

Les Cahiers de droit

Notion de commettant et de préposé en droit civil

Guy Pinsonneault



Volume 1, numéro 1, 1954

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1003646ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1003646ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Pinsonneault, G. (1954). Notion de commettant et de préposé en droit civil. *Les Cahiers de droit*, 1(1), 77–94. <https://doi.org/10.7202/1003646ar>

Tous droits réservés © Université Laval, 1954

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

érudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

<https://www.erudit.org/fr/>

Notion de commettant et de préposé en droit civil

C'EST avec beaucoup de respect que nous abordons un sujet, se rattachant au grand problème de la responsabilité. Des juristes éminents comme Savatier, Mazaud, Lalou, Flour, Bertrand, ont consacré à l'étude de cette question le meilleur de leurs énergies. Aussi, serions-nous prétentieux de vouloir faire plus que présenter une pâle synthèse de l'enseignement de ces maîtres, complétée par une revue, aussi entière que possible, des solutions apportées par la jurisprudence.

Les auteurs divisent ordinairement la responsabilité civile en trois grandes sections : la responsabilité du fait personnel, celle du fait de la chose, et enfin la responsabilité du fait d'autrui.

Cette dernière est divisée à son tour, en trois parties dans le *Code français* ; soit la responsabilité des parents pour leurs enfants mineurs, des artisans et instituteurs pour leurs élèves et apprentis, enfin, celle des maîtres et commettants pour leurs domestiques et préposés.

Dans le *Code de la province de Québec* on a conservé en plus la responsabilité des tuteurs pour leur pupille et celle du curateur ou autre personne ayant légalement la garde des insensés.

Nous ne nous attacherons qu'au troisième paragraphe de l'article 1384 du C.N. disant que :

« Les maîtres et les commettants (sont responsables), du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés. »

Ainsi qu'à la disposition correspondante dans notre code, le paragraphe 7 de l'article 1054, à l'effet que :

« Les maîtres et les commettants sont responsables du dommage causé par leurs domestiques et ouvriers dans l'exécution des fonctions auxquelles ces derniers sont employés. »

Comme on le constate, la principale différence entre le texte français et le nôtre réside dans les mots « exécution des fonctions . . . » alors que le code Napoléon dit : « dans les fonctions . . . »

Notre étude ne portant que sur la notion de la préposition, c'est-à-dire ce lien qui unit le préposé à son commettant, nous ne considérerons

pas l'exécution des fonctions. C'est d'ailleurs sur ce point que notre jurisprudence diffère le plus de celle des tribunaux français, depuis le fameux jugement de *Curley vs Latreille*.¹

Notre travail, comportera donc deux parties. La première sera consacrée à la doctrine et à la jurisprudence française actuelles.

Dans la seconde, nous essayerons de dégager des jugements rendus par nos tribunaux, soit la confirmation des principes établis dans la première partie, soit, s'il y a lieu, les différences qui distinguent notre jurisprudence de celle des tribunaux français.

I. — EN FRANCE

A) Fondement de la responsabilité des commettants

Désirant motiver la responsabilité que l'article 1384, paragraphe 3^o, a placée sur le commettant pour les faits de son préposé, les juristes ont élaboré plusieurs théories. Actuellement on peut en distinguer quatre principales : celle de la présomption de faute, la théorie du risque, celle du commettant-caution, et enfin, celle de la représentation délictuelle.

THÉORIE DE LA PRÉSUMPTION DE FAUTE

Le *Code civil* semble fonder la responsabilité des maîtres et commettants sur l'idée d'une présomption de faute. Le commettant est présumé avoir commis une faute dans le choix (*culpa in eligendo*), ou dans la surveillance (*culpa in negligendo*) de son préposé. Lorsqu'un préposé cause par sa faute un dommage à autrui, on doit conclure que, nécessairement, le maître l'a mal choisi ou mal surveillé. C'est la théorie classique adoptée par la doctrine pendant plus d'un siècle, mais aujourd'hui, en France, elle est complètement abandonnée (cf. RODIÈRE, n^o 1464).

En effet, il arrive en plusieurs cas que le commettant n'a pas eu la possibilité de choisir son préposé, ou qu'il n'a pu ou même n'a pas eu le droit de le surveiller² et pourtant, il sera responsable des actes de son préposé quand même.

Ainsi le pilote qui guide un navire est le préposé du propriétaire de ce bateau bien que celui-ci n'ait pu aucunement le choisir.³

De même, un entrepreneur qui fait exécuter des travaux par un groupe de détenus que les autorités pénitenciaires ont mis à sa disposition est le commettant de ces prisonniers quoiqu'on les ait désignés sans le consulter.⁴

1. (1920), 60 S.C.R. 131.

2. RIPERT et BOULANGER, t.11, n^o 1123.

3. Cf. Reg., 24 janv. 1923 — D.P., 1923, 1, 55.

4. Cf. Paris, 26 oct. 1938 — D. H., 1939, 26.

THÉORIE DU RISQUE

Selon Henri Capitant (*Vocabulaire juridique*) la théorie du risque est :

« celle suivant laquelle on est responsable du dommage causé par ses préposés, même quand on a aucune faute à se reprocher, à raison du risque, que par son activité, on fait courir à autrui ».

Le commettant prolonge sa propre action par l'activité de ses préposés. Cette extension de son action a généralement pour but l'obtention d'un gain plus considérable mais elle a aussi pour conséquence une augmentation des risques éventuels courus par les tiers. Il est donc normal que celui qui profite de l'activité de ses préposés assume les dommages qu'elle pourrait occasionner. Et comme le commettant n'a pas commis de faute mais seulement ses préposés, cela représente pour lui un risque (SAVATIER, n° 285). Il s'agit d'une responsabilité sans faute qui procède de l'idée de risque.

