut dire la même chose de celui qui attribue le bénéfice de la hausse des prix, même au net des coûts, à celui qui agit pour la résiliation du contrat et qui refuse de cette façon, de courir le risque ultérieur. Tout cela fut correctement accueilli par les anciens canonistes, qui interdisaient l'usure, par Pothier et par les législateurs successifs, qui comme notre art. 2056, alinéa 2 du CC, prescrivent la modération dans la liquidation du manque à gagner à la différence du dommage émergent.

11. – Voyons maintenant quel sens a, dans le cadre indiqué ci-dessus, l'estimation du dommage à un jour différent et postérieur à sa vérification, à la décision, à l'indemnisation ou à la demande. L'adoption d'un des jours ci-dessus, équivaut à codifier que l'investissement dans un bien aurait, *a priori*, duré

(97) (97) Le manque à gagner a été correctement identifié dans la différence entre profits et coûts par Cass. civ. du 28 octobre 1975, n° 3619, dans *Rep. Giust. civ.*, 1975, p. 734, n° 115.

respectivement jusqu'à la décision, jusqu'à l'indemnisation ou jusqu'à la demande et que le désinvestissement et son résultat se seraient vérifiés selon des valeurs et des prix courants au jour voulu. C'est-à-dire que cela ne dépend plus de la preuve de la victime ou de la reconstruction idéale de la situation hypothétique à comparer avec celle vérifiant la détermination du dommage, de son jour et de sa valeur, mais qu'ils sont résolus selon le schéma abstrait voulu et *a priori* imposé à tous, victime y compris.

Il est plutôt évident qu'une éventuelle plus-value de la hausse des valeurs des prix courants au jour prédéterminé, ne peut pas être attribuée à la victime, sinon comme manque à gagner de l'investissement qui est supposé jusqu'à ce moment.

Il est toutefois fait abstraction, de façon incompréhensible, de l'examen de ses "coûts-bénéfices" si bien que le gain manqué est calculé au brut des coûts.

Toutefois, les valeurs et les prix peuvent être en baisse ou identiques au moment de la décision (de l'indemnisation ou de la demande) par rapport au jour où la chose devait être acquittée. Un examen des «coûts-bénéfices» de l'investissement *a priori* supposé de cette durée avec le résultat d'aggraver le calcul doit sans aucun doute être réalisé.

Il ressort de ce schéma, que l'attention portée sur le «risque» est négligée et, ce qui est pire, que la règle de la *perpetuatio obligationis* est contredite.

Et étant donné qu'il est prévisible que la victime allègue qu'elle n'aurait pas conservé cet investissement pendant cette durée et avec ce résultat, on finit inévitablement par tomber dans les suggestions de la logique pénale du *quanti plurimi*.

Ou, ce qui est la même chose, en permettant à la victime de prouver, après coup, qu'elle aurait conservé l'investissement pour peu ou longtemps de manière à en tirer des bénéfices ou même un bénéfice supérieur. On ne pense pas non plus au fait qu'elle devrait de toute façon démontrer le calcul des "coûts-bénéfices", et donc au bout du compte, elle est même dispensée de fournir la preuve du gain net.

La règle du transfert du risque finit ainsi par être comprise de manière *claudicante*, comme le transfert de l'éventualité de perdre et le maintien de celle de gagner. Il n'est pas nécessaire de dire combien tout cela s'oppose, avant tout, à la règle de notre art. 1223 du CC et aussi avec les règles processuelles sur les charges de la preuve et sur la correspondance entre la demande et la prononciation de la décision, justement mises en relief par les juristes espagnols.

Il est à peine utile d'observer que le schéma implicite dans le choix du jour de l'estimation se résout dans une présomption *a priori* que

ce dommage était prévisible et non évitable. Il est présumé par l'opinion critiquée, que le débiteur pouvait prévoir le comportement économique du créancier, c'est-à-dire qu'il aurait conservé cet investissement, pour cette durée, et qu'il aurait fait place au désinvestissement au niveau des prix désirés. Et, étant donné que même cela devrait être prévisible, on se dispense, depuis l'époque de Pothier, d'une démonstration à cet égard grâce à l'axiome que chacun peut prévoir que les prix varient de manière abstraite et que la prévision sur la quantité de dommage⁽⁹⁸⁾ n'est pas nécessaire. Et ceci représente une exagération conceptuelle plutôt évidente. À mon avis, avec cette vision des choses et ces discours, on finit, au contraire, par codifier la non application de la règle pour laquelle le dommage doit être prévisible.

On peut dire la même chose de l'autre condition, que l'aggravation du dommage n'aurait pas pu être évitée (art. 1227, alinéa 2 du CC). La fait que le schéma dont nous avons parlé ci-dessus adopte, pour l'estimation, les valeurs courantes au jour de la décision (ou de l'indemnisation, ou au moment de la demande), équivaut également à reconnaître qu'un dommage de cette ampleur ne pouvait pas être évité. De cette façon, le devoir de coopération du créancier ne peut que se réduire à un comportement de simple attente et être compris de manière à vider de son contenu le précepte de l'art. 1227, alinéa 2, du CC.

L'opinion critiquée finit ensuite par ajouter à ses calculs, les intérêts qu'elle définit comme compensatoires. Il n'est pas donné d'en comprendre la raison. En principe, ils accèdent à une créance pécuniaire liquide. Cette condition de la liquidité ne se retrouve manifestement pas dans l'obligation d'indemnisation du dommage qui, même si pécuniaire – comme je l'affirme fermement –, est toutefois non liquide.

On ne partage, toutefois pas la cohérence de l'opinion dominante qui, même contre l'évidence, nie le caractère pécuniaire de l'obligation, pour ensuite ajouter les intérêts monétaires.

La définition de leur caractère compensatoire constitue sous cet angle une reconnaissance en plus, comme principe, de la fonction de taux d'actualisation des valeurs dans le temps, réservée à l'intérêt monétaire.

(98) La prévisibilité concerne le comportement économique global et son résultat probable qui exige aussi une évaluation si la variation des prix n'est pas anormale.

Arrivé à ce point, on ne voit pas quel sens peut avoir l'adoption des valeurs et des prix supérieurs en cours par la suite pour actualiser le dommage au moment de la décision, de l'indemnisation ou de la demande et y ajouter les intérêts compensatoires, reproduisant ainsi cette même l'actualisation. En ce sens, le Droit romain ceux qui, aujourd'hui, n'ajoutent pas les intérêts monétaires démontraient une plus grande cohérence. Nous avons indifféremment parlé plus haut de valeurs et de prix en mettant toutefois l'accent sur ces derniers. Il est opportun de dire que les mêmes considérations peuvent également se répéter telles quelles pour la variation des valeurs intrinsèques des biens.

12. – Il semble que c'est maintenant le moment d'ajouter qu'aucun des différents moments proposés (décision, indemnisation, demande) ne paraît avoir en lui-même une réelle justification.

