

L'intérêt compensatoire ou la réparation du dommage de temps – Analyse et pratique souhaitable

ARNAUD PHILIPPE*

Mots clés: Intérêt compensatoire; intérêt moratoire; taux; *dies a quo*; *dies ad quem*.

A. Introduction

En dépit de son importance pratique et de l'insécurité juridique qui règne au sujet de questions liées à son allocation, l'intérêt du dommage, dit compensatoire, ne prend qu'une place modeste en doctrine. Il faut dire que cet intérêt est difficile à appréhender, ce qui s'explique à notre avis par le fait que l'intérêt compensatoire procède de la *pratique* plus que de la teneur de la loi.

L'intérêt compensatoire indemnise le titulaire d'une créance en dommages-intérêts pour le dommage supplémentaire qu'il subit du fait de l'écoulement du temps entre le moment du dommage et celui de sa réparation. Dans la mesure où l'intérêt compensatoire fait partie du dommage, il convient de déterminer sa *durée* et son *taux* conformément aux principes qui régissent le calcul du dommage.

Etant donné que le régime de la demeure du débiteur concerne tant le débiteur en retard dans le paiement d'une somme d'argent que le débiteur qui se voit réclamer des dommages-intérêts, les intérêts compensatoires empiètent sur le champ d'application des *intérêts moratoires*. S'il n'est dès lors pas toujours facile de distinguer l'un de l'autre ces intérêts, il ne faut pas les confondre, car ils ne poursuivent pas les mêmes buts.

Le présent exposé a pour objectifs de clarifier un certain nombre de points – dont ceux qui viennent d'être mentionnés – ainsi que de mettre en lumière les éventuelles incohérences du système actuel et de formuler quelques propositions sur la manière d'y remédier. Cet exposé se divise en quatre parties, soit

* Avocat à Zurich, doctorant à la Faculté de droit de l'Université de Genève. L'auteur remercie vivement Messieurs les Professeurs BENOÎT CHAPPUIS, PASCAL PICHONNAZ et RASHID BAHAR pour la relecture du manuscrit et pour leurs précieux conseils ainsi que M^{lle} CAROLINE PHILIPPE, master en finance (LSE), pour ses explications relatives au taux de l'intérêt.

une première dans laquelle nous analyserons la notion d'intérêt compensatoire (*infra* B), une deuxième abordant le problème du taux de l'intérêt compensatoire (*infra* C), une troisième traitant de la durée de l'intérêt compensatoire ainsi que de la question de son cumul avec l'intérêt moratoire (*infra* D) et une dernière où il sera question du cas particulier de l'allocation d'un intérêt compensatoire à la créance en réparation du tort moral (*infra* E).

B. La notion d'intérêt compensatoire

Après quelques considérations sur l'intérêt compensatoire comme part du dommage (*infra* I), nous examinerons la relation entre cet intérêt et l'intérêt moratoire (*infra* II).

I. L'intérêt compensatoire comme part du dommage

1. Quelques considérations relatives au calcul du dommage

De jurisprudence constante¹ et de doctrine unanime², l'intérêt compensatoire constitue une part du dommage. Partant, il convient de le calculer comme le dommage dont il fait partie³.

Pour calculer le dommage, la jurisprudence se fonde sur la *théorie de la différence*, cela tant dans la responsabilité délictuelle que dans la responsabilité contractuelle⁴. L'application de cette théorie emporte trois conséquences notables. Premièrement, le dommage déterminé par application de la théorie de la différence consiste nécessairement en une *diminution du patrimoine* du créan-

1 ATF 81 II 512, consid. 6 = JdT 1956 I 237; ATF 118 II 363; ATF 130 III 591, consid. 4 = JdT 2006 I 131; ATF 131 III 12, consid. 9.1 = SJ 2005 I 113.

2 BENOÎT CHAPPUIS, Le moment du dommage, thèse Fribourg, Zurich/Bâle/Genève 2007, N 787; FRANZ WERRO, Les intérêts moratoires et compensatoires dans la responsabilité civile: Le point sur quelques développements récents, in: Franz Werro (édit.), Le temps dans la responsabilité civile, Berne 2007, p. 34; SYLVIA LÄUBLI ZIEGLER, Zeit ist Geld II, in: REAS 2005, p. 320; ROLAND BREHM, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (édit.), Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen – Artikel 41–61 OR, BeKomm. VI/1/3/1, 3^e éd., Berne 2006, art. 41 CO N 97; LUC THÉVENOZ, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (édit.), Commentaire Romand – Code des Obligations I, Genève/Bâle/Munich 2003 (cité: CR CO I-AUTEUR), art. 97 N 59/art. 104 N 3; CLAUDIUS GELZER, Verzugs-, Schadens- und Bereicherungszins, thèse, Bâle 2010, N 156; KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, tome I, 5^e éd., Zurich 1995, § 6 N 25; ALEXANDER BLAESER, Die Zinsen im schweizerischen Obligationenrecht, thèse Saint Gall, Zurich/Saint Gall 2011, p. 113.

3 De cet avis, HERBERT SCHÖNLE, Intérêts moratoires, intérêts compensatoires et dommages-intérêts de retard en arbitrage international, in: Droit des obligations et droit bancaire, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1995, p. 88; CHAPPUIS (note 2), N 787. Cf. également HARDY LANDOLT, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (édit.), Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen – Art. 45–49 OR, ZüKomm. V/1c, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2007, rem. prélim. art. 45/46 CO N 200. D'un autre avis, sans motivation toutefois, GELZER (note 2), N 257.

4 CHAPPUIS (note 2), N 651.

cier⁵. Deuxièmement, la réparation accordée au créancier ne doit *ni sanctionner le débiteur*⁶ *ni enrichir le créancier*⁷, mais a pour seul but de remettre ce dernier dans la situation qui eût été la sienne s'il n'avait pas subi de dommage. Troisièmement, corollaire du but précité, il faut préférer le *calcul concret* du dommage à son calcul abstrait⁸.

Trois moments doivent être distingués lorsque l'on calcule le dommage⁹. Premièrement, le *moment de la survenance du dommage* est le moment où se produisent les effets dommageables de l'acte générateur de responsabilité (acte illicite ou violation du contrat) sur le patrimoine du lésé. Le moment du dommage peut coïncider avec celui de l'acte générateur de responsabilité, mais ce n'est pas forcément le cas¹⁰. Deuxièmement, le *moment du calcul du dommage* est le moment auquel le juge se réfère pour déterminer le dommage¹¹. Troisièmement, le *moment du jugement* est le jour du jugement et, au plus tard, du jugement de la dernière instance cantonale pouvant tenir compte de faits nouveaux. C'est le moment auquel le juge compare les valeurs actuelles des patrimoines effectif et hypothétique du créancier, soit les valeurs desdits patrimoines au moment du jugement¹².

2. La part du dommage que répare l'intérêt compensatoire

En raison de l'application d'un taux fixe à 5%, c'est du moins ce que l'on peut supposer, la question de savoir quel dommage l'intérêt compensatoire est censé réparer n'est pas traitée de manière circonstanciée par la doctrine et la jurisprudence. Dans la mesure où le taux de l'intérêt compensatoire ne doit à notre avis pas nécessairement correspondre à 5%¹³, il convient de tenter de répondre à cette question.

Il est généralement considéré que le dommage que veut réparer l'intérêt compensatoire réside dans la *privation de l'usage* ou dans l'*indisponibilité du montant de l'indemnité*¹⁴, exigible immédiatement après la naissance de la créance en dommages-intérêts (art. 75 CO)¹⁵. En soi, l'indisponibilité du montant de l'indemnité ne constitue pas un dommage qui peut être calculé par application de la théorie de la différence. Il en est toutefois autrement si l'on

5 BENOÎT CHAPPUIS, Quelques dommages dits irréparables, in: SJ 2010 II 165, N 49; BREHM (note 2), art. 41 CO N 69.

6 CHAPPUIS (note 5), N 49.

7 CHAPPUIS (note 5), N 49; ATF 131 III 12, consid. 7.1 = SJ 2005 I 113.

8 Cf. ATF 99 II 214, consid. 3a.

9 Sur la question, voir l'ouvrage fondamental de CHAPPUIS (note 2).

10 WERRO (note 2), p. 35.

11 CHAPPUIS (note 2), N 202.

12 CHAPPUIS (note 2), N 156 s. Cf. également, ATF 99 II 214, consid. 3b.

13 Cf. *infra* C.II.

14 ATF 131 III 12, consid. 9.1 = SJ 2005 I 113; ATF 122 III 53, consid. 4b = JdT 1996 I 590; WERRO (note 2), p. 34.

15 ATF 81 II 512, consid. 6 = JdT 1956 I 237.

considère que le capital est dynamique et qu'il est censé porter intérêts, son indisponibilité ayant dès lors des conséquences patrimoniales. Certains auteurs estiment ainsi que l'intérêt compensatoire indemnise le créancier pour les *conséquences de l'indisponibilité du capital*, à savoir l'*impossibilité de le placer de manière profitable*¹⁶.

