

La responsabilité du commettant du fait de son préposé

Au passé composé, au conditionnel présent et au futur imparfait¹

Aline CHARLIER²

*Assistante à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Avocate au barreau de Liège-Huy
Juge suppléante au Tribunal de police de Liège*

Introduction

1. Introduction générale. L'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil prévoit un régime de présomption irréfutable de responsabilité des maîtres et commettants pour les dommages causés par leurs domestiques et préposés dans l'exercice des fonctions auxquelles ils les ont employés³. Ce régime s'applique dans le secteur privé⁴.

Certains voient dans cet article l'existence d'un régime de responsabilité objective⁵. Instaurer un tel régime n'était pas l'intention du législateur lors de l'adoption de ce mécanisme, de sorte que cette interprétation ne paraît pas pouvoir être retenue pour ce qui concerne l'ancien Code civil⁶.

¹ La présente publication est arrêtée au 24 janvier 2021.

² L'auteure peut être contactée aux adresses mail suivantes : aline.charlier@usaintlouis.be et a.charlier@dvclex.be.

³ Pour la facilité, la présente contribution n'utilisera que les termes « commettants »/« employeurs » et « préposés », dès lors que les termes, désuets, « maîtres » et « domestiques » ne sont nullement repris dans le texte de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017 (version du 6 août 2018), https://justice.belgium.be/sites/default/files/voorontwerp_van_wet_aansprakelijkheidsrecht.pdf, consulté pour la dernière fois le 24 janvier 2021.

⁴ La loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité des et pour les membres du personnel au service des administrations publiques a prévu le même régime pour le service public (M.B., 27 février 2003), dont le personnel travaille régulièrement sous statut, et non sous contrat de travail, pour supprimer les discriminations existantes liées à l'absence de présomption de responsabilité des commettants personnes publiques. Il sera fait référence à cette loi dans le cadre de la présente contribution, mais elle ne sera pas examinée. L'auteure renvoie à la contribution de B. Lombaert dans le présent ouvrage pour en savoir plus à cet égard.

⁵ Th. DERVAL, « L'application du principe *Fraus omnia corrumpit* en matière aquilienne », note sous Cass., 30 septembre 2015, R.G.D.C., 2016/10, p. 557, n° 27.

⁶ Ch.-É. CLESSE, « L'article 1384, alinéa 3, du Code civil », in *Guide social permanent – Droit du travail : commentaires*, t. 5, Bruxelles, Kluwer, 2020, p. 135.

La rationalité de cette base légale interroge⁷, et ce, d'autant plus que les commettants ne peuvent se prévaloir de l'alinéa 5 de l'article 1384 de l'ancien Code civil pour tenter de renverser la présomption de responsabilité qui repose sur eux, au contraire des parents pour les fautes commises par leurs enfants mineurs et des instituteurs pour les fautes commises par leurs élèves durant le temps de leur surveillance⁸.

Sous réserve de recours éventuels, le seul moyen de défense des employeurs sera de contester les conditions d'application de l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil.

Plusieurs explications ont été apportées afin de justifier ce régime, dont le fait que le commettant devait supporter son mauvais choix de préposé⁹, ou encore une surveillance défailante du commettant envers son préposé, car la faute de celui-ci, ainsi que le dommage y lié, en seraient la conséquence¹⁰.

Ce qui est sûr est que cette base légale a eu pour moteur la volonté d'offrir un garant plus solvable au tiers victime malheureux, et ce, dans une logique de victimologie accrue¹¹.

2. *Ratio legis*. L'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil instaure un régime de présomption *iuris de iure*, soit irréfragable, de responsabilité des commettants pour les fautes commises par leurs préposés dans l'exercice des tâches qui leur sont confiées¹².

La victime du dommage causé par le préposé peut solliciter, sur cette base légale, réparation à la condition qu'elle rapporte plusieurs éléments de preuve :

- que celui qu'elle a assigné en responsabilité est le commettant du préposé auteur de l'acte dommageable (voy. chapitre 1, section 1, § 1, A) ;
- que le préposé a commis une *faute* personnelle et que cette faute lui a *causé un dommage* actuel, certain et personnel (voy. chapitre 1, section 2) ;

⁷ Th. MALENGREAU, « La responsabilité extracontractuelle du commettant pour le fait de son préposé », in F. GLANSORFF (dir.), *Droit de la responsabilité. Questions choisies*, coll. CUP, vol. 157, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 51, n° 2.

⁸ Ch. DALCQ, « La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui », in J.-L. FAGNART (dir.), *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, titre IV, liv. 40, 2009, Bruxelles, Kluwer, p. 17, n° 8 ; P. VAN OMMELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II « Les obligations », vol. 2 « Source des obligations (deuxième partie) », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1346, n° 906.

⁹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 1040, cité par Ch.-É. CLESSE, « L'article 1384, alinéa 3, du Code civil », *op. cit.*, p. 135.

¹⁰ P. VAN OMMELAGHE, *Traité de droit civil belge*, *op. cit.*, p. 1346, n° 906.

¹¹ Ch.-É. CLESSE, « L'article 1384, alinéa 3, du Code civil », *op. cit.*, p. 135 ; Th. PAPART, « Responsabilité du fait d'autrui... Vers une responsabilité objective ? », in B. KOHL (dir.), *Droit de la responsabilité*, coll. CUP, vol. 107, Liège, Anthemis, 2008, p. 55 ; P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, « Le point sur la responsabilité des commettants », in B. KOHL (dir.), *Droit de la responsabilité*, *op. cit.*, p. 168, n° 1.

¹² L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle. L'acte illicite*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 397, n° 228.

- que cette faute a été commise *dans le cadre des fonctions* confiées par le commettant¹³ (voy. chapitre 1, section 4).

Une fois ces preuves rapportées par la victime, demanderesse en réparation, le commettant ne pourra s'exonérer de sa responsabilité en établissant qu'il n'a pas commis de faute. Il sera tenu d'indemniser la victime tenant compte du dommage prouvé et en lien avec la faute du préposé.

3. Le nouveau Code civil. L'article 5.157 de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil¹⁴ est libellé comme suit :

« Le commettant est responsable du dommage causé par son préposé pendant et à l'occasion de l'exercice de sa fonction, et dont ce dernier doit lui-même répondre ou devrait répondre si sa responsabilité n'était pas limitée ou exclue par la loi. »

Le régime que nous connaissions, tel que prévu à l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil, n'est que peu modifié, même si le texte a été reformulé. La référence aux maîtres et aux domestiques, termes largement dépassés dans le langage et la conception usuels, a été supprimée¹⁵.

L'exposé des motifs précise d'ailleurs que le régime issu de l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil a « bien résisté à l'usure du temps. En doctrine, la plupart des auteurs justifient la responsabilité des commettants en se référant à son utilité sociale. Une garantie de dédommagement est offerte à la victime, car le commettant sera la plupart du temps suffisamment solvable ou assuré et pourra supporter l'éventuelle responsabilité liée au dommage causé par un préposé »¹⁶.

Aussi, « la notion “dans les fonctions” dans le texte de l'actuel article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil a été remplacée par celle plus complète de “dommage causé pendant et à l'occasion de l'exercice de sa fonction”, qui est conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation »¹⁷.

¹³ L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle. L'acte illicite, op. cit.*, p. 384, n° 218.

¹⁴ Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, préc.

¹⁵ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, https://justice.belgium.be/sites/default/files/memorie_van_toelichting_aansprakelijkheidsrecht_0.pdf, consulté le 24 janvier 2021, p. 72.

¹⁶ *Ibid.*, p. 71.

¹⁷ *Ibid.*, https://justice.belgium.be/sites/default/files/memorie_van_toelichting_aansprakelijkheidsrecht_0.pdf, consulté le 24 janvier 2021, pp. 72-73.

Néanmoins, on pointe une modification de régime applicable, puisque l'exposé des motifs fait clairement référence non plus à un système de présomption irréfragable (comme pour l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil¹⁸), mais à un régime de responsabilité objective du commettant pour le dommage causé par son préposé¹⁹.

Ainsi et dans la lignée de cette interprétation – mais en ayant égard à l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil –, Geneviève Viney, citée par P. Henry et B. de Cocquéau, précisait : « il convient, pour construire un régime adapté aux besoins des sociétés contemporaines, d'envisager la responsabilité du commettant dans une optique nouvelle en la considérant avant tout comme un moyen d'imputer à l'entreprise elle-même la charge des risques qu'elle crée par son activité. Vu de cette façon, la règle de l'article 1384, alinéa (3), ne doit donc plus être considérée comme visant le commettant en tant qu'individu. Elle le désigne à l'action des victimes uniquement parce qu'il représente l'unité économique qu'il dirige. Elle n'a d'ailleurs pas pour objet de sanctionner un comportement personnel, mais à la fois de désigner la personne chargée de prendre, pour le compte de l'entreprise, l'assurance destinée à protéger les tiers et d'inciter l'entreprise elle-même à une action de prévention »²⁰.

4. Plan. Nous examinerons, dans un souci pragmatique et synthétique, le régime juridique applicable *de lege lata* et nous dirons quelques mots sur le futur « en marche » qui semble se dessiner au vu du projet de réforme de l'ancien Code civil en cours en Belgique. Nous aborderons, dans un premier chapitre, les conditions de mise en œuvre du régime (le commettant, le préposé, le lien de subordination, la faute du préposé, le dommage de la victime et le lien de la faute avec les fonctions exercées). Dans un second chapitre, nous aborderons les effets de la présomption (une présomption irréfragable et les recours éventuels), pour en finir par deux chapitres plus précis sur quelques cumuls de responsabilités (commettants et parents ou instituteurs) et sur quelques catégories de préposé (infirmier, médecin, journaliste).

¹⁸ Sic.

¹⁹ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extra-contractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, préc., p. 72.

²⁰ G. VINEY, « L'interprétation de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil, en droit belge », in *Les obligations en droit français et en droit belge*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Dalloz, 1994, citée par P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, « Le point sur la responsabilité des commettants », *op. cit.*, p. 168, n° 1.

Chapitre 1

Les conditions de mise en œuvre du régime

Section 1

La qualité des parties

§ 1. Les définitions prétoriennes

A. *Le commettant*

5. Définition. « Le commettant est celui qui exerce, pour son propre compte, une autorité et une surveillance sur les actes accomplis par une tierce personne », le préposé. Cette définition inclut l'employeur au sens strict, mais pas que lui, puisque, selon les cas, cette définition peut englober les utilisateurs des travailleurs, que ce soit par le biais d'un prêt de personnel ou d'une agence d'intérim, voire encore sans aucun de ces cadres²¹. La qualité de commettant est appréciée en fait.

6. Une surveillance exercée pour son propre compte. Comme précisé ci-dessus, la surveillance, par le commettant, sur les actes de son préposé doit être exercée en son nom et pour son compte propre²².

Il est donc exclu qu'un travailleur, chef d'équipe par exemple, qui exerce une autorité et une surveillance sur d'autres travailleurs de l'entreprise, puisse être lui-même considéré comme un commettant au sens de l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil²³.

Dans une décision peu singulière du 22 juin 2012, le Tribunal de première instance de Namur a ainsi retenu la responsabilité de la Région wallonne, maître d'ouvrage²⁴, sur pied de l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil. Un dommage était survenu à la suite de la chute d'un rocher sur des voies ferrées, laquelle avait notamment causé le déraillement d'un train. Bien qu'une convention ait été établie entre la Région wallonne et un entrepreneur spécialisé, c'est la Région qui a été tenue d'indemniser, en sa qualité

²¹ Ch.-É. CLESSE, « L'article 1384, alinéa 3, du Code civil », *op. cit.*, p. 136. Voy. nos 9 et s. de la présente contribution.

²² L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle. L'acte illicite*, *op. cit.*, p. 390, n° 222 ; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1 « Le fait générateur et le lien causal », coll. Dossiers du J.T., vol. 74, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 135, n° 154.

²³ L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle. L'acte illicite*, *op. cit.*, p. 390, n° 222 ; A. KAPITA, obs. sous Mons (2^e ch.), 8 juin 2015, *Recueil de jurisprudence du Forum de l'assurance*, vol. V « Jurisprudence 2015 », Limal, Anthemis, 2016, p. 35.

²⁴ La décision parle de « maître d'ouvrage », mais il s'agit nécessairement d'une maldonne, ce régime de responsabilité visant les commettants.

de commettant. Il convient d'ailleurs de noter, des termes de la décision, qu'elle n'a pas contesté sa responsabilité²⁵.

7. Une autorité virtuelle suffit. Il importe peu que le commettant ait exercé effectivement son autorité et sa surveillance sur le préposé fautif au moment du fait dommageable. En effet, il faut, mais il suffit qu'elles aient pu être exercées à ce moment pour permettre l'application de l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil²⁶.

Une autorité virtuelle, soit celle qui peut être exercée, suffit donc à constater l'existence d'un lien de préposition et, donc, la qualité de commettant.

B. Le préposé

8. Définition. Le préposé est celui qui est employé par une autre personne, à un travail quel qu'il soit (intellectuel ou manuel, intérieur ou extérieur...) et qui se trouve, envers son commettant, dans une situation de subordination²⁷.

Le préposé est à distinguer de l'organe d'une personne morale, lequel n'est nullement dans un lien de préposition envers celle-ci, de sorte que, lorsque l'organe commet une faute, puisqu'il fait partie intégrante de la personne morale, il engage la responsabilité personnelle de cette dernière sur pied des articles 1382 et 1383 du Code civil²⁸.

§ 2. Le lien de subordination ou de préposition

9. Introduction. Comme il en ressort des définitions mentionnées ci-dessus, la qualité de commettant est le pendant de la qualité de préposé. Par le biais du lien de subordination, ou de préposition, qui les unit, le commettant a le pouvoir de diriger le préposé, d'exercer son autorité sur lui, de le surveiller, tandis que le préposé est tenu de se conformer aux directives données par le commettant²⁹.

La subordination est un concept difficile à cerner tant les situations factuelles, multiples et variées en compliquent l'appréhension.

²⁵ Civ. Namur, 22 juin 2012, R.G.A.R., 2014, n° 15.053.

²⁶ L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle. L'acte illicite, op. cit.*, p. 388, n° 220, *in fine* ; Th. MALENGREAU, « La responsabilité extracontractuelle du commettant pour le fait de son préposé », *op. cit.*, p. 54, n° 6.

²⁷ Ch.-É. CLESSE, « L'article 1384, alinéa 3, du Code civil », *op. cit.*, p. 137.

²⁸ Voy. not. : Cass., 24 janvier 1980, n° F-19800124-6 ; L. BIHAIN, « Responsabilités des dirigeants de sociétés à l'égard des tiers. Pas d'immunité de principe en faveur des organes de sociétés », *J.T.*, 2006/24, pp. 421-427.

²⁹ Th. MALENGREAU, « La responsabilité extracontractuelle du commettant pour le fait de son préposé », *op. cit.*, p. 52, n° 4.

À la subordination que l'on peut qualifier de « simple »³⁰ viennent s'ajouter des situations bien plus complexes, comme le prêt de personnel, l'abus de fonctions, les services d'ami, le travail au noir...

10. La subordination : une boule à facettes. La subordination naît d'une relation de travail et donne naissance à l'autorité patronale et, par effet miroir, à la subordination du préposé³¹. Elle peut se définir comme « la relation en vertu de laquelle une personne, le préposé, est soumise à l'autorité, la surveillance et le contrôle d'une autre personne, l'employeur, dans l'exercice de ses activités »³².

