

Droit des obligations **(Contrats, responsabilité, régime de l'obligation)**

Daniel Mainguy

Professeur à la faculté de droit de Montpellier

**Cours à distance du mercredi 18 mars 2020 (semaine 9)
Responsabilité délictuelle du fait d'autrui et la réparation**

Partie 2 La responsabilité civile extracotntractuelle (ou délictuelle)

Chapitre 1. – Le fait générateur de responsabilité : le fait dommageable

Chapitre 2 – le mécanisme de la responsabilité : les régimes juridiques de responsabilité

Section 1 Le régime de droit commun : la responsabilité du fait personnel

Section 2 Les régimes spéciaux de responsabilité

I. – La responsabilité délictuelle du fait des choses

(...)

II. – La responsabilité délictuelle du fait d'autrui

Chapitre 3 – l'effet juridique de la responsabilité : l'obligation de réparation

II. – La responsabilité délictuelle du fait d'autrui

416. L'autre article 1384, al. 1^{er} du Code civil (1242). – L'article 242 (ex-art. 1384) al.1 dispose que « *on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait mais encore de celui **qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre ou des choses que l'on a sous sa garde*** ».

Comme pour la responsabilité du fait des choses, ce texte a souvent été considéré comme non normatif, comme un chapeau introductif du reste de l'article 1242 qui traite de divers cas particuliers de responsabilité du fait d'autrui (des parents du fait de leurs enfants, de l'employeur du fait de ses employés, etc.), pour l'essentiel, jusqu'à très récemment, 1991 avec l'**arrêt Blicek** (1), où un régime général de responsabilité délictuelle du fait d'autrui est apparu.

Les hypothèses de responsabilité (relativement) générale du fait d'autrui n'étaient cependant pas inconnues du droit français.

Tout au contraire, la responsabilité contractuelle du fait d'autrui est une situation très ordinaire, notamment lorsque le débiteur d'une obligation fait apparaître un tiers dans son exécution : un représentant (ne serait-ce que lorsque le débiteur est une personne morale) un salarié, un ami, un aide, un sous-contractant, etc., même si bien des auteurs considèrent qu'il ne s'agit qu'apparemment d'une hypothèse de responsabilité contractuelle du fait d'autrui.

Il s'agirait en effet d'une responsabilité personnelle, contractuelle, du débiteur de l'obligation, qu'il exécute lui-même l'obligation ou qu'il la fasse exécuter par d'autres, une **responsabilité par substitution**.

Reste, alors, le mécanisme délictuel de responsabilité du fait d'autrui, lequel repose sur l'identification d'un régime général de responsabilité du fait d'autrui (A) après que le Code civil ait identifié nombre de régimes spéciaux de responsabilité du fait d'autrui (B).

1 Cass. ass. plén. 29 mars 1991, *Blicek*, D. 1991.324, note Ch. Larroumet, *JCP* 1991, II, 21673, concl. Dontenwille, note J. Ghestin. Adde G. Viney, « Vers un élargissement de la catégorie des « personnes dont on doit répondre » : la porte entrouverte sur une nouvelle interprétation de l'article 1384, al. 1^{er} du Code civil », *D.* 1991, Chr., p.157, H. Groutel, « La responsabilité du fait d'autrui : un arrêt (à moitié) historique », *Resp. et ass. avr.* 1991 ; Ph. Brun, « Faut-il reconnaître l'existence d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui ? », *Mélanges H. Groutel*, 2006, p. 375.

417. Mécanisme de la responsabilité du fait d'autrui. – L'ensemble de ces régimes repose sur un certain nombre de règles communes, forgées à partir des règles *spéciales* de responsabilité du fait d'autrui (responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs, mes artisans du fait de leurs apprentis, des commettants du fait de leurs préposés, des instituteurs du fait de leurs élèves) mais qui, par leur concordance résonnent ensemble et de régime spécial en régime spécial, mais également à partir des règles communes dégagées par la jurisprudence à partir de 1991 sur le fondement de l'article 1384, al. 1^{er} du Code civil (1242).

1 – En premier lieu, les hypothèses de responsabilité du fait d'autrui mettent en scène **trois personnes, au moins : la victime, l'auteur réel du dommage** (autrui : un enfant, un salarié) et le **responsable désigné de la réparation** (les parents, l'employeur). Dès lors, si la victime peut, en général, demander réparation à l'auteur réel du dommage, elle peut également, sur le fondement de ces régimes demander réparation à la personne désignée par la loi comme civilement responsable.

L'auteur réel du dommage, ou responsable primaire est l'auteur des faits dommageables, **il l'est l'autrui** de ces cas de responsabilité. Il convient alors de vérifier que les conditions permettant l'engagement de sa responsabilité soient respectées : faute, négligence, imprudence, fait d'une chose dont il avait la garde. On voit mal, en effet, comment le responsable secondaire pourrait voir sa responsabilité engagée sans que le responsable primaire puisse se voir reprocher un fait quelconque.

Pourtant, de plus en plus, la **responsabilité de l'auteur secondaire est détachée de l'idée de faute de l'auteur réel**, surtout depuis l'**arrêt Levert** du 10 mai 2001 (2) : « *pour que la responsabilité de plein droit des père et mère exerçant l'autorité parentale sur un mineur habitant avec eux puisse être recherchée, il suffit que le dommage invoqué par la victime ait été directement causé par le fait, même non fautif, du mineur ; que seule la force majeure ou la faute de la victime peut exonérer les père et mère de cette responsabilité* » qui avait considéré que la responsabilité des parents n'est pas liée à une faute de l'enfant.

Le **responsable désigné** du dommage, ou responsable secondaire, qui n'est pas le responsable des faits, l'est par le fait de la loi, s'agissant des pères et mères ou des employeurs, ou par l'interprétation de l'article

2 Cass. civ. 2^{ème}, 10 mai 2001, *D.* 2001, p. 2851, rapp. P. Guerdier, note O. Tournafond, *JCP*, 2001, II, 10614, note J. Mouly, *RTD civ.* 2001, p. 601, obs. P. Jourdain.

1242, al. 1^{er}.

Longtemps, cette responsabilité était fondée sur une présomption de faute : une faute d'éducation ou de surveillance. Désormais, depuis l'**arrêt Bertrand** du 19 février 1997 (3), adopté en matière de responsabilité des parents, cette responsabilité n'est plus fondée sur la faute, même présumée du civilement responsable. Par conséquent, cette responsabilité du fait d'autrui devient, elle aussi, une **responsabilité objective**, fondée sur une **présomption de responsabilité** lorsque quelques traits communs sont rassemblés : le civilement responsable exerce une autorité, volontaire ou légale, sur l'auteur réel des faits (autorité parentale, lien de subordination) et sur le mode de vie ou d'activité de ce dernier.

2 – En second lieu, la responsabilité du fait d'autrui est, depuis l'arrêt Bertrand de 1997, une responsabilité objective, de plein droit, de sorte que seul un évènement de force majeure, le fait d'un tiers ou la faute de la victime peuvent exonérer le responsable du fait d'autrui.

C'est une simple tendance : dans les autres régimes de responsabilité du fait d'autrui, le cumul d'action demeure possible en attendant une future évolution mais les mécanismes sont en place : l'arrêt *Bertrand* et l'arrêt *Levert* fondent l'autonomie de la responsabilité des parents, qui peut être engagée sans faute de l'enfant. On voit mal comment une action contre l'enfant serait possible dans ces conditions.

3 – En troisième lieu, la responsabilité du fait d'autrui tend, aujourd'hui à exclure la responsabilité de droit commun à l'encontre de l'auteur réel.

Longtemps, la mise en œuvre d'un régime du fait d'autrui n'excluait pas la mise en œuvre de la responsabilité de droit commun, fondée sur l'article 1240 du Code civil, de l'auteur réel des faits.

La victime disposait donc d'un choix : engager une action contre l'auteur réel des faits ou engagée une action contre le responsable désigné, sans engager parallèlement d'action contre l'auteur réel, voire engager une action contre les deux de façon à obtenir une réparation *in solidum*. Cependant, l'**arrêt Costedoat** rendu par l'assemblée plénière le 25 février

3 Cass. civ. 2ème, 19 février 1997, D. 1997.265, note P. Jourdain, JCP 1997, II, 22848, note G. Viney.

2000 (4) a paru, en matière de responsabilité de l'employeur du fait de ses préposés, remettre en cause cette possibilité excluant, dans ce cas, l'action contre le salarié, sauf lorsque ce dernier était pénalement condamné (5).

4 – La question du cumul ou de conflits de responsabilités objectives se pose. Un responsable désigné (du fait d'autrui, parents, employeur) peut-il être responsable du fait de la chose dont l'auteur réel (enfant, salarié) était le gardien ?

Ce cumul est en principe possible dans tous les régimes de responsabilité du fait d'autrui, il est cependant exclu en matière de responsabilité de l'employeur du fait du salarié, exclusion de peu de portée dans la mesure où c'est généralement l'employeur qui est considéré comme le gardien de la chose utilisée par le salarié.

5. – Enfin, la Cour de cassation s'est interrogé sur la question de savoir si la responsabilité du fait d'autrui pouvait être établie sur un **fondement contractuel (6), sur la base de décisions disparates qui ne permettent guère de formuler une synthèse convaincante ni définitive.**

Ainsi, la responsabilité des grands parents du fait de l'enfant qui leur est confié ne peut être fondée sur l'article 1242 du Code civil, de même que lorsque l'enfant est confié à une autre sur une base contractuelle (7). Il faudrait alors, pour le régime de l'article 1242, aller du Code civil fonctionne admettre qu'un transfert de la garde, au sens de l'article 1242, puisse s'effectuer y compris sur une base contractuelle, ce que n'admet pas la jurisprudence : par exemple, le fait de confier un enfant à un institut, par contrat, (et non par une décision de justice), ne pouvait aboutir à rechercher la responsabilité de l'institut sur une autre base que contractuelle (8) de sorte que la responsabilité générale du fait d'autrui ne peut être fondée sur un contrat (9).