On considère cependant aussi que l'intérêt compensatoire indemnise le créancier pour les *frais de financement générés par un emprunt effectué en raison de l'indisponibilité du capital*¹⁷. Force est de constater que le taux de l'intérêt compensatoire déterminé de manière concrète ne peut être identique qu'il indemnise l'impossibilité pour le créancier de placer le capital de manière profitable ou l'obligation d'assumer des frais de financement¹⁸. A notre avis, cette obligation ne constitue qu'une conséquence secondaire de l'indisponibilité du capital, la conséquence première résidant dans l'impossibilité d'en tirer profit. Il faut en outre distinguer le dommage que doit réparer l'intérêt compensatoire du dommage qui lui est supérieur. Les frais de financement générés par l'obtention d'une somme sur le marché des capitaux doivent constituer un tel dommage supplémentaire, dont le créancier peut demander la réparation s'il apporte la preuve correspondante¹⁹.

On considère encore, à juste titre, que l'intérêt compensatoire doit également réparer le dommage résidant dans l'*érosion de la valeur de l'argent du fait de l'inflation*²⁰. En effet, pour que le créancier soit placé dans la situation qui eût été la sienne sans la survenance de l'événement dommageable, il convient non seulement d'indemniser la perte de revenus du capital dont le créancier était privé, mais également de lui rendre un capital à sa valeur au moment auquel il en a été privé.

Partant, on considère ici que l'intérêt compensatoire doit réparer le *dommage résultant de la perte d'intérêt liée à l'impossibilité de procéder à un placement profitable du fait de l'indisponibilité du capital* ainsi que le *dommage résultant de l'inflation*²¹.

16 SCHÖNLE (note 3), p. 81; STEPHAN WEBER/MARC SCHAETZLE, Zeit ist Geld oder der unterschätzte Einfluss des Rechnungstages auf die Schadensberechnung, in: REAS 2004, p. 98 n. 2; LÄUBLI ZIEGLER (note 2), p. 320.

17 SCHÖNLE (note 3), p. 81; WEBER/SCHAETZLE (note 16), p. 98 n. 2; LÄUBLI ZIEGLER (note 2), p. 320.

18 WEBER/SCHAETZLE (note 16), p. 98 n. 2.

19 Cf. *infra* C.III.1.

20 CHAPPUIS (note 2), N 901.

21 Du même avis, CHAPPUIS (note 2), N 901.

II. L'intérêt compensatoire et l'intérêt moratoire

1. La superposition de l'intérêt compensatoire à l'intérêt moratoire

La créance en dommages-intérêts est en principe une somme d'argent exigible dès sa naissance (art. 75 CO)²². Pour ce qui est de l'interpellation du débiteur, il convient de distinguer selon les responsabilités en cause. Dans la responsabilité délictuelle, on considère que le débiteur n'a pas besoin d'être interpellé pour tomber en demeure, mais que celle-ci est acquise du seul fait de l'acte illicite. Bien que la loi ne l'évoque pas, la règle selon laquelle le voleur est toujours en demeure («*fur semper in mora*»), connue en droit romain déjà et reprise par le droit commun, s'étend à tout débiteur obligé en vertu d'un acte illicite²³. L'interpellation est considérée comme étant inutile, car l'auteur de l'acte illicite sait ou est supposé savoir qu'il est tenu à réparation²⁴. L'application de ce principe ne fait toutefois pas l'objet d'un consensus en doctrine. D'aucuns le circonscrivent au cas spécifique de la restitution d'une chose volée²⁵ ou le considèrent inapplicable²⁶. En outre, dans la mesure où l'on reconnaît au lésé le droit de recevoir un intérêt compensatoire, on s'interroge sur son utilité²⁷ ou l'on considère qu'il ne devrait pas être maintenu²⁸. Si l'on devait abandonner le principe que la demeure du débiteur est acquise du seul fait de son acte illicite, ledit débiteur serait interpellé de la même manière qu'il soit obligé en vertu d'un acte illicite ou de la violation d'un contrat. Dans ce dernier cas, il faut considérer que le débiteur est interpellé par la notification de l'ouverture d'une action judiciaire tendant à sa condamnation²⁹, s'il n'a pas été interpellé avant.

Ainsi, le responsable doit théoriquement l'intérêt moratoire sur le montant de la réparation dès la commission de l'acte illicite ou dès son interpellation, qui a lieu au plus tard lors de la notification de l'ouverture d'une action judiciaire tendant à sa condamnation. En pratique, la créance en dommages-intérêts est cependant soumise à l'intérêt compensatoire, qui n'est pas prévu par la loi. Le régime jurisprudentiel de l'intérêt compensatoire s'est ainsi *superposé* au ré-

22 Cf. n. 15.

23 CR CO I-THÉVENOZ, art. 102 N 31; CHAPPUIS (note 2), N 808; WOLFGANG WIEGAND, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (édit.), Basler Kommentar – Obligationenrecht I, 5^e éd., Bâle 2011 (cité: BSK OR I-AUTEUR), art. 102 N 11; ATF 131 III 12, consid. 9.2 = SJ 2005 I 113.

24 REINHARDT ZIMMERMANN, The Law of Obligations, Oxford 1996, p. 793; CHAPPUIS (note 2), N 808.

25 PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, 9^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2008, N 2724; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, 3^e éd., Berne 2009, p. 884 N 42; ROLF H. WEBER, in: Heinz Hausheer (édit.), Die Folgen der Nichterfüllung – Art. 97–109, BeKomm. VI/1/5, Berne 2000, art. 102 CO N 147.

26 GELZER (NOTE 2), N 134.

27 CR CO I-THÉVENOZ, art. 102 N 31.

28 CHAPPUIS (note 2), N 819.

29 CR CO I-THÉVENOZ, art. 102 N 22; BSK OR I-WIEGAND, art. 102 N 9; ATF 56 II 212, consid. 3.

gime légal de l'intérêt moratoire et l'a même *exclu*, la créance en dommages-intérêts portant en pratique seulement intérêts compensatoires³⁰.

Pour certains, le régime jurisprudentiel de l'intérêt compensatoire ne se superpose pas au régime légal de l'intérêt moratoire. S'il faut en croire WERRO, l'acte générateur de responsabilité (autre que la demeure) n'entraîne pas la demeure de son auteur tant que celui-ci ne reconnaît pas sa responsabilité ou n'a pas été jugé responsable, l'intérêt moratoire ne pouvant ainsi courir avant ce moment³¹. Dans ce sens, dans un arrêt concernant un dommage calculé au moment du jugement cantonal, le Tribunal fédéral a estimé que le créancier était en mesure d'exercer ses droits résultant de la demeure du débiteur à partir de ce moment-ci seulement³². Ces considérations doivent être mises en rapport avec l'observation du Tribunal fédéral selon laquelle «[d]er haftpflichtigen Person kann nicht zugemutet werden, den Schaden zu bezahlen, solange sie ihre Haftung bestreitet und darüber nicht rechtskräftig entschieden ist [...]»³³, observation que l'on pourrait également opposer au fait que le débiteur soit en demeure avant même que sa responsabilité ne soit judiciairement constatée.

Pourtant, la demeure, comme l'obligation de verser l'intérêt moratoire en décaissant, ne suppose pas de faute du débiteur. Ce dernier doit donc l'intérêt moratoire même s'il nourrit des doutes excusables relatifs à l'existence et au montant de la créance³⁴ et, ainsi, même si sa responsabilité n'a pas encore été judiciairement constatée. Partant, bien que cela soit systématiquement insatisfaisant, il faut considérer que le régime jurisprudentiel de l'intérêt compensatoire se superpose bien au régime légal de l'intérêt moratoire.

2. La justification de l'intérêt compensatoire

La doctrine et la jurisprudence ne semblent pas se prononcer sur les raisons pour lesquelles le régime jurisprudentiel de l'intérêt compensatoire a été créé et appliqué au détriment du régime légal de l'intérêt moratoire. A notre avis, l'intérêt compensatoire se prête mieux au calcul du dommage par application de la théorie de la différence que ne s'y prêterait l'intérêt moratoire.

Avant d'appliquer la théorie de la différence, le juge doit déterminer la valeur actuelle du patrimoine hypothétique du créancier. L'intérêt compensatoire lui permet d'y parvenir lorsqu'il doit tenir compte du dommage supplémentaire que subit le créancier du fait de la perte de revenus du capital. Le régime légal

30 CHAPPUIS (note 2), N 810/819.

31 WERRO (note 2), p. 31/41.

32 ATF 130 III 591, consid. 3.1 *if.* = JdT 2006 I 131. Il faut dire que le Tribunal fédéral avait considéré que la créance en dommages-intérêts n'était pas exigible avant le moment du jugement, ce qui ne convainc pas. *Cf.* n. 81.

33 ATF 131 III 12, consid. 9.4 = SJ 2005 I 113.

34 ATF 129 III 535, consid. 3.2.2 = JdT 2003 I 590; CR CO I-THÉVENOZ, art. 104 N 4; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (note 25), N 2693.

de l'intérêt moratoire n'est à cet égard pas adapté, car il n'accorde pas au juge la liberté dont il a besoin pour apprécier, en fonction des circonstances du cas d'espèce, le moment à partir duquel survient ce dommage, le *dies a quo* de l'intérêt moratoire courant automatiquement dès la demeure du débiteur, qui est acquise du seul fait de l'acte illicite ou de l'interpellation. C'est ainsi à juste titre que le Tribunal fédéral considère que les modalités de la naissance de l'intérêt moratoire divergent de celles de l'intérêt compensatoire³⁵.