En réalité, pour qui s'efforce de faire coïncider la valeur du dommage avec celle de l'indemnisation en jouant sur les prix les plus proches de celle-ci, une plus grande justification devrait être reconnue, comme le font la doctrine et la jurisprudence allemandes, au jour où le dédommagement est concrètement réalisé.

Elles admettent que le créancier puisse demander dans un jugement successif, la différence issue de la hausse des prix après le dernier débat oral de second degré et que le débiteur puisse exciper à son tour la survenue d'une baisse grâce à la contre-plainte exécutive ⁽⁹⁹⁾.

Il ne semble pas, concernant ce qui s'est dit ci-dessus, que l'on puisse partager un tel choix sauf à admettre une éternelle *querelle* qui finit par remettre en question l'autorité même de la chose jugée. À plus forte raison, on ne réussit pas à comprendre quelle justification peuvent avoir des moments aussi éloignés, aussi bien du jour de l'indemnisation que de la vérification du dommage, comme le jour de la demande et celui de la décision. Ils ne semblent pas s'harmoniser non plus avec les règles du procès inhérent à ces derniers.

Commençons par le jour de la demande.

C'est le critère qui est utilisé, comme on l'a vu, dans le Droit romain classique et commun, par le recours au *quanti ea res est*, qui est encore utilisé aujourd'hui dans le Droit espagnol et par certains de nos juristes à propos du dommage pour résiliation contractuelle. Il est motivé

(99) PALANDT, *op. loc. cit.* ; GRUNSKY, *op. loc. cit.*

par l'importance que le jour de la demande est généralement déterminant dans toute procédure judiciaire et dans ce cas l'inexécution peut être considérée vraiment définitive uniquement après la présentation de la demande de résiliation qui exclut l'exécution ultérieure ⁽¹⁰⁰⁾.

Ce critère est plutôt arbitraire parce que en optant pour le jour où il présente la demande judiciaire, le créancier choisit aussi la valeur de la chose sur laquelle se base l'estimation. Cela va à l'encontre de toutes les objections de principe, même si cela concerne l'intervalle entre vérification du dommage et demande. Si la demande est proposée lorsque le développement du dommage est encore en cours, cette référence est même inopportune. Elle laisse, de toute façon, l'indemnisation sans couverture pour la période qui va de la demande à la prestation de l'indemnisation.

Ici, le recours à l'expédient de calculer les intérêts compensatoires est symptomatique de la fragilité des bases sur lesquelles il se fonde, étant donné que cela suppose la reconnaissance du caractère pécuniaire de la créance et de la fonction d'actualisation des valeurs de l'intérêt.

Passons maintenant à l'examen de l'opinion qui prend en considération le jour de la décision (*tempus rei iudicandae, quanti ea res erit*).

Ce choix est, en général, justifié par le fait qu'il transformerait la créance en ressource pécuniaire et qu'il aurait un caractère attributif et non déclaratif (Savatier, Lalou, Mazeaud, etc...).

Ces propositions ne paraissent pas fondées, car la créance à l'équivalent est, par définition, pécuniaire à l'origine, même si non liquide, et ne le devient pas en raison de la décision, à laquelle il ne faut, de toute façon, pas reconnaître un caractère constitutif ⁽¹⁰¹⁾.

La décision est généralement identifiée comme celle de deuxième instance.

Ce choix pêche ici par défaut parce qu'il s'agit d'une décision de second degré et par conséquent non définitive. Mais il pêche aussi par excès parce que le juge ne peut pas obtenir d'office, des informations sur les

(100) T. ASCARELLI, *op. cit.*, p. 526 ; L. MENGONI, *op. loc. cit.*

(101) À propos du caractère déclaratif de la décision de condamnation, CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale*, Naples, 1923, p. 174 ; CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padoue, 1936, I, p. 149. Le caractère déclaratif est reconnu aussi par H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 2261, qui reconnaît toutefois un élément attributif dans l'exécutoire.

valeurs courantes au moment où il émet la décision et encore moins sur les «coûts-bénéfices» et sur la durée de l'investissement. Le preuve doit lui être fournie par les parties.

A ce point, le moment de la décision finit par s'identifier avec le dernier moment où, en théorie, les parties peuvent produire la preuve. De manière très opportune la doctrine allemande fixe ce moment sur le plan procédural, à celui du dernier débat oral, devant le juge des faits, et non à la décision. Il correspondrait, dans notre système, à l'audience de précision des conclusions du procès d'appel de l'art. 352 du Code de Procédure Civile ; mais on ne réussit pas à comprendre quelle justification peut avoir une audience de procédure de ce genre pour arrêter l'estimation du dommage.

Même si les preuves étaient présentées à cette audience, elles ne seraient sûrement admises et discutées que plus tard.

Il est exclu, dans notre système, que l'on puisse avoir «en temps réel» le cours des valeurs, leur acquisition pour l'instruction et la liquidation du dommage. Il s'ensuit, par conséquent, un manque de coïncidence desdits moments et c'est pourquoi, en repoussant l'instruction et encore plus la décision, les valeurs ne peuvent pas être des valeurs actuelles, mais du passé, et aucune d'entre elles n'est plus significative que celle de la vérification des faits.

Ceci est particulièrement évident dans les cas fréquents où la liquidation suppose le recours aux expertises. La course des valeurs et des prix, toujours à jour, postulerait la nécessité pérenne d'expertises toujours nouvelles, de preuves toujours nouvelles, sur de nouvelles valeurs, créant ainsi une phase d'instruction permanente.

Il est à peine le cas de relever que dans notre ordre juridique, l'admission de nouvelles preuves en appel n'est pas la règle, mais plutôt l'exception et concerne sûrement des faits et des valeurs antérieurs et extérieur au procès.

La référence de l'estimation aux derniers prix et valeurs et plus à jour, finit ainsi par bouleverser toutes les règles procédurales connues et par rendre tout à fait inutile l'institution du serment estimatif, qui deviendrait inconciliable avec la recherche de nouvelles valeurs ⁽¹⁰²⁾.

(102) Sur la compatibilité des nouvelles preuves avec le jugement estimatoire : C. LESSONA, *Teoria delle prove*, Florence, 1985, pages 451, 555.

Mais il faut dire, qu'en général, il ne semble pas qu'il soit justifié de coordonner l'exercice de la protection de ses droits et la durée du procès, qui appartient à la sphère de l'activité publique, avec des conséquences pénalisantes pour l'autre partie, même si elles sont limitées à la hausse des prix. L'autre cas est celui du défendeur qui résiste de mauvaise foi de l'art. 96 du Code de Procédure Civile. Dans cette hypothèse, le juge pourra, s'il le retient utile, condamner le défendeur de mauvaise foi qui résiste à liquider aussi l'écart entre les prix et les valeurs courantes plus élevés à la fin du procès. Il s'agit d'une peine infligée dans des cas spécifiques. Elle est, d'ordinaire, exclue car on ne peut pas procéder à des généralisations inacceptables.