Elle consiste dans le droit de l'employeur de commander le travailleur, de lui donner des ordres ou des injonctions pour l'organisation et l'exécution du travail, de le surveiller. En d'autres termes, l'employeur bénéficie des pouvoirs de direction et de contrôle sur son préposé³³.

Dans le chef du travailleur, le lien de subordination présente un caractère *intuitu personae* alors qu'elle peut être déléguée dans le chef de l'employeur³⁴.

Le lien de subordination peut également être partiellement transféré, ce qui rend la « notion juridique imprécise, totalement variable et particulièrement difficile à cerner. En effet, la question de savoir s'il y a autorité constitutive d'un lien de subordination est une question de fait »³⁵.

11. L'existence du lien de subordination. Le lien de subordination existe dès qu'une personne peut, en fait, exercer son contrôle, son autorité et sa surveillance, ne fût-ce virtuellement³⁶, sur les actes d'une autre³⁷.

La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler, à de multiples reprises, que l'appréciation du lien de subordination doit s'opérer en fait, indépendamment des conventions liant les parties et de leur qualification juridique qui, parfois, travestissent, à dessein ou non, la réalité factuelle³⁸.

³⁰ Lien classique de contrat de travail, temps de travail clairement défini et tâches listées.

³¹ O. LANGLET, « L'existence du lien de subordination : recherche d'équilibre entre la Cour de cassation, le juge du fond et l'exécutif ? », *Chron. D.S.*, 2006-2005, p. 246.

³² Ch. DALCQ, « La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui », *op. cit.*, p. 7, n° 2.

³³ O. LANGLET, « L'existence du lien de subordination : recherche d'équilibre entre la Cour de cassation, le juge du fond et l'exécutif ? », *op. cit.*, p. 246.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, *op. cit.*, p. 1348, n° 909.

³⁷ B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, *op. cit.*, p. 132, n° 148 ; P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, *op. cit.*, p. 1347, n° 909 ; P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, « Le point sur la responsabilité des commettants », *op. cit.*, p. 198, n° 25.

³⁸ L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle. L'acte illicite*, *op. cit.*, p. 385, n° 219 ; P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, *op. cit.*, p. 1348, n° 909 ; P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, « Le point sur la responsabilité des commettants », *op. cit.*, p. 197, n° 25.

Cette appréciation, qui relève de la compétence des juges du fond, est cruciale³⁹. On notera aussi que le lien de subordination en soi échappe donc au contrôle de la Cour de cassation qui reste néanmoins compétente pour apprécier si la qualification légale a bien été respectée⁴⁰.

En tout état de cause, sans preuve d'un lien de subordination, la responsabilité quasi délictuelle du commettant ne peut être établie sur le fondement de l'article 1384, alinéa 3⁴¹.

12. Le temps de la subordination. Le temps de la subordination se détermine en examinant, « par rapport à une activité dans le cadre de laquelle un travailleur agit, si une personne peut faire valoir à son égard une autorité de fait qui caractérise la subordination »⁴². On comprend de suite que l'indication des horaires de travail constitue un outil précieux pour déterminer si le fait dommageable est survenu, ou non, durant le temps où la subordination de l'employeur est censée être exercée (même si l'examen des horaires de travail est encore plus pertinent pour déterminer le lien, éventuellement tenu, de l'acte dommageable avec les fonctions du préposé).

13. La subordination apparente. Une victime peut-elle solliciter réparation d'un dommage subi et se prévaloir d'un lien de subordination apparent entre l'auteur du fait fautif à l'origine de son dommage et le commettant apparent et, ainsi, fonder son action en réparation sur pied de l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil⁴³ ?

On peut théoriquement concevoir que l'existence d'un lien de subordination puisse être examinée à l'aune de la théorie de l'apparence. Cela suffit-il néanmoins à engager la responsabilité du commettant ?

À la suite de Th. Malengreau, la réponse nous paraît être négative dès lors que le constat d'un lien de subordination résulte d'une situation de fait et d'indices objectifs, probants et concordants « liés, notamment, aux rapports entretenus entre l'auteur de l'acte dommageable et celui qui l'emploie, aux dispositions de l'éventuelle convention qui lie ces deux personnes, et à l'organisation concrète du travail. Ces éléments ne peuvent *a priori* pas être appréhendés par les tiers, et certainement pas au point de fonder une apparence qui serait contraire à la réalité. À cet égard, le fait que le fautif paraisse faire

³⁹ L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle. L'acte illicite*, op. cit., p. 385, n° 219 ; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, op. cit., p. 133, n° 149.

⁴⁰ Ch. DALCQ, « La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui », op. cit., p. 7, n° 2.

⁴¹ Anvers, 11 octobre 2005, *Limb. Rechtsl.*, 2006, liv. 3, p. 179, note R. BROEKMANS.

⁴² Th. MALENGREAU, « La responsabilité extracontractuelle du commettant pour le fait de son préposé », op. cit., pp. 56-57, n° 8.

⁴³ *Ibid.*, p. 57, n° 9.

partie du personnel salarié, en raison d'un comportement imputable à celui qui l'emploie, n'est pas suffisant pour fonder la subordination »⁴⁴.

14. Préposition et autonomie du préposé. Il est admis que le préposé puisse jouir d'une certaine autonomie et d'une certaine indépendance dans l'exécution des tâches qui lui sont confiées⁴⁵.

Puisque le pouvoir de l'employeur peut être virtuel, le travailleur peut jouir de qualifications particulières, notamment techniques, que l'employeur ne possède pas lui-même, sans que cela porte atteinte à l'application de l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil⁴⁶. On peut penser à un technicien dans une entreprise qui usine des produits de haute technologie que le PDG serait dans l'incapacité de fabriquer.

15. L'existence d'un contrat de travail. L'existence d'un contrat de travail n'est pas requise pour qu'il soit estimé que l'on se trouve en présence d'un lien de subordination, pas plus que le paiement d'un salaire en contrepartie⁴⁷. Ainsi, un contrat de travail n'implique pas, *de facto*, un lien de subordination au sens de l'article 1384, même s'il constitue un indice dont il doit être tenu compte dans l'appréciation de l'existence ou non d'un lien de subordination⁴⁸. Pour le dire autrement encore, « la subordination juridique ne coïncide pas nécessairement avec la subordination factuelle »⁴⁹.

C'est en fait qu'il convient de vérifier si le lien de subordination existe concrètement⁵⁰. Tel est l'enseignement qui se déduisait déjà d'un arrêt important de la Cour de cassation du 8 novembre 1979⁵¹. Un lien de subordination peut naître d'une situation de fait occasionnelle et temporaire, indépendamment de tout salaire⁵².

⁴⁴ *Ibid.*, p. 58, n° 9, *in fine*.

⁴⁵ B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, *op. cit.*, p. 134, n° 153 ; P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, *op. cit.*, p. 1349, n° 909 ; Th. MALENGREAU, « La responsabilité extracontractuelle du commettant pour le fait de son préposé », *op. cit.*, pp. 55-56, n° 7.

⁴⁶ P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, *op. cit.*, p. 1349, n° 909 ; Ch. DALCQ, « La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui », *op. cit.*, p. 8, n° 2 ; Th. MALENGREAU, « La responsabilité extracontractuelle du commettant pour le fait de son préposé », *op. cit.*, p. 55, n° 7.

⁴⁷ Ch.-É. CLESSE, « L'article 1384, alinéa 3, du Code civil », *op. cit.*, p. 141.

⁴⁸ L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle. L'acte illicite*, *op. cit.*, p. 386, n° 220 ; Ch. DALCQ, « La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui », *op. cit.*, p. 7, n° 2 ; Th. MALENGREAU, « La responsabilité extracontractuelle du commettant pour le fait de son préposé », *op. cit.*, p. 52, n° 4.

⁴⁹ Th. MALENGREAU, « La responsabilité extracontractuelle du commettant pour le fait de son préposé », *op. cit.*, p. 55, n° 6.

⁵⁰ P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, *op. cit.*, p. 1348, n° 909.

⁵¹ Cass., 8 novembre 1979, *J.T.*, 1980, p. 295.

⁵² B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, *op. cit.*, p. 133, n° 150 ; O. LANGLET, « L'existence du lien de subordination : recherche d'équilibre entre la Cour de cassation, le juge du fond et l'exécutif ? », *op. cit.*, p. 251.

De plus, les termes du contrat de travail pourraient ne pas concorder avec la relation hiérarchique effective⁵³.

16. L'inexistence d'un contrat de travail. En lien avec le point précédent, l'inexistence d'un contrat de travail n'implique pas *de facto* l'absence de lien de subordination. Ainsi, certains contrats, notamment d'entreprise ou d'agence commerciale, cachent parfois, sous le couvert de l'indépendance, un lien de préposition au sens de l'article 1384. On a d'ailleurs entendu parler, à de nombreuses reprises, de la problématique des « faux indépendants » (voy. *infra*, n° 22)⁵⁴.

Également, un lien de préposition peut exister en dehors de toute relation contractuelle (contrat de travail ou contrat d'entreprise, agence commerciale...), comme dans le cadre d'un service rendu à un ami, donc, même de manière occasionnelle ou gratuite⁵⁵, voire encore de travail « au noir » (voy. *infra*, n° 23)⁵⁶.

Pour appréhender une situation de fait, les cours et tribunaux ont recours à l'analyse de présomptions graves, précises et concordantes. C'est cette analyse qui va leur permettre, dans une situation précise, de dire si, oui ou non, un lien de subordination existe⁵⁷.

17. Le prêt de personnel ou la mise à disposition de travailleurs. Un préposé est « prêté » lorsqu'il est mis à la disposition d'un tiers par le commettant qui l'emploie et exerce sur lui une autorité de principe.

Un préposé « prêté » peut, selon l'activité exercée, être soit sous la surveillance de son commettant habituel, soit du tiers à la disposition duquel il a été mis. C'est au moment de l'acte dommageable à l'origine du préjudice causé que l'on se place pour apprécier qui était le commettant effectif du préposé fautif, tenant compte des tâches qui lui étaient confiées⁵⁸.

Il est important de noter que le prêt de personnel avec transfert de l'autorité patronale est, par principe, interdit en Belgique, sauf les exceptions

⁵³ B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, *op. cit.*, p. 133, n° 149.

⁵⁴ Th. MALENGREAU, « La responsabilité extracontractuelle du commettant pour le fait de son préposé », *op. cit.*, p. 52, n° 4.

⁵⁵ Comme le précise Th. Malengreau, l'absence de salaire est souvent considérée comme un critère déterminant pour conclure à l'absence de lien de subordination. Voy. Th. MALENGREAU, « La responsabilité extracontractuelle du commettant pour le fait de son préposé », *op. cit.*, p. 53, note 19.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 53, n° 4.

⁵⁷ M. FALLON et S. FRANCO, « Les conflits de loi en matière d'obligations contractuelles et non contractuelles (1986-1997) », *J.T.*, 1998, p. 687 ; O. LANGLET, « L'existence du lien de subordination : recherche d'équilibre entre la Cour de cassation, le juge du fond et l'exécutif ? », *op. cit.*, p. 247. Voy. également les multiples exemples que l'auteur cite dans sa contribution de la page 247 à la page 250.

⁵⁸ L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle. L'acte illicite*, *op. cit.*, p. 392, n° 223.

prévues par la loi⁵⁹, afin de lutter contre le dumping social qui fausse la concurrence et porte atteinte aux droits des travailleurs qui bénéficient alors de salaires trop bas.

Ainsi, il arrive qu'un préposé soit mis à la disposition d'un tiers pour l'exécution d'une tâche. On peut penser, par exemple, à l'ouvrier d'un employeur X, sur un chantier de construction, qui reçoit des ordres d'une société Y, laquelle lui demande d'effectuer une tâche précise et utile à l'avancée du chantier. Un dommage survient. Qui est commettant ? La société X, employeur habituel, ou la société Y, donneuse d'ordres⁶⁰ ? Des questions de ce type se posent notamment en cas de société momentanée⁶¹, type de société que l'on rencontre fréquemment sur des chantiers de construction.

On perçoit d'emblée les difficultés pratiques. Aucune réponse de principe, applicable en toutes circonstances, ne peut être apportée à la question de savoir qui doit être considéré comme le commettant, au sens de l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil⁶². Pour y répondre, il convient de procéder à une appréciation *in concreto*⁶³.

Différents cas de figure doivent, à cet égard, être distingués⁶⁴ :

- la responsabilité exclusive du commettant « habituel » (employeur « prêteur ») ;

⁵⁹ Voy. la loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs, M.B., 20 août 1987. Des autorisations sont prévues dans les cas suivants : le travail intérimaire (aux conditions prévues par la loi) ; la mise à disposition pour une durée limitée moyennant l'autorisation préalable de l'inspection du travail ; la mise à disposition dans le cadre d'une mise au travail approuvée par la Région ; la mise à disposition dans le cadre d'un groupement d'employeurs et certaines dérogations spécifiques au secteur public.

⁶⁰ Il est entendu que le sous-traitant auquel il est fait appel ne revêt pas la qualité de préposé dès lors que celui-ci exerce ses tâches en toute indépendance et sans lien de préposition aucun. Voy. not. sur ce point : A. DELVAUX, B. DE COQUEAU, F. POTTIER et R. SIMAR, « La responsabilité des professionnels de la construction. Volume 1 », in J.-L. FAGNART (dir.), *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, titre II, liv. 23, Bruxelles, Kluwer, 2008, p. 45, n° 48, et pp. 46-47, n° 50.

⁶¹ À distinguer, selon les cas. S'il s'agit d'une société intégrée, qui implique la mise en commun de moyens techniques, matériels, humains, financiers... dans le but de réaliser un objectif commun qui les lie solidairement. La société momentanée intégrée forme alors un tout, ayant pour conséquence la responsabilité commune des différents associés. La société momentanée non intégrée fonctionne différemment dès lors que les associés des différentes sociétés se répartissent entre eux, par lots, les parties des travaux à exécuter et que chacun conserve la maîtrise sur ses propres moyens financiers, techniques, humains... De sorte que chaque société est responsable de son seul personnel. Voy. à cet égard : Cass., 22 janvier 2007, n° C.04.0343.N/1 et, pour aller plus loin sur ces points, P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, « Le point sur la responsabilité des commettants », *op. cit.*, pp. 213-214, n° 42.

⁶² P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, « Le point sur la responsabilité des commettants », *op. cit.*, p. 213, n° 42 ; Th. MALENGREAU, « La responsabilité extracontractuelle du commettant pour le fait de son préposé », *op. cit.*, p. 59, n° 10.

⁶³ A. KAPITA, obs. préc., p. 39 ; Ch. DALCQ, « La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui », *op. cit.*, p. 23, n° 18.

⁶⁴ B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, *op. cit.*, p. 136, n° 155 ; Th. MALENGREAU, « La responsabilité extracontractuelle du commettant pour le fait de son préposé », *op. cit.*, p. 59, n° 10.

- la responsabilité exclusive du commettant « occasionnel » (employeur « utilisateur ») ;
- la responsabilité cumulative de deux commettants ;
- le cas de l'agence d'intérim ou de l'agence ALE.

Examinons-les, tout en gardant à l'esprit que le seul élément déterminant est de savoir quel était celui qui, *au moment* du fait générateur du dommage, avait *effectivement* le pouvoir de contrôle, d'autorité et de surveillance sur le préposé⁶⁵.