Toutefois, si le *dies a quo* de l'intérêt compensatoire se distingue de celui de l'intérêt moratoire et permet un calcul adéquat du dommage qu'il est censé réparer, son taux systématique à 5% est, comme nous allons le voir maintenant, critiquable.

C. Le taux de l'intérêt compensatoire

Après avoir énoncé la règle (*infra* I), nous traiterons des raisons pour lesquelles celle-ci doit être remise en cause (*infra* II), avant de tenter de déterminer le taux idoine de l'intérêt compensatoire (*infra* III).

I. Le taux de 5%

Contrairement à ce qui vaut pour l'intérêt moratoire, le taux de l'intérêt compensatoire n'est pas prévu par la loi. Le Tribunal fédéral et la doctrine fixent son taux à 5% en vertu de l'art. 73 al. 1 CO³⁶ ou par analogie avec cet article³⁷. Parfois, le taux de l'intérêt compensatoire est fixé par renvoi à l'art. 104 al. 1 CO³⁸. Un nombre substantiel d'auteurs plaide cependant pour un taux d'intérêt correspondant au taux moyen du marché tel qu'il avait cours pendant la période considérée³⁹, comme l'a appliqué le Tribunal fédéral dans une jurisprudence ancienne⁴⁰.

35 ATF 131 III 12, consid. 9.1 et 9.3 = SJ 2005 I 113; ATF 130 III 591, consid. 4 = JdT 2006 I 131.

36 ATF 122 III 53, consid. 4b = JdT 1996 I 590; ATF 121 III 176, consid. 5a; GELZER (note 2), N 337; BREHM (note 2), art. 41 CO N 101; EDMOND PERRUCHOU, Les intérêts en matière de responsabilité civile, Publications du Touring-Club Suisse, Genève 1994, N 9–12; LANDOLT (note 3), rem. prélim. art. 45/46 CO N 202; VITO ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zurich 2002, N 821; FRANZ WERRO, La responsabilité civile, 2^e éd., Berne 2011, N 990.

37 ATF 131 III 12, consid. 9.4 = SJ 2005 I 113.

38 ATF 122 III 53, c. 4b = JdT 1996 I 590 (responsabilité contractuelle). Cf. également arrêt du Tribunal fédéral 4A.188/2007 du 13 septembre 2007, consid. 5.3; WEBER/SCHAETZLE (note 16), p. 98.

39 ROLF H. WEBER, in: Heinz Hausheer (édit.), Die Erfüllung der Obligation – Art. 68–96 OR, BeKomm. VI/1/4, 2^e éd., Berne 2005, art. 73 CO N 132; CHAPPUIS (note 2), N 791/891; WERRO (note 2), p. 42; SCHÖNLE (note 3), p. 88; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (note 25), N 2910; BSK OR I-LEU, art. 73 N 3; BLAESER (note 2), p. 126.

40 ATF 81 II 213, consid. 5.

II. Remise en cause du taux de 5 %

Dans la mesure où l'intérêt compensatoire constitue une part du dommage, cet intérêt doit se plier aux règles et principes s'appliquant au calcul dudit dommage⁴¹. Cela implique premièrement que le taux de l'intérêt compensatoire soit soumis à l'appréciation du juge conformément aux art. 42, 43 et 44 CO⁴². Secondement, le taux de l'intérêt compensatoire doit se calculer par application de la théorie de la différence. Il doit donc, autant que possible, être déterminé de manière concrète et correspondre au dommage effectivement subi par le créancier⁴³. Par l'application d'un taux d'intérêt unique, le dommage est apprécié de façon abstraite et le créancier est indemnisé de manière forfaitaire⁴⁴. En outre, le taux de l'intérêt compensatoire ne doit ni punir le débiteur ni enrichir le créancier. Un taux de 5 % a cependant pour effet d'enrichir le créancier et de pénaliser le débiteur, en particulier dans la conjoncture économique actuelle où un placement à 5 % peut être considéré comme avantageux. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs reconnu que l'élément pénal inhérent à l'intérêt moratoire résidait dans son taux fixe à 5 %, sans égard au fait qu'il puisse dépasser le taux du marché pendant la demeure⁴⁵. Notons encore que, en bonne logique, le taux de l'intérêt compensatoire ne doit pas pénaliser le débiteur si l'on ne peut pas attendre de ce dernier qu'il répare un dommage aussi longtemps qu'il conteste une quelconque responsabilité, respectivement avant que sa responsabilité ne soit judiciairement constatée.

En matière contractuelle, le Tribunal fédéral a considéré que: «[...] es drängt sich auf, in der Vertragshaftung den Schadenszins satzmässig jedenfalls dort dem Verzugszins gleichzusetzen, wo ein Ersatzanspruch aus der Verletzung einer Hauptpflicht zu verzinsen ist. Verzug und Schlechterfüllung sind im Vertragsrecht beides Tatbestände von Leistungsstörungen, die auf dogmatisch einheitlicher Basis gründen und daher nach harmonisierten Rechtsfolgen rufen»⁴⁶. Cette argumentation soulève la question de savoir s'il faut distinguer le régime de la responsabilité contractuelle de celui de la responsabilité délictuelle en ce qui concerne le rapprochement du taux de l'intérêt compensatoire de celui de l'intérêt moratoire. Dans la mesure où, tant dans la responsabilité contractuelle que dans la responsabilité délictuelle, le dommage doit être calculé par application de la théorie de la différence, une telle distinction n'est pas indiquée. Les raisons précédemment mentionnées pour lesquelles le taux de l'intérêt compensatoire à 5 % doit être remis en cause concernent donc tant la responsabilité contractuelle que la responsabilité délictuelle.

41 Cf. *supra* B.I.1.

42 CHAPPUIS (note 2), N 787.

43 Cf. ATF 99 II 214, consid. 3a.

44 CHAPPUIS (note 2), N 788.

45 ATF 130 III 312, consid. 7.1 = JdT 2005 I 260.

46 ATF 122 III 53, c. 4b = JdT 1996 I 590.

A ce stade, s'il n'est pas faux de dire que l'intérêt moratoire et l'intérêt compensatoire veulent tous deux réparer le préjudice résultant de la privation de l'usage d'un capital⁴⁷, bien que l'on puisse se demander si ce n'est pas, dans une certaine mesure, la fonction de tous les intérêts, on doit considérer comme erronée l'opinion selon laquelle l'intérêt compensatoire poursuit le même but ou est de la même nature que l'intérêt moratoire⁴⁸. On peut du reste relever une légère contradiction à dire que ces deux intérêts poursuivent le même but et sont de même nature, alors que l'on fixe habituellement le taux de l'intérêt compensatoire sur la base de l'art. 73 al. 1 et non pas sur la base de l'art. 104 al. 1 CO.

La remise en cause du taux de l'intérêt compensatoire à 5% ne saurait en outre heurter le principe de la sécurité juridique⁴⁹. Bien qu'il l'ait fixé en 1946 déjà, le Tribunal fédéral a décidé de maintenir le taux de capitalisation, soit le taux retenu à la charge du créancier lors de la capitalisation de son dommage futur, à 3,5%⁵⁰. Ce faisant, il a privilégié la sécurité du droit à la prévision de l'évolution de la conjoncture économique, ce qui est défendable vu la difficulté de prévoir cette dernière des années ou des décennies à l'avance⁵¹. Pour l'intérêt compensatoire, la situation est différente dans la mesure où il s'agit de constater ce qui est advenu dans le passé, entre le fait générateur de responsabilité et le moment du jugement, ce qui peut se faire à l'aide de données statistiques.

D'aucuns prétendent encore qu'on ne peut simplement faire abstraction de l'art. 73 al. 1 CO pour ne pas appliquer un taux de 5% à l'intérêt compensatoire⁵². Le Tribunal fédéral, dans son arrêt publié aux ATF 131 III 12, a toutefois déjà remis en cause l'application de cet article en considérant que l'intérêt compensatoire était à allouer au taux de 5% *par analogie* avec l'art. 73 CO⁵³. Il faut dire que, dans le même considérant, le Tribunal fédéral avait estimé que le taux de 5% était une simple présomption et que le créancier conservait la possibilité de prouver que son dommage était plus grand. Ce faisant, il a exclu l'application de l'art. 73 al. 1 CO, qui n'établit pas une présomption, mais constitue une norme dispositive qui prévoit un taux de 5% sous réserve d'une convention, d'une norme ou d'un usage différent. Au demeurant, l'argumentation du Tribunal fédéral doit être approuvée en ce qu'elle fait un pas en direction du calcul concret du dommage.

Notons également qu'en matière d'enrichissement illégitime, où les intérêts perçus par l'enrichi sont considérés comme une partie intégrante de la créance en restitution⁵⁴, le Tribunal fédéral a décidé que leur «[...] *taux ne correspond*

47 ATF 131 III 12, consid. 9.1 = SJ 2005 I 113; ATF 122 III 53, consid. 4a = JdT 1996 I 590.

48 Avançant ceci, ATF 131 III 12, consid. 9.2 et renvois = SJ 2005 I 113.

49 CHAPPUIS (note 2), N 891.

50 ATF 125 III 312, consid. 7 = SJ 2000 I 39 = JdT 2000 I 374.

51 CHAPPUIS (note 2), N 889.

52 BREHM (note 2), art. 41 CO N 101; GELZER (note 2), N 353.

53 ATF 131 III 12, consid. 9.4 = SJ 2005 I 113.

54 ATF 130 V 414, consid. 5.2 et renvois.

pas forcément à celui de l'intérêt moratoire, mais doit être fixé de cas en cas, en fonction des circonstances [...]»⁵⁵. On ne peut ainsi accorder, estime le Tribunal fédéral, un intérêt de 5% sur le capital indûment versé sans que l'appauvri n'étaye de quelques manières ses prétentions⁵⁶. La raison pour laquelle le calcul des intérêts perçus par l'enrichi est concret, alors que celui de l'intérêt compensatoire est abstrait nous est inconnue.

