

**Le radeau de la faute intentionnelle inassurable
(A propos de Cass. 1^{re} civ., 29 mars 2018, n° 17-11886, 17-16558)**

Rodolphe Bigot,
Maître de conférences en droit privé,
Université de Picardie Jules Verne,
CEPRISCA - EA 3911

Réf. bibliographiques : R. Bigot, Le radeau de la faute intentionnelle (A propos de Cass. 1^{re} civ., 29 mars 2018, n° 17-11886, 17-16558), bjda.fr 2018, n° 57.

Assurance de responsabilité civile professionnelle de l'avocat – Faute intentionnelle de l'article L. 113-1 du Code des assurances (non) – Conception étroite de la faute intentionnelle (oui)

Les juges du fond, pour retenir la faute intentionnelle d'un avocat dans l'exercice de ses fonctions d'auxiliaire de justice au sens de l'article L. 113-1 du Code des assurances, doivent se déterminer par des motifs propres à caractériser qu'il a nécessairement recherché le dommage, en d'autres termes les éléments probants de nature à établir sa volonté de rechercher le dommage résultant du défaut de remboursement de l'indemnité d'immobilisation versée au titre d'une promesse de vente.

Abandonné aux caprices des vents et courants marins, souvent contraires, le radeau de la faute intentionnelle a été repoussé en eau trouble, ce que confirme un énième arrêt sur la question. Il faut souhaiter que les magistrats de la Cour de cassation se réunissent rapidement, par exemple en assemblée plénière¹ ou chambre mixte², pour une opération de sauvetage de la

¹ *L'organisation de la Cour de cassation*, https://www.courdecassation.fr/institution_1/presentation_2845/organisation_cour_cassation_30990.html : « Les assemblées plénières sont composées de tous les présidents et doyens des chambres, ainsi que d'un conseiller pris au sein de chacune d'elles, ce qui représente un total de dix-neuf membres. Le renvoi devant une telle formation est décidé par le premier président ou la chambre saisie. Il peut l'être lorsque l'affaire pose une question de principe. [...] Il est également de droit lorsque le procureur général le requiert avant l'ouverture des débats ».

² *Ibid.* : « Le renvoi devant une chambre mixte doit être ordonné lorsqu'une affaire pose une question relevant normalement des attributions de plusieurs chambres, ou si la question a reçu ou est susceptible de recevoir devant les chambres des solutions divergentes ; il doit l'être en cas de partage des voix au sein de la chambre qui a

notion. L'embarcation menant les dispositions de l'article L. 113-1, alinéa 2, du Code des assurances paraît à la dérive. Le texte prévoit côte-à-côte, sous le régime de l'exclusion légale de garantie, la faute intentionnelle ou dolosive, mais en pratique la seconde est généralement absorbée par la première. Sous la grand-voile de la faute intentionnelle se cache « *le comportement conscient et volontaire de l'assuré qui a recherché le dommage tel qu'il s'est produit* »³, ce qui correspond au sinistre volontaire. Sous la misaine de la faute dolosive, se dissimule un objet assez mal identifié qui peut néanmoins être perçu « *comme la violation délibérée d'une de ses obligations contractuelles par l'assuré* »⁴ ou « *un manquement conscient de l'assuré, délibéré même, à une obligation à laquelle il était tenu, dont il résulterait la suppression de l'aléa inhérent au contrat d'assurance, même sans intention de rechercher le dommage, surtout dans toute son ampleur* »⁵.

Dans tous les cas, la charge de la preuve de cette faute qualifiée repose sur les épaules de l'assureur. Naturellement, l'étendue de cette preuve varie selon la conception de la notion, qui peut être admise sous une coloration moniste ou dualiste, autrement dit restrictive ou élargie. Le sort de l'éventuelle autonomie de la faute dolosive en dépend, auquel cas en découle le même effet paralytique sur la garantie. Le cas échéant, le chenal de l'exclusion permettant de faire sortir le fait générateur de la garantie s'élargit à bâbord et à tribord.

À l'origine de l'affaire en cause, un couple est entré en relations avec un voisin, et, par l'intermédiaire de ce dernier, avec un avocat. Les conjoints ont signé, les 24 avril et 2 mai 2009, deux promesses de vente portant sur des biens immobiliers situés en des lieux différents, présentés comme appartenant à une tierce personne. Ils ont versé à ce titre deux indemnités d'immobilisation de 47 500 euros et de 48 000 euros. Toutefois, ces promesses de vente n'ont pas été suivies d'effet. Souhaitant logiquement se voir restituer ces sommes, ils les ont réclamées, en vain. Ayant en outre découvert que leur voisin avait fait signer une promesse de vente portant sur le même premier bien immobilier à leur gardienne d'immeuble, ils se sont aperçus qu'ils avaient été victimes d'une escroquerie de sa part. Ils ont considéré que ces détournements étaient également imputables à l'avocat qui avait laissé à leur voisin la libre disposition de ses locaux et de ses formulaires vierges de promesses de vente.

Par conséquent, ils l'ont assigné, ainsi que la propriétaire, afin d'obtenir la restitution des sommes qu'ils avaient payées. L'avocat a appelé en garantie la société d'assurances – en l'espèce la compagnie historique des professions du droit⁶ –, auprès de laquelle l'ordre des avocats du barreau de Paris avait souscrit un contrat garantissant notamment la responsabilité civile professionnelle des avocats inscrits à ce barreau. Une expertise, ordonnée à sa demande, a fait apparaître que la signature figurant sur la promesse de vente du 24 avril 2009 était celle

d'abord connu du pourvoi. Le renvoi est d'autre part encore de droit lorsque le procureur général le requiert avant l'ouverture des débats. Ce type de formation a essentiellement pour utilité de résoudre des divergences de jurisprudence entre chambres ».

³ M. Robineau, *Droit des assurances*, Ellipses, 2015, p. 86.

⁴ *Ibid.*

⁵ D. Noguéro, *Faute intentionnelle ou dolosive ? Tradition confirmée de la troisième chambre civile de l'exigence du dommage tel qu'il est survenu*, RDI 2015, p. 425 (sous Civ. 3^e, 1^{er} juill. 2015, 2 arrêts, n^{os} 14-19.826 et 14-50.038, inédits ; puis n^{os} 14-10.210, 14-11.971, 14-13.403 et 14-17.230, inédits).

⁶ R. Bigot, *L'article L. 129-1 du Code des assurances, comète ou nébuleuse pour l'assurance collective de dommages des professionnels du droit ?*, BJDA n^o 55, 2018, p. 42 et s. ; *L'indemnisation par l'assurance de responsabilité professionnelle. L'exemple des professions du droit et du chiffre*, avant-propos H. Slim, préface D. Noguéro, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, 2014, n^{os} 1 et s. – F. Arhab-Girardin, *L'assurance et la responsabilité civile des professions du droit, questions choisies*, RLDC n^o 157, mars 2018, n^o 6424, p. 49 et s. – Y. Avril, *L'assurance de responsabilité obligatoire pour l'avocat*, Dalloz avocats, 2017, p. 180. – H. Slim, *Les garanties d'indemnisation, in La responsabilité liée aux activités juridiques*, S. Porchy-Simon et O. Gout (sous la coord.), GERCIE, Bruylant, 2016, p. 191 et s. – R. Bigot, P. Roger, *L'assurance des professionnels du procès*, in *Actes du Colloque L'assureur et le procès*, Université du Maine, 27 nov. 2009, Thème 2. L'intégration du procès par l'assureur. Présidence : G. Durry, RGDA 2010, n^o 3, p. 904 et s.

de l'avocat, mais que ce n'était pas le cas de la signature apposée sur l'acte du 2 mai 2009. La décision de première instance a imposé la délivrance par l'assureur de sa garantie à l'avocat assuré et l'a condamné *in solidum* avec son assuré à payer aux époux les sommes de 48 000 euros à compter du 19 mars 2011, et de capitalisation des intérêts dans les conditions de l'article 1154 du Code civil.

La Cour d'appel de Paris, par un arrêt en date du 2 décembre 2016, a infirmé le jugement. Elle a débouté l'avocat de son appel en garantie contre la société d'assurances et les époux de leur demande en paiement dirigée contre cette même compagnie. En définitive, elle a retenu que la garantie d'assurance n'était pas mobilisable. À cet effet, les juges du fond ont retenu la conception large de la faute intentionnelle. En d'autres termes, selon eux, l'avocat avait « *nécessairement recherché le dommage* », dans l'esprit de l'ouverture jurisprudentielle vers la conception dualiste tendant à reconnaître la faute dolosive. C'est cette interprétation élargie de l'article L. 113-1, alinéa 2, du Code des assurances que l'assuré, ayant perdu son droit à la garantie, a entendu contester dans son pourvoi en cassation notamment.

