

## FICHE n°7

### Comment réparer les préjudices liés à l'écoulement du temps ?

L'écoulement du temps peut créer un nouveau préjudice et/ou accroître le préjudice initial dont il est demandé réparation.

Afin de prendre en compte ce facteur temporel, plusieurs systèmes d'indemnisation ont été instaurés :

**En premier lieu**, un remède mécanique a été mis en place afin de réparer le préjudice né du retard à exécuter une obligation pécuniaire : les intérêts moratoires.

**En second lieu**, un préjudice peut naître de la privation des sommes qui seront allouées en réparation du préjudice initial calculé à compter de la naissance du dommage jusqu'au jour du jugement prononçant la réparation. Ce préjudice additionnel ("préjudice de trésorerie" ou "préjudice financier") est réparé par le paiement d'intérêts compensatoires.

D'autres mécanismes prenant en considération l'écoulement du temps existent tels que l'exécution provisoire de la décision rendue, ou encore l'astreinte qui permet d'accélérer l'exécution de la décision.

#### 1. Les intérêts moratoires

Les intérêts moratoires sont prévus aux articles 1231-6 et 1231-7 du code civil (anciens articles 1153 et 1153-1 du code civil) ainsi qu'à l'article L. 441-10, II du code de commerce (ancien article L. 441-6, alinéa 12, du code de commerce). Ce dernier texte s'applique dans les relations entre toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services et tout acheteur agissant dans le cadre de son activité professionnelle (Civ. 1ère, 5 février 2020, n° 18-18854, dont il résulte que l'application de l'ancienne disposition (art. L. 441-6 C. com.) est exclue pour les personnes qui ont la qualité de non-professionnel).

Les intérêts moratoires ont pour but de réparer le préjudice résultant du seul fait du retard du paiement d'une somme d'argent.

A la différence du système classique des dommages et intérêts, le préjudice est présumé, et le montant fixé par le législateur.

Le juge est ainsi privé de son pouvoir d'appréciation au profit d'un système d'indemnisation forfaitaire en vertu duquel le créancier perçoit un loyer d'argent limité à un taux d'intérêt fixé par le législateur.

Il convient de souligner enfin que les intérêts moratoires ne doivent pas être confondus avec l'astreinte.

## a) Taux applicable

### i. Taux fixé par la loi

Les intérêts moratoires des articles 1231-6 et 1231-7 du code civil correspondent à un taux légal fixé par décret chaque année, qui, conformément à l'article L. 313-2 du code monétaire et financier, est différent selon la nature de la créance (créancier personne physique n'agissant pas pour les besoins de son entreprise ou autres cas).

A titre d'exemple, pour le premier semestre de l'année 2020, le taux légal est fixé à :

- 3,15% lorsque le créancier est une personne physique n'agissant pas pour ses besoins professionnels,
- 0,87 % dans tous les autres cas.

En cas de condamnation pécuniaire par décision de justice, l'article L. 313-3 du code monétaire et financier prévoit que le taux de l'intérêt légal est majoré de cinq points à l'expiration d'un délai de deux mois à compter du jour où la décision de justice est devenue exécutoire, fût-ce par provision. Toutefois, le juge de l'exécution peut exonérer le débiteur de cette majoration ou en réduire le montant.

Les intérêts moratoires de l'article L. 441-10, II du code de commerce - ancien article 441-6 du code de commerce - correspondent au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne ("BCE") à son opération de refinancement la plus récente majoré de dix points, soit 10 % pour le premier semestre 2020.

### ii. Taux conventionnel

**Principe** : L'application du taux légal ou du taux de la BCE n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent fixer un intérêt conventionnel de leur choix ou toute autre modalité d'indemnisation du retard.

A défaut de taux conventionnel mentionné, le taux légal ou le taux de la BCE s'appliquera de manière automatique.