Enfin, comme le débiteur en demeure est incité à retarder le règlement de factures en raison du faible taux de l'intérêt moratoire à 5% par rapport à celui qu'il pourrait obtenir pour se procurer l'équivalent de la somme due sur le marché des capitaux⁵⁷, le titulaire d'une créance en dommages-intérêts est enclin à ne pas réclamer son dû aussi longtemps que possible dans la mesure où il effectue, en raison du taux de l'intérêt compensatoire à 5% et de la conjoncture économique actuelle, un bon placement⁵⁸. Même si le débiteur peut opposer l'interdiction de l'abus de droit et l'obligation de minimiser son dommage au créancier qui attend trop longtemps avant de faire valoir sa créance⁵⁹, cette situation est insatisfaisante en ce qu'elle induit le créancier à la lenteur.

III. La détermination du taux idoine

1. La preuve du dommage correspondant au taux de l'intérêt compensatoire

Si l'on considère que l'intérêt compensatoire constitue une part du dommage, la preuve en incombe au créancier, comme le prévoit l'art. 42 al. 1 CO. Celui-ci ne devrait dès lors plus seulement demander au juge l'allocation d'un intérêt à partir d'une certaine date, mais également prouver que le dommage qu'il a subi du fait de l'indisponibilité du capital correspond au taux de l'intérêt qu'il demande⁶⁰. Apporter la preuve exacte de ce dommage n'est pas chose aisée et cette manière de calculer l'intérêt compensatoire implique que le juge n'en accorde pas si le créancier succombe au fardeau de la preuve, résultat sévère voire inadéquat si l'on reconnaît de manière générale que le créancier subit un dommage supplémentaire du fait de l'indisponibilité du capital.

Le Tribunal fédéral considère que le taux de l'intérêt compensatoire à 5% ne constitue qu'une présomption qui peut être renversée par l'apport de la preuve d'un dommage plus important⁶¹. Exception faite en ce qu'elle concerne le taux, cette solution doit être approuvée et maintenue. Le taux de l'intérêt compensa-

55 ATF 130 V 414, consid. 5.2.

56 ATF 130 V 414, consid. 5.2.

57 Cf. Rapport explicatif de l'Office fédéral de la justice du mois d'août 2010 concernant la motion «Sanctionner les mauvais payeurs» (<http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/verzugszins.html>, consulté le 14 avril 2012).

58 CHAPPUIS (note 2), N 798/891.

59 KOLLER (note 25), p. 888 N 54.

60 SCHÖNLE (note 3), p. 81/90.

61 ATF 131 III 12, consid. 9.4 = SJ 2005 I 113.

toire doit être calculé sur la base d'un indice de référence qui constitue la *perte présumée d'intérêts* par le créancier. En harmonie avec la solution actuelle, le taux présumé de l'intérêt compensatoire doit constituer le *taux minimum* auquel le demandeur a droit, libre à lui de demander la réparation d'un dommage plus important s'il est en mesure de le prouver. On arrive ainsi à un résultat proche de celui que connaît le régime de la demeure du débiteur, selon lequel le créancier a la faculté de prouver le dommage supérieur à l'intérêt moratoire, dont la réparation est prévue à l'art. 106 al. 1 CO.

Pour ce qui est de la preuve du *dommage supplémentaire*, le créancier peut par exemple prouver qu'il a dû engager des frais financiers en raison de l'absence du montant de l'indemnité, preuve qui peut aisément être apportée en produisant, par exemple, une attestation bancaire⁶². Il se peut que le débiteur doive également apporter la preuve du rapport de causalité entre son emprunt et la privation des fonds par le débiteur⁶³. Notons que la réparation du dommage correspondant aux frais de financement ne doit pas nécessairement se faire par l'allocation d'un intérêt. Un intérêt compensatoire doit en revanche être alloué sur le montant de chacune des dettes d'intérêt que le créancier a payé⁶⁴. Outre ce dommage supplémentaire, le créancier peut tenter de prouver qu'il aurait pu placer le montant de l'indemnité à un taux plus intéressant que celui de l'intérêt compensatoire, preuve qui sera plus délicate à apporter.

2. *La nécessité d'un taux variable*

Si l'on veut calculer le dommage que répare l'intérêt compensatoire de manière concrète, le taux de cet intérêt doit se déterminer selon les opportunités de placement qu'offre le marché des capitaux pendant la période considérée. Calculer le taux de l'intérêt compensatoire de cette manière permet aussi d'assurer une certaine égalité de traitement entre les créanciers. En effet, l'allocation d'un intérêt compensatoire au taux systématique de 5% peut tantôt se révéler avantageuse, tantôt désavantageuse. Ainsi, au vu du niveau actuel du loyer de l'argent, le créancier à qui l'on alloue un intérêt au taux de 5% fait un bon placement, tandis que celui à qui l'on allouait un tel intérêt pendant les pics inflationnistes des années 70 ou alors que le coût de l'argent était particulièrement élevé (années 80) voyait sa situation financière se détériorer.

Si l'allocation d'un intérêt à un taux variable est certes plus complexe que l'allocation d'un intérêt au taux constant de 5%, il faut relever qu'avec les programmes informatiques dont on dispose actuellement, elle n'est pas impraticable. De plus, une telle solution a été mise en place et est actuellement en vigueur dans l'Union européenne, le taux de l'intérêt moratoire dans les trans-

62 SCHÖNLE (note 3), p. 90.

63 Cf. SCHÖNLE (note 3), p. 90.

64 GELZER (note 2), N 155.

actions commerciales étant indexé sur le taux directeur de la Banque centrale européenne et majoré de 7 points au minimum⁶⁵.

3. *Le taux de référence*

Dans un arrêt ancien, le Tribunal fédéral a alloué un intérêt compensatoire au taux de 3% que le créancier «[...] aurait pu obtenir d'après l'état actuel du marché monétaire»⁶⁶. Cet arrêt a été, à juste titre, approuvé par une partie de la doctrine⁶⁷. La référence du Tribunal fédéral au *marché monétaire* est toutefois trop vague. Le mode de calcul de l'intérêt compensatoire doit être précis pour pouvoir être appliqué avec constance dans une infinité de cas. Ainsi, WEBER propose de calculer le taux de l'intérêt compensatoire sur la base du taux d'escompte de la Banque nationale, majoré d'un certain nombre de points⁶⁸.

Avant de rechercher un indice permettant de déterminer le taux idoine de l'intérêt compensatoire, il convient de revenir sur le dommage qu'est censé réparer cet intérêt. Il a été précédemment constaté que l'intérêt compensatoire devait tant réparer le dommage résultant de la perte d'intérêt liée à l'impossibilité de procéder à un placement profitable du fait de l'indisponibilité du capital que le dommage résultant de l'inflation. Partant, le taux idoine de l'intérêt compensatoire doit correspondre à un taux d'intérêt nominal. Les taux d'intérêts nominaux se distinguent des taux d'intérêts réels en ce qu'ils ne tiennent pas compte de l'inflation, alors que l'on déduit l'inflation des taux d'intérêts réels⁶⁹.

Dans la recherche d'un indice de référence, le droit anglais est instructif. La Chambre des lords, dans un arrêt *Wells v Wells*⁷⁰, a décidé de calculer le taux de l'intérêt de capitalisation en se référant à l'intérêt que rapportent des obligations d'Etat indexées (*Index Linked Government Stock* ou *ILGS*). Ces papiers-values, introduits en 1981 en Angleterre, sont indexés sur l'inflation, ce qui implique que le taux d'intérêt de leur coupon est réel. En doctrine, on considère que la référence des Lords anglais à ces obligations d'Etat, comme indicateur le plus adéquat d'un taux d'intérêt alloué pour un investissement à faible risque, pourrait faire de leur taux le taux idoine de l'intérêt du dommage non pécuniaire («*non-pecuniary losses*»), ce dommage étant calculé selon la valeur de l'argent au moment du procès et ne justifiant dès lors que l'allocation d'un intérêt réel⁷¹.

65 Art. 3 ch. 1 let. d de la Directive 2000/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2000 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales.

66 ATF 81 II 213, consid. 5.

67 CHAPPUIS (note 2), N 891; SCHÖNLE (note 3), p. 88; WERRO (note 2), p. 35; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (note 25), N 2910; WEBER (note 25), art. 99 CO N 137. Cf. également BSK OR I-LEU, art. 73 N 3.

68 WEBER (note 39), art. 73 CO N 132.

69 FREDERIC S. MISHKIN, *Monnaie, banque et marchés financiers*, 8^e éd., 2007 Paris, p. 104 s.

70 [1999] 1 A.C. 345, HL.