13. – L'estimation aux prix et au cours de change de la décision et, *a fortiori* au paiement, n'est pas recevable dans l'indemnisation du dommage en devise étrangère, comme je l'ai déjà soutenu dans un écrit publié dans cette *Revue*. Elle n'applique pas l'art. 1278 du CC et fait courir à la victime le double risque de la baisse des prix et du cours de change, en opposition avec la *perpetuatio obligationis*⁽¹⁰³⁾.

On ne peut pas non plus recourir au mécanisme artificiel de conversion de la monnaie étrangère en liras et la réévaluer⁽¹⁰⁴⁾, parce que l'étranger ne peut pas détenir et dépenser des liras provenant d'un compte interne tant et si bien que les indices internes ne le concernent pas. Ici aussi la distinction entre indemnisation du dommage de base, selon l'estimation et le cours de change au moment de sa vérification et celle moratoire, en termes d'intérêts et de différence éventuelle de change, est la seule autorisée.

14. – De la même manière, la capitalisation du dommage permanent à la personne sur la base du revenu (salaire, rétribution, etc.) en vigueur à la décision⁽¹⁰⁵⁾ est erronée. Un tel critère n'est pas acceptable.

En fait, il ne semble pas justifié de calculer l'invalidité temporaire sur, par exemple, le salaire en vigueur le jour de l'évènement préjudiciable et, au contraire, l'invalidité permanente au jour de la décision.

Le salaire ou revenu à la décision est influencé par des contingences très différentes

(103) Cfr. G. VALCAVI, *Il corso di cambio*, cité, p. 256 et suivantes, p. 263 et suivantes, p. 266.

(104) Dans le sens opposé, G. CAMPEIS-A. DE PAULI, *La r.c. dello straniero*, Milan, 1982, p. 392 et suivantes, p. 406 et suivantes, p. 416 et suivantes, et jurisprudence citée p. 421. Sur la trace du *quanti plurimi*, Cass. civ., 16 mai 1981, n° 3239, dans *Foro it.*, 1982, I, c. 779.

(105) Parmi tant d'autres, . Cass. civ., 11 août 1983, n° 5351, dans *Mass. Giust. civ.*, 1983, n°

d'ordre général concernant les conditions de l'offre et de la demande sur le marché du travail, qui sont apparues à ce moment là. Il est influencé, dans ce cas, à plus forte raison par les conditions personnelles de la personne concernée.

Il est notoire que, dans le temps, certaines catégories augmentent et d'autres diminuent leur capacité de revenu, en fonction de facteurs les plus divers liés à l'organisation du travail, aux relations syndicales, au processus technologique et à la croissance ou à la récession productive en général.

Même devant l'inflation certaines catégories régressent, d'autres progressent, tant et si bien qu'il a été retenu, à tort, que le calcul sur la base du salaire au moment de la décision est équivalent à celui à l'époque du fait préjudiciable successivement réévalué.

A plus forte raison, le salaire de la personne lésée en vigueur au moment de la décision ne paraît pas significatif, car elle pourrait être au chômage, à la retraite et ainsi de suite. Dans tous les cas, on devrait déduire la baisse de capacité de revenu sur la base de la capacité réduite de travail à ce moment-là, du fait qu'il n'est pas utilisable aux fins souhaitées.

S'il n'est pas diminué, le revenu serait une base paramétrique insuffisante de la perte permanente de gain. Habituellement, on effectue le calcul sur la base du salaire au moment de la décision, tandis que pour la durée de vie restante on se réfère au jour de l'évènement préjudiciable ⁽¹⁰⁶⁾. Le résultat équivaut à ce qui s'obtiendrait en supposant qu'au moment de l'évènement préjudiciable la victime bénéficiait du plus haut revenu, qu'elle obtiendra, en revanche, à long terme, à la décision.

Un calcul cohérent devrait se baser sur des données homogènes, comme le salaire et la durée de vie restante se référant pareillement à l'évènement préjudiciable ou à la décision.

L'opinion courante veut que si l'accidenté est mort pour une cause indépendante avant la décision, il faut se référer au salaire en vigueur au moment de la mort ⁽¹⁰⁷⁾. Ceci contredit la thèse de principe.

D'après ce qui s'est dit ici on remarquera que, pour avoir de l'importance, le salaire au moment de la décision,

(106) Cass. civ., 11 janvier 1969, dans *Mass. Giust. civ.*, 1969, n° 29 ; F. MASTRO PAOLO, *Il risarcimento del danno alla salute*, Naples, 1983, p. 394, note 165 et suivantes, qui critique même l'incohérence de la jurisprudence.

(107) Cass. civ., 07 juillet 1979, n° 3900, dans *Mass. Giust. civ.*, 1979, n° 1715, parmi tant d'autres.

exige que la victime ne soit pas morte, ni ne soit entre temps devenu chômeur, retraité, de nouveau invalide, n'appartienne pas à des catégories qui soient descendues dans l'échelle des salaires et ainsi de suite.

Il s'agit, en somme, d'un critère qui finit par être excessivement hypothétique. Il semble donc beaucoup plus plausible et rationnel de se référer au revenu (salaire, rétribution, etc...) et à la durée de vie restante, en vigueur au moment de la vérification du dommage ⁽¹⁰⁸⁾.

15. – Passons maintenant à l'autre critère dénommé «créance en valeur» et qui, pour être honnête, domine uniquement en Italie. Il se réduit comme nous l'avons dit, à l'estimation du dommage à sa vérification et à l'ajustement successif de l'étalon monétaire à la décision dans un sens positif ou négatif selon que l'on se trouve en inflation ou en déflation.

Le choix de ce jour pose le problème, déjà étudié, de savoir, s'il est justifié ou non de se référer à une décision non définitive, au lieu de se référer à la chose jugée ou à l'indemnisation.

La construction théorique se concrétise dans la supposition d'une valeur abstraite et fixe des biens (c'est-à-dire non monétaire) à laquelle correspond une quantité de monnaie (c'est-à-dire une valeur monétaire) qui change en fonction de son pouvoir d'achat et ainsi une *aestimatio* distincte de la *taxatio* ⁽¹¹⁰⁾. Cette façon de voir, d'après ce que j'ai déjà écrit ailleurs ⁽¹¹¹⁾, n'est pas fondée. La valeur intrinsèque des biens est en réalité variable, indépendamment du cours de la monnaie.

Tel est le cas, présenté plus haut, des actions industrielles qui se dévalorisent à la suite de pertes industrielles ou de la perte d'une chose, même non utilisée, et qui va vers une dépréciation économique, rien que par le simple et inexorable écoulement du temps, à cause de notre préférence pour les choses nouvelles par rapport aux anciennes.

La valeur extrinsèque varie inévitablement avec la variation du bien soumis à certains paramètres.

(108) Dernièrement, dans ce sens, Cass. civ., 9 août 1982, n° 2192, dans *Arch. Giur. circ.*, 1983, p.

76.

(109) T. ASCARELLI, *op. cit.*, p. 441 et suivantes, p. 508 et suivantes.

(110) T. ASCARELLI, *op. cit.*, p. 457.