A – Le mécanisme général de responsabilité du fait d'autrui

4 Cass. ass. plén. 25 févr. 2000, *Costedoat*, D. 2000, p. 673, note Ph. Brun, *JCP* 2000, II, 10295, concl. R. Kessous, note M. Billiau, *RTD civ.* 2000, p. 582, obs. P. Jourdain.

5 Cass. ass. plén. 14 déc. 2001, *Cousin*, D. 2002, p. 621, note J. Julien, *JCP* 2002, II, 10026, note M. Billiau.

6 Cass. civ. 2^{ème}, 25 janv. 1995, Bull. civ. II, n°29.

7 Cass. crim. 18 mai 2004, Bull. crim. N°123, *RTDciv.* 2005, p. 140 (enfant handicapé confié sur une base contractuelle à un internat).

8 Cass. civ. 1^{ère}, 24 mai 2006, *RTDciv.* 2006, p. 779, obs. P. Jourdain, Cass. civ. 19 juin 2008, D. 2008, p. 2205, note M. Huyette, *RTDciv.* 2008, p. 682, obs. P. Jourdain.

9 Cass. civ. 1^{ère}, 15 déc. 2011, D. 2012, p. 539, note M. Develay.

418. Nécessité du mécanisme ? – Un tel mécanisme général de responsabilité du fait d'autrui, interprété à partir de l'article 1242, al. 1er « *On est responsable... du dommage causé par le fait des personnes... dont on doit répondre* » n'a été que tardivement envisagé, en premier parce que la suite de l'article 1242 énumère divers cas particuliers de responsabilité du fait d'autrui, raisonnement peu efficace puisque c'est celui qui servit aussi, à la fin du XIX^e siècle à nier l'existence d'un régime général de responsabilité du fait des choses, et surtout, en second, parce que au contraire de la responsabilité du fait des choses, un tel régime général n'apparaissait pas utile : la responsabilité des parents, celle des employeurs, à de moindres égards celles des instituteurs et de l'administration du fait de ses agents assumaient suffisamment ce rôle.

Largement débattu durant tout le XX^e siècle, l'élargissement des hypothèses particulières de responsabilité du fait d'autrui à un régime commun ne parut convaincre : la responsabilité générale du fait d'autrui échouait en jurisprudence (10), comme elle échoue toujours devant la Cour de cassation belge, pourtant sur le même fondement de l'article 1242, al 1^{er} (11).

Or, depuis quelques années de nouvelles hypothèses de dommages, de nouveaux risques sont apparus : dommages causés par des handicapés, mentaux ou physiques, par des délinquants, par des enfants placés en colonie de vacances, dans des clubs sportifs, chez des proches, grands-parents par exemple, qui n'entrent pas dans les perspectives particulières de l'article 1242 du Code civil.

Dès lors la seule possibilité d'engager la responsabilité des personnes qui exercent une telle autorité, centre de vacances, association de réinsertion de délinquants, etc., est fondée sur la faute, faute de surveillance notamment, qu'ils auraient commise.

Or, cette faiblesse du droit civil était patente comparée aux solutions offertes par le droit public, par exemple s'agissant de jeunes objet d'une mesure d'assistance éducative, appliquant un régime de présomption de faute, voire sans faute lorsqu'il s'agit de mineurs délinquants placés dans une institution de rééducation.

L'idée d'un régime dépassant les strictes situations prévues par les

10 Cf. Cass. civ. 2^e, 15 févr. 1956, *JCP* 1956, II, 9564, note R. Rodière.

11 Cf. Cass. civ. (Bel) 19 juin 1997, *Gaz. Pal.* 1998, 2, 580.

régimes spéciaux est alors apparue dans le sens d'un principe autonome et objectif, à partir des termes de l'article 1242, al. 1er « *les personnes dont on doit répondre* » dont la responsabilité repose sur l'autorité qui les encadre : association de réinsertion, centre éducatif, club sportif...

419. Applications et justification du mécanisme : l'arrêt *Blieck* et ses suites. – L'arrêt *Blieck* a, en 1991, consacré cette nouvelle conception (12) à propos des dommages causés par un handicapé mental encadré par un centre spécialisé dont la responsabilité était recherchée et obtenue car il avait la charge du contrôle et de l'organisation et du contrôle, à titre permanent le mode de vie de ce handicapé.

Cependant, l'arrêt *Blieck* ne fondait pas un régime « général » du fait d'autrui, fondé sur un principe de responsabilité mais, prudemment reconnaissait la mise en œuvre de ce mécanisme à partir d'un faisceau d'indices : « *l'association avait accepté la charge d'organiser et de contrôler, à titre permanent, le mode de vie de ce handicapé* », critères qui se sont rapidement généralisés, à partir du second arrêt rendu en la matière, en 1995, qui concernait la responsabilité d'une association sportive du fait des dommages commis par l'un des joueurs : « *mais attendu que les associations sportives ayant pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité de leurs membres au cours des compétitions sportives auxquelles ils participent sont responsables, au sens de l'article 1384, al.1er du Code civil, des dommages qu'ils causent à cette occasion ; et attendu que l'arrêt a relevé, que l'équipe de Varetz participait à une compétition sportive, que l'auteur du coup de pied qui a grièvement blessé le joueur est un joueur de l'équipe de Varetz* » (13).

Ce régime de responsabilité est d'abord un mécanisme de responsabilité objective et automatique, en principe et reposant sur un critère, la « garde d'autrui », terme excessif et impropre, parallèle à celui de la « garde de la chose », alors que ce n'est pas une situation de fait, la

12 Cass. ass. plén. 29 mars 1991, *Blieck*, D. 1991.324, note Ch. Larroumet, JCP 1991, II, 21673, concl. Dontenwille, note J. Ghestin « : *Le centre agréé était destiné à recevoir des personnes handicapées mentales, encadrées dans un milieu protégé, que (le handicapé) était soumis à un régime comportant une totale liberté de circulation dans la journée ; (...) d'où il résulte que l'association avait accepté la charge d'organiser et de contrôler, à titre permanent, le mode de vie de ce handicapé, la cour d'appel a décidé, à bon droit, qu'elle devait répondre de celui-ci, au sens de l'article 1384, al.1er du Code civil, et qu'elle tait tenue de réparer les dommages qu'il avait causés* », Cass. civ. 2ème, 6 juin 2002, D. 2002, 2750 note M. Huyette, JCP 2003, II, 10068, note A. Gouttenoire-Cornu et Roget

13 Cass. civ. 2ème, 22 mai 1995, 1er arrêt, *Bull. civ.* II, n°155, JCP 1995, II, 22550 note J. Mouly.

« garde » d'autrui mais une logique d'autorité juridique, décline comme la mission d'organiser, de diriger et de contrôler le mode de vie d'une personne, volontairement accepté (14).

Organiser, contrôler et diriger l'activité de ses membres, c'est le triple critère désormais déterminé par la Cour de cassation, non sans rappeler celui promu en matière de responsabilité du fait des choses (usage, contrôle et direction de la chose, contre organisation, contrôle et direction d'une activité (15).

En revanche, **le critère de permanence, identifié par l'arrêt Blicck, n'a pas été repris** : il suffit que les trois critères soient rassemblés même de façon temporaire, comme c'est le cas d'un club sportif.

Plusieurs fondements sont de nature à justifier l'existence d'un tel régime général de responsabilité du fait d'autrui. Le premier est le souci de protéger les victimes, étant entendu que les auteurs des faits générateurs sont peu solvables, enfants, handicapés, etc.

A cela s'ajoute le fait que le responsable désigné dispose fréquemment d'une assurance de responsabilité en mesure de répondre des faits des tiers. Le second tient au constat que les personnes qui répondent ainsi d'un tiers disposent d'une autorité effective sur les auteurs réels, fondée sur leur volonté de l'exercer (16) comme dans le régime de droit commun, ou par la loi dans les régimes spéciaux, et qu'ils doivent répondre de celle-ci, comme ils doivent répondre de l'activité dont ils sont chargés : il s'agit donc d'un système de responsabilité objective fondé sur la garde d'autrui, cette notion de garde d'autrui suffisant à justifier le mécanisme.

Le régime ainsi fondé peut être considéré comme un régime nouveau et, ce faisant, qui demeure dans une logique de « généralité conditionnée », dans la mesure où le régime n'est pas totalement subsidiaire, mais finalement pas davantage que la responsabilité du fait personnel par rapports à tous les régimes spéciaux, envisageable pour autant qu'une faut soit démontrée, où la responsabilité générale du fait des choses comparés aux régimes spéciaux du fait des choses, qui suppose que le critère de la garde de la chose soit rassemblé.

14 Cass. civ. 2^{ème}, 22 mai 1995, préc., Cass. civ. 2^e, 3 févr. 2000, *Bull. civ.* II, n°26.

15 Comp. Cass. civ. 2^e, 12 déc. 2002, *RTD civ.* 2003, p. 305, obs. P. Jourdain, à propos d'une association de majorettes.

16 Cf. J. Julien, *La responsabilité du fait d'autrui, Ruptures et continuités*, PUAM 2001.

Le régime connaît alors deux grandes applications, connaissant alors des régimes un peu différents, s'agissant des personnes chargées du mode de vie d'un mineur et des associations sportives.

420. Personnes chargées du mode de vie d'un mineur. – L'évolution du régime dans cette direction a été générale avec quelques réserves cependant. Ainsi, un mineur confié à un organisme chargé d'une mission d'assistance éducative emporte responsabilité de ce centre du fait des enfants qui lui sont confiés (17), de même qu'un centre pour jeunes délinquants (18), d'une personne physique chargée es qualité tel un tuteur (19), décisions fondées, à chaque sur le même critère : l'organisation, volontairement acceptée du mode de vie d'une personne avec la mission d'organiser, de diriger et de contrôler son mode de vie.

