

DOCUMENT SOUMIS AUX DROITS D'AUTEUR : SOUS LICENCE CREATIVE COMMONS

CITEZ-NOUS DE LA FAÇON SUIVANTE :

S. Abravanel-Jolly, *La faute intentionnelle ou dolosive en droit des assurances*, bjda.fr 2019 n° 66

La faute intentionnelle ou dolosive en droit des assurances

Intervention au Congrès International de droit des assurances - Madrid (17 octobre 2019)

Sabine Abravanel-Jolly,

*Maître de conférences en droit privé - HDR à l'Université Lyon III,
Vice-présidente de la Section et du Collège d'experts de droit privé de Lyon 3,
Membre de l'Équipe de recherche Louis Josserand (EA 3707).
Co-fondatrice du Bulletin Juridique Des Assurances : <https://bjda.fr>*

C. assur., art. L. 113-1, al. 2 – Faute intentionnelle – Conception moniste – Admission faute dolosive (oui) – Conception dualiste (oui).

Outre la prohibition de droit commun, issue des articles 6 et 1162 du Code civil, interdisant de déroger par convention « à l'ordre public et aux bonnes mœurs »¹, l'illicéité supposant que l'on analyse le but (anciennement cause subjective) de la souscription du contrat d'assurance², une prohibition spéciale, propre au droit des assurances, exclut de façon absolue la faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré.

C'est ce qui résulte de l'article L. 113-1, al. 2, du Code des assurances, selon lequel : « ...l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré ».

¹ A l'évidence, sont interdites les assurances de trafics en tout genre. De même, en 1992, le ministre de l'Économie et des Finances a prohibé l'assurance dite de « retrait de permis de conduire » (il s'agissait en réalité d'une garantie de pertes pécuniaires couvrant la rémunération d'un chauffeur). De même, l'assurance ne peut garantir les amendes pénales ; seules les conséquences civiles de la condamnation pénale peuvent être prises en charge.

V. sur cette question : L. Mayaux, *Assurance et ordre public*, RGDA 2008, p. 601.

² V. Cass. 1^{re} civ., 25 avr. 1990, n° 88-17.699, RGAT 1990, p. 891, note J. Kullmann.

Ainsi, le législateur a décidé que tant la faute intentionnelle que la faute dolosive constituent une exclusion légale de risque en assurance. En outre, il a désigné l'assuré comme leur seul auteur. Toutefois, aucune définition n'a été consacrée.

Aussi, jusqu'à récemment, la jurisprudence a-t-elle très majoritairement pris position pour une conception « *moniste* » de l'exclusion légale de risque, n'admettant que la faute intentionnelle subjective (I), n'admettant presque jamais la faute dolosive, pourtant expressément prévue comme la deuxième exclusion légale de risque possible.

Or, comme on le verra, les conditions de cette faute intentionnelle sont tellement strictes que l'assureur se retrouve la plupart du temps privé de la possibilité d'invoquer une exclusion légale de risque. En effet, les solutions qui la retiennent sont marginales en assurance de choses et de responsabilité délictuelle, et quasiment inexistantes en assurance de RC contractuelle ou professionnelle³.

Dans ces conditions, afin de respecter l'essence même de la relation d'assurance, dont la vocation n'est pas de garantir des dommages provoqués volontairement par l'assuré, la conception dualiste prônée par une partie de la doctrine, qui fait aussi une place à la faute dolosive⁴, doit s'imposer. C'est ce que la deuxième chambre civile de la Cour de cassation commence à admettre au terme d'une lente évolution⁵ (II).

Au demeurant, cet élargissement de la notion d'exclusion légale de risques doit être salué, mais afin de perdurer la définition de cette faute dolosive doit être conforme à l'essence de la relation d'assurance (III).

I) La conception « *moniste* » subjective de l'exclusion légale de risque

La Cour de cassation n'admet qu'une seule exclusion légale de risque (c'est pourquoi nous la qualifions de « *moniste* »⁶), la faute intentionnelle, dont elle retient une notion subjective (A). Cette approche restrictive s'inscrit dans une volonté d'indemnisation des victimes au détriment de l'assureur (B).

A) L'admission de la seule faute intentionnelle subjective

Depuis un arrêt fondateur du 10 avril 1996⁷, la jurisprudence n'a majoritairement admis que la seule et unique faute intentionnelle subjective. C'est en ce sens que nous qualifions sa conception de l'exclusion légale de risque de « *moniste* », puisqu'elle n'admet que la faute intentionnelle alors que le texte de l'article L. 113-1 al. 2 prévoit aussi la faute dolosive.

Par ailleurs, sa notion de faute intentionnelle est « *subjective* » car la définition qu'elle en retient « *suppose la volonté de causer le dommage et pas seulement d'en créer le risque* ».

³ V. *Infra* I-A.

⁴ S. Abravanel-Jolly, *Notion de faute intentionnelle en assurance : une nécessaire dualité*, www.actuassurance.com 2009, n° 11. - H. Groutel, *in Resp. civ. et assur.* 2005, com. 370. – V. aussi J. Kullmann, *in Lamy Assurances* 2019, n°s 207-212

⁵ S. Abravanel-Jolly, *La faute intentionnelle, le caractère mouvant de la jurisprudence est-il intentionnel ?*, chronique co-écrite avec A. Astegiano-La Rizza, www.actuassurance.com 2014, n° 36.

⁶ S. Abravanel-Jolly, *Notion de faute intentionnelle en assurance : une nécessaire dualité*, préc.

⁷ Cass. 1^{ère} civ., 10 avr. 1996, n° 93-14.571, *RGDA* 1996, p. 716, note J. Kullmann.

Autrement dit, pour être retenue, deux conditions cumulatives particulièrement exigeantes doivent être réunies :

- la volonté de créer le risque ;
- et la volonté de causer le dommage tel qu'il est survenu.

Ainsi, dans cette affaire du 10 avril 1996, à la suite d'une collision entre un véhicule et un camion-citerne, un produit polluant s'était échappé de la citerne, ce qui avait conduit l'assureur du camion à régler les frais exposés pour y remédier, puis à agir en remboursement contre l'assureur RC du véhicule à l'origine de l'accident. Toutefois, ce dernier avait refusé, arguant de la faute intentionnelle de son assuré qui avait voulu se suicider, ce que les juges du fond avaient confirmé, motif pris de ce que l'assuré « *a délibérément provoqué la collision en voulant se suicider, que les dommages qui en sont résultés, notamment la pollution causée par le produit transporté dans la citerne, sont la conséquence certaine et prévisible de son geste et que l'assuré ne pouvait donc ignorer les risques qu'il prenait pour lui-même et pour autrui* ». Mais, sur le pourvoi formé par l'assureur du camion-citerne, la Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel au visa de l'article L. 113-1, al. 2, et déclaré qu'« *au sens de ce texte, la faute intentionnelle qui exclut la garantie de l'assureur est celle qui suppose la volonté de causer le dommage et pas seulement d'en créer le risque* ». Dès lors, par rapport à cette définition, si l'assuré a bien provoqué la collision par son suicide, en revanche il n'a bien sûr jamais eu la volonté de causer la pollution litigieuse. Sa faute intentionnelle est donc écartée et l'assureur obligé de régler le sinistre.

Ce faisant, la solution ne laisse aucune place à la faute dolosive pourtant admise par les juges d'appel qui, en faisant référence à l'adverbe « *délibérément* » et à la formule « *l'assuré ne pouvait donc ignorer les risques qu'il prenait pour lui-même et pour autrui* », l'avaient implicitement retenue.

La position de la Cour de cassation est donc elliptique ; elle écarte la conception dualiste de l'exclusion légale de risque. Au demeurant, cette attitude radicale, très défavorable à l'assureur, ne peut s'expliquer que par une volonté d'indemnisation des victimes.

B) Une approche restrictive favorable aux victimes

Les conditions légales de la faute intentionnelle sont si exigeantes qu'à l'évidence elle est très rarement retenue, voire jamais en assurance de responsabilité professionnelle.

Ainsi, dans les assurances de choses, la faute intentionnelle n'est constituée que par le dommage volontaire causé par l'assuré, comme l'incendie volontaire ou le vol simulé. L'assuré doit avoir la volonté de nuire à l'assureur en provoquant volontairement le sinistre ; c'est-à-dire qu'il sait ou qu'il a conscience, en provoquant le dommage, qu'il met en jeu la garantie de l'assureur. Mais, la bonne foi de l'assuré étant présumée, il appartient à l'assureur de prouver que l'assuré a intentionnellement réalisé le dommage dont il demande à être garanti⁸, ce qui est difficile à établir.

⁸ S. Abravanel-Jolly, *La préparation voire la préméditation : éléments de faits constitutifs de la volonté de commettre le dommage*, note sous Cass. 2^e civ., 28 avr. 2011, n° 10-17501, www.actuassurance.com 2011, n° 21 ; *Resp. civ. et assur.* 2011, comm. 306.

Mais la situation est encore plus délicate en assurance de responsabilité, puisqu'il n'y a faute intentionnelle que lorsque l'assuré a voulu le dommage causé à la victime, situation particulièrement marginale.

Certes, il n'y a pas de difficulté quand l'agent a voulu le dommage, auquel cas sa faute est exclusive de garantie⁹ ou, au contraire quand il ne semble pas avoir envisagé la possibilité d'un sinistre¹⁰. En revanche, la situation est beaucoup plus problématique en cas d'erreur sur la personne¹¹ ou d'erreur sur l'étendue du dommage¹². La définition classique de la faute intentionnelle peut alors apparaître comme bien restrictive.

Et, si les conséquences de celles-ci peuvent sembler très inéquitables pour l'assureur, elles le sont encore davantage en assurance de responsabilité professionnelle¹³. En effet, l'assureur sera toujours tenu à la garantie d'assurance, les conditions de la faute intentionnelle subjective ne pouvant, au regard des conditions précitées (volonté de créer le risque et volonté de causer le dommage tel qu'il est survenu), jamais être réunies pour cette assurance. En effet, comment imaginer un professionnel quelconque, assuré en RC contractuelle, vouloir causer le dommage tel qu'il est survenu à son client ? Qu'il soit incompetent peut-être, mais il n'agit certainement pas dans l'intention de nuire¹⁴.

Au final, une telle acception de la faute intentionnelle en fait une notion complètement autonome, applicable au seul droit des assurances : ce n'est ni la faute dolosive¹⁵, ni la faute lourde¹⁶ du droit civil, et ce n'est pas davantage la faute intentionnelle du droit pénal¹⁷.

Dans cette affaire, il a été jugé que « *ayant fait ressortir la volonté de commettre le dommage tel qu'il s'était réalisé, la cour d'appel a pu déduire que l'assurée, dont l'altération des facultés mentales alléguée n'était pas démontrée, avait commis une faute intentionnelle excluant la garantie de l'assureur au titre de la police incendie* ».

⁹ V. pour un automobiliste qui heurte volontairement un piéton après une altercation : Cass. 2^e civ., 18 mars 2004, n° 03-11.573, *RGDA* 2004, p. 364, note J. Landel.

¹⁰ V. pour le non-remplacement d'une serrure par un assuré contre le vol, qui constitue seulement une imprudence caractérisée : Cass. 1^{re} civ., 24 mars 1987, *RGAT* 1987. 472, note J. Kullmann.

¹¹ V. pour un assuré poignardant un passant au lieu de sa femme soupçonnée d'infidélité, Cass. 1^{re} civ., 10 déc. 1991, n° 90-14.218, *RGAT* 1992. 364, 2^e esp., note J. Kullmann.

¹² V. pour l'incendie d'une porte qui s'est propagé à l'immeuble tout entier, Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 1997, n° 95-20.799, *RGDA* 1998. 64, note Vincent.

¹³ J. Kullmann, note sous Cass. 3^e civ., 9 nov. 2005, n° 04-11856. – Cass. 2^e civ., 24 mai 2006, 05-14942, 1^{re} esp. – Cass. 2^e civ., 24 mai 2006, n° 05-13547, 2^e esp. – Cass. 2^e civ., 24 mai 2006, n° 03-21024, 3^e esp., *RGDA* 2006, p. 632, spéc., p. 644.

¹⁴ J. Kullmann, note sous Cass. 2^e civ., 20 mars 2008, n° 07-10499, *RGDA*, p. 326.

¹⁵ La faute dolosive c'est un manquement délibéré, elle se distingue de la faute intentionnelle en assurance car elle ne comporte pas de volonté de provoquer le dommage.

V. G. Viney, *Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde*, D. 1975, chron. 263. – G. Brière de L'Isle, *La faute dolosive, tentative de clarification*, D. 1980, chron. 20. – Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ 1989, n° 28, p. 41, selon qui la Cour de cassation subordonne le dol dans l'exécution du contrat à deux conditions : « *une condition objective qui est l'inexécution elle-même ; une condition subjective qui est la volonté de ne pas exécuter et qui suppose la conscience de l'illicéité de l'inexécution* ».

¹⁶ C'est une erreur grossière, un manquement d'une particulière gravité. Il n'y a ni intention de nuire ni malhonnêteté, mais l'erreur est telle qu'on pourrait le penser : Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, PUF, Thémis, 1992, n° 72, selon qui « *on dirait qu'il l'a fait exprès* ».

Dès lors, en retenant une définition si particulière de la faute intentionnelle, l'objectif poursuivi par la Cour de cassation semble clair : indemniser le plus grand nombre possible de victimes¹⁸, ce qui implique d'écarter la faute intentionnelle dans l'immense majorité des cas.

Pourtant, en ne retenant pas la faute dolosive comme autre exclusion légale de risque, contrairement à la lettre de l'article L. 113-1, al. 2 précité, la solution s'est avérée non conforme à l'essence de la relation d'assurance, dont l'objet n'est pas de garantir des dommages que l'assuré a délibérément ou consciemment contribué à provoquer¹⁹.

C'est pourquoi, au terme d'une évolution hésitante, la jurisprudence commence à l'admettre, se rangeant davantage à une conception dualiste de l'exclusion légale de risque.

II) Vers l'admission de la faute dolosive : conception dualiste

Alors que, à l'instar de la faute intentionnelle, la faute dolosive a été expressément prévue par le législateur comme l'une des exclusions légales de risques (A), elle n'a été admise qu'au terme d'une jurisprudence hésitante (B).

¹⁷ La jurisprudence impose aux juges du fond de ne pas tenir compte de la qualification pénale, mais de vérifier à nouveau que l'acte ou l'omission génératrice du dommage a été voulu, tout comme l'entier dommage qui en est résulté. Ainsi, l'assureur doit sa garantie, malgré le fait que son assuré ait été condamné pour coups et blessures volontaires. Ce dernier manifestant ainsi sa volonté et sa conscience de provoquer le dommage mais non son désir d'obtenir le dommage tel qu'il est survenu : Cass. 1^{re} civ., 22 juill. 1985, n° 84-10.087, D. 1996, jurispr. p. 261.

Sur cette question : V. D. Rebut, *De la prétendue autorité de chose jugée des condamnations pénales en matière de faute intentionnelle*, Resp. civ. et assur. 1997, chron. 12. – A. d'Hauteville, *Retour sur la distinction faute intentionnelle ou dolosive exclue de l'assurance et infraction pénale intentionnelle*, in *Mélanges en l'honneur du professeur J. Bigot*, LGDJ, 2010, p. 179.

¹⁸ G. Durry, RTD civ. 1974, p. 414. – M.-A. Frison-Roche, *La dialectique entre responsabilité et assurance*, Risques n° 43, sept. 2000, p. 79.

¹⁹ Ou, selon Madame Asselain, « *n'est pas de couvrir des dommages que le comportement malhonnête ou la négligence délibérée de l'assurée ont rendu non aléatoires* », in *Violation délibérée de ses obligations professionnelles par l'assuré : à la recherche d'une sanction*, Resp. civ. et assur. 2009, étude 6.

Dans ce sens aussi : Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, Dalloz, coll. Précis, 14^e éd., 2018, n° 425, selon qui « *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 »* ».

V. également : J. Bigot, *Les limites du risque assurable*, RGAT 1978, p. 174. – G. Brière de L'Isle, *La faute dolosive*, préc. – J. Kullmann, RGAT 1992, p. 364.

A) La faute dolosive prévue comme l'autre exclusion légale de risque

Si une partie de la doctrine défend l'autonomie de la faute dolosive²⁰, il semble que le législateur de 1930 n'ait pas été hostile à en faire une catégorie à part entière. En effet, pourquoi aurait-il maintenu les deux vocables « *intentionnelle* » et « *dolosive* », s'il avait voulu suivre les rapporteurs qui proposaient d'assimiler les deux notions²¹ ?

Sous cet angle, il semble que la faute intentionnelle ait bien été voulue comme une notion dualiste ; c'est-à-dire comme permettant la coexistence d'une deuxième conception de l'exclusion légale, objective, faisant une place à la faute dolosive très utile en présence de situations contractuelles²². Car, comme le fait remarquer le professeur Kullmann, comment soutenir qu'un entrepreneur commette une « *négligence inacceptable* », c'est-à-dire une faute volontaire dans le but de causer un dommage à son client ? Qu'il soit incompetent peut-être mais il n'agit certainement pas dans l'intention de nuire²³. Et, avec d'autres auteurs, nous estimons que l'essence de l'assurance n'est pas de garantir des dommages causés par le comportement malhonnête ou délibéré de l'assuré²⁴.

Ainsi, lorsqu'un professionnel livre sciemment une machine qu'il sait ne pas être conforme au cahier des charges de son client. Certes, il n'a aucune intention de causer un dommage précis mais il ne peut ignorer qu'une telle exécution du contrat peut conduire à des dommages, et il n'appartient pas à l'assureur de couvrir de tels sinistres.

Bien entendu, il est possible pour l'assureur de responsabilité contractuelle de prévoir une exclusion conventionnelle de la faute dolosive. Toutefois, cette précaution est loin d'être systématiquement prise et, lorsqu'elle l'est, la clause n'est pas toujours valablement rédigée²⁵. C'est pourquoi, faire de la faute dolosive une deuxième exclusion légale de risque nous semble conforme à l'essence de l'assurance.

C'est dans cet esprit que la faute dolosive a trouvé progressivement sa place, mais au terme d'une jurisprudence hésitante.

²⁰ Dans ce sens : H. Groutel, *in Resp. civ. et assur.* 2005, com. 370. – V. aussi J. Kullmann, *in Lamy Assurances* 2019, nos 212 et s.

²¹ V. sur ce point : *Lamy Assurances* 2019, n° 212, n° 221-225.

²² J. Kullmann, note sous Cass. 3^e civ., 9 nov. 2005, n° 04-11856. – Cass. 2^e civ., 24 mai 2006, 05-14942, 1^{ère} esp. – Cass. 2^e civ., 24 mai 2006, n° 05-13547, 2^e esp. – Cass. 2^e civ., 24 mai 2006, n° 03-21024, 3^e esp., *préc.*, *spéc.*, p. 644.

²³ J. Kullmann, note sous Cass. 2^e civ., 20 mars 2008, n° 07-10499, *RGDA*, p. 326.

²⁴ M. Asselain, *Violation délibérée de ses obligations professionnelles par l'assuré : à la recherche d'une sanction*, op. cit. – J. Bigot, *Les limites du risque assurable*, *RGAT* 1978, p. 174. – G. Brière de L'Isle, *La faute dolosive*, *D.* 1980, chron. p. 133. – J. Kullmann, *RGAT* 1992, p. p. 364.

²⁵ Aux termes de l'article L. 113-1, al. 1^{er}, du Code assurances, une clause est nulle si elle n'est pas « *formelle et limitée* » ; c'est-à-dire claire, précise, non équivoque et vide la garantie de sa substance.

B) Une admission hésitante de la faute dolosive

Les décisions favorables à la conception dualiste ont été rendues en trois périodes avec, entre chacune, un retour à la conception moniste subjective : entre 2005 et 2008 (1), en 2013 (2), et depuis 2016 (3).

1) Entre 2005 et 2008 :

Outre un arrêt remarqué de 1973 qui avait admis la conception assouplie de la faute intentionnelle, en l'espèce d'un notaire²⁶, la réelle première période d'admission de la faute dolosive résulte de trois arrêts d'espèce : du 22 septembre 2005²⁷, du 7 octobre 2008²⁸ et du 16 octobre 2008²⁹.

Par ailleurs, durant cette période, dans cet esprit dualiste d'élargissement de l'exclusion légale de risque, la faute intentionnelle objective a aussi pu être retenue.

a) L'arrêt du 22 septembre 2005 concernait une société d'autoroutes, qui avait attribué un marché public à une société de travaux publics alors que son offre était irrecevable. La société la mieux placée et qui devait l'emporter, avait alors assigné la société d'autoroutes en réparation du préjudice subi, laquelle avait appelé son assureur RC professionnelle en garantie. Toutefois, l'assureur a refusé sa garantie motif pris de la faute intentionnelle de son assurée, ce que les juges du fond ont admis après avoir relevé que la société d'autoroutes avait « **délibérément violé les règles... pris un risque conscient dans le jugement des offres qui avait fait perdre ... tout caractère incertain à l'événement dommageable** ». La Cour de cassation les en approuve, estimant qu'ils ont bien caractérisé ladite faute ayant entraîné la disparition de « *tout aléa* ». Ce faisant, la haute juridiction admet la faute dolosive, mais de façon implicite, par sa référence au manquement délibéré. La solution mérite notre approbation s'agissant ici d'une assurance de RC professionnelle³⁰.

b) Par l'arrêt du 7 octobre 2008, à propos des manquements contractuels d'une société de travaux publics à l'origine de désordres apparus après réception de l'ouvrage, la troisième chambre civile s'est même référée explicitement à la faute dolosive de la société, relevant que la cour d'appel « *a pu en déduire que ces manquements délibérés constituaient une faute dolosive ayant pour effet de retirer aux contrats d'assurance leur caractère aléatoire* »³¹.

c) L'arrêt du 16 octobre 2008 portait sur la responsabilité professionnelle d'un administrateur judiciaire, qui avait délibérément présenté de façon erronée et tardive un plan de continuation afin de favoriser une société qui proposait un plan de cession. L'assureur RC professionnelle

²⁶ Cass. 1^{re} civ., 8 oct. 1973, D. 1974, p. 90, note J. Ghestin.

²⁷ Cass. 2^e civ., 22 sept. 2005, n° 04-17.232, RGDA 2005 p. 907, note J. Kullmann ; *Resp. civ. et assur.* 2005, comm. 370, note H. Groutel.

²⁸ Cass. 3^e civ., 7 oct. 2008, n° 07-17969, RGDA 2008, p. 912, note J. Kullmann.

²⁹ Cass. 2^e civ., 16 oct. 2008, n° 07-14373, RGDA 2008, p. 912, note J. Kullmann.

³⁰ Dans le même sens : V. CA Versailles, 4^e ch. civ., 4 juin 2007, SMABTP c/ Sofilot et Axa, *Extraits, RGDA* 2008, p. 130, note J. Bigot.

³¹ Cass. 3^e civ., 7 oct. 2008, n° 07-17969, *préc.*

de l'administrateur avait dénié sa garantie, arguant d'une faute intentionnelle que les juges du fond n'avaient pas admise. Mais, la Cour de cassation les censure au motif que l'administrateur était « *intervenue de façon délibérée* ». L'adjectif « *délibérée* » se référant, mais sans le dire, à la faute dolosive, la solution est bien fondée et opportune pour ce litige relatif à une assurance RC professionnelle.

Outre ces premiers arrêts accueillant la faute dolosive, La Cour de cassation a aussi pu accepter d'atténuer la rigueur de la notion de faute intentionnelle, admettant une « *faute intentionnelle objective* », en ne contrôlant plus l'application stricte de ses conditions légales mais en décidant que la volonté de causer le dommage « *... est en quelque sorte présumée* »³²:

- Tel est le cas lorsque la Cour de cassation retient la faute intentionnelle d'un avocat qui s'était abstenu de procéder à la consignation des fonds remis par ses clients, adjudicataires d'un immeuble, au motif qu'il avait l'intention de causer le dommage tel qu'il est survenu, et ce, alors même que les juges du fond ne l'avaient pas du tout vérifié³³ ;
- Ou encore quand les juges, après avoir constaté que l'assuré a été condamné pénalement à raison d'une infraction, en déduisent le caractère intentionnel de la faute³⁴. En l'espèce, la personne en charge de la comptabilité d'une société avait été pénalement condamnée pour complicité de présentation de comptes non sincères et, civilement, à des dommages-intérêts envers des tiers lésés par son comportement. Elle avait demandé à son assureur de responsabilité de garantir sa dette de responsabilité civile, ce qu'il avait refusé en soutenant que son assuré avait commis une faute intentionnelle. Les juges d'appel retiennent la qualification de la faute intentionnelle, du fait de la présentation de comptes non sincères, au motif qu'une telle attitude **établit** en soi l'intention du condamné de causer un préjudice à autrui. Le pourvoi de l'assuré est rejeté : « *en relevant que la condamnation pénale de Monsieur B 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* ».

Quoi qu'il en soit, en dépit de cette évolution significative de la conception de l'exclusion légale de risque, la majorité des décisions ultérieures est revenue à la conception « *moniste subjective* », ne retenant que la faute intentionnelle subjective.

C'est ce qui résulte notamment d'un arrêt du 30 mars 2010³⁵, où un choix délibéré avait été opéré par des cocontractants professionnels et avait abouti au dommage. Néanmoins, parce qu'ils n'avaient pas recherché le dommage tel qu'il est survenu (formule reprise expressément), la Cour de cassation écarte la faute intentionnelle et retient que l'assureur est tenu à garantie.

³² H. Groutel, Ph. Pierre et M. Asselain, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, éd. Litec, 2008, n° 508.

³³ Cass. 2^{ème} civ., 24 mai 2006, n° 03-21.024, *RGDA* 2006, p. 632, note J. Kullmann.

³⁴ Cass. com., 27 sept. 2005, n° 04-10.738, *Resp. civ. et assur.* 2005, comm. 370, note H. Groutel.

³⁵ Cass. 3^e civ., 30 mars 2010, n° 09-12652 et n° 09-13307.

Par une autre décision du 1^{er} juillet 2010³⁶, la même formule a été reprise à propos d'un avocat qui avait laissé prescrire l'action de son client. Il n'avait pas agi par oubli ou négligence mais avait sciemment trompé son client en lui donnant de faux renseignements, en lui laissant croire que les assignations avaient été délivrées et que la procédure était en cours, alors qu'à cette date la prescription n'était pas encore acquise. La Haute Cour estime que « *par ces énonciations et constatations faisant ressortir que la SCP avait l'intention de causer le dommage tel qu'il est survenu, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* ».

Il en va de même de plusieurs arrêts rendus en 2011³⁷, manifestant la volonté de la Cour de cassation et des juges du fond³⁸ d'écarter l'admission éventuelle de la faute intentionnelle objective ou faute dolosive. Par un arrêt du 18 octobre 2012, la deuxième chambre civile réaffirme encore sa position à propos d'une décision prise par un architecte, de démolir un hôtel qui devait être transformé en appartements d'habitation, et qui a entraîné le retrait du permis de construire et l'impossibilité de poursuivre les travaux commandés. La Cour de cassation a approuvé les juges d'avoir retenu que cette décision « *ne suffisait pas à caractériser la volonté de l'architecte de causer le dommage tel qu'il est survenu* » et de n'avoir pas répondu « *à un moyen relatif à l'absence d'aléa* »³⁹.

Ce n'est ensuite qu'en 2013 que la deuxième chambre civile a de nouveau accepté la faute dolosive.

³⁶ Cass. 2^e civ., 1^{er} juill. 2010, n° 09-15590 et n° 09-14884.

³⁷ Cass. 2^e civ., 2 mars 2011 n° 09-72744 : « *la faute relevée ne suffisait pas à caractériser la volonté de M. X... de créer le dommage, la cour d'appel, qui n'avait pas à répondre à un moyen relatif à l'absence d'aléa que ses constatations rendaient inopérant, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision* ». La solution est claire, le recours à « *l'absence d'aléa* », invoqué dans le pourvoi pour retenir une éventuelle faute intentionnelle objective, est explicitement balayé par la Cour de cassation.

Cass. 2^e civ., 29 mars 2011, n° 09-16749 : à propos de nombreuses malversations résultant de négligences commises par un entrepreneur et un architecte, la Cour de cassation conforte sa position en estimant « *qu'il n'était pas établi par l'assureur qu'elles l'avaient été intentionnellement dans le but de provoquer le sinistre, privant ainsi d'aléa le contrat d'assurance souscrit* ». Si c'est bien la faute intentionnelle subjective qui s'impose encore ici, à notre avis la solution est confuse car elle se réfère de façon hasardeuse à l'aléa du contrat d'assurance souscrit.

Cass. 1^{re} civ., 9 juin 2011, n°10-15933, www.actuassurance.com 2011, n° 23, note S. Abravanel-Jolly : le délit de complicité d'escroquerie commis par le notaire ne constitue pas une faute intentionnelle car les préjudices litigieux « *étaient étrangers au dommage que ... (le notaire avait) recherché en commettant les infractions pour lesquelles (il avait été condamné)* ».

Cass. 2^e civ., 16 juin 2011, n° 10-21474 et n° 10-23559, www.actuassurance.com 2011, n° 23, note S. Abravanel-Jolly : à propos de l'exécution défectueuse d'un prestataire de service informatique, après avoir constaté une absence d'aléa, la Cour retient qu'il n'y a pas de « *... faute intentionnelle ... consistant dans la volonté de commettre le dommage tel qu'il est survenu* ».

Cass. 2^e civ., 30 juin 2011, n° 10-23004, www.actuassurance.com 2011, n° 23, note S. Abravanel-Jolly : la faute intentionnelle d'un syndic est écartée sur le fondement classique de la faute intentionnelle subjective.

³⁸ Les juridictions du fond retiennent aussi cette conception moniste. V. S. Abravanel-Jolly, *Notion classique de faute intentionnelle en assurance de responsabilité contractuelle*, note sous CA Lyon, ch. civ. 1, 10 janv. 2012, n° 10/05259, Bacaly, mai 2012.

³⁹ Cass. 2^e civ., 18 oct. 2012, n° 11-13084, *LEDA* déc. 2012, p. 2, note A. Astegiano-La Rizza ; *Resp. civ. et assur.* 2013, comm. 36, note H. Groutel ; www.actuassurance.com 2012, n° 28, note S. Abravanel-Jolly.

Dans le même sens pour la fourniture de matériaux défectueux, utilisés pour l'aménagement du terre-plein d'un port de plaisance, il a été jugé que même si le fournisseur connaissait le vice aucune faute intentionnelle n'est constituée en l'absence de volonté de commettre le dommage : Cass. 3^e civ., 29 mai 2013, n° 12-20215.

2) Les arrêts de 2013

a) L'arrêt du 28 février 2013⁴⁰, particulièrement salué par la doctrine favorable à la conception dualiste, concernait une assurance de responsabilité professionnelle. Dans cette affaire, une société avait livré une installation de motorisation de compresseurs à une autre société, laquelle l'a assignée en responsabilité contractuelle à la suite de pannes à répétition. L'assureur de la société de motorisation a refusé de garantir le sinistre, motif pris de la faute intentionnelle ou dolosive de son assurée. Or, les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, n'ont admis ni la faute intentionnelle, estimant que l'assurée n'avait pas eu « *la volonté de créer les claquages successifs des transformateurs* », ni la faute dolosive, n'étant pas établi « *que l'aléa aurait disparu au cours de la vie du contrat d'assurance du seul fait de la volonté de l'assuré* ». Au demeurant, et en plus par sa publication au Bulletin, la deuxième chambre civile se montre de nouveau clairement favorable à l'élargissement de sa conception de l'exclusion légale de risque lorsqu'est en cause une assurance de responsabilité professionnelle. Nous ne pouvons qu'approuver cette décision même si, nous le verrons plus loin, la définition de la faute dolosive qu'elle retient nous semble constituer un obstacle à sa généralisation, la suppression de l'aléa n'étant jamais totale⁴¹.

b) L'arrêt du 12 septembre 2013⁴² va encore plus loin dans cette ouverture à la conception dualiste.

En effet, l'espèce sous analyse ne concernait pas une assurance de RC professionnelle mais une assurance de choses, en l'occurrence une assurance automobile garantissant le véhicule. Le souscripteur avait appelé en garantie son assureur après avoir noyé le moteur de son véhicule dans une rivière (« *blocage hydraulique du moteur par pénétration de l'eau dans le filtre à air* »), qu'il avait tenté de franchir comme il le faisait d'habitude alors que ce jour-là le niveau d'eau était plus élevé. L'assureur avait refusé de garantir le sinistre, arguant d'une faute dolosive de son assuré. Les juges du fond l'ont admise, au motif que l'assuré « *bien que n'ayant pas recherché les conséquences dommageables qui en sont résultées, (l'assuré) a commis une faute justifiant l'exclusion de garantie en ce qu'elle faussait l'élément aléatoire attaché à la couverture du risque* ». La Cour de cassation les en approuve en affirmant qu'il « *avait volontairement tenté de franchir le cours d'une rivière avec un véhicule non adapté à cet usage et qu'il avait ainsi commis une faute dolosive excluant la garantie de l'assureur* ». Si la définition de la faute dolosive n'est, là encore, pas idéale⁴³, par sa publication au Bulletin, la solution consacre la faute dolosive comme exclusion légale de risque y compris en assurance de choses.

Cependant, en l'espèce, la faute dolosive de cet automobiliste est quand même discutable car son comportement fait preuve d'une témérité évidente, d'une négligence, mais s'agit-il pour autant de dol ou seulement de dol éventuel⁴⁴ ?

⁴⁰ Cass. 2^e civ., 28 févr. 2013, n° 12-12813, www.actuassurance.com 2013, n° 30, note A. Astegiano-La Rizza.

⁴¹ V. *Infra* ; L. Mayaux, *Assurances terrestres*, Rép. civ Dalloz, n° 186 et s. ; in J. Bigot, *Traité de Droit des assurances*, tome 3, *Le contrat d'assurance*, LGDJ 2002, n° 1115. – R. Bigot, *Le radeau de la faute intentionnelle inassurable*, bjda.fr 2018, n° 57.

⁴² Cass. 2^e civ., 12 sept. 2013, n° 12-24650, www.actuassurance.com 2013, n° 32, note S. Abravanel-Jolly.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Dans ce sens aussi : L. Mayaux, *Les incidences de la disparition de l'aléa*, Resp. civ. et assur. 2014, Dossier 10, spéc. n° 8.

Quoi qu'il en soit, malgré ces arrêts de 2013, la Cour de cassation n'en a pas moins conservé sa réticence à admettre cette conception dualiste. Ainsi, par un arrêt du 6 février 2014, elle s'est à nouveau fondée sur la faute intentionnelle subjective dans une espèce où, pourtant, les faits de coups et blessures volontaires auraient dû aboutir à une qualification de faute dolosive exclusive de garantie⁴⁵.

Toutefois, la deuxième chambre civile semble, globalement, plus favorable à une conception dualiste qu'auparavant, n'écartant plus systématiquement la faute dolosive⁴⁶. Et, ce constat est surtout vrai depuis un arrêt 4 février 2016.

3) Depuis l'arrêt du 4 février 2016⁴⁷

L'arrêt du 4 février 2016 marque un tournant dans l'admission de la faute dolosive car non seulement la deuxième civile la retient sans hésitation, mais en plus, selon nous, elle la définit de façon beaucoup plus conforme à l'essence de l'assurance.

En l'espèce, un avocat, qui agissait en qualité de liquidateur judiciaire, avait appelé son assureur en garantie de la représentation des fonds, après avoir confié plusieurs missions à un autre avocat qui avait détourné les chèques établis à l'ordre de la CARPA. Invoquant la faute dolosive de son assuré (l'avocat initial), l'assureur avait refusé de régler le sinistre. Toutefois, les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, l'y ont condamné, considérant que la faute dolosive n'était pas constituée car, certes, l'assuré n'avait pas vérifié les fonds confiés à l'autre avocat, ni les adresses utilisées par celui-ci (qui ne correspondaient pas à celles de ses deux cabinets), mais il « *n'avait pas délibérément manqué à ses obligations* ». Au demeurant, bien que non retenue ici, la solution montre que la deuxième chambre civile est désormais favorable à l'admission de la faute dolosive comme autre cas d'exclusion légale de risque, tout en adoptant une définition plus conforme que précédemment à la relation d'assurance, en ne se référant plus à la suppression de l'aléa. Ainsi, même si la Cour de cassation ne reprend pas intégralement la, très bonne⁴⁸, définition dont l'assureur avait fait état dans son pourvoi, « *un manquement délibéré de l'assuré à ses obligations, dont il ne peut ignorer qu'il en résultera un dommage, exclut la garantie de l'assureur* », elle ne la remet pas en cause quand elle indique que l'assuré, n'ayant « *pas délibérément manqué à ses obligations, la cour d'appel en a justement déduit l'absence de faute dolosive* ».

Depuis cet arrêt du 4 février 2016, la deuxième chambre se montre beaucoup plus encline à admettre la conception dualiste de l'exclusion légale de risque⁴⁹.

⁴⁵ Cass. 2^e civ., 6 févr. 2014, n° 13-10160, www.actuassurance.com 2014, n° 35, note L. de Graëve.

⁴⁶ Cass. 2^e civ., 12 juin 2014, n° 13-18844 et 5 mars 2015, n° 14-10790. – Cass. 2^e civ., 22 oct. 2015, n° 14-25494, www.actuassurance.com 2015, n° 43, act. jurispr. note S. Abravanel-Jolly ; *RGDA* 2015, p. 552, note M. Asselain ; *Resp. civ. et assur.* 2016, comm. 28, note H. Groutel. – Cass. 2^e civ., 24 mars 2016, n° 15-16765, *LEDA* 2016, n° 68, note C. Charbonneau.

⁴⁷ Cass. 2^e civ., 4 févr. 2016, n° 15-10363, *RGDA* 2016, p. 162, n° 113g8, note A. Pélissier.

⁴⁸ Comme nous le verrons, V. *Infra* - II) consacré à la recherche d'une définition de la faute dolosive conforme à l'essence de l'assurance.

⁴⁹ V. un arrêt qui s'en tient pourtant à la conception moniste subjective : Cass. 2^e civ., 29 juin 2017, n° 16-12154, *Charge de la preuve de la faute intentionnelle*, *LEDA* 2017, n° 110s2, note S. Abravanel-Jolly.

C'est ce qui résulte d'un arrêt du 26 octobre 2017⁵⁰ qui, certes à propos d'une clause d'exclusion conventionnelle de la garantie, n'écarte pas la possibilité de retenir une faute dolosive qui en l'occurrence n'était pas constituée : l'assuré (une société informatique qui n'avait pas changé les systèmes de paiements défectueux qu'elle avait livrés, ce qui avait fait perdre des recettes au créancier) n'avait « *pas délibérément choisi de ne pas intervenir et que le sinistre résultait d'une erreur humaine non intentionnelle constituant l'aléa* ». La référence à la suppression de l'aléa n'est pas heureuse, mais la décision a au moins le mérite d'admettre l'éventuelle faute dolosive.

De même, par un arrêt du 25 octobre 2018⁵¹, la faute dolosive a été admise à l'encontre d'un propriétaire qui avait refusé de faire entretenir la couverture de son immeuble, au motif que « *sa décision ... manifestait son choix délibéré d'attendre l'effondrement de celle-ci, ...(ce) qui avait pour effet de rendre inéluctable la réalisation du dommage et de faire disparaître l'aléa attaché à la couverture du risque* ».

Et, par un arrêt du 28 mars 2019⁵², si la deuxième chambre civile ne l'applique pas, elle ne l'écarte pas non plus. Simplement, les habitudes demeurent ; en l'occurrence pour l'assureur de ne même pas penser à fonder son refus de garantie sur la faute dolosive, mais tout en empruntant l'esprit. Ainsi, il avait fondé sa demande sur la faute intentionnelle de l'assurée (qui était partie de sa caravane en laissant un poêle allumé dans un espace confiné et à proximité immédiate d'un bidon de 20 litres de combustible inflammable) au lieu de sa faute dolosive, mais avait motivé sa demande sur « *la conscience de l'assuré* » de provoquer le dommage. Or, il y a là, implicitement, une attraction des éléments de la faute dolosive : la « *conscience* » de l'assuré ne s'apparente-t-elle pas à son « *manquement délibéré dont il ne pouvait ignorer qu'il causerait un dommage* » ? La réponse nous semble positive.

Au final, la faute dolosive a désormais sa place en tant qu'exclusion légale de risque. La première chambre civile est aussi en ce sens, à la différence de la troisième qui écarte la faute dolosive de façon récurrente⁵³. Et, de son côté, la chambre criminelle commence à l'admettre mais, à l'instar de la deuxième chambre civile, la notion qu'elle en retient comme se référant encore à la suppression de l'aléa⁵⁴ ne nous semble pas satisfaisante.

⁵⁰ Cass. 2^e civ., 26 oct. 2017, n° 16-23696, *Admission de la faute dolosive exclusive de risque mais une définition à revoir*, bjda.fr 2018, n° 54, note S. Abravanel-Jolly.

⁵¹ Cass. 2^e civ., 25 oct. 2018, n° 16-23103, *Notion de faute dolosive exclusive de risque*, LEDA déc. 2018, n° 111q1.

⁵² S. Abravanel-Jolly, *Attention : les conditions des fautes intentionnelle et dolosive ne se confondent pas !* (à propos de Cass. 2^e civ., 28 mars 2019, n° 18-15829), bjda.fr 2019, n° 63 ; *RGDA* 2019, n° 116n2, note A. Pimbert.

⁵³ Cass. 3^e civ., 11 juil. 2012, n° 10-28535, *Bull. civ.* III, n° 106. – Cass. 3^e civ., 1^{er} juill. 2015, n° 14-10210, LEDA 2015, n° 117, note C. Charbonneau ; *Resp. civ. et assur.* 2015, comm. 304, note H. Groutel. – Cass. 3^e civ., 13 juill. 2016, n° 15-20512, www.actuassurance.com 2016, n° 49, note L. de Graëve ; LEDA 2016, n° 123, note S. Abravanel-Jolly qui indique que la troisième chambre est hostile à la conception dualiste. – Cass. 3^e civ., 30 nov. 2017, n° 16-22668, bjda.fr 2018, n° 55, note S. Abravanel-Jolly qui souligne la conception exclusivement moniste de la troisième chambre.

⁵⁴ S. Abravanel-Jolly, *L'admission de la faute dolosive comme exclusion légale de risque par la chambre criminelle mais une définition à revoir* (à propos de Cass. crim., 6 déc. 2016, n° 15-81592), bjda.fr 2017, n° 49. – V. aussi une solution retenant la faute dolosive mais une définition contestable se référant à la disparition de l'aléa : S. Abravanel-Jolly, *Notion de faute dolosive exclusive de risque* (à propos de Cass. 2^e civ., 25 oct. 2018, n° 16-23103), LEDA 2018, n° 111q1. – R. Bigot, *La faute intentionnelle et la faute dolosive : des sœurs jumelles ?*, bjda.fr 2018, n° 60.

Aussi, convient-il de tenter de rechercher une définition plus adéquate de cette faute dolosive.

III) Recherche d'une définition adéquate de la faute dolosive

Comme vu plus haut, en analysant les arrêts qui ont admis la faute dolosive de l'assuré, hormis l'arrêt du 4 février 2016⁵⁵, la définition que la jurisprudence en retient renvoie, presque à chaque fois, à une faute volontaire ou à un manquement délibéré de l'assuré qui « *a pour effet de retirer au contrat son caractère aléatoire* ».

Cependant, il nous semble qu'il ne peut y avoir de suppression de l'aléa tenant au contrat d'assurance (A). Aussi, suggérons-nous une définition en quelque sorte inspirée de la théorie du risque putatif (B).

A) Une improbable suppression de l'aléa tenant au contrat d'assurance

Il résulte de la plupart des décisions précitées, qui ont admis la faute dolosive, que celle-ci suppose la réunion de deux conditions cumulatives :

- La première, commune avec celle requise pour la faute intentionnelle subjective, consiste dans une faute volontaire ou un manquement délibéré de l'assuré ;
- La seconde condition, autonome par rapport à celle requise pour la faute intentionnelle, tient à la suppression de l'aléa tenant à la suite dudit manquement.

Ainsi, par l'arrêt du 22 septembre 2005, la Cour de cassation a affirmé expressément qu'en commettant volontairement la faute, l'assuré « *avait fait perdre ... tout caractère incertain à l'événement dommageable* »⁵⁶.

De même, à l'occasion de dommages dus à l'abstention volontaire de l'entreprise assurée de réaliser des travaux nécessaires et prévus contractuellement, il a été jugé que « *ce manquement délibéré constitue une faute dolosive qui a pour effet de retirer au contrat d'assurance son caractère aléatoire* »⁵⁷.

Tel est également le cas de l'arrêt du 28 février 2013 qui a retenu, à propos d'une assurance de responsabilité contractuelle, que « *l'aléa aurait disparu au cours de la vie du contrat d'assurance du seul fait de la volonté de l'assuré* »⁵⁸. Et, de celui du 12 septembre 2013 à propos d'une assurance de choses (un véhicule automobile), elle approuve les juges du fond d'avoir affirmé que l'assuré « *a commis une faute justifiant l'exclusion de garantie en ce qu'elle faussait l'élément aléatoire attaché à la couverture du risque* »⁵⁹.

La solution issue de l'arrêt du 26 octobre 2017 est encore semblable : l'assuré n'avait « *pas délibérément choisi de ne pas intervenir ... le sinistre résultait d'une erreur humaine non intentionnelle constituant l'aléa* »⁶⁰.

⁵⁵ Préc.

⁵⁶ Cass. 2^e civ., 22 sept. 2005, n° 04-17.232, préc.

⁵⁷ CA Versailles, 4^e ch. civ., 4 juin 2007, *RGDA* 2008, p. 130, note J. Bigot. – Cass. 3^e civ., 7 oct. 2008, n° 07-17969, préc.

⁵⁸ Cass. 2^e civ., 28 févr. 2013, n° 12-12813, préc.

⁵⁹ Cass. 2^e civ., 12 sept. 2013, n° 12-24650, préc.

⁶⁰ Cass. 2^e civ., 26 oct. 2017, n° 16-23696, préc.

Et, il en va de même de celle du 25 octobre 2018 : « ...*(ce) qui avait pour effet de rendre inéluctable la réalisation du dommage et de faire disparaître l'aléa attaché à la couverture du risque* »⁶¹.

Au demeurant, les partisans de la faute dolosive, fondée sur la suppression de l'aléa, ont fait valoir que la mise hors de cause de l'assureur peut se justifier par le simple constat qu'aucune place n'était plus laissée au hasard par l'assuré dans la réalisation du risque⁶².

Pour autant, avec le professeur Mayaux, nous sommes d'avis qu'« il n'est *« guère orthodoxe »* de retenir la faute dolosive quand elle conduit à la suppression de l'aléa tenant au dommage. En effet, si le hasard a pu être faussé, il n'y a jamais dans cette hypothèse de suppression totale de l'aléa au contrat d'assurance car le risque n'a pas disparu⁶³ : *« l'aléa affecte un événement, le hasard est relatif à sa cause »*.

Dès lors, si la faute dolosive du droit des assurances se justifie et, à cet égard, les solutions qui l'admettent méritent notre approbation, elle doit néanmoins pour continuer à s'appliquer être définie de façon plus conforme à l'essence de l'assurance, qui n'est pas de garantir les comportements délibérés de l'assuré dont il ne peut ignorer qu'ils conduiront à la survenance d'un dommage⁶⁴.

B) Une définition de la faute dolosive inspirée de la théorie du risque putatif⁶⁵

Comme déjà dit, l'admission de la faute dolosive est nécessaire afin de préserver l'essence de la relation d'assurance. Toutefois, pour que la jurisprudence continue à l'accepter, sa définition doit être cohérente avec les prémisses de l'assurance. Or, en l'état de la jurisprudence, ce n'est pas encore le cas ; tout est en construction.

En ce sens, nous avons suggéré que la faute dolosive résulte d'un *« manquement délibéré, dont l'assuré ne pouvait ignorer qu'il conduirait à un dommage »*⁶⁶. Cette proposition

⁶¹ Cass. 2^e civ., 25 oct. 2018, n^o 16-23103, *préc.*

⁶² V. H. Margeat, *Les péripéties de la faute intentionnelle en assurance*, Assur. fr. 1975, p. 397, selon qui « la question que doit se poser le juge consiste donc à savoir si les faits perpétrés laissent encore ou non place à un aléa ». – L. Mayaux, *Assurances terrestres*, Rép. civ Dalloz, n^o 186-187 ; *Les incidences de la disparition de l'aléa*, *préc.* – J. Bigot, *Rapport de synthèse*, in Aléa et contrat d'assurance, Colloque Cour de cassation, Resp. civ. et assur. 2014, Dossier 11. – Ph. Pierre, *L'absence d'incidence de la disparition de l'aléa lors de l'exécution du contrat d'assurance*, in Aléa et contrat d'assurance, Colloque Cour de cassation, Resp. civ. et assur. 2014, n^o 3, Dossier 9.

⁶³ L. Mayaux, *Les incidences de la disparition de l'aléa*, *préc.* – G. Durry, *La place de la morale dans le droit du contrat d'assurance*, Risques, 1994, n^o 18, 1994, p. 56, qui observe que « la morale et la technique se mêlent pour justifier l'inassurabilité du fait intentionnel ». – J. Kullmann, *L'assuré fautif : après le faisan et le malfaisant, le risque-tout*, RGDA 2014, p. 8, n^o 1.

Contra : D. Bakouche, *Aléa et faute intentionnelle*, in Aléa et contrat d'assurance, Colloque Cour de cassation, Resp. civ. et assur. 2014, Dossier 7, spéc. n^o 18, selon qui l'exclusion de risque s'impose dès lors que l'acte de l'assuré « a fait perdre au risque son caractère aléatoire ».

⁶⁴ M. Asselain, *Violation délibérée de ses obligations professionnelles par l'assuré : à la recherche d'une sanction*, *op.cit* ; Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, *op. cit.*, spéc. n^o 425.

⁶⁵ Sur ce point, V. *Lamy Assurances* 2019, n^o 115 et s.

⁶⁶ S. Abravanel-Jolly, *op. cit.*

correspond en réalité à l'idée selon laquelle l'assuré a conscience, ou ne peut pas ignorer que, par son attitude, un dommage va inévitablement survenir. Dans cet esprit, Madame la professeure Viney estime que « *le cocontractant commet un dol lorsqu'il commet un acte qu'il sait lui être interdit et dont il connaît les dangers* »⁶⁷. De même, pour Monsieur le professeur Ghestin, l'auteur agit « *consciemment sans tenir compte de ses obligations dont il connaît pourtant l'existence et la portée* »⁶⁸.

En réalité, comme le professeur Bigot le fait remarquer, la définition de la faute dolosive résulterait un peu d'« *une transposition de la théorie du risque putatif au plan de l'exécution du contrat : l'assuré devait savoir que son acte ou son omission allait entraîner inévitablement le dommage* »⁶⁹. Autrement dit, « *la connaissance du futur* » produirait « *le même effet d'exclusion que la connaissance du passé dans la théorie du risque putatif* »⁷⁰.

Pour mémoire, en vertu de la théorie du risque putatif, l'accent est porté sur la connaissance ou l'ignorance de l'assuré quant à la réalisation du risque⁷¹ ; il s'agit d'une conception subjective de l'aléa qui se discerne dans l'esprit des parties, le problème se posant essentiellement à propos de l'esprit de l'assuré. Et, pour rappeler que la connaissance, ou l'ignorance, de la réalisation du risque par l'assuré détermine l'absence, ou l'existence, de l'aléa, la Cour de cassation se fondait généralement sur l'ancien article 1964 du Code civil (désormais article 1108 du Code civil)⁷².

Au demeurant, l'arrêt du 4 février 2016⁷³ a adopté une définition de la faute dolosive, sans aucune référence à l'aléa, comme étant le manquement délibéré de son auteur « *dont il ne peut ignorer qu'il en résultera un dommage* ». Or, à l'évidence, cette solution s'inspire implicitement de la théorie du risque putatif, en se référant non pas à la connaissance du passé par l'assuré mais, concernant ici la faute dolosive, à sa connaissance du futur.

Nous ne pouvons qu'approuver cette définition, qui s'inscrit dans la logique de la relation d'assurance telle que nous la préconisons⁷⁴.

Au final, si la jurisprudence a longtemps considéré la faute intentionnelle subjective comme la seule exclusion légale de risque, la faute dolosive expressément visée par l'article L. 113-1, al. 2, n'est plus écartée par la jurisprudence. Depuis 2016, la deuxième chambre civile et la chambre criminelle de la Cour de cassation n'y sont plus hostiles.

Une telle évolution était nécessaire, comme s'inscrivant en conformité avec la logique de la relation d'assurance.

⁶⁷ En ce sens : V. G. Viney, *Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde*, D. 1975, chron. p. 263.

⁶⁸ J. Ghestin, *La faute intentionnelle du notaire...*, D. 1974, chron. P. 31.

⁶⁹ J. Bigot, *Rapport de synthèse*, in *Aléa et contrat d'assurance*, préc., n° 29.

⁷⁰ L. Mayaux, *Les grandes questions du droit des assurances*, op. cit. n° 57, p. 39. – D. Bakouche, *préc.*, n° 18.

⁷¹ Cass. 3^e civ., 4 avr. 2002, n° 00-11.598 : ayant retenu qu'au moment de la souscription de l'assurance, l'assuré avait connaissance des désordres, la cour d'appel a pu déduire, de ce seul motif, que la garantie de l'assurance dommages ouvrage ne pouvait jouer.

V. aussi : Cass. 2^e civ., 11 sept. 2014, n° 13-17236, où les assurés, actionnaires d'une entreprise vinicole ne pouvaient ignorer les pratiques illicites des anciens propriétaires, consistant à couper le vin.

⁷² A propos d'une assurance de protection juridique, V. Cass. 1^{re} civ., 7 déc. 2006, n° 05-19.306, *RGDA* 2007, p. 205, note B. Cerveau.

⁷³ Cass. 2^e civ., 4 févr. 2016, n° 15-10363, *préc.*

⁷⁴ S. Abravanel-Jolly, *Notion de faute intentionnelle en assurance : une nécessaire dualité*, op. cit.

Pour autant, la définition de cette faute dolosive déterminera la pérennité de l'évolution :

- la référence à la suppression de l'aléa ne nous paraît pas devoir être maintenue : il n'y a jamais suppression totale de l'aléa ;
- en revanche, le manquement délibéré de l'assuré dont il peut ignorer qu'il conduira à un dommage semble être une définition conforme à la nature même de l'assurance.