(111) G. VALCAVI, *Riflessioni sui c.d. crediti di valore*, cité, c. 2112 ; id., *Ancora sul maggior danno da mora nelle obbligazioni pecuniarie*, cité, c. 1540 et suivantes.

Le bien auquel il faut reconnaître une valeur immuable dans le temps est, par définition la monnaie, en raison du principe nominaliste qui la rend toujours égale à elle-même et c'est, par conséquent - comme l'écrivit Savigny⁽¹¹²⁾ - l'unique valeur véritablement abstraite.

Pour les options illimitées qui l'accompagnent, pour l'absence de coûts de conservation, pour le revenu temporel facile à calculer, pour la préférence générale de liquidité, elle est l'étalon de mesure universel de la valeur de tous les biens, c'est-à-dire l'instrument commun de compte⁽¹¹³⁾. Vu sous cet angle, on peut conclure que dans l'économie moderne, chaque valeur est essentiellement monétaire.

On ne peut pas être d'accord avec l'opinion critiquée qui, au contraire, prend comme fondement de la valeur, le prix de la monnaie, en termes de marchandises, c'est-à-dire son pouvoir d'achat.

C'est une abstraction métaphysique d'envisager un pouvoir d'achat fixe et immuable dans le temps et donc d'envisager une monnaie d'après un pouvoir d'achat stable, étant donné que les prix des marchandises varient aussi entre eux.

Un prix unique de la monnaie n'est pas non plus imaginable, mais plusieurs prix, autant de prix que de marchandises, qui sont finalement les prix monétaires des biens vu à l'envers.

L'examen comparatif des pouvoirs d'achat à des moments différents, se réduit - si l'on regarde bien - à celui des différents prix de «remplacement à neuf» des marchandises dans les temps considérés, c'est-à-dire, «à des valeurs instantanées», qui ne tiennent pas compte des coûts de conservation, des différents rendements et ainsi de suite, qu'un hypothétique transfert dans le temps de ces marchandises suppose.

Il faut, ici, rappeler l'opinion exprimée par un grand économiste du XIXe siècle, Marshall, pour qui «mesurer le pouvoir d'achat de la monnaie n'est pas seulement irréalisable, mais impensable»⁽¹¹⁴⁾.

Le véritable «réservoir du pouvoir d'achat» – comme l'a si bien écrit L. Einaudi⁽¹¹⁵⁾ – est constitué par cette même monnaie.

Les plus récentes études sur l'importance et sur le rôle des provisions et des soldes monétaires, ont mis en évidence comment loin d'imaginer

(112) F.C. SAVIGNY, *Le obbligazioni*, Turin, 1912, I, § 40, p. 377 ; § 41, p. 395.

(113) J.M. KEYNES, *Opere*, Turin, 1978, p. 389.

(114) MARSHALL, *Opere*, Turin, 1972, p. 136, 137, 227, 356-9.

(115) L. EINAUDI, *Della moneta serbatoio dei valori*, dans *Riv. di storia economica*, 1939, p. 133 et suivantes.

une fuite de la monnaie, celle-ci conserve sa fonction de «réservoir des valeurs» même à une époque inflationniste ⁽¹¹⁶⁾. Ceci a été démontré de façon évidente dans une époque proche de la nôtre, de la «nouvelle inflation» (stagflation, slumpflation) caractérisée par une liquidité élevée du système, par la chute de la demande et par un cours irrégulier des prix, des titres et des marchandises ⁽¹¹⁷⁾.

La théorie de la «créance en valeur» est dans tous les cas inapplicable à une victime étrangère-résidente qui, en raison des interdictions monétaires, ne peut souvent pas dépenser dans le pays, tant et si bien que la référence au pouvoir d'achat interne se traduirait par une exagération évidente ⁽¹¹⁸⁾.

Le critère est également absolument inadapté pour une victime résidant dans le pays.

Il est notoire que les indices sont multiples et divergent entre eux, en ce qui concerne ces mêmes marchandises, comme c'est le cas des prix industriels, du commerce de gros, du commerce au détail et ainsi de suite. Les partisans de la conception valoristique identifient arbitrairement le pouvoir d'achat abstrait dans l'indice des prix au détail d'après l'étroit panier de la ménagère destiné à la consommation d'une famille type d'ouvrier-employé ⁽¹¹⁹⁾.

Une généralisation de ce genre, déjà irrecevable, selon toute logique, doit maintenant aussi être rejetée à la suite de la décision Cass., 5 avril 1986, n° 2368 qui, même si cela concerne le dommage supplémentaire de retard dans les obligations pécuniaires, a exclu que quiconque puisse se prévaloir d'un investissement similaire et de la perte consécutive de pouvoir d'achat (c'est-à-dire, un opérateur économique, un épargnant moyen, un créancier occasionnel) ⁽¹²⁰⁾.

Le fait qu'elle ait correctement relégué la réévaluation monétaire, dont nous avons parlé, à l'hypothèse marginale du modeste

(116) DON PATINKIN, *Moneta, interessi e prezzi*, Padoue, 1977, p. 17, 26-30, p. 45 et suivantes, p. 128, p. 222 et suivantes, p. 253 et suivantes, p. 407 et suivantes

(117) RUOZI, *Inflazione, risparmio ed aziende di credito*, Milan, 1973, p. 538 et suivantes. En ce sens que l'inflation n'est pas équiproportionnelle ; TREVITHICK, *Inflazione*, Milan, 1979, p. 17-23.

(118) G. VALCAVI, *Se il credito del lavoratore estero-residente sia rivalutabile*, dans . *Riv. Dir. civ.*, 1984, II, p. 504 ; id., *Il corso di cambio e il danno da mora*, cité, *loc. cit.*

(119) Cass. Ass. Plén., 23 novembre 1985, n° 5815, dans *Rep. Giust. civ.*, 1985, n° 186 p. 749.

(120) Dans *Foro it.*, 1986, I, c. 1265.

consommateur, (ouvrier, retraité, etc...) tend à exclure *a fortiori*, comme nous l'avons dit ailleurs, qu'une catégorie abstraite et générale de créances, comme celle des créances en valeur, puisse se construire, en fonction de cette dernière.

L'extension de la réévaluation automatique à la créance d'indemnisation du dommage (comme plus généralement pour chaque hypothèse rentrant dans cette catégorie) apparaît également tout à fait incompatible avec les principes systématiques de fond de notre ordre juridique, et doit donc être rejetée.

De cette façon, elle viole le principe nominaliste retenu applicable aux créances pécuniaires non liquides ainsi qu'aux créances pécuniaires liquides ⁽¹²¹⁾. Le critère de réévaluation ne tient pas du tout compte, et n'applique pas les principes sur le retard et ses conséquences.

La réévaluation s'applique, en effet, automatiquement qu'il y ait ou non retard du débiteur, ou même si c'est le créancier qui est en retard. Tel est le cas lorsque le débiteur a effectué une offre réelle d'un montant résultant au bout du compte convenable ou d'un acompte refusé ⁽¹²²⁾.

Pareillement, le débiteur en retard ne subira aucune conséquence si le taux d'inflation est nul.

