
REVUE CRITIQUE
DE
JURISPRUDENCE BELGE

Cour de cassation, 1^{re} chambre, 20 mars 2003.

Président : M. PARMENTIER,
président de section.

Rapporteur : M^{me} MATRAY,
conseiller.

Conclusions : M. DE RIEMAECKER (*),
avocat général.

Plaidants : M. DE BRUYN et M^{me} DRAPS.

RESPONSABILITÉ HORS CONTRAT. — OBLIGATION DE RÉPARER. — CHOSSES. — EMPRUNT DE LA CHOSE VICIÉE EN L'ABSENCE DE SON PROPRIÉTAIRE. — GARDIEN DE LA CHOSE. — NOTION.

Le gardien d'une chose, au sens de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil, est celui qui use de la chose pour son propre compte, en jouit ou la conserve avec pouvoir de surveillance et de direction; tel n'est pas le cas de celui qui emprunte la chose en l'absence de son propriétaire, nonobstant la mise à la disposition

(*) Les conclusions du ministère public sont publiées à la *Pasicrisie*, 2003, I, pp. 582 et suiv.

de l'emprunteur de cette chose au cours des dix années précédentes et l'usage limité de celle-ci.

(P. ET FORTIS AG, C. P.)

ARRÊT.

I. LA DÉCISION ATTAQUÉE.

Le pourvoi est dirigé contre l'arrêt rendu le 7 novembre 2001 par la cour d'appel de Liège.

(...)

III. LE MOYEN DE CASSATION.

Les demandeurs présentent un moyen libellé dans les termes suivants :

Dispositions légales violées

- article 149 de la Constitution;
- article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil.

Décisions et motifs critiqués

Par réformation du jugement du premier juge, l'arrêt condamne les demandeurs à indemniser le défendeur des dommages dont il fut victime le 5 septembre 1996 en tombant d'une échelle appartenant au (premier) demandeur et dont un montant s'était brusquement brisé, aux motifs

« Qu'en l'espèce, il est constant que le premier demandeur mettait à la disposition (du défendeur) pour la récolte des fruits une échelle, laquelle était rangée contre un mur à l'extérieur de la maison, ce qui n'est pas discuté; qu'aucun incident n'est allégué au cours des dix ans de cet usage;

Que le document des AG sur lequel [le premier demandeur] a décrit la relation de l'accident révèle que l'échelle s'est rompue et que [le défendeur] est tombé;

Que cette relation écarte une maladresse de l'utilisateur lequel précise d'ailleurs que c'est en descendant qu'un montant 's'est

cassé en deux ; qu'en outre, les photographies de l'échelle révèlent que celle-ci n'était plus en bon état, les montants étant pourris, ce qui est la conséquence d'une remise de l'échelle à l'extérieur, soumise ainsi aux intempéries ; que la rupture à hauteur d'un mètre du montant et non d'un échelon corrobore ce défaut intrinsèque de solidité ;

Que [le premier demandeur] fait grand cas d'un poids de 80 kilos dans le chef [du défendeur], ce qui est loin d'être excessif ;

Que ces éléments font preuve à suffisance de ce que l'échelle était bien atteinte d'un vice, le dommage n'ayant pu avoir d'autre cause que celui-ci ;

Que l'usage limité qu'a fait [le défendeur] de l'échelle n'opère pas pour autant un transfert de la garde ;

Que le fait qu'il utilisait en partie l'échelle pour son profit personnel n'a pas pour conséquence de lui attribuer la garde, la notion de profit, bien que sous-jacente à l'idée de jouissance pour compte propre, n'(étant) généralement pas considérée comme un critère déterminant pour l'attribution de (la) garde ;

Qu'aucune faute ne peut être reprochée à la victime, laquelle a pu se méprendre sur le bon état apparent de l'échelle lors de son utilisation ; qu'en effet, aucun échelon n'était manquant ; qu'il y a d'ailleurs rupture et non déboîtement ce qui laisse présumer que [le défendeur] n'aurait pu se rendre compte de sa fragilité ;

Que la responsabilité [du premier demandeur] étant établie sur la base de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil, point n'est besoin de rechercher s'il pourrait avoir aussi engagé sa responsabilité sur une autre base, laquelle ne pourrait entraîner une réparation différente du dommage ».

Griefs

1. Première branche

Dans leurs conclusions devant la cour d'appel, les demandeurs ont soutenu ce qui suit :

« Dans l'après-midi du 5 septembre 1996, [le défendeur] s'est présenté au domicile du [demandeur] afin d'y cueillir des prunes.

[Le premier demandeur] et son épouse étaient absents pour plusieurs jours, se trouvant en vacances.

Contrairement à ce qui a été allégué de part adverse, leur fils était également absent.

De sa propre initiative, [le défendeur] a pris l'échelle rangée à sa place habituelle.

Au cours de la cueillette, l'échelle s'est brisée dans des circonstances demeurant indéterminées et [le défendeur] a chuté, s'occasionnant une fracture du pilon tibial gauche.

[...]

Si l'échelle devait être tenue pour vicieuse — quod non —, il n'en demeurerait pas moins que la responsabilité découlant de l'article 1384 incombe non au propriétaire mais bien au gardien de la chose c'est-à-dire celui qui en use pour son propre compte avec pouvoir de direction et de surveillance.

La notion de garde de la chose a été à de nombreuses reprises précisée et affinée par les cours et tribunaux.

Ainsi, il a été jugé que :

— le gardien ne doit pas être titulaire d'un droit sur la chose ni disposer des connaissances techniques nécessaires pour remédier à son vice;

— le gardien peut n'avoir qu'une maîtrise temporaire de la chose;

— l'ignorance du vice n'exclut pas la responsabilité du gardien tel que définie ci-avant.

A la lumière de ces définitions, il ne fait aucun doute que [le défendeur] assumait la garde temporaire de l'échelle durant la cueillette des fruits dans la mesure où :

— il s'était emparé de celle-ci, en l'absence du propriétaire, de sa propre initiative;

— il exerçait seul la maîtrise sur la chose avec pouvoir de direction et de vérifications;

— il agissait en grande partie pour son compte et dans son propre intérêt.

Il résulte de l'ensemble de ces considérations que, dans les circonstances particulières de l'espèce, [le premier demandeur] ne

saurait être tenu pour responsable en qualité de gardien d'une chose affectée d'un vice ».

L'arrêt ne répond pas à cette défense circonstanciée.

Il constate, il est vrai, que le premier demandeur mettait chaque année une échelle à la disposition du défendeur pour la récolte des fruits et que l'utilisation « limitée » d'une chose n'opère pas un transfert de la garde à l'utilisateur mais il ne rencontre pas la défense principale des conclusions ci-dessus, à savoir que dans « les circonstances particulières de l'espèce », le défendeur s'étant emparé de l'échelle « en l'absence du propriétaire, de sa propre initiative », le premier demandeur ne saurait être considéré comme son gardien au moment de l'accident.

Il s'ensuit que l'arrêt n'est pas régulièrement motivé en ce qu'il décide que la responsabilité du premier demandeur est établie sur la base de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil (violation de l'article 149 de la Constitution).

2. Seconde branche

Pour déterminer la personne qui a la garde d'une chose vicieuse, il faut non seulement se placer au moment où la chose affectée d'un vice cause un dommage à un tiers mais rechercher qui à ce moment avait la surveillance, la direction et le contrôle de la chose.

Le vrai critère de la garde est en effet le pouvoir de surveillance, de direction et de contrôle. Celui qui emprunte et use d'une chose à l'insu et en l'absence de son propriétaire ne peut prétendre que ce dernier la surveillait et la contrôlait au moment de l'accident.

A cet égard, l'arrêt n'a pu légalement déduire du fait « qu'il est constant que le [premier demandeur] mettait à la disposition du [défendeur] pour la récolte des fruits une échelle » qu'au moment de l'accident, il avait conservé la garde de l'échelle litigieuse, c'est-à-dire notamment le pouvoir d'en surveiller l'état et l'usage, alors que par ailleurs, l'arrêt admet que le premier demandeur était absent, en vacances, et que le défendeur a emprunté l'échelle « de son propre chef » sans que cela fût nécessaire (cf. l'exposé des faits figurant dans le jugement dont appel et auquel l'arrêt déclare se référer).

En faisant pareille déduction, l'arrêt méconnaît la notion légale de garde de la chose et viole l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil.

IV. LA DÉCISION DE LA COUR.

Quant à la seconde branche :

Attendu que le gardien d'une chose, au sens de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil, est celui qui use de cette chose pour son propre compte ou qui en jouit ou la conserve avec pouvoir de surveillance, de direction et de contrôle;

Attendu qu'il ressort des constatations de l'arrêt et du jugement entrepris, auquel l'arrêt se réfère sur ce point, que c'est en l'absence du demandeur, qui était en vacances, que le défendeur a utilisé l'échelle du demandeur pour effectuer la récolte de prunes;

Que, ni de la circonstance qu'au cours des dix années précédentes le demandeur avait mis cette échelle à la disposition du défendeur à cette fin, ni de la circonstance que celui-ci n'en a fait que cet usage limité, l'arrêt n'a pu légalement déduire qu'au moment des faits, le demandeur était le gardien de l'échelle affectée du vice;

Que le moyen, en cette branche, est fondé;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu d'examiner la première branche du moyen, qui ne saurait entraîner une cassation plus étendue;

Par ces motifs, la Cour casse l'arrêt attaqué (...).

NOTE

**La garde de la chose ...
pour des prunes.**

INTRODUCTION

1. — Les faits qui ont donné lieu à l'arrêt annoté sont à ce point anodins que l'on peut légitimement s'étonner de ce qu'un pourvoi en cassation fût nécessaire pour trancher les points de droit qu'il suscitait.

Conformément à un usage convenu de longue date, un particulier avait emprunté l'échelle de son voisin pour faire la cueillette des prunes dans le

jardin de ce dernier. L'échelle était mise à disposition contre le mur à l'extérieur de la maison et les fruits de la récolte étaient ensuite partagés entre les deux compères à parts égales. Hélas, à l'occasion d'une de ces cueillettes, un échelon s'est rompu et a entraîné la chute de l'utilisateur. L'enquête révélera que l'échelon n'a pas cédé sous son poids mais bien parce que l'échelle laissée à l'extérieur et exposée aux intempéries n'était plus en bon état. Les faits indiquent en outre qu'au moment de l'accident, le propriétaire était en vacances avec son épouse. Le fils de la famille n'était pas présent lui non plus.

Souffrant d'une fracture du tibia, la malheureuse victime demande réparation de ses lésions au propriétaire de l'échelle sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil.

Le vice de l'échelle ne faisant aucun doute, c'est autour de la notion de garde de la chose que le litige va se nouer.

Sur ce point, par un arrêt rendu le 7 novembre 2001, la Cour d'appel de Liège va considérer que la responsabilité du propriétaire est engagée, en sa qualité de gardien d'une chose vicieuse, estimant que ni l'usage limité que la victime avait fait de l'échelle ni l'utilisation pour partie de celle-ci pour son profit personnel ne suffisaient à opérer un transfert de la garde. L'arrêt ajoute qu'aucune faute ne peut être reprochée à la victime, laquelle a pu se méprendre légitimement sur le bon état apparent de l'échelle lors de son utilisation.

Le propriétaire introduit un pourvoi en cassation contre cet arrêt. Celui-ci repose sur un seul moyen articulé en deux branches. Tout d'abord, le juge du fond n'aurait pas rencontré l'argumentation du demandeur par lequel il faisait valoir dans ses conclusions que dans les circonstances de l'espèce, le voisin s'était emparé de l'échelle « en l'absence du propriétaire, de sa propre initiative », si bien que ce dernier ne saurait être considéré comme gardien de la chose.

En sa seconde branche, le moyen faisait valoir que « celui qui emprunte et use d'une chose à l'insu et en l'absence de son propriétaire ne peut prétendre que ce dernier la surveillait et la contrôlait au moment de l'accident ». En d'autres termes, selon le demandeur, c'est le voisin, utilisateur de l'échelle, qui assumait seul la maîtrise de la chose pour son propre compte, avec pouvoir de direction et de contrôle.

L'arrêt de la Cour d'appel de Liège est cassé. La Cour estime que « ni de la circonstance qu'au cours des dix années précédentes le propriétaire avait mis cette échelle à la disposition de son voisin, ni de la circonstance que celui-ci n'en a fait que cet usage limité, l'arrêt n'a pu légalement déduire qu'au moment des faits, le demandeur était le gardien de l'échelle affectée du vice ».

2. — Dans ses conclusions conformes précédant l'arrêt annoté, M. l'avocat général X. DE RIEMACKER observe que l'intérêt de cette affaire réside dans le fait que la Cour suprême était amenée pour la première fois à se prononcer dans le cas d'une chose empruntée à l'insu et en l'absence du propriétaire. Il prend appui sur l'arrêt rendu par la Cour de cassation le

23 novembre 1979 pour en déduire, par un raisonnement *a contrario*, que le juge du fond ne pouvait légalement considérer que le propriétaire avait conservé la garde de l'échelle (1).

L'affaire qui avait donné lieu à cet arrêt concernait en effet une personne qui avait utilisé une échelle appartenant à son voisin, avec l'autorisation de ce dernier, pour la cueillette ... des poires. Dès lors que la victime ne pouvait sortir des limites de la tâche qui lui avait été confiée et que l'accident avait eu lieu pendant qu'elle exécutait la tâche autorisée, la Cour de cassation avait alors considéré que le juge du fond avait pu légalement décider que la garde de l'échelle ne lui avait pas été transférée et qu'elle restait par conséquent au propriétaire. Puisque l'affaire qui était à présent soumise à la Cour concernait cette fois une personne qui avait utilisé l'échelle de son voisin de sa propre initiative et sans son autorisation, l'avocat général conclut à la cassation. La Cour le suivra sur ce point.

Alors que la Cour d'appel de Liège appuie la solution sur l'usage limité que la victime pouvait faire de la chose de l'accord du propriétaire et sur le critère du profit que chacun des protagonistes pouvait retirer de son utilisation, la Cour de cassation, dans le contexte d'un contrôle marginal de la qualification, estime que les circonstances retenues par la Cour d'appel étaient insuffisantes pour déduire que la garde devait être attribuée au propriétaire.

Cette décision peut surprendre. Encore faut-il rappeler que lorsqu'elle opère son contrôle, la Cour de cassation se borne à vérifier si des considérations de fait souverainement appréciées par le juge du fond, celui-ci a pu légalement déduire que la qualité de gardien devait être reconnue à la personne visée. On ne peut donc pas en conclure que la Cour a nécessairement considéré que la garde aurait dû plutôt être attribuée à l'utilisateur.

Cette affaire témoigne à tout le moins de ce que l'attribution de la garde au sens de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil dépend encore actuellement d'une construction empirique dont on a peine à dégager les lignes directrices. L'emprise des faits est telle que les solutions sont difficilement prévisibles et que toute situation, aussi banale soit-elle, peut aisément devenir matière à litige.

3. — Comme certains auteurs l'ont souligné, ces difficultés d'application proviennent principalement de ce que l'accord ne s'est toujours pas fait, ni en jurisprudence, ni en doctrine, sur le fondement et la justification de la

(1) Cass., 23 novembre 1979, *Pas.*, 1980, I, 377. M. l'avocat général DE RIEMAECKER paraît déduire du fait que la chose était utilisée en l'absence du propriétaire, qu'elle était aussi utilisée à son insu. Cette déduction nous semble un peu hâtive puisque les faits de l'espèce démontraient au contraire que la victime avait utilisé l'échelle conformément à un accord de bon voisinage. Celle-ci avait donc été utilisée par la victime de sa propre initiative et en l'absence du propriétaire, mais non à son insu. A tout le moins, il ne s'agissait pas d'un usage abusif ou illicite, hypothèse dans laquelle la jurisprudence tend à considérer que la garde est transférée à l'utilisateur (voy. à ce sujet, *infra*). La Cour ne reprend d'ailleurs pas les termes « à l'insu du propriétaire », dans son dispositif.

responsabilité du fait des choses (2). D'origine prétorienne, cette responsabilité apparaît comme une responsabilité hybride, inclassable, bâtie en porte à faux sur la faute et sur le risque, dont la mise en œuvre relève d'un examen toujours laborieux des circonstances de fait.

Qu'on le veuille ou non, le choix du gardien reste fortement influencé par l'idée de faute. En désignant comme responsable celui qui exerce le pouvoir de direction et de contrôle sur la chose pour son propre compte, la jurisprudence entend faire reposer la responsabilité sur celui dont on peut raisonnablement présumer la faute, parce qu'il a théoriquement, le pouvoir d'éviter le dommage (3). La notion de garde, sur laquelle est fondé l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil, n'aurait aucun sens si elle ne reposait sur une vraisemblance de culpabilité (4).

Nous nous proposons de vérifier cette intuition en revenant tout d'abord sur la définition de la garde au sens de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil (I) afin d'écarter certaines confusions encore fréquentes (II), pour terminer par quelques questions relatives au transfert de la garde (III).

I. — LA DÉFINITION DE LA GARDE

4. — Même si elle a connu quelques légères variantes, la définition de la garde proposée par la Cour de cassation est restée stable depuis les arrêts rendus le 25 mars 1943 et le 6 février 1958 (5). Est considéré comme gardien « celui qui use de la chose pour son propre compte ou qui en jouit ou la conserve avec pouvoir de surveillance, de direction et de contrôle ».

Cette définition peut être décomposée en trois éléments que nous analyserons successivement.

(2) R. KRUTHOF, « La garde en commun d'une chose affectée d'un vice », *R.C.J.B.*, 1985, p. 593, n° 8; L. CORNELIS, *De buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door zaken*, Anvers, Kluwer, 1982, p. 222, n° s 233 à 235; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations, I. Responsabilité délictuelle*, 5^e éd., Paris, Litec, 1996, p. 231, n° 491, p. 262, n° 579; G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Paris, L.G.D.J., 1965, p. 226, n° 259, p. 229, n° 266.

(3) P. JOURDAIN, « De l'incidence de la faute sur l'attribution de la garde », *R.T.D.civ.*, 1993, p. 833.

(4) Voy. les conclusions de M. le procureur général CORNIL avant l'arrêt de la Cour de cassation du 25 mars 1943, *R.C.J.B.*, 1948, p. 165 et 167, et également les conclusions de M. le procureur général GANSHOF VAN DER MEERSCH avant l'arrêt de la Cour de cassation du 27 novembre 1969, *Pas.*, 1970, I, 278 : « Puisque la responsabilité du gardien est basée sur la faute qu'il commet en ayant sous sa garde une chose infectée d'un vice, il ne sera gardien, il n'aura la garde de la chose que s'il a le pouvoir de faire en sorte ou que la chose ne soit pas infectée d'un vice ou qu'elle soit purgée de son vice ou, tout au moins, que ce vice demeure inoffensif ».

(5) Cass., 25 mars 1943, *Pas.*, I, 110; *R.C.J.B.*, 1948, p. 157, note G. DOR; voy. ensuite, Cass., 6 février 1958, *Pas.*, 1958, I, 616; Cass., 27 juin 1958, *Pas.*, 1958, I, 1205; Cass., 15 mai 1959, *Pas.*, 1959, I, 939; Cass., 15 juin 1961, *Pas.*, 1961, I, 1126; Cass., 19 avril 1963, *Pas.*, 1963, I, 880; Cass., 16 décembre 1966, *Pas.*, 1967, I, 489; Cass., 15 décembre 1967, *Pas.*, 1968, I, 515; Cass., 18 avril 1975, *Pas.*, 1975, I, 828; Cass., 7 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, 1023...; récemment encore, Cass., 22 mars 2004, *Pas.*, 2004, I, 487; Cass., 15 novembre 2004, *inédit*, C030355F, www.juridat.be.

A. — « *Celui qui use de la chose,
en jouit ou la conserve* »

5. — La première partie de la définition est assurément celle qui est la moins chargée de sens puisqu'elle s'énonce dans une proposition comportant trois éléments jouant alternativement : l'usage, la jouissance ou la conservation de la chose (6). Pour certains auteurs, cette énumération n'est d'ailleurs pas limitative (7).

User de la chose, c'est l'utiliser. En jouir, c'est en profiter. La conserver, c'est la maintenir en l'état. Ces trois éléments traduisent un rapport à la chose qui peut prendre différentes formes et qui se vérifie au moment du dommage.

La jurisprudence ne s'attarde d'ailleurs guère à cette première partie de la définition car elle n'exprime en définitive que différentes façons d'utiliser la chose. Dans l'espèce commentée, on observera qu'au moment des faits, l'usage de l'échelle revenait au voisin, la conservation au propriétaire alors que dans le même temps le profit était partagé entre les deux. Cette première partie n'a donc rien de décisif.

B. — « *Avec pouvoir de surveillance,
de direction et de contrôle* »

6. — C'est sans aucun doute le pouvoir de surveillance, de direction et de contrôle exercé sur la chose qui se situe au centre de la notion de garde au sens de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil.

D'entrée de jeu, il convient de souligner que les trois éléments, « surveillance, direction et contrôle », ne sont ni alternatifs, ni hiérarchisés. Ils forment plutôt un faisceau d'éléments qui, cumulativement, permettent de déduire l'existence d'un pouvoir de commandement sur la chose (8).

On remarquera que dans la définition retenue par la Cour de cassation française, le terme « surveillance » est remplacé par celui d'« usage ». Cette substitution n'est pas heureuse car elle accroît les confusions entre garde et détention. Il est vrai cependant que le pouvoir de surveillance retenu par la Cour de cassation belge se présente généralement comme une conséquence du pouvoir de direction et de contrôle et n'est donc pas de l'essence de la garde (9). L'exercice d'un simple pouvoir de surveillance sur une chose, éventuellement en vertu d'un contrat (on songe à un contrat de gar-

(6) L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle, L'acte illicite*, Bruxelles, Bruylant/Maklu/CED Samson, 1991, p. 487, n° 283; L. CORNELIS et I. VUILLARD, *Responsabilités, Traité théorique et pratique*, sous la direction de J.-L. FAGNART, Titre III, Livre 30, La responsabilité du fait des choses, p. 10, n° 9.

(7) L. CORNELIS, *De buitencontractuele aansprakelijkheid...*, *op. cit.*, p. 204, n° 218.

(8) R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile, t. I. Les causes de responsabilité*, Les Nouvelles, Bruxelles, Larcier, 1959, n° 2072; L. CORNELIS, *De buitencontractuele aansprakelijkheid...*, *op. cit.*, p. 205, n° 219.

(9) Voy. les conclusions de M. le procureur général GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, *Pas.*, 1970, I, 281; R.O. DALCQ, *Traité, op. cit.*, n° 2078. L'arrêt de la Cour de cassation du 6 février 1958 ne reprend d'ailleurs pas le terme « surveillance ».

diennage par exemple), ne fait pas nécessairement de celui qui l'exerce, le gardien de la chose, à moins qu'il ne s'accompagne d'un pouvoir de direction et de contrôle (10).

Le gardien est en effet celui qui exerce le pouvoir de commandement sur la chose de manière indépendante (11). Sera donc considéré comme gardien celui qui, au moment du fait dommageable, a le pouvoir de donner des instructions concernant l'utilisation qu'il convient de faire de la chose, en vue par exemple de la modifier, de la réparer ou de l'entretenir.

Certains auteurs ajoutent que le gardien doit être en mesure de prendre des initiatives par rapport à la chose qui ne sont pas susceptibles d'être contestées par d'autres sujets de droit (12). Ceci nous paraît aller trop loin, car, comme on le verra ci-dessous, l'attribution de la garde n'emporte aucun examen de la légitimité du pouvoir exercé par le défendeur. Celui qui s'est emparé de la chose à la suite d'un vol, d'un recel, d'un détournement ou d'un abus de confiance peut être tenu pour gardien de la chose en dépit du fait que le propriétaire n'a pas perdu le droit de la revendiquer entre ses mains.

7. — On dit souvent que le pouvoir de commandement qui caractérise la garde est un pouvoir théorique ou abstrait. Il faut entendre par là que ce pouvoir ne doit pas nécessairement être exercé effectivement au moment du dommage (13). Il suffit que le gardien ait conservé à ce moment la possibilité de diriger l'utilisation qu'il convenait de faire de la chose et qu'il soit donc resté en charge de sa direction (14). Il en va de même, *mutatis mutandis*, du pouvoir de commandement qui caractérise le lien de subordination dans le contexte de l'article 1384, al. 3, du Code civil.

Si la garde se manifeste bien par un pouvoir théorique qui ne doit pas nécessairement être exercé au moment du dommage, on ne comprend toutefois pas très bien pourquoi la jurisprudence, en particulier l'arrêt annoté, persiste à accorder tant d'importance à la présence ou à l'absence du propriétaire au moment du fait dommageable.

(10) Voy. notamment Civ. Bruxelles, 13 décembre 1950, *R.G.A.R.*, 1952, n° 5018 qui décide que le droit pour les compagnies d'électricité d'élaguer les arbres n'emporte pas transfert de la garde à celles-ci, bien que les compagnies aient pour cette raison, l'obligation de surveiller les plantations qui bordent les lignes.

(11) L. CORNELIS, *De buitencontractuele aansprakelijkheid...*, *op. cit.*, p. 211, n° 224; R.O. DALCQ parle d'un pouvoir de direction intellectuelle sur la chose. Voy. R.O. DALCQ, *Traité, op. cit.*, n° 2072; du même auteur, « La notion de garde dans la responsabilité », in *Mélanges F. DUMON*, Anvers, Kluwer, p. 75, n° 3.

(12) Nous empruntons l'expression à L. CORNELIS, *Principes, op. cit.*, p. 487, n° 283; du même auteur, *De buitencontractuele aansprakelijkheid...*, *op. cit.*, n° 231. Voy. également, F. BAUDONCQ et M. DEBAENE, « De aansprakelijkheid voor zaken in het licht van artikel 1384, lid 1, B.W. », in *Buitencontractuele aansprakelijkheid, Recht en onderneming*, Kulak, Die Keure, 2004, p. 88, n° 6.

(13) L. CORNELIS, *De buitencontractuele aansprakelijkheid...*, *op. cit.*, p. 205, n° 219.

(14) Le fait que le gardien était endormi au moment de la survenance du dommage n'empêcherait pas de le tenir pour responsable sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1^{er}, C. civ.

C'est que la responsabilité du fait des choses est ici tributaire de l'incertitude de ses fondements. La responsabilité repose sur le gardien de la chose parce qu'il a, en principe, le pouvoir d'empêcher que le dommage survienne (15). Ce lien implicite permet de donner à la présomption de responsabilité une justification éthique. Comment le propriétaire absent au moment des faits aurait-il pu empêcher le dommage? Pour des raisons d'équité, la jurisprudence vient ici au secours du propriétaire absent en cherchant à écarter sa responsabilité, même si c'est au prix d'une incohérence.

L'arrêt annoté n'échappe pas à ce glissement puisqu'il reproche au juge du fond de n'avoir pas tenu compte de l'absence du propriétaire au moment du dommage. Pourtant, l'absence du propriétaire ne révèle en aucune manière qu'il aurait renoncé à exercer son pouvoir de commandement sur la chose, pas plus qu'elle ne permettait de conclure que cette chose était utilisée à son insu. Sur ce point, le raisonnement *a contrario* tenu par M. l'avocat général DE RIEMAECKER dans ses conclusions nous paraît discutable. A en croire les circonstances de fait révélées par l'arrêt, l'utilisation de la chose relevait en effet d'un usage convenu entre les parties dont l'objet était bien délimité. Les relations ainsi nouées auraient même pu être qualifiées de prêt à usage. L'échelle avait certes été utilisée par la victime en l'absence du propriétaire, mais pas à son insu, tout au moins si l'on entend par là qu'elle en aurait fait un usage illicite ou abusif. Dans ces conditions, un raisonnement *a pari* fondé sur l'arrêt du 23 novembre 1979, aurait permis de justifier une solution inverse.

8. — L'affirmation selon laquelle le pouvoir qui caractérise la garde est un pouvoir théorique pourrait laisser croire qu'il faut dissocier la garde de l'examen des circonstances de fait. Ce n'est pas le cas.

Dire que la garde s'apprécie en fait signifie simplement que la qualité de gardien d'une chose dépend d'un examen des circonstances concrètes de la cause. Ni l'existence d'un droit sur la chose, ni l'existence d'une convention relativement à cette chose ne sont déterminantes (16) (sur le transfert de la garde, voy. *infra*, III).

Rien de tout cela n'est donc vraiment contradictoire avec la définition de la garde comprise comme un pouvoir théorique. Il faut seulement accepter que le gardien puisse être rendu responsable même s'il n'avait au moment de l'accident aucun moyen d'éviter le dommage. C'est bien le propre d'une responsabilité de plein droit ou sans faute.

9. — Il importe de rappeler que le pouvoir de commandement qui caractérise la garde doit être apprécié par rapport à la chose et non par rapport au vice de la chose.

(15) Voy. les conclusions de M. l'avocat général DE RIEMAECKER, précédant l'arrêt annoté, *Pas.*, 2003, I, p. 584 et *R.G.A.R.*, 2005, n° 13996, n° 5.

(16) L. CORNELIS, *Principes*, *op. cit.*, p. 483, n° 281; L. CORNELIS et I. VUILLARD, *Responsabilités*, *Traité théorique et pratique*, *op. cit.*, p. 8, n° 6.

Cette affirmation apparemment anodine comporte d'importantes conséquences. Tout d'abord, le raisonnement qui conduit à la désignation du gardien suppose que l'on ait désigné préalablement la chose affectée d'un vice.

Cette désignation n'est pas aussi simple qu'il n'y paraît car le concept de chose est un concept lui-même fuyant. La chose peut être une entité simple, un ensemble complexe voire un élément composant, pour autant que le demandeur puisse démontrer qu'elle est affectée d'un vice (17).

Lorsque la chose vicieuse est un élément composant d'une chose complexe dont elle fait partie, il ne semble pas que l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil permette de rendre responsable à la fois le gardien de la chose composite et le gardien de la chose composante, si c'est cette dernière qui présente une caractéristique anormale (18).

Par contre, on sait qu'une chose simple, *en soi non vicieuse*, peut rendre vicieuse une chose complexe dans laquelle elle est incorporée ou sur laquelle elle est posée. C'est alors le gardien de la chose complexe qui devra répondre des dommages qu'elle a causés (19).

Le fait que le pouvoir de commandement caractéristique de la garde se rapporte à la chose et non au vice de la chose justifie également que le gardien puisse être rendu responsable des dommages causés alors même qu'il ignorait invinciblement le vice dont elle était affectée et qu'il ne pouvait

(17) Savoir si une chose simple adjointe ou incorporée à une autre peut être considérée comme un ensemble lui-même vicieux au sens de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil, relève de l'appréciation souveraine du juge du fond : Cass., 17 janvier 2003, *Dr. circ.*, 2003, p. 100, *R.G.D.C.*, 2004, p. 86.

(18) Dans ce cas, la seule présence de la chose simple sur ou dans la chose complexe ne présente pas un caractère anormal. Seule la chose simple est affectée d'une caractéristique anormale. L'autre solution aboutirait à rendre systématiquement le gardien de la chose complexe responsable *in solidum* aux côtés du gardien de la chose simple. Le premier serait ainsi rendu garant du second. Ceci nous paraît aller trop loin. Une telle solution ne pourrait, selon nous, se déduire que d'une disposition légale particulière. Voy. cependant en sens contraire, mais à tort selon nous, Gand, 5 février 2004, *Bull. Ass.*, 2004, p. 808, qui rend à la fois le locataire et le propriétaire responsables, le premier en qualité de gardien d'un escalier rongé par l'humidité et le second en qualité de gardien de la cave dans laquelle se trouvait cet escalier. La présence de l'escalier dans la cave n'est pas, à notre avis, une caractéristique anormale de la cave. On notera cependant que l'article 9 de la loi du 25 février 1991 sur la responsabilité civile du fait des produits défectueux permet d'engager solidairement la responsabilité du fabricant du produit fini et celle du fabricant du produit composant lorsque ce dernier est affecté d'un défaut.

(19) On sait que la jurisprudence relative aux choses complexes, qui permet de recréer plus ou moins artificiellement des ensembles, a pour principal intérêt de désigner comme responsable le gardien de la chose complexe alors que l'élément qui est incorporé ou superposé, lui, n'en a pas parce que son propre gardien est resté inconnu ou indéterminé. Voy. à cet égard les réflexions critiques de R.O. DALCQ, « La notion de garde dans la responsabilité », *op. cit.*, p. 80, n^{os} 8 et s. « On ne devient pas gardien contre son gré d'une chose que l'on a jamais voulu acquérir, dont on ignore même qu'elle a été placée dans un local ou un immeuble dont on a la garde. ... Le gardien d'une chose composée de plusieurs éléments ne devient pas nécessairement le gardien de n'importe quel objet que l'on y place à son insu ».

y remédier (20). C'est donc le contrôle extérieur sur la chose qui est déterminant et non la connaissance de son fonctionnement interne. La capacité scientifique ou technique du gardien en vue de déceler le vice est sans incidence.

En dépit de sa sévérité, cette solution est bien admise en jurisprudence et en doctrine (21). Elle contribue à faire de la responsabilité du fait des choses une responsabilité de plein droit. Dans un tel contexte, la garde apparaît comme le dernier élément qui raccroche la responsabilité du fait des choses à la faute. Elle se caractérise en effet par un pouvoir de contrôle sur la chose qui comprend celui d'éviter *in abstracto* le dommage, pouvoir qui doit être vérifié en fait, mais pouvoir purement théorique en ce qu'il se désintéresse des capacités réelles du gardien de remédier au vice et d'éviter *in concreto* le dommage. L'affirmation est à ce point nuancée qu'elle en devient presque contradictoire. On comprend donc les hésitations de la jurisprudence.

10. — On ajoute que c'est au moment où la chose vicieuse cause un dommage à un tiers qu'il convient de se placer pour déterminer qui en est le gardien. L'arrêt annoté, faisant écho aux conclusions de son avocat général sur ce point, s'empare de cette considération pour mettre en doute les conclusions du juge du fond (22).

M. L'avocat général DE RIEMAECKER entend indiquer par là que pour désigner le gardien de l'échelle, le juge du fond aurait dû davantage tenir compte de l'absence du propriétaire au moment du dommage qui l'empêchait *de facto* d'exercer son pouvoir de contrôle sur la chose au moment où l'accident est survenu. Outre que cette interprétation heurte l'idée exprimée ci-dessus selon laquelle la garde s'exprime dans un pouvoir théorique qui ne doit pas nécessairement être exercé effectivement au moment des faits, on donne ainsi à l'expression une portée qu'elle n'a pas.

Affirmer que la garde doit être appréciée au moment où la chose vicieuse cause un dommage signifie, ni plus, ni moins, que c'est à ce moment précis qu'il faut se placer pour déterminer qui exerçait les pouvoirs caractéristiques de la garde. Au gré des transferts volontaires ou involontaires de la chose, il se peut en effet que la garde soit transmise successivement à différentes personnes. Parmi celles-ci, seule celle qui exerçait le pouvoir de com-

(20) Jurisprudence constante : Cass., 6 octobre 1961, *Pas.*, 1962, I, 52; Cass., 12 février 1976, *Pas.*, 1976, I, 652; Cass., 21 mars 1979, *Pas.*, 1979, I, 844; Cass., 9 novembre 1979, *Pas.*, 1980, I, 320; Cass., 7 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, 1023; Cass., 4 décembre 1985, *Pas.*, 1986, I, 25; Cass., 29 octobre 1987, *VKJ/DCJ*, 1988, p. 74; Cass., 14 mai 1999, *Pas.*, 1999, I, 686. Bruxelles, 31 mai 1985, *R.G.A.R.*, 1987, n° 11204; Liège, 27 novembre 1991, *Pas.*, 1991, II, 217; Anvers, 20 mai 1996, *A.J.T.*, 1996-1997, p. 515.

(21) En doctrine, L. CORNELIS, *Principes*, *op. cit.*, p. 483, n° 281; L. CORNELIS et I. VUILLARD, *Responsabilités, Traité théorique et pratique*, *op. cit.*, p. 9, n° 7; R. MARCHETTI, « Quelques considérations à l'égard de la notion de vice et de l'exigence causale dans le cadre de la responsabilité du fait des choses vicieuses », *R.G.D.C.*, 2005, p. 336.

(22) Voy. les conclusions de M. l'avocat général DE RIEMAECKER, *op. cit.*, p. 584 et n° 5.

mandement sur la chose au moment de la survenance du dommage devra répondre de celui-ci (23).

De même, lorsqu'une chose complexe est rendue vicieuse par l'incorporation ou la superposition d'une autre chose non vicieuse en elle-même, ce n'est pas au moment de l'incorporation ou de la juxtaposition qu'il faut se placer pour désigner le gardien, mais au moment du dommage.

Le moment clé à prendre en considération est celui de la survenance du dommage et non celui de l'apparition du vice (24). La détermination du moment où le vice est apparu pourrait d'ailleurs susciter des difficultés pratiques insurmontables pour la victime non seulement lorsqu'on ignore dans l'hypothèse d'une chose complexe, quand la chose simple a été incorporée dans ou déposée sur la chose plus large, mais aussi lorsque le vice résulte d'un lent processus de dégradation de la chose qui finit par la rendre dangereuse. Sans compter que le vice peut parfois se déduire du comportement anormal de la chose, ce qui rend impossible la détermination du moment où il est apparu.

De même, un certain laps de temps peut aussi séparer la survenance du dommage de ses premières manifestations extérieures (transmission de sang contaminé, apparition de la mэрule dans un bâtiment, pollution d'une nappe phréatique par des agents polluants...). Dans ce cas, il paraît plus équitable de considérer comme gardien celui qui exerçait le pouvoir de commandement sur la chose au moment où le dommage est survenu même si ses manifestations sont plus lointaines (25).

11. — Définie comme un pouvoir de direction et de contrôle exercé sur la chose, la garde n'implique pas le discernement (26). La responsabilité s'attache en effet à la qualité de gardien indépendamment de sa capacité

(23) L. CORNELIS, *Principes*, op. cit., p. 490, n° 284; L. CORNELIS et I. VUILLARD, *Responsabilités, Traité théorique et pratique*, op. cit., p. 11, n° 10; L. CORNELIS, *De buitencontractuele aansprakelijkheid...*, op. cit., n° s 240-241; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT et M. DEBAENE, « Overzicht van rechtspraak, aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1994-1999) », *T.P.R.*, 2000, p. 1723, n° 57; F. BAUDONCQ et M. DEBAENE, « De aansprakelijkheid voor zaken in het licht van artikel 1384, lid 1, B.W. », op. cit., p. 89, n° 7. En jurisprudence, voy. notamment, Gand, 3 septembre 1988, *TGR*, 1999, p. 14; Mons, 5 février 1997, *J.T.*, 1997, p. 544; Civ. Dinant, 20 avril 2001, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13527.

(24) L. CORNELIS, *ibid.* et les références citées; L. CORNELIS, *De buitencontractuele aansprakelijkheid...*, op. cit., p. 228, n° 240.

(25) Voy. Bruxelles, 4 mai 1994, *R.G.A.R.*, 1996, n° 12671, qui considère, s'agissant de la transmission de sang contaminé, que la garde doit être appréciée au moment de la transfusion sanguine et qui met, par conséquent, la Croix Rouge, hors de cause; pour un cas d'application intéressant concernant l'apparition de la mэрule dans un immeuble, Mons, 5 février 1997, *J.T.*, 1997, p. 544 : la Cour retient le moment de l'apparition des premiers développements de la mэрule dans un mur mitoyen, pour attribuer la garde aux vendeurs et non à l'acheteur.

(26) L. CORNELIS, *Principes*, op. cit., p. 484, n° 281; L. CORNELIS et I. VUILLARD, *Traité théorique et pratique*, op. cit., p. 8, n° 7; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT et M. DEBAENE, op. cit., *T.P.R.*, 2000, p. 1723, n° 57 (c). J.-L. FAGNART, « L'interprétation de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil en droit belge, in *Les obligations en droit français et en droit belge*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1994, p. 286, n° 7.

à apprécier les conséquences de ses actes ou de prévoir le dommage. Elle ne suppose pas l'existence d'une volonté libre et consciente. Cette conséquence paraît dictée par le caractère objectif de la responsabilité du fait des choses.

Si la proposition semble correcte, elle doit aussitôt être nuancée. La garde définie comme un pouvoir se conçoit certes indépendamment du discernement, mais elle suppose néanmoins une aptitude intellectuelle à diriger la chose de manière indépendante (27).

Ainsi, si un enfant mineur de 12 ans roulant seul à vélo peut aisément être considéré comme gardien de la chose, il n'en va pas de même d'un enfant de quatre ans apprenant à rouler sous la surveillance de ses parents (28). On ne voit d'ailleurs pas l'intérêt de rendre cet enfant responsable en tant que gardien d'une chose vicieuse. Il est vrai que la solution inverse est retenue en droit français, mais elle résulte chez nos voisins, de la définition même de la faute civile qui, depuis les arrêts rendus par la Cour de cassation le 9 mai 1984, ne requiert plus aucun élément moral (29).

La difficulté résulte à nouveau de l'incertitude quant au fondement même de la présomption de responsabilité du fait des choses. Par le biais de la notion de garde, celle-ci n'a pas totalement rompu avec la faute alors même qu'il s'agit d'une responsabilité de plein droit.

C. — *La garde doit être exercée*
« pour son propre compte »

12. — La définition de la garde retenue par notre Cour de cassation précise qu'elle doit être exercée « pour son propre compte ». En France, cette précision n'apparaît pas dans la définition mais on s'accorde à reconnaître qu'elle se déduit implicitement du pouvoir de direction que le gardien doit exercer sur la chose (30). On ne saurait conclure à l'existence d'un tel pouvoir si la garde est exercée pour compte d'autrui (31).

(27) En ce sens, R.O. DALCQ, « La notion de garde dans la responsabilité », in *Mélanges F. DUMON*, *op. cit.*, p. 76, n° 5. En jurisprudence, Liège, 13 juin 1967, *Pas.*, 1968, II, 26; Civ. Charleroi, 8 février 1972, *R.G.A.R.*, 1974, n° 9338, note F. GLANS-DORFF.

(28) Voy. Civ. Courtrai, 18 juin 2002, *R.W.*, 2003-2004, p. 430. Comp. Liège, 13 juin 1967, *Pas.*, 1968, II, 26, à propos d'une raquette de tennis dont le cadre s'était détaché du manche.

(29) Ass. Plén., 9 mai 1984 (arrêt Gabillet), *J.C.P.*, 1984, II, 20255, note N. DEJEAN DE LA BATIE. Voy. G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1998, p. 645 n° 675 et p. 655, n° 685; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations, op. cit.*, p. 247, n° s 536 à 545; J. FLOUR et J.L. AUBERT, *Les obligations, 2. Le fait juridique*, 3^e éd., Paris, Armand Colin, 1999, p. 241, n° 254.

(30) G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité, op. cit.*, p. 653, n° s 683-684; J. FLOUR et J.L. AUBERT, *Les obligations, op. cit.*, p. 234, n° 248; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations, op. cit.*, p. 234, n° 501.

(31) Cass., 14 décembre 1966, *Pas.*, 1967, I, 248; en doctrine, H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3^e éd., p. 1041; R.O. DALCQ, *Traité, op. cit.*, n° 2076.

Quoi qu'il en soit, les termes utilisés par la Cour de cassation belge méritent un commentaire car ils ne sont pas exempts d'ambiguïté. Dire que la garde doit être exercée pour son propre compte peut tout d'abord signifier que le pouvoir de direction et de contrôle ne peut être un pouvoir subordonné, le préposé ne pouvant donc être considéré comme gardien de la chose qu'il utilise dans l'exécution de son travail. La même affirmation peut aussi indiquer que le gardien est, en règle, celui qui retire les fruits de l'utilisation de la chose, c'est-à-dire celui à qui elle profite économiquement. Cette seconde interprétation qui n'aboutit pas nécessairement aux mêmes solutions pourrait trouver ses racines dans la théorie dite du « risque profit ».

Historiquement, il faut reconnaître que la distinction n'a pas toujours été nette. Le premier arrêt de la Cour de cassation qui eût à se prononcer sur l'attribution de la garde à un préposé mêle l'idée de subordination et celle de profit pour décider que le domestique qui se borne à soigner, atteler, conduire ou guider un cheval, « pour le compte et au profit de son maître », ne peut être considéré comme gardien de la chose. L'arrêt précise que « d'après leur sens naturel et juridique, les mots 'se servir' et 'avoir à son usage' ne peuvent s'entendre que de la jouissance, de l'usage, par celui qui retire un profit ou un agrément de l'emploi ou de la détention de l'animal » (32).

Dans le contexte de la responsabilité du fait des animaux, la Cour a cependant écarté définitivement la notion de profit, pour ne retenir que celle de « maîtrise de l'animal, comportant un *pouvoir non subordonné* sans intervention du propriétaire ».

On ne peut qu'approuver cette solution car la notion de profit économique, plus large et surtout plus vague que celle de subordination, aboutit à des solutions incertaines spécialement lorsque la garde a été transférée à la faveur d'un contrat synallagmatique où chacune des parties contractantes est censée trouver un avantage économique dans la transaction (33). Qui du bailleur ou du locataire utilise une installation de chauffage à son profit ? Il n'est pas exclu non plus que deux personnes puissent retirer simultanément un profit économique de la même chose, comme c'était le cas dans l'affaire qui fait l'objet de ce commentaire (34).

(32) Cass., 16 octobre 1902, *Pas.*, 1902, I, 350 et les conclusions de M. le premier avocat général VAN SCHOOR. L'élément de jouissance apparaît encore dans l'arrêt du 25 mars 1943 en matière de responsabilité du fait des choses (*Pas.*, 1943, I, 110). Voy. à ce sujet A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, « Subordination et conjugaison verticale en matière de responsabilité quasi-délictuelle », *R.C.J.B.*, 1985, p. 214, n° 4 et les références citées.

(33) R.O. DALCQ, *Traité, op. cit.*, n°s 2073-2075 ; du même auteur, « L'intérêt et le profit dans la garde », observations sous Civ. Termonde, 29 mars 1955, *R.G.A.R.*, 1956, n° 5687. Voy. également les observations de M. le procureur général GANSHOF VAN DER MEERSCH, avant l'arrêt de la Cour de cassation du 27 novembre 1969, *Pas.*, 1970, I, 279.

(34) On peut se demander d'ailleurs si la solution eût été différente si la victime avait rendu service gratuitement au propriétaire pour lui remettre l'intégralité de la récolte. Sur cette question, voy. R.O. DALCQ, *op. cit.*, *R.G.A.R.*, 1956, n° 5687.

Ce critère est d'autant moins pertinent que l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil ne trouve manifestement pas son fondement dans la théorie du risque.

Il nous semble donc préférable de considérer que les termes « pour son propre compte » rendent définitivement incompatibles les qualités de gardien et de préposé (35). Le préposé ne peut être considéré comme gardien de la chose qu'il utilise en vue de l'accomplissement de ses fonctions car il l'utilise non pour son propre compte mais pour compte d'autrui. Il n'exerce pas ses pouvoirs sur la chose en toute indépendance puisque son commettant a le pouvoir de lui donner des ordres quant à l'utilisation de la chose (36).

Le principe souffre toutefois une exception lorsque le préposé abuse de ses fonctions et utilise la chose à d'autres fins que celles pour lesquelles elle lui a été confiée (37). Par contre, on admettra que le commettant conserve la garde de la chose lorsque le préposé a été autorisé, explicitement ou implicitement, à utiliser cette chose pour ses besoins privés alors même que le dommage est survenu pendant le temps où elle était utilisée à des fins privées. On songe à un véhicule de société utilisé par le préposé durant le week-end. De même, le commettant peut être considéré comme gardien des choses dont son préposé est propriétaire dès lors que celles-ci sont mises à son service.

Par extension, la même solution devrait être retenue lorsque le ou les propriétaires d'une chose en confient l'exploitation ou la surveillance à un tiers indépendamment d'un contrat d'emploi. Ce dernier gère alors la chose pour compte d'autrui et ne peut être considéré comme gardien (38).

13. — Faut-il considérer l'exigence selon laquelle la garde doit être exercée pour compte propre comme une condition distincte s'ajoutant aux autres ou plutôt comme un prolongement du pouvoir de direction et de contrôle ?

La question n'est pas sans intérêt car l'existence d'un lien de subordination n'est pas nécessairement incompatible avec le maintien d'une certaine autonomie ou indépendance dans l'exécution du travail confié. Ne devrait-

(35) R.O. DALCQ, *Traité, op. cit.*, n° 2075; H. DE PAGE, *Traité, op. cit.*, n° 1005; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations, op. cit.*, p. 253, n°s 553 à 555.

(36) Voy. en ce sens à propos de l'exploitation d'une plaine de jeux appartenant à une commune et dont celle-ci avait confié la surveillance à un particulier moyennant rémunération : Liège, 3 mai 1995, *Bull. Ass.*, 1996, p. 113, obs.

(37) R.O. DALCQ, *Traité, op. cit.*, n° 2097. La notion d'abus de fonction ne doit pas s'entendre ici dans le même sens que celui qu'elle reçoit dans le contexte de l'article 1384, alinéa 3, du Code civil. Au regard de l'article 1384, alinéa 1^{er}, l'opposition s'opère entre usage pour compte propre et usage pour compte d'autrui, ce qui dépasse largement l'hypothèse de l'abus de fonction. Dans le contexte de l'article 1384, alinéa 3, il s'agit de savoir si l'acte dommageable comporte un lien de rattachement suffisant avec les fonctions confiées.

(38) C'est la raison pour laquelle nous pensons que l'association des copropriétaires ne peut être considérée comme gardienne des parties communes d'un immeuble en dépit du fait qu'elle soit chargée de l'administration et de la conservation des parties communes (voy. *infra*).

on pas considérer dès lors que dans certaines circonstances particulières, le préposé pourrait être considéré comme gardien de la chose ou de l'animal ?

Bien qu'en droit belge la garde se définisse comme un pouvoir non subordonné, la Cour de cassation semble bien avoir cédé à cette tentation dans le domaine de la responsabilité du fait des animaux. Dans une affaire bien connue et déjà commentée dans ces colonnes, concernant un maître d'équitation préposé de l'exploitant d'un manège, elle a en effet considéré que « le lien de subordination n'est pas inconciliable avec le maintien d'une certaine liberté dans l'exécution du travail confié au préposé », en sorte que ce dernier pouvait conserver la maîtrise du cheval pendant ses leçons. Le même arrêt admet dans le même temps, la conjugaison verticale des articles 1384, alinéa 1^{er}, et 1384, alinéa 3, du Code civil (39).

Cette décision, qui est restée isolée, nous paraît malheureuse. Elle a été justement critiquée par la doctrine (40). En effet, les hypothèses dans lesquelles le préposé exerce son métier dans une indépendance relative ne sont pas rares. Il est fréquent que le commettant ne dispose pas des compétences scientifiques ou techniques indispensables pour exercer un contrôle effectif sur la manière dont le préposé exerce sa mission (médecin sous contrat de travail, capitaine de navire, pilote d'avion ...).

Au risque d'entrer dans une casuistique épouvantable, il paraît difficile de déterminer le degré d'autonomie dont le préposé doit bénéficier pour pouvoir être considéré comme gardien d'une chose ou d'un animal. Dans le contexte de l'article 1384, alinéa 3, du Code civil, la subordination est d'ailleurs conçue comme un pouvoir théorique qui n'est nullement incompatible avec une certaine autonomie.

Il convient donc de résister ici à la dictature des faits qui conduirait à opposer deux types de subordination : une vraie et une fausse, la première écartant la qualité de gardien dans le chef du préposé et la seconde l'autorisant (41).

Il serait préférable en définitive de revenir à une solution plus nette : tant qu'il utilise la chose ou l'animal dans le cadre de ses fonctions ou avec l'autorisation de son commettant, le préposé ne peut être considéré comme gardien de cette chose ou de cet animal.

Cette solution, qui est retenue en France (42), présente l'avantage de mettre fin à toute possibilité de conjugaison verticale des présomptions de responsabilité découlant des articles 1384, alinéa 1^{er}, et 1384, alinéa 3, du Code civil. En outre, elle s'inscrit de façon cohérente dans le mouvement qui consiste à immuniser les préposés et fonctionnaires subordonnés, sous contrat d'emploi ou sous statut, des conséquences de leur faute légère occa-

(39) Cass., 5 novembre 1981, *R.C.J.B.*, 1985, p. 207 et la note A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS.

(40) A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1985, p. 216, n^{os} 6 à 10; p. 221, n^o 12; V. CALLEWAERT, « Le gardien de l'animal au regard de la relation commettant-préposé », *J.L.M.B.*, 2003, p. 824.

(41) A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1985, p. 221, n^o 12.

(42) Voy. M.-A. PEANO, « L'incompatibilité entre les qualités de gardien et de préposé », *Dall.*, 1991, Chron., p. 51.

sionnelle (art. 18 de la loi du 3 juillet 1978, art. 2 de la loi du 10 février 2003).

On remarquera d'ailleurs que l'arrêt du 5 novembre 1981 rendu dans le domaine de la responsabilité du fait des animaux ne trouve, pour l'instant, aucun correspondant dans le domaine de la responsabilité du fait des choses. L'on pourrait donc soutenir que la solution retenue par la Cour n'a de pertinence que dans le contexte de la responsabilité du fait des animaux, pour la raison que la garde d'un être vivant ne peut être conçue de la même façon que la garde d'une chose inerte (43). Le pouvoir de maîtrise de l'animal davantage ancré dans les faits s'y confondrait plus souvent avec la détention. Nous n'envisagerons pas cette question ici.

A la réflexion, il nous paraît plus sûr de considérer qu'une personne qui est aux ordres d'une autre ne saurait être gardienne d'une chose. Elle se voit reconnaître cette qualité uniquement lorsqu'elle utilise la chose pour son propre compte en dehors du cadre normal des fonctions telles qu'elles sont définies et délimitées par son commettant. Le préposé ne devient donc gardien qu'en cessant de se comporter comme un préposé. On érigera donc les termes « pour son propre compte », en élément distinct de la définition de la garde (44).

II. - FAUX CONCEPTS ET NOTIONS AMBIGÜES

14. — Ainsi conçue, la garde de la chose offre l'occasion de rompre avec certaines oppositions malheureuses qui trouvent généralement leur origine en droit français. On oppose en effet traditionnellement : garde matérielle et garde juridique, garde alternative et garde cumulative, garde de structure et garde de comportement.

A. — Garde matérielle et garde juridique

1. *Vol et usage illicite*

15. — Les expressions « garde matérielle » et « garde juridique » ont été utilisées en jurisprudence et en doctrine jusqu'au début des

(43) Sur l'identité entre la notion de garde de la chose et de l'animal, voy. dans le sens de l'affirmative, R.O. DALCQ, *Traité, op. cit.*, n° 2059; R. KRUTHOF, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1985, p. 583; H. DE PAGE, *op. cit.*, t. II, 3° éd., n° 1005; A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1985, p. 219, n° 9; L. CORNELIS, *Principes, op. cit.*, p. 218, n° 230. Pour une opinion plus nuancée à laquelle nous nous rallions, voy. les conclusions de M. le procureur général GANSHOF VAN DER MEERSCH, avant l'arrêt de la Cour de cassation du 27 novembre 1969, *J.T.*, 1970, p. 113 et *Pas.*, 1970, I, 282; et à sa suite, R.O. DALCQ, « La notion de garde dans la responsabilité », in *Mélanges F. DUMON, op. cit.*, p. 74, n° 2, qui observe que le mot « maîtrise » n'apparaît que dans la définition de la garde de l'animal; également A. NUYTS, « Les notions de garde et de gardien de l'animal et d'une chose. Rapprochement et divergences », note sous Cass., 18 novembre 1993, *R.G.D.C.*, 1995, p. 94.

(44) En ce sens, L. CORNELIS, *Principes, op. cit.*, p. 485, n° 282; L. CORNELIS et I. VUILLARD, *Responsabilités, Traité théorique et pratique, op. cit.*, p. 9, n° 8.

années 1980 (45). On en trouve trace dans certains arrêts de la Cour de cassation jusqu'en 1979 (46).

Cette opposition trouve sa source dans une controverse née en doctrine française dès le début du XX^e siècle à propos de l'attribution de la garde d'une chose volée. Selon une partie de la doctrine, la garde devait être considérée comme un pouvoir justifié par un titre juridique si bien qu'en cas de vol, le propriétaire demeurerait gardien de la chose. Cette thèse défendue par les tenants de la théorie du risque revenait à faire de la garde une charge attachée à la propriété (garde juridique). Pour d'autres, la qualité de gardien devait être subordonnée à l'exercice des pouvoirs effectifs sur la chose au moment du dommage (garde matérielle). Selon cette conception, il n'était nullement nécessaire pour être gardien de détenir la chose en vertu d'un titre juridique en sorte qu'il n'y avait aucun obstacle à attribuer la garde au voleur (47).

La Cour de cassation française a tranché définitivement cette controverse dans son arrêt *Franck* du 2 décembre 1941 (48). En cas de vol de la chose, c'est le voleur qui, en acquérant le pouvoir de commandement sur la chose contre la volonté du propriétaire, en devient le gardien. Parce qu'il est ainsi privé de l'usage, de la direction et du contrôle de la chose, le propriétaire, quant à lui, perd la garde du fait du vol.

Cette solution n'a plus été remise en cause en France depuis lors et a même été étendue à toutes les hypothèses où un tiers a usurpé la maîtrise de la chose ou l'a utilisée sans l'autorisation du propriétaire (escroquerie, détournement, abus de confiance...) (49). La règle selon laquelle celui qui fait un usage illicite ou non autorisé de la chose en devient nécessairement le gardien, fait aussi l'unanimité en doctrine et en jurisprudence belge (50).

A bien y réfléchir, elle n'est pas parfaitement cohérente avec la définition de la garde proposée ci-dessus car le propriétaire ainsi privé de la chose

(45) A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1985, p. 213, n° 3.

(46) Voy. notamment, Cass., 8 novembre 1956, *Pas.*, 1957, I, 251.

(47) Pour un résumé de cette controverse, voy. G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité, op. cit.*, p. 646, n° 676, p. 656, n° 687; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations, op. cit.*, p. 254, n° 559 et s.; J. FLOUR et J.L. AUBERT, *Les obligations, op. cit.*, p. 231, n° 245 et 246.

(48) Cass. fr., Ch. réunies, 2 décembre 1941, *D.C.*, 1942, p. 25, note G. RIPERT; *S.*, 1941, I, 217.

(49) Voy. en France, dans le cas de sacs poubelles déplacés par de mauvais plaisants, de l'occupation d'une usine par des ouvriers à la suite de mouvements sociaux, d'un véhicule dont un tiers s'est emparé à l'insu du propriétaire... G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité, op. cit.*, p. 656, n° 687; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations, op. cit.*, p. 255, n° 563; J. FLOUR et J.L. AUBERT, *Les obligations, op. cit.*, p. 233, n° 247.

(50) Rappelons qu'un usage à l'insu du propriétaire, c'est-à-dire en l'absence du propriétaire, n'équivaut pas nécessairement à un usage illicite. En doctrine, R.O. DALCQ, *Traité, op. cit.*, n° 2093; H. DE PAGE, *op. cit.*, t. II et compl., n° 1005; L. CORNELIS, *De buitencontractuele aansprakelijkheid...*, *op. cit.*, p. 238, n° 248; Cass., 23 novembre 1979, *Pas.*, 1980, I, 377 (*a contrario*). Déjà en ce sens, en jurisprudence, Liège, 10 juillet 1934, *Bull. Ass.*, 1934, p. 1086; 11 juillet 1951, *J.C.B.*, 1952, p. 85; Bruxelles, 6 octobre 2000, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13626 (utilisation d'un toboggan par un enfant de 12 ans qui s'était introduit par effraction dans une plaine de jeu); J.P. Westerloo, 5 mars 1999, *J.J.P.*, 2003, p. 391 (utilisation sans autorisation d'un marteau).

contre son gré ne perd aucune de ses prérogatives du fait du vol. Sous réserve de l'application de l'article 2279 du Code civil qui prévoit un délai de 3 ans, il peut en principe la revendiquer en quelques mains qu'elle se trouve. La solution n'est pas moins équitable parce qu'en libérant le propriétaire, elle permet de sanctionner le voleur. La solution pourrait tout aussi bien se fonder sur le principe *Fraus omnia corrumpit* que la Cour de cassation belge a appliqué dernièrement pour empêcher l'auteur d'un délit d'opposer à la victime sa propre faute. Certains auteurs français ont d'ailleurs vu dans la jurisprudence *Franck* un retour sournois de la faute puisqu'elle permet d'écarter la responsabilité du propriétaire lorsque les circonstances sont telles qu'il n'a rien pu faire pour éviter le dommage. L'arrêt commenté pourrait encourir la même critique.

2. Détention et propriété

16. — Les expressions « garde matérielle » et « garde juridique » prennent parfois une autre signification en jurisprudence. Certains l'utilisent en effet pour distinguer la garde de la simple détention matérielle de la chose ou pour différencier la garde de la propriété.

Si la garde se définit comme un pouvoir de diriger la chose, on en déduit que l'on peut être gardien d'une chose sans l'avoir entre ses mains au moment du dommage. Le principe est bien admis. L'expression de la jurisprudence démontre cependant qu'il est bien difficile en pratique de se défaire de l'attraction que la détention matérielle exerce sur la garde. Qui, sinon le détenteur lui-même dispose du pouvoir effectif d'empêcher le dommage? Le fonctionnement de la présomption est une fois de plus rattrapé ici par l'incertitude de ses fondements. Si c'est le pouvoir d'empêcher ou d'éviter le dommage qui justifie la responsabilité du gardien et lui confère une connotation éthique, l'inclination de la jurisprudence se comprend aisément. D'un autre côté, si tel est bien le fondement de la responsabilité du fait des choses, on n'aperçoit pas pourquoi le gardien ne peut s'exonérer en démontrant qu'il ignorait invinciblement le vice et qu'il ne pouvait ni le déceler ni y remédier. Telle est la contradiction qui traverse la présomption de responsabilité du fait des choses (51).

Comment expliquer en outre, si ce n'est par le même pouvoir d'attraction, l'importance qui est donnée à l'absence du propriétaire au moment du dommage parmi les circonstances permettant d'attribuer la garde? Si l'on peut parfaitement accepter que la garde de la chose soit attribuée à celui qui en avait l'usage lorsque la chose est utilisée à l'insu et contre la volonté du propriétaire, il n'en va pas de même lorsque la chose est utilisée en son absence mais avec son autorisation, tacite ou explicite. Tel était bien le cas dans l'affaire commentée.

(51) Cette contradiction avait déjà été aperçue par G. DOR, note sous Cass., 25 mars 1943, *R.C.J.B.*, 1948, p. 185 : « Empêcher le gardien de s'exonérer en cas d'ignorance invincible du vice, c'est substituer à une responsabilité pour faute, une responsabilité pour risque ».

17. — Pas plus que la garde ne se confond avec la détention, elle ne se confond avec la propriété (52). Pour être gardien d'une chose, il n'est pas nécessaire d'en être le propriétaire ni même de disposer d'un titre juridique sur la chose (53).

Il reste que les attributs du droit de propriété (*usus, fructus, abusus*) recouvrent le plus souvent les pouvoirs caractéristiques de la garde (54). La corrélation n'est toutefois pas automatique. Il n'existe aucune présomption légale en ce sens. Tout au plus, est-il permis de déduire de la qualité de propriétaire une présomption simple qui peut être renversée s'il parvient à démontrer que la garde a été transférée à un tiers. Ceci suppose bien entendu que la chose ait fait l'objet d'une appropriation et que le propriétaire soit identifié. Si le propriétaire est identifié et s'il ne parvient pas à démontrer qu'il a perdu la garde de la chose, parce que, par exemple, les circonstances de sa disparition n'ont pas pu être clairement déterminées, sa responsabilité resterait engagée (55).

Cette présomption de fait, admise par certains et discutée par d'autres, peut se justifier (56). Elle s'autorise tout d'abord d'une analogie avec l'article 1385 du Code civil qui cite le propriétaire de l'animal au premier rang des responsables. Elle repose ensuite sur une vraisemblance suffisante pour permettre de justifier la naissance d'une présomption de fait (57). Enfin, en allégeant le fardeau de la preuve au profit de la victime, elle est conforme aux objectifs que poursuit la présomption de responsabilité.

Il reste que l'opposition entre garde matérielle et juridique n'est guère éclairante puisque la responsabilité ne repose pas sur le propriétaire ou sur

(52) Cass., 11 septembre 1980, *Pas.*, 1981, I, 39; Liège, 27 novembre 1991, *Pas.*, 1991, II, 217; Comm. Liège, 29 janvier 1993, *R.D.C.B.*, 1995, p. 510.

(53) R.O. DALCQ, *Traité, op. cit.*, n° 2069 et 2077.

(54) R.O. DALCQ, *Traité, op. cit.*, n° 2085 à 2088. Ainsi le fait qu'un bien soit commun aux deux époux n'implique pas que chacun d'eux doive être considéré comme gardien : Civ. Turnhout, 15 janvier 1992, *Turn. Rechtsl.*, 1992, p. 43.

(55) Il en irait autrement si, en raison de l'écoulement du temps, la chose devait être considérée comme une *res derelictae* : voy. dans le cas d'un détonateur de mine se trouvant dans une carrière désaffectée : Cass. civ. fr., 2° Ch., 18 juin 1997, *Dall.*, 1998, Somm., p. 202.

(56) G. DOR, Note sous Cass., 25 mars 1943, *R.C.J.B.*, 1948, p. 182; R.O. DALCQ, *Traité, op. cit.*, n° 2088; L. CORNELIS, *Principes, op. cit.*, p. 494, n° 286; L. CORNELIS et I. VUILLARD, *Responsabilités, Traité théorique et pratique, op. cit.*, p. 13, n° 13; L. CORNELIS, *De buitencontractuele aansprakelijkheid...*, *op. cit.*, p. 236, n° 246; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT et M. DEBAENE, *op. cit.*, *T.P.R.*, 2000-4, p. 1726, n° 60 (a); F. BAUDONCQ et M. DEBAENE, « De aansprakelijkheid voor zaken in het licht van artikel 1384, lid 1, B.W. », *op. cit.*, p. 89, n° 9. Contre l'existence d'une telle présomption en jurisprudence belge, voy. Civ. Dinant, 20 avril 2001, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13527. En droit français, l'existence d'une présomption est plus clairement affirmée. G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité, op. cit.*, p. 649, n° 676; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations, op. cit.*, p. 250, n° 548.

(57) En ce sens, en jurisprudence belge : Cass., 6 février 1958, *Pas.*, 1958, I, 616; Bruxelles, 18 février 1975, *R.G.A.R.*, 1975, n° 9505; *contra* Civ. Malines, 9 mai 1988, *Pas.*, 1988, III, 121.

le détenteur en cette seule qualité (58). Il conviendrait donc de l'abandonner définitivement.

B. — *Garde alternative et garde cumulative*

18. — Selon une expression qui trouve aussi ses origines dans la doctrine française, « la garde est alternative et non cumulative ». On entend par là que lorsque plusieurs personnes exercent des prérogatives concurrentes sur la chose, il y a lieu de faire un choix entre celles-ci. En d'autres termes, plusieurs personnes ne pourraient être retenues ensemble comme gardiennes d'une même chose, si les pouvoirs qu'elles ont sur celle-ci procèdent de titres différents (59). Cette interprétation peut s'appuyer sur la formulation, assez malheureuse, il est vrai, de l'article 1385 du Code civil.

Ainsi comprise, l'expression est toutefois trompeuse et même inutile : une seule qualité permet d'engager la responsabilité sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1^{er} : celle de gardien de la chose. Ceci n'empêche nullement que la garde puisse, en certaines circonstances, être exercée par plusieurs personnes, dès lors que toutes exercent simultanément les prérogatives caractéristiques de la garde. La garde est donc indivisible mais elle peut être conjointe.

1. *La garde est indivisible*

19. — Ainsi qu'on l'a précisé ci-dessus, la garde se définit comme un pouvoir de commandement sur la chose, pouvoir qui se traduit dans un faisceau de prérogatives (direction, contrôle et surveillance).

Ce pouvoir peut être qualifié d'indivisible en ce sens qu'il ne se répartit pas entre les personnes en fonction des prérogatives différentes que chacune pourrait prétendre exercer sur la chose (60).

En ce sens, il nous paraît inexact de prétendre trancher les questions liées au transfert de la garde en désignant comme gardien celui qui, parmi les différents protagonistes, exerce le plus de prérogatives concrètes sur la chose. La garde conçue comme un pouvoir sur cette chose ne se divise pas en fonction de ses attributs. Elle ne peut être reconnue qu'à celui qui, au moment du dommage, détient la pleine maîtrise de la chose.

Encore faut-il précisément déterminer quelle est la chose vicieuse, car si la garde est un pouvoir qui ne se divise pas, une chose peut, par contre, se diviser en plusieurs éléments composants. Or, une personne peut ne

(58) En ce sens, R.O. DALCQ, *Traité*, *op. cit.*, n° 2060 et 2072; L. CORNELIS, *De buitencontractuele aansprakelijkheid...*, *op. cit.*, p. 208, n° 222.

(59) J. FLOUR et J.L. AUBERT, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 236, n° 248; L. CORNELIS, *Principes*, *op. cit.*, p. 489, n° 283; R.O. DALCQ, *Traité*, *op. cit.*, n° 2060; R. KRUTHOF, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1985, p. 595, n° 8.

(60) Voy. cependant en sens contraire, L. CORNELIS, *Principes*, *op. cit.*, p. 492, n° 285; L. CORNELIS et I. VUILLARD, *Responsabilités, Traité théorique et pratique*, *op. cit.*, p. 18, n° 12; R. KRUTHOF, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1985, p. 584, n° 3; cet éminent auteur parle de garde « divisée » lorsque chacun des gardiens ne répond que d'une partie de la chose ou ne répond de la chose qu'à un certain point de vue.

devoir répondre en qualité de gardien que d'une partie de la chose et non de l'ensemble.

Ce problème se résoudra le plus souvent de lui-même par la désignation de la chose que l'on prétend vicieuse, opération préalable à la désignation du gardien. La jurisprudence qui s'est développée à propos du vice des choses complexes montre combien cette question est importante. En acceptant de considérer comme vicieuse une chose complexe parce qu'elle en incorpore une autre ou qu'elle en comporte une autre à sa surface, elle-même non vicieuse, la jurisprudence substitue en réalité la responsabilité du gardien de la chose complexe à celle du tiers fautif demeuré inconnu qui est à l'origine de cette incorporation ou de cette superposition (61). Il n'est toutefois pas exclu d'y recourir également lorsque le tiers est identifié, puisqu'il est admis que lorsque le vice de la chose est établi son origine n'importe pas.

Par contre, lorsque la chose incorporée est elle-même affectée d'un vice, point n'est besoin de rechercher la responsabilité du gardien de la chose complexe qui la contient, tout au moins lorsqu'il apparaît que la chose complexe n'est pas elle-même affectée d'un vice. Ainsi, la présence normale de canalisations enfouies dans le sol ne rend pas le terrain dans lequel elles sont enfouies vicieux même s'il est dûment démontré que ces canalisations souffrent, quant à elles, d'un défaut (62).

Pour les mêmes raisons, il ne sert à rien de déterminer abstraitement qui des deux parties à un contrat de bail ou d'entreprise a la garde avant d'avoir désigné la chose et le vice dont elle est affectée. Sans doute, la convention qui lie les deux parties fait-elle naître des obligations diverses

(61) Le concept de « chose » au sens de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil a toutefois ses limites propres qui empêchent de considérer comme une seule et même chose un ensemble hétéroclite n'ayant aucune identité propre. Le souci de trouver un responsable n'autorise pas toutes les abstractions.

(62) Voy. en ce qui concerne les canalisations d'eau et de gaz : Bruxelles, 31 mai 1950, *Bull. Ass.*, 1952, p. 599; Civ. Charleroi, 16 avril 1951, *R.G.A.R.*, 1952, n° 4928; Civ. Verviers, 13 juillet 1954, *Bull. Ass.*, 1955, p. 78; Civ. Tournai, 3 novembre 1954 et Bruxelles, 19 janvier 1956, *Bull. Ass.*, 1956, p. 573 et p. 579; Civ. Liège, 24 juin 1957, *Jur. Lg.*, 1959, p. 137; Bruxelles, 18 février 1975, *R.G.A.R.*, 1975, n° 9505; Civ. Malines, 2 décembre 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 1293. Il est évidemment important de déterminer le lieu de l'explosion (en amont ou en aval du compteur) pour déterminer qui est gardien de la canalisation. Dans la dernière décision citée, le juge considère que ce n'est pas la compagnie du gaz, mais le locataire du compteur qui doit être considéré comme gardien, car l'accès à la boîte contenant le compteur n'était pas libre pour le contrôleur. Voy. récemment, Cass., 22 mars 2004, *Pas.*, 2004, I, 487, qui refuse de censurer le juge du fond qui avait considéré que le propriétaire du réseau de distribution de gaz n'était pas le gardien d'une vanne vicieuse se trouvant à l'intérieur de la cave d'un immeuble en amont du compteur au motif qu'il ne pouvait intervenir à l'intérieur d'une habitation privée que s'il y était autorisé par l'occupant des lieux. En ce qui concerne le réseau d'électricité, comp.. Gand, 10 février 2005, *T.G.R.*, 2005, p. 101, qui décide que la société gestionnaire du réseau est gardienne du compteur, étant donné que les propriétaires du fonds de commerce n'avaient pas le pouvoir de l'utiliser pour leur propre compte; Comm. Termonde, 15 mars 2004, *T.G.R.*, 2004, p. 103, qui considère que le distributeur est le gardien de la boîte de dérivation, même si cette dernière est fixée sur la façade de l'utilisateur dès lors que le règlement prévoit que la propriété de la boîte de dérivation appartient au distributeur qui doit en assurer l'entretien et les réparations.

à charge de chacune d'entre elles, mais la seule question qui importe dans le contexte de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil est de savoir qui des deux détient le pouvoir de direction, de contrôle et de surveillance sur la chose désignée comme vicieuse. Il n'y a donc guère d'intérêt à affirmer *in abstracto* que le garagiste n'aurait la garde que des organes du véhicule soumis à réparation alors que le propriétaire resterait gardien du reste (63).

Tout ceci démontre en tout cas que si la chose est divisible, la garde ne l'est pas.

2. La garde peut être conjointe

20. — Affirmer que la garde est alternative et non cumulative laisse entendre que plusieurs personnes ne pourraient être considérées comme gardiennes d'une même chose. Ceci est évidemment inexact. Il est unanimement admis que la garde peut être exercée conjointement ou en commun (64).

La garde conjointe suppose que plusieurs personnes exercent chacune simultanément toutes les prérogatives caractéristiques de la garde sur une même chose (65). Elle ne constitue en rien une dérogation au principe énoncé ci-dessus selon lequel la garde est indivisible.

L'exercice conjoint des pouvoirs de surveillance, de direction et de contrôle doit bien entendu être vérifié en fait. Il ne saurait être question de garde conjointe si l'un des protagonistes s'est déchargé sur les autres de ses prérogatives ou s'il apparaît que l'un des protagonistes exerçait effectivement un pouvoir exclusif sur la chose (66).

Même si les hypothèses de garde conjointe ne sont pas inexistantes, la jurisprudence en fait une utilisation mesurée. L'exemple le plus frappant est sans doute celui de la copropriété (67). Encore faut-il vérifier que les

(63) Voy. cependant dans le cas du garagiste, R.O. DALCQ, *Traité, op. cit.*, n° 2110 à 2112.

(64) Voy. Cass., 25 mars 1943, *R.C.J.B.*, 1948, p. 157, note G. DOR et les conclusions de M. le procureur général CORNIL, p. 168. J.-L. FAGNART, « Chronique de jurisprudence, La responsabilité civile (1968-1975) », *J.T.*, 1976, p. 608, n° 106.

(65) L. CORNELIS, *De buitencontractuele aansprakelijkheid...*, *op. cit.*, p. 225, n° 237; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT et M. DEBAENE, *op. cit.*, *T.P.R.*, 2000-4, p. 1727, n° 60 (b); R. KRUTHOF, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1985, p. 583, n° 2 et 3; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité, op. cit.*, p. 648, n° 676; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations, op. cit.*, p. 243, n° 526.

(66) R. KRUTHOF, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1985, p. 586, n° 4; en jurisprudence à propos d'une cage d'escalier, Civ. Bruxelles, 10 novembre 1953, *Bull. Ass.*, 1954, p. 240.

(67) Voy. au sujet de la copropriété Cass., 15 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, 36 et les conclusions de Mme le procureur général LIEKENDAEL, alors avocat général; Cass., 29 octobre 1987, *Pas.*, 1988, I, 251; Civ. Bruxelles, 28 octobre 1983, *Rev. Not.*, 1986, p. 587. Voy. pour d'autres hypothèses : Bruxelles, 27 avril 1977, *Pas.*, 1978, II, 4 (responsabilité conjointe du transporteur et du fabricant d'une bonbonne de gaz qui avait explosé au déchargement); Civ. Liège, 24 juin 1957, *Jur. Lg.*, 1958-1959, p. 137 (responsabilité conjointe de la ville de Liège qui organisait le service de distribution et du propriétaire de la canalisation de gaz); Civ. Charleroi, 16 avril 1951, *R.G.A.R.*, 1952, n° 4928 (responsabilité conjointe de l'entrepreneur chargé d'établir le système de canalisation et de la commune); Liège, 17 avril 1989, *Rev. Rég. Dr.*, 1990, p. 61 (responsabilité conjointe

faits de la cause ne viennent pas démentir l'existence de prérogatives identiques exercées par chacun des copropriétaires.

Une controverse est apparue récemment en jurisprudence pour savoir qui de l'association des copropriétaires ou des copropriétaires pris individuellement devaient être tenus pour gardiens des parties communes de l'immeuble (68). L'association est certes chargée de la conservation et de l'administration des parties communes, mais elle n'agit pas pour son propre compte. En vertu de l'article 577-7 du Code civil, c'est d'ailleurs l'assemblée générale des propriétaires et non l'association des copropriétaires qui décident des travaux affectant les parties communes. Puisque nous avons érigé l'exercice de la garde pour compte propre en condition distincte, il nous semble que seuls les copropriétaires peuvent être assignés *in solidum* comme gardiens des parties communes. Il est vrai que la solution est inverse en droit français mais elle se déduit dans ce cas d'une disposition légale explicite (art. 18, alinéa 2, de la loi du 10 juillet 1965). En outre, la définition de la garde retenue en droit français n'indique pas que celle-ci doit être exercée pour compte propre. De toute façon, l'intérêt de la discussion nous paraît limité dès lors que l'exécution de la décision qui condamnerait l'association des copropriétaires pourra être poursuivie sur le patrimoine privé de chaque copropriétaire proportionnellement à sa quote-part

de l'Etat et de l'Office de navigation, en qualité de gardiens des voies navigables; *contra* en faveur de la responsabilité exclusive de l'Office de la navigation, Comm. Liège, 29 janvier 1993, *R.D.C.B.*, 1995, p. 510); Mons, 13 février 1990, *Dr. Circ.*, 1991, p. 37 (responsabilité conjointe de l'entrepreneur et de la province du Hainaut); Mons, 9 avril 1992, *R.G.A.R.*, 1995, n° 12537 (responsabilité conjointe du propriétaire et du fermier pour un arbre qui s'est abattu); Pol. Verviers, 29 septembre 2003, *R.G.A.R.*, 2004, n° 13924 (responsabilité conjointe de la commune, propriétaire d'un château médiéval, et d'une a.s.b.l. qui avait le pouvoir de le louer pour certaines manifestations).

(68) Voy. en doctrine, en faveur de la responsabilité de l'association, Th. BOSLY, « Vers un nouveau régime de la copropriété », *Rev. not.*, b., 1989, p. 452; L. DU CASTILLON, « Le contentieux de la copropriété », in *Copropriété*, Actes du colloque organisé le 7 octobre 1994, par le Centre de recherches juridiques de l'U.C.L., sous la direction de N. VERHEYDEN-JEANMART, p. 168; C. MOSTIN, « Le contentieux de la copropriété depuis l'application de la loi du 30 juin 1994 », in *La copropriété forcée des immeubles et groupes d'immeubles bâtis*, Actes du colloque organisé le 16 mars 2001, par le Centre de recherches juridiques de l'U.C.L., sous la direction de N. VERHEYDEN-JEANMART, p. 196 et réf. citées note 21; *contra* H. BOULARBAH, « Le contentieux de la copropriété ordinaire et forcée », in *Les copropriétés*, Collection de la Fac. de droit de l'U.L.B., Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 133. En jurisprudence, Mons, 6 décembre 1991, *R.G.A.R.*, 1994, n° 12342 qui considère que la personne qui exerçait la fonction de syndic au moment de la survenance du dommage doit être considérée comme gardienne de l'escalier extérieur d'un immeuble mais qui écarte en l'espèce, l'existence d'un vice; Liège, 29 septembre 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1096 qui décide que lorsqu'un immeuble est soumis au statut de la copropriété forcée des immeubles ou groupes d'immeubles bâtis, ce sont les copropriétaires qui ont la qualité de gardien des parties communes, et non l'association des copropriétaires. En effet, même si celle-ci est chargée de la conservation et de l'administration de l'immeuble, elle n'agit pas pour son compte. Dans le même sens, Liège, 28 juin 2004, *J.T.*, 2004, p. 785. Les deux arrêts de la Cour d'appel de Liège citent à l'appui de cette solution H. BOULARBAH, *op. cit.*, p. 137. *Contra*, Civ. Bruxelles, 26 novembre 2004, *J.T.*, 2005, p. 458 qui estime que puisque l'association a l'obligation de veiller à la conservation de l'immeuble, elle use de la chose pour son propre compte et doit donc être tenue pour gardienne des parties communes. Dans le même sens, J.P. Landen, 23 février 2005, *Tijd. App.*, 2005, liv. 34.

dans les parties communes. Encore conviendra-t-il de vérifier en fonction des circonstances de fait, si la garde ne doit pas être attribuée plutôt à certains copropriétaires, voire à un seul (69).

En droit français où la condition de vice n'est pas requise, les développements relatifs à la garde conjointe ou cumulative sont plus importants et plus originaux, notamment dans le domaine des accidents de jeu et de chasse où plusieurs personnes participent à une activité commune (70).

21. — Lorsque la garde est exercée conjointement, les cogardiens sont tenus *in solidum* à l'égard de la victime et chacun d'eux peut être appelé en garantie par les autres (71). Après indemnisation de la victime, un recours contributoire peut être exercé par celui qui a payé le tout contre les codébiteurs.

Si la victime est elle-même l'un des cogardiens, la Cour de cassation admet qu'elle puisse obtenir réparation de son dommage à charge des autres, sous réserve de la contribution qui pourrait être mise à sa charge en sa qualité de cogardien (72). On notera que la solution est différente en France où l'on estime que puisque chacun exerce simultanément la garde de la chose, aucun ne peut s'en prévaloir à l'égard des autres. La victime, cogardienne de la chose, ne peut donc agir que sur le fondement de la responsabilité pour faute (73).

Quoi qu'il en soit, la reconnaissance d'une garde conjointe sert les intérêts de la victime tout en permettant d'éviter les incertitudes liées à l'attribution alternative de la garde. Certains auteurs recommandent d'en faire plus fréquemment application, notamment lorsque les prérogatives caractéristiques de la garde paraissent se distribuer entre différentes personnes (74), mais cette solution heurte, selon nous, le principe énoncé ci-dessus selon lequel la garde est indivisible.

La garde conjointe aurait vraisemblablement pu être invoquée par le demandeur dans l'espèce commentée, car l'examen des circonstances de fait indique que le propriétaire de l'échelle et son voisin disposaient de pouvoirs identiques sur la chose à la suite d'un *modus vivendi* qui ne comportait apparemment aucune limitation de temps. Tel ne fut pas le cas, sans doute

(69) Anvers, 3 mars 2003, *R.G.D.C.*, 2004, p. 138, note B. WEYTS.

(70) B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations*, *op. cit.*, p. 243, n° 528 à 532. Le tribunal de grande instance de Bordeaux a ainsi décidé que « dans le cadre d'un jeu collectif au cours duquel la balle circule et passe de joueur à joueur, il est impossible que l'un d'entre eux dispose sur ladite balle d'un pouvoir de contrôle, de direction et d'usage alors justement que ledit contrôle et ladite direction sont contestés par les joueurs adverses » (T.G.I. Bordeaux, 28 avril 1986, *J.C.P.*, 1987, II, 20885, note AGOSTINI). Voy. également Y. DAGORNE-LABBÉ, « Des mineurs sont-ils alternativement ou collectivement gardiens du briquet avec lequel ils causent un incendie ? », *Dall.*, 2002, Jur., p. 3297.

(71) Voy. Cass., 24 octobre 1994, *R.W.*, 1996-1997, p. 389.

(72) Cass., 15 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, 36; également, Liège, 29 septembre 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1096.

(73) L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. II, 6^e éd., 1970, n° 1184-2, pp. 270 et 271.

(74) Voy. R. KRUTHOF, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1985, p. 590, n° 5 et p. 594, n° 8.

parce que cette voie entraînait une réduction des droits de la victime, en qualité de cogardienne de l'échelle.

C. — *Garde de la structure
et garde du comportement*

22. — La distinction entre garde de la structure et garde du comportement est, elle aussi, issue de la doctrine et de la jurisprudence françaises, mais à la différence des deux précédentes, elle n'a guère reçu d'échos en Belgique.

La théorie de la dissociation de la garde est généralement attribuée à B. GOLDMANN (75), encore qu'elle fut esquissée avant lui par L. MAZEAUD (76). Elle revient à opérer une distinction entre la personne qui a le contrôle du fonctionnement interne de la chose et celle qui n'en a que le contrôle externe. Suivant que le dommage provient du vice interne de la chose ou de son utilisation (voire de son mouvement), la responsabilité incombera au gardien de la structure dans le premier cas et au gardien du comportement dans le second. La mise en œuvre de la distinction dépend par conséquent d'un examen attentif de la cause du dommage.

Dès lors que le fait de la chose suffit en droit français à engager la responsabilité du gardien, cela implique que le gardien est tenu à la fois par une présomption de faute dans l'usage de la chose et par une garantie des vices de cette chose. Dans ces conditions, la théorie de la dissociation de la garde permet de corriger l'iniquité de la présomption lorsque le dommage résulte d'un défaut structurel alors que le gardien du comportement est dans l'impossibilité d'en contrôler le fonctionnement interne. Lorsque le dommage est imputable à un vice interne, la dissociation de la garde permet, en d'autres termes, de déplacer la responsabilité de l'utilisateur vers le propriétaire de la chose.

Dans des circonstances où la faute n'est plus du tout vraisemblable, il paraît en effet préférable de rechercher la responsabilité du gardien de la structure à l'exclusion de celui qui a la garde du comportement. Le propriétaire de la chose reste ainsi garant des vices de la chose alors même qu'elle a été remise à un tiers qui l'utilise.

23. — La théorie de la dissociation de la garde a été appliquée à différentes reprises, avec plus ou moins de bonheur, par la jurisprudence française mais uniquement pour certaines choses et pour certains dommages.

Tout d'abord, elle ne s'applique qu'aux choses dangereuses douées d'un dynamisme propre dont la structure est dissociable du comportement. De façon plus générale, il s'agirait de toutes les choses dont l'utilisateur n'a pas normalement la possibilité de contrôler le fonctionnement interne : choses

(75) B. GOLDMANN, *La détermination du gardien responsable du fait des choses inanimées*, Paris, Sirey, 1947, préface R. ROUBIER.

(76) L. MAZEAUD, *Traité*, 3^e et 4^e éd., t. II, n° 1179.

qui ont une propension à s'enflammer, à exploser ou imploser (bouteilles d'oxygène, téléviseurs, bouteilles de limonade ...) (77)- (78).

Par extension, la jurisprudence française y a eu recours également pour justifier la responsabilité du fabricant d'un produit défectueux déjà mis en circulation et qui se trouvait dans les mains d'un tiers au moment de la survenance du dommage (79). La doctrine s'accorde cependant pour reconnaître que cette jurisprudence n'a plus guère de raison d'être depuis la transposition de la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux par la loi du 19 mai 1998.

Pour que la théorie puisse s'appliquer, il y a lieu de démontrer, ensuite que le dommage est imputable à la structure de la chose et non à son comportement. Le gardien du comportement doit avoir été dans l'impossibilité, en raison de son ignorance ou de son manque de compétence, de maîtriser le danger inhérent à la chose.

Son domaine d'application est enfin limité dans le temps : lorsque le délai qui sépare le moment où le gardien de la structure s'est dessaisi de la chose et celui où le dommage est survenu est trop important, la jurisprudence tend à exonérer le gardien de la structure pour revenir vers le gardien du comportement.

Entre le gardien de la structure et le gardien du comportement, la responsabilité est toujours alternative et non cumulative. Cette solution repose sur l'idée que la garantie des vices doit demeurer à charge de la personne qui a le pouvoir d'assurer un contrôle interne de la structure de la chose, tout au moins durant un certain temps.

24. — La théorie de la dissociation de la garde est vivement critiquée, à juste titre, par la doctrine française (80). Son application dépend de conditions vagues et imprécises laissées à l'appréciation du juge du fond (chose dangereuse, durée de la dissociation...). Outre l'insécurité juridique

(77) Voy. dans la célèbre affaire de l'oxygène liquide, Cass. fr. civ., 2^e Ch., 5 janvier 1956, *J.C.P.* 1956, II.9095; *Dall.*, 1957, p. 261; pour un commentaire, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité, op. cit.*, p. 664, n° 692. Dans ces affaires, la Cour de cassation française a jugé que le transporteur n'est pas le gardien d'une bouteille de gaz comprimé qui explose pendant le transfert parce qu'il n'a pas le pouvoir de contrôler les bouteilles dans tous leurs éléments, la société propriétaire possédant seule les moyens de contrôle et de surveillance des bonbonnes qu'elle fabriquait. Comp. Bruxelles, 27 avril 1977, *Pas.*, 1978, II, 4.

(78) La jurisprudence française va même jusqu'à présumer parfois que le dommage provenant d'une chose comportant un dynamisme propre et dangereux est imputable à sa structure, sauf preuve contraire. Voy. Cass. fr. civ., 2^e Ch., 20 juillet 1981, *J.C.P.* 1982.19848, note CHABAS; Cass. fr. civ., 2^e Ch., 4 juin 1984, *Gaz. Pal.*, 1984, 2, p. 634, note CHABAS.

(79) La deuxième chambre civile de la Cour de cassation s'est parfois montrée hostile à la désignation du fabricant comme gardien de la structure en lui préférant le vendeur qui assume le service après-vente ou le loueur professionnel. Voy. Cass. fr. civ., 2^e Ch., 7 décembre 1977, *Dall.*, 1978, IR, p. 202, obs. LARROUMET.

(80) Voy. G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité, op. cit.*, p. 663, n° 691 et s., spécialement p. 669, n° 700; J. FLOUR et J.L. AUBERT, *Les obligations, op. cit.*, p. 236, n° 249 et s.; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations, op. cit.*, p. 238, n° 515 et 516, p. 242, n° 523.

qu'elle engendre, elle n'est guère favorable aux victimes qui sont contraintes de rechercher l'origine du préjudice avant de désigner le gardien. Enfin, le souci de justice qui semble l'inspirer n'est pas nécessairement satisfait car elle aboutit à désigner comme responsable une personne qui n'a plus le contrôle effectif de la chose en portant ainsi atteinte à la cohérence même du régime.

Fort heureusement la théorie de la dissociation de la garde n'a reçu que peu d'échos en Belgique. Certaines décisions la rejettent d'ailleurs explicitement. La Cour de cassation ne s'y est jamais explicitement ralliée même si elle y a parfois fait allusion (81). Il est vrai que les conditions d'application de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil présentent une différence fondamentale avec le droit français. Selon l'interprétation qui lui est donnée en Belgique, l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil subordonne en effet la responsabilité du gardien de la chose à l'existence d'un vice. Celui-ci se définit traditionnellement comme une caractéristique anormale de la chose susceptible de causer un dommage. Même si le vice n'est pas nécessairement un élément permanent et inhérent à la chose survenu en dehors de toute intervention d'un tiers, il doit néanmoins en affecter la structure. Il ne saurait dès lors se confondre avec l'utilisation maladroite ou une mauvaise manipulation de la chose qui relèvent de la faute au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil. Dès le départ, la théorie est donc coupée de ses racines.

De plus, il est bien admis qu'une fois le vice démontré, son origine importe peu. Il ne peut être question de rechercher les sources du vice pour déterminer qui doit répondre des dommages causés par la chose.

Enfin, on a déjà souligné que la garde devait être rapportée à la chose et non au vice de la chose. La responsabilité du gardien se conçoit indépendamment de sa capacité à découvrir le vice. En droit belge, il n'est pas contesté que le fabricant d'un produit mis en circulation n'en est plus le gardien au sens de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil. Puisque la garde se définit comme un pouvoir de contrôle effectif sur la chose, le gardien de la structure ne saurait être considéré comme gardien de celle-ci au sens de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil (82).

(81) Voy. dans le cas d'une explosion d'une bonbonne de gaz, Cass., 4 avril 1986, *Pas.*, 1986, I, 948; *J.T.*, 1987, p. 196; *R.G.A.R.*, 1987, n° 11275, *R.W.*, 1986-1987, p. 1819. Le juge du fond avait clairement fait application de la dissociation de la garde, entre garde de structure et garde de comportement. La Cour décide que « l'arrêt qui, d'une part considère que la demanderesse avait la garde de la structure de la bonbonne et d'autre part, n'exclut pas qu'avaient la garde du comportement de la bonbonne, les défenderesses... dont il constate qu'elles utilisaient la bonbonne pour leur propre compte, méconnaît la notion légale de 'garde' au sens de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil ». De cet attendu sibyllin, il ressort que la Cour reproche au juge du fond de ne pas avoir recherché si les distributeurs n'exerçaient pas, eux aussi, les pouvoirs caractéristiques de la garde ce qui revient à condamner la théorie discutée. Pour un commentaire, voy. L. CORNELIS, *Principes*, *op. cit.*, p. 493, n° 285. J.-L. FAGNART, « L'interprétation de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil en droit belge », *op. cit.*, p. 286, n° 7; F. BAUDONCQ et M. DEBAENE, « De aansprakelijkheid voor zaken in het licht van artikel 1384, lid 1, B.W. », *op. cit.*, p. 93, n° 12. Voy. en jurisprudence, en ce qui concerne la garde d'une bouteille d'oxygène, Bruxelles, 28 janvier 1992, *Bull. Ass.*, 1992, p. 133, note VAN VLANDEREN.

(82) Voy. notamment Liège, 7 juin 1995, *Bull. Ass.*, 1995, p. 614.

Il n'y a donc aucune raison d'importer la théorie de la dissociation de la garde en Belgique où le contexte et les conditions d'application de la responsabilité du fait des choses sont radicalement différentes (83).

III. — TRANSFERT DE LA GARDE

A. — Principe général

25. — Compte tenu de la définition proposée par la Cour de cassation, le transfert de la garde suppose que le pouvoir de commandement sur la chose passe d'une personne à une autre à la suite d'un fait licite ou illicite ou d'une convention.

Le transfert de la garde peut avoir lieu volontairement ou involontairement (84). Il a lieu involontairement lorsque la chose a été dérobée à son gardien à la suite d'un vol, d'un détournement ou d'un abus de confiance. On a vu que dans de telles circonstances, la jurisprudence avait tendance à sanctionner celui qui s'est emparé de la chose sans l'autorisation du propriétaire en faisant de lui le gardien de la chose vicieuse (85).

Si la chose est passée entre d'autres mains à la suite d'un contrat passé avec le propriétaire, la question est de savoir si ce contrat a eu pour effet de transférer la garde de la chose au cocontractant. La réponse à cette question passe par une analyse de l'étendue des prérogatives qui ont ainsi été transmises par la voie du contrat sur la chose que l'on prétend vicieuse.

Pour déterminer le gardien, on examinera en premier lieu les droits et obligations que le contrat a fait naître dans le chef des parties contractantes par rapport à la chose réputée vicieuse afin de déterminer la nature des prérogatives exercées par le cocontractant auquel elle a été remise. Ce faisant, la victime ne méconnaît pas le principe de la relativité des conventions, puisqu'il s'agit de déduire des effets de droit de la situation née du contrat, non de se prévaloir de droits découlant d'une convention à laquelle elle n'a pas été partie.

Parmi les obligations découlant du contrat, on sera particulièrement attentif à celles qui concernent l'entretien, la réparation ou l'administration de la chose. Ce sont elles en effet qui révèlent le plus souvent le pouvoir de commandement caractéristique de la garde. L'examen de ces prérogatives n'est toutefois pertinent qu'en tant qu'ils se rapportent à la chose prétendument vicieuse (voy. *supra*). Il se peut que le contrat concerne une chose plus large ou plus englobante. Ainsi, en cas de bail d'un immeuble,

(83) En ce sens, voy. R.O. DALCQ, *Traité, op. cit.*, n° 2115; du même auteur, « La notion de garde dans la responsabilité », in *Mélanges F. DUMON, op. cit.*, p. 78, n° 7; L. CORNELIS, *Principes, op. cit.*, p. 492, n° 485; L. CORNELIS et I. VUILLARD, *Responsabilités, Traité théorique et pratique, op. cit.*, p. 13, n° 12; R. KRUTHOF, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1985, p. 585, n° 3; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT et M. DEBAENE, *op. cit.*, *T.P.R.*, 2000-4, p. 1735, n° 61 (b); L. CORNELIS, *De buitencontractuele aansprakelijkheid...*, *op. cit.*, p. 226, n° 238.

(84) R.O. DALCQ, *Traité, op. cit.*, n° 2091.

(85) R.O. DALCQ, *Traité, op. cit.*, n° 2100.

le gardien sera tantôt le bailleur tantôt le locataire selon que la chose réputée vicieuse est le bâtiment lui-même, l'installation de chauffage, les canalisations ou le mobilier.

Les conclusions tirées de la nature du contrat et des obligations qui s'en dégagent ne sont toutefois jamais déterminantes (86). Elles valent au titre d'indications générales, mais elles peuvent toujours être démenties par les faits. Même une clause contractuelle qui déterminerait entre parties qui est le gardien de la chose ne vaudrait que comme indice. Elle serait en toute hypothèse inopposable aux tiers victimes (87).

Cette prééminence du fait est une source d'insécurité juridique pour les victimes et les responsables mais il semble qu'elle soit indissociable de la nature du régime de responsabilité du fait des choses. D'ailleurs, si elle empêche de dégager des règles générales applicables à tous les cas selon la nature du contrat en cause, elle n'interdit pas d'établir des constantes.

On se limitera ici au transfert de la garde à l'occasion d'un contrat, mais la méthode à suivre n'est guère différente lorsque les prérogatives sur la chose sont réparties entre différents pouvoirs publics ou entre pouvoirs publics et personnes privées en vertu de la loi, d'un décret ou d'un règlement.

B. — *Transfert conventionnel de la garde*

1. *Vente, usufruit, emphytéose, mise en gage ...*

26. — En règle, la vente a pour effet de transférer la garde de la chose vendue à l'acheteur car celui-ci recueille un droit réputé absolu sur la chose, comportant tous les attributs du droit de propriété (*usus, fructus, abusus*) (88). Ces attributs se marient assez bien avec le pouvoir de commandement caractéristique de la garde. Encore faut-il observer que le transfert de la garde ne coïncide pas nécessairement avec le transfert de propriété. Le premier suppose un transfert du pouvoir de contrôle sur la chose qui se vérifie en fait. Le second peut avoir lieu avant même que la chose soit délivrée et remise à l'acheteur. C'est la livraison qui marquera, le plus souvent, le moment du transfert de la garde (89).

(86) L. CORNELIS, *Principes*, op. cit., p. 489, n° 483; L. CORNELIS et I. VUILLARD, *Responsabilités, Traité théorique et pratique*, op. cit., p. 11, n° 10; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT et M. DEBAENE, op. cit., T.P.R., 2000-4, p. 1723, n° 57; L. CORNELIS, *De buitencontractuele aansprakelijkheid...*, op. cit., p. 227, n° 239 et p. 240, n° 249 et 250.

(87) G. DOR, note sous Cass., 25 mars 1943, *R.C.J.B.*, 1948, p. 182; L. CORNELIS, *De buitencontractuele aansprakelijkheid ...*, op. cit., p. 241, n° 250.

(88) En ce sens, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité*, op. cit., p. 661, n° 690; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations*, op. cit., p. 252, n° 551.

(89) Il ne faut pas se cacher cependant que cette jurisprudence peut entraîner des conséquences profondément inévitables lorsque l'acheteur ignorait invinciblement le défaut de la chose livrée (bouteille gagnée à une loterie contenant un liquide empoisonné ...). Voy. à cet égard, Cass. fr. civ., 26 juin 1953, *Dall.*, 1954, p. 181, note SAVATIER; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations*, op. cit., p. 261, n° 578.

La solution est évidemment différente si la vente a lieu à l'essai. Dans ce cas, la livraison de la chose n'emporte pas nécessairement le transfert de la garde. Le vendeur qui surveille la chose pendant l'essai reste gardien durant cette période (90).

Pour les mêmes raisons, on considère en droit belge que le fabricant n'est plus gardien d'un produit aussitôt qu'il a mis celui-ci en circulation (91).

Si la chose fait l'objet d'un usufruit, d'une emphytéose ou d'un gage avec dessaisissement, il semble bien que la garde soit transférée à l'usufruitier et à l'emphytéote mais non au créancier gagiste (92).

2. Bail

27. — En cas de location d'un immeuble, on enseigne que c'est, en principe, le locataire qui acquiert la garde de la chose, sauf si le propriétaire s'est réservé le droit d'en contrôler l'usage (93).

Comme on l'a déjà indiqué, il faut au préalable définir la chose que l'on prétend vicieuse, car le gardien peut être tantôt le bailleur, tantôt le locataire selon qu'il s'agit des murs, du toit, de la charpente, de la cheminée, d'un châssis ... (94). Il faut se demander dans un second temps qui du bail-

(90) G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité*, op. cit., p. 661, n° 690.

(91) F. BAUDONCQ et M. DEBAENE, « De aansprakelijkheid voor zaken in het licht van artikel 1384, lid 1, B.W. », op. cit., p. 93, n° 12; J. VERLINDEN, « Twintig jaar product-aansprakelijkheid. Een stand van zaken », in *Aansprakelijkheidsrecht, Actuele tendensen*, Het Vlaams pleitgenootschap, Larcier, 2005, p. 58, n° 47. Voy. Bruxelles, 3 mai 1985, *R.G.A.R.*, 1987, n° 11204 et Liège, 7 juin 1995, *Bull. Ass.*, 1995, p. 614 (bouteilles de limonade qui explosent). Jugé également que la Croix-Rouge ne peut être considérée comme gardienne du sang qu'elle a livré, Bruxelles, 4 mai 1994, *R.G.A.R.*, 1996, n° 12671.

(92) Voy. G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité*, op. cit., p. 657, n° 688 qui préconisent précisément une solution différente pour ce qui concerne le gage.

(93) R.O. DALCQ, *Traité*, op. cit., n° 2101; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité*, op. cit., p. 661, n° 690; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations*, op. cit., p. 256, n° 565; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT et M. DEBAENE, op. cit., *T.P.R.*, 2000-4, p. 1730, n° 60. J.-L. FAGNART et M. DENEVE, « Chronique de jurisprudence. La responsabilité civile (1976-1984), *J.T.*, 1988, p. 264, n° 122. Voy. dans la jurisprudence de la Cour de cassation, Cass., 15 mai 1959, *Pas.*, 1959, I, 939; Cass., 15 décembre 1967, *R.W.*, 1967-1968, col. 1375; Cass., 18 avril 1975, *Pas.*, 1975, I, 828; Cass., 29 octobre 1987, *Pas.*, 1988, I, 251; la Cour refuse de censurer le juge du fond qui avait considéré que la garde d'un studio comportant une installation de chauffage défectueuse n'avait pas été transférée au locataire aux motifs que le bail était d'un an seulement, que le locataire avait laissé au bailleur le soin de conclure le contrat d'entretien du chauffage et que le locataire n'avait pas le pouvoir de percer un mur pour réaliser les arrivées d'air nécessaires.

(94) Dans la jurisprudence des juges du fond : hypothèses où la garde a été attribuée au locataire : Civ. Anvers, 29 février 1980, *R.W.*, 1980-1981, p. 2485 (conduite de gaz); Civ. Huy, 21 mars 1984, *R.G.A.R.*, 1985, n° 10991 (chute d'un arbre); Civ. Liège, 9 novembre 1989, *R.G.A.R.*, 1992, n° 12045 (taque recouvrant le tuyau d'alimentation en mazout); Anvers, 1^{er} février 1995, *R.W.*, 1996-1997, p. 1256 (terrain de football); Civ. Malines, 2 décembre 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 1293 (compteur de gaz situé à l'intérieur de l'habitation); Liège, 25 novembre 1998, *R.G.D.C.*, 2000, p. 297; Gand, 20 décembre 1996, *R.W.*, 1999-2000, p. 467 (escalier menant à la cave dans un café); Mons, 4 décembre 1985, *Pas.*, 1986, II, 25, note J.L. (chauffe-eau vétuste); Gand, 3 septembre 1998, *T.G.R.*, 1999, p. 14 (éclairage au néon accroché à une façade); Gand, 8 novembre 2002, *Bull. Ass.*,

leur ou du locataire avait en vertu du contrat ou de la loi, la charge de l'entretien et de la réparation de la chose vicieuse indépendamment de la question de savoir qui en supportait financièrement le coût (95). Enfin, il y a lieu de vérifier si les indices qui se dégagent des clauses du contrat ou des règles supplétives qui le régissent ne sont pas démenties par les faits, auquel cas ceux-ci doivent prévaloir. Le simple fait pour le locataire de se substituer au propriétaire négligent en vue de procéder à l'entretien ou à la réparation de tout ou partie du bien loué ne suffit cependant pas à lui en transférer la garde.

Pour que le locataire soit considéré comme gardien il faut qu'il exerce un pouvoir de contrôle sur la chose indépendamment de toute intervention du propriétaire. C'est pourquoi, il ne sera généralement pas considéré comme gardien des murs, de la toiture, des fondations, des canalisations enfouies dans le sol, ... (96).

Lorsque la location d'un bien s'accompagne de la mise à disposition d'un personnel qualifié en vue d'en assurer le fonctionnement (véhicule avec chauffeur, avion avec pilote...), la doctrine considère en général que le bailleur en conserve la garde par l'intermédiaire de son préposé (97).

Il en va de même lorsque la chose est louée pour une courte durée (location d'une salle de fêtes, location d'un go-kart, d'un véhicule pour un bref séjour ...) (98).

2003, p. 425 (terrain de loisirs); Gand, 5 février 2004, *Bull. Ass.*, 2004, p. 808 (escalier rongé par l'humidité). Hypothèses où la garde a été attribuée au propriétaire : Civ. Anvers, 9 novembre 1987, *R.G.D.C.*, 1988, p. 260 (toiture d'une terrasse); Pol. Gand, 29 janvier 1998, *R.W.*, 1999-2000, p. 102 (arbre abattu dans le cadre d'un bail saisonnier); Gand, 10 mai 1994, *R.W.*, 1996-1997, p. 258, noot (toiture d'un bâtiment); Gand, 26 avril 1994, *R.W.*, 1996-1997, p. 1025; Gand, 30 octobre 2002, *R.G.A.R.*, 2004, n° 13808 (escalier d'une cave pourri par l'humidité, auquel le locataire n'avait pas accès et dont il n'avait pas l'usage); Comp. Bruxelles, 12 novembre 1987, *R.W.*, 1988-1989, p. 1170 (le concessionnaire exploitant d'une station d'essence n'en est pas le gardien, s'il n'a pas la direction et le contrôle des installations); J.P. Anvers, 27 décembre 1988, *Pas.*, 1989, III, 64 (la commune propriétaire d'un bâtiment mis par elle à la disposition d'une fabrique d'église pour le service du culte, est la gardienne du bâtiment, même si en vertu du décret du 30 décembre 1809 l'entretien du bâtiment est à charge de la fabrique d'église).

(95) Civ. Liège, 9 novembre 1989, *R.G.A.R.*, 1992, n° 12045 : « La surveillance et la direction d'une chose ne sont pas nécessairement subordonnées à l'obligation de devoir supporter la charge financière de son entretien ».

(96) R.O. DALCQ, *Traité, op. cit.*, n° 2104; Gand, 10 mai 1994, *R.W.*, 1996-1997, p. 258.

(97) R.O. DALCQ, *Traité, op. cit.*, n° 2102, du même auteur, « La notion de garde dans la responsabilité », in *Mélanges F. DUMON, op. cit.*, p. 76, n° 4; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations, op. cit.*, p. 257, n° 566. En jurisprudence, voy. Cass., 15 mai 1959, *Pas.*, 1959, I, 939 (location d'une grue).

(98) En Belgique, R.O. DALCQ, *Traité, op. cit.*, n° 2109 à 2112. En jurisprudence, voy. Bruxelles, 17 novembre 1986, *R.W.*, 1987-1988, p. 1335 (salle de fête); Pol. Bruges, 23 avril 2001, *T.A.V.W.*, 2003, p. 129 (go-kart); Pol. Verviers, 29 septembre 2003, *R.G.A.R.*, 23004, n° 13924 (location d'un château médiéval pour une soirée de dégustation de vins); Pol. Gand, 13 novembre 2003, *J.J.P.*, 2003, p. 447 (location d'un véhicule pour une brève période). En France, voy. G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité, op. cit.*, p. 658, n° 689; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations, op. cit.*, p. 259, n° 573.

3. Contrats de service (entreprise, transport...)

28. — Si la chose a été remise à un professionnel pour en faire l'usage qu'exige sa profession (réparation ou remorquage d'un véhicule, renflouement d'un navire, remise en état d'un objet ...), la jurisprudence et la doctrine considèrent généralement que la garde est transférée au professionnel pendant le temps où il conserve la chose sous son contrôle, c'est-à-dire pendant le temps de l'exécution du travail et pendant la période d'essai, jusqu'au moment où le propriétaire en reprend la maîtrise (99)- (100). Ceci devrait valoir également lorsque le propriétaire est présent lors de la réparation mais n'y participe pas.

Jugé conformément à ces principes, que le propriétaire ou les copropriétaires restent gardiens de l'ascenseur mis à la disposition des occupants de l'immeuble, même si un contrat d'entretien a été conclu avec une firme spécialisée (101). Il en va cependant autrement lorsque l'accident survient pendant la période d'entretien de l'ascenseur (102).

Il se peut cependant que la chose vicieuse, ne soit pas celle qui a été remise par le maître de l'ouvrage en vue d'être travaillée mais un simple instrument utilisé par l'entrepreneur en vue d'exécuter la prestation promise. Dans ce cas, l'entrepreneur sera généralement considéré comme gardien de cet outil, à moins que celui-ci lui ait été remis temporairement par un service spécialisé qui en assure lui-même l'entretien. On songe au chirurgien qui utilise du matériel chirurgical mis à sa disposition par l'hôpital (103).

Par contre, l'entrepreneur en construction est généralement considéré comme gardien du chantier, de même que des matériaux qui y sont laissés pendant toute l'exécution du chantier dont il assure le contrôle, à moins

(99) Le fournisseur de carburant est gardien de la cuve à mazout pendant la durée de l'approvisionnement. Il est responsable en cas de défaillance du système de sécurité : Liège, 31 mars 1995, *R.G.A.R.*, 1997, n° 12711. Si le dépannage ou le remorquage ont lieu à titre bénévole, le caractère bénévole de l'aide apportée au propriétaire est souvent prise en compte quelle que soit la nature du contrat, surtout si le dommage est subi par celui qui apportait son aide. Voy. en France, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité, op. cit.*, p. 662, n° 690.

(100) On rappellera à cet égard que si la chose est un ensemble complexe, la question de savoir quels sont les éléments ou parties qui ont été confiés aux bons soins du professionnel est sans pertinence. Il faut en effet partir de la chose prétendument vicieuse.

(101) En ce sens en doctrine, R.O. DALCQ, *Traité, op. cit.*, n° 2103; R. KRUTHOF, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1985, p. 588, n° 4; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT et M. DEBAENE, *op. cit.*, *T.P.R.*, 2000-4, p. 1732, n° 60 (f). En jurisprudence, Bruxelles, 21 décembre 1990, *R.G.A.R.*, 1993, n° 12153; Bruxelles, 13 janvier 1994, *R.G.A.R.*, 1995, n° 12539; Civ. Dinant, 20 avril 2001, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13527, le dommage était survenu dans cette espèce après la fin des opérations de contrôle alors que le préposé de la société d'entretien avait quitté les lieux.

(102) Cass., 7 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, 1023, dans le cas d'un ascenseur qui avait prématurément été remis en service pour faciliter le déplacement des différents corps de métier à l'intérieur du bâtiment.

(103) Gand, 4 mai 1995, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, p. 53; Mons, 28 juin 1994, *Rev. dr. santé*, 1995-1996, p. 291, note; Civ. Liège, 24 octobre 1995, *Rev. dr. santé*, 1996-1997, p. 42.

que le maître de l'ouvrage ne se soit réservé un contrôle personnel sur le déroulement des opérations (104).

Le contrat qui porte uniquement sur la surveillance des bâtiments (contrat de gardiennage ...) n'emporte pas, en principe, le transfert de la garde des choses qui s'y trouvent car l'exercice temporaire de la surveillance n'entraîne normalement pas le transfert du pouvoir de direction sur le contenu (105). Pour une raison similaire, le contrat de courtage immobilier n'entraîne pas le transfert de la garde à l'agent même si celui-ci reçoit en vertu de ce contrat le pouvoir de faire visiter les lieux à la clientèle (106).

Sur le fondement des mêmes principes, le transporteur est, le plus souvent, considéré comme gardien de la chose transportée depuis sa prise en charge jusqu'à la remise à son destinataire (107). Il se peut cependant que l'expéditeur ou le destinataire se soient personnellement chargés des opérations d'embarquement et de débarquement, auquel cas ils resteraient responsables des dommages causés par la chose au cours de ces opérations (108).

29. — Il ne fait guère de doute que c'est la qualité de professionnel du prestataire de services qui justifie la plupart du temps le transfert de la garde dans les contrats de services, alors même que dans certains cas, notamment celui du transporteur, on pourrait douter de l'existence d'un pouvoir de commandement sur la chose. C'est à la suite d'ailleurs de telles considérations que la théorie de la dissociation de la garde a vu le jour en France (voy. *supra*).

Les conséquences de cette jurisprudence sont en effet injustes lorsque le transporteur ignorait invinciblement la dangerosité du produit transporté parce que l'expéditeur ne le lui a pas révélé. Dans de telles circonstances, la jurisprudence française estime que le manquement à l'obligation de renseignement « bloque » le transfert de la garde (109).

(104) J.P. Mouscron, 20 juin 1984, *R.G.A.R.*, 1985, n° 10992; Civ. Malines, 9 mai 1988, *Pas.*, 1988, III, 121; Mons, 13 février 1990, *Dr. circ.*, 1991, p. 37; Civ. Namur, 19 octobre 1998, *Dr. Circ.*, 1999, p. 164; Pol. Verviers, 29 septembre 2003, *R.G.A.R.*, 2004, n° 13924; Bruxelles, 28 juin 2001, *R.G.A.R.*, 2003, n° 13752. Voy. cependant Cass., 15 novembre 2004, www.juridat.be qui refuse de censurer le juge du fond qui avait décidé que l'Office de navigation conserve la garde des voies navigables pendant les travaux de dragage confiés à un entrepreneur, au motif que l'Office ne peut se décharger de sa mission d'exploitation des voies navigables.

(105) Civ. Bruxelles, 13 décembre 1950, *R.G.A.R.*, 1952, n° 5018.

(106) Civ. Arlon, 6 mai 2004, inédit.

(107) R.O. DALCQ, *Traité, op. cit.*, n° 2111; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT et M. DEBAENE, *op. cit.*, *T.P.R.*, 2000-4, p. 1732, n° 60 (g). En jurisprudence, Cass., 8 novembre 1956, *Pas.*, 1957, I, 251.

(108) Voy. Bruxelles, 27 avril 1977, *Pas.*, 1978, II, 4.

(109) Voy. à cet égard, les commentaires de B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations, op. cit.*, p. 260, n° 576.

4. *Prêt mobilier*

30. — Si la chose a été prêtée, l'emprunteur en devient en principe le gardien. La règle connaît cependant de nombreuses nuances, notamment lorsque le prêteur s'est réservé des prérogatives importantes sur la chose, lorsqu'il a conservé un contrôle sur l'usage qui peut être fait de l'objet prêté ou lorsque la chose a été confiée à l'emprunteur dans l'intérêt du prêteur (110).

Ainsi, lorsque la chose a fait l'objet d'un prêt momentané en vue d'un usage bien délimité (remise des clés pour remiser un véhicule, prêt d'un caddie dans un grand magasin ...), on considère que le prêteur en conserve la garde (111). Les pouvoirs de l'emprunteur paraissent en effet trop limités pour entraîner le transfert (112).

C'est probablement sur la foi de ces considérations que le juge du fond, dans l'affaire qui fait l'objet de ce commentaire, a estimé que l'utilisateur de l'échelle n'en était pas le gardien. Assez curieusement, ces constatations n'ont pas paru suffisantes à la Cour pour pouvoir conclure légalement à l'absence de transfert de la garde. La relation qui s'était installée entre les deux voisins ne s'apparentait-elle pas en définitive à un prêt à usage? L'échelle était laissée à la disposition du voisin en vue de la cueillette des prunes et, semble-t-il, uniquement dans ce but. Il est donc étonnant que la Cour ait censuré le juge du fond. Il semble qu'elle ait été plus attentive à l'absence du propriétaire au moment des faits ainsi qu'à l'usage de l'échelle par le voisin de sa propre initiative, qu'à la convention qui s'était tacitement nouée entre les parties.

CONCLUSIONS

31. — L'arrêt annoté qui casse l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Liège nous semble critiquable. Se fondant, ainsi que l'y invitait son avocat général, sur une interprétation *a contrario*, selon nous discutable, de l'arrêt du 23 novembre 1979, la Cour de cassation reproche implicitement au juge du fond de ne pas avoir tenu compte de l'absence de propriétaire au moment de la survenance du dommage.

Dès lors que la garde se définit comme un pouvoir théorique ou abstrait qui ne doit pas être nécessairement exercé effectivement, l'absence du pro-

(110) R.O. DALCQ, *Traité, op. cit.*, n° 2105; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT et M. DEBAENE, *op. cit.*, *T.P.R.*, 2000-4, p. 1733, n° 60; L. CORNELIS, *De buitencontractuele aansprakelijkheid...*, *op. cit.*, p. 242, n° 251. En jurisprudence, voy. Liège, 22 juin 1976, *Bull. Ass.*, 1976, p. 651 à propos de la mise à disposition par le vendeur d'un tuyau flexible pour organiser le déchargement; Liège, 31 mars 1995, *R.G.A.R.*, 1997, n° 12711, dans le cas du remplissage d'une cuve à mazout dont la jauge était défectueuse. G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité, op. cit.*, p. 660, n° 690; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations, op. cit.*, p. 258, n° 569 à 571.

(111) R.O. DALCQ, *Traité, op. cit.*, n° 2106. En jurisprudence, Civ. Courtrai, 18 juin 2002, *R.W.*, 2003-2004, p. 430 (prêt momentané d'une bicyclette).

(112) Cass., 23 novembre 1979, *Pas.*, 1980, I, 377; Cass., 11 octobre 1985, *J.T.*, 1986, p. 599; J.P. Zottegem, 25 avril 2002, *T.A.V.W.*, 2002, p. 136, dans le cas d'une autorisation donnée par une commune d'utiliser un câble pour prendre de l'éclairage.

priétaire de la chose au moment de la survenance du dommage n'implique nullement, par ce seul fait, qu'il en ait transféré la garde.

De plus, comme les faits révèlent que l'échelle avait été utilisée par la victime dans le cadre d'un accord de voisinage qui pouvait s'apparenter à un prêt à usage, on ne pouvait affirmer sans nuance, comme le faisait le demandeur, que la chose avait été utilisée à l'insu du propriétaire.

L'importance ainsi donnée par la Cour de cassation à l'absence du propriétaire traduit en réalité un curieux retour de la faute dans l'application de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil.

Plus fondamentalement, la décision marque un désaccord persistant sur les fondements de la présomption de responsabilité du fait des choses, qui se traduit dans une jurisprudence relativement chaotique. Prisonnière de ses origines historiques, la responsabilité du fait des choses est une responsabilité hybride bâtie en porte-à-faux sur la faute et sur le risque.

Puisqu'elle ne limite pas son domaine d'application aux choses dange-reuses ou aux choses fabriquées dans un but économique, elle ne puise pas vraiment ses racines dans la théorie du risque. Elle peut néanmoins être qualifiée de responsabilité de plein droit dès lors que le gardien ne peut s'exonérer en démontrant l'ignorance invincible ou le caractère indécélable du vice. Pour autant, l'imputation de la responsabilité au gardien — et non au propriétaire — de la chose vicieuse comporte à l'évidence des relents de faute. C'est parce qu'il a sous son contrôle une chose affectée d'un vice que le gardien est présumé irréfragablement en faute.

L'arrêt annoté, soumis à ces influences contradictoires, entend corriger les conséquences inévitables de cette responsabilité de plein droit, lorsque le propriétaire, absent au moment du dommage, n'a par hypothèse rien pu faire pour l'éviter. Ce faisant, elle opère un retour vers la faute, alors même que les circonstances ne l'imposaient pas.

Reposant sur des fondements aussi fragiles, il est permis de penser que la responsabilité du fait des choses aura sans aucun doute beaucoup de difficultés à trouver sa place dans le mouvement d'harmonisation des principes de droit européen de la responsabilité civile (113).

BERNARD DUBUISSON,

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ
CATHOLIQUE DE LOUVAIN.

(113) Voy. notamment, European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law, Springer/Wien/New York, 2005, où on n'en trouve nulle trace.