

DOCUMENT SOUMIS AUX DROITS D'AUTEUR : SOUS LICENCE CREATIVE COMMONS**CITEZ-NOUS DE LA FAÇON SUIVANTE :**

Cass. 2^e civ., 4 avr. 2024, n° 22-20274, F-D, *bjda.fr* 2024, n° 93, note J-S Bagendabanga

Faute dolosive et dispositif Girardin : le cas de conscience de la Cour de Cassation

Cass. 2^e civ., 4 avr. 2024, n° 22-20274, F-D

Contrat d'assurance – Commercialisation par l'assuré d'un produit défiscalisé qui ne l'était plus – C. assur., art. L. 113-1 – Faute dolosive – Conscience de l'inéluctabilité du dommage causée aux investisseurs (non) – Absence de caractérisation (oui) – Cassation (oui)

La faute dolosive, au sens de l'article L.113-1, alinéa 2, du Code des assurances, s'entend d'un acte délibéré de l'assuré commis avec la conscience du caractère inéluctable de ses conséquences dommageables, et non avec la seule conséquence du risque d'occasionner le dommage.

L'assurance donne-t-elle du fil à retordre à la Cour de cassation ? Dans son recueil des études pour l'année 2023, la Cour régulatrice reconnaît au sujet du contentieux lié aux exclusions de garantie, que « le juge est placé devant des choix délicats¹ ». Avec justesse, le Professeur Anne Pélissier a reconnu dans le dilemme cornélien des juges ainsi avoué, « de véritables cas de conscience² ». Sans bénéficier de l'honneur de la publication, les huit arrêts rendus par la deuxième chambre, illustrent si bien les subtilités et les vicissitudes de l'appréciation des critères « des garanties [absolument] interdites³ » par l'article L.113-1 du Code des assurances⁴.

A la faveur d'un contentieux d'ampleur, les faits ayant donné aux arrêts sous examen, n'ont plus aucun mystère pour le juriste en assurance. En vue de bénéficier de la réduction d'impôt attachée au dispositif dit Girardin industriel, de nombreux investisseurs souscrivent, entre mai 2011 et mai 2012, à un produit « SNC Gir Réunion » proposé par la Société Gesdom et portant sur l'acquisition et la mise en location des stations autonomes d'éclairage, alimentées par des panneaux photovoltaïques en Outre-mer.

Or, bien avant la souscription, l'article 36 de la loi de finances pour 2011 a exclu du bénéfice de la réduction d'impôt les « investissements portant sur des installations de production d'électricité utilisant l'énergie radiative du soleil ». N'ayant pas obtenu l'attestation fiscale demandée auprès de la société Gesdom, les investisseurs l'assignent ainsi que son assureur de

¹ Cour de Cassation, *Recueil annuel des études*, La Documentation Française, 2023, p. 98.

² A. Pélissier, « La reconnaissance discrète de la faute dolosive par la troisième chambre civile », *RGDA*, n° 07, Juillet 2021, p. 23.

³ A. Cayol, « Les garanties interdites », in R. Bigot et A. Cayol (dir.), *Le droit des assurances en tableaux*, Ellipses, 2020, préf. D. Noguero, p. 122 et s.

⁴ Sur les principales difficultés, H. Groutel, F. Leduc, P. Pierre et M. Asselin, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, Litec, 2008, n° 541 et s.

responsabilité civile aux fins d'indemnisation. La Cour d'appel de Versailles exclut la garantie de l'assureur au motif pris de l'existence d'une faute dolosive « exclusive de tout aléa ». Pour les juges du fond, la faute dolosive est caractérisée par le fait qu'en vendant un produit de défiscalisation dont l'avantage fiscal avait disparu, « le manquement délibéré de cette société à son obligation de prudence a entraîné la réalisation inéluctable du dommage qui a fait disparaître l'aléa attaché à la couverture du risque ».

Se pourvoyant contre l'arrêt d'appel, les investisseurs déboutés soutiennent que la connaissance du risque de réalisation d'un dommage ne peut être confondue à sa survenance et de ce fait, un manquement fût-il délibéré à l'obligation de prudence de l'assuré ne correspond pas à une faute entraînant la réalisation inéluctable du sinistre, s'il n'a pour effet que de rendre possible la réalisation du dommage. Après avoir rappelé par un attendu de principe qu'au sens de l'article L. 113-1 du Code des assurances, la faute dolosive consiste en un acte délibéré commis avec la conscience du caractère inéluctable de ses conséquences dommageables, la Cour régulatrice juge que la conscience qu'avait la société du caractère inéluctable des conséquences dommageables ne se confond pas avec la conscience du risque d'occasionner les dommages.