Dans le cas, ensuite, d'une augmentation du pouvoir d'achat de la monnaie – qui est la perspective avec laquelle on doit compter le plus même d'un point de vue théorique, et qui est déjà une réalité dans certains pays ⁽¹²³⁾ – le débiteur, même en retard, devra payer une indemnisation carrément inférieure à celle due à l'origine. Ainsi, la victime ne récupèrera même pas la quantité nominale qui lui a été soustraite, ou celle qu'il a payée pour avancer les frais de la réparation du dommage.

Pour remédier à ces incohérences, les partisans de telles opinions recourent aux intérêts monétaires, qualifiés par certains de moratoires ⁽¹²⁴⁾ et par d'autres de compensatoires ⁽¹²⁵⁾. Cela contredit, à l'évidence, les prémisses

(121) F. PESTALOZZA, dans *Giur. it.*, 1946, I, 2, c. 353 et suivantes.

(122) U. NATOLI-BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 89 et suivantes ; FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione del debitore*, Milan, 1947. La jurisprudence dans de tels cas exclut la *mora debitoris* voir l'art. 1227, alinéa 2, du CC.

(123) C'est ainsi actuellement en Allemagne ; en Italie l'indice des prix de gros est nul depuis quelque temps (*Corriere della Sera*, 15 mai 1986).

(124) T. ASCARELLI, *op. cit.*, n° 179, p. 534 ; Cass. civ., 26 avril 1984, n° 2626, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, c. 500.

(125) Parmi tant d'autres, Cass. civ., 13 juillet 1983, n° 4759, dans *Mass. Giust. civ.*, 1983, p. 1677.

de la distinction entre créances en valeur et créances en devise et se résout en reconnaissant à l'intérêt monétaire sa fonction irremplaçable de taux d'actualisation des valeurs dans le temps, au détriment de la réévaluation elle-même.

Enfin, ce critère n'est pas non plus compatible avec les art. 1225 et 1227 du CC, à moins de ne pas considérer l'évolution du taux d'inflation comme toujours comme prévisible et le préjudice susdit comme non évitable, même de la part de la victime qui a concrètement déjà réparé le dommage par ses propres moyens ⁽¹²⁶⁾.

La chute rapide de l'inflation, actuellement en cours, rend toujours plus anachronique la construction théorique des créances en valeur, alors que les perspectives d'une déflation rendent tout à fait possible les perspectives d'une correction négative du montant compensatoire au détriment de la victime.

16. – Maintenant tirons les conclusions de tout ce discours et cherchons d'offrir le type de solution répondant le mieux à la logique juridique et aux différents aspects substantiels et processuels de notre sujet.

Cela ne fait aucun doute, qu'il faille partir de la distinction fondamentale entre le dommage délictueux ou d'inexécution (dolosif ou fautif) et le dommage pour retard avec lequel a été acquitté l'équivalent (le plus souvent fautif).

Ils sont différents et – comme nous l'avons dit – exigent des indemnités différentes. L'examen comparatif de la situation idéale dans laquelle la victime se serait trouvée et celle qui, au contraire, se vérifie permet, en fait d'identifier deux types de dommages, avec des termes absolument différents les uns des autres.

D'un côté, nous avons le dommage causé par le tort et dont la dimension économique est indissociablement liée au patrimoine de la victime, qui est évalué (et ce ne peut pas être autrement) selon les valeurs au jour où on le vérifie. Il s'agit du *quod interest* que l'on peut envisager dans le cas d'une indemnisation immédiate.

De l'autre, si celle-ci est acquittée en retard, nous avons l'autre dommage moratoire, qui part du jour où l'indemnisation aurait du être acquittée jusqu'au jour où elle est réellement acquittée.

(126) On ne réussit pas à comprendre la raison pour laquelle les sommes dépensées par la victime seraient des créances en valeur et non en devise. Ainsi, parmi les nombreuses décisions : Cass. civ., 6 juillet 1983, n° 4558, dans le *Rep. Giur. it.*, 1983, c. 931, n° 203.

Cette distinction, dans notre Droit, est codifiée par l'art. 1219, alinéa 2 n°1 du CC, là où il établit que le responsable du dommage est en retard à partir du délit. Cela revient à dire qu'à partir de ce moment là, ce dernier doit aussi l'indemnisation moratoire.

Le fait que le dommage ait été considéré comme unique et indistinct, à partir de sa vérification jusqu'aux moments variés et incertains proposés (décision, indemnisation, demande), dépend – comme nous l'avons dit ci-dessus – du principe dominant jusqu'à il y a encore peu de temps du *in illiquidis non fit mora*. Ce principe, retenu en son temps, par une célèbre décision de la Cour de Cassation romaine ⁽¹²⁷⁾ comme «un fossile de la tradition médiévale» est actif encore aujourd'hui dans de nombreux pays ⁽¹²⁸⁾. Alors qu'en Italie, bien qu'il soit dépassé, il continue d'exercer, même si ce n'est qu'au niveau du cryptotype ⁽¹²⁹⁾ une influence, surtout en ce qui concerne notre sujet, en raison de la tradition culturelle.

L'adoption des valeurs courantes dans les différents sujets abordés ci-dessus (avec le recours au *quanti plurimi* en cas de baisse et en attribuant un gain en cas de hausse) dépend du défaut d'identification de cet intérêt de la victime, lésée par le retard, comme étant un intérêt totalement différent de celui, au contraire, lésé du fait du délit ou de l'inexécution intervenus en son temps.

Il faut reconduire à ce cryptotype la théorie des créances en valeur qui est – a-t'on dit – incompatible avec les principes sur le retard et aux conséquences négatives desquelles on souhaiterait, toutefois, apporter un remède, même dans une optique valoristique différente.

Le problème des intérêts est évidemment lié au principe de *in illiquidis non fit mora*, qu'ils soient considérés comme moratoires ou compensatoires. Les opinions des juristes et les décisions qui ne calculent pas les intérêts pour toute la période jusqu'à la décision ⁽¹³⁰⁾ sont cohérentes avec le préambule dont elles partent.

⁽¹²⁷⁾ Cass. Rome, 26 mai 1903, est. Mortara, dans G.C. MESSA, *L'obbligazione degli interessi*, Milan, 1932, p. 234.

⁽¹²⁸⁾ Ainsi il est reconnu comme étant en vigueur par la jurisprudence espagnole. En ce sens et parmi tant d'autres le Tribunal Suprême, 27 avril 1978, 28 juin 1978 et 11 décembre 1978, dans ALBALADEJO, *op. cit.*, § 32, p. 179.

⁽¹²⁹⁾ Avec des réserves U. NATOLI, L. BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, Milan, 1975, p. 242 et suivantes.

⁽¹³⁰⁾ Ainsi Cass. civ., 12 février 1979, n° 4053, dans *Foro it.*, 1979, n° 18, et, *incidenter*, Corte cost., 22 avril 1980, n° 60, dans *Foro it.*, 1980, I, c. 1249.