Cette théorie est partagée par plusieurs grands juristes contemporains, notamment Planiol,⁵ Josserand,⁶ Savatier.⁷ Quoique très satisfaisante, cette conception à elle seule ne peut toutefois expliquer tous les cas.

Elle ne peut motiver pourquoi le commettant a un recours contre son préposé. Et, de plus, la responsabilité du commettant subsistera même si celui-ci ne retire aucun profit de l'action de son préposé, comme c'est souvent le cas pour le commettant occasionnel.⁸

THÉORIE DE COMMETTANT-CAUTION

Désirant expliquer ce recours que possède le commettant contre son préposé fautif, certains juristes ont élaboré une théorie que l'on pourrait qualifier de « technique », en ce sens qu'elle décrit plutôt l'opération objective qui se produit lorsqu'on fait jouer la responsabilité du commettant pour la faute de son préposé ; c'est la théorie du « commettant-caution ».

S'appuyant, au départ, sur l'explication sociale que nous fournissaient tantôt les tenants de la théorie du risque, plusieurs juristes comme Flour,⁹ Ripert,¹⁰ Rodière¹¹ en sont arrivés à une conclusion différente

5. PLANIOL, p.298.

6. JOSSERAND, t.2, n° 492.

7. SAVATIER, *Traité pratique de responsabilité civile*, t.1, nos 274 et 284.

8. RIPERT et BOULANGER, t.2, n° 1125.

9. FLOUR, *Les rapports de commettant à préposé*, thèse, cause 1933.

10. RIPERT, *La règle morale dans les obligations*, cause n° 126.

11. RODIERE, *La règle morale dans les obligations*, cause n° 1473.

toutefois de celle donnée par Planiol ou Savatier ;¹² ou plutôt, ils sont allés plus loin que ces derniers. Conservant l'explication d'après laquelle la disposition légale qui rend les commettants responsables de leurs préposés est motivée par des raisons « d'ordre public : l'utilité sociale », ils poursuivent en disant que, les préposés étant généralement des individus peu solvables, la victime du dommage a intérêt à rechercher quelqu'un d'autre qui répondrait pour cet insolvable ; cette personne sera le commettant. On conclut donc, que le commettant serait le « garant » envers les tiers de l'activité régulière de son préposé (cf. Flour).

Cette théorie a l'avantage de motiver l'action possible du commettant obligé d'indemniser un tiers pour le dommage causé par son préposé. Mais, on exige toujours, pour que ce recours soit possible, l'existence d'une faute chez le préposé, autrement on arriverait, dans la responsabilité civile ordinaire, à une théorie du risque absolu telle que déjà acceptée dans la législation du travail (relativement aux accidents du travail) où l'employeur est toujours tenu responsable indépendamment de la faute de son employé. Cependant, il faut admettre que la théorie du « commettant-caution », n'explique pas tout.

Premièrement, l'argument à la base de cette théorie, à savoir l'insolvabilité des préposés, ne correspond pas toujours à la réalité. Bien qu'en fait les préposés soient généralement, vu leur condition sociale, des individus sans surface, il se présente souvent des cas où les tribunaux sont devant des personnes parfaitement solvables.

Tel le médecin, qui est le préposé de l'hôpital, non en ce qui concerne l'exercice technique de son art, mais pour les obligations étrangères à la technique de la médecine.

Très souvent aussi, les ingénieurs sont les préposés de la firme qui les emploie.

En second lieu, il y a surtout le fait que la jurisprudence française a permis à la victime d'intenter une action principale et directe contre le commettant sans même mettre en cause le préposé, débiteur principal.¹³

THÉORIE DE LA REPRÉSENTATION DÉLICTUELLE

La quatrième théorie élaborée par les juristes français est celle de la représentation délictuelle. On s'est efforcé ici de retrouver la faute du commettant dans celle du préposé.

On sait que la faute chez le préposé est une condition nécessaire à la responsabilité du commettant. Or, dit-on, lorsque le préposé exerce les

12. SAVATIER, t.1, nos 274 et 284.

13. Crim., 2 déc. 1881 — D.P., 1882, 1, 191 ;
Civ., 28 mai 1941 — D.H., 1941, 306 ;
Rennes, 15 oct. 1941, Rec. — Gay. Pal., 1941, 2, 477.

fonctions qui lui sont confiées par le commettant, *il représente celui-ci* parce qu'il prolonge son activité. C'est une « représentation en vue de l'action » par opposition à celle qui a pour objet un acte juridique.

Ripert et Boulanger résument ainsi cette théorie.

« Il y a en réalité, écrivent-ils dans leur traité de *Droit civil*,¹⁴ une présomption légale que la faute du préposé est aussi la faute du commettant. En exerçant les fonctions qui lui sont confiées, le préposé *représente le commettant* (voir Bertrand, thèse¹⁵). Il ne s'agit pas d'une représentation en vue d'un acte juridique, mais d'une représentation *en vue de l'action*. Comme la faute du préposé est, par hypothèse, établie, la faute du commettant est présumée invinciblement ; elle ne peut pas ne pas exister puisqu'elle se confond avec celle du préposé. »

Mazeau, dans son *Traité pratique de la responsabilité*,¹⁶ abonde dans le même sens. Il en est de même pour Colin et Capitant.¹⁷

Rodière,¹⁸ lui, a qualifié cette théorie, basée sur la confusion de personnes, d'« artifice de mots ». Il objecte que la faute est personnelle à celui qui agit autrement qu'il n'aurait dû, et qu'on ne peut envisager une faute sans culpabilité ; ce qui serait le cas présentement pour le commettant.

COMPLEXITÉ DE LA RESPONSABILITÉ DE COMMETTANT

Où est la vérité ? Comme toujours lorsqu'il y a plusieurs opinions en présence, chacune d'elles possède une part de la vérité objective. En réalité, la responsabilité du commettant est très complexe.