71 JOHN CLERK/WILLIAM LINDSELL, *On Torts*, 19^e éd., Londres 2006, N 29–66.

Si, en Suisse, l'intérêt compensatoire doit tant indemniser les conséquences de l'indisponibilité du capital que celles de l'inflation, il n'est pas nécessaire de se référer à une obligation d'Etat indexée, ce qui du reste n'aurait pas été possible étant donné que la Confédération n'a pas émis de tels papiers-valeurs. Toujours est-il que l'instrument de crédit que constitue l'obligation souveraine est un indice intéressant pour calculer le revenu d'un placement à faible risque. Car c'est à un tel placement qu'il convient de se référer, les placements plus risqués et les intérêts plus élevés qu'ils impliquent n'étant pas justifiés. Ainsi, on pourrait se baser sur le taux de rendement moyen, pendant la période considérée, des obligations de la Confédération pour déterminer le taux de l'intérêt compensatoire. Ce taux reflète bien les opportunités qu'offre le marché des capitaux, il est quotidiennement adapté et peut être consulté sur le site internet de la Banque nationale suisse⁷².

D. La durée de l'intérêt compensatoire

Nous présenterons ici le *dies a quo* de l'intérêt compensatoire de manière générale (*infra* I), avant de l'analyser en relation avec la créance en réparation du dommage purement économique (*infra* II). Nous aborderons ensuite le *dies ad quem* de l'intérêt compensatoire et la question de son cumul avec l'intérêt moratoire (*infra* III).

I. Le *dies a quo* de l'intérêt compensatoire

A titre liminaire, précisons que le dommage subi par le créancier doit être décomposé en différents postes et qu'il convient de fixer le *dies a quo* de l'intérêt compensatoire pour chacun d'eux.

1. Le moment des conséquences financières du dommage comme *dies a quo*

De jurisprudence constante, l'intérêt compensatoire court «[...] vom Zeitpunkt an, in welchem das schädigende Ereignis sich finanziell ausgewirkt hat»⁷³. La doctrine reprend cette formule sans cependant véritablement la commenter. Le Tribunal fédéral semble y distinguer le *dommage* de ses *conséquences finan-*

72 <http://www.snb.ch/fr/about/stat/statpub/zidea/id/zidea> (consulté le 14 avril 2012). Sur le calcul des rendements obligataires, voir ROBERT MÜLLER, Calcul des rendements obligataires publiés par la BNS, in: Banque nationale suisse – Bulletin trimestriel 2/2002, p. 64–73 (http://www.snb.ch/fr/mmr/reference/quarterbul_2002_2_komplett/source/quarterbul_2002_2_komplett.fr.pdf), consulté le 14 avril 2012).

73 ATF 131 III 12, consid. 9.1 = SJ 2005 I 113; ATF 130 III 591, consid. 4 = JdT 2006 I 131; ATF 131 II 217, consid. 4.2; ATF 122 III 53, consid. 4a = JdT 1996 I 590; arrêt du Tribunal fédéral 4C.182/2006 du 12 décembre 2006, consid. 5.2.

cières. En effet, selon la théorie de la différence, qui conduit à considérer le patrimoine comme une notion purement comptable⁷⁴, un dommage ne survient pas seulement lorsque les liquidités du créancier se réduisent, mais déjà lorsque son actif diminue ou que son passif augmente⁷⁵. Si le Tribunal fédéral considère ainsi que le dommage survient dès la diminution de l'actif ou l'augmentation du passif du créancier, il n'alloue pas un intérêt compensatoire dès ce moment-ci. Il semble plutôt se référer au moment auquel les *liquidités du créancier se réduisent ou n'augmentent pas* suite à l'acte générateur de responsabilité pour déterminer le *dies a quo* de l'intérêt compensatoire⁷⁶.

L'arrêt publié aux ATF 130 III 591 est à cet égard illustratif. En l'espèce, le Tribunal fédéral a estimé que le seul moment approprié pour calculer le dommage découlant d'un ouvrage défectueux – dommage qui s'est aggravé jusqu'au jugement de l'instance cantonale – était celui du jugement⁷⁷. Fort de cette prémisse, il a considéré que, lorsque le dommage est calculé au moment du jugement, le créancier a droit à un intérêt compensatoire pour autant qu'il ait préalablement engagé des dépenses ou subi une diminution de ses revenus en raison du dommage et qu'ainsi le dommage se soit manifesté financièrement (*«[...] und sich der Schaden damit tatsächlich finanziell ausgewirkt hat [...]»*)⁷⁸. Les juges cantonaux n'ayant pas constaté les faits à cet égard, le Tribunal fédéral leur a renvoyé l'affaire.

Dans cet arrêt, qui concerne un dommage matériel, le dommage est survenu dès que les défauts affectant l'ouvrage se sont manifestés. Ceux-ci ont en effet réduit les actifs du maître d'ouvrage, s'ils n'ont pas également accru ses passifs à hauteur du montant de la réparation à effectuer. Le Tribunal fédéral ne se demande cependant pas si des intérêts compensatoires sont dus dès la diminution de l'actif ou l'augmentation du passif du maître d'ouvrage, soit dès la survenance du dommage, mais renvoie l'affaire à l'instance cantonale pour qu'elle détermine si le dommage s'est manifesté financièrement avant le moment du jugement.

Si l'on considère que l'intérêt compensatoire indemnise le créancier pour la perte d'intérêts qu'il subit du fait de l'indisponibilité du capital, il est justifié de vouloir faire courir l'intérêt compensatoire à partir du moment auquel les liquidités du créancier – qui devraient porter intérêts – se réduisent ou n'augmentent pas. Il est cependant des cas dans lesquels les conséquences financières du dommage évoluent ou ne se manifestent pas avant le moment du jugement. Dans de tels cas, considérer que l'intérêt compensatoire coure dès le moment

74 CHAPPUIS (note 2), N 225.

75 ATF 116 II 441, consid. 3aa = JdT 1991 I 166. Cf. également, CHAPPUIS (note 2), N 225/227.

76 Du même avis, ROBERTO (note 36), N 821.

77 ATF 130 III 591, consid. 3.1 = JdT 2006 I 131. Cf. également la note sur cet arrêt de PASCAL PICHONNAZ/NICOLAS KUONEN, in: DC 1/2005, p. 15–18.

78 ATF 130 III 591, consid. 4 = JdT 2006 I 131.

auquel se manifestent les conséquences financières du dommage peut être inadéquat.

2. *Le moment du calcul du dommage comme dies a quo*

Une partie de la doctrine soutient que le *dies a quo* de l'intérêt compensatoire doit correspondre au moment du calcul du dommage⁷⁹. Ainsi, VON TUHR/PETER donnent un exemple dans lequel on se pose la question de savoir quel cours le demandeur, dont on a dérobé l'action le 1^{er} janvier, peut-il demander au juge statuant le 1^{er} juillet: la valeur de l'action au moment du vol ou celle au moment du jugement? Il pourrait premièrement, selon ces auteurs, demander la valeur de l'action au moment du vol, la créance en dommages-intérêts étant exigible dès ce moment-là, ce à quoi s'ajoute un intérêt légal à partir du 1^{er} janvier; l'indemnisation ne serait en effet pas complète si l'on attribuait au demandeur cette somme au 1^{er} juillet sans intérêts, alors qu'elle lui est due depuis le 1^{er} janvier. Secondement, il pourrait demander, considèrent ces auteurs, tout ce qu'il aurait s'il était en possession de cette action au moment du jugement, ce qu'il fera lorsque le cours de l'action a augmenté ou qu'un dividende a été versé. Dans ce cas, il n'aura cependant droit à des intérêts qu'à partir du moment du jugement⁸⁰.

Cet exemple appelle deux remarques. Premièrement, on peut ici considérer que les conséquences financières du dommage ne se manifestent pas avant le moment du jugement, car le vol de l'action n'a pas d'impact sur les liquidités du créancier, à l'exception des éventuels dividendes en argent que le créancier aurait perçu s'il était resté en possession de ladite action. Secondement, la première solution ne doit pas être distinguée de la seconde quant au moment de l'exigibilité de la créance en dommages-intérêts, celle-ci étant exigible dans les deux cas dès le moment de la survenance du dommage⁸¹.

Ce dernier point soulève la question de savoir si le propriétaire de l'action dérobée dont le dommage est calculé au moment du jugement ne devrait pas être indemnisé pour l'indisponibilité de la créance entre le moment du dommage et celui du jugement. Dans ce sens, certains auteurs critiquent, dans le

79 ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, tome I, 3^e éd., Zurich 1979, p. 74; WERRO (note 2), p. 35; WEBER (note 39), art. 73 CO N93; CHAPPUIS (note 2), N 901.