La solution adoptée et réitérée par la Cour sur le contentieux « Girardin industriel » nous semble révéler une forme de cas de conscience, mieux d'un duel (qui n'a pas toujours à exister) entre une application conforme des critères de la faute dolosive tels que définis par la Cour elle-même et leur contournement à des fins de politique jurisprudentielle. La technique juridique affronte ici la politique jurisprudentielle. Condamnés à « tomber dans Charybde ou Scylla⁵ », les juges ont eu le choix entre une application conforme des critères jurisprudentiels, laquelle aurait entraîné la caractérisation de la faute dolosive, l'exclusion la garantie de l'assureur et l'indemnisation par le seul assuré et un évitement stratégique de ceux-ci en vue d'une meilleure indemnisation par l'assurance au profit des victimes. Dans les espèces sous examen, la Cour semble avoir opté pour la voie des objectifs de politique jurisprudentielle (II) qu'une application conforme de ses propres critères n'aurait pas permis d'atteindre (I).

I) Le contournement stratégique des critères jurisprudentiels de la faute dolosive

L'alinéa deuxième de l'article L.113-1 du Code des assurances qui exclut la garantie de la faute intentionnelle ou dolosive, a été de toutes les controverses du fait de l'usage (presque banal dirait-on) de la conjonction de subordination « ou »⁶ et de l'interprétation jurisprudentielle en dents de scie qui en été faite. Longtemps confondue à la faute intentionnelle entendue comme « la volonté de causer le dommage tel qu'il est survenu⁷ », la faute dolosive semble s'être

⁵ A. Touzain, « Faute dolosive et dispositif Girardin : on prend les mêmes et on recommence », *D. Actu.*, 15 mai 2024.

⁶ V. par ex. B. Beigner et S. Ben Hadj Yahia, *Droit des assurances*, 4 éd., LGDJ, 2021, no 476 et s et D. Noguéro, « L'exclusion de la faute intentionnelle ou dolosive en droit des assurances, in *Mélanges Suzanne Carval*, IRJS Editions, 2021, p. 647.

⁷ Cass. 1^{re} civ., 12 juin 1974, n° 73-12.882 *D.* 1975, jurispr. p. 173 (« L'exonération de garantie [...] est limitée au cas où l'assuré a voulu, non seulement l'action ou l'omission génératrice du dommage, mais encore ces dommages eux-mêmes ») Dans le même sens, v. Cass. 2^e Civ. 18 mars 2004, no 03-10720, *RGDA*, 2004, p. 356, note J. Kullmann et Cass. 2^e Civ. 23 sept. 2004, no 03-14389, *RCA* 2004, comm. 389, note H. Groutel et Cass. 2^e civ., 16 sept. 2021, n° 19-25.678 : *RD bancaire et fin.* 2021, comm. 156, obs. N. Leblond ; *JCP G* 2021, 1227, note B. Beigner ; *Resp. civ et assur.* 2021, comm. 218, obs. E. Coyault. V. aussi, Cass. Civ. 1^{re}, 10 avr. 1996, no 93-14571, *Bull. civ. I*, no 172, p. 120, *RGDA*, 1996, p.716, note J. Kullmann (« La faute intentionnelle qui exclut la garantie de l'assureur suppose la volonté de causer le dommage et pas seulement d'en créer le risque ».)

émancipée de la conception moniste⁸ de la faute de l'article L.113-1. Ainsi rendue autonome, la faute dolosive exclusive de garantie s'entend comme « un acte délibéré de l'assuré commis avec la conscience du caractère inéluctable de ses conséquences dommageables⁹ ». Aux dires même de la Cour de cassation, la faute dolosive s'entend comme « l'acte commis délibérément avec la conscience qu'un dommage en résultera pour une tierce victime¹⁰ ».

A l'aune de cette définition jurisprudentielle de la faute dolosive, sa caractérisation requiert la preuve de trois éléments cumulatifs¹¹, les deux premiers étant objectifs et le dernier subjectif. En premier lieu, la faute dolosive exclusive de garantie requiert un acte fautif et délibéré, consistant en une action ou une omission. Vient en second lieu le caractère inéluctable rattaché aux dommages découlant de l'acte fautif¹², dans la mesure où le « dommage subséquent est une conséquence nécessaire, suivant le cours normal des choses, de l'acte délibéré de l'assuré¹³. » Enfin, signe de la conception subjective de la faute dolosive détachée du critère discuté de la suppression de l'aléa¹⁴, l'assuré doit avoir conscience de l'inéluctabilité des dommages dus à son acte délibéré. Si par leurs « dits », les critères ainsi présentés permettent une meilleure circonspection de la faute dolosive, leurs « non-dits¹⁵ » et particulièrement ceux ayant trait à la conscience de l'assuré fautif et au caractère inéluctable des dommages, sont de nature à entraîner des difficultés pratiques d'application. S'agissant des espèces sous examen, la mise en œuvre du critère de la conscience du risque, nœud gordien des discussions devant la Cour de cassation n'est pas convaincante. La Cour semble se dérober et contourner l'un des critères qu'elle a elle-même posés par une œuvre laborieuse.