On ne peut pas en dire autant de l'ensemble des opinions qui, au contraire, calculent les intérêts à partir de la demande, et même parfois sur le capital réévalué, qu'ils soient qualifiés de moratoires⁽¹³¹⁾ ou de compensatoires, pour remédier à l'inadéquation des critères adoptés d'estimation du dommage.

L'abandon du principe de *in illiquidis non fit mora*, est désormais généralement reconnu par notre Droit, tant et si bien qu'il ne constitue plus un obstacle théorique à la distinction des deux divers types de dommage.

Dans ce cadre général, traitons maintenant, plus analytiquement, des différents moments de référence pour d'évaluer les diverses indemnisations. Commençons par le jour du dommage de base, qui naît à compter du délit ou de l'inexécution. Le dommage consiste en une perte ou gain manqué⁽¹³²⁾, c'est essentiellement un évènement économique négatif et non un simple évènement naturel.

Chaque fois que l'un de nous, un expert, un juge estime un dommage par une décision, il accomplit un jugement qui est à la fois critique et historique⁽¹³³⁾, en ce sens qu'il donne à cet évènement une dimension selon les valeurs économiques de l'époque où il se produit. Les règles processuelles qui imposent au demandeur la charge de la demande (art. 99 du Code de Procédure Civile), et celle également de démontrer la preuve de la quantité de dommage, à partir de l'acte introductif d'instance (art. 115 et 163, n° 5 du Code de Procédure Civile), les forclusions successives, l'éventuel serment estimatif (art. 241 du Code de Procédure Civile), la correspondance entre la demande et la décision prononcée (art. 112 du Code de Procédure Civile), situent l'historique du dommage et sa dimension économique, à un jour antérieur au début de la procédure, c'est-à-dire au jour de la vérification du dommage.

Il correspond aussi au jour de l'hypothétique situation favorable qui n'a pas pu se vérifier à cause du tort, c'est-à-dire au moment opportun de l'*id quod interest*, lésé en son temps par ce dernier.

(131) La différente prise d'effet à partir de la demande ou du délit dans les deux différents types de dommage est justifiée par la différence de jour du début du retard et, toutefois on nie de manière incompréhensible le caractère moratoire des intérêts. Cass. civ., 25 octobre 1982, n° 558 ; Cass. civ., 4 décembre 1982, n° 6643, dans *Mass. Giust. civ.*, 1982, numéros 1921, 2241.

(132) J.C. TOBEÑAS, *Derecho civil español comun y foral*, Madrid, 1986, III, p. 243, relève qu'à la différence du dommage émergent, le manque à gagnert « *partecipa de todas las vagedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios* ».

(133) F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Rome, 1951, p. 371 et suivantes. Ainsi nous avons également des preuves historiques et critiques : F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale*, cité, I, p. 681, 685, 711.

Cette façon de voir est cohérente avec la *perpetuatio obligationis* (art. 1221 du CC) dont nous avons parlé.

L'emploi combiné des différents indices ultérieurs d'identification du dommage indemnisable, offerts par le droit substantiel (art. 1223, 1225, 1227 du CC), permet d'affiner la localisation temporelle du dommage et l'ampleur de sa dimension.

Le jour de référence pourrait en théorie être identifié comme celui du délit, ou de l'inexécution⁽¹³⁴⁾, ou du retard⁽¹³⁵⁾, ou comme celui de l'évènement économique négatif, c'est-à-dire du dommage émergent et du manque à gagner⁽¹³⁶⁾.

Le jour du retard coïncide dans notre droit avec celui du délit ou de l'inexécution dans les obligations *portables* (art. 1219, alinéa 2 n° 1 et n° 3 du CC) et il est assimilé par l'inexécution successive dans les obligations *querables*⁽¹³⁷⁾ tant et si bien que, sous cet angle, il ne paraît pas avoir une importance autonome.

Le délit et l'inexécution sont plus exactement les causes du dommage, plus que le dommage lui-même. Elles sont «en amont» des conséquences économiques dans lesquelles se concrétise le dommage et ceci est particulièrement évident dans le manque à gagner.

Le dommage peut avoir une évolution dans le temps, comme dans l'hypothèse d'une aggravation successive, qui peut aussi culminer dans le périssement de la chose ou dans la mort de la victime. Cela ne fait aucun doute que le moment déterminant est celui du dommage, également dans ses manifestations évolutives⁽¹³⁸⁾, et non celui de sa cause, dont le processus est considéré comme épuisé. Le jour de la conduite coupable est, toutefois, celui de l'antécédent causal direct et immédiat du dommage, tant et si bien qu'il sert dans la sériation

(134) D. BARBERO, *Sistema di diritto privato*, I, n° 612, p. 709 ; Cass. civ., 15 mai 1946, n° 590, dans *Mass. Foro it.*, 1946, c. 143 ; la doctrine et la jurisprudence françaises dans H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 2253, notes 2, 3, 4, 5.

(135) Pour la référence à la demande judiciaire : DE RUGGIERO-MAORI, *op. cit.*, II, p. 44.

(136) Parmi tant d'autres : CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, cité, loc. cit. ; G.A. RAFFAELLI, dans *Foro pad.*, 1946, I, c. 89 ; Cass. civ., 14 janvier 1946, n° 31, dans *Foro it.*, 1944-46, I, c. 71 ; C. Appel Gênes, 2 septembre 1946 ; C. Appel Gênes, 9 juillet 1946 ; C. Appel Bologne, 11 août 1945, dans le *Rep. Giur. it.*, 1944-47, rubrique *Resp. civ.*, numéros 192, 195, 198.

(137) Ainsi aussi U. NATOLI et L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, p. 224 et suivantes.

(138) C'est une opinion accueillie par plusieurs ordres. Ainsi en Italie ; Cass. Civ., 22 janvier 1982, n° 442, dans *Mass. Giust. civ.*, 1982, p. 157, parmi tant d'autres.

des phénomènes pour identifier le moment suivant du dommage indemnisable (art. 1224 du CC).

Dans un système basé sur le principe de l'indemnisation intégrale du dommage, le discours devrait s'arrêter ici.

Notre système, à la différence de ce que l'on affirme communément ⁽¹³⁹⁾ est toutefois inspiré – comme nous l'avons déjà dit – par le principe opposé de l'indemnisation du dommage dans certaines limites (art. 1225, 1227, 2056, alinéa 2, du CC).

Il faut rappeler ici, que la partie du dommage qui aurait pu être évitée n'est pas indemnisable (art. 1227, alinéa 2 du CC), ou que dans l'inexécution fautive seule la partie du dommage que l'on pouvait prévoir au moment du contrat est indemnisable (art. 1225 du CC).

Nous ne sommes pas d'accord – il est important de le répéter – avec l'opinion en cours qui dévalorise le fait d'éviter d'avoir un comportement simplement passif, par rapport à un comportement de coopération active, allant jusqu'au remplacement du bien lorsque cela est possible et qui doit, au contraire, être valorisé.