80 VON TUHR/PETER (note 79), p. 123.

81 Le moment de l'exigibilité et celui du calcul du dommage ne sont pas toujours clairement distingués: dans l'arrêt publié aux ATF 130 III 591, le Tribunal fédéral estime que, le dommage ayant été apprécié au moment du jugement cantonal, la créance en dommages-intérêts ne peut devenir exigible avant ce moment (ATF 130 III 591, consid. 3.1 = JdT 2006 I 131). Cette considération implique que le créancier ne peut ouvrir action en exécution que si le débiteur ne soulevé pas une exception d'inexigibilité, ce qui est évidemment insoutenable (voir la note sur cet arrêt d'ALFRED KOLLER, in: PJA 2006, p. 364.). Notons encore, d'une part, que cela n'est pas en harmonie avec l'art. 75 CO et, d'autre part, que le fait que le montant de la créance ne soit pas connu ne fait pas obstacle à son exigibilité (ATF 116 II 225 consid. 5a = JdT 1991 I 226).

contexte du dommage de chose, la fixation du *dies a quo* de l'intérêt compensatoire à un moment postérieur à celui du dommage⁸². A notre avis, l'allocation d'un tel intérêt ne se justifie pas aussi longtemps que le dommage n'est pas apprécié⁸³. Dans l'exemple de VON TUHR/PETER, bien que la créance en dommages-intérêts soit exigible dès le moment du vol, allouer un intérêt dès ce moment-ci, alors que l'on tiendra compte du cours de l'action au moment du jugement pour calculer le dommage, reviendrait à surindemniser le créancier. En effet, le créancier est placé dans une situation plus avantageuse que celle qui eût été la sienne sans la survenance du dommage s'il profite tant de cette augmentation de cours que de l'allocation d'un intérêt compensatoire. Il faut garder à l'esprit que ce n'est pas l'indisponibilité du capital en tant que telle, mais sa conséquence, à savoir l'impossibilité pour le créancier d'en tirer profit, que doit indemniser l'intérêt compensatoire. Apprécier le dommage au moment du jugement revient à admettre que le capital est (déjà) investi pendant la période séparant le moment du dommage de celui de son calcul, en l'occurrence dans une action. Par contre, si le dommage est calculé au moment du vol, il faut admettre que le capital du créancier n'est plus investi et qu'il doit dès lors porter intérêts compensatoires. Par ailleurs, le dommage que constitue l'inflation ne se manifeste qu'à partir du moment du calcul du dommage, raison pour laquelle il n'est à cet égard pas nécessaire non plus de faire courir un intérêt compensatoire avant ce moment.

3. *Un bref commentaire*

A quelques exceptions près, le *dies a quo* de l'intérêt compensatoire devrait correspondre au moment auquel se manifestent les conséquences financières du dommage *et* au moment du calcul du dommage. En effet, ces deux moments devraient souvent coïncider, une appréciation du dommage au moment de son impact sur les liquidités du créancier étant indiquée dans la mesure où la réparation du dommage se fait en principe en argent. Par exemple, la victime de lésions corporelles paie une facture de soin: ses liquidités se réduisent au moment du paiement et, étant donné que le montant (de ce poste) du dommage correspond au montant de la facture de soin, il est calculé au moment dudit paiement.

Si les conséquences financières du dommage ne se manifestent pas avant le moment du jugement, l'intérêt compensatoire doit courir à partir du moment du calcul du dommage. Par exemple, lorsqu'il convient d'indemniser le créancier pour la moins-value d'une voiture endommagée qu'il ne fait pas réparer et qui ne lui cause pas de pertes de gain – les conséquences financières du dommage ne se manifestant pas avant le moment du jugement –, l'intérêt compensatoire devrait courir à partir du moment du calcul du dommage.

82 GELZER (note 2), N 238; BREHM (note 2), art. 41 CO N 101b.

83 Du même avis, CHAPPUIS (note 2), N 584.

Enfin, si le moment auquel les conséquences financières du dommage se manifestent ne coïncide pas avec le moment du calcul du dommage, ce qui est notamment le cas lorsque l'impact financier du dommage évolue, il convient de déterminer en fonction des circonstances du cas d'espèce, en particulier du type de dommage et de la responsabilité en cause, quel est le moment idoine à partir duquel l'intérêt compensatoire doit courir.

II. La fixation du *dies a quo* de l'intérêt compensatoire pour le dommage purement économique

1. La jurisprudence du Tribunal fédéral

A regarder la jurisprudence du Tribunal fédéral, nous pouvons distinguer les cas dans lesquels le moment du calcul du dommage coïncide avec le moment auquel se manifestent ses conséquences financières des cas dans lesquels ces deux moments ne coïncident pas.

Parmi les premiers, on peut mentionner une affaire impliquant un employé de banque félon qui vidait le compte d'un client en effectuant des transactions non autorisées. Le Tribunal fédéral, après avoir reconnu la responsabilité de la banque, a condamné cette dernière à restituer au client les montants des différentes transactions, chacun accru de l'intérêt calculé depuis le jour du transfert litigieux⁸⁴. Dans une autre affaire, trois contrats portant sur des bouteilles de vin avaient été conclus avec le représentant d'une société spécialisée dans le commerce de vin, bien que celle-ci n'eût jamais disposé desdits vins⁸⁵. La société a été condamnée à rembourser les montants payés et les créances en dommages-intérêts ont chacune été soumises à un intérêt compensatoire à partir de la date de la remise des différents chèques au représentant⁸⁶. Dans une affaire différente, le représentant du vendeur des actions d'une société avait commis un dol incident, qui ne permettait pas à la victime d'invalider le contrat de vente, mais seulement d'obtenir la différence entre le prix qu'elle avait payé et celui qui aurait été convenu si elle n'avait pas été trompée⁸⁷. Le Tribunal fédéral a condamné le vendeur à restituer ce montant, le soumettant à un intérêt dès la date du paiement du prix surfait⁸⁸. Enfin, se prononçant sur un cas de garantie dans une vente d'immeubles, le Tribunal fédéral a soumis la créance en remboursement de la moins-value (art. 205 al. 1 CO) à un intérêt compensatoire dès le jour auquel le prix de vente a été payé⁸⁹.

84 Arrêt du Tribunal fédéral 4C_5/2007 du 1^{er} juin 2007, ch. 2 disp.

85 ATF 121 III 176.

86 ATF 121 III 176, consid. 5a.

87 ATF 81 II 213, consid. 5.

88 ATF 81 II 213, dispo.

89 Arrêt du Tribunal fédéral 4C.7/2005 du 30 juin 2005, consid. 3.3.

Parmi les cas dans lesquels le moment du calcul du dommage ne coïncide pas avec le moment auquel se manifestent ses conséquences financières, on peut d'abord mentionner un arrêt du Tribunal fédéral 4C.182/2006 du 12 décembre 2006. Une créance en dommages-intérêts découlant de la responsabilité des administrateurs (art. 754 aCO) avait été cédée par l'administration de la faillite aux créanciers, ceux-ci faisant valoir le dommage subi directement par la société en raison de l'inaction des administrateurs lorsqu'ils ont appris la situation de surendettement (art. 725a CO). Ici, le Tribunal fédéral a estimé que le dommage subi par la société correspondait aux pertes accumulées en raison du retard dans le prononcé de la faillite et que ce dommage avait évolué entre le moment où les administrateurs auraient dû agir, comme le leur imposait l'art. 725 aCO, et le moment du prononcé de la faillite. Dans la mesure où le dommage subi par la société pouvait être chiffré à partir du prononcé de la faillite, ce moment a été considéré comme déterminant pour fixer le *dies a quo* de l'intérêt compensatoire⁹⁰. Ensuite, dans son arrêt 4C.191/2004 du 7 septembre 2004, le Tribunal fédéral avait à calculer le dommage subi par la cliente d'une banque dont l'employé avait mal exécuté un ordre. La cliente désirait vendre ses options en réalisant un bénéfice le 21 janvier 2000 et l'ordre qu'elle avait donné à cette fin à l'employé était clair. L'employé, dans la confusion, a passé un ordre de vente sur d'autres options; la cliente était alors toujours en possession des options qu'elle désirait vendre, ce qu'elle a appris de manière certaine le 26 janvier 2000. La banque a informé la cliente qu'elle était dans l'attente de ses instructions et qu'elle ne pouvait procéder à la vente des options en leur absence. Le cours moyen des options a fluctué à la baisse pour être quasi nul fin avril 2000. Entérinant l'arrêt de la dernière instance cantonale, le Tribunal fédéral a considéré qu'il était admissible, en raison de la faute concomitante de la cliente, que le dommage soit diminué du montant que celle-ci aurait pu retirer de la vente de ses options le 27 janvier 2000 (ce qui inclut un bref délai de réflexion depuis le 26 janvier 2000) et qu'il soit soumis à un intérêt compensatoire de 5% depuis le 21 janvier 2000⁹¹, date à laquelle l'ordre de vente litigieux avait été passé.

a. *Un bref commentaire*

Si le *dies a quo* de l'intérêt compensatoire se laisse presque machinalement fixer lorsque le moment du calcul du dommage coïncide avec le moment auquel se manifestent ses conséquences financières, il convient de procéder à un arbitrage lorsque ces deux moments ne coïncident pas. Ainsi, dans l'arrêt du Tribunal fédéral 4C.182/2006 du 12 décembre 2006, mentionné ci-dessus, le *dies a quo* de l'intérêt compensatoire correspond au moment du calcul du dommage,

90 Arrêt du Tribunal fédéral 4C.182/2006 du 12 décembre 2006, consid. 5.2.

91 Arrêt du Tribunal fédéral 4C.191/2004 du 7 septembre 2004, consid. 7.2.

mais pas à celui de ses conséquences financières, soit la diminution des liquidités de la société, lesquelles se sont manifestées entre le moment auquel les administrateurs auraient dû agir et le moment du calcul du dommage. Dans la mesure où les conséquences financières du dommage augmentaient, il était aussi peu praticable qu'équitable de faire courir un intérêt compensatoire avant le moment du calcul du dommage. C'est ainsi à juste titre que le Tribunal fédéral a fait courir l'intérêt compensatoire dès le moment du calcul du dommage. Inversement, dans son arrêt 4C.191/2004 du 7 septembre 2004, mentionné ci-dessus, le Tribunal fédéral fait courir l'intérêt compensatoire dès le moment auquel les conséquences financières du dommage se sont manifestées, soit le 21 janvier 2000, moment auquel la cliente aurait dû recevoir le produit de la vente des options. Ce moment ne correspond pas à celui du calcul du dommage, car les juges ont tenu compte d'évènements qui se sont réalisés après le 21 janvier 2000 pour déterminer le dommage (la baisse du cours des options notamment). Il semble néanmoins indiqué de déjà faire courir l'intérêt compensatoire lorsque les conséquences financières du dommage se manifestent, étant donné qu'il s'agit ici d'indemniser l'intérêt de la cliente à la bonne exécution du contrat.

b. Le dies ad quem de l'intérêt compensatoire et son cumul avec l'intérêt moratoire

Pour le Tribunal fédéral, l'intérêt compensatoire court jusqu'au paiement de l'indemnité⁹². Pour une partie de la doctrine, cette solution prête le flanc à la critique en ce qu'elle parvient à la suppression pure et simple de l'intérêt moratoire⁹³.

Premièrement, il faut se demander si cette suppression de l'intérêt moratoire est justifiée. Dans le contexte de l'addition, au moment du jugement, de l'intérêt compensatoire couru au capital et de sa soumission à l'intérêt moratoire, le Tribunal fédéral a considéré que le choix d'un moment fortuit pour l'addition de l'intérêt ne se justifiait pas⁹⁴. Avec WERRO, il faut toutefois considérer que même si le moment du jugement est fortuit, c'est à partir de ce moment-là, plus précisément à partir du moment de l'entrée en force du jugement, que l'on peut reprocher au débiteur de ne pas s'exécuter⁹⁵. La sanction du débiteur qui ne s'exécute pas alors que son obligation a été judiciairement constatée devant à notre avis l'emporter sur le caractère fortuit du moment du jugement, l'intérêt compensatoire doit faire place à l'intérêt moratoire à ce moment.

92 Arrêt du Tribunal fédéral 4C.182/2006 du 12 décembre 2006, consid. 5.2; ATF 131 III 12, consid. 9.1 = SJ 2005 I 113; ATF 130 III 591, consid. 4 = JdT 2006 I 131; ATF 122 III 53, consid. 4a = JdT 1996 I 590.

93 CHAPPUIS (note 2), N 819; WERRO (note 2), p. 48.

94 ATF 131 III 12, consid. 9.4 = SJ 2005 I 113.

95 WERRO (note 2), p. 48.

Secondement, il faut se demander si l'intérêt compensatoire doit simplement faire place à l'intérêt moratoire ou s'il doit être additionné au capital et soumis à l'intérêt moratoire. Le Tribunal fédéral, en raison du moment fortuit du jugement, d'une part, et de l'interdiction de l'anatocisme, d'autre part, a décidé que l'intérêt compensatoire ne devait pas être additionné au capital⁹⁶. La pratique actuelle du Tribunal fédéral ne satisfait pas une majeure partie de la doctrine qui voudrait que cet intérêt soit additionné au capital au moment du jugement, puis que la somme du dommage soit soumise à l'intérêt moratoire⁹⁷. Elle considère en effet que, l'intérêt compensatoire faisant partie du dommage, le créancier a droit aux intérêts afférents à la partie du dommage que constituent les intérêts compensatoires⁹⁸. En outre, considère la doctrine, l'interdiction de l'anatocisme n'est pas un argument convaincant pour ne pas faire courir l'intérêt moratoire sur l'intérêt compensatoire, car cette règle interdit seulement de faire courir un intérêt moratoire sur une dette d'intérêt moratoire déjà échue⁹⁹.

L'intérêt compensatoire faisant partie du dommage, c'est à juste titre que l'on considère que l'intérêt moratoire doit courir sur tout le dommage et donc aussi sur la dette d'intérêt compensatoire. Ce cumul appelle cependant deux remarques. Premièrement, il convient de calculer le taux de l'intérêt compensatoire de manière concrète; faire courir un intérêt moratoire à 5% sur une créance en dommages-intérêts dont le montant résulte de l'addition de l'intérêt compensatoire à 5% ne paraît, aujourd'hui spécialement, pas équitable. Secondement, un tel cumul suppose que l'on détermine le *dies a quo* de l'intérêt moratoire. Dans son arrêt publié aux ATF 130 III 591, le Tribunal fédéral estime que le débiteur est en demeure, et doit l'intérêt moratoire, à partir du moment du jugement¹⁰⁰. Selon KOLLER, la demeure est automatiquement acquise avec la reddition du jugement pour autant que l'on considère l'introduction de la demande comme une interpellation prématurée valable¹⁰¹. Pour CHAPPUIS, la créance en dommages-intérêts, augmentée de l'intérêt compensatoire, doit être soumise à l'intérêt moratoire dès que le dommage est judiciairement constaté, que le jugement est devenu définitif et que le débiteur ne s'exécute pas malgré l'interpellation du créancier¹⁰². Le débiteur étant à notre avis au plus tard en demeure au moment auquel lui est notifiée la demande et l'est ainsi déjà au moment de la reddition du jugement, il n'est pas nécessaire de l'interpeller. Dans

96 ATF 131 III 12, consid. 9.3–9.4 = SJ 2005 I 113.

97 WERRO (note 2), p. 48; CHAPPUIS (note 2), N 819; BREHM (note 2), art. 41 CO N 99; PERRUCHOUD (note 36), N 31; WERRO (note 36), N 993; LÄUBLI-ZIEGLER (note 2), p. 325; WEBER/SCHAETZLE (note 16), p. 98; ROBERTO (note 36), N 821.

98 WERRO (note 2), p. 48; CHAPPUIS (note 2), N 817; WERRO (note 36), N 993; PERRUCHOUD (note 36), N 31; BREHM (note 2), art. 41 CO N 99.

99 PERRUCHOUD (note 36), N 28; WERRO (note 36), N 993.

100 ATF 130 III 591, consid. 3.2 = JdT 2006 I 131. Cf. n. 81.

101 KOLLER (note 25), p. 888 N 56.

102 CHAPPUIS (note 2), N 819.

l'idéal, l'intérêt moratoire ne devrait pas pour autant courir sur la créance capitalisée dès le moment du jugement, mais seulement à partir du moment auquel ce jugement est définitif, l'intérêt compensatoire courant jusqu'à ce moment-ci. En effet, aussi longtemps que le jugement n'est pas définitif, et surtout lorsque le débiteur introduit, ou compte introduire un moyen de droit à l'encontre dudit jugement, on ne peut lui reprocher de ne pas s'exécuter.

E. Le cas particulier de l'allocation d'un intérêt compensatoire à la créance en réparation du tort moral

Dans la mesure où seul un dommage patrimonial peut être déterminé par application de la théorie de la différence, le tort moral est exclu de son champ d'application¹⁰³. C'est en exerçant son pouvoir d'appréciation que le juge détermine le montant de l'indemnité en réparation du tort moral¹⁰⁴, celle-ci échappant ainsi «[...] à toute fixation selon des critères mathématiques [...]»¹⁰⁵. Dès lors, le principe selon lequel le créancier ne doit pas s'enrichir par la réparation de son dommage, corollaire de la théorie de la différence, ne s'applique pas lorsque l'on calcule le montant de l'indemnité en réparation du tort moral. On considère en revanche que la réparation octroyée à la victime n'a pas pour but de pénaliser le responsable¹⁰⁶. Bien que la soumission de la créance en réparation du tort moral à l'intérêt compensatoire soit unanimement approuvée¹⁰⁷, elle soulève de nombreuses questions.

Ainsi, la fixation du *dies a quo* de l'intérêt compensatoire courant sur l'indemnité en réparation du tort moral ne fait pas, en doctrine, l'objet d'un consensus. Pour les uns, le dommage doit être calculé au jour du jugement et être soumis à un intérêt compensatoire dès le moment de l'atteinte¹⁰⁸. Pour les autres, le *dies a quo* de l'intérêt compensatoire doit être mis en rapport avec le moment du calcul du dommage¹⁰⁹.

En raison du pouvoir d'appréciation du juge dans la fixation de l'indemnité en réparation du tort moral, le Tribunal fédéral a considéré, dans un arrêt publié aux ATF 129 IV 149, que l'approche schématique selon laquelle un intérêt devait être alloué à l'indemnité calculée au moment de l'atteinte, mais pas à l'indemnité calculée au moment du jugement n'était pas convaincante et il ne

103 CHAPPUIS (note 2), N 560; BREHM (note 2), art. 47 CO N 6.

104 ATF 129 IV 149, consid. 3 = JdT 2005 IV 193; CR CO I-WERRO, art. 49 N 15.

105 ATF 125 III 269, consid. 2a. Cf. également, CR CO I-WERRO, art. 47 N 21.

106 BREHM (note 2), art. 47 CO N 40; VON TUHR/PETER (note 79), p. 127.

107 En particulier, BREHM (note 2), art. 47 CO N 94/art. 49 CO N 95; ATF 129 IV 149, consid. 4.2 et renvois = JdT 2005 IV 193.

108 WEBER/SCHAETZLE (note 16), p. 105 s.

109 WERRO (note 2), p. 39 s.; CHAPPUIS (note 2), N 584; BREHM (note 2), art. 47 CO N 94; CR CO I-WERRO, art. 47 N 27.

l'a pas suivie¹¹⁰. En l'espèce, il a alloué un intérêt dès la date de l'atteinte, plus précisément, dans la mesure où les victimes avaient subi des atteintes successives, à partir d'une date fixée au milieu de la période pendant laquelle ont eu lieu lesdites atteintes, bien que l'indemnité fût calculée au moment du jugement¹¹¹.

Si l'allocation d'un intérêt compensatoire à partir d'un moment auquel le principal n'est pas encore apprécié n'est pas concevable lorsque la théorie de la différence s'applique, cela est envisageable quand l'appréciation du dommage relève du pouvoir d'appréciation du juge. Il semble ainsi défendable de faire courir un intérêt compensatoire sur l'indemnité en réparation du tort moral avant même que ladite indemnité n'ait été calculée.

L'indemnité calculée au moment du jugement étant calculée selon la valeur actuelle de l'argent, on pourrait reprocher à cette solution, si l'on alloue un intérêt compensatoire dont le taux prend en compte la perte de valeur de l'argent, de doublement indemniser la victime pour le dommage résultant de l'inflation¹¹². Mais à nouveau, en raison de l'inapplication de la théorie de la différence, on ne peut parler de surindemnisation du créancier et il faut admettre que le taux de l'intérêt compensatoire courant sur l'indemnité en réparation du tort moral ne doit pas être fixé de manière aussi rigoureuse que lorsque ladite théorie s'applique. Toujours est-il que, si l'on s'accorde pour dire qu'un intérêt compensatoire est dû dès le moment de l'atteinte tant lorsque le tort moral est calculé à ce moment-ci que lorsqu'il est calculé au moment du jugement, on peut se demander si les victimes dont le tort moral est apprécié au moment de l'atteinte ne risquent pas de se voir moins bien indemnisées que celles dont le tort moral est apprécié au moment du jugement.

Au regard de ce qui précède, on pourrait remettre en cause l'utilité de l'allocation d'un intérêt compensatoire sur la créance en réparation du tort moral et y préférer l'allocation d'un intérêt moratoire. Si l'on admet le principe selon lequel le débiteur est en demeure dès la commission de l'acte illicite, la solution que retient le Tribunal fédéral dans l'arrêt précité – l'intérêt compensatoire ayant été accordé au taux de 5% – n'aurait pas été différente s'il avait accordé un intérêt moratoire en lieu et place de l'intérêt compensatoire. L'allocation d'un intérêt moratoire sur la créance en réparation du tort moral aura toutefois pour résultat de pénaliser le responsable.

F. Thèses et observations

De l'exposé qui précède, il convient de retenir les quelques thèses et observations suivantes:

110 ATF 129 IV 149, consid. 4.2 = JdT 2005 IV 193.

111 ATF 129 IV 149, consid. 4.2 à 4.4 = JdT 2005 IV 193. Critique CHAPPUIS (note 2), N 584 s.

112 CHAPPUIS (note 2), N 797; GELZER (note 2), N 245.

1. L'intérêt compensatoire fait partie du dommage. Il doit dès lors se calculer comme ce dernier, notamment par application de la théorie de la différence.
2. L'intérêt compensatoire doit réparer le dommage que subit le créancier du fait de l'impossibilité de placer le capital indisponible de manière profitable, d'une part, et le dommage que subit ledit capital du fait de l'inflation, d'autre part.
3. La créance en dommages-intérêts est exigible dès sa naissance et le débiteur est au plus tard interpellé au moment de la notification de la demande en justice tendant à sa condamnation. Dès lors, il doit être considéré en demeure à ce moment-là, au plus tard. Pourtant, les tribunaux ne soumettent pas le montant de l'indemnité à l'intérêt moratoire, mais à l'intérêt compensatoire. Partant, le régime jurisprudentiel de l'intérêt compensatoire se superpose au régime légal de l'intérêt moratoire et le remplace.
4. Le *dies a quo* de l'intérêt compensatoire peut être fixé en fonction des circonstances du cas d'espèce, ce qui n'est pas le cas du *dies a quo* de l'intérêt moratoire. Le *dies a quo* de l'intérêt compensatoire permet ainsi un calcul congruent du dommage supplémentaire que subit le créancier du fait de l'indisponibilité de l'indemnité. L'intérêt compensatoire remédie à l'inadéquation de l'intérêt moratoire sur ce point.
5. Le taux de l'intérêt compensatoire à 5% doit être remis en cause. Dans la mesure où le taux de cet intérêt doit être calculé de manière concrète et ne doit pas pénaliser le débiteur ni enrichir le créancier, il ne peut pas automatiquement correspondre à 5%.
6. Comme c'est actuellement le cas pour le taux de 5%, le taux idoine de l'intérêt compensatoire doit constituer une présomption réfragable, libre au créancier de demander la réparation d'un dommage plus grand s'il est en mesure de le prouver.
7. Le taux idoine de l'intérêt compensatoire doit refléter les opportunités de placement qu'offre le marché des capitaux pendant la période considérée. Le taux de rendement moyen, pendant la période considérée, d'une obligation de la Confédération pourrait constituer un indice de référence.
8. Le *dies a quo* de l'intérêt compensatoire correspond, suivant les circonstances du cas d'espèce, au moment auquel se manifestent les conséquences financières du dommage, à savoir la diminution ou l'absence d'augmentation des liquidités du créancier, ou au moment du calcul du dommage. Le moment auquel se manifestent les conséquences financières du dommage va cependant souvent coïncider avec le moment du calcul du dommage.
9. La jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, selon laquelle l'intérêt compensatoire court jusqu'au paiement de l'indemnité, prête le flanc à la critique. A partir du moment auquel l'obligation du débiteur de réparer le dommage est constatée par un jugement définitif, l'intérêt compensatoire devrait faire place à l'intérêt moratoire. Par ailleurs, cet intérêt moratoire devrait courir, comme le revendique une majeure partie de la doctrine, sur le capital augmenté des intérêts compensatoires échus.

10. Enfin, dans la mesure où le tort moral n'est pas un dommage patrimonial, il n'est pas calculé par application de la théorie de la différence, mais est soumis au pouvoir d'appréciation du juge. Ceci justifie que l'on aborde différemment les questions de *dies a quo* et de taux de l'intérêt courant sur la créance en réparation du tort moral. Plus encore, on pourrait remettre en cause l'utilité de l'allocation d'un intérêt compensatoire et y préférer l'allocation d'un intérêt moratoire.

Résumé

Cette contribution cherche à distinguer les intérêts compensatoires des intérêts moratoires. Ce faisant, elle établit que les intérêts compensatoires empiètent sur le champ d'application des intérêts moratoires. Cette contribution propose par ailleurs une approche conséquente du calcul de l'intérêt compensatoire; dans la mesure où cet intérêt fait partie du dommage, sa durée et son taux devraient être calculés conformément aux principes qui régissent le calcul du dommage. Ainsi, bien que les tribunaux fixent le taux de l'intérêt compensatoire de manière automatique à 5%, ce taux devrait être déterminé de manière concrète et refléter les opportunités de placement qu'offre le marché des capitaux pendant la période considérée. Enfin, l'intérêt compensatoire ne devrait pas courir jusqu'au paiement de l'indemnité, comme le veut la jurisprudence du Tribunal fédéral. A partir du moment auquel l'obligation du débiteur de réparer le dommage est constatée par un jugement définitif, l'intérêt compensatoire devrait faire place à l'intérêt moratoire, lequel devrait courir sur le capital augmenté des intérêts compensatoires échus.

Zusammenfassung

Dieser Beitrag zeigt den Unterschied zwischen Schadenszins und Verzugszins auf. Dabei wird dargelegt, dass der Anwendungsbereich der Schadenszinse von demjenigen der Verzugszinse abweicht. Weiter wird ein konsequenter Ansatz für die Berechnung des Schadenszinses vorgeschlagen. Soweit der Schadenszins Bestandteil des Schadens ist, sollte der Zinslauf und der Zinssatz nach den Grundsätzen festgelegt werden, die für die Schadensberechnung gelten. Obwohl die Gerichte gewissermassen gewohnheitsmässig einen Zinssatz von 5% verwenden, sollte dieser Satz jeweils in konkreter Weise bestimmt werden und die Möglichkeiten widerspiegeln, welche der Kapitalmarkt für die Platzierung von Geldern während der betreffenden Periode bietet. Weiter sollte der Schadenszins nicht bis zur Bezahlung des Schadenersatzes laufen, wie dies nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Fall ist. Ab dem Zeitpunkt,

in welchem die Pflicht des Schädigers zum Ersatz des Schadens durch rechtskräftiges Urteil festgestellt ist, soll vielmehr der Verzugszins den Schadenszins ablösen und auf dem Kapital, erhöht um die aufgelaufenen Schadenszinsen, laufen.