⁸ Sur cette conception, v. S. Abravanel-Jolly, « La faute intentionnelle ou dolosive », in J-M Do Carmo Silva et D. Kajreski, *Les grandes décisions du droit des assurances*, LGDJ, 2022, n° 70 à 74.

⁹ Cass. 2^e Civ. 20 Jan. 2022, 20-13.245, *Resp. civ. assur.*, 2022, comm. 86, E. Coyault, *BJDA*, 2022, n° 79, note L. Perdrix, Cass. 2^e Civ. 14 mars 2024, n° 22-18426, *RGDA*, mai 2024, n° 05, p. 25, comm. D. Kajreski ; *JCP G*, no 13, avr. 2024, p. 576, comm. B. Waltez-Teracol ; *bjda*, no 92, mai 2024, comm. S. Abravanel-Jolly ; *Resp. civ. assur.*, n° 5, mai 2024, comm. S. Bertolaso ; *Tribune de l'assurance*, avr. 2024, S. Choisez (au sujet d'une exploitante d'une ferme pédagogique qui avait confié le soin de la surveillance des fauves à une bénévole non qualifiée, laquelle a été grièvement blessée par un tigre), Cass. 2^e Civ., 6. Juill. 2023, n° 21-24833, *JCP G*, 2023, 1125, note A. Pimbert, *LEDA*, sept. 2023, n° 08, Sept. 2023, p.2, *Resp. civ. et assur.* 2023, comm. 256, note V. Tournaire, *D. actu.* 20 sept. 2023, obs. R. Bigot et A. Cayol, *RDI*, 2023, p. 546, D. Noguéro.

¹⁰ Cour de Cassation, *op.cit.*, p. 81.

¹¹ V. M. Robineau, « Définition de la faute dolosive : la conscience du caractère inéluctable du dommage ne se confond pas avec la conscience du risque d'occasionner le dommage », *RGDA*, n° 04, Avr. 2024, p.15.

¹² Dans une espèce remarquée (Cass. 3^e Civ., n° 21-21.084, *Resp.civ. et assur.*, 2023, comm. 135, S. Bertolaso, *RGDA*, n° 06, juin 2023, p. 11, comm. J-P Karila, *LEDA*, n° 05, mai 2023, note S. Abravanel-Jolly, *Gaz. Pal.*, avr. 2023, n° 13, p.26, obs. C. Berlaud), l'avocat général avait proposé une conception plus restrictive de la faute dolosive et qui « s'entend d'un comportement délibéré qui, sans intention de causer le dommage tel qu'il est survenu, emporte la conscience de l'assuré du caractère inéluctable du dommage tel qu'il est survenu. » (P. Brun, « Contrat d'assurance – La troisième chambre civile de la Cour de cassation rejoint la position de la deuxième sur l'autonomie de la faute dolosive », *Resp. civ. assur.*, n° 5, Mai 2023, étude 7, n° 23.

¹³ F. Leduc, « Variations sur la faute inassurable », *RDC*, Juin 2024, p. 70, n° 3.

¹⁴ S. Abravanel-Jolly, « La conception subjective de la faute dolosive est entérinée », *LEDA*, n° 05, Mai 2024, p.1.

¹⁵ Sur les « dits » et les « non-dits » de la définition de la faute dolosive, v. L. Mayaux, « La faute dolosive devant la troisième chambre civile : quand une citation vaut consécration », *RGDA*, no 5, Mai 2023, p. 21-25.

Fidèle à sa jurisprudence¹⁶, la Cour juge que la conscience du risque d'occasionner le dommage ne se confond pas avec la conscience du caractère inéluctable des dommages. Sur le principe, l'on ne peut qu'approuver l'affirmation de la Cour de cassation. Au risque de confiner l'essor de l'assurance de responsabilité civile¹⁷, « être en risque¹⁸ » que l'on peut entendre aussi comme la seule prise de risque (volontaire et fautive), ne suffit pas à caractériser la faute dolosive, exclusive de garantie. L'essence même de l'assurance de responsabilité civile professionnelle consiste à garantir des risques dont « la plupart ne sont pas dus au seul hasard et restent au moins en partie du fait de l'assuré¹⁹. » Cependant, dans le cas sous-examen, l'on peut bien s'interroger si seul existait « un risque, même grand de provoquer le dommage et non une certitude²⁰ » de causer le dommage et au demeurant assurable ou si l'assuré ayant conscience des conséquences dommageables de ses actes, a choisi « la voie du Mal » alors qu'il savait qu'une autre existait, « la Voie du bien²¹ », caractérisant ainsi la faute dolosive, exclusive de garantie.