La Haute juridiction a ainsi été confrontée, à nouveau, à ce problème délicat de qualification. La question soumise aux magistrats de la première chambre civile était de savoir si la cour d'appel avait fait une exacte application des dispositions de l'article L. 113-1, alinéa 2, du Code des assurances déclarant inassurable toute faute intentionnelle ou dolosive. La Cour de cassation a censuré, au visa de ce dernier article, l'arrêt de la cour d'appel qui avait retenu l'existence d'une faute intentionnelle. Par un arrêt du 29 mars 2018, les magistrats du quai de l'horloge ont retenu directement comme critère de qualification de la faute intentionnelle la volonté de « *rechercher* » ou créer le dommage⁷. La faute commise par l'avocat ne pouvait donc pas être qualifiée d'intentionnelle selon eux, ce qui a le mérite de préserver l'indemnisation des victimes par l'assurance, à première vue. Sur fond de fluctuations que connaît la jurisprudence en la matière, cette décision laisse regrettablement partir à la dérive le radeau de la faute intentionnelle inassurable (I). En matière de responsabilité civile professionnelle, on ne peut qu'espérer que la Cour de cassation vienne rapidement à son secours (II).

I. La faute intentionnelle inassurable, un radeau à la dérive

A. Un radeau...

L'assemblage des éléments qui forment un radeau n'est pas clairement défini⁸, à l'instar de la notion de faute intentionnelle, dont on ne sait précisément avec quels composants elle est confectionnée.

Si elle paraît constituée de deux pièces saillantes, la dualité apparente des fautes constitutives de l'exclusion légale de risque en assurance est très souvent balayée par la jurisprudence. Pour cause, les magistrats ne peuvent s'appuyer sur aucune définition légale de ce fait générateur particulier, tant dans sa forme intentionnelle que dolosive. Il s'agit du premier élément d'explication de la tendance prédominante de la jurisprudence à retenir la conception restrictive de la faute intentionnelle, dite aussi subjective ou encore « *moniste subjective* »⁹. Un autre facteur important prend corps dans les effets souvent présentés comme radicaux de cette qualification. La faute dolosive comme exclusion légale de risque n'émerge donc

⁷ Civ. 1^{re}, 29 mars 2018, n° 17-11.886, 17-16.558, inédit. – Cf. S. Abravanel-Jolly, *De la faute intentionnelle d'un avocat*, LEDA juin 2018, n° 111g2, p. 2.

⁸ <http://www.cnrtl.fr/definition/radeau> : un radeau est « *un assemblage de pièces de bois, de roseaux, etc., constituant une plate-forme flottante susceptible de porter des personnes ou des marchandises* ».

⁹ S. Abravanel-Jolly, *Notion de faute intentionnelle en assurance : une nécessaire dualité*, www.actuassurance.com 2009, n° 11.

qu'occasionnellement dans les tables du Bulletin civil. Elle a néanmoins été le support d'une « possible analyse dédoublée »¹⁰ de l'exclusion légale de garantie¹¹.

En ce qui concerne la conception majoritaire, la volonté de la faute et la volition du dommage¹² doivent se conjuguer pour établir la faute intentionnelle conçue restrictivement. À la volonté de créer le risque – le fait délibéré¹³ – s'ajoute celle de causer le dommage « *tel qu'il est survenu* »¹⁴. En pratique, sa détermination, mâtinée d'appréciations *in abstracto* et *in concreto*¹⁵, s'avère éminemment complexe. *A priori* protectrice du sort des victimes qui seront plus facilement indemnisées, en priorité par l'assurance, la conception étroite nie la lettre même de l'article L. 113-1, al. 2, du Code des assurances¹⁶. En outre, elle est susceptible d'en corrompre¹⁷ l'esprit, en inhibant le caractère aléatoire du contrat qui « *est essentiel et constitue un obstacle évident à la garantie du sinistre intentionnellement provoqué par l'assuré ou le bénéficiaire du contrat* »¹⁸. Par conséquent, l'enjeu de l'élargissement de la notion est de préserver « *l'essence même de la relation d'assurance, dont l'objet n'est pas de garantir les comportements délibérés des assurés* »¹⁹.

Quant à la conception large de la faute intentionnelle, reconnaissant ponctuellement la faute dolosive, elle est le fruit d'une évolution de la Cour de cassation. Le renouvellement de la notion est salué par une partie de la doctrine, qui s'inquiète néanmoins d'une trop grande fragilité de

¹⁰ Civ. 2^e, 9 avr. 2009, n° 08-15.867, inédit ; RDI 2009. 483, obs. D. Noguéro ; RCA 2009, n° 197, note H. Groutel ; RGDA 2009. 747, note L. Mayaux. – Civ. 2^e, 9 juill. 2009, n° 08-18.512, inédit ; RDI 2009. 654, obs. D. Noguéro ; RCA 2009, n° 338, note H. Groutel. – Civ. 2^e, 25 févr. 2010, n° 09-13.788, inédit ; RDI 2010. 273, obs. D. Noguéro.

¹¹ Y. Lambert-Faivre, L. Leveneur, *Droit des assurances*, Dalloz, coll. Précis, 14^e éd., 2018, n° 425 : « *L'assurance est une technique de garantie du hasard dont les statistiques permettent d'établir les lois mathématiques ; introduire la garantie du fait intentionnel dans l'opération d'assurance en fausserait donc radicalement les prémisses : la technique de l'assurance exige que le risque assuré soit un événement aléatoire, dont la réalisation ne dépend pas de la volonté de l'assuré ou du bénéficiaire du contrat. La réalisation volontaire du risque par l'assuré ou le bénéficiaire demeure donc hors du champ contractuel : c'est une « exclusion légale de risque »* ».

¹² A. Vignon-Barrault, *Intention et responsabilité civile*, préface D. Mazeaud, th. PUAM, 2004, n° 16 : « *l'intention se définit nécessairement par la volition du dommage* ».

¹³ P.-G. Marly, *Droit des assurances*, Dalloz, 2013, n° 123.

¹⁴ Civ. 1^{re}, 27 mai 2003, n°s 01-10.478 et 01-10.747, Bull. civ. I, n° 125. – D. Noguéro, *Faute intentionnelle, prise de risque et dommage tel qu'il est survenu*, RDI 2009, p. 654 (sous Civ. 2^e, 9 juill. 2009, *Serrano c/ Sté Zuritel*, n° 08-18.512, inédit ; RCA 2009, n° 338, note H. Groutel) ; D. Noguéro, *Appréciation souveraine de la faute intentionnelle en assurance dommages, impliquant néanmoins la volonté de créer le dommage tel qu'il est survenu*, RDI 2009, p. 483 (Civ. 2^e, 9 avr. 2009, *Sté ACM Iard c/ SCI Axestev et a.*, n° 08-15.867, inédit).

¹⁵ Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 4^e éd., 2016, n° 316 : « *Aussi bien, cette qualification ne peut-elle être retenue, comme en droit pénal d'ailleurs, que sous certaines conditions strictes, et notamment sous réserve de caractériser un état psychologique particulier de l'agent. On ne s'étonnera pas dès lors que l'appréciation d'une telle faute revête une certaine spécificité : le principe de l'appréciation *in abstracto* ne peut être appliqué ici dans les mêmes termes que pour la faute simple ; s'il n'est pas question de recourir purement et simplement à une appréciation *in concreto*, du moins la référence au modèle abstrait de l'homme raisonnable se double-t-elle de la recherche concrète de l'existence de l'intention* ».

¹⁶ La loi fait état d'une alternative entre faute dolosive ou faute intentionnelle et non pas d'une faute intentionnelle de nuire, cf. L. Jossierand, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2^e éd., 1939, rééd. 2006, préface D. Deroussin, n°s 268 et s., spéc. n° 300, p. 409.

¹⁷ P.-G. Marly, *Droit des assurances*, Dalloz, 2013, n° 123 : « *En ce qu'elle corrompt l'aléa topique du contrat d'assurance, la faute intentionnelle de l'assuré est ainsi légalement et impérativement exclusive de garantie. De fait, elle manifeste la potestativité de l'événement mis en risque dont la réalisation, quoiqu'incertaine au temps de la souscription, se révèle finalement tributaire de l'assuré* ».