Comme l'a précisé la Cour de cassation dans un arrêt du 17 novembre 1999⁶⁶, il importe peu qu'il existe des conventions entre les employeurs qui précisent lequel est responsable du personnel, car seule la situation de fait compte.

La Cour de cassation a d'ailleurs rendu plusieurs arrêts importants en la matière⁶⁷.

18. La responsabilité exclusive du commettant habituel, soit de l'employeur prêteur. La thèse de la responsabilité exclusive du commettant habituel, en toutes circonstances, a été condamnée par la Cour de cassation dans un arrêt du 8 novembre 1979⁶⁸.

Pour déterminer s'il y a lieu d'appliquer la responsabilité exclusive du commettant habituel, il faut examiner, en fait et tenant compte de l'activité pour laquelle le travailleur a été mis à disposition, si l'employeur habituel a conservé ou non un pouvoir d'autorité et de surveillance qu'il a pu seul exercer, à l'exclusion de l'employeur utilisateur⁶⁹.

Si aucune parcelle de pouvoir n'a été conservée dans le chef du commettant habituel, l'autorité a été transférée du commettant habituel vers l'employeur utilisateur et c'est donc ce dernier qui doit être présumé responsable.

19. La responsabilité exclusive du commettant occasionnel ou de l'employeur utilisateur. La responsabilité exclusive du commettant

⁶⁵ B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, *op. cit.*, p. 136, n° 156 ; P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, *op. cit.*, p. 1350, n° 910.

⁶⁶ Cass., 17 novembre 1999, n° P.99.0787.F.

⁶⁷ Voy., à cet égard, pour en savoir plus : Ch. DALCQ, « La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui », *op. cit.*, p. 23, n° 18.

⁶⁸ Cass., 8 novembre 1989, R.C.J.B., 1980, p. 300, note J.-L. FAGNART, cité par A. DELVAUX, B. DE COQUEAU, F. POTTIER et R. SIMAR, « La responsabilité des professionnels de la construction. Volume 1 », *op. cit.*, p. 48, n° 52, note 6. Pour en savoir plus sur ce que développaient les auteurs partisans de cette thèse, voy. not. A. PHILIPPE PEETERS, obs. sous Cass., 30 octobre 1980, « L'article 1384, alinéa 3, du Code civil, le lien de préposition et le transfert de l'autorité sur le préposé d'un commettant originaire à un commettant subséquent », R.G.A.R., 1982/7, n° 10.511.

⁶⁹ Th. MALENGREAU, « La responsabilité extracontractuelle du commettant pour le fait de son préposé », *op. cit.*, p. 60, n° 11.

occasionnel doit être retenue s'il est en mesure d'exercer une autorité et une surveillance en fait sur l'activité du préposé alors que le commettant habituel a perdu ces prérogatives⁷⁰.

Il s'agit de la solution privilégiée par la jurisprudence. Le critère de la subordination réside alors dans l'exercice factuel et effectif de l'autorité de l'employeur, et non plus dans l'autorité virtuelle⁷¹.

Dans un jugement du 25 juin 2012, le Tribunal de première instance d'Anvers a estimé que la société de transports De Lijn devait être considérée comme responsable d'un accident survenu du fait du chauffeur d'une société sous-traitante dès lors que De Lijn exerçait en fait et en droit son autorité sur tous les chauffeurs (en ce compris ceux des sous-traitants)⁷².

Dans une décision du 14 mars 2011, le Tribunal de commerce de Dinant a eu à connaître d'un litige où était questionnée la qualité de commettant effectif d'un grutier mis à la disposition d'un entrepreneur de chantier, avec la grue. Le Tribunal a estimé qu'au moment de l'accident, le commettant était l'utilisateur, et non l'employeur habituel⁷³. En effet, on peut considérer qu'il « y a transfert momentané de l'autorité sur le grutier de son employeur habituel vers le locataire ; si le grutier provoque un accident durant cette location, il n'engagera pas la responsabilité de son employeur sur pied de l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil »⁷⁴.

Cette décision est conforme à la jurisprudence classique de la Cour de cassation qui décidait, le 30 octobre 1980⁷⁵, que « l'ouvrier qui, sur ordre de son employeur, exerce des activités pour un tiers, agit comme préposé de ce dernier et non de son employeur, pour autant qu'il exerce ces activités sous l'autorité de fait du tiers, quelle que soit la manière dont il accomplit sa tâche et quelle que soit la nature de la faute qu'il commet dans l'exécution de sa mission ».

20. La responsabilité concurrente des deux commettants (prêteur et utilisateur). Une victime peut-elle obtenir réparation, *in solidum*, à charge du commettant habituel et de l'utilisateur du préposé fautif ?

Une certaine jurisprudence considère qu'en cas de mise à disposition d'un travailleur, l'employeur prêteur conserve une autorité simultanée et

⁷⁰ *Ibid.*, p. 62, n° 12.

⁷¹ Ch. DALCQ, « La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui », *op. cit.*, p. 23, n° 18 ; Th. MALENGREAU, « La responsabilité extracontractuelle du commettant pour le fait de son préposé », *op. cit.*, p. 65, n° 14.

⁷² Civ. Anvers (div. Anvers, 6^e ch. B), 25 juin 2012, C.R.A., 2018/2, p. 39.

⁷³ Comm. Dinant, 14 mars 2011, R.G.D.C., 2014/8, pp. 417-149.

⁷⁴ R. CAPART, « La responsabilité civile de l'employeur », in Ch.-É. CLESSE et S. GILSON (coord.), *La responsabilité du travailleur, de l'employeur et de l'assuré social*, coll. Jeune barreau de Charleroi, Limal, Anthemis, 2014, pp. 52-53.

⁷⁵ Cass., 30 octobre 1980, R.G.A.R., 1982/7, n° 10.511, note A. PHILIPPE PEETERS.

cumulative à celle de l'employeur utilisateur⁷⁶. Cette responsabilité concurrente serait admissible « lorsque le préposé se trouve dans un rapport de subordination à l'égard de deux personnes présentant entre elles une communauté d'intérêts »⁷⁷.

En tout état de cause, la Cour de cassation a écarté le fait que le commettant initial demeurerait, en toutes hypothèses, responsable, quand bien même le préposé aurait été confié à un commettant occasionnel⁷⁸.

Si plusieurs commettants, avec des intérêts communs, comme par exemple en association momentanée, exécutent une tâche commune et s'adjoignent les services d'un préposé en vue de la réalisation de l'objectif commun, il n'est pas douteux que ces différents commettants pourront être présumés responsables *in solidum* de la faute du préposé⁷⁹.

En va-t-il ainsi si le préposé exécute ses fonctions chez différents commettants, intervenant pour chacun distinctement ?

La réponse paraît négative dès lors que le préposé ne sera effectivement en relation de subordination qu'avec un seul commettant à la fois⁸⁰.

Est-il néanmoins admissible que deux commettants, qui n'exercent pas une activité commune, puissent simultanément exercer leur autorité respective, parfois contradictoire, sur un même préposé ?

Tout est, à nouveau, une question d'espèce, même si certains auteurs estiment – à raison selon nous – que le cumul de responsabilité de deux commettants distincts, pour des tâches distinctes, s'appréhende mal⁸¹. On imagine, en effet, difficilement un ouvrier obéir à deux donneurs d'ordres, simultanément.

Un cumul de responsabilité dans le chef du commettant habituel et du commettant occasionnel pourrait néanmoins trouver à s'appliquer, en théorie du moins, si le commettant habituel continue à jouir de la possibilité, même virtuellement, de donner des instructions générales (p. ex., le faire remplacer, lui infliger une sanction...) ou précises (p. ex., imposer un horaire, exiger le port d'un vêtement au logo de l'employeur habituel...) au préposé. De plus, il ne

⁷⁶ A. KAPITA, obs. préc., p. 41.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 42.

⁷⁸ Cass., 8 novembre 1979, *Pas.*, 1991, II, p. 187, cité par P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge*, op. cit., p. 1350, n° 910, note 3469.

⁷⁹ Ch.-É. CLESSE, « La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui – Questions spéciales », in J.-L. FAGNART (dir.), *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, titre IV, liv. 40bis, Bruxelles, Kluwer, 2016, p. 46, n° 84 ; Th. MALENGREAU, « La responsabilité extracontractuelle du commettant pour le fait de son préposé », op. cit., p. 66, n° 15.

⁸⁰ Ch.-É. CLESSE, « La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui – Questions spéciales », op. cit., p. 46, n° 84.

⁸¹ Voy. en ce sens : Th. MALENGREAU, « La responsabilité extracontractuelle du commettant pour le fait de son préposé », op. cit., p. 67, n° 16.

faut pas perdre de vue que, généralement, c'est sur instruction du commettant habituel que le préposé est mis au service d'un commettant occasionnel⁸².

21. Cas particuliers : l'agence d'intérim et l'agence ALE. Le rôle de l'agence d'intérim se limite à mettre un travailleur à la disposition d'un employeur. Elle lui donne la mission d'exercer des tâches chez un employeur utilisateur, comme l'entend la loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à disposition d'utilisateurs⁸³. Dès lors qu'une agence d'intérim n'interfère pas dans l'autorité et la surveillance du préposé, elle ne pourrait être considérée comme un commettant⁸⁴⁸⁵.

La surveillance et l'autorité exigées dans le chef du commettant se situent donc exclusivement dans le chef de l'employeur utilisateur⁸⁶.

Le même raisonnement a été tenu par la Cour d'appel de Mons dans le cadre de mises à disposition de personnel par des Agences pour l'Emploi (ALE), spécialement dans le cas d'un viol commis sur mineur par un travailleur ALE autorisé à prester pour un établissement scolaire⁸⁷.

22. Les « faux indépendants ». L'article 333 de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006⁸⁸ a établi des critères généraux permettant d'apprécier l'existence ou l'absence d'un lien d'autorité, dont la liberté d'organisation du temps de travail et du travail, la possibilité d'exercer un contrôle hiérarchique... en ayant égard au fait que certains éléments ne sont pas déterminants pour apprécier la qualité exacte de la relation contractuelle (comme l'intitulé de la convention, l'inscription auprès d'un organisme de sécurité sociale, à la BCE ou à la TVA)⁸⁹.

⁸² *Ibid.*, pp. 67-68, n° 16.

⁸³ Loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à disposition d'utilisateurs, *op. cit.* ; P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, « Le point sur la responsabilité des commettants », *op. cit.*, p. 213, n° 41.

⁸⁴ Th. MALENGREAU, « La responsabilité extracontractuelle du commettant pour le fait de son préposé », *op. cit.*, p. 64, n° 13. Voy. en ce sens : Bruxelles, 5 décembre 2000, *A.J.T.*, 2000-2001, pp. 468-469, note M. DE GRAEVE.

⁸⁵ Cela ne rend pas ces agences exemptes de tous reproches. Même si elles ne peuvent être considérées comme des commettants, au sens de l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil, elles restent responsables contractuellement de leurs manquements éventuels par rapport à leurs cocontractants, ou sur pied de l'article 1382 de l'ancien Code civil. Il en irait ainsi si elles devaient mettre un travailleur à disposition d'un employeur sans vérifier si les qualités ou compétences de celui-ci correspondent à celles qui étaient exigées par l'employeur ayant fait appel à leurs soins.

⁸⁶ Th. MALENGREAU, « La responsabilité extracontractuelle du commettant pour le fait de son préposé », *op. cit.*, p. 64, n° 13.

⁸⁷ Mons (2^e ch.), 8 juin 2015, *Recueil de jurisprudence du Forum de l'assurance*, vol. V « Jurisprudence 2015 », *op. cit.*, pp. 25-32, obs. A. KAPITA.

⁸⁸ M.B., 28 décembre 2006, modifiée dernièrement par la loi du 7 mai 2019 adaptant différentes dispositions légales à la suite du transfert de certaines compétences du SPF Sécurité sociale à l'Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants et assurant certaines adaptations terminologiques, M.B., 20 juin 2019.

⁸⁹ Pour en savoir plus, voy. not. Ch-É. CLESSE, *L'assujettissement à la sécurité sociale des travailleurs salariés et indépendants. Aux frontières de la fausse indépendance*, Waterloo, Kluwer, 2015, 495 p. ; F. LAGASSE, « Les faux

Dans un arrêt du 6 décembre 2010⁹⁰, la Cour de cassation a cassé une décision d'appel, estimant que la situation d'une personne inexpérimentée obligée d'exécuter ce qui lui était demandé, en suivant des instructions précises quant à l'organisation du travail et en étant soumise à un contrôle qui excédait le simple contrôle qualitatif du travail effectué, était incompatible avec un travail à caractère indépendant.

23. Les services d'ami. Un service d'ami, malgré sa gratuité et malgré l'absence de contrat de travail, n'exclut pas l'application de l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil si la relation factuelle créée *de facto* un lien de subordination entre celui qui rend le service et celui auquel le service est rendu⁹¹.

En effet, durant le temps où l'ami fautif, qui rend service à sa connaissance, se trouve sous l'autorité et le contrôle de cette dernière, un lien de subordination peut se créer. Il reviendra à la victime qui entend obtenir réparation de son dommage de prouver que, durant tout le temps où le service était rendu, l'ami fautif se trouvait sous l'autorité et le contrôle de l'ami donneur d'ordres⁹².

Il faut néanmoins être attentif à ce que le simple fait qu'une personne veuille rendre service à une autre ou qu'une mission soit confiée à une connaissance ne suffit pas, en tant que tel, à révéler l'existence d'un lien de subordination⁹³. À nouveau, tout est question d'espèce.

La question à se poser – qui ne fait qu'appliquer le critère générique déjà rappelé – est de se demander si l'ami serviable était ou non, au moment du fait dommageable, sous les ordres d'autrui⁹⁴.

Imaginons le cas d'un professionnel couvreur qui donne des conseils à un ami pour que celui-ci puisse réparer, à peu de frais, une infiltration d'eau par un balcon. Si celui-ci suit quelques conseils donnés par son ami couvreur, il ne peut être considéré comme le préposé de celui-ci, absent du chantier. En revanche, si l'ami couvreur est présent, supervise le travail, voire y participe et donne des instructions pour l'accomplissement de tâches subalternes à son ami, en cas de survenance d'un dommage, un lien de subordination pourrait être considéré comme établi.

indépendants et le droit du travail. Les frontières du lien de subordination », *Orientations*, 1997, 1^{re} partie : pp. 159-168, 2^e partie : pp. 169-178 ; S. GILSON, « Faux indépendants ? Pas aisé à établir... », *B.J.S.*, 2011/466, p. 5. Cass., 6 décembre 2010, n° S.10.0073.F/12.

⁹⁰ P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, « Le point sur la responsabilité des commettants », *op. cit.*, p. 198, n° 26.

⁹² L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle. L'acte illicite*, *op. cit.*, p. 393, n° 224.

⁹³ B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, *op. cit.*, p. 134, n° 151.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 134, n° 151.

Section 2

La faute du préposé

§ 1. Le cadre général

24. Une faute du préposé en lien avec le dommage subi par un tiers victime, peu importe que la faute du préposé soit légère, occasionnelle, lourde ou intentionnelle. Pour engager la responsabilité du commettant, il faut que le préposé en cause ait commis une faute, peu importe qu'elle soit intentionnelle, grave, lourde ou légère, voire la plus légère (même grotesque⁹⁵) ou qu'elle soit occasionnelle ou récurrente⁹⁶. Les différentes classifications de fautes n'ont aucune incidence sur l'application de l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil^{97 98}.