L'on rappellera tout d'abord que du fait de la fonction dissuasive et sanctionnatrice de la faute dolosive²², l'appréciation de la conscience du caractère inéluctable, s'effectue *in concreto*. Pour la Cour régulatrice, la faute dolosive requiert un élément éminemment subjectif, analysé en fonction des circonstances de l'espèce, tenant au fait que « l'assuré doit avoir eu la conscience de ce que, inéluctablement, il allait par son action volontaire, occasionner le dommage²³ ». Sur ce point, la motivation de la Cour tenant à écarter la conscience du caractère inéluctable est discutable. En effet, la conscience du caractère inéluctable des conséquences dommageable suppose ici deux éléments. Le premier qui transparait clairement dans le pourvoi consiste en ce que l'assuré ait eu connaissance de la réforme législative intervenue en fin d'année 2010, excluant l'avantage fiscal recherché par les investisseurs et que le sachant, il ait tout de même continué consciemment à commercialiser le support de défiscalisation. Le second, suppose que la société de conseil ait eu conscience que son agissement fautif entraînerait inéluctablement des dommages pour les assurés et notamment le redressement fiscal, la perte de l'investissement de ses clients.

A scruter les critères d'appréciation ainsi disséqués, l'on peine à adhérer à la position de Cour de Cassation. Nous pensons que la position des juges d'appel est défendable. Au sujet de la conscience de la modification apportée par la loi des finances de 2011 et de la « prise de risque

¹⁶ V. Cass. 2^e Civ. 14 mars 2024, n° 22-18426, *préc.* et Cass. 2^e Civ., 6. Juill. 2023, n° 21-24833, *préc.*

¹⁷ V. Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, 14^{ème} Éd, Dalloz, 2017, n° 430, p.319. « Si l'on avait écarté la garantie de l'assureur dans tous les cas où l'assuré a joué un rôle causal dans la réalisation du sinistre, l'assurance de responsabilité civile n'existerait pas ».

¹⁸ L. Mayaux, *Les grandes questions du droit des assurances*, LGDJ, 2011, p. 8.

¹⁹ M. Picard et A. Besson, *Les assurances terrestres*, t. 1, *Le contrat d'assurance*, 5 éd, 1985, LGDJ, p. 8.

²⁰ D. Bakouche, « La faute dolosive exclusive de garantie (à propos d'un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 12 septembre 2013) », *Resp. civ. et assur.* novembre 2013, étude 8.

²¹ J. Kullmann, « Connaissance, conscience et volonté : retour les fautes intentionnelle et dolosive, à l'occasion de deux arrêts sur le suicide et les dommages causés à autrui », *RGDA*, n° 08-09, sept. 2020, p.7.

²² R. Bigot « La fonction normative de la responsabilité civile et le comportement de l'assuré », *RGDA*, mai 2020, 21 et *L'indemnisation par l'assurance de responsabilité professionnelle : l'exemple des professions du chiffre et du droit*, Defrénois, préf. D. Noguero, Coll. Doctorat & Notariat, t. 53, 2014, n° 852, p. 351.

²³ Cour de Cassation, *op.cit.* p. 82.

fautive et délibérée²⁴ » par l'assuré, une attention soutenue aux faits donne à admettre l'improbabilité d'une méconnaissance de celle-ci. D'abord, la loi des finances pour 2011 ne laisse nullement place au doute au sujet de l'exclusion des investissements portant sur des installations de production d'électricité utilisant l'énergie radiative du soleil²⁵. L'on comprendrait l'indulgence des juges si la norme était portée par un cavalier législatif, encombré par de nombreuses autres dispositions, dépourvues de lien avec la question, rendant sa détection difficile. Et même là ! Dans le cas sous examen, la loi des finances comportait de nombreuses autres dispositions sur les investissements en Outre-mer, présentant un intérêt manifeste pour l'activité de la société de conseil en investissements. Bien plus, alors que la réforme est intervenue en décembre 2010, la société Gesdom continue de contracter avec des investisseurs jusqu'en mai 2012.

Par ailleurs, déjà en 2009 et sur un autre sujet, les investissements en Outre-mer défiscalisés avaient déjà défrayé la chronique et ont fini par être relayés par la presse²⁶. A supposer (avec un zeste d'utopie) que les juristes de la société de conseil spécialisée dans la défiscalisation n'aient pas la loi des finances comme livre de chevet, peut-on sérieusement concevoir qu'ils n'aient pas entendu parler de ce qui constitue un véritable scandale financier impliquant leur propre entreprise et ses clients ?