Une seule chose paraît certaine. C'est que la responsabilité du commettant du fait de son préposé ne repose pas sur une présomption de faute, mais sur une obligation légale.

Lorsque les conditions requises pour engendrer la responsabilité du commettant sont réalisées, il serait plus juste, croyons-nous, de dire que le commettant est « réputé » au lieu de « présumé » en faute, étant donné le refus de la loi de permettre toute preuve contraire.

Le législateur a donc *édicte* par le paragraphe 3^e de l'article 1384 du C.N. une obligation toute objective ; mais pourquoi a-t-il choisi le commettant pour la supporter ?

Avec Savatier¹⁹ on doit faire appel, pour répondre à cette question, à l'idée de risque.

14. N° 1125, pp.401-402.

15. BERTRAND, *Le préposé moderne*, thèse Aix 1935.

16. Nos 934-935.

17. *Cours de Droit civil français*, t.2 (1948) n° 350.

18. RODIÈRE, n° 1467.

19. SAVATIER, *Traité pratique de la responsabilité civile*, t.1, n° 285.

Il est parfaitement normal en effet que celui qui, par ses entreprises, « prolonge son activité » à l'aide de préposés, créant ainsi des risques éventuels pour les tiers, et retire le profit du travail d'autrui, supporte les dommages qui peuvent ainsi être causés. Et cela n'est que justice. « N'est-ce pas, en effet, le service dont le maître profite qui en produit le mal qu'on le condamne à réparer ? » ²⁰

Mais, à la base de cette responsabilité, nous trouvons la faute du préposé. Cette faute est essentielle pour faire naître l'obligation du commettant. C'est ainsi qu'on a exclu toute responsabilité du maître pour le dommage causé par son préposé dément.²¹

Elle explique aussi l'action récursoire du commettant contre son préposé. Celui-ci, en agissant autrement qu'il aurait dû, a entraîné celui-là à payer les dommages causés par sa faute. Le préposé, comme tout individu, doit répondre de sa faute personnelle. Il est donc normal que celui qui, en définitive, en a souffert (soit dans ce cas-ci le commettant), ait un recours contre l'auteur du dommage.

En fait, le commettant joue le rôle de « caution » en faveur des victimes de l'activité professionnelle de son préposé.

De son côté, la théorie de la « représentation délictuelle » nous fournit une bonne description du phénomène juridique que nous étudions.

En résumé nous pouvons dire que la responsabilité du commettant du fait de son préposé résulte d'une obligation légale qui lui est imposée par le législateur, que ce dernier a désigné le commettant pour la supporter parce que c'est lui qui retire le profit de l'activité génératrice du dommage et qu'enfin la faute chez le préposé conditionne la naissance de cette obligation.

B) Jurisprudence

Connaissant le fondement de la responsabilité du commettant pour les actes de son préposé, il nous faut maintenant trouver les règles qui nous permettront de déterminer quand une personne est la préposée d'une autre. Nous étudierons d'abord en quoi consiste le lien de préposition et, l'adaptant au concret, nous tâcherons de distinguer les professions et les situations où existe ce lien et celles avec lesquelles il est incompatible. C'est de la jurisprudence surtout que nous dégagerons ces règles ; nous les ferons aussi précises que possible. Cela en sera d'autant plus facile qu'aujourd'hui, en France, ce secteur important de la responsabilité est bien déterminé par des arrêts nombreux de la Cour de cassation.

20. BERTRAND DE GREVILLE in FENET, *Recueil des travaux prép. du C.C.*, t.13, p.468.

21. Paris, 23 juin 1950 — J.C.P., 1950 II.

I. — NOTION DE PRÉPOSITION

C'est au plus haut tribunal que nous irons demander une formule précise pouvant nous guider dans l'étude des cas particuliers de responsabilité.

Dans maints arrêts,²² depuis 1926, nous retrouvons le même principe élaboré en deux phrases concises et définitives :

« La responsabilité des faits du préposé, mise par l'article 1384 paragraphe 3^e, C.N. à la charge du maître ou commettant, suppose que ce dernier a eu le droit de donner au préposé des ordres ou des instructions sur la manière de remplir les fonctions auxquelles il est employé ; que c'est ce droit qui fonde l'autorité et la subordination sans lesquelles il n'existe pas de véritable commettant. »²³

La Cour de cassation est donc bien catégorique : pour qu'une personne soit la commettante d'une autre il faut qu'elle ait *autorité* sur elle, il faut qu'il existe entre elles un *lien de subordination*.

Mais en quoi consiste-t-il au juste ce lien de subordination ? Est-ce une pure question de fait ? Ne serait-ce pas plutôt un « droit » puisque le tribunal lui-même emploie ce mot. Où en trouverons-nous le critère, dans l'ordre social ou dans l'ordre juridique ?

Sur le premier point les juristes ne s'entendent pas. Les uns sont d'opinion qu'il ne s'agit que d'une question de fait.²⁴ D'autres, à cause de la phraséologie employée par la cour, prétendent que c'est un droit.

Savatier²⁵ s'explique ainsi :

« D'abord, la subordination envisagée, écrit-il, n'est pas de pur fait. Elle suppose chez le commettant un *droit* de donner des ordres et des instructions . . . Celui à qui un service est rendu ne serait pas un commettant car il ne possède aucun droit d'exiger ou de diriger ce service. »

Nous verrons, plus loin, que la jurisprudence est à l'effet contraire.

Par ailleurs, Josserand²⁶ définit la préposition comme suit :

22. Voir : Civ., 15 juin 1926 — Rec. Sirey, 1926, 1, 249 ;
 Civ., 18 juin 1928 — Gay. Pal., 1928, 2, 411 ;
 Crim., 20 mai 1933 — Gay. Pal., 1933, 2, 352 ;
 Civ., 4 mai 1937 — Rec. Sirey, 1937, 1, 247 ;
 Reg., 12 juillet 1939 — D.H., 1937, 570 ;
 Reg., 8 oct. 1940 — Gay. Pal., 1940, 2, 65 ;
 Civ., 30 avril 1947 — J.C.P., 1947, II, 3628 ;
 Crim., 15 juillet 1948 — J.C.P., 1948, IV, 130 ;
 Paris (appel) 11 mai 1950 — D.H., 1950, 438.

23. Cass. (civ.), 4 mai 1937 — Gay. Pal., 1937, 2, 269.

24. DEMOGUE, *Obligation*, t.5, n° 914 ; MAZEAUD, *Responsabilité civile*, (1934) t.1, n° 874, p.747.

25. SAVATIER, *Traité pratique de la responsabilité civile*, n° 289, p.369.

26. JOSSERAND, *Cours de droit positif français* (1939) n° 508.

« La préposition est une notion fort compréhensive ; ce n'est pas un contrat déterminé mais un *rapport juridique générique*, une situation juridique résultant de toute convention par laquelle une personne en commet une autre à l'exercice d'une fonction, d'une entreprise, d'une tâche . . . »

Rodière ²⁷ exprime probablement la vérité lorsqu'il prétend que la préposition est une situation de droit qui résulte ordinairement de faits.

En considérant ces faits Savatier nous donne le critère social de la notion de préposé :

« Le préposé, dit-il, est celui qui, trop faible socialement pour être à ses propres risques, s'appuie sur un maître assez fort socialement pour les supporter. » ²⁸

Le critère juridique, nous venons de le voir, c'est la jurisprudence qui nous le fournit : c'est *la subordination*.

Mais comment déterminer à coup sûr s'il y a subordination ? Y aura-t-il subordination seulement lorsque le préposé reçoit un salaire, ou du moins une rétribution quelconque ?

Sinon, l'existence d'un contrat liant le préposé au commettant est-il nécessaire pour qu'il y ait subordination ? Celle-ci nécessite-t-elle la dépendance économique et sociale du préposé ? Et enfin, le choix de ce dernier par le commettant est-il une condition essentielle ?

Salaire

Bien qu'étant un indice très commode, le salaire donné par le commettant au préposé n'est toutefois pas une condition nécessaire à l'existence de la subordination.

C'est ainsi qu'une personne peut être rétribuée par un autre mode que le salaire et avoir la qualité de préposé. Les chasseurs à la porte des hôtels ou des gares, ²⁹ les ouvreuses dans les cinémas ne touchent, en guise de compensation pour leur travail, que les pourboires des clients. Ils sont quand même les préposés de l'hôtel ou du cinéma.

La rétribution peut même ne pas être en argent, mais en services personnels.

La chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé en ce sens dans une cause du 24 octobre 1913 ! ³⁰ Elle a alors reconnu la qualité de préposé à un individu qui, en retour de soins médicaux reçus d'un médecin, faisait quelques courses pour et dans l'auto de ce dernier.

27. RODIÈRE, n° 1474, 1, p.105.

28. *Revue critique*, 1934, p.451.

29. Paris, 24 nov. 1949 — Sirey, 1950, 2, 114.

30. *Crim.*, 24 oct. 1913 — D.P., 1913, 1, 62.

La jurisprudence va encore beaucoup plus loin. Non seulement elle n'exige pas de salaire ni de rétribution équivalente, mais elle a considéré comme préposées des personnes qui ne retirent absolument rien pour leurs services. Tels les jugements déclarant préposé du propriétaire de l'auto l'ami³¹ ou le parent³² qui la conduisait.

Donc, le non-salarié, ou même la personne qui n'est pas rétribuée du tout, peut avoir la qualité de préposé. Ce n'est pas là que réside la subordination.

Contrat

Le contrat le plus courant entre maîtres et préposés est le contrat de travail, mais l'existence d'un tel contrat, n'est aucunement nécessaire à l'établissement du lien de préposition. Évidemment, lorsqu'on le rencontre dans l'analyse d'un cas précis, la tâche est de beaucoup simplifiée. On peut tout de suite conclure qu'il y a subordination, donc préposition.

Mais un préposé peut-être lié à son commettant par un autre contrat que celui de travail pourvu que ce contrat n'exclut pas la subordination comme c'est le cas pour le contrat d'entreprise. Ils peuvent même n'être liés entre eux par aucun contrat.

C'est ainsi qu'on a reconnu une personne commettante d'un ami auquel elle confie la conduite de sa voiture.³³ Le mari commettant de son épouse,³⁴ le père de son enfant majeur ou mineur,³⁵ un individu commettant de sa concubine,³⁶ ou même d'un passant bienveillant qui donne un coup de main dans un dépannage de voiture.³⁷

Dépendance économique et sociale

Le préposé doit-il être dans un état de dépendance économique ou sociale à l'égard de son commettant? Savatier prétend que oui. Dans le passage de cet auteur que nous avons cité plus haut il écrit

« que ceux qui ont légalement autorité sur une personne ne peuvent jamais, en jurisprudence, devenir ses préposés ; ils ne reçoivent pas en effet, mais donnent des ordres et des instructions ».³⁸

31. Trib. civ., Seine 7 déc. 1937 — Gay. Trib., 15 janv. 1938.

32. Civ., 4 déc. 1945 — J.C.P., 1946, II, 3110.

33. Trib. civ., Seine, 18 nov. 1932 ; Rec. Rennes, 1933.

34. Civ., 5 nov. 1937 — Gay. Pal., 1938, 1, 43.

35. Reg., 17 avril 1931 — Rec. gén. assurance tesc., 1931, 1846.

36. Crim., 6 mai 1931 — Gay. Pal., 1931, 1, 537.

37. Soc., 28 déc. 1944 — Rec. gén. assurance tesc., 1945, 194.

38. SAVATIER, *Traité pratique de responsabilité civile*, n° 28, p. 370.

De sorte qu'un père ne pourrait jamais être le préposé de son fils. Savatier a toutefois fait une réserve dans le cas du fils mineur commerçant qui embaucherait son père comme simple employé dans son commerce.

Mazeaud³⁹ par contre, écrit :

« Une conception aussi large de la notion de commettant interdit de s'arrêter à des considérations tirées de la *situation sociale* du préposé et des *rappports de famille* qui peuvent exister entre le commettant et le préposé. Si élevé que soit la situation d'une personne, cette personne devient un préposé *lorsqu'elle reçoit des ordres*. Un parent quelconque peut devenir le préposé de son parent. »

Plusieurs décisions ont été rendues en ce sens par les tribunaux français.⁴⁰

Choix du préposé

Le choix du préposé, dont nous avons traité au début en expliquant la théorie de la présomption de faute, n'a jamais constitué véritablement la base de la responsabilité « des maîtres et commettants pour les dommages causés par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés », mais fut plutôt considéré par les tribunaux comme une condition, essentielle au début, accessoire par la suite. Aujourd'hui on n'y fait plus allusion,⁴¹ sauf à l'occasion pour appuyer la preuve principale.

La notion de commettant et de préposé n'a donc pas pour critère le salaire ou autre rétribution donnés par le maître à son préposé, ni un contrat, de travail ou autre, liant le préposé à son commettant, ni enfin la dépendance économique et sociale qui accompagne généralement la préposition. Une compensation pour le travail exécuté n'est même pas essentielle, non plus que l'existence d'un contrat.

Avec Lalou,⁴² et se basant sur la formule de la Cour de cassation, il nous faut donc conclure que

« le préposé est celui auquel le maître ou le commettant ont le droit de donner des ordres sur la manière de remplir ses fonctions . . . Une seule chose est néces-

39. MAZEAUD, *Traité pratique de la responsabilité civile*, n° 886, p.814.

40. Paris, 14 mars 1930 — D.P., 1930, 2, 115 ;
Reg., 17 mars 1931 — Gay Pal., 1931, 1, 800 ;
Reg., 17 avril 1931 — précitée.

41. Reg., 5 août 1907 — D.P., 1910, 1, 524 ;
Reg., 24 janv. 1923 — précitée
Crim., 13 mars 1923 — Sirey, 1923, 1, 385 ;
Paris, 9 déc. 1938 — D.H., 1939, 136 ;
Paris, 26 oct. 1938 — précitée.

42. LALOU, *Traité pratique de la responsabilité*, n° 1023.

saire pour qu'il y ait préposé : *la possibilité de recevoir des ordres d'un commettant, ou en d'autres termes, la subordination* ».

II. — SITUATIONS INCOMPATIBLES AVEC LA QUALITÉ DE PRÉPOSE

Contrat d'entreprise

La grande importance de distinguer, dans l'analyse d'une situation concrète, entre le contrat de travail et celui d'entreprise résulte du fait que ce dernier exclut automatiquement tout lien de préposition. Par son essence même, le contrat d'entreprise, conserve à celui qui en est chargé l'indépendance dans la manière d'exécuter son travail, de diriger ses employés, de les payer, etc., rejetant ainsi le contrôle nécessaire du commettant.

Rouast et Durand, dans leur *Précis de législation industrielle* ⁴³ distinguent ainsi les deux contrats :

« Il faut admettre, écrit l'auteur, comme critérium permettant de distinguer le contrat de travail du contrat d'entreprise, le *lien juridique de subordination* qui unit le travailleur à celui avec qui il s'engage. S'il accepte de travailler *sous la direction* de celui-ci *en exécutant les ordres* qu'il lui donne *pour l'exécution de son travail*, il y a contrat de travail. Si, au contraire, il garde *son indépendance* et s'engage seulement à remettre un *ouvrage déterminé*, il y a contrat d'entreprise » . . . « Ce critérium est celui que la Cour de cassation a toujours admis ». Et l'auteur ajoute au numéro suivant : ⁴⁴ « la jurisprudence a tendance à se contenter *d'une direction générale* du travail pour admettre qu'il y a contrat de travail. »

Il a été ainsi jugé que le propriétaire d'une auto en panne sur la route, qui, ayant fait venir un garagiste pour découvrir la cause du mauvais fonctionnement de son véhicule, a confié, tout en demeurant dans l'auto, la conduite de sa voiture au garagiste, n'est pas responsable des dommages causés dans un accident qui survint pendant que celui-ci était au volant ; le contrat intervenu entre le propriétaire du véhicule et le garagiste étant un contrat d'entreprise et non un contrat de louage de service. ⁴⁵

Dans une autre affaire, celle du 12 juillet 1937, ⁴⁶ il a été jugé qu'un cycliste, chargé d'assurer quotidiennement, *sans contrat de travail, étant payé à la course*, le transport des journaux d'une société depuis le siège social jusqu'à la gare, ne peut être considéré comme le préposé de la société, alors que celle-ci n'a sur lui aucun moyen de contrôle ou de surveillance, ne lui donne *aucun ordre* ni *aucune instruction* pour l'exécu-

43. ROUAST et DURAND, cf. n° 266, p.346.

44. ROUAST et DURAND, *idem*, cf. n° 267.

45. Crim., 28 juin 1934 — D.H., 1934, 432.

46. D.H., 1937, 570.

tion de ce transport, et n'a à se préoccuper, ni du temps qui y est consacré, ni du mode de locomotion. Par suite, le service de messageries que le cycliste assurait à ses *risques et périls* lui conférait la qualité juridique, soit d'entrepreneur particulier ou de commissaire de transport, soit de tâcheron exécutant pour son propre compte la mission qu'il recevait.

Dans la détermination du contrat de travail ou de celui d'entreprise, il faut donc considérer le mode de rétribution, la dépendance économique ou sociale, mais seulement à titre d'indice, car le critère du contrat de louage de service, ainsi que nous l'indique Rouast et Durand, réside dans la « subordination juridique ». Celle-ci existera si le commettant a droit de contrôle sur la manière, pour le préposé, d'exécuter son travail. Il n'est pas nécessaire que ce dernier travaille dans l'usine du patron, ou sous sa surveillance immédiate. Le seul fait de dépendre du patron pour l'exécution matérielle de son travail fait de lui un préposé.

Sur ce point du genre de contrôle que doit exercer le commettant, la jurisprudence canadienne, comme nous verrons dans la deuxième partie de ce travail, diffère de celle des tribunaux français en ce qu'elle exige un contrôle immédiat sur le travail du préposé alors que la seconde se contente d'une direction générale.

C'est ainsi qu'en France, il ne fait aucun doute qu'un pilote d'avion, comme le pilote de navire ou le simple conducteur d'autobus est le préposé de la firme qui les emploie. Mais dans Québec, la question du pilote d'avion n'est pas encore résolue vu la sorte de contrôle exigée par la jurisprudence.

MÉDECINS ET CHIRURGIENS :

Une deuxième profession qui a donné beaucoup de maux de tête aux juges et qui a préoccupé la plupart des grands juristes, est la profession médicale.

Dans l'ensemble de la responsabilité, celle du médecin est peut-être la branche la plus passionnante à étudier. C'est là que nous sentons la souffrance humaine dans ce qu'elle a de plus intense, de plus tragique ; la vie de l'homme est en jeu. Elle est aussi la plus complexe à cause de l'impossibilité où sont les hommes de loi de déterminer avec précision le degré de responsabilité de l'homme, dont la moindre inhabilité, la plus minime négligence peut entraîner, chez son patient, la perte de ce que tous, nous chérissons le plus ici-bas, la vie.

Dans l'exercice de leur art :

Dans l'exercice technique de son art, le médecin ne peut être le préposé de personne pas plus de l'hôpital ou de la clinique privée où il pratique, que de l'Assistance publique ou de l'organisation de bienfaisance qui l'emploie, ni de l'autre médecin qu'il assiste dans une opération.

En effet, n'ayant d'ordre à recevoir de qui que ce soit relativement à la pratique de l'art médical, le médecin ne peut donc pas être le préposé de quelqu'un, puisque c'est précisément cette direction dans son travail qui constitue la qualité de préposé.

Hôpital et clinique :

De nombreuses décisions ont été rendues relativement à la responsabilité des hôpitaux. Ainsi on a jugé dans une cause du 5 mai 1942⁴⁷ que la faute commise par un chirurgien en opérant un patient ne se rattache point au fonctionnement du Service mais à l'exercice de son art ; qu'en effet, les médecins des hôpitaux ne peuvent être considérés comme les préposés de l'administration de l'institution lorsqu'ils y exercent leur activité professionnelle parce qu'à cet égard, ils sont complètement indépendants de l'hôpital.

On a réitéré les mêmes principes dans une décision du 20 avril 1953⁴⁸ en disant que les médecins et les chirurgiens des hôpitaux ainsi que les internes, ne sont aucunement, en ce qui concerne leur art, les préposés ni les agents de l'administration de la collectivité publique dont dépendent les hôpitaux en question, parce que c'est en toute indépendance qu'ils exercent leur profession médicale dans les hôpitaux sans que les autorités de l'institution aient sur eux, en ce qui concerne l'exercice de leur art, aucun pouvoir de direction ni aucun droit de contrôle.

Il en va de même, comme on le conçoit, des cliniques privées. Qu'elles soient possédées par des médecins ou non, l'administration n'a aucun droit de direction sur le travail strictement professionnel du médecin, et partant, n'en est pas la commettante à ce point de vue.

L'Assistance publique, même si elle a des médecins et chirurgiens à son service, n'est pas non plus la commettante de ces derniers.⁴⁹ Il en est de même pour les organismes de bienfaisance comme la Société contre le cancer,⁵⁰ la Ligue antituberculeuse, etc.

Le dommage causé par le médecin l'est généralement à son patient, mais il se présente des cas où la victime est une autre personne que le malade. La solution apportée est la même, ainsi que le démontre ce jugement de la Chambre civile du 29 décembre 1947.⁵¹

Il s'agissait du médecin chef de l'hôpital colonial d'Alger, qui, au cours d'une opération à laquelle assistait un autre médecin nommé Errera, a, pendant l'opération, brisé le porte-aiguilles dont un éclat

47. D.H., 1942, 102.

48. Paris, 20 avril 1953 — J.C.P., 1953, II, 7663.

49. Cf. Paris, 27 avril 1953 — J.C.P., 1953, II, 1663.

50. Cf. Aix, 17 mai 1951 — J.C.P., 1951, II, 5447.

51. Civ., 29 déc. 1947 — D.P., 1948, 126.

atteignit l'œil du médecin-adjoint. Qui était responsable ? Qui fallait-il poursuivre ? Le médecin-chef en vertu de l'article 1384, 1, comme gardien de la chose qui a causé le dommage ? Ne pouvait-on pas assigner solidairement le médecin et l'hôpital ?

La Cour d'appel a exonéré l'hôpital, et la Cour de cassation a confirmé son jugement.

« Attendu, dit le tribunal, que pour mettre hors de cause l'hôpital, la Cour d'appel constate que dans l'exercice de ses fonctions le docteur Mara conservait son entière indépendance, et que l'hôpital n'avait ni qualité ni autorité pour s'immiscer dans le traitement des malades hospitalisés et pour contrôler l'usage des instruments chirurgicaux mis à la disposition du médecin opérateur, qui assumait alors la garde . . . » . . . « l'hôpital colonial ne peut être présumé responsable du fait de la chose sur laquelle le chirurgien avait, au moment de l'accident, les pouvoirs d'usage, de contrôle et de direction qui caractérisent le gardien. »

Sur le premier moyen basé sur 1384, 1° (le fait de la chose), le gardien (dans le cas présent : le médecin-chef), n'ayant pas prouvé, à la satisfaction de la Cour, l'existence d'un cas fortuit qui aurait déterminé l'accident, a été tenu responsable.

Médecin-adjoint :

Il reste une situation qui nous paraît beaucoup plus difficile, c'est le cas que pose le médecin qui assiste son confrère dans une opération. Ici, nous sommes en face de deux médecins, et partant, de deux personnes qui, dans l'exercice technique de la médecine, ne peuvent être, comme nous l'avons vu, des préposés, mais dont l'un, par contre, a droit à donner des ordres à l'autre sur la manière de pratiquer l'opération.

Le chirurgien principal sera-t-il responsable des dommages causés par la faute de son adjoint en tant que commettant de celui-ci ?

Il semble, que, malgré la subordination du médecin-assistant, on ne puisse conclure à l'existence d'un lien de préposition, mais la question reste douteuse si l'on considère, par exemple, que l'infirmière qui a, elle aussi, fait des études médicales, est la préposée du médecin-opérateur qu'elle assiste pendant la durée de l'opération.

Hors l'exercice de leur art :

On a certainement noté l'insistance des tribunaux à préciser que les solutions apportées plus haut ne s'appliquent que lorsque le médecin est dans l'exercice technique de son art. Pour les actes étrangers à la technique de la médecine, le médecin tombe sous la surveillance de l'administration de l'hôpital, clinique, association ou compagnie au service de laquelle il s'est placé, et, sous cet aspect, il est un préposé au sens de l'article 1384, 3° C.N.

On a jugé en ce sens qu'un hôpital est civilement responsable de ce que son médecin a laissé un patient plusieurs jours sans l'examiner.⁵² Une compagnie de chemin de fer a été aussi trouvée responsable de ce que son médecin a négligé de se rendre auprès d'un employé malade après plusieurs appels de la part de celui-ci.⁵³

Mais où fixer la limite entre ces actes à responsabilité différente ? Pour cela, considérons le médecin à l'hôpital.

D'une part, nous voyons le médecin, engagé par l'hôpital, pour donner aux patients les bons soins que requiert leur état. D'autre part, il y a l'institution qui a à son service en plus de ses médecins, des internes, des infirmières et tout un personnel chargé de fournir aussi aux patients les services nécessaires. Mais ces soins ne sont pas les mêmes que ceux du médecin. Ce sont plutôt des soins « auxiliaires », complémentaires des premiers.

Il est maintenant logique de déclarer que le médecin ne pourra être tenu responsable des soins qui incombent au personnel de l'hôpital comme tel, ni l'hôpital des soins relevant de la technique de l'art médical.

INFIRMIERS :

Cependant, la situation se complique lorsque le médecin, pour exercer son art, doit se faire assister du personnel de l'hôpital. La règle applicable reste pourtant la même. Les infirmières seront donc en principe les préposées de l'institution, mais, lorsqu'elles assistent le médecin dans la technique médicale, elles n'ont d'ordres et de direction à recevoir que de lui et deviennent, partant, ses préposées.

Ainsi on a tenu une clinique responsable des brûlures causées par une bouilloire trop chaude placée par l'infirmière près d'un nouveau-né,⁵⁴ ou par un cataplasme à une température exagérée.⁵⁵

L'arrêt de Lyon du 29 octobre 1951⁵⁶ exprime bien le principe applicable aux infirmières. Les faits, en bref, sont les suivants : un médecin, professeur à la Faculté de Lyon, après une grave opération se vit prescrire des piqûres de pénicilline et de soludagenan. Une erreur dans la manière de donner une de ces piqûres, provoque la paralysie du nerf sciatique. La cour, en condamnant l'hôpital, énonce ainsi la règle :

« Attendu que si l'infirmière attachée à une clinique devient momentanément la préposée du chirurgien à la disposition duquel elle est mise pour l'assister dans une opération et donner au malade les soins qui en sont inséparables, elle n'a, cette mission terminée, d'autre commettant que l'exploitant

52. Dijon, 18 mars 1903.

53. Pau, 30 juin 1913 — D.P., 1915.

54. Paris, 26 mai 1942 — Gay. Pal., 1942, 2, 58.

55. Paris, 22 juin 1943 — Gay. Pal., 1943, 2, 90.

56. Gay. Pal., 1951, 2, 430 — D., 1952, 763.

de la clinique auquel la lie un contrat la plaçant à son égard dans un état permanent de subordination. »

Mais, demandera-t-on, où se termine une opération et où commence la responsabilité de l'hôpital ?

La jurisprudence française est à l'effet que l'opération comprend aussi les soins préopératoires et postopératoires qui sont

« la conséquence directe et le prolongement de l'intervention chirurgicale elle-même ». ⁵⁷

On pousse même le principe jusqu'à dire que

« le chirurgien doit assurer la surveillance du malade qui se trouve sous l'effet de l'anesthésie en prescrivant et en contrôlant tous les soins qui lui sont nécessaires jusqu'à son réveil ». ⁵⁸

Enfin, les internes des hôpitaux sont considérés comme les préposés du chef de Service. ⁵⁹

En résumé, nous constatons donc que dans l'exercice technique de leur art, les médecins ne peuvent être des préposés, mais qu'ils le sont vis-à-vis l'institution qui les emploie, pour toutes leurs obligations étrangères à la technique médicale. Les infirmières, elles, sont, en principe, les préposées de l'hôpital, de la clinique ou de tout autre organisme pour lequel elles travaillent, mais elles changent de commettant du moment qu'elles tombent sous l'autorité du médecin pour le travail de technique médicale.

Il conviendrait peut-être afin de jeter un coup d'œil complet sur la jurisprudence française de mentionner brièvement d'autres situations qui sont aussi incompatibles avec le lien de préposition, les mandataires, les courtiers et les membres d'une association sportive.

MANDATAIRES :

« L'existence d'un mandat n'implique pas nécessairement l'établissement entre les parties d'un rapport de commettant à préposé. » ⁶⁰

Bien au contraire, la plupart des mandats ne comportent pas la subordination qui est essentielle au lien de préposition.

L'exemple courant que nous fournit la jurisprudence est le mandat par lequel le propriétaire d'une chose en confie la vente à une personne ou à une entreprise déterminée, que cette dernière en fasse une profession ou non.

57. Paris, 27 avril 1953 — Sirey, 1953, 70.

58. *Idem.*

59. Paris, 20 avril 1953 — J.C.P. 1953, II, 1663.

60. Civ., 16 juin 1936 — D.H., 1936, 437.

Tel, l'arrêt ⁶¹ jugeant que le propriétaire d'une voiture qui charge de la vendre l'inspecteur d'une maison d'automobiles n'est pas civilement responsable de l'accident causé par celui-ci en conduisant la voiture pour la présenter à un acquéreur éventuel alors qu'il n'avait pu lui donner ni ordres ni direction quant à la conduite du véhicule le jour où l'accident s'est produit.

Un autre cas intéressant est celui que présentent les gérants de succursale des grandes sociétés. Comment déterminer si c'est par un mandat, par un contrat d'entreprise ou par un simple contrat de louage de service qu'ils sont liés à la firme qu'ils représentent.

Il faudra, dans ces cas, évaluer le degré d'indépendance du gérant au moyen d'indices comme le choix et la rémunération du personnel, le mode de travail, la sécurité sociale, etc. . . Si, d'après ces renseignements, le gérant a reçu un mandat de gestion et d'exploitation, il ne pourra être le préposé de la société à laquelle il est lié.

COURTIERS :

Ce que nous venons de dire s'applique *a fortiori* au courtier qui, par définition, travaille pour son propre profit en servant d'intermédiaire entre le vendeur et l'acheteur.

ASSOCIATION SPORTIVE :

Un des cas les plus originaux que nous présente les tribunaux français relativement au problème qui nous intéresse, est celui des membres d'une association sportive.

Dans l'arrêt bien connu du 30 avril 1947,⁶² la Cour de cassation a infirmé le jugement d'une Cour d'appel rendant une association sportive responsable des dommages causés au cours d'un match de football, par la faute d'un de ses joueurs, à un membre de l'équipe rivale. La Cour d'appel avait donné pour motif que :

« les joueurs sont des préposés qui n'échappent pas à l'autorité sévère, vigilante et agissante de leur société dont, avec leur capitaine, ils ont mission, dans un intérêt qui leur est commun, de défendre les couleurs et le renom ».

À ce raisonnement la Chambre civile objecta que

« si le joueur membre d'une association sportive accepte de se soumettre aux règles du jeu et de la discipline d'équipe, il n'en conserve pas moins, au cours de l'action, la *liberté* et la *spontanité* inhérentes à la nature du jeu. »

et que :

« sa participation à la poursuite d'un but commun n'en fait pas, pour autant, l'agent ou le préposé de la personne morale que constitue l'association et il ne

61. Crim., 9 janv., 1931 — D.P., 1931, 1, 171.

62. D. 1947, 305.

peut-être considéré, du seul fait de son affiliation, comme représentant celle-ci ou substitué à elle dans l'activité qu'il déploie dans le jeu pour son propre divertissement et sa satisfaction personnelle. »

(Je ne sais pas si le plus haut tribunal de France parlerait encore de ce « divertissement » et de « satisfaction personnelle » s'il connaissait les organisations sportives professionnelles que nous avons en Amérique !)

CONCLUSION

Au cours de cette étude, nous avons donc constaté le caractère complexe de la responsabilité que l'article 1384, 3° du C.N. fait peser sur le commettant pour les dommages causés par son préposé. Des quatre théories expliquées, nous retenons que cette responsabilité est une obligation légale, et que le législateur en charge le commettant parce que c'est lui qui « fait appel, pour son compte et son profit personnels, à l'intervention d'une autre personne », son préposé.

Nous ajoutons que la préposition est une situation de droit résultant ordinairement des faits et que ce lien réside essentiellement dans le droit pour le commettant de donner au préposé des ordres et des instructions sur la manière de remplir les fonctions auxquelles ce dernier est employé, c'est-à-dire la subordination.

Cette subordination n'implique pas un salaire ou une rémunération quelconque reçue par le préposé, non plus que l'existence d'un contrat, de travail ou autre, liant celui-ci à son maître.

Nous avons complété notre analyse en passant en revue les principales professions incompatibles avec le lien de préposition. Les entrepreneurs, à cause de l'indépendance qui caractérise leur travail ne sont pas des préposés, les médecins non plus, et pour la même raison, lorsqu'ils agissent dans l'exercice technique de leur art. Mais pour les autres actes ces derniers sont les préposés de l'institution qui les emploie. Enfin, les mandataires ne sont généralement pas des préposés, jamais les courtiers ni les membres d'équipes sportives.

Voilà, d'après les recherches que nous avons faites, la synthèse de ce qu'est actuellement, en France, la notion de commettant et de préposé, ainsi que l'interprétation qu'en ont donné les tribunaux. Ces principes sont les mêmes que ceux qui dirigent notre droit Québécois, en y ajoutant, cependant, une interprétation plus conservatrice de la part de notre jurisprudence. Cette dernière question fera l'objet de la deuxième partie de notre étude.

Guy PINSONNEAULT, Droit IV.