Il ne suffit pas, par contre, qu'il ait commis un simple fait non fautif – telle une erreur non fautive – pour ouvrir le droit à la réparation⁹⁹.

25. Précision importante : la faute personnelle du préposé subsiste.

La responsabilité du commettant pour les fautes commises par son préposé n'exonère pas ce dernier de sa responsabilité personnelle¹⁰⁰, sous réserve des cas d'exonération prévus par la loi¹⁰¹.

Cela a pour conséquence que ces deux types de responsabilité civile coexistent et que la victime reste libre d'assigner, si elle le souhaite, le commettant, mais aussi le préposé, en vue d'obtenir leur condamnation *in solidum* à la réparation du dommage subi¹⁰². De même, le commettant qui aurait été seul assigné, et aurait indemnisé la victime, est libre d'agir en remboursement à l'encontre de son préposé, via une action subrogatoire, à certaines conditions (voy. chapitre 2, section 2)¹⁰³. Étant limitée dans le cadre de la présente contribution, cette responsabilité ne sera pas examinée en détail. Nous allons

⁹⁵ *Ibid.*, p. 134, n° 152.

⁹⁶ L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle. L'acte illicite*, op. cit., p. 394, n° 225.

⁹⁷ P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, « Le point sur la responsabilité des commettants », op. cit., p. 200, n° 27 ; Th. MALENGREAU, « La responsabilité extracontractuelle du commettant pour le fait de son préposé », op. cit., p. 70, n° 18.

⁹⁸ P. ex., dans un arrêt du 26 novembre 2009, la Cour d'appel de Liège a estimé qu'une ASBL était responsable des blessures survenues, par brûlure, à un enfant, dès lors qu'un manque de surveillance avait été relevé dans le chef d'un membre du personnel qui avait laissé une boîte d'allumettes accessible à un jeune enfant. Voy. Liège, 26 novembre 2009, R.G.A.R., 2010/8, n° 14.672.

⁹⁹ Cass., 28 octobre 1994, n° C.93.114.N, www.juportal.be.

¹⁰⁰ Civile ou pénale, cette dernière pouvant bien évidemment engendrer des poursuites pénales dans le chef du préposé, les immunités civiles étant sans effet aucun à cet égard.

¹⁰¹ P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, « Le point sur la responsabilité des commettants », op. cit., p. 215, n° 43.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Ch. DALCQ, « La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui », op. cit., p. 17, n° 9 ; P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, « Le point sur la responsabilité des commettants », op. cit., p. 215, n° 43.

néanmoins envisager quelques dispositions spécifiques qui créent des mécanismes d'immunité des préposés.

26. L'acte objectivement illicite. Le régime instauré par l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil trouve-t-il à s'appliquer en cas de commission d'un acte objectivement illicite du préposé ?

La question est sujette à controverse. Le principe avait été exclu dans le cadre des travaux préparatoires de l'ancien Code civil¹⁰⁴.

La Cour de cassation n'a pas encore apporté de réponse à cette question.

Certains auteurs répondent néanmoins par l'affirmative, se fondant sur deux éléments.

Tout d'abord, rien ne permettrait d'écarter la responsabilité du commettant alors que celle-ci est maintenue pour ce qui concerne la responsabilité des parents en cas de commission d'un acte objectivement illicite (art. 1384, al. 2, ancien C. civ.) et des instituteurs (art. 1384, al. 4, ancien C. civ.)¹⁰⁵.

Ensuite, il faut relever que le discernement du préposé n'est pas une condition d'application nécessaire au mécanisme de l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil¹⁰⁶.

Certes, la faute de celui-ci doit consister en un acte illicite et engager sa responsabilité sur pied des articles 1382 et/ou 1383 de l'ancien Code civil. Or un acte objectivement illicite n'engage pas la responsabilité de son auteur (sous réserve de l'application, spécifique, de l'article 1386*bis* de l'ancien Code civil)¹⁰⁷...

Le débat reste donc ouvert.

§ 2. L'immunité du préposé

27. L'immunité personnelle du préposé. L'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail¹⁰⁸ – comme, pour le secteur public, l'article 2 de la loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité des et pour les membres du personnel au service des personnes publiques¹⁰⁹ – prévoit un

¹⁰⁴ L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle. L'acte illicite*, op. cit., p. 394, n° 225.

¹⁰⁵ Th. MALENGREAU, « La responsabilité extracontractuelle du commettant pour le fait de son préposé », op. cit., p. 72, n° 20.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle. L'acte illicite*, op. cit., pp. 395-396, n° 225.

¹⁰⁸ M.B., 22 août 1978, modifiée dernièrement par la loi du 6 mars 2020 visant à maintenir l'emploi après le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne, M.B., 25 mars 2020.

¹⁰⁹ Op. cit. Comme précisé ci-dessus, cette loi a été adoptée pour mettre un terme aux discriminations existant entre les agents des services publics, œuvrant sous statut, et les travailleurs du secteur privé, occupés sous contrat de travail. L'uniformisation des différents types de travailleurs s'est axée sur deux points : le fonctionnaire public disposait d'une immunité semblable à celle des travailleurs sous contrat de travail et

régime d'immunité du travailleur lorsque celui-ci commet une faute légère et occasionnelle dans le cadre des fonctions qu'il occupe¹¹⁰. Ce régime déroge au droit commun de la responsabilité civile, en ce sens que tout un chacun est censé être responsable du dommage causé à autrui¹¹¹.

Cette immunité est strictement personnelle au travailleur et, en aucune manière, elle ne peut bénéficier à son employeur¹¹² ou à l'assureur RC de ce dernier¹¹³.

Il est intéressant de remarquer que :

- cette immunité n'affecte en rien la responsabilité pénale¹¹⁴ du préposé ; ce dernier ne pourrait donc pas, par exemple, réclamer à son employeur le remboursement des amendes qu'il aurait supportées (comme des amendes pénales liées à des excès de vitesse au volant)¹¹⁵ ;
- cette immunité ne s'applique pas lorsque le préposé commet un acte dommageable sur le chemin du travail dès lors qu'à ce moment, il ne se trouve *a priori* nullement sous l'autorité, la surveillance et la direction de son employeur¹¹⁶ ;
- cette immunité n'affecte pas la présomption de responsabilité que les parents encourent sur pied de l'article 1384, alinéa 2, de l'ancien Code civil lorsque le travailleur (légèrement) fautif est un mineur d'âge¹¹⁷. Le cumul horizontal est, en effet, admis et, dès lors, une possible responsabilité *in solidum* du commettant et des parents du préposé mineur.

28. L'article 18 de la loi sur le contrat de travail. Cet article, de portée impérative, prévoit une immunité des travailleurs liés par un contrat

la personne publique devenait responsable du fait de ses agents, comme le commettant, conformément à l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil. Pour aller plus loin dans l'analyse, l'auteur renvoie à la contribution de B. Lombaert et J. Simba dans le présent ouvrage. Voy. aussi P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, « Le point sur la responsabilité des commettants », *op. cit.*, pp. 169-189.

¹¹⁰ Pour en savoir plus, voy. not. S. TOUSSAINT et Ch.-E. HENRION, « La responsabilité civile du travailleur salarié. Immunité partielle de responsabilité civile de l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail », in Ch.-É. CLESSE et S. GILSON (coord.), *La responsabilité du travailleur, de l'employeur et de l'assuré social*, *op. cit.*, pp. 7-26 ; J. CLESSE et F. KÉFER, *Manuel de droit du travail*, coll. Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 270-273.

¹¹¹ M. LAUVAUX, « La responsabilité civile des travailleurs », *Orientations*, n° 2, février 2005, p. 1 ; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, *op. cit.*, p. 150, n° 180.

¹¹² Cass. (2^e ch.), 18 novembre 1981, R.G.A.R., 1982/3, n° 10.459 ; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, *op. cit.*, p. 142, n° 168.

¹¹³ Cass. (1^{re} ch.), 10 mars 2006, J.T., 2006/33, p. 625.

¹¹⁴ Le fait, pour le préposé, d'avoir commis une infraction n'engendre pas automatiquement la commission d'une faute lourde ou de dol. Cette appréciation relèvera souverainement de l'examen du juge du fond. Voy. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, *op. cit.*, p. 153, n° 186.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 151, n° 181.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 151, n° 181.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 152, n° 185.

de travail (ouvrier, employé, représentant commercial, domestique, travailleur étudiant, travailleur à domicile, sportif, intérimaire...) pour les actes fautifs commis, par rapport à des tiers, des compagnons de travail et l'employeur¹¹⁸, pendant l'exercice des fonctions à condition que la faute commise présente un caractère léger et occasionnel¹¹⁹.

En aucune manière, le travailleur ne peut être exonéré :

- d'un dol ou d'une faute intentionnelle (p. ex., des coups et blessures portés volontairement, un vol, de la dégradation volontaire, un incendie volontaire...) ;
- d'une faute lourde, soit la faute tellement grossière qu'elle est inexcusable (p. ex., une faute de roulage grave commise par un professionnel de la conduite, comme un chauffeur de poids lourd, conduite en état d'ivresse, brûler un feu rouge...) ;
- d'une faute légère habituelle, soit la faute qui serait excusable si elle ne présentait pas un caractère répétitif démontrant un manque de conscience professionnelle ou une propension à la négligence (p. ex., ne pas retirer les clés du contact d'un véhicule de livraison arrêté, accorder beaucoup trop de temps à des communications privées...)¹²⁰.

La victime et l'employeur, le cas échéant, devront prouver le dol, la faute intentionnelle ou légère, mais répétée, du travailleur. À cet égard, il sera utile que l'employeur se soit ménagé la preuve des manquements répétés du travailleur pour en démontrer le caractère habituel (au moyen, p. ex., d'avertissements donnés par écrit ou de sanctions disciplinaires)^{121 122}.

29. L'article 46 de la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail¹²³. Cet article immunise, dans certaines conditions, les préposés pour les dommages qu'ils ont causés à leurs collègues, sauf en cas de faute intentionnelle, d'accident de circulation routière et d'accident sur le chemin du travail¹²⁴.

¹¹⁸ Ce qui diffère donc du régime de l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil. Voy. Ch. DALCQ, « La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui », *op. cit.*, p. 21, n° 15.

¹¹⁹ *Ibid.*, pp. 2, 3 et 7.

¹²⁰ *Ibid.*, pp. 20-21, n° 13 ; M. LAUVAUX, « La responsabilité civile des travailleurs », *op. cit.*, pp. 4, 5 et 6.

¹²¹ *Ibid.*, p. 6.

¹²² L'article 2 de la loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité des et pour les membres du personnel au service des personnes publiques prévoit un régime analogue à celui issu de l'article 18 de la loi sur les contrats de travail en faveur des agents des pouvoirs publics, soit les travailleurs statutaires, qui restaient, avant l'adoption de cette loi, soumis au régime moins favorable de droit commun. Le raisonnement est donc similaire. L'auteur renvoie à ce sujet à la contribution de B. Lombaert et J. Simba dans le présent ouvrage.

¹²³ M.B., 24 avril 1971, modifiée pour la dernière fois par la loi du 26 mai 2019 portant mise en œuvre du projet d'accord interprofessionnel 2019-2020, M.B., 17 juin 2019. Pour aller plus loin dans l'examen de ce régime, voy. not. : Ch.-É. CLESSE, « La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui – Questions spéciales », *op. cit.*, pp. 7-16.

¹²⁴ Art. 46, 3°, 5°, 6°, de la loi du 10 avril 1971, préc. ; Ch. DALCQ, « La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui », *op. cit.*, p. 18, n° 11.

Nous n'entrerons pas dans le détail dans le cadre de la présente contribution¹²⁵.

30. L'article 47 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police¹²⁶.

Les policiers, par cette législation spécifique, bénéficient du même régime d'immunité.

31. Les articles 67 et 67ter de la loi du 16 mars 1968 relative à la police de la circulation routière¹²⁷.

Ces articles prévoient un régime d'immunité partielle et éventuelle quant au paiement de l'amende pénale en faveur du préposé pour les infractions liées à la police de la circulation routière lorsque celles-ci sont commises pendant le travail (et non sur le chemin du travail)¹²⁸.

L'article 67 de la loi prévoit que la personne civilement responsable, aux termes de l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil est également responsable de l'amende subie par l'infraction de roulage commise par le préposé.

La raison réside dans le fait que l'employeur est censé exercer, au moment de la commission de l'infraction, surveillance et autorité sur son préposé, fût-ce théoriquement¹²⁹.

L'employeur bénéficie néanmoins d'un droit de subrogation à l'encontre du préposé coupable puisqu'il est amené à subir une peine, en sa qualité de civilement responsable (voy. chapitre 2, section 1), alors qu'il n'a commis lui-même aucune infraction¹³⁰.

L'article 67ter, quant à lui, énonce que, lorsque l'infraction à la loi et à ses arrêtés d'exécution est commise avec un véhicule à moteur immatriculé au nom d'une personne morale et que le conducteur n'a pas été identifié au moment de la constatation de l'infraction, la personne morale ou la personne physique qui représente la personne morale en droit sont tenues de communiquer, dans les quinze jours de l'envoi de la demande de renseignement, l'identité du conducteur incontestable au moment des faits. Si elles ne la connaissent pas, elles doivent communiquer l'identité de la personne responsable du véhicule, à moins de prouver le vol, la fraude ou la force majeure¹³¹.

¹²⁵ Pour en savoir plus, voy. not. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007, op. cit.*, pp. 155-160, n^{os} 190 et 197.

¹²⁶ M.B., 22 décembre 1992, modifiée pour la dernière fois par la loi du 22 mai 2019 modifiant diverses dispositions en ce qui concerne la gestion de l'information policière, M.B., 19 juin 2019.

¹²⁷ M.B., 27 mars 1968, modifiée dernièrement par le décret-programme du Conseil flamand du 13 décembre 2019 de l'ajustement du budget 2019, M.B., 9 janvier 2020.

¹²⁸ Ch.-É. CLESSE, « La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui – Questions spéciales », *op. cit.*, pp. 17-18, n^o 23.

¹²⁹ R. CAPART, « La responsabilité civile de l'employeur », *op. cit.*, p. 61.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 759, n^o 1957.

¹³¹ S. VAN EYLL, « Actualités pénales en matière de droit de la circulation », in A. CATALDO (coord.), *Actualités du tribunal de police*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 24-25.

32. L'article 5 de la loi du 3 juillet 2005 relative au droit des volontaires¹³². Le volontaire bénéficie d'une immunité de responsabilité, pour les dommages causés à des tiers, pour sa faute légère occasionnelle semblable à celle dont bénéficient les travailleurs sous contrat en vertu de l'article 18 de la loi sur les contrats de travail¹³³.

Si le volontaire cause un dommage à un tiers dans le cadre de son activité de volontariat, c'est l'organisation qui devra en répondre, au même titre qu'un commettant en faveur de son préposé¹³⁴. Sa responsabilité personnelle reste néanmoins engagée pour les cas de faute intentionnelle, lourde ou légère habituelle¹³⁵.

Section 3

Le dommage du tiers victime en lien avec la faute du préposé

33. Un tiers victime de bonne foi. Le tiers victime est toute personne étrangère à la relation de préposition¹³⁶. Il peut donc s'agir de collègues de travail¹³⁷, de travailleurs d'un autre employeur, de fournisseurs, d'autres cocontractants quelconques ou encore de toute autre personne étrangère à l'entreprise¹³⁸.