Tout au moins, le réflexe serait celui de la prudence ou de l'abstention. Il est vrai que l'on peut comprendre l'inquiétude exprimée par la doctrine que le recours à la présomption selon laquelle « un professionnel est supposé savoir » entraîne une extension dangereuse du domaine de la faute dolosive²⁷. Cependant, il nous semble qu'ici, sauf à ériger par bulle papale un dogme de l'incontestable bonne foi de l'assuré, la supposition sur la connaissance de la réforme laisse place à la certitude. Plutôt que « l'assuré aurait du savoir », nous pensons que l'assuré « savait ce qu'il faisait, et il a fait exprès de le faire, parfois en prenant son temps²⁸ ».

Cela dit, analysant le second élément, peut-on sérieusement penser que la société de gestion avait simplement « la conscience du risque d'occasionner le dommage » ? En effet, la conscience du caractère inéluctable des dommages suppose que l'assuré ait conscience que « le sinistre va se produire « à tous les coups²⁹ ». Dit autrement, la conscience du risque renvoie à l'hypothèse d'un risque qui « pourrait survenir » alors que la conscience du « caractère inéluctable des conséquences dommageables » renvoie à l'hypothèse d'un risque qui va

²⁴ V. la définition de la faute dolosive du Professeur A. Bénabent, « « Les pouvoirs respectifs des juges du fond et de la Cour de Cassation », in *Aléa et contrat d'assurance, Resp. Civ. Assur*, 2014, dossier no 8, no 6.

²⁵ Le point III de l'article 36 est ainsi libellé « La déduction prévue au premier alinéa ne s'applique pas aux investissements portant sur des installations de production d'électricité utilisant l'énergie radiative du soleil. ». Loi n° 2010-1657 du 29 déc. 2010 de finances pour 2011, *JORF*, n° 0302, 30 déc. 2010.

²⁶ Une recherche rapide sur Google permet de cerner la médiatisation du scandale. J-D Errard, « Eviter les pièges de l'investissement outre-mer », *Les Echos*, 1 juil. 2013, n° 302, p. 92, P. Janicot, « Défiscalisation : des avantages à la hauteur du risque », *Le Monde*, 04 nov. 2023, E. Tréguier, « Investissement solaire en outre-mer : ces contribuables qui ont tout perdu avec le « Girardin industriel », *Challenges*, Sept. 2012.

²⁷ L. Mayaux, « La faute dolosive devant la troisième chambre civile : quand une citation vaut consécration », *préc.*, p.23.

²⁸ Expression utilisée par le professeur Kullmann pour définir la conscience du caractère inéluctable. V. J. Kullmann, « Connaissance, conscience et volonté : retour sur les fautes intentionnelle et dolosive, à l'occasion de deux arrêts sur le suicide et les dommages causés à autrui », *préc.* p. 7.

²⁹ J. Kullmann (dir), *Le Lamy assurances. Contrat d'assurance. Assurances de dommages. Assurances de personnes. Intermédiaires d'assurance*, 2024, n° 213.

survenir. Ainsi dit, est-il envisageable qu'un conseiller en investissement qui commercialise des produits dont l'avantage fiscal a disparu, à des milliers d'investisseurs (qui traqués par le fisc, ne se laisseront pas surement faire), ait quelque doute, quelque hésitation sur le dommage causé et son inéluctabilité? La question est rhétorique. Une doctrine autorisée a évoqué l'hypothèse du caractère aléatoire du contrôle fiscal et pouvant exclure l'inéluctabilité des dommages³⁰. Il nous semble qu'ici, l'ampleur du scandale n'aurait pas pu passer inaperçue par le fisc.

Dans l'affaire de la dompteuse des fauves³¹, la situation était tout autre dans la mesure où l'agressivité du tigre à un moment donné, l'éventuelle réaction héroïque de la bénévole, la survenance d'une circonstance étrangère, constituent des données aléatoires. Aussi, pensons-nous que sauf à faire du critère de la conscience de l'inéluctabilité un alibi dont la Cour veillera à éviter la caractérisation, justifiant le rejet de la faute dolosive, il nous semble qu'une application conforme des critères mêmes de la Cour, plaide pour la caractérisation de la faute dolosive. Cette solution étant périlleuse, la Cour a laissé primer l'objectif d'une indemnisation sur la technique juridique.