Nous n'acceptons pas non plus, que la prévisibilité soit réduite aux conséquences naturelles et non également aux conséquences économiques (c'est-à-dire à l'*an* et non au *quantum*) de la conduite coupable ou qu'elle soit prévue *a priori* comme lorsqu'elle est déduite de l'abstraite variabilité des prix ⁽¹⁴⁰⁾ dans les deux sens. La prévisibilité doit concerner la situation favorable, qui ne s'est pas vérifiée à cause du tort, dans sa globalité, c'est-à-dire l'intérêt lésé dans chacun de ses aspects, y compris dans sa dimension économique, à savoir le dommage.

Ce discours est particulièrement intéressant pour le manque à gagner où, pour prévenir l'indemnisation des «rêves de gain», l'art. 2056, alinéa 2 du CC impose «une appréciation égale des circonstances du cas». On devra, ici, tenir compte de la prévisibilité du comportement économique du créancier qui aurait généré ce gain et des dimensions de ce dernier.

A la lumière de toutes ces observations, la conclusion est que le jour de référence de l'estimation est celui de la vérification du dommage et qu'il s'arrête là où son aggravation aurait pu être évitée et

⁽¹³⁹⁾ Ainsi, au contraire, parmi tant d'autres, Cass. du 19 septembre 1985, n° 4710, dans *le Rep. Giust. civ.*, 1985, p. 748 n° 166.

⁽¹⁴⁰⁾ Nous ne sommes pas d'accord avec la décision de Cass. civ., 28 mai 1983, n° 3694, dans *Mass. Giust. civ.*, 1983, p. 1310, au sujet du caractère abstrait de la prévisibilité.

concernant l'inexécution fautive, il arrive jusqu'où le dommage pouvait être prévu.

Ils constituent ainsi des limites de référence du dommage indemnisable à accepter concrètement.

A fortiori, le dommage ne peut pas être estimé au jour de la décision, de l'indemnisation, ou de la demande. Quelle que soit la distance entre cette façon de voir les choses et le point de vue dominant, elle peut se mesurer en disant qu'on estime couramment le dommage en fonction de l'indemnisation, alors qu'ici on propose d'estimer l'indemnisation en fonction du dommage, dans la limite où il est indemnisable. La créance est certainement pécuniaire, vu qu'il concerne la quantité d'argent équivalent à l'intérêt lésé par le délit ou par l'inexécution.

Elle est non liquide, en l'état, dans le sens où elle a besoin de la liquidation pour que la quantité d'argent reste indiscutablement fixée. Le principe nominaliste s'applique à toutes les créances pécuniaires liquides ou non liquides et il est arbitraire de le réduire uniquement aux créances liquides. La créance pour l'équivalent, dont nous avons parlé, est par conséquent soumise au principe nominaliste, et ne peut pas ne pas l'être. En ce sens, on refuse sa qualification courante en tant que créance en valeur et la légitimité théorique de la catégorie.

17. – Traitons maintenant du dommage ultérieur et différent causé par le retard avec lequel l'équivalent a été acquitté.

L'intérêt lésé est celui de pouvoir disposer de la quantité d'argent équivalente et il s'étend à toute la durée du retard coupable, à partir de la mise en demeure (qui est, en revanche, importante dans ce but) jusqu'au jour où l'indemnisation est concrètement acquittée.

Le débiteur est en retard dans la prestation de l'équivalent à partir de l'inexécution ou du délit, sans qu'il soit nécessaire d'une nouvelle mise en demeure ⁽¹⁴¹⁾.

L'indemnisation du dommage de retard, qui s'ajoute au dommage délictueux ou d'inexécution, objet de l'estimation, intervient à travers des modes d'indemnisation communs prévus par les obligations pécuniaires auxquelles appartient l'indemnisation par équivalent

(141) Le fait que l'indemnisation soit exigible à partir du jour de sa vérification, vaut aussi pour le dommage contractuel et implique que le défendeur soit en retard à partir de ce moment là, où il est retenu que la prestation y afférente doit être effectuée au domicile du créancier, art. 1219, alinéa 2, n° 3 du CC. En admettant un avis différent, le retard prendra effet à partir de la demande d'indemnisation art. 1219, alinéa 1, du CC.

monétaire. C'est-à-dire que l'on applique la règle clé de l'art. 1224 du CC qui s'applique aux créances non liquides et aux créances liquides. Le fait que cette norme ait été limitée jusqu'ici aux créances liquides est à mettre en relation avec le principe abandonné, mais toutefois encore influent au niveau du cryptotype, dont nous avons déjà parlé. Par conséquent, les intérêts légaux tels que les intérêts moratoires sont dûs ⁽¹⁴²⁾.

La règle est, en effet, que les créances non liquides ne produisent pas d'intérêts, excepté pour la mise en demeure. Ce n'est pas un hasard si les intérêts non moratoires supposent des créances liquides : comme les intérêts équivalents supposent une créance liquide et exigible (art. 1282 du CC) ⁽¹⁴³⁾ et les intérêts compensatoires, une créance liquide non exigible (art. 1499 du CC) ⁽¹⁴⁴⁾.

Seule la mise en demeure justifie qu'une créance non liquide, comme l'indemnisation du dommage génère des intérêts. Ceci s'explique par le fait, qu'ici, le législateur a anticipé l'exigibilité de la créance au jour de la vérification du dommage, car le temps nécessaire à sa liquidation se transforme en un dommage pour le responsable du dommage et non pour la victime ⁽¹⁴⁵⁾.

Le principe que le responsable du dommage doit immédiatement l'indemnisation à la victime et qu'il soit même coupable de retard à partir de sa vérification (*mora ex re, mora quae inest*) a été établi ainsi pour d'éminentes raisons de politique législative.

Il est incompréhensible que l'opinion dominante étende les intérêts compensatoires d'une créance liquide non exigible, comme celle citée dans l'art. 1499 du CC, à une créance non liquide et exigible, comme celle de l'indemnisation du dommage.

Une créance en valeur n'est pas adaptée à produire des intérêts, parce que – comme nous l'avons déjà dit – le retard n'existe pas pour elle, et car il n'existe pas de rapport d'homogénéité entre eux. Les intérêts monétaires sont, en effet, accessoires, proportionnels et périodiques

(142) Au sujet de la qualification moratoire il convient de consulter : MESSA, *op. cit.*, p. 246 ; ASCARELLI, *op. cit.*, p. 340 et suivantes ; DE CUPIS, *op. cit.* p. 487 ; GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milan, 1975, p. 163.

(143) Le texte de l'art. 1282 du CC a abandonné la tendance de l'art. 17 du projet préliminaire qui étendait les intérêts payés aux créances non liquides.

(144) Est décisif, à cet égard, la référence au «prix» art. 1499 du CC.

(145) C'est la solution opposée à celle soutenue par le principe de *in illiquidis non fit mora*, qui remontait à VENULEIO, selon qui *improbis non potest videri qui ignorat quantum solvere debeat*.

par rapport à une obligation pécuniaire et ils la supposent nécessairement ⁽¹⁴⁶⁾.

À partir de la *mora quae inest* dans la prestation de l'indemnisation pécuniaire, il incombe également au responsable du dommage l'obligation d'indemniser le dommage supplémentaire de retard selon l'art. 1224, alinéa 2 du CC, comme c'est le cas pour chaque obligation pécuniaire. Ceci se vérifie dans les limites où cela est prévisible, selon l'art. 1225 du CC, étant donné qu'il est normalement fautif.

Que doit-on entendre par dommage supplémentaire de retard dans les obligations pécuniaires, est l'argument désormais traité par une littérature et une jurisprudence abondantes ⁽¹⁴⁷⁾.

Il faut, toutefois, exclure qu'il puisse s'identifier dans la perte du pouvoir d'achat de la monnaie, pour les raisons exposées à propos des créances en valeur. L'auteur s'est occupé longuement de cet argument dans les divers écrits et notamment dans cette *Revue*, 1981, II, p. 332 et suivantes, auxquelles il renvoie pour de plus amples explications. Ce dommage supplémentaire doit, à mon avis, être identifié dans l'écart éventuel entre le taux d'intérêt légal et le taux d'intérêt du marché.

Dans cette optique, la récupération de cet écart correspond à un droit d'indemnisation du retard de la part de la victime auquel il ne pourrait aspirer que dans des limites beaucoup plus aléatoires s'il devait prouver l'enrichissement du responsable du dommage selon l'art. 1207 di CC. Cette solution constitue, par conséquent, la meilleure protection de la victime, en ligne avec le *quod plerumque accidit* ⁽¹⁴⁸⁾.

Le dommage moratoire dans son ensemble arrive ainsi à s'identifier dans le manque à gagner présumable d'une utilisation financière ancienne ou dans le coût de remplacement de l'argent, c'est-à-dire de l'emprunt. Il est constitué par la rémunération normale de l'épargne (intérêts bancaires passifs, dividendes des titres publics etc.), ou, s'il est prouvé qu'un remplacement est nécessaire, de l'intérêt actif.

(146) En ce sens, G.C. MESSA, *op. cit.* p. 435.

(147) Sur cette question et parmi tant d'autres : R. NICOLÒ, *op. loc. cit.* ; GRECO, *op. cit.*, p. 103 et suivantes ; A. TORRENTE, dans *Foro it.*, 1949, I, c. 405 ; A. DE CUPIS, *op. cit.*, p. 434 ; et en dernier PARDOLESI, dans *Foro it.*, 1986, I, c. 1265 et suivantes ; A. AMATUCCI, dans *Foro it.*, 1986, I, c. 1273 ; G. VALCAVI, dans *Foro it.*, 1986, I, c. 1540.

(148) La référence au taux d'intérêt de marché était déjà célèbre dans le Droit romain justinien où il était donné au juge de déterminer le taux d'intérêt selon le *mos regionis* : voir CERVENCA, *op. cit.*, p. 297, n° 8, p. 300.

Il convient aussi d'ajouter, à ce point, que l'intérêt du marché est notoirement influencé par les attentes inflationnistes et par les différentes conditions de la demande de crédit. Il est donc prévisible et il n'est pas raisonnablement évitable.

Nous avons, aujourd'hui, des intérêts bien au-dessus du taux d'inflation (les intérêts réels positifs), alors qu'il y a encore peu de temps, nous avons des intérêts au-dessous de celui-ci (les intérêts réels négatifs) à cause de l'abondante liquidité. Au jour d'aujourd'hui, en additionnant aux intérêts légaux l'écart par rapport au taux inflationniste supérieur, on obtient une mesure au-dessous du *quod plerumque accidit*, alors qu'auparavant elle était supérieure.

Il est tout à fait prévisible qu'en raison d'une baisse rapide de l'inflation, la référence au taux inflationniste soit de plus en plus abandonnée au profit de l'intérêt du marché qui constitue aussi le prix de la monnaie par rapport au temps qui passe. Il couvre, ainsi, la plus petite valeur de la liquidité différée par rapport à celle disponible immédiatement (voir les *utilitas temporis*) dans laquelle il faut identifier le paramètre de référence le plus raisonnable.

Cette façon de voir a été récemment accueillie dans sa substance par l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation, avec l'arrêt 5 avril 1986 auquel nous vous renvoyons.

Si la victime est un étranger-résident et démontre avoir subi un dommage de taux de change, il aura droit au différentiel correspondant, en plus à la rentabilité normale de la monnaie, dans laquelle il aurait fait le change.

18. – La conclusion à tout ce discours est, en dernière analyse, la suivante : on obtient une indemnisation correcte du dommage en additionnant au capital correspondant à l'équivalent de l'intérêt lésé, estimé selon les valeurs en cours au jour de la lésion, la rentabilité monétaire normale successive, selon l'art. 1224 du CC, qui se serait réalisée par un investissement financier non aléatoire pour toute la période du retard dans l'exécution de l'obligation pécuniaire y afférente.

De cette façon, le retard du débiteur n'a plus de raison d'être et le créancier est mis dans la situation où il se serait retrouvé s'il avait perçu l'indemnisation au moment de la vérification du dommage et s'il l'avait laissée fructifier avec les intérêts monétaires normaux, non aléatoires.

Cet écrit a été cité par :

F. PARRELLA, *Inadempimento del debito di valuta : analyse raisonnée de l'évolution de la jurisprudence entre adresse théorique et exigences concrètes* dans *Riv. Dir. comm.*, 1988, p. 69, note 12 ; M. MAJENZA, *Quantificazione dei danni patrimoniali e teoria della differenza*, *Il Corriere giuridico* 1989, p. 1202 ; V. DE LORENZI, *Obbligazione, Parte generale, sintesi di infonazione*, dans *Riv. Dir. civ.*, 1990, p. 262 ; R. PARDOLESI, *Crediti previdenziali, tutela differenziata e punitive damage*, dans *Foro it.*, 1991, I, p. 1325 ; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milan, 1991, p. 658, 661 ; A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, dans *Commentario Scialoja Branca*, Bologne, 1990, p. 121, 219, 221, 257, 260, 266, 269, 270, 271, 272, 274, 276, 277, 281, 283, 288, 302, 313, 318; M.C. DAL BOSCO, *Della compensazione giudiziale, ovvero di un 'apparenza normativa*, dans la *Riv. Dir. civ.*, 1991, p. 754, note 12.

Autres écrits de l'auteur sur le même sujet :

– «*Ancora sul tempo di riferimento nella stima del danno*», dans *Riv. Dir. civ.* 1991.

– «*Intorno al concetto di perpetuatio obligationis e al tempo di riferimento del risarcimento del danno da inadempienza contrattuale*», dans *Riv. Dir. civ.* 1992, II, 385 et dans *L'Espressione monetaria nella responsabilità civile*, Cedam 1994, p. 293.

- «*Sulla natura dell'obbligo di restituzione e di quella di risarcimento del danno conseguenti alla risoluzione del contratto per inadempienza*», dans *Foro Padano* 1992, I, p. 53 et suivantes et dans *L'Espressione monetaria nella responsabilità civile*, Cedam 1994, p. 309.