Seul le tiers victime de la faute du préposé peut invoquer l'application de l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil. Il s'agit de la condition d'altérité ; la responsabilité du commettant a été instituée dans l'intérêt exclusif des tiers. Elle ne peut donc être invoquée que par eux et est étrangère aux relations qui lient le commettant et son préposé¹³⁹. Le préposé ne peut davantage réclamer au commettant la réparation d'un dommage qu'il se serait causé à lui-même.

¹³² M.B., 29 août 2005, modifiée dernièrement par la loi du 1^{er} mars 2019 modifiant la loi du 3 juillet 2005 relative aux droits des volontaires et d'autres dispositions légales en matière de volontariat, M.B., 11 avril 2019.

¹³³ A. CHARLIER, *L'assurance R.C. vie privée. Guide pratique*, Limal, Anthemis, 2018, p. 53.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ Pour aller plus loin, l'auteur renvoie à la contribution de A. Leleux, dans le présent ouvrage.

¹³⁶ M. LAUVAUX, « La responsabilité civile des travailleurs », *op. cit.*, p. 3.

¹³⁷ Voy. not. Cass., 7 février 2020, n° C.19.0309.F/1 et R.G.A.R., mars 2020, n° 15.658, dans lequel la Cour de cassation rappelle qu'un ouvrier, victime d'un dommage causé par un de ses collègues, peut se prévaloir de l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil à charge de son propre employeur.

¹³⁸ M. LAUVAUX, « La responsabilité civile des travailleurs », *op. cit.*, p. 3.

¹³⁹ Pour le dire autrement, ni le préposé fautif ni le commettant ne peuvent invoquer cette base légale en vue de solliciter la réparation de leur propre dommage. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle. Lacte illicite*, *op. cit.*, p. 396, n° 227 ; P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, « Le point sur la responsabilité des commettants », *op. cit.*, p. 200, n° 28 ; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, *op. cit.*, p. 148, n° 176 ; Ch. DALCQ, « La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui », *op. cit.*, p. 17, n° 7.

Cela a également pour conséquence que seule la victime peut actionner le commettant sur pied de cette base légale, de sorte que le préposé, cité pour la commission d'une faute personnelle par la victime, ne pourrait agir en garantie contre son commettant sur pied de l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil¹⁴⁰.

Dans un arrêt du 20 juin 2008, la Cour de cassation a notamment précisé que le dommage causé par le préposé au commettant n'est pas un dommage causé à un tiers, de sorte que l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil ne pouvait s'appliquer. Le cas d'espèce concernait un préposé qui circulait au volant d'un véhicule de son patron et, dans le cadre de ses fonctions, avait embouti un autre véhicule appartenant au même employeur¹⁴¹.

Il convient néanmoins de noter deux points :

- tout d'abord, les articles 1382 et 1383 de l'ancien Code civil pourront toujours être invoqués dans la relation liant le préposé à son commettant (et inversement), dans le respect et sous réserve d'application, selon les cas d'espèce, de législations particulières¹⁴² ;
- ensuite, le préposé bénéficie d'un droit de subrogation contre son commettant, sur pied de l'article 1251, 3°, de l'ancien Code civil s'il a indemnisé la victime¹⁴³ (pour les cas d'exonération du moins)¹⁴⁴.

34. Le dommage de la victime doit être en lien causal avec la faute du préposé. Le dommage subi par la victime doit être personnel, certain et légitime¹⁴⁵.

¹⁴⁰ Ch. DALCQ, « La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui », *op. cit.*, p. 17, n° 7.

¹⁴¹ Cass., 20 juin 2008, *Bull. ass.*, 2009, pp. 19-21, obs. R. HIERNAX, lequel précise à juste titre : « on ne peut être responsable envers soi-même ». Voy. également en ce sens : Pol. Liège, 3 octobre 2007, *Bull. ass.*, 2008, n° 363, pp. 207-208. Jean-Luc Fagnart, commentant cette décision, précise qu'elle est « lourde de conséquences. Désormais la Cour ne peut plus décider que le commettant est civilement responsable de son préposé lorsque celui-ci cause un dommage non pas à autrui, mais à lui-même. Que la faute du préposé soit la cause unique du dommage ou qu'elle se conjugue avec la faute d'un tiers, l'article 1384, alinéa 3, du Code civil est inapplicable lorsque le dommage est subi par le commettant » (J.-L. FAGNART, « Le dommage causé au commettant par le préposé », note sous Cass., 20 juin 2008, *R.G.A.R.*, 2015/1, n° 14.457). Voy. aussi P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, « Le point sur la responsabilité des commettants », *op. cit.*, pp. 200-201, notes 140-141.

¹⁴² L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle. L'acte illicite*, *op. cit.*, p. 397, n° 227.

¹⁴³ Le commettant et/ou son assureur RC professionnelle pourront néanmoins contester l'évaluation du dommage de la victime, par exemple, dans le cas d'un dommage corporel, dès lors que celle-ci n'aura pas été menée de manière contradictoire à leur égard. Le préposé, actionné par la victime, devra donc veiller, pour pallier tout risque de contestation ultérieure, à respecter le caractère contradictoire de l'évaluation des dommages en invitant assez tôt son employeur dans les discussions d'évaluation (qu'elles soient judiciaires ou amiables). Le commettant, quant à lui, prendra la responsabilité de prévenir son assureur pour, également, l'inviter aux débats.

¹⁴⁴ L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle. L'acte illicite*, *op. cit.*, p. 397, n° 227.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 96, n° 226 ; Ch. DALCQ, « La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui », *op. cit.*, p. 16, n° 7.

Il doit également être démontré que, sans la faute du préposé, le dommage de la victime ne se serait pas produit tel qu'il est survenu. Le lien causal entre la faute du préposé et le dommage de la victime doit être établi avec certitude¹⁴⁶.

35. Charge de la preuve. Eu égard à l'application des articles 870 du Code judiciaire et 8.4 du nouveau Code civil, la charge de la preuve des éléments constitutifs du régime de présomption de responsabilité du commettant repose sur les épaules de la victime, dès lors qu'elle sollicite la réparation de son dommage¹⁴⁷.

La preuve de ces éléments peut être rapportée par toutes voies de droit¹⁴⁸.

36. Un tiers victime... fautif. Au même titre que pour tous les régimes de responsabilité, la victime peut se voir opposer sa propre faute, laquelle aura un impact sur son droit à réparation (partage des responsabilités). Il est logique, à tout le moins, de considérer que la victime qui a commis une faute supporte la part du dommage à imputer à sa propre faute ou à sa propre négligence¹⁴⁹.

Ainsi, dans une décision du 20 septembre 2006, le Tribunal de première instance d'Anvers a condamné le commettant d'un tavernier qui avait éteint les lumières alors que les clients étaient plongés dans l'obscurité pour rejoindre le parking. Il a néanmoins délaissé une part de responsabilité à un client qui a chuté à cause d'un parterre de fleurs, car celui-ci n'avait pas pris soin de demander de rallumer l'éclairage¹⁵⁰.

37. Un tiers victime... fraudeur. La fraude doit s'entendre comme la volonté malicieuse, la tromperie intentionnelle dans le but de se procurer un gain ou de nuire¹⁵¹.

Il est (heureusement) possible de priver une victime d'indemnisation tenant compte de l'adage *fraus omnia corrumpit*, et ce, à la condition de démontrer la volonté consciente de la victime de s'associer, par exemple, à un abus de fonctions dans le chef du préposé malhonnête¹⁵².

¹⁴⁶ L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle. L'acte illicite*, op. cit., p. 396, n° 226.

¹⁴⁷ B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, op. cit., p. 143, n° 170 ; J.-L. FAGNART, « La causalité. Volume 1 », in J.-L. FAGNART (dir.), *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, titre I, liv. 11, Bruxelles, Kluwer, p. 76, n° 180.

¹⁴⁸ L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle. L'acte illicite*, op. cit., p. 406, n° 234 ; P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, « Le point sur la responsabilité des commettants », op. cit., p. 206, n° 34.

¹⁴⁹ B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, op. cit., p. 147, n° 175.

¹⁵⁰ Civ. Anvers (2^e ch.), 20 septembre 2006, C.R.A., 2007, liv. 4, pp. 249-250.

¹⁵¹ Th. MALENGREAU, « La responsabilité extracontractuelle du commettant pour le fait de son préposé », op. cit., p. 94, n° 44.

¹⁵² *Ibid.*, p. 92, n° 42. Sur l'adage *fraus*, voy. not. B. WEYTS, « Opzet in het aansprakelijkheids-en verzekeringsrecht: the story continue », in *Springlevend aansprakelijkheidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2011, pp. 267-270, n° 5 à 8.

Pour ce qui concerne l'abus de fonctions, auparavant, la jurisprudence estimait que la responsabilité du commettant était engagée lorsque le tiers, de bonne foi, ignorait l'abus de fonctions. La responsabilité n'était, en revanche, pas retenue lorsque le tiers « était de mèche » avec le préposé abusant de ses fonctions¹⁵³. Cette solution était judicieuse sur le plan de l'équité, en France¹⁵⁴ comme en Belgique, car il n'était pas acceptable qu'une victime qui avait connaissance de l'abus de fonctions du préposé puisse se prévaloir de l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil à l'encontre du commettant. Néanmoins et tout au plus, aboutissait-on, tenant compte de la théorie de l'équivalence des conditions, à un partage de responsabilités¹⁵⁵.

Du point de vue strictement juridique, ce raisonnement était insatisfaisant, car il était impossible d'y trouver une justification (sauf peut-être dans la théorie de l'apparence)¹⁵⁶.

Cette seconde appréciation a été évolutive et incertaine¹⁵⁷ jusqu'à l'arrêt précité du 21 mars 2013 par lequel la Cour de cassation a estimé que la connaissance ou l'ignorance fautive de la victime ne suffisait pas à exonérer le commettant¹⁵⁸ : « la faute de la personne lésée consistant en ce qu'elle savait ou devait savoir que le préposé abusait de sa fonction ne suffit pas à exclure la responsabilité du commettant ».

Le comportement de la victime n'influence donc aucunement l'existence du lien de connexité entre l'acte dommageable et les fonctions. De plus, l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil ne subordonne pas la responsabilité du commettant à un quelconque comportement ou à une quelconque (in)action de la victime. Raisonner autrement, même si cela heurte la logique la plus implacable¹⁵⁹, reviendrait à ajouter une condition à l'application de

¹⁵³ J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1985-1995*, coll. Dossiers du J.T., Bruxelles, Larcier, 1997, pp. 72-73, n° 61. Voy. en ce sens : Cass., 4 novembre 1993, *J.T.*, 1994, p. 231.

¹⁵⁴ C. BENOIT-RENAUDIN, *La responsabilité du préposé*, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 52, Paris, L.G.D.J., 2010, p. 138, n° 169.

¹⁵⁵ Ch. DALCQ, « La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui », *op. cit.*, p. 14, n° 6. Voy. en ce sens : Cass., 2 octobre 2009, *J.T.*, 2010/6407, pp. 538-540.

¹⁵⁶ Ch. DALCQ, « La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui », *op. cit.*, p. 14, n° 6. Pour en savoir plus sur l'application de la théorie de l'apparence à cet égard, voy. la publication précitée.

¹⁵⁷ Voy. les arrêts suivants : Cass., 26 octobre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 241 ; Cass., 4 novembre 1993, *R.G.A.R.*, 1996, n° 12.579 ; Cass., 11 mars 1994, *J.T.*, 1994, p. 611 et les explications de Th. MALENGREAU, « L'abus de fonctions dans le régime de la responsabilité du commettant pour le fait de ses préposés », *R.G.A.R.*, 2015/3, n° 15.161, n°s 20-35.

¹⁵⁸ Cass., 21 mars 2013, n° C.11.0476.F/11.

¹⁵⁹ Les tenants de l'exonération des commettants faisaient valoir : que la victime qui participe à l'abus commet une faute qui élimine la responsabilité du commettant, que la victime qui sait que le préposé outrepassa sa mission en accepte les risques et que la théorie de l'apparence ne peut sortir ses effets si la victime savait, ou ne pouvait pas ignorer, que le préposé abusait de ses fonctions. Voy. Th. MALENGREAU, « La responsabilité extracontractuelle du commettant pour le fait de son préposé », *op. cit.*, p. 91, n° 41.

l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil, condition qu'il ne contient ni intrinsèquement ni extrinsèquement¹⁶⁰.

Indépendamment des critiques éthiques, pour P. Van Ommeslaghe, cette solution est incohérente « avec la théorie du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle : le tiers qui contracte avec un préposé qui abuse lui-même de sa fonction au mépris du contrat qui le lie à son employeur se rend en effet complice de la violation par le préposé de ce contrat (tel est le cas, par exemple, du client d'une banque qui traite avec le directeur d'une agence pour procéder à une spéculation illicite ou à une fraude fiscale) et il pourrait réclamer à l'employeur-commettant (la banque) la réparation d'un préjudice subi à l'occasion d'une tierce complicité ! »¹⁶¹.

38. Délai de prescription. L'action de la victime se prescrit par cinq ans à partir du jour où la personne lésée a eu connaissance de son dommage et de l'identité du (civilement) responsable, avec un maximum de vingt ans à dater du fait générateur du dommage, conformément à l'article 2262*bis* de l'ancien Code civil¹⁶².

Notons que si la faute du préposé consiste en une infraction pénale, l'action civile ne pourra se prescrire avant l'action publique, eu égard à l'application de l'article 26 du Titre préliminaire du Code d'instruction criminelle¹⁶³.

En effet, souvent, la faute du préposé pourra constituer, en sus d'une faute civile, une infraction pénale¹⁶⁴.

Différents cas de figure peuvent se présenter.

- 1° La victime se constitue partie civile lors du procès pénal, dans lequel le préposé est cité comme prévenu et le commettant est cité comme civilement responsable. Toutes les parties sont présentes et elles seront toutes liées par l'autorité de chose jugée au pénal lorsqu'il sera question de statuer sur les intérêts civils découlant de la commission de l'infraction pénale¹⁶⁵.
- 2° La victime se constitue partie civile lors du procès pénal, dans lequel le préposé est cité comme prévenu. Le commettant n'a pas été cité comme civilement responsable. La victime pourra assigner le commettant

¹⁶⁰ Th. MALENGREAU, « La responsabilité extracontractuelle du commettant pour le fait de son préposé », *op. cit.*, p. 90, n° 41.

¹⁶¹ P. VAN OMMEFLAGHE, *Traité de droit civil belge*, *op. cit.*, p. 1356, n° 912.

¹⁶² P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, « Le point sur la responsabilité des commettants », *op. cit.*, p. 207, n° 35. Pour une analyse approfondie de cet article, voy. not. Th. VANSWEEVELT, « De verjaring van de buitencontractuele vordering (art. 2262*bis* BW) », in *Springlevend aansprakelijkheidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2011, pp. 293-359.

¹⁶³ P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, « Le point sur la responsabilité des commettants », *op. cit.*, p. 207, n° 35.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 206, n° 34.

¹⁶⁵ *Ibid.*

civilement responsable, après la décision statuant sur la responsabilité pénale, dans le cadre d'un recours civil distinct. Dans ces deux cas, l'autorité de la chose jugée au pénal sera relative pour le commettant qui pourra contredire les éléments (décision et motifs) retenus par la décision pénale¹⁶⁶.

- 3° Ni la victime ni le commettant civilement responsable n'ont participé au procès pénal. Chacun, dans le cadre de l'action civile distincte et ultérieure initiée par la victime, ne se verra opposer qu'une autorité relative de chose jugée pour ce qui concerne la décision pénale prononcée à l'encontre du préposé prévenu et chacun pourra, soit se targuer de cette décision, si elle lui est favorable, soit s'en départir, si elle lui est défavorable¹⁶⁷.

En effet, l'autorité de chose jugée au pénal cède face au principe du respect des droits de la défense consacré par l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme. Dès lors, la décision pénale ne peut être imposée à ceux qui n'étaient pas parties devant cette juridiction et qui n'ont pas pu exercer leurs droits de la défense. Ils peuvent dès lors contester la décision prononcée antérieurement au pénal, en rapportant la preuve contraire de la faute, ou de l'absence de faute, qui aurait pourtant été établie lors de l'instance pénale¹⁶⁸.

39. Et dans le nouveau Code civil ? L'article 5.170 de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extra-contractuelle dans le nouveau Code civil consacre le principe de la réparation partielle, voire nulle, du dommage de la victime résultant de sa propre faute, à certaines conditions et tenant compte de certaines exceptions :

« § 1^{er}. Si une faute de la personne lésée ou d'une personne dont elle répond est une des causes du dommage, la responsabilité est réduite dans la mesure où cette faute a contribué à la survenance de ce dommage.

§ 2. La responsabilité n'est pas réduite lorsque le dommage est la conséquence d'une faute du responsable commise avec l'intention de causer un dommage.

¹⁶⁶ Cass., 15 février 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 572, cité par P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, « Le point sur la responsabilité des commettants », *op. cit.*, p. 206, n° 34 et note 168.

¹⁶⁷ P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, « Le point sur la responsabilité des commettants », *op. cit.*, p. 207, n° 34.

¹⁶⁸ Voy. not. Cass., 15 février 1991, *Arr. Cass.*, 1990-91, p. 644 ; Cass., 6 mai 1993, *Pas.*, I, p. 440 ; Cass., 4 octobre 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 1774 ; Cass., 24 juin 2002, *N.J.W.*, 2002, p. 353 ; Cass., 14 juin 2006, n° P.06.0073.F ; Cass., 7 mars 2008, n° C.06.0253.F ; Cass., 24 janvier 2019, n° C.18.0067.F. Voy. aussi J. VAN MEERBEECK, « La fin de l'autorité... de chose jugée ? », in *Liber amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 154.

§ 3. La personne lésée n'a pas droit à réparation si le dommage subi a été causé par sa propre faute commise avec l'intention de causer un dommage.

§ 4. La responsabilité n'est ni limitée ni exclue quand la personne lésée a moins de douze ans.»

En d'autres termes, la victime fautive peut être privée partiellement ou totalement de la réparation si elle a contribué à la survenance de son dommage, sauf si le responsable a commis une faute intentionnelle. Néanmoins, la victime ayant agi intentionnellement en vue de causer un dommage n'aura pas droit à la réparation.

Bref, cet article, qui ne rencontre malheureusement pas la clarté, risque de priver les cours et tribunaux de leur appréciation factuelle, souple, intelligente, suivant l'évolution sociétale¹⁶⁹.

Section 4

Un lien entre la faute du préposé et les fonctions auxquelles il est employé

40. La faute doit avoir été causée « dans le cadre des fonctions » du préposé. L'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil prévoit que le dommage subi par la victime doit avoir été causé par le préposé dans le cadre des fonctions auxquelles il est employé¹⁷⁰.

Cette formulation vague implique une concordance relationnelle et factuelle entre les fonctions et l'acte dommageable. L'interprétation qui en est faite en jurisprudence est très large¹⁷¹.

Depuis un arrêt de principe de la Cour de cassation du 27 mars 1944¹⁷², confirmé notamment par arrêts des 19 septembre 2008¹⁷³ et 21 mars 2013¹⁷⁴, il suffit que l'acte dommageable ait été posé *pendant* la durée du service (ou des fonctions) du préposé et qu'il soit *en relation* avec celui-ci (ou celles-ci),

¹⁶⁹ Q. ALALUF, T. COPEE, A. KAPITA et I. LUTTE, « Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau code civil. Commentaires », www.droitbelge.be, consulté le 12 août 2020, pp. 53-54. Pour aller plus loin, voy. cette excellente contribution, des pages 53 à 61.

¹⁷⁰ L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle. L'acte illicite*, op. cit., p. 398, n° 22 ; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, op. cit., p. 142, n° 169.

¹⁷¹ R. CAPART, « La responsabilité civile de l'employeur », op. cit., 2014, p. 53.

¹⁷² *Pas.*, 1944, I, p. 275, cité par Th. MALENGREAU, « La responsabilité extracontractuelle du commettant pour le fait de son préposé », op. cit., p. 74, note 138.

¹⁷³ *Pas.*, 2008, p. 1978.

¹⁷⁴ Cass., 21 mars 2013, n° C.11.0476.F/11. Voy. aussi, pour aller plus loin, l'arrêt de renvoi de la Cour d'appel de Liège après cassation : Liège, 12 mars 2015, *Rev. not.*, 2015, pp. 571-589.

même indirectement et occasionnellement¹⁷⁵. Cette notion, interprétée au départ avec rigueur¹⁷⁶, bénéficie aujourd'hui d'une interprétation extensive en jurisprudence¹⁷⁷.

Dans l'arrêt précité du 21 mars 2013, la Cour de cassation énonce que « l'acte, fût-il intentionnel, doit certes rentrer dans les fonctions du préposé ; il suffit toutefois que cet acte ait été accompli pendant le temps de la fonction et qu'il soit, même indirectement et occasionnellement en relation avec celle-ci ; si cet acte résulte d'un abus de fonctions, le commettant n'est exonéré de sa responsabilité que si son préposé a agi en dehors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation, et à des fins étrangères à ses attributions »¹⁷⁸.

Comme l'a précisé la Cour de cassation, l'acte fautif doit présenter un lien, même indirect et occasionnel, avec les fonctions du préposé.

À cet égard, on rappellera que le lien de connexité – soit le lien entre l'acte et les fonctions – ne se confond pas avec le lien causal – soit le lien entre l'acte et le dommage¹⁷⁹.

Comme le souligne pertinemment Th. Malengreau, « constater un abus, un détournement de fonctions ou des moyens y attachés, revient donc à conclure à l'existence du lien »¹⁸⁰.

Quant à la concordance temporelle entre l'acte et les fonctions du préposé, l'acte dommageable doit avoir été commis pendant les heures de travail du préposé¹⁸¹. L'acte dommageable ne peut donc avoir été commis lorsque le contrat de travail est suspendu (maladie, grève annoncée et reconnue par les syndicats¹⁸²) ou, encore, pendant une période de congé¹⁸³. De plus, comme précisé *supra*, lorsque le préposé est sur le chemin du travail, il n'agit

¹⁷⁵ Th. MALENGREAU, « L'abus de fonctions dans le régime de la responsabilité du commettant pour le fait de ses préposés », *op. cit.*, n° 3, note 6 ; L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle. L'acte illicite*, *op. cit.*, p. 399, n° 229 ; J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1985-1995*, *op. cit.*, p. 71, n° 61.

¹⁷⁶ Ch. DALCQ, « La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui », *op. cit.*, p. 10, n° 3.

¹⁷⁷ Voy. not. Gand, 29 juin 1999, *A.J.T.*, 1999-2000, pp. 931-933, note D. BLOMMAERT.

¹⁷⁸ Cass., 21 mars 2013, *op. cit.* Voy. aussi, pour aller plus loin, l'arrêt de renvoi de la Cour d'appel de Liège après cassation : Liège, 12 mars 2015, *op. cit.*, pp. 571-589.

¹⁷⁹ Th. MALENGREAU, « L'abus de fonctions dans le régime de la responsabilité du commettant pour le fait de ses préposés », *op. cit.*, n° 11.

¹⁸⁰ *Ibid.*, n° 6.

¹⁸¹ B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, *op. cit.*, p. 143, n° 169 ; Th. MALENGREAU, « L'abus de fonctions dans le régime de la responsabilité du commettant pour le fait de ses préposés », *op. cit.*, n° 4.

¹⁸² B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, *op. cit.*, p. 144, n° 171.

¹⁸³ Th. MALENGREAU, « La responsabilité extracontractuelle du commettant pour le fait de son préposé », *op. cit.*, p. 75, n° 24.

en principe pas dans le cadre de ses fonctions et, partant, il n'engage pas la responsabilité de son commettant¹⁸⁴.

Il ne faut néanmoins pas en déduire que l'acte du préposé qui cesse son activité momentanément, comme durant le temps d'une pause, se situerait en dehors du lien de préposition, au contraire¹⁸⁵.

Si une concordance temporelle est requise, on ne va pas jusqu'à poser une exigence spatio-temporelle. Il n'est nullement requis que l'acte dommageable ait été commis à l'endroit où le préposé exerce ses fonctions¹⁸⁶. Il en va d'autant plus ainsi dans le cadre d'un éventuel abus de fonctions ou, par exemple, pour un préposé travaillant en déplacement extérieur¹⁸⁷.

Ainsi, dans un arrêt du 11 décembre 2001¹⁸⁸, confirmé le 19 septembre 2008¹⁸⁹, la Cour de cassation a précisé que la seule circonstance que l'acte illicite, en l'occurrence une infraction, ait été commis intentionnellement ne suffit pas pour estimer que l'auteur n'a pas agi dans le cadre des fonctions auxquelles il était employé¹⁹⁰.

Dans un arrêt du 12 mars 2015, sur renvoi après cassation du 21 mars 2013 précité¹⁹¹, la Cour d'appel de Liège a estimé que la responsabilité du commettant était engagée, même si la faute du préposé pouvait être qualifiée d'intentionnelle, dès lors que l'acte dommageable avait été accompli pendant la durée des fonctions et qu'il présentait avec celles-ci un lien, fût-il indirect ou occasionnel. En l'espèce, un directeur d'agence bancaire avait détourné des fonds¹⁹².

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 75, n° 24 ; Th. MALENGREAU, « L'abus de fonctions dans le régime de la responsabilité du commettant pour le fait de ses préposés », *op. cit.*, n° 4.

¹⁸⁵ B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, *op. cit.*, p. 143, n° 171 ; Th. MALENGREAU, « La responsabilité extracontractuelle du commettant pour le fait de son préposé », *op. cit.*, p. 75, n° 24.

¹⁸⁶ Cass., 10 février 1958, *Pas.*, I, p. 635, cité par Th. MALENGREAU, « La responsabilité extracontractuelle du commettant pour le fait de son préposé », *op. cit.*, p. 76, n° 25, et note 144.

¹⁸⁷ Th. MALENGREAU, « La responsabilité extracontractuelle du commettant pour le fait de son préposé », *op. cit.*, p. 77, n° 25.

¹⁸⁸ Cass., 11 décembre 2001, *Bull. ass.*, 2002, p. 361.

¹⁸⁹ Cass., 19 septembre 2008, n° C.07.0317.N/2.

¹⁹⁰ V. CALLEWAERT, « Les présomptions de responsabilité du fait d'autrui : la condition d'altérité et autres actualités », *J.T.*, 2010/41, n° 6417, p. 768, n° 26.

¹⁹¹ Abordé *supra*.

¹⁹² Liège, 12 mars 2015, *préc.*, pp. 571-589.

On pourrait dire que, pour entrer dans le champ d'application de l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil, l'acte dommageable doit, et de manière cumulative¹⁹³ :

1. Se produire pendant l'exercice des fonctions du préposé	2. Présenter un lien, au moins indirect ou occasionnel, avec les fonctions ¹⁹⁴
Appréciation en fait par le juge du fond	Appréciation en fait par le juge du fond du périmètre des fonctions
Les heures de service = un indice de la temporalité des fonctions	Dommage causé pendant les fonctions = « présumé » être en lien avec celles-ci
Sur le chemin du travail ≠ <i>a priori</i> exercice des fonctions	Dommage causé au cours de l'exécution de la tâche confiée = en <i>lien direct</i> avec les fonctions
Interruptions de travail = partie intégrante des fonctions <i>si</i> le préposé reste sur site de travail	Dommage causé dans le cadre du lien de subordination, mais quand l'agent n'exécute pas la tâche confiée = à <i>l'occasion</i> des fonctions
Interruptions de travail ≠ partie intégrante des fonctions <i>si</i> le préposé quitte le site de travail	Dommage causé en dehors des fonctions, sans autorisation et à des fins personnelles ≠ <i>lien</i> avec les fonctions ¹⁹⁵

41. La préparation de l'acte dommageable « pendant les fonctions ».

Dans un arrêt du 19 septembre 2008, la Cour de cassation a précisé que « la seule circonstance que l'infraction a été commise en dehors des heures de service et que seuls les actes préparatoires ont été réalisés au cours des heures de service ne suffit pas [...] pour décider que l'auteur n'a pas agi dans les fonctions auxquelles il était employé »¹⁹⁶. Le lien avec les fonctions peut donc être établi si l'acte dommageable a été préparé pendant le temps où les fonctions étaient exercées.

Imaginons le cas d'un employé à la sécurité d'une banque qui fomenté un braquage lors du temps de sa surveillance, en ayant les plans des lieux sous les yeux, et qui exécute celui-ci en dehors de ses heures de service et qui, se faisant, blesse un tiers présent sur place au moyen d'une arme, quelle qu'elle soit.

¹⁹³ L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle. L'acte illicite*, op. cit., pp. 399-403.

¹⁹⁴ Il s'agit d'une notion légale qui induit donc le contrôle de la Cour de cassation.

¹⁹⁵ « Abus de fonctions », voy. point 43.

¹⁹⁶ Cass., 19 septembre 2008, préc.

42. La faute intentionnelle. Le caractère intentionnel de la faute du préposé est également étranger à l'application de l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil, puisque celui-ci est présumé responsable de toute faute de son préposé commise durant le temps de ses fonctions^{197 198}.

Par un arrêt du 30 septembre 2015, la Cour de cassation a encore précisé que l'acte intentionnel du préposé joue par répercussion à l'encontre du commettant actionné par la victime fautive, coupable d'une négligence : le commettant ne peut donc prétendre à un partage de responsabilité au motif qu'il n'aurait pas, lui-même, commis de faute intentionnelle¹⁹⁹.

43. L'abus de fonctions. L'abus de fonctions n'est pas défini par la loi, pas plus que par la Cour de cassation²⁰⁰. Il est néanmoins « généralement compris comme le fait pour le préposé d'utiliser ses fonctions ou les moyens auxquels elles lui donnent accès, à des fins personnelles, ou simplement étrangères à la mission que lui confie son commettant »²⁰¹. Il ne s'agit donc pas d'une mauvaise exécution des fonctions²⁰².

Par principe, le commettant n'est pas exonéré si l'acte dommageable, quand bien même abusif, a été accompli durant les fonctions et s'il présente avec celles-ci un lien suffisant.

¹⁹⁷ L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle. L'acte illicite*, op. cit., p. 405, n° 233.

¹⁹⁸ Même l'assureur de l'employeur ne peut se targuer du caractère intentionnel de la faute s'il couvre la responsabilité de l'employeur dès lors que ce dernier n'a pas commis, lui-même, de faute.

¹⁹⁹ Cass., 30 septembre 2015, n° P.14.0474.F/1 et *Bull. ass.*, 2017, liv. 2, pp. 194 et s. Il est intéressant de relever le développement apporté à cette question par la Cour de cassation : « Pris de la violation des articles 1382, 1383 et 1384, alinéa 3, du Code civil et du principe général du droit *fraus omnia corrumpit*, le moyen reproche à l'arrêt de condamner le demandeur à la réparation du dommage de la défenderesse sans examiner si le dommage réclamé n'est pas également dû à la propre faute de celle-ci, en considérant que, quel que soit le bien-fondé des allégations de faute à charge de la défenderesse, celles-ci sont sans incidence sur la responsabilité du demandeur au titre de commettant. Le demandeur soutient que le principe général du droit invoqué n'exclut pas que la partie civilement responsable de l'auteur d'une infraction intentionnelle, qui n'est pas elle-même auteur d'une infraction intentionnelle, puisse prétendre à une réduction des réparations dues à la victime en raison des imprudences ou négligences qu'elle aurait commises.

Lorsqu'un dommage a été causé par les fautes concurrentes de la victime et du prévenu, celui-ci ne peut, en règle, être condamné envers la victime à la réparation entière du dommage. Le principe général du droit *fraus omnia corrumpit*, qui prohibe toute tromperie ou déloyauté dans le but de nuire ou de réaliser un gain, exclut toutefois que l'auteur d'une infraction intentionnelle engageant sa responsabilité civile puisse prétendre à une réduction des réparations dues à la victime de cette infraction en raison des imprudences ou des négligences que celle-ci aurait commises.

L'article 1384, alinéa 3, du Code civil prévoit une présomption irréfutable de responsabilité à charge du commettant pour le dommage causé par la faute du préposé dans les fonctions auxquelles il l'a employé. Le commettant de l'auteur d'une infraction intentionnelle ne peut dès lors pas davantage prétendre à une réduction desdites réparations.

Le moyen manque en droit. »

²⁰⁰ Pour en savoir plus sur l'abus de fonctions, voy. not. l'article de Th. MALENGREAU, « L'abus de fonctions dans le régime de la responsabilité du commettant pour le fait de ses préposés », op. cit.

²⁰¹ Th. MALENGREAU, « La responsabilité extracontractuelle du commettant pour le fait de son préposé », op. cit., p. 81, n° 33.

²⁰² Ch. DALCO, « La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui », op. cit., p. 11, n° 5.

Pour échapper à sa responsabilité, le commettant doit démontrer que le préposé a agi en « dehors de ses fonctions, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions »²⁰³. La preuve de l'absence de lien incombe au commettant, car c'est à lui de prouver qu'une des conditions d'application de l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil fait défaut²⁰⁴.

44. Dommage causé en cas d'abus de fonctions : quelle responsabilité pour le commettant ? La question est de savoir quand une faute peut constituer un abus de fonctions exonérant le commettant de sa responsabilité.

En principe, le fait que la faute du préposé ait consisté en un abus de fonctions n'est pas de nature à écarter la responsabilité du commettant si l'abus a été commis pendant la durée des fonctions et est en relation avec celles-ci, ne fût-ce que de manière occasionnelle et indirecte²⁰⁵.

Dans son arrêt précité du 21 mars 2013, la Cour de cassation a précisé, à cet égard, que « lorsque l'acte illicite résulte d'un abus de fonctions, est accompli pendant le temps de la fonction et est, même indirectement et occasionnellement en relation avec celle-ci, le commettant doit [...] répondre civilement de la faute de son préposé »²⁰⁶.

Reprenant la jurisprudence de la Cour de cassation française²⁰⁷, notre Cour suprême a, dans un arrêt de principe du 26 octobre 1989²⁰⁸, jugé que le commettant qui désire échapper à sa responsabilité sur le fondement de l'article 1384, alinéa 3, doit apporter la preuve de trois éléments :

- a) « le défaut d'autorisation, ce qui n'appelle guère de commentaires ;
- b) la finalité de l'acte, qui doit être étrangère aux attributions du préposé ; cette condition est remplie lorsque celui-ci n'a pas agi dans l'intérêt du commettant ; il importe peu qu'il ait agi dans son intérêt personnel ou dans celui d'un tiers ;
- c) la rupture du cadre objectif des fonctions : le préposé qui agit dans le temps et au lieu de ses fonctions et qui utilise les moyens de ses fonctions pour causer un dommage à des tiers commet des fautes dont le commettant doit répondre »²⁰⁹.

²⁰³ Cass., 26 octobre 1989, *J.T.*, 1990, p. 102 ; *J.L.M.B.*, 1990, p. 75, note G. SCHAMPS.

²⁰⁴ Voy. également le point 37 de la présente contribution relatif au tiers victime fraudeur, qui avait connaissance de l'abus de fonctions.

²⁰⁵ B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, op. cit., p. 145, n° 174 ; P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, op. cit., p. 1353, n° 912. Pour une application, voy. not. Gand, 29 juin 1999, op. cit., p. 931.

²⁰⁶ Cass., 21 mars 2013, op. cit.

²⁰⁷ Cass. fr. (ass. plén.), 19 mai 1988, *D.*, 1988, jur., 513 ; à ce sujet, voy. aussi C. BENOIT-RENAUDIN, *La responsabilité du préposé*, op. cit., p. 136, n° 168.

²⁰⁸ *Pas.*, 1990, I, p. 241.

²⁰⁹ J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1985-1995*, op. cit., p. 72, n° 61. Voy. aussi B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, op. cit., p. 145, n° 174.

Il est intéressant de noter que le silence et la passivité du commettant peuvent être interprétés comme une acceptation tacite des manœuvres du préposé²¹⁰.

Chapitre 2

Les effets de la présomption

Section 1

Une présomption de responsabilité irréfragable ?

45. Une présomption irréfragable ? Selon la volonté du codificateur, l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil instaure une présomption irréfragable de responsabilité, à charge des commettants, pour les dommages causés par la faute de leurs préposés. Ils sont présumés responsables, comme précisé en introduction, de la mauvaise surveillance ou du mauvais choix de leurs préposés.

Non seulement la victime ne doit démontrer aucune faute dans le chef du commettant, mais, en outre, une fois la faute du préposé prouvée, l'employeur n'est pas autorisé à établir qu'il n'a pas, lui-même, commis de faute pour prétendre s'exonérer de sa responsabilité²¹¹.

Il ne peut tenter de se décharger qu'en établissant que les conditions d'application énumérées ci-dessus ne sont pas établies ou, encore, que le dommage n'est dû *qu'*à un cas de force majeure, au fait d'un tiers ou de la victime, ou encore à un abus de fonctions avéré – ce qui, *de facto*, revient à contester les conditions de sa responsabilité, en excluant tout lien avec les fonctions²¹².

46. Une responsabilité objective ? Le régime issu de l'ancien Code civil, tel que décrit au point précédent, n'a pas eu comme finalité la création d'un régime de responsabilité objective dans le chef du commettant responsable de la faute de son préposé, même si cette thèse s'est répandue au fil du temps²¹³.

Tel n'est néanmoins pas le cas de l'article 5.157 de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, puisque l'exposé des motifs fait clairement

²¹⁰ Liège, 27 avril 2000, R.G.D.C., 2001/10, pp. 613-615 ; R. CAPART, « La responsabilité civile de l'employeur », *op. cit.*, p. 55.

²¹¹ B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, *op. cit.*, p. 131, n° 146.

²¹² *Ibid.*, p. 149, n° 177.

²¹³ Voy. not. J.-L. FAGNART et E. DELAUNOY, « La responsabilité du fait d'autrui : introduction », www.droitbelge.be, consulté pour la dernière fois le 25 janvier 2021 ; Th. DERVAL, « L'application du principe *Fraus omnia corumpit* en matière aquilienne », *op. cit.*, p. 557, n° 27.

référence à un régime de responsabilité objective dans le chef des commettants pour les dommages causés par leurs préposés pendant et à l'occasion de l'exercice des fonctions auxquelles ils étaient employés²¹⁴.

Section 2

Les moyens de défense et les recours à l'encontre du préposé : le cas du commettant et de l'assureur RC auto²¹⁵

47. L'action subrogatoire du commettant. L'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil n'est qu'un mécanisme de garantie d'indemnisation instauré en faveur des victimes²¹⁶. En soi, il ne fait pas disparaître l'éventuelle responsabilité personnelle du préposé, même s'il peut être immunisé par les mécanismes que nous avons abordés (voy. *supra*, chapitre 1, section 2, § 2).

Cela implique que le commettant, qui se trouve dans une position inconfortable, puisque, quelle que soit la faute de son préposé, il doit intervenir, dispose par principe, et sauf les cas d'exonération prévus par la loi, d'une action subrogatoire contre son préposé, fondée sur pied de l'article 1251, 3^o, de l'ancien Code civil, après avoir indemnisé la victime de la faute de ce dernier^{217 218}.

Comme déjà précisé²¹⁹, l'employeur bénéficie notamment d'un droit de recours contre son préposé lorsqu'il a été amené à supporter le paiement d'une peine d'amende pour la commission d'une infraction au Code de la route²²⁰, lorsque le préposé a commis une faute lourde, un dol ou une faute légère, mais répétée.

48. L'action récursoire de l'assureur RC automobile. En assurance RC automobile, des questions peuvent se poser lorsque l'assureur RC « auto » est en droit d'intenter une action récursoire contre son assuré.

Si le preneur d'assurance est le commettant du préposé fautif assuré, le commettant peut-il échapper au remboursement des indemnités dont a

²¹⁴ *Op. cit.*

²¹⁵ Pour en savoir plus à cet égard, voy. N. ROBERT et J. DE WILDE D'ESTMAEL, « La récupération du dommage de l'employeur : accord, procédure contentieuse et mesures d'exécution », in Ch.-É. CLESSE et S. GILSON (coord.), *La responsabilité du travailleur, de l'employeur et de l'assuré social*, coll. Jeune barreau de Charleroi, Limal, Anthemis, 2014, pp. 99-144.

²¹⁶ Ch. DALCQ, « La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui », *op. cit.*, p. 17, n^o 10.

²¹⁷ Art. 1251, 3^o, C. civ. ; J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1985-1995*, *op. cit.*, pp. 70-71, n^o 59 ; P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, « Le point sur la responsabilité des commettants », *op. cit.*, p. 208, n^o 37.

²¹⁸ Il faut aussi relever que le commettant bénéficie d'un droit de recours contre les coresponsables *in solidum* du dommage causé à la victime, dans le cadre de la contribution à la dette.

²¹⁹ Voy. n^o 31 de la présente contribution.

²²⁰ Pour en savoir plus à cet égard, voy. R. CAPART, « La responsabilité civile de l'employeur », *op. cit.*, pp. 60-63.

bénéficié la victime si son préposé a agi à son insu, en état d'ivresse ou dans le cadre d'un abus de fonctions²²¹ ?

« La réponse à cette question est [*a priori* et sous réserve de l'examen du cas d'espèce] affirmative, car l'action récursoire que détient l'assureur est une action en responsabilité contractuelle et que, dans chaque cas, il faut donc vérifier si une faute contractuelle peut ou non être effectivement reprochée au preneur d'assurance [le commettant] »²²².

Qu'en est-il si le préposé bénéficie d'une immunité personnelle par rapport à son employeur (en cas de faute légère occasionnelle) ?

Par exemple, si l'action récursoire de l'assureur est fondée sur un manquement du préposé assuré par l'assurance RC auto souscrite par le commettant, l'assureur pourrait néanmoins agir contre le préposé assuré, dès lors qu'il s'agit du non-respect de dispositions contractuelles prévues dans le contrat d'assurance qui lie le préposé à l'assureur. Cela est donc étranger à l'immunité prévue à l'article 18 de la loi sur le contrat de travail et à l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil²²³.

Chapitre 3

Quelques cumuls de responsabilité

49. L'article 1384, alinéas 2 et 3, de l'ancien Code civil : cumul horizontal de responsabilités. Si un mineur est occupé dans le cadre d'un contrat de travail, rien n'empêche, en cas de faute commise, que la responsabilité du commettant soit retenue (art. 1384, al. 3) ainsi que, de manière cumulative, celle de ses parents²²⁴ (art. 1384, al. 2). En effet, à côté de la présomption de responsabilité de l'employeur, le devoir de « bonne éducation » des parents subsiste (la surveillance ayant généralement été déléguée au commettant)²²⁵.

Si le commettant n'est pas un parent du mineur préposé fautif, la victime pourrait agir contre les parents (art. 1384, al. 2) et contre le commettant (art. 1384, al. 3) en sollicitant une condamnation *in solidum*²²⁶ (étant entendu que la voie d'action contre le commettant est la voie la plus sûre, *a priori*, car la présomption de responsabilité qui repose sur lui est irréfutable. Néanmoins, dans les faits, il pourrait ne pas être assuré et/ou tomber en faillite).

²²¹ Voy. n° 43 de la présente contribution.

²²² B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, op. cit., p. 150, n° 179.

²²³ *Ibid.*, p. 155, n° 188.

²²⁴ L'auteure renvoie à la contribution de S. Larielle et L. Vandenhouten dans le présent ouvrage.

²²⁵ Th. PAPART et L. PAPART, « La responsabilité du fait des personnes que l'on doit surveiller », in J.-L. FAGNART (dir.), *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, liv. 41, 2013, Bruxelles, Kluwer, p. 36, n° 75.

²²⁶ L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle. L'acte illicite*, op. cit., p. 413, n° 239.

Si le commettant est également le parent du mineur préposé fautif, la victime peut choisir d'agir sur pied de l'article 1384, alinéa 2, ou 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil, voire sur la base des deux dispositions, notamment si un seul des parents revêtait la qualité de commettant²²⁷.

50. L'article 1384, alinéas 3 et 4, de l'ancien Code civil : cumul vertical des responsabilités. Dans le cadre d'une faute commise par un instituteur ou assimilé (art. 1384, al. 4), rien n'empêche que la responsabilité de celui-ci soit retenue conjointement avec celle du commettant (art. 1384, al. 3), et ce, même si l'instituteur pourra bénéficier de l'immunité prévue, selon le type de faute commise, par l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 sur les contrats de travail²²⁸.

Ainsi, l'instituteur sera exonéré de sa responsabilité en cas de commission d'une faute légère occasionnelle. En revanche, comme tous les préposés ayant la qualité de travailleurs, s'il a commis un dol, une faute intentionnelle, une faute lourde ou une faute légère habituelle, tel n'en sera pas le cas. La charge de la preuve de l'exonération repose sur les épaules de l'enseignant²²⁹.

Comme on l'a déjà mentionné, cette exonération ne joue pas en faveur du commettant qui reste irréfragablement présumé responsable du dommage causé par l'instituteur (sous contrat de travail ou statutaire)²³⁰.

Il convient de préciser, pour le surplus, que l'établissement scolaire, en sa qualité de commettant, pourrait engager sa responsabilité personnelle, sur pied de l'article 1382 de l'ancien Code civil, si un défaut dans l'organisation de l'établissement peut être établi²³¹. Par exemple, on peut penser au fait que trop peu de surveillants auraient été affectés à la surveillance d'une cour de récréation et qu'une bagarre entre des élèves n'aurait été remarquée que tardivement²³².

²²⁷ *Ibid.*, p. 412, n° 239 ; A. CHARLIER, *L'assurance R.C. vie privée. Guide pratique*, op. cit., pp. 120 et s. Pour le secteur public, l'article 2 de la loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité des et pour les membres du personnel au service des personnes publiques. L'auteur renvoie à la contribution de B. Lombaert et J. Simba dans le présent ouvrage.

²²⁸ Voy. not. en ce sens : Liège, 27 avril 2007, *J.T.*, 2007, p. 765.

²²⁹ Th. PAPART et L. PAPART, « La responsabilité du fait des personnes que l'on doit surveiller », op. cit., p. 53, n° 125.

²³⁰ *Ibid.*, p. 53, n° 125-126.

²³¹ *Ibid.*, p. 53, n° 126.

²³² Dans une décision du 15 juin 2004, la Cour d'appel de Bruxelles n'a pas retenu la responsabilité d'un établissement scolaire sur pied des articles 1382 et 1383 de l'ancien Code civil, car un nombre suffisant d'enseignants avait été mobilisé pour surveiller un groupe d'enfants à la piscine alors que l'un d'eux est tombé à l'eau. En revanche, la Cour a retenu la responsabilité de l'établissement sur la base de l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil, car l'enfant qui a chuté n'était non seulement pas muni de bouées, mais n'était pas suffisamment surveillé par les surveillants présents, malgré le risque qu'il courait. Voy. Bruxelles, 15 juin 2004, *R.G.A.R.*, 2006, n° 14.159.

Chapitre 4

Quelques préposés sous la loupe

51. L'infirmier. Si la mission de l'infirmier se rapporte aux missions globales de l'hôpital, elle engage la responsabilité de l'établissement²³³. C'est, par exemple, le cas lorsqu'un infirmier ne surveille pas adéquatement un patient qui chute du brancard et se fracture la cheville²³⁴.

Si l'infirmier seconde un médecin durant une opération chirurgicale, est-il le préposé de l'hôpital, du médecin qu'il seconde ou des deux ?

Généralement, il est considéré que les auxiliaires médicaux, tels que les infirmiers, sont les préposés du médecin en charge de l'opération durant le temps d'exécution de celle-ci²³⁵, à moins que le médecin ne dispose pas du pouvoir de s'opposer aux décisions de l'établissement quant au choix du personnel de poser tel ou tel acte²³⁶. On pourrait, dans le premier cas, parler d'une situation s'assimilant au prêt de préposé, puisque l'hôpital met à la disposition du médecin un ou plusieurs infirmiers durant le temps d'une opération²³⁷.

Dans une décision du 16 mars 2017²³⁸, la Cour d'appel de Liège a justement précisé que, « si les actes pré- et postopératoires accomplis par le personnel infirmier le sont sous l'autorité de l'hôpital, les actes opératoires le sont sous l'autorité et la surveillance du chirurgien lorsque l'infirmière l'assiste lors d'une intervention en salle d'opération et que les actes reprochés participent aux conditions d'une intervention chirurgicale ».

Néanmoins, il n'est pas exclu de considérer que l'hôpital exerce également un pouvoir d'autorité virtuel sur les auxiliaires médicaux, dont les infirmiers, raison pour laquelle une responsabilité concurrente, voire exclusive de l'hôpital, est envisageable²³⁹.

Cette responsabilité cumulative est soutenue par Th. Vansweevelt qui estime, avec pertinence, que l'opération chirurgicale exécutée par le médecin

²³³ B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, op. cit., p. 858, n° 1086 ; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2^e éd., coll. de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 402.

²³⁴ Gand (1^{re} ch.), 14 octobre 2010, *Rev. dr. santé*, 2013-2014, liv. 3, pp. 105 et s., note W. VAN NOPPEN.

²³⁵ J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1985-1995*, op. cit., p. 71, n° 60 ; Th. MALENGREAU, « La responsabilité extracontractuelle du commettant pour le fait de son préposé », op. cit., p. 69, n° 17. Voy. en ce sens : Anvers, 27 novembre 2006, *Rev. dr. santé*, 2008-2009, liv. 2, pp. 132-136, note R.V.

²³⁶ J.-L. FAGNART, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1985-1995*, op. cit., p. 71, n° 60.

²³⁷ Th. VANSWEEVELT, « La responsabilité des professionnels de la santé. Volume 2. La responsabilité au sein de l'hôpital. La responsabilité du fait d'autrui et du fait des choses », in J.-L. FAGNART (dir.), *Responsabilités. Traités théorique et pratique*, titre II, liv. 25bis, op. cit., p. 15, n° 22.

²³⁸ Liège, 16 mars 2017, R.G.A.R., 2018, n° 15.483.

²³⁹ B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, op. cit., p. 858, n° 1086 ; Th. MALENGREAU, « La responsabilité extracontractuelle du commettant pour le fait de son préposé », op. cit., p. 69, n° 17.

peut constituer une tâche commune, liée aux soins du patient, convenue avec l'hôpital. Deux commettants, le médecin et l'hôpital, pourraient voir leur responsabilité respective engagée, *in solidum*, en faveur de la victime de l'acte dommageable de l'infirmier²⁴⁰.

C'est, par exemple, le cas du personnel infirmier qui ne respecte pas l'utilisation de la notice d'un produit et qui cause des brûlures au patient. Il engage la responsabilité de l'hôpital en tant que commettant ainsi que celle du chirurgien en charge de l'opération, mais sur pied des articles 1382 et 1383 de l'ancien Code civil, car il aurait dû vérifier que le personnel infirmier avait pris les précautions nécessaires²⁴¹.

52. Le médecin. Il peut agir sous différentes casquettes²⁴². Il peut œuvrer comme indépendant²⁴³ ou dans le cadre d'une relation de subordination avec un hôpital²⁴⁴.

Tout est une question d'appréciation de fait.

Il sera ainsi, par exemple, plus facilement admis qu'un médecin sous contrat de stage agit en qualité de préposé, notamment car il est astreint au respect de certains horaires, qu'il ne choisit pas ses patients et que des gardes lui sont imposées²⁴⁵.

En revanche, si le médecin travaille en totale indépendance, l'hôpital ne peut être tenu responsable de ses fautes, en tout cas en qualité de commettant. Aussi, pour s'aider dans l'appréciation de fait, on peut notamment examiner s'il y a soumission du médecin à un règlement de travail, détermination forfaitaire de sa rémunération, obligation de respecter un horaire, planifications des vacances, directives plus ou moins contraignantes en matière d'organisation des services, choix des malades à examiner, etc. »²⁴⁶.

²⁴⁰ Th. MALENGREAU, « La responsabilité extracontractuelle du commettant pour le fait de son préposé », *op. cit.*, p. 69, n° 18.

²⁴¹ Anvers (1^{re} ch.bis), 20 novembre 2006, *Bull. ass.*, 2007, n° 359, pp. 237-240.

²⁴² Voy. not. pour l'appréciation de son statut : P. HENRY, « La responsabilité des médecins et infirmiers au regard des articles 1384, alinéa 3, du Code civil et 18 de la loi sur le contrat de travail », obs. sous Corr. Eupen (4^e ch.), 10 octobre 1995/15, *J.L.M.B.*, 1995, p. 608.

²⁴³ Pour une application avec un médecin indépendant urgentiste, voy. Civ. Liège (6^e ch.), 28 juin 2005, *Bull. ass.*, 2007, n° 361, pp. 466-469, note J.-M. DE SMET.

²⁴⁴ P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, « Le point sur la responsabilité des commettants », *op. cit.*, p. 209, n° 38 ; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *op. cit.*, p. 855, n° 1081 ; Th. VANSWEEVELT, « La responsabilité des professionnels de la santé. Volume 2. La responsabilité au sein de l'hôpital. La responsabilité du fait d'autrui et du fait des choses », *op. cit.*, p. 9, n° 8.

²⁴⁵ Liège, 28 mai 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 268 ; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, *op. cit.*, p. 403.

²⁴⁶ B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, *op. cit.*, p. 856, n° 1081. Voy. les réflexions intéressantes de Ch. DE RIDDER pour ce qui concerne la responsabilité des médecins pénitentiaires : Ch. DE RIDDER, « La responsabilité des médecins pénitentiaires pour leurs propres fautes et du SPF Justice en tant que gardien d'une prison aux installations sanitaires défectueuses (du point de vue de l'hygiène) », note sous Anvers (2^e ch.), 30 avril 2014, *Rev. dr. santé*, 2017-2018, liv. 3, pp. 214-216. Pour en savoir plus sur la responsabilité du médecin d'hôpital et sur l'hôpital commettant, voy. not. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de*

Reste néanmoins la question délicate de l'identification du médecin fautif pour un dommage survenu lors de l'hospitalisation d'un patient qui est traité par plusieurs médecins, voire infirmiers, et qui ne sait pas identifier le fautif. Dans ce cas, l'action contre l'établissement de soins sera la voie la plus sûre sur le plan extracontractuel, et certaine sur le plan contractuel²⁴⁷.

53. Le journaliste. L'article 25, alinéa 2, de la Constitution prévoit un régime de responsabilité en cascade qui se traduit par la responsabilité de l'auteur lorsqu'il est connu et domicilié en Belgique. « Les autres maillons de la chaîne de publication ne peuvent être tenus responsables des écrits publiés, pour autant qu'ils n'aient joué aucun rôle particulier dans la rédaction de l'article litigieux »²⁴⁸.

Que se passe-t-il lorsque le journaliste est un travailleur sous contrat de travail, au sens de la loi du 3 juillet 1978, et que la faute commise constitue une faute légère occasionnelle ? Peut-il se prévaloir de l'immunité dont bénéficie le travailleur auteur d'une faute légère occasionnelle²⁴⁹ ?

Par un arrêt du 22 mars 2006, la Cour constitutionnelle a répondu par la négative dès lors que raisonner autrement reviendrait à violer l'article 25, alinéa 2, de la Constitution²⁵⁰.

La présomption qui pèse sur le commettant ne s'applique donc pas lorsque le préposé fautif est un journaliste, lequel doit assumer ses écrits²⁵¹. Ce raisonnement peut, dans certains cas, être contestable dès lors que, parfois, des sujets doivent être abordés à la demande de « leur hiérarchie »²⁵². Néanmoins, raisonner autrement en retenant la responsabilité de l'employeur sur pied de l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil aurait pour effet collatéral une censure éventuelle des articles rédigés, ce qui porterait atteinte à l'esprit de l'article 25, alinéa 2, de la Constitution²⁵³.

jurisprudence 1996-2007, op. cit., pp. 855-858, n°s 1081-1085, et Th. VANSWEEVELT, « La responsabilité des professionnels de la santé. Volume 2. La responsabilité au sein de l'hôpital. La responsabilité du fait d'autrui et du fait des choses », *op. cit.*, pp. 8-14, n°s 5-19.

²⁴⁷ G. GENICOT, *Droit médical et biomédical, op. cit.*, p. 398.

²⁴⁸ Art. 25, al. 2, Const. ; P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, « Le point sur la responsabilité des commettants », *op. cit.*, p. 210, n° 40 ; E. CRUYSMANS, note sous Bruxelles (18^e ch.), 3 décembre 2013, « La responsabilité civile des journalistes : quelques réflexions prospectives au départ d'un arrêt », *R.G.D.C.*, 2015/6, p. 327, n° 4.

²⁴⁹ Nous nous bornons aux premières pistes de réflexion. Pour en savoir plus sur la responsabilité des journalistes, voy. not. A. VANDEBURIE, « La responsabilité en cascade (art. 25, al. 2, de la Constitution) des journalistes sous contrat d'emploi : suite et fin (?) », note sous C.A., n° 47/2006, 22 mars 2006, *R.G.D.C.*, 2006, pp. 611-619 ; E. CRUYSMANS, « La responsabilité civile des journalistes : quelques réflexions prospectives au départ d'un arrêt », *op. cit.*, pp. 325-335.

²⁵⁰ C. const., 22 mars 2006, n° 47/2006, www.const-court.be.

²⁵¹ Th. MALENGREAU, « La responsabilité extracontractuelle du commettant pour le fait de son préposé », *op. cit.*, p. 71, n° 19, *in fine*.

²⁵² E. CRUYSMANS, « La responsabilité civile des journalistes : quelques réflexions prospectives au départ d'un arrêt », *op. cit.*, p. 328, n° 5.

²⁵³ A. VANDEBURIE, « La responsabilité en cascade (art. 25, al. 2, de la Constitution) des journalistes sous contrat d'emploi : suite et fin (?) », *op. cit.*, p. 615, n° 11.

Conclusion

54. Les six règles fondamentales à retenir. Nous retiendrons, de la présente contribution, cette synthèse du mécanisme de l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil, habilement établie par R. Dekkers et reprise par Ch.-É. Clesse :

- « – elle se fonde sur l'autorité des civilement responsables envers ceux qui ont causé le dommage ;
- elle suppose la preuve d'une faute ;
- elle ne supprime pas la responsabilité [personnelle, civile et/ou pénale] de la personne dont on répond ;
- elle ne supprime pas l'action subrogatoire ;
- elle ne joue qu'en cas de dommage causé à un tiers ;
- elle est de nature civile et non pénale »²⁵⁴.

55. Conclusion personnelle. Les situations soumises à la sagesse des cours et tribunaux en matière de responsabilité des commettants sont extrêmement variées mais les balises à l'application du régime d'indemnisation et de responsabilité sont clairement posées.

Néanmoins, et heureusement selon nous, aucune solution de principe « clé sur porte » ne se dégage en la matière, aucune règle abstraite qui résoudrait d'emblée la multiplicité des situations pouvant se présenter, même si la jurisprudence abondante de la Cour de cassation est gage de stabilité et de sécurité juridique.

Et à l'avenir ?

On note une reformulation « au goût du jour », la référence claire à un système de responsabilité objective, la suppression de termes désuets et l'intégration de la jurisprudence de la Cour de cassation pour ce qui concerne le dommage causé pendant et à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, les conditions d'application du régime restent identiques à celles que nous connaissons actuellement, de sorte que, lorsque le Code civil aura été réformé, on peut raisonnablement présumer, de manière réfragable, que la présente contribution restera d'actualité²⁵⁵.

On déplorera néanmoins, avec une certaine amertume, le fait qu'aucune obligation d'assurance n'a été prévue pour couvrir les conséquences dommageables liées à ce régime de responsabilité, malgré les « coups de pied sous la table » des auteurs de doctrine²⁵⁶.

²⁵⁴ Ch.-É. CLESSE, « L'article 1384, alinéa 3 du Code civil », *op. cit.*, p. 130.

²⁵⁵ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extra-contractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, *préc.*, p. 73.

²⁵⁶ Une obligation d'assurance est sollicitée de longue date dès lors que certains auteurs, notamment le regretté Thierry Papart, plaidaient pour la mise sur pied d'une assurance obligatoire, visant la responsabilité des commettants, ainsi que la création d'un Fonds commun de garantie. Voy. not. Th. PAPART, « Responsabilité

Formons le vœu pieu que les juges fassent preuve d'imagination, malgré le texte assez cadencé de l'article 5.170 de l'avant-projet précité, afin qu'ils continuent de rendre des décisions adaptées aux cas concrets et singuliers qui leur sont soumis.

Soufflons, l'heure de remplacer les juges par de l'intelligence artificielle n'est pas encore arrivée.

du fait d'autrui... Vers une responsabilité objective ? », *op. cit.*, p. 64, et, du même auteur, « La Justice a rendez-vous avec le législateur », *J.L.M.B.*, 1997, p. 1124.