II) Le primat opportun de l'objectif d'indemnisation

Si la motivation utilisée par les juges est peu convaincante, l'objectif ayant présidé au contournement stratégique des critères de la cour, est opportun et légitime. Le cas de conscience est flagrant et les enjeux économiques – spectre implacable sur l'office du juge – sont trop importants pour être ignorés. La Cour semble avoir favorisé l'indemnisation des victimes par l'assurance, dont l'intervention est légitimée par sa solidité financière plutôt qu'une application conforme de ses principes et dont les conséquences auraient été néfastes pour les victimes, dépourvues de toute possibilité d'indemnisation.

C'est le droit que Celse a défini comme *ars boni et aequi* (l'art du bon et de l'équitable) qui est mis en valeur. De l'aveu même de la Cour de cassation, « l'assurance de responsabilité constitue également un moyen de protéger les victimes, qui échappent ainsi au risque d'insolvabilité du responsable » [de telle sorte] qu'«il relève d'un choix de société de faire supporter ce risque aux assureurs³²».

En effet, comme cela peut arriver souvent en matière de risques professionnels, l'assuré avait déjà été placé en redressement judiciaire³³. Et même en supposant que l'assuré n'était pas en cessation de paiement, l'ampleur des dommages nous semble trop importante pour que la réparation incombe au seul assuré. Dès lors, l'indemnisation des victimes par la collectivité anonyme des assureurs – en dépit du contournement de la technique juridique, paraît moralement plus acceptable que de laisser de nombreuses victimes sur les bords de la route.

Cependant, dans les espèces sous examen, le primat de l'objectif d'indemnisation a surtout le mérite de mettre en lumière un autre duel interne et propre à l'essor récent de la faute dolosive et de l'admission de son autonomie. Commentant un arrêt récent sur la faute dolosive, une

³⁰ M. Robineau, *op.cit*, p.17.

³¹ Cass. 2^e Civ. 14 mars 2024, n° 22-18426, *préc.*

³² Cour de cassation, *op.cit*, p. 87. Sur la notion de politique jurisprudentielle, v. G. CANIVET et N. MOLFESSIS, « La politique jurisprudentielle », in *Mélanges Jacques Boré*, 2007, Dalloz, p. 79.

³³ CA Versailles, ch. 3, 16 juin 2022, 20/06321.

auteure s'est ainsi exclamée « tout ça pour ça³⁴. » En effet, la reconnaissance de la faute dolosive détachée de la faute intentionnelle vise à concilier la nécessité d'exclure la prise de risque fautive destructrice de l'aléa du champ de l'assurance d'une part³⁵ et celle « de ne pas étendre exagérément le domaine de l'exclusion³⁶ » en vue de garantir une meilleure indemnisation des victimes. Dit autrement, alors que des impératifs moraux et techniques propres au droit des assurances³⁷ prohibent la couverture des dommages que « le comportement malhonnête de l'assuré ou la négligence délibérée ont rendu non aléatoires³⁸ » voire certains, le dogme de l'indemnisation³⁹ entend que l'exclusion n'opère que si l'assuré est conscient des conséquences de son acte.

C'est le rôle médiateur que joue le critère de la conscience du caractère inéluctable des dommages. Or, l'on se rend vite compte que tout d'abord, si l'extrême rigueur des juges dans l'appréciation du critère de la faute dolosive sert l'objectif de l'indemnisation, elle rend peu probable celui d'une réelle autonomie de la faute dolosive, qui (s'il faut employer une métaphore rappelant des heures sombres de notre histoire) se trouve déconfinée tout en restant soumise à des mesures de protection importantes.

L'on ne saurait contester la légitimité de l'objectif. Tout de même, à quoi bon consacrer l'autonomie de la faute dolosive si cette dernière a « tous les attributs d'une séduisante arlésienne [...] introuvable⁴⁰ », dans le domaine de la responsabilité professionnelle censé être le terrain de son éclosion? Ensuite, l'on se rend surtout compte que le critère de la conscience inéluctable des conséquences dommageables – qui au demeurant consiste à sonder les reins et les cœurs – ne permet pas d'exclure du champ de la garantie tous les actes volontaires, lourdement fautifs et qui heurtent autant le fondement moral de l'inassurabilité qu'ils entravent l'objectif de responsabilisation par l'assurance.

Une doctrine autorisée a ainsi mis en lumière la difficile caractérisation de l'inéluctabilité dans la mesure où il reste une once d'aléa dans bien des circonstances⁴¹. Faudrait-il pour autant faire supporter par la collectivité des assurés de tels risques ? L'on se rend enfin compte que l'approche retenue de la faute dolosive, est prise de court par les graves manquements de certains assurés, dont la conscience du caractère inéluctable peut être discutée et dont les victimes doivent quand même bénéficier d'une indemnisation, serait-ce au prix d'un contournement des critères jurisprudentiels et au risque d'une « quasi-impunité⁴² » des assurés.