Le résultat est alors global : la responsabilité du fait des personnes ainsi prises en charge est reportée sur l'organisme ou la personne désignée pour tous les faits, même commis alors que la personne était hors du contrôle physique de l'organisme, par exemple au cours d'un séjour chez les parents du mineur (20).

En revanche, le rapport d'autorité paraît insuffisant pour fonder, par exemple, la responsabilité des grands-parents (21) chez qui les enfants sont confiés pendant les vacances dans la mesure où il s'agit d'une simple situation de fait. Peu importe alors la situation, que la garde des grands-parents soit occasionnelle ou qu'elle s'effectue depuis le plus jeune âge de l'enfant (22) et la même solution vaut pour d'autres parents, des amis, etc. De même un syndicat n'est pas responsable des fautes de ses membres, à défaut de mission d'autorité juridique sur ces membres

17 Cass. civ. 2^{ème}, 20 janv. 2000, *Bull. civ.* II, n°15, Cass. civ. 2^{ème}, 22 mai 2003, *D.* 2004, p. 1342, note P. Jourdain.

18 Cass. civ. 2^{ème}, 7 mai 2003, *Bull. civ.* II, n°129, *D.* 2003, p. 2256, note M. Huyette, Cass. crim. 26 mars 1997, *D.*1997.496 : « *détenant leur garde, il avait pour mission de contrôler et d'organiser, à titre permanent leur mode de vie et « qu'il est donc tenu au sens de l'article 1384, aller du Code civil sans qu'il y ait besoin de caractériser une faute de sa part ».*

19 Cass. crim. 28 mars 2000, *Bull. crim.*, n°140, *JCP* 2000, I, 241, n°8, obs. G. Viney, 2001, II, 10457, note C. Robaczewski. (tuteur d'un mineur), mais en revanche : Cass. civ. 2^{ème}, 25 févr. 1998, *Bull. civ.* II, n°62, *D.* 1998, p. 315, conc. R. Kessous, *JCP* 1998, II, 10149, note G. Viney (tuteur d'un majeur).

20 Cass. civ. 2^{ème}, 6 juin 2002, *Bull. civ.* II, n°120 ; Cass. civ. 2^{ème}, 7 oct. 2004, *Bull. civ.* II, n°453, *JCP* 1996, I, 132, obs. G. Viney (incendie commis au cours d'un fugue).

21 Cass. civ. 2^e, 18 sept. 1996, *Bull. civ.* I, n°217.

22 Cass. crim. 8 févr. 2005, *JCP* 2005, I, 149, obs. G. Viney.

(23).

421. Associations sportives. – Le cas des **clubs sportifs** semble cependant connaître une évolution particulière. Si le principe de la responsabilité générale du fait d'autrui leur est applicable depuis les arrêts de 1995, et ce à l'occasion de compétition, de rencontres amicales ou des entraînements (24), la question de savoir si le régime de cette responsabilité correspond aux critères généraux posés en la matière à savoir : responsabilité objective (arrêt Bertrand de 1997), responsabilité indépendamment de toute faute (arrêt Levert de 2001), et difficultés à engager une action récursoire contre l'auteur réel (arrêt Costedoat de 2000, du moins en matière de responsabilité des commettants du fait de leurs employés).

Or, la jurisprudence, par plusieurs arrêts à semblé contredire les solutions de l'arrêt Levert de 2001 en matière de responsabilité des clubs sportifs, peut-être en raison du risque particulier inhérent à l'exerce d'un sport et qui, déjà, fonde depuis longtemps la notion d'acceptation des risques en matière de responsabilité de droit commun fondée sur la faute. Précisément, des arrêts de 2003 (25) exigent au contraire la démonstration d'une faute dans le jeu. Ainsi, à propos d'un entraînement de rugby au cours duquel un joueur avait tenté d'en plaquer un autre, l'avait manqué et s'était blessé, la Cour de cassation avait censuré l'arrêt d'appel qui avait admis la responsabilité du club sportif (*in solidum* avec les assureurs) : « *en statuant ainsi, alors qu'il ressortait de ses propres constatations qu'aucune faute caractérisée par une violation des règles du jeu n'avait été commise par un joueur quelconque au cours de la phase d'entraînement durant laquelle (la victime) s'était blessée, la cour d'appel a violé le texte susvisé* » (26), marquant indubitablement une « *résurgence de la faute dans la responsabilité civile du fait d'autrui* » (27), en contradiction avec les solutions de l'arrêt *Levert*. Cette évolution

23 Cass. Civ. 2^{ème} 26 oct. 2006, *Bull. civ.* II, n°299, *JCP* 2007, I, 115, n°5, obs. Ph. Stoffel-Munck, II, 10004, note J. Mouly, *D.* 2007, p. 204, note J.-B. Lalou.

24 Cass. civ. 2^{ème}, 22 mai 1995, préc., Cass. civ. 2^{ème}, 3 févr ; 2000, *Bull. civ.* II, n°26, Cass. civ. 2^{ème}, 13 janv. 2005, *Bull. civ.* II, n°10, Cass. civ. 2^{ème}, 22 sept ; 2005, *Bull. civ.* II, n°234.

25 Cass. civ. 2^{ème}, 20 nov. 2003, *D.* 2004, 300, note G. Bouché, *JCP* 2004, II, 10017, note J. Mouly, Cass; civ. 2^{ème}, 8 avr.2003, *D.* 2004, p. 2601, note Y.-M. Sérinet, *JCP* 2004, II, 10131, note M. Imbert, (ici fondée sur la responsabilité des commettants du fait des employés), Cass. civ. 2^{ème}, 13 mai 2004, *Resp. civ. et ass.* juill.-août 2004, n° 212, Cass. civ. 2^{ème}, 21 oct. 2004, *Bull. civ.* II, n°477, *D.* 2005, p. 40 note J.-B. Laydu, *RTD civ.* 2005, p. 412, obs. P. Jourdain.

26 Cass. civ. 2^{ème}, 21 oct. 2004, préc.

27 C. Radé, *Resp. civ. ass.* juill.-août 2004, p. 6.

particulière au domaine sportif s'explique pour plusieurs raisons : il ne faudrait que les accidents sportifs finissent par contaminer l'ensemble du droit de la responsabilité du fait d'autrui, comme autrefois, les accidents de la chose automobile avaient phagocyté la responsabilité du fait des choses. Les joueurs ne sont pas nécessairement des mineurs, des durs-à-cuire ou des faibles d'esprit, à la différence des personnes que gèrent les associations de handicapés ou de délinquants. Il reste que cette casuistique nuit forcément à l'homogénéité et à l'harmonie du régime, déjà bien complexe, de la responsabilité du fait d'autrui.

422. Régime du mécanisme. – Le régime de cette responsabilité est objectif, de telle manière que seule la démonstration d'un événement de force majeure permet, lorsque le mécanisme joue, d'exonérer le responsable désigné (28). Cette objectivité est cependant seconde : ainsi la victime doit démontrer l'existence du rapport d'autorité, comme dans les hypothèses dans lesquelles une personne, un mineur, est pris en charge par une institution et, dans le cas des associations sportives, la faute de jeu.

La « garde d'autrui » peut alors être transférée ou, du moins, les critères d'un tel transfert doivent être mesurés (29) : une association chargée de la rééducation d'un mineur en liberté surveillée, ne transfère pas sa garde s'il est placé dans une famille d'accueil, ou lors d'une fugue.

B – Les régimes spéciaux de responsabilité du fait d'autrui

1 – La responsabilité des pères et mères du fait de leurs enfants mineurs

423. Responsabilité devenue objective. – Le principe de cette responsabilité est posé par l'article 1242, al. 4 C.civ. qui dispose que « *le père et la mère, en tant qu'ils exercent le droit de garde, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux... La responsabilité ci-dessus a lieu à moins que les père et mère... ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité* ».

28 Cf. par ex : Crim. 26 mars 1997, *Bull. crim.* n°124, *JCP* 1997, II, 22868, 1998, II, 10015, note M. Huyette : « *les personnes tenues de répondre du fait d'autrui au sens de l'article 1384, al. 1^{er} du Code civil, ne peuvent s'exonérer de la responsabilité de plein droit résultant de ce texte en démontrant qu'elles n'ont commis aucune faute* ».

29 Cf., Cass. crim. 10 oct. 1996, *D.* 1997, p. 309, note M. Huyette, Cass. civ. 2^e, 9 déc. 1999, *D.* 2000, 713, note Galliou-Scanvion.

Longtemps considéré comme un régime de responsabilité fondé sur une présomption de faute, faute de surveillance, faute d'éducation, ce qui était systématiquement affirmé en jurisprudence (30), ce régime de responsabilité repose sur la formule de l'article 1384, al.4 du Code civil. Son évolution est en partie liée à celle de l'autorité parentale. La loi du 4 juin 1970 rattacha la responsabilité des parents au droit de garde, « *en tant qu'ils exercent le droit de garde* » précisait l'article 1384, al. 4 jusqu'à la dernière réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002 : « *en tant qu'ils exercent l'autorité parentale* ».

Fondé sur une présomption de faute, le régime permettait aux parents de s'exonérer de leur responsabilité en démontrant qu'ils n'en avaient pas commise, ni de faute d'éducation, ni de faute de surveillance.

Depuis l'arrêt *Bertrand* de 1997 (31), cependant, ce régime de responsabilité est fondé sur une présomption de responsabilité : c'est une responsabilité objective, ce qu'avait annoncé l'arrêt *Fullenwarth* de l'assemblée plénière de 1984 (32).

424. Conditions de la responsabilité des parents. – Les conditions de la mise en œuvre de ce régime de responsabilité reposent sur l'existence d'un fait dommageable commis par un enfant mineur sous l'autorité de ses parents, fait qui aurait pu engager sa responsabilité.

Peu importe la nature de ce fait dommageable. Il peut s'agir d'une faute d'une faute même si l'enfant n'en a pas conscience (33), du fait d'une chose dont il a la garde (34), d'un enfant mineur non émancipé au jour de

30 Cf. Cass. civ. 2^e, 12 oct. 1955, *D.* 1956, p. 301, note R. Rodière.

31 Cass. civ. 2^e, 19 février 1997, *D.* 1997.265, note P. Jourdain, *JCP* 1997, II, 22848, concl. R ; Kessous, note G. Viney : « *l'arrêt ayant exactement énoncé que seule la force majeure ou la faute de la victime pouvait exonérer M. Bertrand de la responsabilité de plein droit encourue du fait des dommages causés par son fils mineur habitant avec lui, la cour d'appel n'avait pas à rechercher l'existence d'un défaut de surveillance du père* ». Cass. civ. 2^e, 2 déc. 1998, *RTD civ.* 1999, p. 410, obs. P. Jourdain (le fait de l'enfant lui-même n'est, évidemment, pas un événement de force majeure), Cass. civ. 2^e, 29 avr. 2004, *Bull. civ.* II, n°202 (faute partiellement exonératoire de la victime).

32 Cass. ass. plén. 9 mai 1994, cf. *supra*, n°371.

33 Cass. ass. plén., 9 mai 1984, (*Fullenwarth, Derguini*), préc.

34 Cass. ass. plén., 9 mai 1984 (*Gabillet*), préc. Cass. civ. 2^e, 10 mai 2001, (*Levert*) *D.* 2001, p. 2851, rapp. P. Guerder, note O. Tournafond, *JCP*, 2001, II, 10614, note J. Mouly, *RTD civ.* 2001, p. 601, obs. P. Jourdain., Cass. ass. plén. 13 déc. 2002, *D.* 2003, p. 231, note P. Jourdain, *JCP* 2003, II, 10010, note Hervio-Lelong, *Dr. famille* 2003, n°23, note J. Julien, Cass. ass. plén. 17 janv. 2003, *D.* 2003, p. 591, note P. Jourdain, arrêt rectificatif, Cass. civ. 2^e, 3 juill. 2003, *Resp. civ. et ass.* 2003, n°253.

la commission du fait (35) dont les parents assument la responsabilité en raison de leur qualité de parents (36) au sens biologique du terme, ce qui pose le problème des aléas juridiques de l'établissement du lien parental (37) et également en raison du lien d'autorité que confère l'autorité parentale sur les enfants. Leur responsabilité cesse alors en même temps que cesse leur autorité, seule la responsabilité pour faute de l'enfant, ou de celle des parents, voire sur celui de l'article 1242, al.1er du Code civil si l'enfant a été confié à une institution, pourraient alors être invoqués par la victime d'un fait de l'enfant.

En outre, la jurisprudence exigeait une **cohabitation** avec l'enfant, ce qui résulte d'ailleurs du texte de l'article 1242, al. 4 du Code civil et les parents pouvaient alors s'exonérer en prouvant l'absence de cohabitation ou l'absence de surveillance.

Depuis l'arrêt *Bertrand*, toutes ces discussions sont stériles : le seul fait de l'enfant engage la responsabilité des parents, ce qui est peut-être un peu excessif. La responsabilité devient totalement automatique, peu important la qualité de l'éducation des enfants : mais enfin, un enfant *effectivement* bien éduqué peut commettre un fait dommageable même sans faute, les parents sont assurés, il est difficile au juge de se comporter comme un sociologue ou un psychologue des familles, l'expérience montrant que les enfants difficiles se rencontrent dans les tous les milieux.

Lorsque les deux parents, légitimes ou naturels, peu importe depuis la loi de 2002, exercent l'autorité parentale, leur responsabilité est solidaire. Par ailleurs, la séparation des parents est sans incidence sur l'exercice de l'autorité parentale, sauf exception : les parents, même divorcés, sont responsables solidairement. Ici encore, la règle vérifie le fondement de l'article 1242, al.1^{er}, reposant sur l'autorité parentale, et non plus sur l'idée d'éducation ou de surveillance. Enfin, la **notion de cohabitation** qui est une des conditions relatives à l'enfant **s'entend de façon abstraite** : l'enfant dans un internat est supposé cohabiter avec ses parents (38). Si l'un des parents seulement dispose de l'autorité parentale, il supporte la responsabilité de plein droit mais le parent qui ne l'exerce pas n'est responsable, même pendant les périodes où il héberge l'enfant, que sur le fondement d'une faute de surveillance prouvée.

35 Cass. civ. 2^{ème}, 25 oct. 1989, *Bull. civ.* II, n°194.

36 Cf. Cass. civ. 2^{ème}, 25 janv. 1995, *Bull. civ.* II, n°29.

37 Cf. Cass. crim. 8 déc. 2004, *Bull. crim.* n°315, sur le caractère rétroactif de la décision d'annulation de reconnaissance d'un enfant.

38 Cass. civ. 2^{ème}, 29 mars 2001, *JCP* 2002, II, 10071, note Prigent.

D'ailleurs l'arrêt *Levert* (39) : « la responsabilité des parents n'est pas subordonnée à l'existence d'une faute de l'enfant » a renforcé cette position. Ce qui est singulier c'est que la responsabilité des parents peut être engagée du fait de leur enfant alors qu'ils n'auraient peut-être pas été responsables si on avait engagé leur responsabilité personnelle sur l'article 1240. C'est là, précisément, tout l'intérêt de ce régime alternatif offert aux victimes, en une forme de garantie : il suffit que l'enfant soit impliqué dans un dommage pour que ses parents voient leur responsabilité engagée (40).

On mesure alors en quoi la responsabilité du fait d'autrui diffère de la responsabilité *personnelle* d'un parent, que l'on peut toujours engager sur la preuve d'une faute de sa part, sans qu'alors la responsabilité de l'enfant soit nécessaire.

2 – La responsabilité des commettants du fait de leurs préposés

425. Conditions d'application. – Le principe de ce régime de responsabilité est posé par l'article 1242, al. 5 du Code civil : « les maîtres et les commettants (sont responsables) du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés ». Il s'agit d'un régime de responsabilité pour autrui très important puisqu'il couvre toutes les fautes commises par un salarié, mises à la charge de son employeur, sur le fondement de l'idée de risque : l'employeur dispose de l'autorité sur les préposés, il dispose d'un devoir de surveillance de ceux-ci et un devoir d'instruction, il est en principe solvable, il est assuré.

Il en résultait que la responsabilité du commettant était plus intense que la responsabilité des parents du fait de leurs enfants. La présomption de faute qui pèse sur le commettant était considérée comme irréfragable dès lors que la faute commise par le salarié correspondait à un acte rattachable aux fonctions du salarié : on était alors très proche d'un régime de responsabilité objective, mais en fait il suffit alors de prouver que la faute n'est pas rattachable à une fonction du salarié, ce qui

39 Cass. civ. 2ème, 10 mai 2001, *D.* 2001, p. 2851, rapp. P. Guerder, note O. Tournafond, *JCP*, 2001, II, 10614, note J. Mouly, *RTD civ.* 2001, p. 601, obs. P. Jourdain.

40 Cass. ass. plén. 13 déc. 2002, *D.* 2003, p. 231, note P. Jourdain, *JCP* 2003, II, 10010, note Hervio-Lelong, *Dr. famille* 2003, n°23, note J. Julie, Cass. ass. plén. 17 janv. 2003, *D.* 2003, p. 591, note P. Jourdain, arrêt rectificatif, Cass. civ. 2ème, 3 juill. 2003, *Resp. civ. et ass.* 2003, n°253.

constitue d'ailleurs l'une des difficultés d'application de ce régime.

426. Relation de préposition. – Il convient, d'abord, que soit identifiée une relation de commettant à préposé, c'est-à-dire que l'on identifie une relation de préposition entre deux personnes. Il s'agit le plus souvent des relations établies par un contrat de travail, mais pas seulement. Le critère à rechercher est celui d'un rapport d'autorité, qui reposait pendant longtemps sur l'existence d'un lien de subordination, que ce lien existe par nature comme en droit du travail, ou qu'il existe en fait ou de façon occasionnelle. De cette manière les règles de responsabilité sont indépendantes de celles proposées pour la définition, en droit du travail, du lien de subordination. Si l'existence d'un lien de subordination était la condition suffisante à l'existence d'un lien de préposition, elle n'en est pas la condition nécessaire dans la mesure où la relation de préposition est plus floue : celle de *l'activité pour le compte d'autrui*. Peu importe par conséquent que le préposé jouisse d'une situation supérieure à celle du commettant, que l'autorité de l'employeur ne puisse pas s'exercer pour des raisons de fait liées à l'éloignement du préposé par exemple, pour des raisons personnelles, la crainte dans les relations de famille, le fils peut être le préposé du père et réciproquement, une femme de son mari et, ici encore, réciproquement, des concubins des amis, etc. On ne distingue donc pas le *préposé permanent* et le *préposé occasionnel*. Le préposé occasionnel est la personne qui se place momentanément sous l'autorité de fait d'une autre, sans aucun support contractuel. Cette autorité est informelle : elle repose sur une *situation d'autorité*, souvent pour une opération de courte durée. Celle-ci peut résulter de rapports familiaux, amicaux ou d'affaires. Par exemple, le propriétaire d'une voiture qui confie quelques instants le volant en demeurant aux côtés du conducteur en est le commettant ; l'ami qui effectue un travail pour rendre service peut être préposé occasionnel, tout comme l'équipe de partisans d'un candidat collant des affiches électorales.

Ce peut être aussi pour des raisons juridiques. Par exemple, l'avocat salarié exerce une activité pour le compte d'autrui mais n'est pas dans un lien de subordination, comme le médecin salarié et les professions libérales exercées sous forme salariée de façon plus générale, le salarié d'une personne morale est le préposé de cette personne morale.

On peut observer en outre un transfert d'autorité, par exemple en matière de travail temporaire, de mise à disposition de personnel, de stages, etc. : en ce cas, la responsabilité se déplace sur la tête du nouveau commettant. Parfois, l'autorité est cumulée (préposé travaillant pour deux commettants : ex : berger gardant les bêtes de plusieurs propriétaires)

voire divisée (exemple de la location d'un véhicule avec chauffeur où le loueur est le commettant pour le fonctionnement technique du véhicule et le locataire pour son utilisation, un peu comme en matière de garde de la structure et du comportement de la chose).

Sur cette base, les applications sont nombreuses, même si c'est à la victime de démontrer l'existence du lien de préposition (41). C'est le cas du contrat de travail. L'employeur est le commettant du salarié. Le salarié est parfois mis par son employeur à la disposition d'un tiers. C'est principalement le cas de la location d'un véhicule avec chauffeur, des entreprises de travail intérimaire, des cabinets d'audit.... Le salarié demeure préposé mais le commettant peut changer et devenir le nouvel employeur s'il dispose du pouvoir d'instruction et de surveillance de ce préposé. Ce peut être le cas d'un contrat de mandat, bien qu'en principe le mandataire jouisse d'une certaine autonomie lorsque le mandataire s'engage à respecter les instructions du mandant sans jouir d'une véritable autonomie. C'est le cas par exemple des agents généraux d'assurance : la compagnie d'assurance est responsable de leur fait (C. ass., art. L. L. 511 -1). Ce n'est pas le cas en principe du contrat d'entreprise : l'entrepreneur, le médecin, l'avocat, concluent un tel contrat mais exécutent leur obligations en toute indépendance et n'exerce pas son activité pour le compte d'autrui.

427. Fait dommageable du préposé. – Il convient ensuite que le préposé commette un fait dommageable, c'est-à-dire que la responsabilité personnelle du préposé puisse être engagée. Cette condition appelle cependant quelques remarques qui en limitent la portée.

Le préposé ne peut pas d'abord avoir la qualité de gardien d'une chose. La jurisprudence considère que le préposé ne dirige les choses qui lui sont confiées dans l'exercice de ses fonctions qu'en exécution des instructions qu'il reçoit, et donc sans indépendance (42). **Il ne dispose donc pas de l'usage, de la direction et du contrôle de la chose**, il n'en est pas le gardien. La qualité de préposé et celle de gardien sont donc incompatibles.

Une personne conduit un véhicule d'une entreprise : c'est l'employeur qui dispose de la garde du véhicule : lorsqu'un chauffeur routier circule pour le compte de son employeur ; il utilise un outil, c'est l'employeur qui en a la garde, etc.

41 Cf. Cass. com. 24 janv. 2006, *Bull. civ.* IV, n°14, *RTD civ.* 2006, obs. P. Jourdain : la skipper n'est pas nécessairement le préposé de l'armateur.

42 Cf. Cass. civ. 2^{ème}, 1^{er} avr. 1998, *RTD civ.* 1998, p. 914, obs. P. Jourdain.

Ces responsabilités sont donc alternatives. Cette solution est cependant désuète : comment admettre en effet qu'un enfant est responsable du fait des choses qu'il utilise, transférant sa responsabilité primaire à ses parents, et qu'un salarié ne le soient pas ?

L'artifice tombe en outre devant les exemples qui se multiplient de responsabilité d'un commettant du fait de préposés qui ne sont pas des salariés et devant l'évolution des critères du contrat de travail, où le lien de subordination n'est souvent que fictif (cadres dirigeants, professions libérales exerçant leur activité sous forme salariée, etc.).

Dans ce cas, la responsabilité de l'employeur est engagée du fait de la chose dont il a la garde, mais point sur le fondement de la responsabilité du fait d'autrui, le fait de chose dont le préposé est gardien. Ce n'est pas qu'une question de simplification technique : l'employeur ne peut se retourner contre le préposé.

Le mécanisme de responsabilité échoue lorsque le préposé cause un dommage à un client de son commettant par le fait même de la mauvaise exécution d'un contrat : un manutentionnaire fait tomber un colis d'un client de son employeur par exemple, le comptable qui commet une erreur dans les compte d'un client. En ce cas, en effet, c'est la responsabilité contractuelle de l'employeur, en tant qu'il est un contractant, à l'égard de son cocontractant qui s'appliquent, un système de responsabilité contractuelle du fait d'autrui.

Le fait dommageable de l'employé susceptible d'engager l'employeur est donc un **fait illicite**, exigence qui n'est pas expressément posée par la jurisprudence mais qui se déduit de l'ensemble des décisions.

428. Fait dommageable rattaché aux fonctions du préposé. – Il convient, enfin, que l'acte dommageable commis par le préposé puisse être rattaché à ses fonctions. Lorsque la faute est effectuée dans le cadre des fonctions du préposé et dans l'exécution stricte de son travail : il n'y a aucun doute, la responsabilité pèse sur le commettant (43).

Inversement, les fautes commises par un salarié en dehors de son travail ou sans aucun rapport avec les fonctions du salarié sont, sans conteste, impossibles à rattacher à la responsabilité du commettant : c'est le cas de la plupart des délits et crimes majeurs : vol, coups et blessures, meurtre,

43 Cf. Cass. crim. 5 mars 1992, *Bull. crim.* N°101.

peu important qu'ils se soient déroulés dans les lieux de travail (44).

La question est plus complexe lorsque la faute est commise pendant l'exercice des fonctions ou à l'occasion des fonctions du préposé : le vol concerne un client de l'employeur, ou lorsque les coups sont donnés avec un outil ou une arme appartenant au commettant. C'est le cas aussi d'actes réalisés en fonction mais alors que la victime savait qu'il n'était pas effectué dans l'intérêt du commettant : détournements de fonds, cas de l'employé d'une société de gardiennage qui est chargé de la surveillance d'un entrepôt et qui dévalise celui-ci ou qui l'incendie, le chauffeur routier qui utilise un véhicule à des fins personnelles.

429. L'abus de fonction. – La question pose alors beaucoup de difficulté dans des situations où l'acte se situe à la limite entre des fonctions attribuées au préposé, on parle « *d'abus de fonction* », notion que la jurisprudence a eu à trancher, difficilement.

Les difficultés tiennent au fait que le préposé n'est pas sous la garde permanente de l'employeur mais uniquement pendant les périodes de travail et l'employeur n'assumera que les fautes commises pendant cette période et pour autant que la faute est commise dans l'exercice de sa fonction par le préposé, ce qui pose problème de la délimitation des « fonctions » et de ce qui est « hors fonction » et qui a donné lieu à une jurisprudence complexe.

Deux conceptions s'opposent. Une conception large de la responsabilité du commettant retient la **responsabilité du commettant chaque fois que le préposé agit « à l'occasion » de ses fonctions**, grâce à des moyens qu'il n'aurait pas eus sans lesdites fonctions : c'est l'activité du commettant qui a été à l'origine de l'abus de fonction. L'activité comporte donc en elle-même le risque d'abus. Inversement, l'abus de fonction est alors apprécié de façon stricte, ce qui est favorable à la victime.

Une conception étroite de la responsabilité du commettant ne retient la responsabilité du commettant que lorsque l'employé s'est soustrait à son autorité, ce qui suppose une conception large de la notion d'abus de fonction, solution peu favorable à la victime qui devra se contenter d'une action contre le préposé.

Longtemps, la chambre criminelle de la Cour de cassation consacrait la

44 Cf. Cass. civ. 3^{ème}, 6 févr. 2003, *Bull. civ.* II, n°28.

conception large et les chambres civiles retenaient la conception étroite.

Plusieurs arrêts des chambres réunies et de l'Assemblée plénière (cinq en 28 ans !) ont retenu la conception étroite (45) sans résultat de la part de la chambre criminelle.

Dans les années 1980, cette controverse a repris, pour consacrer à nouveau la conception étroite du côté de l'assemblée plénière ce que la doctrine a tendance à critiquer (comme la chambre commerciale) en raison de l'inconvénient qu'elle emporte pour la victime, de sorte que cette controverse n'est sans doute pas close.

La question est particulièrement technique : elle repose sur l'appréciation des conditions : le préposé a agi hors de ses fonctions, abus de fonction réalisé sans autorisation, le préposé a agi à des fins étrangères à ses attributions. Toute l'évolution de la jurisprudence correspond à la validation de ces trois conditions et à leur appréciation : plus ces conditions sont envisagées de façon stricte et plus on se rapproche de la conception restrictive, rejetée par la Chambre criminelle.

430. Evolution de la jurisprudence française en matière d'abus de fonction sous forme de Vaudeville. – Feuilleton ou Vaudeville comme on préférera, l'évolution jurisprudentielle en la matière a duré près de trente ans.

Prologue. La jurisprudence retenait au départ une solution favorable à la victime par une conception large de la notion de fonctions du préposé, même si l'acte dommageable sortait objectivement du cadre de celles-ci, il suffisait que le commettant ait facilité la commission de cet acte (exemple de l'accident commis par un employé pendant ses vacances, mais avec le véhicule de l'entreprise).

Acte I. Scène 1. La deuxième chambre civile a ensuite proposé une solution plus restrictive, contrairement à la chambre criminelle. Ainsi, dans une affaire où un chauffeur d'une entreprise avait emprunté un camion à des fins personnelles et commis un dommage à cette occasion, la Cour de cassation décida d'écarter la responsabilité du commettant au motif que « lorsque l'acte dommageable a trouvé sa source dans un abus de fonction de la part du préposé, ledit abus supposant

45 depuis fort longtemps : Cass. ch. réunies, 9 mars 1960, *D.* 1960.329, note R. Savatier, cass. ass. plén. 10 juin 1977, *D.* 1977.465, note C. Larroumet, *JCP* 1977, II, 18730.

nécessairement que cet acte est étranger à la fonction » (46).

Scène 2. Peu importe pour la Chambre criminelle de la Cour de cassation.

Scène 3. En 1960, un arrêt des Chambres réunies (47) tenta de concilier ces positions. Il s'agissait à nouveau d'un ouvrier ayant emprunté un véhicule de l'entreprise puis causé un dommage et la Cour décida de s'en tenir la solution des chambres civiles, retenant donc la solution restrictive, le seul lien entre le dommage et les fonctions de l'ouvrier étant que comme employé il avait la faculté d'accéder au hangar à véhicule.

Acte II. Scène 1. La Chambre criminelle de la Cour de cassation continue d'utiliser sa jurisprudence, ignorant la solution des Chambres réunies.

Scène 2. L'assemblée plénière, en 1977 revenait à nouveau sur cette solution. Il s'agissait toujours de l'hypothèse de l'usage abusif d'un véhicule : *« le commettant n'est pas responsable du dommage causé par le préposé qui utilise, sans autorisation, à des fins personnelles, le véhicule à lui confié pour l'exercice de ses fonctions » (48).*

Scène 3. En 1983, nouvel arrêt de l'Assemblée plénière. Il s'agissait d'un chauffeur livreur de fuel qui, désireux de ne pas être surpris en train de voler avait déversé son chargement dans un champ en polluant les sources alimentant en eau un village voisin : *« les dispositions de l'article 1384, al 5 du Code civil ne s'appliquent pas au commettant en cas de dommages causés par le préposé qui, agissant sans autorisation à des fins étrangères à ses attributions, s'est placé hors des fonctions auxquelles il était employé » (49).*

Scène 4. Nouvel arrêt, toujours de l'Assemblée plénière, en 1985. Le salarié d'une société de surveillance avait volontairement allumé un incendie dans le local qu'il était chargé de surveiller, afin d'attirer l'attention de son employeur sur l'insuffisance des moyens de sécurité : *« ayant souverainement retenu que le préposé avait agi de façon délibérée, quels que fussent ses mobiles, à l'encontre de l'objet de sa mission, à des fins contraires à ses attributions, la juridiction en a*

46 Cass. civ. 2ème, 14 juin 1957, *D.* 1958.53, note R. Savatier.

47 Cass. ch. réunies, 9 mars 1960, *D.* 1960.329, note R. Savatier.

48 *D.* 1977.465, note C. Larroumet, *JCP* 1977, II, 18730.

49 Cass. ass. Plén. 17 juin 1983, *JCP* 1983, II, 20120, note F. Chabas, *RTD civ.* 1983, p. 749, obs. G. Durry, *Grands arrêts*, n°142.

justement déduit qu'il s'était placé en dehors des fonctions auxquelles il était employé » (50). La conception restrictive se durcit donc un peu dans la mesure où il convient que deux conditions soient réunies pour identifier un abus de fonction : l'absence d'autorisation, et l'exercice d'une activité étrangère à ses attributions (avant 1985, certains estimaient que la formule de l'arrêt de 1983 exigeait trois conditions, les deux déjà citées et le dépassement d'objectifs de ses fonctions).

Scène 5. Cette avalanche de décisions de la plus haute formation judiciaire française n'a pourtant pas réussi à convaincre la chambre criminelle de sorte que l'assemblée plénière s'est à nouveau réunie en 1988. Un agent d'assurance avait détourné des fonds qu'il obtenait en prospectant pour le compte de son employeur : « *le commettant ne s'exonère de sa responsabilité que si son proposé a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation, et a des fins étrangères à ses attributions* » exigeant donc trois conditions cumulatives pour admettre un abus de fonction (51), rendant très difficile l'hypothèse de la démonstration de la l'abus de fonction (52).

Epilogue (?). Depuis, et malgré la soumission de la chambre criminelle (53) la jurisprudence développe également l'idée de l'apparence : les clients d'une banque peuvent engager la responsabilité d'une banque, employeur d'un préposé qui a détourné de fonds de ses clients, alors que ces derniers pouvaient légitimement croire que le préposé agissait dans l'exercice de ses fonctions (54).

431. Régime de la responsabilité des commettants. – Le commettant engage sa responsabilité du seul fait que les conditions sont remplies, par un mécanisme de responsabilité qui ressemble à un régime de responsabilité objective, mais qui est en réalité plus complexe. Il ne peut naturellement pas s'exonérer en invoquant la faute d'un tiers qui serait le préposé.

50 Cass. ass. Plén, 15 nov. 1985, *D.* 1986.81, note J.-L. Aubert, *JCP* 1986, II, 20568, note G. Viney.

51 Cass. ass. plén. 19 mai 1988, *D.* 1988.513, note Ch. Larroumet, *RTD civ.* 1989, p. 89, obs. P. Jourdain.

52 Mais possible : Cass. civ. 2^{ème}, 3 juin 2004, *Bull. civ.* II, n°275, *JCP* 2005, I, 132, n°5, obs. G. Viney, *RTD civ.* 2004, p. 742, obs. P. Jourdain.

53 Cf. Cass. crim., 19 févr. 2003, *Bull. crim.*, n°43 (le passage en contrebande de cigarettes avec le camion de l'employeur s'effectue à des fins étragères aux attributions du salarié, sans autorisation, mais n'est pas hors fonction).

54 Cass. civ. 2^{ème}, 29 mai 1996, *Bull. civ.* II, n°118.

Les effets de ce régime de responsabilité étaient complexes : la victime pouvait agir soit contre l'employeur seul, sur le fondement de l'article 1242, al. 5 soit contre le préposé seul, soit contre les deux, *in solidum*.

Le commettant pouvait alors exercer une action récursoire contre le préposé.

Depuis l'arrêt *Costedoat* cependant (55), la jurisprudence limite cette hypothèse « *un préposé qui agit ses excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers* ». C'est le système du « tout ou rien » ou bien le préposé est responsable parce qu'il a commis un abus de fonction, et point le commettant, ou bien il est demeuré dans ses fonctions et c'est la responsabilité du commettant, point celle du préposé qui est engagée, ce dernier bénéficiant alors d'une singulière immunité.

Un arrêt postérieur, l'arrêt *Cousin* du 14 déc. 2001 (56) a cependant limité la portée de l'arrêt *Costedoat* en considérant que le préposé condamné pour une faute pénale pouvait voir sa responsabilité engagée, même si cela avait effectué sur l'ordre du commettant, voir su la base d'une faute intentionnelle (57).

3 – La responsabilité des artisans du fait de leurs apprentis

432. Comme des parents. – Ce régime de responsabilité était tout à la fois rapproché de la responsabilité des instituteurs, jusqu'en 1937 où la présomption de faute des instituteurs a été supprimée, et des parents. Héritée d'une conception paternaliste de l'emploi dans les petites entreprises artisanales, la responsabilité des artisans à l'égard des dommages provoqués par le fait de leurs apprentis est prévue par l'article 1384, al.6 du Code civil qui dispose que « *les artisans sont responsables du dommage causé par leurs... apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance... La responsabilité est engagée... à moins que... les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité* ». Le régime de la responsabilité des artisans est très voisin de celui de la responsabilité des parents (la seule différence étant que l'apprenti n'est pas toujours un mineur), à tel point que les auteurs considèrent que la solution de l'arrêt *Bertrand* doit pouvoir s'appliquer à ce régime.

55 Cass. ass. plén. 25 févr. 2000, *D.* 2000, p. 673, note Ph. Brun, *JCP* 2000, II, 10295, note M. Billiau.

56 Cass. ass. plén., 14 déc. 2001, *D.* 2002, 1230, note J. Julien.

57 Cass. crim. 28 mars 2006, *Bull. crim.* 2006, *RTD civ.* 2007, p. 135, obs. P. Jourdain.

4 – La responsabilité de l'administration du fait de ses agents

433. Responsabilité administrative, mais... – La responsabilité de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics relève des règles du droit administratif. Il reste cependant que l'Etat peut engager sa responsabilité civile, devant les juridictions de l'ordre judiciaire, en tant que personne morale dans certaines situations.

Le premier cas concerne les « voies de fait » : ce sont des situations dans lesquelles l'administration a agi de manière tellement évidente en dehors de ses attributions que son action est dénaturée et qu'elle doit être traitée comme un simple particulier par le juge judiciaire, lorsqu'elle a accompli des agissements matériels portant gravement atteinte à une liberté fondamentale ou à la propriété privée, ou bien parce l'administration manque de droit ou excèdent les siens, ou bien par manque de procédure (exécution forcée d'une décision illégale). Aujourd'hui, cette catégorie est en voie de réduction, voire de disparition, du fait de l'institution du référé administratif depuis la loi du 30 juin 2000. Le second cas concerne la notion d'« emprise irrégulière », c'est-à-dire la dépossession d'un particulier de sa propriété immobilière.

En outre, l'administration peut voir sa responsabilité engagée du fait de ses agents. L'originalité de ces régimes repose sur le fait qu'ici, l'administration, l'état, se substitue à l'agent et ne peut se retourner contre celui-ci.

Les règles du droit administratif ont permis d'envisager plusieurs cas le dernier ressemblant au régime de la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés. Les fautes de service d'un fonctionnaire n'engagent pas sa responsabilité personnelle, mais seulement celle de l'Administration. Peu importe alors que la faute soit aussi pénalement qualifiée. Par exemple, est une faute de service l'accident commis, durant le service, même si la faute est également considérée comme un homicide involontaire. Les fautes personnelles, dites détachables du service soit en raison d'une intention malveillante, soit d'une gravité exceptionnelle, engagent la seule responsabilité personnelle du fonctionnaire (devant les tribunaux judiciaires) et non celle de l'Administration (ex : usage d'une véhicule pour son usage personnel). Cependant, certaines fautes engagent la responsabilité de l'Administration et celle de l'agent, qu'on appelle fautes personnelles commises en service, commise dans le service à l'occasion de ce dernier ou avec les moyens du service. Il s'agit alors d'une responsabilité pour autrui de garantie et l'Administration dispose d'un recours contre son agent, à moins que la faute soit une faute d'une

exceptionnelle gravité (ex : accident de service commis en état d'ébriété, etc.).

434. Responsabilité des enseignants et éducateurs du fait de leurs élèves. – L'article 1242 du Code civil *in fine* accueille un régime de responsabilité nettement distinct des autres : il s'agit de la responsabilité des enseignants (tous les professeurs sauf ceux de l'enseignement supérieur) à l'égard des dommages causés par leurs élèves pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance.

Le Code civil prévoyait à l'origine une présomption de faute des instituteurs qui pouvaient s'en exonérer en rapportant la preuve du défaut de faute dans la surveillance de l'enfant auteur du dommage. A la suite de la ruine de l'instituteur Leblanc dont la responsabilité avait été mise en œuvre, une loi du 10 décembre 1899 a substitué la responsabilité de l'Etat à celle de l'instituteur de l'Enseignement public.

Puis une loi du 5 avril 1937 a rendu plus difficile la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat, par la suppression de la présomption de faute et la transformation de ce régime en un régime de responsabilité pour faute prouvée, comme en matière de responsabilité du fait personnel. Une réforme surviendra-t-elle ? En 1937, la réforme avait été justifiée pour créer une harmonie entre le régime de la réparation des dommages commis par l'élève, alors reposant sur sa seule faute, et ceux commis par l'enseignant, alors fondé sur une présomption de faute. Aujourd'hui, cette harmonie est rompue : l'élève peut engager sa responsabilité sans faute et les parents sont également responsables sans faute, du fait de leur enfant scolarisé.

Est instituteur, au sens de l'article 1384 du Code civil, toute personne qui donne un enseignement d'un art ou d'une science, à titre onéreux ou à titre gratuit (instituteur, professeurs des écoles ou des lycées, garderie, colonie de vacances, professeur de musique, centre d'éducation, avant 1991 car il peut être plus intéressant d'engager la responsabilité du centre sur le fondement de l'article 1384, al. 1^{er}, etc.).

Le critère est l'existence d'une surveillance de l'élève, ce qui justifie que les professeurs des universités ne soient pas responsables (ouf !) du fait de leurs étudiants, auditeurs et point élèves en ce sens qu'ils ne sont pas chargés de leur plus ou moins bonne conduite (sauf peut-être pendant la surveillance des examens)

La faute de l'« instituteur » doit être prouvée : elle n'est pas présumée,

même si la jurisprudence l'identifie aisément, qu'il s'agisse d'une faute dans la surveillance ou de l'absence de surveillance. Ainsi, relève de la faute de l'instituteur, le fait de laisser se produire des jeux dangereux (balançoire constituée d'un simple pneu accrochée à une corde, les batailles de boules de neige, le lancer de boulettes de papier) ou de laisser dégénérer des jeux innocents. Sont en revanche hors champ de la faute, le fait de jouer aux gendarmes et aux voleurs, à la pêche à la ligne (affaire où un enfant s'était noyé), de jouer à saute-mouton et donc sans doute à la marelle, voire à la corde à sauter, jeu dangereux s'il en est, au foot, au rugby (dans le cadre de cours d'éducation sportive), pour autant, là encore qu'ils ne dégénèrent pas et soient suffisamment surveillés.

La **substitution** de l'état s'opère alors, pour tous les dommages causés par les élèves ou subis par ceux-ci, qu'il s'agisse d'écoles publiques ou privées sous contrat. En revanche, la notion d'instituteur est plus restrictive, elle n'est pas, ici, retenue pour les directeurs de colonie de vacances par exemple (mais les règles de responsabilité des parents, voire de la colonie sur le fondement de l'article 1384, al. 1^{er} prennent le relais).

CHAPITRE 3. – L’EFFET JURIDIQUE DE LA RESPONSABILITE : L’OBLIGATION DE REPARATION

435. Le long chemin vers l’obligation de réparation. – Tous les mécanismes du droit de la responsabilité, et n’ont été examinés ici que les principaux, tendent à identifier une obligation de réparation, ou d’indemnisation, ou de compensation, selon les régimes. C’est l’aboutissement du mécanisme, sa raison d’être, en application de deux principes ou de deux droits fondamentaux, celui d’obtenir réparation et celui d’obtenir une réparation intégrale du préjudice. La logique passe alors par une **action en réparation** aboutissant à une créance de réparation contre un auteur ou un responsable ou un simple débiteur provisoire, aboutissant à des logiques de recours.

Long chemin, alors, pour la victime, qui connaît cependant quelques raccourcis.

Les lois les plus récentes envisagent en effet des techniques permettant d’une part d’accélérer les procédures d’indemnisation et de les sécuriser. L’accélération prend généralement la forme d’une assurance, éventuellement obligatoire, et l’obligation pour l’assureur de proposer une transaction, comme dans le cas de la loi du 5 juillet 1985.

La contrepartie de la rapidité repose souvent sur une moindre indemnisation, qui emporte elle-même une contestation des transactions qui, pour être valables supposent des concessions réciproques. Par exemple, une transaction indique qu’elle couvre l’intégralité du préjudice subi par la victime et interdit tout recours, mais l’état de la victime s’aggrave : les tribunaux n’hésitent alors pas à annuler une telle transaction, soit pour erreur sur l’objet de la transaction (58) soit pour absence de concessions réciproques.

En outre, le mécanisme assurantiel, même imposé, n’est pas, paradoxalement, une assurance tout risque, loin s’en faut. D’une part, bien des situations d’assurance obligatoire ne sont pas respectées et surtout, le mécanisme assurantiel ne fonctionne pas en présence d’une faute intentionnelle de l’assuré. L’institution des fonds de garantie ou d’indemnisation (59) : Fonds de garantie automobile, Fonds

58 Cass. civ. 1^{ère}, 8 mars 1966, *JCP* 1966, II, 14664, concl. R. Lindon.

59 Ph. Casson, *Les fonds de garantie*, LGDJ, 2001.

d'indemnisation des victimes d'infractions et d'acte de terrorisme, avec ses procédures particulières d'indemnisation devant des Commissions d'indemnisation des victimes d'infractions (CIVI), l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM) en matière de responsabilité médicale avec une procédure proche de la précédente devant des Commissions régionales de conciliation et d'indemnisation (CRCI), etc., assure une prise en charge d'une dette de réparation dans ces conditions extraordinaires. En effet, ils pallient l'absence de responsable par exemple en cas de dommage lié à un aléa thérapeutique ou de dommage lié à une infraction sans que l'auteur ait été identifié, à l'absence de d'assurance ou à l'insolvabilité du débiteur.

436. L'action en réparation. – L'action en réparation est engagée, en principe entre la victime et l'auteur du fait dommageable, situation simple assez rare en pratique.

Du côté de la victime, il peut s'agir en effet de ses héritiers qui recueillent l'intégralité du droit à réparation y compris les droits nés de l'atteinte à un droit extrapatrimonial de la victime (60), de son représentant, des victimes par ricochet, d'un groupement organisé en raison de la multiplicité des dommages identiques, ou des organismes subrogés dans les droits de la victime, ses assureurs de dommage, notamment ou un organisme de sécurité sociale, l'éventuel cessionnaire du droit à agir. Du côté de l'auteur des faits, il peut s'agir là encore de ses héritiers, de l'assureur du responsable contre lequel la victime dispose, du fait de l'application des mécanismes de stipulation pour autrui, d'un droit direct, ou un fonds d'indemnisation ou de garantie.

L'action est en principe menée devant les juridictions civiles. Toutefois, lorsque le dommage est le résultat d'un fait qui est en outre susceptible d'une qualification pénale, ce qui est très fréquent, au prix même d'une certaine déformation des règles pénales au secours des victimes civiles, l'action peut être portée devant un juge civil ou devant un juge pénal à travers l'exercice l'action civile (C. pén., art. 2), qui s'exerce par une « constitution de partie civile » souvent concomitante avec une plainte mais qui peut intervenir après le déclenchement de l'action publique (61). L'option n'est cependant pas neutre. Suivant l'adage en effet, *le criminel tient le civil en l'état* ce dont on tire tout une série de conséquences. Ainsi

60 Cass. ch. mixte, 30 avr. 1976, *RTD civ.* 1976, p. 556, obs. G. Durry. Comp. Pour une personne morale absorbée dans le cadre d'une opération de fusion : Cass. crim. 2 avr. 1998, *Bull. crim.* n°132.

61 Ph. Bonfils, *L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution*, PUAM 2001.

l'action civile de l'article 2 du Code pénal est impossible lorsque l'action publique est prescrite par exemple ou lorsqu'elle est impossible, comme pour l'action publique devant la Cour de justice de la République. De même, le choix d'une action civile détachée de l'action publique et portée devant un juge civil impose à ce dernier de surseoir à statuer tant que le juge pénal ne s'est pas prononcé. Dès lors s'impose le principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil, principe de portée relative cependant, alors qu'il était, avant la loi du 10 juillet 2000 (not. C. pén., art. 121-3 et C. pr. Pén., art. 4-1) plus important : il reposait en effet sur le principe de l'identité des fautes pénales et civiles (62). Ainsi, la condamnation pénale de l'auteur emporte la simple possibilité de condamnation civile. Par exemple la reconnaissance d'une faute pénale volontaire n'emporte pas nécessairement qualification, au civil, d'une faute intentionnelle, solution importante au regard de l'action contre l'assureur de responsabilité (63). Inversement, la décision de non condamnation, relaxe ou acquittement, n'est pas synonyme de non faute civile : le juge civil peut en effet identifier une faute d'imprudence ou de négligence par exemple et surtout imputer un cas de responsabilité objective.

437. La créance de réparation. – L'obligation de réparation est le résultat attendu par l'exercice de l'action en responsabilité. L'objectif est de tenter de replacer la victime dans l'état où elle se trouvait avant le dommage ou plus exactement, dans l'état où elle se serait trouvée si le dommage n'avait pas eu lieu, formule qui illustre la fiction juridique qu'entretient le mécanisme de réparation, un peu comme en matière d'annulation d'un contrat.

Il peut s'agir d'une réparation en nature qui peut consister par exemple en une injonction, la cessation du trouble illicite par exemple, comme en matière de concurrence déloyale, en la restitution d'un bien ou la restauration d'une personne dans ses droits, voire une certaine publicité donnée à la sanction, via la publication de la décision dans des journaux ou encore dans l'injonction faite de procéder à des actes particuliers nécessaires à la réparation d'un dommage (en matière de troubles du voisinage par exemple).

Il peut s'agir, surtout, d'une réparation par équivalent, c'est-à-dire par l'allocation d'une somme d'argent, des dommages et intérêts susceptibles de réparer le dommage, et afin, en cas de préjudice matériel, pour

62 Cass. civ. 19 déc. 1912, S. 1914, 1, 249, note R.-L. Morel. Adde A. Pirovano, *Faute civile et faute pénale*, LGDJ 1966.

63 Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 2003, *Bull. civ. I*, n°125.

permettre à la victime d'obtenir un bien équivalent, de dommage corporel ou de dommage moral.

438. Principe de réparation intégrale du préjudice. – Le principe en la matière est celui de la réparation intégrale du préjudice subi. L'obligation de réparation ne dépend donc pas de la gravité de la faute mais de la seule importance du préjudice et la victime ne doit, en principe tirer ni perte ni profit de la réparation. Tous les préjudices invoqués, et prouvés, par la victime doivent donc être réparés.

L'application de ce principe pose alors bien des difficultés pratiques. En cas de dommage consistant en la perte d'un bien, la réparation doit permettre d'assurer le remplacement ou la réparation du bien. La question, traditionnellement invoquée par les assureurs de l'application d'un coefficient de vétusté est généralement sans intérêt : seule l'objectif de remise en état ou de remplacement est pris en compte, ce qui, intrinsèquement, intègre la valeur et l'état de la chose au moment de sa perte (64). De la même manière, la réparation des dommages corporels imposent la prise en compte de l'intégralité de celui-ci et dans toutes ses conséquences (aides ménagères, aménagement d'un appartement, etc.).

439. Prise en compte des comportements : obligations de minimiser le dommage et dommages punitifs. – Beaucoup plus discuté est le caractère globalement statique de l'appréciation du principe de réparation intégrale.

Ainsi la Cour de cassation, au nom de ce principe estime-t-elle que la victime ne supporte pas d'obligation de minimiser son dommage (65), ce qui signifie qu'aucune forme de coopération, même abstraite, entre l'auteur du dommage et la victime, n'est considérée. Or, l'environnement juridique montre qu'il en est autrement, par exemple dans des instruments internationaux, comme les Principes Unidroit relatifs aux contrats internationaux (art. 7-1-8), ou la Convention de Vienne sur la Vente internationale de Marchandises (CVIM, art. 77) il est vrai en matière contractuelle. Le rejet de cette solution, en 2003, ne tarit d'ailleurs pas le débat (66), quoique sans changement notable, au

64 Cass. civ. 2^{ème}, 5 juill. 2001, *Bull. civ.* II, n°135, Cass. civ. 2^{ème}, 23 janv. 2003, *Bull. civ.* n°20.

65 Cass. civ. 2^{ème}, 19 juin 2003, *Bull. civ.* II, n°203 et *supra*, n°278.

66 Cass. civ. 2^{ème} 22 janv. 2003, D. 2003, p. 1114, note R. Loir, RTDciv. 2003, p. 334, obs. P. Jourdain.

contraire (67), l'avant projet de loi de 2017 ne comprenant d'ailleurs aucune précision en ce sens, ni en matière contractuelle ni en matière délictuelle.

A l'inverse, le comportement de l'auteur n'est guère pris en compte sinon de manière intuitive par le juge, par exemple parce que le juge sait que les dommages seront pris en compte par un assureur (et, inversement, incitant à minimiser la créance de réparation en son absence).

Or, le **caractère de peine privée de la réparation** n'est plus à démontrer, soit pour des raisons morales soit pour des raisons économiques (68). Ainsi, les dommages et intérêts punitifs ou dommages et intérêts exemplaires sont une technique permettant de sanctionner un comportement particulièrement grave en intégrant, mais de manière ouverte et transparente, la fonction de rétribution que la responsabilité civile peut assumer. Outre la saine distinction que cette technique permettrait d'entretenir avec le droit pénal (cf. supra, n°346), les dommages et intérêts punitifs peuvent être envisagés de deux manières.

Une première conception, morale, envisage la fonction de rétribution, de peine privée, de la réparation. Une seconde conception, tirée de l'analyse économique du droit dissocie cependant cette fonction en envisage les dommages et intérêts exemplaires essentiellement comme un moyen de prévention, c'est-à-dire d'incitation à la prévention. Ainsi en est-il de l'hypothèse d'une faute lourde, d'une faute inexcusable ou d'une faute dolosive, intentionnelle. Tout spécialement dans ce dernier cas, l'auteur du dommage a voulu, souhaité, prémédité même, le dommage.

Or le dommage subi par la victime n'intègre pas ce vœu, cette préméditation, voire cette jouissance dans l'action de l'auteur, que seuls des dommages et intérêts exemplaires peuvent compenser. De manière

67 Cass. civ. 2^{ème}, 25 oct. 2012, D ; 2013, p. 415, note A. Guégan-Lécuyer, Cass. civ. 1^{ère}, 15 janv. 2015, D. 2015, p. 1075, note Th. Gisclard, Cass. civ. 2^{ème}, 26 mars 2015, RCA 2015, n°172.

68 Cf. G. Maitre, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, LGDJ, 2004, C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, Dalloz, 2005, S. Carval, *La responsabilité civile dans sa dimension de peine privée*, LGDJ, 1995 ; J.-L. Baudouin, « Les dommages-intérêts punitifs : un exemple d'emprunt réussi à la *Common Law* », *Mélanges Ph. Malinvaud*, 2007, p. 1, G. Decocq, la sanction adéquate en droit des affaires, Cah. dr.ent. 2017, dossier n°19.

voisine, on isole également les « fautes lucratives » (69) spécialement en droit des affaires. Ainsi en est-il de certains actes de concurrence déloyale qui créent un dommage minime voire indécélable pour la victime mais un profit considérable pour l'auteur de cet acte de concurrence déloyale. Seuls des dommages et intérêts exemplaires, à la hauteur du profit retiré, dans le même esprit que précédemment, mais ici valorisés, permettent de sanctionner véritablement la faute. La dimension du principe de réparation intégrale du préjudice en sort modifié, tout comme les fonctions de la responsabilité civile, mais au bénéfice d'un droit de la responsabilité beaucoup plus efficace.

De manière plus contemporaine, la question se présente sous la forme d'une **amende civile**. Inaugurée en droit de la concurrence (C.com. ancien art.L. 442-6, III, art. L. 442-4) permettant d'ajouter à la réparation du dommage, la répétition de l'indu, et le paiement d'une amende civile pouvant aller jusqu'à 5% du chiffre d'affaires réalisé par l'auteur du dommage ou de 5 millions d'euros.

L'avant projet de loi de 2017 contient ainsi un article 1266-1 qui dispose que : « *en matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie, le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile. Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur et aux profits qu'il en aura retirés. L'amende ne peut être supérieure au décuple du montant du profit réalisé. Si le responsable est une personne morale, l'amende peut être portée à 5% du chiffre d'affaires hors taxe le plus élevé réalisé en France au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédent celui au cours duquel la faute a été commise. Cette amende est affectée au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au trésor public. Elle n'est pas assurable* ».

440. Date d'appréciation du dommage. – A quel moment apprécier la date d'évaluation du préjudice ? Deux dates peuvent être envisagées. Il peut s'agir de la date du jour du jugement qui reconnaît l'existence du droit à réparation.

Dans cette hypothèse, il en résulte que le jugement est *constitutif* du droit à réparation. En ce sens les dommages et intérêts ne courent qu'à compter

69 Cf. D. Fasquelle, « L'existence de fautes lucratives en droit français, in Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage », *Les petites affiches*, 20, nov. 2002.

du jugement. Il peut également s'agir du jour où le dommage s'est produit, le jugement serait simplement *déclaratif* du droit à réparation, et non au jour de la réalisation du dommage. Les règles en la matière sont hésitantes, même si les solutions penchent en faveur des deux en même temps : le jugement est constitutif s'agissant de l'existence de l'obligation de réparation qui naît du jugement mais déclaratif s'agissant de son expression, c'est-à-dire de l'évaluation du montant de la réparation. Il en résulte que l'obligation de réparation est une dette de valeur ; qu'elle est cessible, même avant le jugement ; que les héritiers peuvent agir si la victime décède avant le jugement ; que la prescription court à compter de cette date ; mais que les dommages et intérêts moratoires ne courent qu'à compter de la décision.

Le calcul de la dette de réparation pose alors un certain nombre de difficultés. Ainsi, les variations du dommage entre le jour de réalisation du dommage et le jour du jugement sont directement prises en compte par le jugement, mais les variations survenues après le jugement sont plus complexes. L'atténuation du dommage ne peut donner lieu à révision, à l'inverse de l'accroissement de la valeur du dommage et une indemnité supplémentaire peut être obtenue (70), de même que l'apparition d'un nouveau chef de préjudice justifie une nouvelle action (71).

70 Cf. Cass. civ. 2^{ème}, 12 oct. 2000, *Bull. civ.* II, n°141.

71 Cass. civ. 2^{ème}, 19 févr. 2004, *RTD civ.* 2005, p. 147, obs. P. Jourdain.