

Les critères de l'abus de fonctions du préposé en droit français / Ahmad el-Ayoubi. — Extrait de : Revue juridique de l'USEK. — N° 6 (1998), pp. 57-75.

Notes au bas des pages.

I. Droit — France. II. droit civil — Codes. III. droit civil — Jurisprudence. IV. Responsabilité civile — France.

PER L1311 / FD63043P

LES CRITÈRES DE L'ABUS DE FONCTIONS DU PRÉPOSÉ EN DROIT FRANÇAIS

PAR

Ahmad EL-AYOUBI
DEA Droit Privé

INTRODUCTION

La responsabilité du commettant du fait de son préposé est prévue à l'article 1384 alinéa 5 du Code civil qui dispose: "Les maîtres et les commettants (sont responsables), du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés".

L'application de ce texte suppose que la victime établisse un rapport entre les fonctions auxquelles le préposé était employé et le fait dommageable.¹

-
- 1) - BENABENT (Alain): "*Droit civil, les obligations*", 5^{ème} édition, Montchrestien, 1991, n°528 et s.
- CARBONNIER (Jean): "*Droit civil, les obligations*", Tome IV, P.U.F., 1992, n°243 et s.
 - FLOUR (Jacques) et AUBERT (Jean-Luc): "*Le fait juridique*", Tome II, 6^{ème} édition, Armand Colin, 1994, n°214 et s.
 - GAUDEMET (E.): "*Théorie générale des obligations*", Sirey, 1937, P. 324 (4^{ème} - b) [par DESBOIS (Ch.) et GAUDEMET (G.)].
 - LE TOURNEAU (Philippe), CADIET (Loïc): "*Droit de la responsabilité*", Dalloz/Delta, 1996, P. 731 et s., n°3525 et s.
 - LE TOURNEAU (Philippe): "*La responsabilité civile*", Dalloz, 1983, n°217 et s.
 - LALOU (Henri): "*Traité pratique de la responsabilité civile*", Dalloz, 1962, n°1048 et s.
 - MALAURIE (Philippe), AYNÈS (Laurent): "*Les obligations*", 7^{ème} édition, Cujas, 1997, n°162 et s.
 - MALINVAUD (Philippe): "*Droit des obligations*", Litec, 1992, n°234 et s.
 - MAZEAUD (Henri, Léon et Jean): "*Leçons de droit civil, obligations*", 9^{ème} édition, Montchrestien, 1998, n°479 et s. [par CHABAS (François)].
 - DEJEAN DE LA BATTE (Noël): "*Responsabilité délictuelle*", Tome VI - 2, Librairies techniques, 1989, in Collection Aubry & Rau sous la direction de DONSARD (A.), et FADLALLAH (I.), n°106 et s.
 - OVERSTAKE (Jean-François): Juris. class. drt. civ., art. 1382-1386, fasc. 143, n°139 et s.
 - RODIERE (René): "*La responsabilité délictuelle dans la jurisprudence*", librairies techniques, p. 121 et s.

Ce rapport peut être aisément établi lorsque le préposé commet un fait dommageable au temps et au lieu de ses fonctions, avec les moyens mis à sa disposition par le commettant et dans l'intérêt de celui-ci. Il en est ainsi de l'accident causé par le chauffeur, conduisant sur un trajet de son service, l'automobile de son commettant.²

À l'inverse, ce rapport est certainement exclu lorsque le préposé commet des faits dommageables hors du lieu et du temps de son travail, sans utiliser les moyens de son service et pour son intérêt personnel. Ces faits qui sont totalement étrangers aux fonctions du préposé ne doivent pas engager la responsabilité du commettant³.

L'exemple typique qui illustre cette hypothèse est celui d'un préposé chauffeur qui cause un dommage au volant de sa voiture personnelle, pendant une période de congé et au cours d'une promenade familiale⁴.

Mais il existe une zone incertaine entre le fait dommageable considéré comme étranger aux fonctions du préposé et le fait dommageable assez lié à ses

- RAYNAUD (Pierre) et MARTY (Gabriel): "*Les obligations*", Tome I, Sirey, 1988, n°493 et s.
- SÉRIAUX (Alain): "*Droit des obligations*", P.U.F., 1992, n°118 et s.
- STARCK (Boris), ROLAND (Henri), BOYERC (Laurent): "*Obligations - Responsabilité*", 4^{ème} édition, Litec, 1993, n°1000 et s.
- TERRE (François), SIMLER (Philippe), LEQUETTE (Yves): "*Les obligations*", 6^{ème} édition, Précis Dalloz, 1996, n°797 et s.
- VINEY (Geneviève): "*La responsabilité - conditions*", L.G.D.J., 1982, n°797 et s.
- BUFFELAN-LANORE (Yvaine): "*Droit civil - Deuxième année*", 5^{ème} édition, Masson, 1995, n°1120 et s.
- CABRILLAC (Rémy): "*Droit des obligations*", Dalloz (cours), 1995, n°306 et s.

2) Civ., 6 février 1974: D. 1974, 409, note LE TOURNEAU (Philippe).

3) Civ., 15 janvier 1970: D. 1970, somm. 55; R.T.D. civ. 1970, 577, observ. DURRY (Georges).

4) V. à titre d'illustration:

- Crim., 27 octobre 1938: D.H. 1938, 615.
- Crim., 14 décembre 1939: D.H. 1940, 63
- Paris, 13 juin 1950: D.H. 1950, somm. 64.
- Angers, 19 mars 1952: J.C.P., 52 II, 7304.
- Civ., 23 mars 1953: D. 1953, 337.
- Civ., 18 juin 1953: D. 1953, 613.
- Soc., 26 mai 1961: D. 1962, somm. 14.
- Civ., 15 janvier 1970: D. 1970, somm. 55.
- Paris, 12 février 1971: Gaz. Pal. 1971, II, 487.
- Crim., 23 février 1971: Gaz. Pal. 1971, II, 495.
- Civ., 7 juillet 1976: Bull. civ., II, n°235.

fonctions pour engager la responsabilité du commettant⁵. Ici, le préposé n'a pas agi dans l'exercice de ses fonctions, et partant, dans le but fixé par le commettant, mais néanmoins son fait dommageable a été facilité par les fonctions qui lui sont confiées. Il n'a pas été totalement étranger à celles-ci. C'est ce que l'on appelle: l'abus de fonctions.

On sait que nulle part la loi ne prévoit de critères permettant de caractériser cette notion. Ce vide législatif conduit à se poser la question suivante: en présence d'un acte de préposé, comment distinguer l'abus de fonctions de l'acte étranger aux fonctions? L'intérêt de ce problème est considérable, car actuellement les préposés constituent la majeure partie de la société française. Or, l'une des principales questions, dotée d'une application quotidienne, concerne précisément le problème de la responsabilité du commettant en cas d'abus de fonctions commis par son préposé⁶.

À cet intérêt pratique s'ajoute certainement un intérêt théorique. En effet, le problème de l'abus de fonctions est une illustration typique des plus célèbres divisions de la jurisprudence au sein de la cour de cassation⁷. Aucun autre problème délicat du droit de la responsabilité civile ni même du droit privé n'a fait l'objet de tant de sollicitude de la part des chambres réunies ou de l'Assemblée plénière écrivait M. Larroumet en 1988⁸, après avoir constaté qu'en dix-huit années, l'Assemblée plénière, s'était prononcée pas moins de cinq fois sur le problème de l'abus de fonctions du préposé.

Ces interventions multiples de l'Assemblée plénière et l'encombrement des recueils jurisprudentiels par d'innombrables décisions empiriques et parfois contradictoires ont rendu le problème de l'abus de fonctions épineux⁹, fort complexe¹⁰, voire éternel¹¹.

5) RODIÈRE (René): op. cit., p. 121.

6) GRAFTIAUX (Philippe): *"L'abus de fonctions et la responsabilité des commettants"*, Thèse, Paris, 1959; et voir dans le même sens DLANTÉY (Alain): *"La responsabilité civile du fait des préposés"*, rapport introductif au congrès de l'Institut International de Droit d'Expression française sur la responsabilité civile du fait des préposés, publié in *Revue juridique et politique*, indépendance et coopération 1973, p. 445 (ligne 5 à 9).

7) JOURDAIN (Patrice): R.T.D. civ. 1990, 495, n°6 (5^{ème} ligne).

8) LARROUMET (Christian), note sous: Ass. plén., 19 mai 1988: D. 1988, 513.

9) MICHAELIDES-NOUAROS (Georges): *"L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit civil"*, in *Travaux de l'Association Henri Capitant (Journées grecques)*, Tome XXVIII, Economica, 1977, p. 16 (14^{ème} ligne).

10) DE LESTANG (Gaston): *"Garde et préposition"*, L.G.D.J. 1962, n°164 (1^{ère} ligne).

Espérant avoir justifié l'intérêt de cette étude, nous aborderons d'abord l'évolution des critères de l'abus de fonctions dans la jurisprudence, pour ensuite, envisager l'analyse du contenu respectif de ces critères.

I- L'ÉVOLUTION DES CRITÈRES DE L'ABUS DE FONCTIONS DANS LA JURISPRUDENCE

Dans une première phase, les chambres civile et criminelle exigeaient, pour retenir la responsabilité du commettant, un lien de causalité ou de connexité entre le fait dommageable et les fonctions.

Cette harmonie entre les deux chambres s'est brusquement brisée en 1954 par une initiative de la deuxième chambre civile. À la suite de cette opposition, des tentatives d'uniformisation furent ébauchées. La plupart des interventions échouèrent. Il fallut attendre la cinquième intervention de l'Assemblée plénière en 1988 pour réaliser l'unité de la jurisprudence.

A- LA PÉRIODE ANTÉRIEURE À 1954

Jusqu'aux années 1953-1954, les deux chambres civile et criminelle de la Cour de Cassation, suivies en cela par les juridictions de fond, adoptaient une conception fort large de l'abus de fonctions¹². Elles admettaient la responsabilité du commettant dès le moment où "le fait dommageable [du préposé] se rattache par un lien de causalité ou de connexité à l'exercice des fonctions"¹³ et pour établir ce lien, il suffisait que le fait dommageable ait été commis dans le temps et le lieu des fonctions¹⁴ ou que les fonctions aient fourni les moyens facilitant

11) JOURDAIN (Patrice): observ. sous: Ass. Plén. 19 mai 1988: R.T.D. civ. 1989, 89, n°5 (2^{ème} ligne).

12) AMOUROUX: "*La responsabilité civile du commettant et l'abus de fonctions*", Thèse, Bordeaux, 1975 (dactyl.), p. 52.

13) Crim., 24 mars 1939: D.H. 1940, 310 et dans le même sens: crim., 11 mai 1984: D. 1984, 506, note LALOU.

14) Voir à titre d'illustration:

- Crim., 9 nov. 1955: J.C.P. 56, II, 9063.
- Crim., 5 nov. 1953: D.P. 1953, 698.
- Trib. correc., Lille, 15 mars 1930: J.C.P. 1930, II, 472.
- Civ., 99 déc. 1950: J.C.P. 1951, II, 6577.
- Crim., 13 déc. 1856: D.P. 1857, 1, 75; 5.1857, 1, 442.
- Crim., 30 août 1860: S. 1860, 1, 1013.
- Crim., 2 juill. 1914: Bull. crim., n°310.
- Req., 31 oct. 1921: Gaz. Pal. 1922, 1, 145.
- Req., 26 fév. 1940: Gaz. Pal. 1940, 1, 374.

son accomplissement¹⁵ ou enfin que le préposé, en accomplissant le fait dommageable, cherchait à atteindre le but assigné à son activité, et partant, l'intérêt du commettant¹⁶.

Cette conception a suscité un vent de critiques et de protestations. M. ESMEIN écrivait: "Je demande si ce n'est pas cette façon de voir qui constitue un abus et si elle n'est pas en opposition avec les termes de l'article 1384"¹⁷. Un autre auteur ajoutait que cette conception extensive "aboutit à faire "craquer" le texte de l'article 1384 alinéa 5 en obligeant le Patron à réparer, en tant que tel, toutes les conséquences dommageables imputables aux préposés"¹⁸.

- Crim., 6 juin 1946: Gaz. Pal. 1946, 297.

- Crim., 11 mai 1984: D. 1984, note H-L.

Il convient de signaler que d'autres arrêts ont considéré que les rapports de lieu sont insuffisants pour engager la responsabilité du commettant. Un arrêt de la chambre criminelle énonce cette règle avec une netteté particulière: "La circonstance que le fait dommageable a été perpétré dans un temps et dans un lieu où le préposé était au service du commettant ne saurait justifier l'application de l'article 1384, si ce fait, loin de se rattacher à l'exécution du mandat confié au préposé, lui était complètement étranger", crim., 2 juill. 1974: Bull. crim., n°310.

Voir également:

- Req., 5 juin 1861: D.P. 1861, 1, 439.

- Req., 3 mars 1884: D.P. 1885, 1, 63; S. 1885, 1, 21.

- Req., 4 fév. 1897: D.P. 1897, 1, 111.

- Req., 5 déc. 1923: D.H. 1924, 49.

- Req., 5 déc. 1924: D.P. 1924, 1, 200; R.T.D. civ. 1924, 685.

- Civ. 24 mai 1927: D.H. 1927, 400; S. 1927, 1, 309; R.T.D. civ. 1927, 967.

15) Voir à titre d'illustration:

- Req., 17 nov. 1919: D. 1920, 1, 156.

- Crim., 11 juill. 1931: D.H. 1931, 493.

- Paris, 2 fév. 1933: Gaz. Pal. 1933, 1, 771.

- Crim., 8 déc. 1933: Gaz. Pal. 1934, 1, 125.

- Req., 4 juin 1935: Gaz. Pal. 1935, 2, 36.

- Crim., 23 janv. 1947: Gaz. Pal. 1947, 1, 114.

- Crim., 22 mars 1932: Gaz. Pal. 1932, 2, 151.

- Crim., 22 mars 1907: D. 1909, 1, 406.

- Trib. correct. de Laon, 9 juill. 1954: Gaz. Pal. 1954, 2, 268.

- Crim., 23 nov. 1928: D.H. 1929, 21 et sur renvoi, Orléans, 28 fév. 1929: D.H. 1929, 278.

16) Voir à titre d'illustration:

- Req., 5 nov. 1855: D.P. 1856, 1, 333; S. 1857, 1, 375.

- Paris, 16 juin 1896: D.P. 1896, 2, 312.

- Assises seine, 15 nov. 1905: Gaz. Trib. 1906, 2, 82.

- Crim., 3 déc. 1846: D.P. 1847, 4, 432.

- Rouen, 1 mars 1893: D.P. 1894, 2, 28; S. 1893, 2, 215.

- Amiens, 13 juill. 1895: D.P. 1896, 2, 451; S. 1897, 2, 67.

- Crim., 3 fév. 1911: Gaz. Pal. 1911, 2, 290.

17) ESMEIN, note: Rev. Crit. Legisl. Juris. 1924, p. 199.

18) MEVRISSE note sous: Assises Moselle, 3 fév. 1953: J.C.P. 1953, 7517.

Par cette analyse, écrivait M. FLOUR, “on méconnaît le caractère véritable de la responsabilité du commettant”¹⁹.

Les critiques avancées par les auteurs ont convaincu la deuxième chambre civile qui s’est ralliée en 1954 à une conception plus restrictive de l’abus de fonctions. S’ouvre alors une période d’hésitation jurisprudentielle.

B- LA PÉRIODE D’HÉSITATION JURISPRUDENTIELLE

En 1954 et 1957 la deuxième chambre civile rendait deux arrêts qui rompaient nettement avec la jurisprudence traditionnelle de la cour de cassation. Alors que cette dernière, dans ses deux chambres civile et criminelle, se contentait naguère d’un vague lien de connexité pour engager la responsabilité du commettant, ces deux arrêts ont affirmé que la responsabilité du commettant ne peut être retenue qu’à la condition “que le fait dommageable se rattache par un lien de causalité ou de connexité à l’exercice des fonctions et que le préposé puisse être réputé avoir agi pour le compte du commettant”²⁰.

De son côté la chambre criminelle, restant fidèle à la vieille formule, maintenait l’affirmation que la responsabilité du commettant pour abus de fonctions du préposé existe dès le moment où l’acte du préposé présente un lien de causalité ou de connexité avec les fonctions²¹. Compte tenu de cette divergence, la plus haute formation de la cour de cassation a tenté de ramener la paix judiciaire en se prononçant successivement en 1960, 1977, 1985 et 1988.

- Dans l’arrêt du 9 mars 1960, comme dans celui du 10 juin 1977, il s’agissait d’un accident de la route causé par un préposé qui conduisait une voiture de l’entreprise.

19) FLOUR (J.): “Les rapports de commettant à préposé dans l’article 1384 du Code civil”, thèse, Caen, 1933, p. 341 (7^{ème} ligne).

20) - Civ., 1^{er} juillet 1954: D. 1954, 628; J.C.P. 54, II, 8352; R.T.D. civ. 1955, p. 106 observ. MAZEAUD (H. et L.).

- Civ., 14 juin 1957: J.C.P. 1957, II, 10188, note RODIERE (R.); D. 1958, 53, note SAVATIER (R.); R.T.D. civ. 1957, 684, observ. MAZEAUD (H. et L.).

21) V. - Crim., 9 nov. 1955: précité

- Crim., 29 nov. 1956: Gaz. Pal. 1957, 1, 186.

- Crim., 5 fév. 1957: Gaz. Pal. 1957, 2, 455.

- Crim., 25 juillet 1957: Bull. crim., n°581.

- Crim., 21 janv. 1958: J.C.P. 58, IV, 31.

- Crim., 30 Mars 1958: Gaz. Pal. 1958, 1, 438.

- Crim., 3 fév. 1959: Bull. crim., n°75; J.C.P. 59, éd. G., IV, 27.

Par son arrêt du 9 mars 1960²², la cour écarta la responsabilité du commettant au motif que le préposé n'était pas le chauffeur habituel de l'entreprise, qu'il avait pris possession du véhicule à l'insu de son employeur et pour s'en servir à des fins personnelles, de sorte que l'acte qui lui était reproché "n'entraînait pas dans ses attributions".

Bien que rendu chambres réunies, cet arrêt fut reçu par la doctrine comme un arrêt d'espèce "parce que la sobriété de sa motivation, en faisait le contraire d'un arrêt de principe"²³; il ne contenait aucune définition de la notion d'exercice des fonctions ni de celle de l'abus de fonctions²⁴. Il n'a dès lors permis aucun rapprochement entre les positions respectives de la chambre criminelle et de la deuxième chambre civile, ainsi qu'en témoignent les nombreuses décisions prononcées ultérieurement par chacune d'elles²⁵.

- L'arrêt du 10 juin 1977²⁶, rendu en audience plénière, sembla donner la préférence à la jurisprudence instaurée par la deuxième chambre civile.

22) Ch. réun., 9 mars 1960: D. 1960, 329, note SAVATIER (R.); J.C.P. 60, éd. G. II, 11559, note RODIERE (R.); Gaz. Pal. 1960, 1, 313; R.T.D. civ. 1960, 470, observ. MAZEAUD; R.G.A.T. 1960, 195, note A.B.; les grands arrêts de la jurisprudence civile, n°128.

23) SADON (P.A.), Conclusions sous: Ass. plén., 17 juin 1983: J.C.P. 83, éd. G., II, 20120.

24) SAVATIER (R.), note sous: ch. réun., 9 mars 1960: précité.

25) V. en ce qui concerne la deuxième chambre civile:

- Civ., 7 janv. 1965: Gaz. Pal. 1965, 1, 129.

- Civ., 18 janv. 1963: D. 1963, somm. 65; Bull. civ., II, n°66.

- Civ., 9 oct. 1963: Gaz. Pal. 1964, 1, 116.

- Civ., 15 janv. 1964: Bull. civ., II, n°48; J.C.P. 64, éd. G., IV, 30.

- Civ., 15 janv. 1970: D. 1970, somm. 55.

- Civ., 30 juin 1965: Bull. civ., II, n°582.

- Civ., 24 nov. 1971: J.C.P. p. 72, éd. G., IV, 4; Bull. civ., II, n°321.

Et en ce qui concerne la chambre criminelle:

- Crim., 24 nov. 1966: Gaz. Pal. 1967, 1, 22.

- Crim., 28 mars 1973: D.S. 1974, 77, note JAUBERT (M.F.); R.T.D. civ. 1974, 518, observ. DURRY.

- Crim., 2 nov. 1971: J.C.P. 72, éd. G., II, 16955; Gaz. Pal. 1972, 1, 121; D. 1973, 21, note LARROUMET; R.T.D. civ. 1971, 851, observ. DURRY.

- Crim. 21 nov. 1968: Gaz. Pal. 1969, 1, 40; R.T.D. civ. 1969, 783, observ. DURRY.

- Crim., 6 déc. 1967: Gaz. Pal. 1968, 1, 128.

- Crim., 6 janv. 1970: D. 1970, somm. 79.

- Crim., 25 avr. 1967: Bull. crim., n°130, p. 303.

- Crim., 28 nov. 1974: D. 1975, I.R. 19.

- Crim., 30 janv. 1975: D. 1975, I.R. 55; Bull. crim., n°37.

26) Ass. Plén., 10 juin 1977: D. 1977, 465, note LARROUMET; J.C.P., 77, éd. G., II, 18730, Concl. GULPHE; DEFRENOIS 1977, art. 31561, p. 1517, observ. AUBERT (J.-L.); R.T.D. civ 1977, 774, observ. DURRY.

S'agissant cette fois d'un accident causé par le chauffeur de la firme, la cour y énonçait en effet que le commettant devait être exonéré, car le dommage avait été causé par un préposé "qui utilise à des fins personnelles le matériel à lui confié dans l'exercice de ses fonctions".

Cette formulation n'empêcha cependant pas la chambre criminelle de revenir par la suite à son ancienne jurisprudence et de rester fidèle à sa légendaire sévérité envers les commettants²⁷.

Quant à la deuxième chambre civile, sa jurisprudence avait "fait preuve d'un certain flou"²⁸, puisqu'à plus d'une reprise, elle avait retenu la responsabilité du commettant dans des conditions qui se rapprochaient sensiblement de celles adoptées par la chambre criminelle²⁹.

La tendance laxiste de la deuxième chambre civile avait connu son apogée lorsqu'elle avait retenu la responsabilité du commettant malgré l'existence d'un délit intentionnel commis par le préposé à des fins personnelles. Ainsi, selon cette chambre, le commettant devait répondre de détournements de fonds réalisés par un préposé qui avait utilisé ses fonctions pour percevoir de l'argent et se l'approprier³⁰. L'attitude de la deuxième chambre civile montre bien "que l'intervention de l'Assemblée plénière en 1977 n'a eu pour résultat que de faire rebondir le débat au lieu de le clore"³¹.

Il fallait donc mettre fin à cette crise. C'est ce que tenta l'Assemblée plénière, le 17 juin 1983³². Il s'agissait d'un livreur de fuel qui avait cherché à détourner une certaine quantité destinée à un client, au profit de son père; en

27) V. à titre d'exemple:

- Crim., 26 juillet 1977: Bull. crim., n°275, p. 687; D. 1978, I.R., 109, observ. PEUCH; R.T.D. civ. 1978, 144, observ. DURRY.

- Crim., 3 mai 1979: Bull. crim., n°157.

- Crim., 18 juin 1979: Bull. crim., n°212; Gaz. Pal. 1980, 1, somm. 72.

28) Encycl. Dalloz, v° "responsabilité", n°410.

29) V. à titre d'exemple:

- Civ., 3 mars 1977: Gaz. Pal. 1977, 1, 573.

- Civ., 5 fév. 1981: Gaz. Pal. 1981, 2, somm. 206.

30) Ce changement d'attitude avait commencé à partir de l'arrêt des chambres réunies. V. à titre d'exemple:

- Civ., 20 juill. 1965: Bull. civ., II, n°639, p. 472.

- Civ., 24 nov. 1965: Bull. civ., II, p. 492.

- Civ., 10 janv. 1968: Bull. civ., II, p. 4.

31) DURRY, observ.: R.T.D. civ. 1981, p. 159, n°3 in fine.

32) Ass. plén., 17 juin 1983: J.C.P. 83, éd. G., II, 20120, concl. SADON, note CHABAS; D.S. 1984, 134, note DENIS; R.T.D. civ. 1983, 749, observ. DURRY.

route, s'étant aperçu qu'il était suivi, il prit peur et alla déverser sa cargaison dans une carrière, provoquant ainsi une pollution dans le réservoir d'eau d'une commune, ainsi que dans les sources alimentant une commune voisine. Au terme d'une procédure à rebondissements multiples, la cour décida que le commettant cessait d'être responsable lorsque "le préposé, agissant sans autorisation, à des fins étrangères à ses attributions, s'est placé hors des fonctions auxquelles il était employé".

L'interprétation de la formule retenue par cet arrêt avait suscité une nouvelle polémique entre les commentateurs.

Pour M^{me} VINEY³³ et M. DURRY³⁴, cette formule subordonne l'exonération du commettant à la réunion de trois conditions cumulatives:

- 1- L'absence d'autorisation,
- 2- La poursuite par le préposé d'une fin étrangère à ses attributions,
- 3- Et enfin, un dépassement objectif de pouvoir, le préposé s'étant placé nettement hors de ses fonctions.

Pour MM. LARROUMET³⁵ et DENIS³⁶, seules les deux premières conditions devraient être remplies pour que le commettant puisse s'exonérer de sa responsabilité. Le fait que le préposé se soit placé hors des fonctions n'étant qu'une "conséquence nécessaire de la seconde condition".

Enfin, selon M. CHABAS³⁷, le seul élément pris en considération par l'Assemblée plénière pour décider si l'acte dommageable du préposé engage ou non la responsabilité du commettant, est le but poursuivi, "la cause finale": si le préposé a voulu servir les intérêts de l'employeur, celui-ci sera tenu; en revanche s'il a agi dans le but étranger à cet intérêt le commettant sera exonéré. Malgré cette controverse doctrinale, la chambre criminelle avait suivi parfaitement l'arrêt de l'Assemblée plénière³⁸. Mais la deuxième chambre civile ne voulait pas lui emboîter le pas³⁹.

33) Note sous: Ass. plén., 15 nov. 1985: J.C.P. 86, éd. G., II, 20568.

34) Observ.: R.T.D. civ., 1984, p. 35.

35) Note: D. 1984, p. 170.

36) Note: D. 1984, p. 134.

37) Note: J.C.P. 83, éd. G., II, 20120.

38) V. à titre d'exemple:

- Crim., 27 oct. 1983: D.S. 1984, 170, note LARROUMET; Bull. crim., n°272; R.T.D. civ. 1984, 315, observ. DURRY.

- Crim., 2 mai 1984: D.S. 1984, I.R., 434; Bull. crim., n°152.

39) V. à titre d'exemple: Civ.2, 7 déc. 1983: précité et voir aussi:

Une fois de plus, l'Assemblée plénière devait être appelée à statuer⁴⁰. En l'espèce, le préposé d'une société de gardiennage chargé de surveiller les immeubles industriels d'une autre société, avait, au cours d'une ronde nocturne dans le périmètre à surveiller, volontairement allumé les locaux dans la prétendue intention de démontrer à ses supérieurs que les mesures de sécurité existantes étaient insuffisantes.

Après avoir repris la formule consacrée par son arrêt du 17 juin 1983, la cour a décidé dans cette espèce que les juges du fond "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 du second degré en a justement déduit qu'il s'était placé "hors des fonctions auxquelles il était employé".

MM. LARROUMET⁴¹ et AUBERT⁴² avaient considéré cette décision comme un triomphe de leur interprétation de l'arrêt du 17 juin 1983 suivant laquelle deux conditions sont suffisantes pour que le commettant puisse échapper à sa responsabilité: l'absence d'autorisation et la finalité de l'acte, étrangère aux fonctions. Selon eux, cette interprétation étroite devait conduire à une assimilation de l'abus de fonctions à un acte étranger aux fonctions, c'est-à-dire à une exclusion quasi systématique de la responsabilité du commettant.

M^{me} VINEY⁴³, quant à elle, avait vu dans cet arrêt une orientation vers une restriction de la garantie du commettant. "En se contentant, pour approuver l'exonération de la S.G.I. de relever que, d'après les juges du fond, le préposé "avait agi de façon délibérée... à l'encontre de l'objet de sa mission à des fins étrangères à ses attributions" la cour de cassation admet en effet qu'une pure et simple disposition d'esprit du préposé suffit à écarter la responsabilité du commettant, même si l'acte a été commis dans l'exercice de ses fonctions", ce qui est "franchement défavorable à la victime" et "assez anachronique à une époque où l'assurance de la responsabilité civile, qui garantit la faute intentionnelle du préposé, apparaît comme une précaution élémentaire qu'aucun employeur raisonnable ne saurait négliger".

- LARROUMET, note: D.S. 1984, 170.

- DURRY, observ.: R.T.D. civ. 1984, p. 315.

40) Ass. plén., 15 nov. 1985: D. 1986, 81, note AUBERT (J.-L.); D. 1986, I.R., 117, observ. PRADEL; J.C.P. 86, éd. G., II, 20568, note VINEY; R.T.D. civ. 1986, 128, observ. HUET; DEFRENOIS 1986, art. 33694, p. 386, observ. AUBERT (J.-L.).

41) Note sous: Ass. plén., 19 mai 1988: D. 1988, 515.

42) Note: D. 1986, 81.

43) Note: J.C.P. 86, éd. G., II, 20568.

À la suite de l'arrêt de 1985, une divergence avait eu lieu, entre la chambre criminelle et la deuxième chambre civile, sur le caractère autonome de la condition d'extériorité aux fonctions.

Pour la chambre criminelle "les dispositions de l'article 1384, alinéa 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 ainsi placé hors des fonctions auxquelles il était employé"⁴⁴. L'adverbe "ainsi" ajouté sciemment à la formule de l'Assemblée plénière prouve que pour la chambre criminelle la condition d'extériorité aux fonctions découle des deux autres. Elle n'est pas une condition autonome. En revanche, dans un arrêt du 11 avril 1986, la deuxième chambre civile, afin d'exclure la responsabilité du commettant, décida que le préposé "avait, sans autorisation, utilisé une automobile à des fins étrangères à ses attributions et hors des fonctions auxquelles il était employé"⁴⁵. L'utilisation du conjonctif "et" prouve que pour cette chambre la condition d'extériorité aux fonctions est une condition tout à fait indépendante des autres. Vint alors l'arrêt rendu, lui aussi en Assemblée plénière, le 19 mai 1988⁴⁶. En l'espèce, un directeur départemental d'assurances, chargé par sa compagnie de rechercher à domicile la conclusion des contrats de capitalisation, avait fait souscrire plusieurs contrats à une cliente et détourné partiellement à son profit les sommes versées en contrepartie par le souscripteur. L'Assemblée plénière affirma que "le commettant ne s'exonère de sa responsabilité que si son préposé a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation, et à des fins étrangères à ses attributions".

Cette formule avait éliminé toute discussion possible sur le nombre des conditions nécessaires à l'exonération du commettant. Cette fois, à l'unanimité, les commentateurs reconnaissaient que la cour entendait subordonner l'exonération du commettant à la réunion des trois conditions autonomes et cumulatives:

44) Crim., 15 mai 1986: Gaz. Pal. 1986, 2, 682; v. également en ce sens:

- Crim., 22 janv. 1987: Bull. crim.; n°37.

- Crim., 10 nov. 1987: D. 1988, I.R., 23; Gaz. Pal. 1988, somm. 183. observ. DOUCET.

- DOUAI, 26 fév. 1985: gaz. Pal. 1986, 1, somm. 97.

- DOUAI, 21 mars 1985: Gaz. Pal. 1985, 2, somm. 402.

45) Civ., 11 avr. 1986: Gaz. Pal. 1986, Pan., 159 et v. également en ce sens: - civ., 21 oct. 1987: Gaz. Pal. 1987, Pan. 25.

46) Ass. plén., 19 mai 1988: D. 1988, 513, note LARROUMET; Gaz. Pal. 1988, 2, 640, Concl. DORWLING-CARTER; R.T.D. civ. 1989, 89, observ. JOURDAIN; DEFRENOIS, 1988, art. 34316, 1097, note AUBERT, et voir également en Doctrine l'article de M^{me} LAMBERT-FAIVRE: "L'abus de fonction, à propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 15 novembre 1985", D. 1986, 143.

- 1) le préposé doit agir hors des fonctions auxquelles il était employé,
- 2) sans autorisation
- 3) à des fins étrangères à ses attributions.⁴⁷

Cette solution avait déçu M. LARROUMET qui défendait une interprétation contraire. Ainsi, selon lui “l’absurdité qu’il peut y avoir à affirmer candidement qu’un préposé ne se place hors de ses fonctions en détournant des fonds qu’il reçoit pour le compte de son commettant démontre de la façon la plus évidente qu’on ne peut faire de l’existence d’un acte accompli hors des fonctions une condition de l’exonération du commettant distincte de celle qui tient à la finalité de l’acte, qui doit être étrangère aux attributions du préposé”.

Quoi qu’il en soit, la clarté de la formule employée signifie pour le moins que l’Assemblée plénière entend mettre un terme à cette longue controverse jurisprudentielle. Mais réussira-t-elle dans cette mission? C’est à cette question que nous allons essayer de répondre en exposant la troisième phase de l’évolution.

C- LA PÉRIODE POSTÉRIEURE À L’ARRÊT DE 1988

Après l’arrêt de l’Assemblée plénière de 1988, il semble que la jurisprudence de la cour de cassation est à nouveau unifiée sur le problème de l’abus de fonctions.

En effet, par six arrêts du même jour, rendus le 23 juin 1988⁴⁸, la chambre criminelle a abandonné sa formule restrictive en faveur de la nouvelle formule retenue par l’Assemblée plénière. Ainsi selon cette chambre, “le commettant ne s’exonère de sa responsabilité que si son préposé a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation, et à des fins étrangères à ses attributions. Tel n’est pas le cas:

47) LARROUMET note: D. 1988, 513.

- JOURDAIN observ.: R.T.D. civ. 1989, 89.

- AUBERT note: DEFRENOIS 1988, 1097.

- MALINVAUD: ouvrage précité, n°234, p. 293.

- MAZEAUD: ouvrage précité, p. 516.

48) Crim., 23 juin 1988 (6 arrêts): Gaz. Pal. 1989, 13, note DOUCET; J.C.P. 1988, IV, 310; D. 1988, I.R., 236 et 243; Bull. crim., n°289; et voir pour un commentaire de ses arrêts: Resp. civ. et assur. 1988, comm. n°1 et la chronique n°3 de M. GROUDEL: “La responsabilité des entreprises de gardiennage”.

- Lorsqu'un employé d'une société de transit a dérobé dans les locaux de son employeur des colis de vêtements entreposés par un client (1^{ère} espèce).⁴⁹

- Lorsque le salarié pompiste, chargé d'assurer la livraison du carburant, aide des chauffeurs à en détourner au préjudice de son employeur (2^{ème} espèce).⁵⁰

- Lorsqu'un chauffeur, au service du commettant, dérobe un fourgon de l'entreprise à l'aide des clefs que l'agent d'exploitation de l'employeur lui a remises à cet effet après s'en être frauduleusement emparé (3^{ème} espèce).⁵¹

- Lorsqu'un préposé, chargé d'assurer le nettoyage des wagons par la S.N.C.F., frappe violemment ses collègues dans l'enceinte de la gare (4^{ème} espèce).⁵²

- Lorsqu'un salarié projette de l'air comprimé dans le rectum de l'un de ses collègues à l'aide d'un embout de compresseur dont il se servait dans son travail (5^{ème} espèce).⁵³

- Lorsqu'un comptable agréé, chargé d'assister un syndic de faillite dans ses opérations, falsifie des chèques dans le bureau de ce dernier et les fait signer par lui (6^{ème} espèce).⁵⁴

La chambre criminelle a, par la suite, persévéré dans cette voie jusqu'à nos jours⁵⁵.

49) Crim., 23 juin 1988 (BONAN et soc. S.C.H., Atomic city) - Cassation partielle de Paris 13^{ème} ch. B., 5 décembre 1985.

50) Crim., 23 juin 1988 (soc. anon Lecoq et cie) - rejet du pourvoi contre Paris, 9^{ème} ch., 6 juin 1984.

51) Crim., 23 juin 1988 (soc. Paris Fret) - rejet du pourvoi contre Paris 13^{ème} ch., 28 mai 1986.

52) Crim., 23 juin 1988 (Soc. établ. Regnier) - rejet du pourvoi contre Douai, ch. correct., 3 oct. 1984.

53) Crim., 23 juin 1988 (Soc. le pain Turner) - rejet du pourvoi contre Versailles, 8^{ème} ch., 30 mai 1984.

54) Crim., 23 juin 1988 (Belougne) - rejet du pourvoi contre Paris, 9^{ème} ch. A, 18 nov. 1986.

55) Voir à titre d'illustration:

- Crim., 4 octobre 1989: Resp. civ. et Ass. 1990, comm. 2.

- Crim., 29 oct. 1991: Resp. civ. et Ass. 1992, comm. 42.

- Crim., 20 déc. 1989: Resp. civ. et Ass. 1990, n°53; R.T.D. civ. 1990, 495, obs. JOURDAIN.

- Crim., 21 mars 1989: Resp. civ. et Ass. 1989, comm. 217, obs. GROUDEL.

- Crim., 14 juin 1990: Bull. crim., n°245; Resp. civ. et Ass. 1990, comm. 316.

- Crim., 8 fév. 1990: Resp. civ. et Ass. 1990, n°143; R.T.D. civ. 1990, 495, obs. JOURDAIN.

La deuxième chambre civile s'était aussi inclinée devant le dernier arrêt de l'Assemblée plénière: un arrêt du 23 juillet 1991⁵⁶ est révélateur. En l'espèce, le préposé auquel avait été remis un véhicule dans le but de livrer des marchandises à une date déterminée, cause un accident en cours de route, après avoir avancé la date de transport sans modifier l'itinéraire; la deuxième chambre civile avait retenu la responsabilité du commettant en affirmant que "... le commettant ne s'exonérait qu'à la triple condition que son préposé ait agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation, et à des fins étrangères à ses attributions, ..."57.

Au terme de cette évolution, on peut constater que la jurisprudence française, après des flottements considérables, est arrivée à tracer les limites exactes de la responsabilité du commettant pour abus de fonctions.

Dans l'état actuel du droit positif, le commettant ne s'exonère de sa responsabilité que si trois conditions cumulatives et distinctes sont réunies:

- Le préposé doit agir hors des fonctions auxquelles il était employé,
- Sans autorisation,
- Et à des fins étrangères à ses attributions.

Donc trois critères cumulatifs distinguent l'acte commis par simple abus de fonctions de l'acte étranger aux fonctions: un critère subjectif, c'est la finalité de l'acte du préposé, et deux critères objectifs, à savoir, l'agissement objectif hors des fonctions et sans autorisation. Chacun de ces critères a une portée réelle et distinctive comme le démontrera l'analyse de leur contenu respectif.

Il convient de signaler que certaines décisions de la chambre criminelle ne paraissent pas totalement compatibles avec la solution de l'Assemblée plénière. V. par exemple: Crim., 23 juin 1988: Bull. crim., n°289.

56) Civ., 3 juill. 1991: Bull. civ., II, n°209; Resp. civ. et Ass. 1991, comm. 366.

57) Voir également dans ce sens:

- Civ., 20 avr. 1989: Resp. civ. et Ass. 1989, comm. n°216.

- Civ., 7 nov. 1990: Resp. civ. et Ass. 1991, n°44; Bull. civ., II, n°226, p. 115.

- Civ., 13 nov. 1991: Bull. civ., II, n°304.

- Civ., 11 juin 1992: Bull. civ., II, n°80, p. 164.

- Civ., 17 mars 1993: Resp. civ. et Ass. 1993, comm. n°187, note BERTOLOSA (S.)

- Civ., 22 mai 1995: J.C.P. 95, éd. G., IV, 1740.

- Civ., 14 janv. 1998: D. 1998, I.R., 52.

II- L'ANALYSE DU CONTENU RESPECTIF DES CRITÈRES

De l'ensemble de la formule de l'Assemblée plénière il ressort que l'exonération du commettant exige la réunion de deux types de critères, les uns sont objectifs, l'autre est subjectif.

Nous aurons donc à analyser dans un paragraphe premier le contenu du critère subjectif; dans un paragraphe second, il nous faudra analyser le contenu des critères objectifs.

A- LE CRITÈRE SUBJECTIF

Pour que le commettant soit exonéré, il faut d'abord que le préposé ait agi à des fins étrangères à ses attributions. Trois arrêts de la chambre criminelle ont fait application de cette condition⁵⁸.

En effet, selon cette chambre, le préposé d'une société de surveillance qui allume un incendie dans l'usine qu'il a la charge de surveiller, ou qui dérobe le carburant dans le dépôt qu'il doit garder, ou qui vole des marchandises dont il a la charge, se place nécessairement hors de ses fonctions, car il a agi "à des fins non seulement étrangères, mais encore contraires à ses attributions".

On peut déduire donc que c'est la finalité du fait illicite qui devra être appréciée pour dire que tel acte est étranger ou non aux attributions du préposé. Cette notion de finalité est cependant génératrice de deux interrogations:

a- On peut se demander, d'abord, ce qu'on doit entendre par acte étranger à la finalité des attributions du préposé. Selon les auteurs, la finalité de l'acte illicite sera jugée étrangère aux attributions du préposé s'il apparaît que celui-ci a poursuivi "un dessein personnel"⁵⁹ ou, à tout le moins, extérieur à l'intérêt de son commettant, car il se peut que le préposé agisse dans l'intérêt d'une tierce personne.

b- On peut se demander, ensuite, si la finalité étrangère de l'acte doit résulter des mobiles concrets qui ont déterminé l'acte du préposé ou d'une appréciation abstraite dépourvue de toute référence aux motifs personnels qui ont poussé le préposé à commettre le fait illicite. Le seul arrêt qui semble prendre parti sur le problème c'est celui de l'Assemblée plénière du 15

58) Crim., 23 juin 1988: précité.

59) - STARCK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.): ouvrage précité, n°1034, p. 440.

- FLOUR (J), AUBERT (J.-L.): ouvrage précité, n°220, p. 216.

novembre 1985 précité. On rappelle que dans l'espèce il s'agissait d'un préposé qui a allumé un incendie dans une usine dans le dessein d'attirer l'attention des ses supérieurs sur l'insuffisance des mesures de sécurité dans l'établissement.

Dans cette affaire, nul doute que les motifs personnels qui ont poussé le préposé à commettre le fait illicite ne sont pas étrangers aux fonctions. Pourtant l'Assemblée plénière a considéré que le fait du préposé est étranger à la finalité de ses attributions. Selon la formation plénière, les motifs sont indifférents, ce qui compte c'est que l'activité déployée se situe objectivement en dehors de la fonction. Autrement dit, la finalité de l'acte doit être appréciée abstraitement sans référence aux mobiles concrets du préposé.

À notre avis, cette analyse n'est pas tout à fait exacte, car la finalité étrangère de l'acte est intimement liée au motif personnel qui a animé le préposé.

On voit mal comment on peut dire que le préposé n'a pas agi dans l'intérêt du commettant si on ne précise pas pour quel motif il a abusé de ses fonctions.

L'Assemblée plénière, en déduisant le critère de finalité étrangère du placement objectif de l'activité en dehors de la fonction, tend à confondre ce critère subjectif avec un autre critère objectif, comme le montrera l'analyse du contenu respectif de ces critères.

B- LES CRITÈRES OBJECTIFS

Deux critères objectifs sont inscrits dans la formule de l'Assemblée plénière. Le premier est relatif à l'agissement hors fonctions (1), le second à l'absence d'autorisation (2).

1- L'agissement hors fonctions

Depuis les trois derniers arrêts de l'Assemblée plénière, la jurisprudence ne manquait de confondre entre l'acte étranger à la finalité des attributions du préposé et l'agissement de celui-ci en dehors de ses fonctions.

Dans les arrêts relatifs aux entreprises de surveillance, nous avons vu que la chambre criminelle a affirmé expressément que "l'acte du préposé se place nécessairement hors de ses fonctions car il agit à des fins non seulement étrangères, mais encore contraire à ses attributions".

Or cette analyse nous paraît inexacte car le critère de finalité est distinct de

celui de l'agissement en dehors des fonctions. Plusieurs arrêts récents marquent cette distinction. Parmi eux deux arrêts sont révélateurs.

Le premier concerne le chef d'une agence de banque qui s'était fait prêter par une cliente, dans les bureaux de banque, une somme d'argent qu'il avait détournée à son profit. Par application de la jurisprudence qui régnait avant l'arrêt de l'Assemblée plénière de 1988, la Cour d'appel avait estimé qu'ayant agi sans autorisation de la banque à des fins étrangères à ses attributions, le préposé s'était ainsi placé hors de ses fonctions. La Cour de cassation censura cet arrêt: l'acte du préposé était certes étranger à la finalité de ses attributions, mais la haute juridiction estima qu'il entraînait cependant "dans le cadre" de celles-ci et en déduirait qu'il n'avait pas agi hors de ses fonctions.⁶⁰

Dans le second arrêt, la chambre criminelle approuva la Cour d'appel qui avait retenu la responsabilité du commettant en relevant que l'acte du préposé se situait bien "dans le cadre des fonctions" et était "en rapport avec le lien de préposition", même s'il (le préposé) avait abusé des facilités que lui procuraient ses fonctions"⁶¹.

Les auteurs soulignent aussi cette distinction.

Selon M. JOURDAIN "il n'est plus guère logique, au regard de la triple condition requise par l'arrêt du 19 mai 1988, de déduire de la finalité de l'acte du préposé contraire à ses attributions, la conséquence qu'il s'est placé "hors fonctions".⁶² M. DURRY a formulé la même objection⁶³. Selon cet auteur, l'agissement hors fonctions n'est pas une condition redondante par rapport à celle de la finalité étrangère aux attributions car "il existe des cas dans lesquels le préposé a certainement agi dans son intérêt exclusif, donc avec un but étranger à sa fonction, et où pourtant la responsabilité civile du commettant est fort justifiée". Pour appuyer son point de vue, M. DURRY invoque le cas des détournements dont se rendent coupables parfois des préposés (clerc de notaire, employés d'agents de change ou de commissionnaires en bourse) agissant dans les locaux même de leur employeur. Il affirme que dans ce cas, la jurisprudence tant civile que criminelle retient, à juste titre, la responsabilité du commettant, car le préposé n'a pas agi objectivement "hors fonctions".

60) Civ., 12 juillet 1989: Bull. civ., II, n° 150.

61) Crim., 8 février 1990: précité.

62) JOURDAIN (P.), observ.: R.T.D. civ. 1989, p. 89.

63) DURRY (G.): observ. R.T.D. civ. 1985, p. 751.

Cette analyse montre que dans l'état actuel du droit positif l'agissement hors fonctions est une condition autonome, mais que faut-il entendre par cette condition et quels sont les indices permettant de la caractériser?

Comme le souligne M. JOURDAIN⁶⁴, le préposé se place hors de ses fonctions lorsqu'il agit dans des circonstances qui le situent objectivement en dehors du cadre de ses fonctions. Pour déterminer si le fait dommageable se situe ou non dans le cadre objectif des fonctions la jurisprudence semble adopter plusieurs indices:

- Le premier indice auquel se réfèrent souvent les arrêts se rattache à la situation de l'acte dans le temps et dans l'espace⁶⁵. Autrement dit lorsque l'acte se situe dans le temps et le lieu du travail, la jurisprudence n'hésite pas à déclarer le préposé dans le cadre de ses fonctions. Ainsi dans l'une des espèces des arrêts du 23 juin 1988 précités, la chambre criminelle a retenu la responsabilité du commettant, du fait de son salarié qui a projeté de l'air comprimé dans le rectum d'un camarade à l'aide d'un compresseur, au motif que le délit a été commis au temps et au lieu du travail, et que le prévenu, dans l'exercice de ses fonctions, a trouvé dans son emploi l'occasion et les moyens de sa faute. De même, un autre arrêt a déclaré le commettant responsable du fait du préposé, qui a frappé violemment un de ses collègues au motif que le préposé se trouvait dans le temps et sur le lieu du travail, où il ne pouvait avoir accès qu'en sa qualité de préposé de son employeur.

- Le second indice a trait aux moyens utilisés par le préposé. Ainsi dans l'arrêt du 12 juillet 1989 précité, la deuxième chambre civile, pour caractériser l'acte hors fonctions, a relevé que le prêt consenti par le préposé avait été conclu dans les locaux de la banque, en raison de la qualité de directeur de la succursale dont le préposé s'était servi et qu'il avait été réalisé au moyen d'opérations bancaires entrant dans le cadre normal de ses attributions. L'agissement hors fonctions n'est pas suffisant. Il faut encore que le préposé ait agi sans autorisation.

2- L'absence d'autorisation

Pour que le commettant puisse s'exonérer, le préposé doit avoir agi sans autorisation. Mais qui doit établir cette condition? Est-ce à la victime de prouver l'existence d'une autorisation ou au commettant l'absence d'autorisation?

64) JOURDAIN (P.), observ.: R.T.D. civ. 1989, 89 (II).

65) Voir en ce sens: civ., 22 janv. 1997: D. 1997, I.R., 53.

La jurisprudence semble admettre une solution favorable à la victime. En effet, dans deux arrêts, -l'un rendu par la chambre criminelle le 13 mai 1980⁶⁶ l'autre par la deuxième chambre civile le 30 juin 1982⁶⁷-, la Cour de cassation a estimé qu'il appartient au commettant, qui veut échapper à sa responsabilité, d'établir que son préposé a agi sans autorisation.

De plus, un arrêt récent a admis qu'il appartient au commettant d'établir que l'activité dommageable du préposé lui est interdite⁶⁸, ce qui revient à édicter une présomption simple d'autorisation de l'activité dommageable à la charge du commettant⁶⁹. MM. FLOUR et AUBERT ont approuvé cette solution parce qu'elle est conforme à l'intérêt de la victime, et parce que le "commettant est, incontestablement le mieux placé pour rapporter les preuves nécessaires"⁷⁰. M LAMBERT-FAIVRE a estimé dans son article précité que "cette solution conforte une interprétation extensive de l'article 1315 du Code civil, selon laquelle celui qui se prétend libéré d'une obligation doit justifier non seulement l'extinction de cette obligation, mais plus largement son exonération"⁷¹.

CONCLUSION

Dans l'état actuel du droit positif français, la limite de la responsabilité du commettant en cas d'abus de fonctions de son préposé est claire. Mais cette apparente clarté ne saurait dissimuler les difficultés qui surgissent en pratique pour déceler l'existence de chacun des critères de l'abus de fonctions.

Nous nous sommes ainsi aperçu que la jurisprudence tend souvent à confondre l'agissement objectif hors fonction avec la finalité étrangère de l'acte. Nous souhaitons que l'effort de la Cour de cassation se concentre désormais sur la détermination du contenu exact de chaque critère.

66) Crim., 13 mai 1980: Bull. crim., n°144.

67) Civ., 30 juin 1982: Bull. civ., II, n°100, p. 72; D. 1982, I.R., 421.

68) Crim., 21 mars 1989: précité.

69) JOURDAIN, observ.: R.T.D. civ. 1990, p. 495.

70) FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.): ouvrage précité, n°220, p. 216.

71) LAMBERT-FAIVRE: article précité [I (A.C)].