³⁴ S. Bertolaso, « Faute dolosive exclusive de garantie », *Resp. civ. assur.*, n° 5, Mai 2024, alerte 44. L'auteure commente l'arrêt « dompteuse des fauves ». Cass. 2^e Civ. 14 mars 2024, n° 22-18426, *préc.*

³⁵ H. Barbier, *La liberté de prendre des risques*, PUAM, préf. J. Mestre, PUAM, 2011, n° 460. Pour l'auteur, « la prise de risque fautive doit demeurer inassurable ».

³⁶ P. Brun, *op.cit.*, n° 14.

³⁷ J. Bigot, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayaux, R. Schulz, K. Sontag, *Traité de droit des assurances*, T. 3, *Le contrat d'assurance*, 2^e éd, 2014, LGDJ, n° 1636, p 803.

³⁸ M. Asselain, « Violation délibérée de ses obligations professionnelles par l'assuré : à la recherche d'une sanction », *Resp. civ. assur.*, 2009, Etude 6.

³⁹ A. DUMERY, *La faute de la victime en droit de la responsabilité*, L'Harmattan, 2011, préf. R. BOUT, no 14, p. 24.

⁴⁰ S. Bertolaso, *op.cit.*, p.3.

⁴¹ J. Kullmann (dir), *op.cit.*, n° 213.

⁴² . Bigot, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayaux, R. Schulz, K. Sontag, *op.cit.*, n° 1652, p. 814.

Une voie médiane ne serait-elle pas de sortir la faute lourde de sa disgrâce⁴³ afin de sanctionner (comme cela pourrait être le cas dans les espèces en examen) l'assuré « risque-tout », coupable d'une « impardonnable témérité »⁴⁴ ? La définition de la faute exceptée, l'approche aura au moins le mérite d'être à la mode de la « simplification » (y compris celle de l'office du juge en proie aux cas de conscience) dont on parle tant.

J.-S Bagendabanga,
Juriste en droit des assurances

L'arrêt

1. Selon l'arrêt attaqué (Versailles, 16 juin 2022) et les productions, M. [H], afin de bénéficier d'une réduction d'impôt sur le revenu à l'occasion du dispositif dit « Girardin Industriel », prévu par l'article 199 undecies B du code général des impôts, a souscrit, le 12 mai 2011, au produit « Snc GIR Réunion », proposé par la société Gesdom, pour l'acquisition et la mise en location des stations autonomes d'éclairage (SAE), alimentées par des panneaux photovoltaïques sur l'Ile de la Réunion.
2. M. [H] a versé à la société Gesdom la somme de 12 870 euros, outre celle de 384 euros au titre des frais de dossiers.
3. L'attestation fiscale lui permettant de bénéficier de la réduction d'impôt escomptée ne lui ayant pas été remise par la société Gesdom, celle-ci invoquant, en premier lieu, que l'administration fiscale avait remis en cause les réductions d'impôts des montages des années précédentes faute de mise en service du matériel avant le 31 décembre de l'année concernée et, en second lieu, que l'éligibilité des SAE à la réduction fiscale était également remise en cause, après la loi de finances n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 pour l'année 2011 ayant rendu inéligibles à la défiscalisation les investissements portant sur des installations de production d'électricité utilisant l'énergie radiative du soleil, M. [H] a assigné, à fin d'indemnisation, devant un tribunal de grande instance, la société Gesdom ainsi que la société Covea risks, l'assureur de cette dernière au titre de sa responsabilité civile.
4. Les sociétés MMA IARD et MMA IARD assurances mutuelles (les assureurs), venant aux droits de la société Covea risks, sont intervenus à l'instance.

Examen du moyen

Sur le moyen, pris en sa deuxième branche

Enoncé du moyen

5. M. [H] fait grief à l'arrêt de rejeter toutes ses demandes et de le condamner aux dépens de première instance et d'appel, alors « que la faute dolosive, autonome de la faute intentionnelle, justifiant l'exclusion de la garantie de l'assureur dès lors qu'elle fait perdre à l'opération d'assurance son caractère aléatoire, suppose un acte délibéré de l'assuré qui ne pouvait ignorer qu'il conduirait à la réalisation inéluctable du sinistre ; qu'à cet égard, la connaissance de l'existence du risque de réalisation d'un dommage ne peut être assimilée à celle de la certitude de sa survenance ; qu'il s'ensuit qu'un manquement, même délibéré, à l'obligation de prudence de l'assuré, qui rend seulement possible la réalisation d'un dommage, ne peut être assimilé à un manquement qui conduirait à la réalisation inéluctable du sinistre ; qu'en l'espèce, pour imputer à la société Gesdom une faute dolosive ayant abouti

⁴³ M. Périer, « Le cœur de la faute dolosive doit-il battre au rythme de la faute intentionnelle ou la faute lourde doit-il sortir de sa disgrâce » *RGDA*. Sur l'état des discussions, v. J. Bigot, J. Kullmann et L. Mayaux, *Traité de droit des assurances*, préf. G. Durré, t. 5, *Les assurances de dommages*, 2014, LGDJ, n° 1399 à 1401, p. 547-549).