Cette faculté est particulièrement intéressante s'agissant des intérêts moratoires des articles 1231-6 et 1231-7 du code civil, dans la mesure où le taux légal prévu par décret est assez faible.

**Limites** : S'agissant des intérêts moratoires des articles 1231-6 et 1231-7 du code civil, le taux conventionnel s'analyse juridiquement comme une clause pénale que le juge peut réduire, même d'office, s'il l'estime manifestement excessive.

En pratique, le juge s'attachera à déterminer si le taux conventionnel fixé par les parties est manifestement excessif au regard du préjudice effectivement subi par le créancier (1ère Civ., 3 juin 2015, pourvoi n°14-11.632 ; Com., 5 avril 2016, pourvoi n°14-20.169).

S'agissant des intérêts de l'article L. 441-10, II du code de commerce - ancien article L. 441-6, alinéa 12, du code de commerce -, il est expressément prévu que ceux-ci ne peuvent être fixés dans les conditions générales de vente à un taux inférieur à trois fois le taux d'intérêt légal.

La Cour de cassation a par ailleurs jugé que les pénalités dues par application de ce texte ne constituent pas une clause pénale et ne peuvent donc être réduites en raison de leur caractère abusif (Com., 2 novembre 2011, pourvoi n° 10-14.677 : Bull. civ. n° 178).

## b) Point de départ

S'agissant des sommes d'argent nominales, l'article 1231-6 du code civil prévoit que les intérêts ne sont dus qu'à compter de la mise en demeure.

S'agissant des sommes d'argent dues en vertu d'une décision de justice, l'article 1231-7 du code civil prévoit que les intérêts courent à compter du prononcé du jugement à moins que le juge n'en décide autrement.

**En cas d'appel**, l'article 1231-7 distingue deux cas :

- Si le juge d'appel confirme purement et simplement la décision allouant une indemnité en réparation d'un dommage, les intérêts sont dus à compter du jugement de première instance.
- Dans les autres cas, l'indemnité allouée en appel porte intérêt à compter de la décision d'appel.

S'agissant des intérêts de l'article L. 441-10, II du code de commerce - ancien article L. 441-6, alinéa 12, du code de commerce -, les pénalités de retard sont exigibles de plein droit, sans qu'il soit nécessaire d'adresser une mise en demeure à son débiteur. La créance naît automatiquement à l'échéance légale, soit le lendemain de la date à laquelle le paiement était prévu (CEPC, avis n°10-08 du 12 mai 2010).

### **Le créancier peut-il obtenir des dommages et intérêts distincts de l'intérêt moratoire ?**

L'article 1231-6, alinéa 3, du code civil prévoit que "*Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts de l'intérêt moratoire*".

L'octroi de dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires est donc subordonné à deux conditions cumulatives : la preuve d'un préjudice indépendant du retard et la preuve de la mauvaise foi du débiteur.

### **Peut-on cumuler les intérêts moratoires de l'article 1231-6 du code civil avec ceux de l'article L. 441-10, II du code de commerce - ancien article L. 441-6 du code de commerce ?**

La jurisprudence ne s'est pas encore prononcée clairement sur le cumul entre pénalités de retard et intérêts moratoires de l'article 1231-6 du code civil.

La question est débattue en doctrine dans la mesure où :

- D'une part, la Cour de cassation a jugé que les pénalités de retard de l'article L. 441-6 du code de commerce s'analysent comme des intérêts moratoires, ce qui pourrait alors exclure le cumul d'intérêts de même nature (Com., 10 novembre 2015, pourvoi n° 14-15.968) ;
- D'autre part, il a également été jugé que les pénalités de retard dues en vertu de l'article L. 441-6 du code de commerce ne constituent pas une clause pénale soumise au pouvoir modérateur du juge, contrairement aux intérêts de l'article 1231-6 du code civil (Com., 2 novembre 2011, pourvoi n°10-14.677 : Bull. civ. n° 178).

## 2. Les intérêts compensatoires en réparation du préjudice de trésorerie" ou "préjudice financier".

---

### a) Comment définir les intérêts compensatoires ?

Lorsqu'une personne subit un préjudice, le dommage économique entraîne pour la victime un préjudice additionnel qui résulte de la privation de la trésorerie pendant la durée qui s'étend de la naissance du dommage jusqu'au jour du jugement de réparation.

Ce préjudice additionnel est aussi appelé "préjudice de trésorerie" ou "préjudice financier".

Il peut être réparé par l'application d'un taux d'intérêt au montant alloué en réparation du préjudice initial : les intérêts compensatoires.

Cette pratique est aujourd'hui consacrée par la Cour de justice, par les juges du fond principalement en matière de concurrence, ainsi que par la directive 2014/104 du 26 novembre 2014 relative aux actions en dommages et intérêts pour les infractions au droit de la concurrence (transposée en droit français par l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 et le décret n° 2017-305 du 9 mars 2017).

A cet effet, tant la Cour de justice que les juges du fond distinguent de manière constante deux types de préjudice résultant de l'écoulement du temps : l'érosion monétaire et la perte de chance subie par la partie lésée du fait de l'indisponibilité du capital (CA Paris, 14 décembre 2016, n° 13/0875 ; CA Paris, 10 mai 2017, n° 15/05918; CJCE, 3 février 1994, aff. C-308/87, pt. 40).

### b) Comment calculer les intérêts compensatoires ?

#### **Point de départ et d'arrivée**

Les intérêts compensatoires sont dus depuis le moment où le préjudice a été constaté jusqu'au jour du jugement statuant sur les intérêts compensatoires.

#### **Taux applicable**

Alors que les intérêts moratoires sont dus sans que le créancier soit tenu de démontrer l'existence d'une perte spécifique, l'octroi de dommages et intérêts compensatoires implique la démonstration de l'existence d'un préjudice provenant de la privation de la trésorerie correspondant au préjudice économique subi.

Sa réparation nécessite donc la connaissance de l'usage que la victime aurait fait de la trésorerie correspondante.

- La réduction des flux de trésorerie a éventuellement conduit à un accroissement du besoin de financement de l'entreprise, ce qui a pu entraîner une augmentation de son endettement et donc de ses frais financiers. Le taux d'intérêt à retenir sera alors le taux marginal auquel les ressources de financement sont obtenues.
- Si la réduction des flux de trésorerie consécutive au préjudice économique a eu pour conséquence de limiter les placements de l'entreprise, c'est le taux de la rémunération de ceux-ci qui sera utilisé.

- Dans les situations plus complexes où la victime peut démontrer que la réduction de sa trésorerie l'a empêchée de réaliser un investissement identifié, la rentabilité prévisionnelle de cet investissement, qui est fonction de sa spécificité et de ses modalités de financement, pourra être retenue.

A cet égard, la cour d'appel de Paris a repris la distinction entre le préjudice résultant de l'impossibilité de réaliser un investissement identifié et celui résultant de la simple limitation des placements financiers (Paris, Pôle 5 ch. 4, 10 mai 2017, n° 15/05918 ; v. aussi 17 juin 2020, n° 17/23041) :

- En l'absence de la preuve d'un préjudice spécifique, elle juge que la perte de chance peut être évaluée en appliquant le taux d'intérêt légal correspondant à un placement sans risque ;
- En revanche, si l'entreprise démontre que l'indisponibilité des sommes l'a conduite, (i) soit à restreindre son activité sans trouver de financements alternatifs par emprunts ou fonds propres, (ii) soit à renoncer à des projets d'investissements dûment identifiés qui étaient susceptibles de rapporter l'équivalent du coût moyen du capital, la perte de chance est évaluée en appliquant le coût moyen pondéré du capital, aussi connu sous l'appellation WACC (Weight Average Cost Of Capital).

*version avril 2020*