¹⁸ S. Abravanel-Jolly, *Droit des assurances*, Ellipses, 2^e éd., 2017, n° 325. – Dans le même sens, M. Asselain, *Violation délibérée de ses obligations professionnelles par l'assuré : à la recherche d'une sanction*, Resp. civ. et assur. 2009, étude 6 : l'objet du contrat d'assurance n'est pas « *de couvrir des dommages que le comportement malhonnête ou la négligence délibérée de l'assuré ont rendu non aléatoires* ».

¹⁹ S. Abravanel-Jolly, *Les conséquences de l'infraction d'incendie volontaire sur les fautes intentionnelles et l'exclusion conventionnelle des dommages « causés intentionnellement »*, note sous Civ. 2^e, 8 mars 2018, n° 17-15.143, Bulletin Juridique des Assurances – BJDA n° 56, 2018, p. 28 et s., spéc. p. 28.

la percée²⁰. La notion élargie de faute intentionnelle se dédouane de la volition du dommage qui est alors « *en quelque sorte présumée* »²¹. Pour cette raison, d'aucuns y voient « *une faute intentionnelle objective* ». La percée vers l'objectivation a été essentiellement admise dans le domaine de la responsabilité civile professionnelle par la jurisprudence²². La Cour de cassation ne semble cependant plus maîtriser le gouvernail, d'infortune, laissant ainsi le radeau partir à la dérive.

B. ... à la dérive

Pour accueillir la faute intentionnelle, depuis 2005, certaines décisions se sont accommodées de la connaissance par l'assuré des conséquences dommageables de son manquement. La particularité est que l'assuré possédait la qualité de professionnel dans chacune de ces hypothèses, à l'instar du responsable de la comptabilité d'une société ayant présenté des comptes non sincères²³, d'un avocat n'ayant aucunement consigné les fonds remis par ses clients adjudicataires d'un immeuble²⁴, d'un administrateur judiciaire ayant œuvré, contrairement à sa mission, pour que le plan de continuation ne soit pas adopté²⁵ ou enfin d'une avocate ayant trompé sciemment son client par ses déclarations mensongères lui laissant croire que la procédure était en cours²⁶.

Un arrêt remarqué de 1973 avait déjà admis la conception assouplie de la faute intentionnelle, en l'espèce d'un notaire²⁷. Mais cette décision isolée fut suivie d'un retour à la rigueur pour trois décennies. En effet, entre 1975 et 2005 – avec une courte période d'abandon

²⁰ S. Abravanel-Jolly, note sous Civ. 2^e, 26 oct. 2017, n° 16-23696, www.bjda.fr 2017, n° 54. – Civ. 2^e, 4 févr. 2016, n° 15-10363, RGDA 2016, p. 162, n° 113g8, note A. Péliissier. – *Contra* Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, 2005, n° 775 : la « *définition stricte est la seule qui soit légitime, tant en droit pur qu'au plan de la politique juridique* ».

²¹ H. Groutel, F. Leduc, Ph. Pierre et M. Asselain, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, éd. Litec, 2008, n° 508.

²² R. Bigot, *La faute intentionnelle ou le phœnix de l'assurance de responsabilité civile professionnelle*, RLDC 2009/59, n° 3406, pp. 72-77 (version longue) ; Lamy Assurances, avril 2009, Bull. d'act. n° 160, pp. 1-7 (version abrégée).

²³ Com., 27 sept. 2005, n° 04-10.738, *Resp. civ. et assur.* 2005, comm. 370, note H. Groutel : « *Mais attendu qu'en relevant que la condamnation pénale de M. C... pour complicité de présentation de comptes non sincères établit l'intention de celui-ci de causer un préjudice à autrui, la présentation de comptes étant destinée à informer les personnes intéressées, la cour d'appel a, à bon droit, décidé que l'assureur ne saurait être tenu à garantir une faute intentionnelle ; que le moyen n'est pas fondé* ». – Comp. pour une société ayant lancé un appel d'offres, Civ. 2^e, 22 sept. 2005, n° 04-17.232, RGDA 2005, p. 907, note J. Kullmann : « *Mais attendu que, par motifs propres et adoptés, l'arrêt retient qu'en attribuant le marché à la société Bouygues, la SAPN a eu nécessairement conscience de l'illégalité encourue qui était flagrante en l'état de l'irrecevabilité énoncée dans le règlement édicté par elle ; que force est de constater qu'elle a commis une faute intentionnelle en ayant accepté la proposition irrecevable de la société Bouygues* ».

²⁴ Civ. 2^e, 24 mai 2006, n° 03-21.024, RGDA 2006, p. 632, note J. Kullmann : avait l'intention de causer le dommage tel qu'il est survenu l'avocat qui « *avait parfaite connaissance et conscience du dommage qu'il causait [...] en ne consignait pas dans les délais impartis le prix de l'adjudication sur le compte séquestre, dès lors qu'en tant qu'avocat spécialisé depuis des années dans les ventes judiciaires, adjudications et procédures d'ordre, il savait que ce retard ou cette omission de consignation des fonds qui lui avaient été remis faisaient courir au préjudice des adjudicataires des intérêts de retard* ».

²⁵ Civ. 2^e, 16 oct. 2008, n° 07-14.373, inédit : la Cour de cassation censure l'arrêt de la cour d'appel qui avait écarté l'existence d'une faute intentionnelle « *alors qu'elle relevait que (l'administrateur judiciaire) avait volontairement présenté de façon erronée et tardive le plan de continuation émané de la société Debar, qu'il était intervenu de façon délibérée afin que ce plan de continuation ne soit pas comparé avec l'offre de reprise de la société X, laquelle avait été arbitrairement privilégiée, ce dont il résultait que (le mandataire), professionnel ayant pour mission légale de veiller à la sauvegarde de l'entreprise, avait voulu que le plan de continuation ne soit pas adopté* ».

²⁶ Civ. 2^e, 1^{er} juill. 2010, n° 09-14.884, Bull. civ. II, n° 131, RGDA 2010, p. 684, 3^e esp., note J. Kullmann ; Gaz. Pal. 27-31 août 2010, p. 12 et 13, note B. Richard ; D. 2010, p. 355, note Y. Avril.

²⁷ Civ. 1^{re}, 8 oct. 1973, D. 1974, jur., p. 90, note J. Ghestin.

de son contrôle en droit²⁸ –, la Cour de cassation a exigé la preuve, quasi-impossible, que le professionnel ait la volonté de nuire aux intérêts de ses clients pour retenir la faute dolosive à son encontre. La conception stricte de la faute intentionnelle a ainsi prévalu à l'égard des notaires²⁹, des constructeurs³⁰ et des conseils juridiques³¹.

Puis, « *une petite nuance* »³² dans la définition classique de la faute intentionnelle a de nouveau été admise par la Cour de cassation, comme on l'a vu, à partir de 2005. En se satisfaisant de la simple conscience de causer un dommage par un fait volontaire afin de retenir l'application de l'article L. 113-1 du Code des assurances, la solution réveille l'un des fondements du texte trop souvent endormi par l'incapacité de prouver une intention de nuire³³, laquelle s'avère être une preuve diabolique en matière de dommages immatériels principalement. Ce fondement consiste à faire peser sur le véritable fautif la charge définitive de la dette de responsabilité, par le jeu de l'exclusion, et donc à plus de sévérité envers les fautes délibérées des assurés³⁴. À tout le moins, sur ce terrain, la définition large de la faute intentionnelle procède-t-elle d'un assouplissement probatoire.

Mais le renvoi à l'aléa – cristallisée sur la formule jurisprudentielle d'un « *manquement délibéré privant le contrat d'assurance de son caractère aléatoire* » – n'était pas pleinement satisfaisant dans les décisions intervenues entre 2005 et 2013 tendant à reconnaître la faute dolosive³⁵. Bien que potentiellement faussée, il subsisterait toujours, bon an mal an, une part

²⁸ De 2000 à 2004 la Cour de cassation a abandonné le contrôle de la gravité de la faute inassurable (Civ. 1^{re}, 4 juill. 2000, n° 98-10.744, Bull. civ. I, n° 203, D. 2001, p. 1614, obs. J. Bonnard ; JCP G 2000, I, n° 303, obs. J. Kullmann ; v. aussi Civ. 3^e, 9 janv. 2002, n° 00-17.394, Bull. civ. III, n° 1, JCP G 2002, I, n° 116, obs. J. Kullmann), au grand dam de la doctrine (Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, 2005, n° 364), avant d'exercer de nouveau son contrôle en droit (Civ. 1^{re}, 6 avr. 2004, Bull. civ. I, n° 108 ; Civ. 2^e, 23 sept. 2004, Bull. civ. II, n° 410).

²⁹ Civ. 1^{re}, 8 oct. 1975, n° 74-12.205, RTDCiv. 1976, p. 362, obs. G. Durry. – Civ. 1^{re}, 7 mai 1980, n° 79-10.683, D. 1981, jur., p. 21, note G. Brière de l'Isle.

³⁰ Civ. 1^{re}, 25 mars 1980, n° 78-16.137, D. 1981, jur., p. 21, note G. Brière de l'Isle.

³¹ Civ. 1^{re}, 20 janv. 1981, n° 79-10.845, RGAT 1981, p. 377.

³² B. Beignier, *Droit du contrat d'assurance*, PUF, 1999, n° 104.

³³ J. Carbonnier, *Droit civil. t. 2. Les biens. Les obligations*, PUF, 1^{re} éd. refondue Quadrige, 2004, n° 1142.

³⁴ G. Durry, *Vers plus de sévérité envers les fautes délibérées des assurés ?*, sous Civ. 3^e, 9 janv. 2002 [deux arrêts], *Gainville et autres c/ Velghe Michaux et autres ; Synd. Coprop. Les Agenets Saint-François c/ AXA et autres*, RDI 2002, p.125 : « Chacun le sait : la faute intentionnelle est inassurable (art. L. 113-1 c. ass.), parce qu'elle fait disparaître l'aléa, élément essentiel du contrat d'assurance. Mais là s'arrêtent les certitudes, car la notion de faute intentionnelle a toujours fait difficulté. La tentation est en effet grande d'assimiler à la faute intentionnelle tout comportement fautif de l'assuré dont ce dernier ne saurait manquer d'avoir conscience qu'il a de très fortes probabilités d'engendrer un sinistre et, par conséquent d'exonérer l'assureur de responsabilité d'avoir à prendre en charge les conséquences dommageables de tels comportements ». – Dans le même sens, D. Noguéro, *Faute intentionnelle et dommage tel qu'il s'est réalisé : vers plus de sévérité pour l'assuré ?*, RDI 2010, p. 271 (sous Civ. 2^e, 25 févr. 2010, *David-Albenque c/ Sté Swisslife assurances de biens*, n° 09-13.788, inédit) : « La Cour semble bien entériner la déduction suivante : à défaut d'absence de discernement, donc en présence de la conscience de ses actes - je sais ce que je fais -, l'assurée a « nécessairement conscience du sinistre » qu'elle provoque, traduire, a automatiquement la volonté de réaliser le sinistre tel qu'il est survenu. La généralisation du raisonnement pourrait conduire à un élargissement de ce qu'est la faute intentionnelle en assurance. Il nous semble que c'est aller vite en besogne au regard des critères classiques. Par le passé, la jurisprudence a jugé que le seul discernement est insuffisant afin de caractériser la faute intentionnelle. Le coup porté ainsi n'impliquait pas forcément la volonté de causer le dommage tel que subi par la victime. Retenir l'inverse, revient à considérer que la conscience dans l'action ou l'omission (le présent), équivaut à celle des conséquences de ce comportement ou de cette abstention (la projection), donc à les vouloir telles qu'elles se réalisent (le résultat). Dès lors, la formule définissant la faute intentionnelle serait creuse. Dans cette vue, une attitude présentant un certain danger impliquerait absolument une volonté dirigée vers les suites objectivement craintes ».

³⁵ Civ. 3^e, 9 nov. 2005, n° 04-11.856 ; Civ. 2^e, 24 mai 2006, n° 05-14.942, 1^{re} esp. ; Civ. 2^e, 24 mai 2006, n° 05-13.547, 2^e esp. ; Civ. 2^e, 24 mai 2006, n° 03-21.024, 3^e esp. ; Civ. 2^e, 20 mars 2008, n° 07-10.499, RGDA 2008, p. 326, note J. Kullmann – Civ. 2^e, 28 févr. 2013, n° 12-12.813, RGDA 2013, p. 586, note A. Péliissier ; RCA 2013, comm. 197, note D. Bakouche ; LEDA mai 2013, n° 169, p. 2, obs. A. Astegiano-La Rizza ; RDC 2013, p. 1435, obs. F. Leduc. – Civ. 2^e, 12 sept. 2013, n° 12-24.650, Bull. civ. II, n° 168, RCA 2013, comm. 360 et étude 8, par

d'aléa au contrat d'assurance. Le raisonnement a suivi son cheminement jusqu'à ce qu'en 2016 la Cour de cassation ne se réfère plus à l'aléa pour définir la faute dolosive. À partir de cette date, l'auteur d'une faute délibérée « dont il ne peut ignorer qu'il en résultera un dommage »³⁶ est susceptible d'encourir le jeu de l'exclusion.

À un moment où l'on pouvait espérer que la Cour de cassation tienne le cap quant à la notion de faute intentionnelle, elle paraît l'avoir laissée partir à la dérive. Plusieurs décisions intervenues depuis, dernièrement par la deuxième chambre civile, reviennent à la définition stricte³⁷. La troisième chambre civile qui se cantonnait à une conception moniste de la faute intentionnelle³⁸ alimente également la jurisprudence d'arrêts dissonants, à l'instar de ceux rendus le 29 juin 2017³⁹ – l'un paraissant soutenir la conception dualiste de la faute inassurable admise par la deuxième chambre civile (n° 16-18.842), l'autre témoignant son allégeance à la conception stricte ou moniste (n° 16-14.264) –, et ce faisant semble mettre fin à l'éclaircie en laissant s'installer « du brouillard sur du brouillard » nuisible à la sécurité juridique⁴⁰.

L'arrêt de la deuxième chambre civile commenté, entièrement fondé sur la conception stricte de la faute intentionnelle, a obligé l'assureur à régler un sinistre dont l'assuré a facilité la réalisation par ses manquements graves, ce que laissent apparaître les faits de l'espèce, dédaignant ainsi l'essence du contrat d'assurance, dont la mutualisation particulière caractérisée par la souscription collective à adhésion obligatoire, invite à une vigilance supérieure⁴¹.

II. La faute intentionnelle inassurable, un radeau à secourir

La Cour de cassation a manqué une bonne occasion de procéder à une opération de sauvetage de la faute dolosive dans l'affaire commentée (A). Un plan de sauvetage de la

D. Bakouche ; LEDC, nov. 2013, n° 159, p. 4, obs. G. Guerlin. – Adde J. Kullmann, *L'assuré fautif : après le faisant et le malfaisant, le risque-tout*, RGDA janv. 2014, n° 110d3, p. 8 ; F. Leduc, *Faute de l'assuré excluant l'aléa : autonomie de la faute dolosive (suite)*, RDC 2014, n° 110k5, p. 239 ; J. Bigot, L. Mayaux, A. Péliissier, *Faute intentionnelle, faute dolosive, faute volontaire : le passé, le présent et l'avenir*, RGDA, févr. 2015, n° 111v3, p. 75.

³⁶ Civ. 2^e, 4 févr. 2016, n° 15-10.363, RGDA 2016, p. 162, n° 113g8, note A. Péliissier.

³⁷ S. Abravanel-Jolly, *Les conséquences de l'infraction d'incendie volontaire sur les fautes intentionnelles et l'exclusion conventionnelle des dommages « causés intentionnellement »*, note sous Civ. 2^e, 8 mars 2018, n° 17-15.143, Bulletin Juridique des Assurances – BJDA n° 56, 2018, p. 28 et s., spéc. p. 28.

³⁸ D. Noguéro, *Échec de la stratégie de contournement face à la définition de la faute intentionnelle de l'architecte*, RDI 2011, p. 288, (sous Civ., 3^e, 2 mars 2011, *Mutuelle des architectes français c/ Sté Becker Bau e. a.*, n° 09-72.744, inédit). – D. Noguéro, *Faute intentionnelle ou dolosive ? Tradition confirmée de la troisième chambre civile de l'exigence du dommage tel qu'il est survenu*, RDI 2015, p. 425 (sous Civ. 3^e, 1^{er} juill. 2015, 2 arrêts, nos 14-19.826 et 14-50.038, inédits ; puis nos 14-10.210, 14-11.971, 14-13.403 et 14-17.230, inédits).

³⁹ D. Noguéro, *Vers une évolution de la troisième chambre civile pour une conception moins stricte de la faute intentionnelle ou dolosive ?*, RDI 2017, p. 485 (sous Civ. 3^e, 29 juin 2017, n° 16-14.264 – Civ. 3^e, 29 juin 2017, n° 16-18.842) : « Dans le prolongement, certains pourraient soutenir qu'il y a là, malgré tout, un entrebâillement pour accueillir la faute intentionnelle dite objective dans laquelle le comportement d'action ou d'abstention de l'assuré avec la conscience de la survenance inéluctable du dommage suffirait. C'est le sens du pourvoi de l'assureur figurant en annexe (violation des articles L. 113-1, alinéa 2, du code des assurances et ancien article 1964 du code civil) qui soutient la non-assimilation des fautes intentionnelles et dolosives et décrit cette dernière comme les auteurs le font généralement pour la faute intentionnelle objective : « la faute intentionnelle, qui implique la volonté par l'assuré de causer le dommage tel qu'il s'est réalisé, est distincte de la faute dolosive, caractérisée par un manquement à une obligation essentielle ayant pour effet de rendre inéluctables un dommage et une demande d'indemnisation, et donc la garantie de l'assureur » ».

⁴⁰ F. Leduc, *Contrat d'assurance : faute inassurable, la douche écossaise infligée par la troisième chambre civile*, Revue des contrats, 2017-4, RDC114r4, p. 55 et s., spéc. n° 3.

⁴¹ R. Bigot, *L'article L. 129-1 du Code des assurances, comète ou nébuleuse pour l'assurance collective de dommages des professionnels du droit ?*, BJDA n° 55, 2018, p. 42 et s. ; *La faute intentionnelle ou le phœnix de l'assurance de responsabilité civile professionnelle*, RLDC 2009/59, n° 3406, p. 72 et s.

mutualisation réalisée par l'assurance collective du barreau, mais aussi des autres professions du droit, est donc attendu (B).

A. Un sauvetage manqué de la faute dolosive

À défaut de sauver le principe de responsabilisation des assurés dans l'assurance de responsabilité civile professionnelle, la Cour de cassation, par l'arrêt du 29 mars 2018, rétablit l'égalité de traitement entre deux grandes professions du droit, les notaires et les avocats⁴², à un moment où cette dernière mesure l'ampleur des discriminations en son sein⁴³.

Le système de défense professionnelle mis en place par l'assureur historique des professions du droit et étendu à l'ensemble des contrats d'assurance collective de celles-ci a conduit à une formidable mutualisation de ces corporations pour leurs risques professionnels. L'inconvénient majeur de ce système est le corporatisme qu'il induit, en particulier dans le processus décisionnel, au sein de comités de gestion concertée des sinistres, sur l'acceptation ou le refus de la garantie et, le cas échéant, la stratégie contentieuse. Les rares arrêts retenant une faute intentionnelle d'un tel professionnel du droit dans les années 2000 procèdent en amont, du comité qui décide de soulever l'exclusion jusqu'en cassation et, en aval, de l'assouplissement de la définition classique de la faute intentionnelle conformément au moyen soulevé.

Ont ainsi été pris dans le filet élargi – la conception autonome et d'essence lucrative de la faute intentionnelle – un avocat⁴⁴, un administrateur judiciaire⁴⁵ et une avocate⁴⁶. Mais les mailles du filet ont étonnamment laissé s'échapper, en 2011, le comportement tout aussi grave d'un notaire⁴⁷, à tel point que cela faisait près de quarante ans pour la dernière fois qu'un comité notarial avait accepté d'opposer l'exclusion à l'un des membres de la profession et que la décision avait été suivie dans le cadre de la direction partagée du procès par l'assureur historique des notaires. Dans cette affaire notariale, la conception stricte de la faute intentionnelle – dite « *subjective* »⁴⁸ – a prévalu sur la conception large, plus sévère pour l'assuré, qui avait pourtant été concomitamment retenue par la Cour de cassation à l'égard d'autres professions du droit, avocats ou mandataires judiciaires. Le professeur Jean Bigot a souligné à propos de cet arrêt relatif à la responsabilité notariale qu'« *on retrouvait dans ces motifs d'une part le dol, d'autre part la prise de risque consciente et délibérée, altérant le caractère aléatoire du risque. Le pourvoi avait beau jeu de soutenir que la preuve n'était pas rapportée que l'assuré avait voulu provoquer le dommage subi par les acquéreurs tel qu'il était survenu. Il est en effet vraisemblable que la motivation du notaire était de réaliser l'affaire en percevant ses émoluments. [...] C'est la confirmation : de ce qu'une infraction intentionnelle ne constitue pas nécessairement une faute intentionnelle au sens de l'article L. 113-1 du Code des assurances ; de ce que, malgré les souhaits d'une partie de la doctrine, la Cour n'entend*

⁴² R. Bigot, *L'indemnisation par l'assurance de responsabilité professionnelle. L'exemple des professions du droit et du chiffre*, avant-propos H. Slim, préface D. Noguéro, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, 2014, n^{os} 874 et s.

⁴³ L. Garnerie, *Discriminations au sein de la profession d'avocat : le Défenseur des droits invite les ordres à « faire leur boulot »*, Gaz. Pal., 15 mai 2018, n^o 322s5, p. 5.

⁴⁴ Civ. 2^e, 24 mai 2006, n^o 03-21.024, RGDA 2006, p. 632, note J. Kullmann.

⁴⁵ Civ. 2^e, 16 oct. 2008, n^o 07-14.373, inédit : R. Bigot, *La faute intentionnelle ou le phœnix de l'assurance de responsabilité civile professionnelle*, RLDC 2009/59, n^o 3406, p. 72 et s. ; Bulletin d'actualités Lamy Assurances n^o 160, avr. 2009, p. 1 et s.

⁴⁶ Civ. 2^e, 1^{er} juill. 2010, n^o 09-14.884, Bull. civ. II, n^o 131, RGDA 2010, p. 684, 3^e esp., note J. Kullmann ; Gaz. Pal. 27-31 août 2010, p. 12 et 13, note B. Richard ; D. 2010, p. 355, note Y. Avril.

⁴⁷ Civ. 1^{re}, 9 juin 2011, *M. Y. c/MMA*, n^o 10-15.933, inédit. – Cf. C. Quézel-Ambrunaz, *Droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, Ellipses, 2012, p. 201.

⁴⁸ S. Abravanel-Jolly, *Le délit de complicité d'escroquerie commis par le notaire ne constitue pas une faute intentionnelle*, note sous Civ. 1^{re}, 9 juin 2011, n^o 10-15.933, inédit, www.actuassurance.com, sept.-oct. 2011, n^o 22, act. jurispr. – Comp. M. Périer, *Le cœur de la faute dolosive doit-il battre au rythme de la faute intentionnelle ou la faute lourde doit-elle sortir de sa disgrâce ?*, RGDA 2011, n^o 4, p. 931 et s., spéc. p. 935.

pas s'attacher à la prise délibérée du risque de dommage et au défaut d'aléa pour caractériser la faute intentionnelle »⁴⁹.

On constate ainsi une inégalité de traitement entre les différentes professions du droit⁵⁰, à la faveur du notariat. La Cour de cassation, dans son rapport annuel de 2011 relatif au risque, se garde bien d'évoquer cette différence de régime. Ce rapport passe sous silence l'arrêt du 9 juin 2011 relatif aux notaires. La Haute juridiction y prétend même avoir adopté une conception unique de la faute intentionnelle mais que celle-ci serait néanmoins appréciée « *plus sévèrement à l'égard des professionnels* »⁵¹. Il aurait été plus juste d'annoncer que la faute intentionnelle est appréciée « *plus sévèrement à l'égard de certains – insistons – professionnels* » ou « *plus sévèrement à l'égard des professionnels, sauf les notaires* », avec les motivations de la différenciation.

Si l'arrêt du 29 mars 2018 n'est pas satisfaisant en termes de politique juridique, il harmonise l'approche de la faute intentionnelle entre différentes professions du droit, l'avocat y étant traité de manière similaire au notaire.

L'aspect décevant de l'arrêt tient au renoncement de l'approche dualiste introduite dans le pourvoi, à savoir la double conception de la faute intentionnelle ou dolosive, non assimilées. L'objectif n'est pas de plaider l'analyse la plus favorable à l'assureur, mais celle de la protection de la mutualité réalisée par l'assurance collective des avocats. Pour y sauvegarder ce rare mécanisme de discipline par l'assurance, il aurait été préférable de faire triompher la thèse d'un possible établissement de la volonté de créer le dommage établi par la démonstration que l'assuré a délibérément violé ses obligations avec la conscience qu'un dommage résulterait inéluctablement de son comportement, en l'espèce très douteux.

La deuxième chambre civile a préféré écarter l'exclusion légale de risque, en appliquant strictement la conception moniste de la faute intentionnelle, formée de la double volonté de l'assuré de créer le risque et de causer le dommage tel qu'il est survenu. Elle revient sur sa position ayant admis des fautes intentionnelles dolosives d'avocat. Si, en l'espèce, l'avocat est tiré d'affaire, il s'agit d'un sauvetage manqué de la conception dualiste de la faute intentionnelle. En définitive, « *en ne faisant aucune allusion à la faute dolosive, désormais souvent admise, la solution n'est pas suffisamment fondée, ni opportune* »⁵².

En effet, la Cour d'appel de Paris, dans son arrêt en date du 2 décembre 2016, a retenu que l'avocat « *a nécessairement recherché le dommage, c'est-à-dire la non-restitution des sommes séquestrées, versées sur ses comptes bancaires puis détournées avec sa complicité active, en relevant en particulier qu'il avait multiplié les signatures de promesses de vente portant sur les mêmes biens sans s'inquiéter du devenir des sommes importantes prétendument séquestrées sur ses comptes CARPA et bancaire* ».

Puis, au visa de l'article L. 113-1, alinéa 2, du Code des assurances, la Cour de cassation, dans sa décision de cassation du 29 mars 2018, a jugé « *qu'en se déterminant ainsi, en considération de la multiplication de telles signatures, par des motifs impropres à caractériser la volonté de [l'avocat] de rechercher le dommage résultant du défaut de remboursement de l'indemnité d'immobilisation de 48 000 euros versée au titre de la promesse de vente du 2 mai 2009 dès lors qu'elle avait constaté qu'il n'avait pas signé cette promesse et qu'il n'était pas*

⁴⁹ Civ., 9 juin 2011, *M. Y. c/MMA*, n° 10-15.933, inédit ; RGDA 2011, n° 4, p. 954 et s., spéc. p. 963, note J. Bigot. – Comp. L. Mayaux, *Les grandes questions du droit des assurances*, préface J. Bigot, LGDJ, Lextenso éd., 2011, n° 188 : « *Pour la faute intentionnelle, une saine rigueur, plus ou moins tempérée par la prise en compte de l'absence d'aléa, devrait rester de mise* ».

⁵⁰ R. Bigot, *th. préc.*, avant-propos H. Slim, préface D. Noguéro, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, 2014, n° 876.

⁵¹ Cour de cassation, Rapport annuel 2011, *Le risque*, La Documentation française, 2012, p. 227-228.

⁵² Civ. 1^{re}, 29 mars 2018, n° 17-11.886, 17-16.558, inédit. – Cf. S. Abravanel-Jolly, *De la faute intentionnelle d'un avocat*, LEDA juin 2018, n° 111g2, p. 2.

démontré que l'indemnité d'immobilisation en cause avait été séquestrée entre ses mains, la cour d'appel a privé sa décision de base légale »⁵³.

La solution ne paraît pas assez fondée en ce qu'elle semble glisser sur de nombreux éléments participant du faisceau d'indices entourant le comportement de l'assuré, caractérisant pourtant ses actions et omissions permettant de traduire sa simple conscience du caractère inéluctable du résultat dommageable. Le principe du contradictoire aurait été bafoué sous certains aspects, justifiant hâtivement la cassation, mais la procédure laisse tout de même apparaître un contexte factuel et une coloration pénale qui ont pu suffire, par le passé et dans d'autres affaires, à retenir la faute dolosive.

En l'espèce, le dommage est constitué par la non-restitution des fonds. S'il est impossible de sonder l'âme de l'avocat pour savoir s'il avait cet objectif premier, ce qui paraît certes invraisemblable – rarissimes voire introuvables sont les auxiliaires de justice qui veulent nuire à leurs clients –, il est néanmoins loisible de considérer que l'avocat ne pouvait méconnaître les risques qu'ils leurs faisaient encourir en s'associant, dans des conditions d'activités étonnantes, à un tel agent d'affaires immobilières. À ce titre, certains éléments avancés qui ressortent de la procédure laissent pantois. On pense notamment aux malversations alléguées auxquelles se livrait la personne avec qui l'avocat faisait des affaires, à savoir l'encaissement de diverses sommes versées par des tiers à titre d'indemnités d'immobilisation, les antécédents judiciaires de l'acolyte apparemment médiatisés en 1994 pour des détournements de fonds à hauteur de 40.000.000 F puis en 2007 pour une escroquerie, l'espérance fortement lucrative du partenariat avec l'agent d'affaires pour reconstituer le chiffre d'affaires de son cabinet d'avocat ayant connu à partir de l'année 2005 de graves difficultés de trésorerie, la mise à disposition de l'ensemble des moyens de son cabinet incluant l'accès à ses comptes CARPA et personnels, etc. En définitive, un cas de sauvetage manqué de la faute dolosive révèle la mise en œuvre attendue d'un plan de sauvetage de la mutualisation réalisée par l'assurance collective du barreau.

B. Un plan de sauvetage attendu de la mutualisation

Tout laisse à penser que dans ce domaine particulier de l'assurance de responsabilité professionnelle, il y a la place pour retenir une dualité de conception, voire une notion autonome pour la faute dolosive⁵⁴. S'agissant des effets de la faute intentionnelle, ils ne sont pas aussi radicaux que la doctrine l'annonce parfois dans l'assurance des professionnels du droit⁵⁵.

L'arrêt commenté s'inscrit dans un phénomène plus large de déresponsabilisation constatée au stade tant de l'obligation que de la contribution à la dette des professionnels juridiques. Les fonctions de la responsabilité civile professionnelle sont souvent mises à mal par le jeu de

⁵³ Civ. 1^{re}, 29 mars 2018, n° 17-11.886, 17-16.558, inédit.

⁵⁴ D. Noguéro, *Faute intentionnelle ou dolosive ? Tradition confirmée de la troisième chambre civile de l'exigence du dommage tel qu'il est survenu*, RDI 2015, p. 425 (Civ. 3^e, 1^{er} juill. 2015, 2 arrêts, n°s 14-19.826 et 14-50.038, inédits ; puis n°s 14-10.210, 14-11.971, 14-13.403 et 14-17.230, inédits : « Il faut donc savoir si, à côté de la conception classique de la faute intentionnelle (dite subjective par certains auteurs), il y a la place pour retenir une dualité de conception, voire une notion autonome pour la faute dolosive, qui ne serait donc pas assimilée à la première, du moins pour l'assurance de responsabilités professionnelles. Cette dernière conception insisterait davantage sur le comportement de l'assuré, l'action ou l'omission, en négligeant le résultat recherché, c'est-à-dire l'exigence traduite par la fameuse formule du dommage tel qu'il est survenu ou réalisé ou produit ou le dommage lui-même ».

⁵⁵ A. Vignon-Barrault, *th. préc.*, n° 116 : « La question s'expose avec une acuité toute particulière s'agissant de la responsabilité contractuelle des notaires, engagée à l'égard de leurs clients, lorsqu'ils ont souscrit une assurance dans le cadre de leur activité. Dans cette perspective, deux préoccupations antagonistes s'entrechoquent. Soit la protection de l'assuré prime par le biais d'une interprétation stricte de l'intention, qui, seule, garantit le jeu de l'assurance, conformément à l'article L. 113-1 du Code des assurances. Soit l'impératif de sanction du contractant l'emporte et, avec lui, une interprétation large du dol qui englobe le simple mépris des intérêts d'autrui ».

l'assurance⁵⁶, raison pour laquelle on peut être amené à regarder plus loin que les aspects de l'aléa, de la bonne foi ou de la loyauté dans le contrat d'assurance⁵⁷. La réception de la faute dolosive s'inscrit pleinement dans le plan de sauvetage de la mutualisation, car elle est susceptible de réactiver un des rares mécanismes de discipline par l'assurance souvent ignorés dans ce domaine, ce qu'il convient d'examiner plus en détails.

On ne revient pas sur la dégradation conceptuelle⁵⁸ ni les limites⁵⁹ à présent bien connues de l'assurance de responsabilité, propices au déclin de la responsabilité individuelle⁶⁰ et, en définitive, à la survenance du sinistre⁶¹. Le constat a été fait, par suite d'un échantillonnage représentatif des risques de responsabilité civile professionnelle, que le système assurantiel de défense professionnelle composé de comités et initié dès le 19^e siècle puis étendu à la majorité des professions du droit mettait en œuvre les sanctions prévues par le droit des assurances de façon hétérodoxe⁶². Le phénomène de déresponsabilisation découle des mécanismes neutralisés de discipline par l'assurance⁶³, les garanties étant ainsi modelées par la pratique dans ces assurances collectives⁶⁴. Le système de défense professionnelle génère un tarissement du contentieux de la faute intentionnelle, lequel s'inscrit à contre-courant des autres domaines de l'assurance où il est nettement plus important.

La pratique contourne les conséquences de la faute intentionnelle et l'alternative présentée comme radicale pour l'assureur entre l'indemnisation de la victime ou l'exclusion-sanction de l'assuré. S'il est vrai qu'une conception trop large incite certains assureurs à exclure leur garantie avec éminemment de zèle, *a contrario* la faute intentionnelle n'est presque jamais invoquée dans les contrats d'assurance collective de responsabilité civile professionnelle⁶⁵. En outre, cette alternative, effectivement radicale dans les contrats d'assurance individuelle, ne l'est plus dans ce secteur particulier où la législation et les doubles garanties d'assurance réaménagent le sort des assurés et des victimes. En présence de comportements de nature intentionnelle réalisés par un notaire ou un avocat par exemple, et d'exclusion opposée au titre du contrat d'assurance de responsabilité civile professionnelle, dans la plupart des hypothèses le contrat d'assurance de la caisse de garantie des notaires ou encore le contrat d'assurance de

⁵⁶ R. Bigot, *th. préc.*, avant-propos H. Slim, préface D. Noguéro, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, 2014, n^{os} 728 et s. ; *Sens et non-sens de la responsabilité civile des professions juridiques* », in *Sens et non-sens de la responsabilité civile* (dir. J. Le Bourg et C. Quézel-Ambrunaz), projet ANR *De la responsabilité civile à la socialisation des risques*, 2018, à paraître.

⁵⁷ B. Demont, *L'aléa dans le contrat d'assurance*, préface L. Leveneur, LGDJ, Institut Universitaire Varenne, coll. des thèses, 2013, vol. 78, n^o 145 : « *La problématique si controversée de l'inassurabilité de la faute intentionnelle, fondée sur les dispositions de l'article L. 113-1 al. 2 du Code des assurances, offre une dernière illustration – et non des moindres – de l'influence de la mauvaise foi de l'assuré sur la créance de règlement, et de la place prépondérante qu'il convient de conférer à l'aléa subjectif. Une influence à double titre qui semble faire appel aux deux acceptions de la notion de bonne foi précédemment mises en évidence : devoir de loyauté, et croyance légitime dans l'incertitude. Ces dernières semblent effectivement refléter les deux conceptions de la faute intentionnelle, opposant la « volonté » de causer le dommage à la simple « conscience » de son caractère inéluctable, entre lesquelles la jurisprudence oscille depuis quelques années* ».

⁵⁸ S. Bertolaso, *Le déclin de l'assurance de responsabilité*, dir. H. Groutel, th. Bordeaux IV, 1996, n^{os} 28 et s., spéc. n^o 28.

⁵⁹ P. Vaillier, *Les limites de l'assurance*, th. Bordeaux IV, 1999, La Tribune de l'assurance, 2001.

⁶⁰ P. Jourdain, *Du critère de la responsabilité civile*, in *Études G. Viney, Liber amicorum*, LGDJ, Lextenso éd., 2008, p. 554 et s., spéc. p. 554.

⁶¹ R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, 1911, éd. La Mémoire du Droit, 2001, p. 166.

⁶² R. Bigot, *th. préc.*, n^{os} 1055 et s.

⁶³ M. Flaminia-Biondetti, *Réparation et dissuasion : Analyse de la dimension punitive de la condamnation civile*, dir. L. Grynbaum, th. Université La Rochelle, 2010, p. 667.

⁶⁴ R. Bigot, *Les principes de l'assurance obligatoire de professions du droit chahutés par une pratique séculaire. À propos d'un arrêt de la Cour de cassation du 11 janvier 2017*, RGDA, juill. 2017, n^o 07, 114s5, p. 395 et s.

⁶⁵ Sur la rareté des cas, cf. R. Bigot, *th. préc.*, n^{os} 870 et s.

la non-représentation des fonds reçus par les avocats interviendra en relais pour indemniser la victime⁶⁶.

À cela s'ajoutent les effets des règles souples de gestion qu'on peut qualifier de pratiques de l'apériteur historique⁶⁷. La politique hétérodoxe du refus de garantie et l'aiguillage inversé de certains dossiers faussent le mécanisme légal des deux contrats d'assurance, en principe complémentaires (de responsabilité civile professionnelle et d'insolvabilité). Les transactions recensées portant sur de potentielles fautes intentionnelles participent pleinement à la réduction du contentieux sur le sujet⁶⁸. Elles renvoient également à la question des conflits d'intérêts⁶⁹ générés par la compétence prédominante des comités quant à la décision et à la stratégie de défense relative à la faute intentionnelle. Cette organisation corporatiste perturbe subrepticement mais pleinement le jeu classique de l'assurance et de la responsabilité⁷⁰.

S'agissant du degré auquel la faute intentionnelle doit s'ouvrir, il convient de pouvoir embrasser les situations dans lesquelles certains professionnels anticipent le coût de la franchise qui serait nettement moins élevé que le bénéfice qu'ils tirent de leur comportement fautif, à visée lucrative⁷¹. Il s'agit de protéger la mutualité d'actes manifestement délibérés de certains professionnels qui ont pu inspirer la Cour de cassation « à adopter une jurisprudence spéciale et sévère »⁷² à leur égard. En effet, « pour les responsabiliser, elle décline toute application du contrat d'assurance, lorsque la faute du professionnel, suffisamment caractérisée par un comportement frauduleux, est marquée par une certaine turpitude et fourberie. Lorsque l'assuré transgresse des règles, qu'il ne peut ignorer de par sa fonction, il se place dans une situation illégale et illicite, telle que le dommage va nécessairement se réaliser. Il favorise la commission du sinistre, avec une prévisibilité certaine. Inévitablement, une telle attitude est constitutive d'une faute intentionnelle »⁷³.

L'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité en date du 13 mars 2017 est susceptible de prendre en compte une partie du problème, ici qualifié de faute délibérée « en vue d'obtenir un gain ou une économie ». Mais cela ne remédiera pas aux perturbations liées à l'ancrage ancien dans un système assurantiel consolidé. Or, pour espérer une mise en œuvre qui ne soit ni excessive ni sous-dimensionnée, c'est le contexte assurantiel particulier des professions juridiques, en net décalage avec celui des dirigeants sociaux⁷⁴, qu'il paraît opportun de mieux considérer avant de renouveler la notion et les garanties qui la suivent.

La « résurrection » de la faute dolosive⁷⁵ pourrait ainsi passer par une phase d'expérimentation dans le domaine professionnel circonscrit, compte tenu de ses

⁶⁶ S. Bertaloso, *Le déclin de l'assurance de responsabilité*, dir. H. Groutel, th. Bordeaux IV, 1996, n° 404. – C. Carbonari, *La responsabilité civile des professionnels du droit*, dir. J.-M. Bruguière, th. Université d'Avignon, 2003, n°s 1039 et 1040 : s'agissant du domaine de la garantie collective, « deux points sont capitaux. D'une part, l'exclusion de la faute intentionnelle n'est pas prévue dans la délimitation de l'assurance collective et d'autre part, on souligne de nouveau que la nature de la faute commise n'a pas d'importance ».

⁶⁷ R. Bigot, *th. préc.*, n°s 908 et s.

⁶⁸ R. Bigot, *th. préc.*, n°s 918 et s.

⁶⁹ T. Douville, *Les conflits d'intérêts en droit privé*, Fondation Varenne, coll. des thèses, n° 104, 2014.

⁷⁰ R. Bigot, *th. préc.*, n°s 526 et s. – Dans le même sens, J. Bigot (dir.), J. Kullmann, L. Mayaux, *Traité de droit des assurances*, t. V, *Les assurances de dommages*, préf. G. Durry, LGDJ, 2017, n° 2268.

⁷¹ R. Bigot, *op. cit.*, RLDC n° 59, avr. 2009, n° 3406, p. 76 : « Dans le domaine des professions réglementées, cette évaluation préalable consiste à dresser un bilan coût/avantages d'un éventuel sinistre de responsabilité en lien avec l'acte passé. Ce bilan économique anticipé revient le plus souvent en une simple soustraction : déduire des honoraires ou émoluments que procure l'acte accompli le montant de la franchise du futur sinistre de responsabilité consécutif à cet acte négligé ».

⁷² B. Beignier, S. Ben Hadj Yahia, *Droit des assurances*, LGDJ, 2^e éd., 2015, n° 268.

⁷³ B. Beignier, S. Ben Hadj Yahia, *ibid.*

⁷⁴ A. Constantin, *L'utilité de l'assurance des dirigeants sociaux au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation*, Bulletin Joly Sociétés 2010, n° 9, p. 762 et s.

⁷⁵ J. Bigot, L. Mayaux et A. Péliissier, *Faute intentionnelle, faute dolosive, faute volontaire : le passé, le présent et l'avenir*, RGDA 2015, p. 78. – Comp. avec la tendance par ailleurs à l'assimilation par la jurisprudence, depuis

particularismes. Ce serait admettre, du moins transitoirement, une conception autonome des fautes intentionnelles professionnelles que la nature immatérielle des dommages que les professionnels du droit génèrent de manière prédominante à ces occasions justifie⁷⁶. Corrélativement, il est possible d'atténuer davantage l'alternative radicale de l'exclusion déjà évoquée en généralisant l'inopposabilité de l'exception aux victimes.

En amont, le débat sur les éventuelles fautes intentionnelles doit pouvoir exister. Il serait grandement facilité par l'externalisation du contrôle de la faute intentionnelle jusqu'à présent trop souvent refoulée par les pratiques décriées au sein des comités. À cet effet, on peut imaginer l'évolution des comités existants en commissions indépendantes, présidées par un magistrat. En définitive, avec ce plan de sauvetage, plaidons pour un rapide amarrage de la faute dolosive aux côtés de la faute intentionnelle. À l'abordage !

L'arrêt :

Attendu, selon l'arrêt attaqué et les productions, que M. et Mme X..., entrés en relations avec un voisin, M. E..., et, par l'intermédiaire de ce dernier, avec un avocat, M. Z..., ont signé, les 24 avril et 2 mai 2009, deux promesses de vente portant sur des biens situés à [...] et Antibes, présentés comme appartenant à Mme A... et ont versé à ce titre deux indemnités d'immobilisation de 47 500 euros et de 48 000 euros ; que ces promesses de vente n'ayant pas été suivies d'effet, ils ont réclamé en vain la restitution de ces sommes et se sont aperçus qu'ils avaient été victimes d'une escroquerie de la part de M. E... qui avait fait signer une promesse de vente portant sur le même bien immobilier de[...] à leur gardienne d'immeuble ; que, considérant que ces détournements étaient également imputables à M. Z... qui avait laissé à M. E... la libre disposition de ses locaux et de ses formulaires vierges de promesses de vente, ils l'ont assigné, ainsi que Mme A..., afin d'obtenir la restitution des sommes qu'ils avaient payées ; que M. Z... a appelé en garantie la société Covea Risks, auprès de laquelle l'ordre des avocats du barreau de Paris avait souscrit un contrat garantissant notamment la responsabilité civile professionnelle des avocats inscrits à ce barreau ; qu'une expertise, ordonnée à sa demande, a fait apparaître que la signature figurant sur la promesse de vente du 24 avril 2009 était celle de M. Z..., mais que ce n'était pas le cas de la signature apposée sur l'acte du 2 mai 2009 ;

Sur la recevabilité du pourvoi incident formé par M. Z..., examinée d'office, après avis donné aux parties en application des dispositions de l'article 1015 du code de procédure civile :

Vu le principe « pourvoi sur pourvoi ne vaut » ;

Attendu que le pourvoi incident formé par M. Z... le 31 juillet 2017 dans le dossier enregistré sous le n° W 17-11.886 fait suite au pourvoi principal, qui est recevable, qu'il a lui-même formé le 14 avril 2017 contre la même décision ; qu'il en résulte que ce pourvoi incident n'est pas recevable ;

Sur le premier moyen du pourvoi n° Z 17-16.558 de M. Z..., pris en sa troisième branche :

Vu l'article L. 113-1, alinéa 2, du code des assurances ;

Attendu que pour débouter M. Z... de son appel en garantie et rejeter la demande de M. et Mme X... en paiement de la somme principale de 48 000 euros, versée au titre de la promesse du 2 mai 2009, dirigée contre la société Covea Risks, aux droits de laquelle se trouvent les sociétés MMA IARD et MMA IARD assurances mutuelles, l'arrêt retient que M. Z... a nécessairement recherché le dommage, c'est-à-dire la non-restitution des sommes séquestrées, versées sur ses comptes bancaires puis détournées avec sa complicité active, en relevant en particulier qu'il avait multiplié les signatures de promesses de vente portant sur les mêmes biens sans s'inquiéter du devenir des sommes importantes prétendument séquestrées sur ses comptes CARPA et bancaire ;

1939, de la faute lourde à la faute intentionnelle ou dolosive (Req., 24 oct. 1932, DP, 1932.I.176 ; S., 1933.I.289, note P. Esmein). L'ordonnance du 10 février 2016 a consacré cette assimilation (art. 1231-3) : Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 8^e éd., 2016, n° 951.

⁷⁶ H. Groutel, F. Leduc, Ph. Pierre, M. Asselain, *Traité préc.*, n° 546 et 567. Adde H. Groutel, *Quand la deuxième chambre civile repeint (mal !) la façade de la faute intentionnelle (À propos de Civ. 2^e, 30 juin 2011, n° 10-23.004 et Civ. 2^e, 14 juin 2012, n° 11-17.367)*, RCA, sept. 2012, Étude 6, p. 6 et s., spéc. n° 2. Comp. P.-G. Marly, *La faute intentionnelle : entre conscience et volonté de créer le dommage*, note sous Civ. 3^e, 11 juill. 2012, n° 11-16.414, Bull. civ. III, n° 107, LEDA, 15 sept. 2012, n° 8, p. 1. Comp. Civ. 3^e, 11 juill. 2012, n° 10-28.535, 10-28.616 et 11-10.995, Bull. civ. III, n° 106.

Qu'en se déterminant ainsi, en considération de la multiplication de telles signatures, par des motifs impropres à caractériser la volonté de M. Z... de rechercher le dommage résultant du défaut de remboursement de l'indemnité d'immobilisation de 48 000 euros versée au titre de la promesse de vente du 2 mai 2009 dès lors qu'elle avait constaté qu'il n'avait pas signé cette promesse et qu'il n'était pas démontré que l'indemnité d'immobilisation en cause avait été séquestrée entre ses mains, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

Et sur le moyen unique du pourvoi n° W 17-11.886 de M. et Mme X..., pris en sa sixième branche, et le second moyen du pourvoi n° Z 17-16.558 de M. Z..., pris en sa sixième branche, qui sont identiques :

Vu l'article 16 du code de procédure civile ;

Attendu que pour statuer comme il le fait, l'arrêt retient encore que M. Z... a nécessairement recherché le dommage, c'est-à-dire la non-restitution des sommes séquestrées, versées sur ses comptes bancaires puis détournées avec sa complicité active, le partage de ces sommes lui permettant de reconstituer sa comptabilité, de faire face aux charges de son cabinet et de subsister ;

Qu'en statuant ainsi, sans inviter préalablement les parties, qui n'avaient pas fait état d'un partage des sommes détournées entre M. E... et M. Z..., à présenter leurs observations, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du pourvoi n° Z 17-16.558 de M. Z... et du pourvoi principal n° W 17-11.886 de M. et Mme X... :

DÉCLARE IRRECEVABLE le pourvoi incident formé par M. Z... ;

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il dit que la garantie de la société Covea Risks n'est pas mobilisable, déboute M. Z... de son appel en garantie contre la société Covea Risks et déboute M. et Mme X... de leur demande en paiement dirigée contre la société Covea Risks, l'arrêt n° RG : 15/00078 rendu le 2 décembre 2016, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;