⁴⁴ J. Kullmann, « L'assuré fautif : après le faisan et le malfaissant, le risque-tout. Vers une réforme de l'article L. 113-1 du Code des assurances ? », *RGDA*, n° 01, janv. 2014, p. 8.

à la réalisation inéluctable du dommage, la cour d'appel a retenu « qu'il est ainsi établi qu'au moment de la souscription du contrat, la société Gesdom avait pleinement conscience de l'exclusion résultant de la loi de finance 2011 et du risque qu'elle faisait courir aux investisseurs », et que « bien que consciente du risque évident qu'elle faisait courir aux investisseurs, la société Gesdom n'en a pas moins volontairement décidé de commercialiser des SAE, ce manquement délibéré à son obligation de prudence ayant abouti à la réalisation inéluctable du dommage, faisant ainsi disparaître l'aléa attaché à la couverture du risque » ; qu'en se déterminant ainsi, sans caractériser la conscience qu'avait la société Gesdom de la réalisation inéluctable du dommage de nature à faire disparaître l'aléa attaché à la couverture du risque, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 113-1 du code des assurances. ».

Réponse de la Cour

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

6. Selon ce texte, l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré.

7. La faute dolosive s'entend d'un acte délibéré de l'assuré commis avec la conscience du caractère inéluctable de ses conséquences dommageables.

8. Pour rejeter les demandes de M. [H], l'arrêt énonce qu'il est constant que l'article 36-1 de la loi de finances pour l'année 2011 du 29 décembre 2010 a exclu du champ d'application de la loi dite « Girardin » les investissements portant « sur les installations de production d'électricité utilisant l'énergie radiative du soleil » et relève que les SAE produisent de l'électricité au moyen de panneaux photovoltaïques grâce à cette énergie.

9. L'arrêt énonce encore qu'il est certain que tous les professionnels du secteur ne pouvaient que conclure à l'inéligibilité à la défiscalisation des SAE et ne pouvaient faire valoir auprès des investisseurs potentiels un avantage fiscal devenu manifestement exclu. Il ajoute que la société Gesdom aurait dû suspendre la commercialisation des produits concernés plus tôt qu'elle ne l'a fait.

10. Il relève encore que l'administration fiscale a été interrogée au mois d'avril 2013 seulement, et considère que c'est sans surprise qu'elle a pris position en indiquant que l'exclusion définie par l'article 36 précité, concernant toutes les installations générant de l'électricité par la conversion photovoltaïque de l'énergie solaire, ne pouvait qu'appréhender également les SAE. Il ajoute que l'argument tiré du délai de réponse de cette même administration, pour expliquer que la commercialisation se soit faite sans attendre sa réponse, est inopérant, au regard des enjeux et des risques que la société Gesdom faisait courir aux investisseurs en la poursuivant.

11. L'arrêt retient encore que si M. [H] conteste tout risque délibéré pris par la société Gesdom, dès lors qu'elle a consulté un cabinet d'avocat spécialisé en matière fiscale, cette consultation, qui n'est pas versée aux débats, est intervenue tardivement, plus de huit mois après l'entrée en vigueur de la loi précitée, et n'a été communiquée aux investisseurs qu'au mois de mai 2013.

12. Il en déduit que la société Gesdom avait pleinement conscience du risque évident qu'elle faisait courir aux investisseurs au moment où le contrat a été souscrit.

13. Il retient, enfin, que le manquement délibéré de cette société à son obligation de prudence a abouti à la réalisation inéluctable du dommage qui a fait disparaître l'aléa attaché à la couverture du risque, et en conclut qu'en vendant, en mai 2011, un tel produit de défiscalisation dont l'avantage fiscal n'était plus garanti, elle a commis une faute dolosive exclusive de tout aléa, de telle sorte que les assureurs sont fondés à opposer à M. [H] une exclusion de garantie.

14. En se déterminant ainsi, par des motifs impropres à caractériser la conscience qu'avait la société Gesdom du caractère inéluctable des conséquences dommageables de la commercialisation de son produit auprès de M. [H], qui ne se confond pas avec la conscience du risque d'occasionner le dommage, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du pourvoi, la Cour :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 16 juin 2022, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ;