

## 7 Aléa et faute intentionnelle

David BAKOUCHE,

agrégé des facultés de droit,  
professeur à l'université Paris-Sud (Paris XI)

1 - Le fait que l'article 1964 du Code civil, classant, à tort ou à raison d'ailleurs<sup>1</sup>, le contrat d'assurance dans la catégorie des contrats aléatoires, puisse suggérer que l'aléa ne serait qu'un critère de qualification du contrat ne doit évidemment pas tromper. Contrairement à ce qu'une approche réductrice, incitant à assimiler aléa et aléatoire<sup>2</sup>, pourrait laisser croire, le rôle de l'aléa dans le contrat d'assurance, loin de ne se réduire qu'à une pure question de qualification, est important : bien que le terme ne se retrouve pas dans le Code des assurances, l'aléa occupe une place de choix en la matière. À vrai dire, c'est plutôt d'absence d'aléa dont il s'agit : le défaut d'aléa peut non seulement déterminer la validité du contrat d'assurance, mais aussi, au regard de ce qui nous intéresse, au stade de l'exécution du contrat, délimiter de façon substantielle la garantie. L'hypothèse visée est celle dans laquelle l'assuré provoque, par son fait, le sinistre de façon certaine, et supprime ainsi l'incertitude qui est au cœur de l'opération d'assurance : la garantie n'a plus vocation à jouer lorsque le fait de l'assuré rend inéluctable la réalisation du risque. C'est en ce sens qu'on a pu dire que, « en creux, l'aléa contribue bien à délimiter la garantie »<sup>3</sup>.

2 - Encore faut-il observer que le rôle de l'aléa est, traditionnellement en tout cas, assez strictement circonscrit, en l'occurrence limité à l'application de l'article L. 113-1 du Code des assurances dont on sait que, après avoir énoncé, dans son premier alinéa, que « les pertes et les dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police », il dispose, dans son second alinéa, que « toutefois, l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré ». Suivant une approche classique, on considère en effet que l'aléa aurait seulement vocation à expliquer et à rendre compte de l'inassurabilité de la faute intentionnelle de l'assuré. Plus exactement, l'absence d'aléa

serait l'un des fondements, au demeurant discuté<sup>4</sup>, de l'exclusion de la faute intentionnelle, la disparition de l'aléa pendant l'exécution du contrat d'assurance jouant ici « au mieux (...) le rôle d'une *ratio legis* »<sup>5</sup>. Aussi bien, cantonné dans cette fonction justificative, l'absence d'aléa ne se concevrait-elle que dans le cadre de l'exclusion légale de la seule faute volontaire commise avec l'intention de causer le dommage<sup>6</sup>.

3 - Or ce cadre est lui-même étroit. Il l'est, d'abord, parce que, jusqu'à une époque relativement récente, les expressions de faute intentionnelle et de faute dolosive, mises sur un même plan dans l'article 12 de la loi du 13 juillet 1930, devenu l'article L. 113-1 du Code des assurances, étaient tenues pour synonymes<sup>7</sup>. La jurisprudence avait bien tenté, au milieu des années 1970, de distinguer les deux fautes, et ainsi décidé, après avoir admis que la faute dolosive du droit commun des contrats ne supposait pas nécessairement une intention malicieuse<sup>8</sup>, que, dans le domaine de l'assurance, « la faute intentionnelle implique la volonté de causer le dommage et que la faute dolosive est celle dont l'auteur s'est soustrait frauduleusement à ses obligations contractuelles »<sup>9</sup>. Mais cette extension du champ de l'exclusion légale avait finalement tourné court, la jurisprudence revenant rapidement à sa position antérieure : assimilant les fautes intentionnelle et dolosive, les arrêts énonçaient, il n'y a encore pas si longtemps, « qu'il n'y a faute intentionnelle ou dolosive, au sens de l'article L. 113-1, alinéa 2, du Code des assurances, que si l'assuré a voulu, non seulement l'action ou l'omission génératrice du dommage, mais encore le dommage lui-même »<sup>10</sup> ou, dans une formule comparable, que « la faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré, exclusive de la prise en charge d'un dommage par l'assureur, implique que le dommage

1. H. Groutel, *Le contrat d'assurance* : Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 1997, n° 5. – L. Mayaux, *Les grandes questions du droit des assurances* : LGDJ, 2011, n° 30 et s., spéc. n° 32 à 41, p. 23 et s. – J. Kullmann (ss dir.), *Lamy Assurances*, éd. 2013, n° 21 p. 14 et n° 138 p. 81-82.

2. Sur cette confusion, V. notamment Y.-M. Laithier, *Aléa et théorie générale du contrat* in *L'aléa, Travaux de l'Association H. Capitant, Journées nationales*, t. XIV, Le Mans : Dalloz 2011, p. 7 et s., pour qui le contrat d'assurance ferait partie de la catégorie des « contrats aléatoires par essence » au motif, si l'on comprend bien, qu'il repose sur « (l')idée de couverture d'un risque ». C'est bien en effet le risque, événement incertain, qui semble déterminer chez cet auteur la qualification de contrat aléatoire, et pas tellement, comme le voudrait pourtant le rapprochement des articles 1104 et 1964 du Code civil, la chance de gain et le risque de perte. Puisque M. Laithier convient bien que « l'assuré s'oblige pour obtenir la couverture d'un risque », il devrait logiquement en déduire, la survenance d'un sinistre ne faisant que révéler l'obligation de couverture du risque à la charge de l'assureur, que la chance de gain ou de perte est étrangère au contrat d'assurance : il existe une corrélation entre le risque et la prime, l'avantage escompté par l'assuré lors de la souscription du contrat étant le même qu'il y ait ou non sinistre.

3. L. Mayaux, *Les grandes questions du droit des assurances*, op. cit. n° 55, p. 39.

4. J. Bigot (ss dir.), *Traité de droit des assurances*, t. III, *Le contrat d'assurance*, par J. Bigot, J. Beauchard, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayaux et V. Nicolas : LGDJ, 2002, n° 1132 et s., p. 833 et s.

5. H. Groutel, *Resp. civ. et assur.* 1999, chron. 11.

6. Cette intention de causer le dommage atteste de l'autonomie de la faute intentionnelle du droit des assurances, distincte de la faute intentionnelle du droit pénal : alors que la première suppose la recherche volontaire du dommage, la seconde est caractérisée par le résultat abstrait que le délinquant avait en vue, sans qu'il soit tenu compte du préjudice civil réellement causé (sur cette question, V. notamment J. Bigot (ss dir.), *Traité de droit des assurances*, op. cit. n° 1118, p. 823. – 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 Jean Bigot* : LGDJ, 2010, p. 179 et s.).

7. H. Capitant, *RGAT* 1930, p. 755. – A. Trasbot, *D.* 1931, 4, 1. – M. Picard et A. Besson, *Les assurances terrestres*, t. I, *Le contrat d'assurance* : LGDJ, 5<sup>e</sup> éd. 1982, A. Besson, n° 66 et s., p. 109 et s.

8. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 févr. 1969 : *Bull. civ.* 1969, I, n° 60 ; *D.* 1969, p. 601, note J. Mazeaud.

9. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 oct. 1975 : *Bull. civ.* 1975, I, n° 262 ; *RGAT* 1976, p. 189, obs. A. Besson ; *RTD civ.* 1976, p. 361, obs. G. Durry. – et, reprenant la distinction des deux fautes, V. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 nov. 1977, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 nov. 1977 et Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 déc. 1977 : *Bull. civ.* 1977, I, n° 391, n° 411 et n° 460 ; *RGAT* 1978, p. 371, obs. A. Besson. – Cass. 3<sup>e</sup> civ., 20 déc. 1978 : *Bull. civ.* III, n° 375 ; *RGAT* 1979, p. 349, obs. A. Besson.

10. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 mars 1983 : *Bull. civ.* 1983, I, n° 102. – comp. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 oct. 1985 : *Bull. civ.* 1985, I, n° 272.

ait été voulu par l'assuré »<sup>11</sup>. Donnant de l'exclusion légale une définition générale, comprenant à la fois la faute intentionnelle et la faute dolosive, la jurisprudence avait ainsi neutralisé la distinction qui, à supposer qu'on y tienne, apparaissait en définitive beaucoup plus « verbale » que technique<sup>12</sup>.

4 - Étroit, le domaine de l'exclusion de l'article L. 113-1 l'est, ensuite, en ce que, ne portant que sur la faute intentionnelle ou dolosive, la prohibition légale n'englobe pas la faute lourde, que le droit des assurances, à la différence du droit civil, refuse d'assimiler au dol<sup>13</sup>, ni même la faute inexcusable<sup>14</sup>. La solution est, écrivaient Picard et Besson dans leur Traité, « conforme à la notion (...) de risque, car, même en présence d'une faute lourde, c'est-à-dire d'une imprudence caractérisée, d'une négligence grave, l'assuré a sans doute voulu l'acte mais non pas les conséquences de l'acte ; sa volonté n'a pas joué un rôle exclusif : des circonstances extérieures sont intervenues, puisque précisément il n'y a pas eu la volonté, l'intention du résultat. Une telle faute demeure un risque, puisqu'elle laisse une certaine place au hasard »<sup>15</sup>.

5 - Ces considérations portent naturellement, sinon à marginaliser, du moins à fortement limiter le rôle joué par l'aléa dans la délimitation de la garantie. Mais un tel constat, sans doute encore exact dans un passé pas si lointain, paraît aujourd'hui quelque peu daté. Sur le terrain de l'article L. 113-1 du Code des assurances en effet, la jurisprudence, depuis quelques années, a manifestement entrepris d'étendre le champ de l'exclusion légale, dans un premier temps en assouplissant les conditions d'appréciation de la faute intentionnelle puis, dans un second temps, en décidant de faire une place, à côté de la faute intentionnelle, à la faute dolosive. Or l'évolution, du côté de la faute intentionnelle comme de celui de la faute dolosive, s'est essentiellement réalisée en prenant appui sur le critère de l'aléa : aléa probatoire dans un cas, la connaissance par l'assuré du caractère inéluctablement dommageable de sa faute ayant vocation à faire présumer l'intention de causer le dommage nécessaire à la caractérisation de la faute intentionnelle ; aléa substantiel dans l'autre, la certitude du résultat dommageable permettant, en dehors de toute recherche de l'intention de son auteur, d'établir la faute dolosive. Loin de la « dilution », voire de la « désagrégation » de l'aléa que certains avaient cru pouvoir annoncer<sup>16</sup>, le rôle de l'aléa dans la délimitation de la garantie s'en trouve au contraire, par le canal de l'article L. 113-1, renforcé. Faudrait-il aller au-delà encore, et envisager de faire de l'aléa un fondement autonome de délimitation de la garantie, en dehors de l'article L. 113-1, autrement dit sans qu'il soit besoin de passer par les qualifications de faute intentionnelle ou dolosive ? La question est discutée. À la suite de ceux qui relèvent que, lorsqu'il s'agit de savoir si la faute de l'assuré doit ou non être garantie, « les fondements légaux de l'analyse sont la suppression de l'aléa en cours de contrat (C. civ., art. 1964), la faute intentionnelle

(C. assur., art. L. 113-1) et la faute dolosive (même article) »<sup>17</sup>, certains se demandent si, l'aléa dessinant les contours de l'insurabilité du risque, son absence n'aurait pas vocation à permettre de délimiter la garantie indépendamment de la faute intentionnelle, entendue plus ou moins largement, ou de la faute dolosive<sup>18</sup>.

6 - L'intitulé de mon intervention apparaît dès lors réducteur. Il l'est à vrai dire d'un double point de vue. D'abord, à s'en tenir à l'exclusion légale de l'article L. 113-1 du Code des assurances, ce n'est pas seulement des rapports qu'entretient l'aléa avec la faute intentionnelle dont il doit être question mais, si l'on veut bien tenir compte de la jurisprudence la plus récente, des rapports de l'aléa avec, d'une part, la faute intentionnelle et, d'autre part, la faute dolosive, les deux fautes ne devant plus semble-t-il être assimilées mais, au contraire, distinguées. Ensuite, le rôle joué par l'aléa dans la délimitation de la garantie ne doit pas seulement être envisagé à la lumière de l'article L. 113-1, comme si la question n'avait vocation à se poser que lorsqu'il s'agit d'établir une faute intentionnelle ou dolosive. On l'aura compris, l'examen du rôle de l'aléa comme fondement de délimitation de la garantie suppose qu'il soit, en premier lieu, apprécié tel qu'il est, c'est-à-dire au service des notions de faute intentionnelle ou dolosive, dans la dépendance de l'article L. 113-1 du Code des assurances (1), avant de s'interroger, en second lieu, sur ce qu'il pourrait être, libéré du carcan de l'article L. 113-1, autrement dit en dehors des qualifications de faute intentionnelle ou dolosive (2).

## 1. L'aléa au service de la faute intentionnelle ou dolosive

7 - Classiquement, l'aléa permet de délimiter substantiellement la garantie par le biais de la notion de faute intentionnelle. Fondamentalement en effet, c'est l'absence d'aléa, identifiée à la certitude de l'événement garanti, qui explique l'insurabilité de la faute intentionnelle de l'assuré. Le dommage volontaire est inassurable parce qu'incompatible avec l'incertitude qui caractérise la notion de risque, l'aléa pouvant, sous cet aspect, être considéré comme la traduction civiliste du risque du droit des assurances. Plus récemment, la jurisprudence a manifestement entendu conférer à l'aléa un rôle nouveau : prenant appui sur la lettre de l'article L. 113-1, elle paraît vouloir élargir le champ de l'exclusion légale de garantie en reconnaissant, à côté de la faute intentionnelle *stricto sensu*, une consistance propre à la faute dolosive, entendue comme la faute volontaire qui fausse l'élément aléatoire attaché à la couverture du risque. Le défaut d'aléa n'est plus alors seulement une justification de l'insurabilité du dommage volontaire saisi par la notion de faute intentionnelle (A) : venant en renfort du caractère dolosif de la faute, il devient un élément constitutif de celle-ci et, par suite, une condition de l'insurabilité de la faute volontaire (B).

### A. - L'insurabilité du dommage volontaire

8 - Aux considérations d'ordre moral déduites d'un impératif de protection des personnes et des biens autant que de la fina-

11. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 déc. 1990 : RGDA 1991, p. 55, obs. H. Margeat et J. Landel. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 mars 1993 : RGAT 1993, p. 648, obs. Ph. Rémy. – Cass. 2<sup>e</sup> civ., 23 sept. 2004, n° 03-14.389 : JurisData n° 2004-024888 ; Resp. civ. et assur. 2004, comm. 389, H. Groutel ; Bull. civ. 20004, II, n° 410.

12. G. Dury, RTD civ. 1976, p. 362. – et, dans le même sens, V. A. Besson, RGAT 1976, p. 64.

13. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 janv. 1966 : Bull. civ. 1966, I, n° 51, cassant, pour fautive application de l'article 12, alinéa 2, de la loi du 13 juillet 1930 (devenu C. assur., art. L. 113-1), l'arrêt qui étend au cas de faute lourde de l'assuré la prohibition d'assurance limitée au cas de sa faute intentionnelle ou de son dol.

14. Cass. ass. plén., 18 juill. 1980, concl. Picca : D. 1980, p. 394.

15. M. Picard et A. Besson, Les assurances terrestres, t. 1, Le contrat d'assurance, op. cit. n° 68, p. 116-117.

16. S. Bertolaso, L'aléa en droit des assurances : état des lieux et perspectives : RGDA 2009, p. 431.

17. J. Kullmann, RGDA 2013, p. 62. – rapp. J. Bigot, RGDA 2008, p. 130, qui traite, distinctement, du « dol de l'assuré » et du « défaut d'aléa ».

18. L. Mayaux, Les grandes questions du droit des assurances, op. cit. n° 31, p. 22, et n° 57, p. 39-40. – rapp., plus catégorique, J. Kullmann, RGDA 2005, p. 907, qui estime, devant les circonvolutions de la jurisprudence, que « reste (...) finalement une certitude : sur le fondement de l'article 1964 du Code civil, la garantie d'assurance n'est pas due quand il est démontré que l'assuré a consciemment fait perdre tout caractère incertain à la survenance du dommage ».

lité de l'assurance, réparatrice et non pas incitatrice à la destruction ou à la transgression, s'ajoutent, pour justifier l'inassurabilité de la faute intentionnelle, des considérations techniques<sup>19</sup>. L'interdiction de garantir tient ici au fait que la faute intentionnelle supprime l'incertitude inhérente à l'idée même d'assurance : on ne peut, a-t-on dit, « parler de risque quand l'événement envisagé est provoqué par le fait volontaire de l'assuré ; pour celui-ci, il n'y a pas d'aléa »<sup>20</sup>. L'assurance n'ayant pas vocation à couvrir ce qui est de réalisation certaine ou, si l'on préfère, l'événement qui n'est pas aléatoire, c'est, suivant cette approche, l'absence de risque, entendu comme l'éventualité d'un événement aléatoire, qui justifie l'inassurabilité de la faute intentionnelle. C'est moins, à vrai dire, le sinistre volontaire que la recherche volontaire du dommage qui atteste de l'absence d'aléa : si l'on veut bien considérer qu'une fois réalisé, le sinistre n'est jamais aléatoire, qu'il soit d'ailleurs ou non volontaire, et qu'avant qu'il ne survienne, il l'est toujours, faute de pouvoir avec certitude prédire quel sera le comportement futur de l'agent<sup>21</sup>, on concèdera que ce qui fonde l'inassurabilité de la faute intentionnelle, c'est qu'en cas de dommage volontaire, l'éventualité du dommage est purement potestative<sup>22</sup>. Incompatible avec l'idée que l'assurance tend à la couverture d'un risque qui suppose par hypothèse que l'assuré soit dans une situation d'incertitude, le dommage volontaire n'a dès lors pas vocation à être garanti : il n'y a d'incertitude que lorsqu'il est question de garantir des événements dont l'assuré n'a pas la maîtrise, autrement dit qui échappent au pouvoir de sa volonté et qui, donc, présentent une certaine extériorité par rapport à lui<sup>23</sup>.

9 - On comprend ainsi que la jurisprudence ait entendu définir la faute intentionnelle non pas comme le fait de prendre volontairement un risque et d'accepter l'éventualité d'un préjudice<sup>24</sup>, mais comme le fait pour l'assuré d'avoir voulu l'acte qui s'est révélé dommageable et le dommage lui-même<sup>25</sup> : la faute intentionnelle est, classiquement, la faute volontaire commise avec l'intention de causer le dommage tel qu'il est survenu<sup>26</sup>. Nul n'ignore cependant que, pour répondre à l'inadaptation à certains risques professionnels de cette approche restrictive, on a proposé d'infléchir la rigueur traditionnelle dans l'appréciation de la faute intentionnelle, et fait valoir qu'elle pouvait consister non pas seulement dans la volonté de causer le dommage tel qu'il est survenu mais aussi, au moins en matière d'assurance de

responsabilité civile professionnelle, dans la connaissance par l'assuré du caractère inéluctable des conséquences de son action ou de omission. M. Durry faisait déjà observer, en 1976, que c'est « la certitude que son action délibérée va causer un dommage qui constitue la faute intentionnelle non assurable. Car à partir du moment où l'on a cette certitude, quelle serait l'utilité d'exiger en plus l'intention de nuire, si difficile à prouver, comme tous les éléments psychologiques ? N'est-on pas en droit de déduire que l'auteur du dommage a eu cette intention, à partir du moment où, sachant qu'il allait provoquer un dommage, il ne s'est pas abstenu de le faire ? »<sup>27</sup>. Plus récemment, M. Groutel proposait de distinguer entre l'assurance de dommages aux personnes ou aux biens et l'assurance de responsabilité civile professionnelle, où la faute intentionnelle devrait revêtir une physionomie particulière : l'appréciation subjective de la faute intentionnelle, reposant sur une recherche du *for* intérieur de l'assuré, cohérente dans le cas de dommages aux personnes ou aux biens, « [serait] d'un emploi malaisé pour les risques professionnels », ce qui justifierait que, dans ce cas, la faute intentionnelle puisse s'induire du fait que l'assuré se soit placé volontairement dans une situation dont il ne pouvait ignorer qu'elle conduirait inéluctablement au dommage, de telle sorte que tout aléa aurait objectivement disparu<sup>28</sup>. La jurisprudence n'est en tout cas pas restée insensible à ces analyses puisqu'elle a paru, à une époque relativement récente, vouloir faire coexister deux conceptions de la faute intentionnelle : subjective (l'assuré a-t-il voulu causer le dommage tel qu'il est survenu ?) et objective<sup>29</sup> (l'assuré avait-il connaissance des suites inéluctablement dommageables de sa faute ?), la seconde conception constituant en quelque sorte une méthode alternative permettant de dépasser les insuffisances de la première en cas de faute commise dans l'exercice d'une activité professionnelle<sup>30</sup>. Au-delà des discussions doctrinales d'ordre terminologique, certains auteurs ayant pu soutenir que la faute intentionnelle, « une et indivisible », serait « nécessairement subjective car rechercher l'intention qui a animé l'acte de l'assuré, [c'est] se mettre à sa place et se livrer nécessairement à une analyse subjective »<sup>31</sup>, la réalité du constat demeure : suivant un courant jurisprudentiel, l'absence d'aléa, quant à ses conséquences, serait « équipollente à l'intention »<sup>32</sup>.

10 - Mais tout cela est-il encore parfaitement d'actualité ? Ce n'est pas certain. Plutôt en effet que de se réaliser en jouant sur la notion de faute intentionnelle au moyen d'une assimilation de la connaissance à l'intention, l'abandon de l'appréciation restrictive de l'exclusion légale de garantie paraît s'opérer, à examiner le dernier état de la jurisprudence, en vivifiant la notion de faute dolosive que vise, à côté de la faute intentionnelle, l'article L. 113-1 du Code des assurances.

## B. - L'inassurabilité de la faute volontaire

11 - On a longtemps lu l'article 12 de la loi du 13 juillet 1930, devenu l'article L. 113-1 du Code des assurances, comme

19. Sur la combinaison du fondement moral et du fondement technique, V. H. Groutel, F. Leduc, Ph. Pierre et M. Asselain, *Traité du contrat d'assurance terrestre* : Litec, 2008, n° 487 et s., p. 258 et s.

20. M. Picard et A. Besson, *Les assurances terrestres*, t. 1, *Le contrat d'assurance*, op. cit. n° 66, p. 109.

21. L. Mayaux, *Les grandes questions du droit des assurances*, op. cit. n° 175, p. 122.

22. Comp. L. Mayaux qui, plutôt que de raisonner par référence à l'aléa, propose de le faire « par référence au hasard, c'est-à-dire aux causes de l'événement » : *RGDA 1-2014, Editorial*.

23. H. Groutel, F. Leduc, Ph. Pierre et M. Asselain, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, op. cit. n° 128, p. 70, qui observent que « la provocation intentionnelle de la réalisation de l'événement mis en risque par le bénéficiaire de la prestation d'assurance s'avère (...) incompatible avec la notion de risque ».

24. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 févr. 1972 : *Bull. civ.* 1972, I, n° 45 ; *JCP G* 1972, II, 17201, note M. Dagot ; D. 1972, p. 709, note J.-L. Aubert. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 févr. 1973 : *Bull. civ.* 1973, I, n° 66. – Cass. 1<sup>re</sup> civ. 24 oct. 1973 : D. 1974, p. 90, note J. Ghestin ; *RTD civ.* 1974, p. 414, obs. G. Durry.

25. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 juin 1974 : *Bull. civ.* 1974, I, n° 181 ; D. 1975, p. 173, note J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1975, p. 120, obs. G. Durry.

26. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 juin 2011 et Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 juin 2011 : *RGDA 2011*, p. 954, obs. J. Bigot. – Cass. 2<sup>e</sup> civ., 18 oct. 2012, n° 11-13.084 et Cass. com., 20 nov. 2012, n° 11-27.033 : *JurisData* n° 2012-023613 ; *JurisData* n° 2012-026519 ; *Resp. civ. et assur.* 2013, comm. 36, H. Groutel. – Cass. 3<sup>e</sup> civ., 29 mai 2013, n° 12-20.215 : *JurisData* n° 2013-011111 ; *Resp. civ. et assur.* 2013, comm. 280. – et, en dernier lieu, Cass. 3<sup>e</sup> civ., 11 juin 2013, n° 12-16.530 : *JurisData* n° 2013-012050 ; *Resp. civ. et assur.* 2013, comm. 316.

27. G. Durry, *RTD civ.* 1976, p. 361. – comp., du même auteur, *RTD civ.* 1974, p. 414 et 1975, p. 120.

28. H. Groutel, F. Leduc, Ph. Pierre et M. Asselain, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, op. cit. n° 555 et s., p. 289 et s. et encore *Resp. civ. et assur.* 2012, étude 6.

29. Selon l'expression de M. Groutel, *Resp. civ. et assur.* 2005, comm. 370.

30. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 22 sept. 2005, n° 04-17.232 : *JurisData* n° 2005-029898 ; *Resp. civ. et assur.* 2005, comm. 370, H. Groutel ; *RGDA 2005*, p. 907, obs. J. Kullmann. – Cass. 2<sup>e</sup> civ., 24 mai 2006, n° 03-21.024. – Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 oct. 2008 : *RGDA 2008*, p. 912, obs. J. Kullmann. – Adde la jurisprudence citée par J. Bigot, *RGDA 2012*, p. 1021 et s.

31. J. Bigot, *RGDA 2011*, p. 954.

32. L. Mayaux, *Les grandes questions du droit des assurances*, op. cit. n° 171, p. 120.



comportant une répétition inutile, les fautes intentionnelle et dolosive devant être tenues pour équivalentes. C'est pourtant cette solution que la jurisprudence entend à présent remettre en cause. Un arrêt du 7 octobre 2008 a ainsi jugé, à propos d'un entrepreneur auquel on ne pouvait certes pas reprocher d'avoir voulu le dommage, mais qui s'était abstenu volontairement d'exécuter les travaux conformément aux prévisions contractuelles et violé ainsi délibérément par dissimulation ou par fraude ses obligations contractuelles, qu'il avait commis « une faute dolosive ayant pour effet de retirer au contrat d'assurance [son] caractère aléatoire »<sup>33</sup>. Cette entreprise de restauration de la notion de faute dolosive, souhaitée par un certain nombre d'auteurs<sup>34</sup>, a plus récemment paru recevoir le renfort d'un arrêt du 28 février 2013 : pour décider que l'assureur devait la garantie des sinistres en séries provoqués par les multiples défaillances de la motorisation électrique installée par l'assuré, l'arrêt avait approuvé les juges du fond d'avoir considéré que « l'assureur ne caractérisait ni une faute intentionnelle ni une faute dolosive au sens de l'article L. 113-1 du Code des assurances », l'assuré n'ayant ni voulu causer le dommage tel qu'il était survenu, ni fait disparaître tout aléa du seul fait de sa volonté<sup>35</sup>. Il fallait donc certainement comprendre, *a contrario*, que si les circonstances de fait avaient permis de déduire de la faute volontaire de l'assuré la disparition de tout aléa, une faute dolosive exclusive de garantie aurait pu être caractérisée, alors même que rien ne permettait de considérer que les actes qui lui étaient reprochés aient eu pour finalité de provoquer le dommage tel qu'il s'était effectivement réalisé. Enfin, un arrêt du 12 septembre dernier est venu confirmer cette orientation et consacrer l'autonomie de la faute dolosive, la Cour de cassation approuvant les juges du fond d'avoir considéré que l'assuré, « bien que n'ayant pas recherché les conséquences dommageables qui en sont résultées », 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 (...) en ce qu'elle faussait l'élément aléatoire attaché à la couverture du risque »<sup>36</sup>.

12 - Une fois observé que, dans cette dernière affaire, ce n'est pas une faute contractuelle qui était reprochée à l'assuré<sup>37</sup>, on conviendra que, contrairement à ce que certains auteurs avaient pu soutenir<sup>38</sup>, et ce que pouvaient peut-être laisser penser les arrêts précités du 7 octobre 2008 et du 28 février 2013, la dualité

des qualificatifs de l'article L. 113-1 ne doit pas conduire à distinguer les deux types de fautes, intentionnelle et dolosive, en leur attribuant à chacune un domaine d'application particulier, selon que la responsabilité serait délictuelle ou contractuelle<sup>39</sup> : manifestement, la faute dolosive ne se conçoit pas nécessairement dans un cadre contractuel. Il faut plutôt considérer que, à côté de la faute intentionnelle entendue comme la faute volontaire commise avec l'intention de causer le dommage tel qu'il est survenu, la faute dolosive est conçue comme absorbant tous les autres cas où la faute fait disparaître l'aléa, le comportement délibéré de l'assuré qui rend inéluctable la réalisation du dommage étant incompatible avec le caractère aléatoire du contrat d'assurance ou, comme le dit sans doute plus exactement l'arrêt précité du 12 septembre dernier dans la mesure où l'on pourrait discuter du point de savoir si le contrat d'assurance est réellement un contrat aléatoire<sup>40</sup>, incompatible avec « l'élément aléatoire attaché à la couverture du risque ». Cette conception de la faute dolosive n'est certes pas sans rappeler, sous certains aspects, la tendance précédemment observée à l'objectivation de la faute intentionnelle<sup>41</sup>. Les deux fautes ne doivent pourtant pas, théoriquement au moins, être confondues l'une avec l'autre. La différence n'est pas seulement terminologique : dans cette conception nouvelle de la faute dolosive, ce n'est plus d'un allègement technique de la preuve de l'intention par présomption dont il est question. Peu importe ici l'intention de l'auteur de la faute. Mais encore faut-il, pour exclure la garantie, que la faute de l'assuré – à propos de laquelle on pourrait d'ailleurs se demander si, en matière contractuelle, une simple inexécution volontaire du contrat suffit ou bien s'il faut des manœuvres destinées à tromper le cocontractant sur le défaut d'exécution<sup>42</sup> – n'ait pas seulement altéré, même de façon substantielle, l'aléa ; elle doit l'avoir fait totalement disparaître. Il faut en effet que la réalisation du sinistre soit devenue, du fait de l'assuré, certaine : si la certitude de provoquer le dommage par une action ou une inaction délibérée est une condition de l'existence de la faute dolosive ainsi entendue, elle en est une condition nécessaire. S'il n'y a que *risque*, même grand, de provoquer un dommage, et non une *certitude*, la faute est, tout au plus, inexcusable, et par conséquent assurable. À cet égard, sans d'ailleurs que l'on sache bien si elle est ou non parfaitement délibérée et annonce une volonté

33. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 7 oct. 2008 : *RGDA* 2008, p. 912, obs. J. Kullmann. – et sur l'arrêt d'appel, dans cette même affaire, V. *RGDA* 2008, p. 130, obs. J. Bigot.

34. 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. 364.

35. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 28 févr. 2013, n<sup>o</sup> 12-12.813 : *JurisData* n<sup>o</sup> 2013-003156 ; *Resp. civ. et assur.* 2013, comm. 197, D. Bakouche.

36. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 sept. 2013, n<sup>o</sup> 12-24.650 : *JurisData* n<sup>o</sup> 2013-019190 ; à paraître au *Bulletin*. – et sur lequel, V. notre étude, *La faute dolosive exclusive de garantie* : *Resp. civ. et assur.* 2013, étude 8.

37. V. cependant J. Kullmann, *L'assuré fautif : après le faisant et le malfaisant, le risque-tout* : *RGDA* 1-2014, qui croit pouvoir déceler, dans la relation contractuelle de l'assuré et de son assureur, une obligation de ne pas prendre volontairement de risque, encore que cet auteur reconnaisse lui-même qu'il est, « actuellement du moins, malaisé d'affirmer péremptoirement l'existence d'une [telle] obligation », « même au titre de l'obligation générale de bonne foi de tout contractant, ou de l'extrême bonne foi souvent évoquée dans le cadre de l'assurance ».

38. Certains auteurs considéraient en effet que l'élargissement de la définition de la faute dolosive, qui n'impliquerait pas, contrairement à la faute intentionnelle, d'intention de nuire, ne pouvait se concevoir qu'en matière de responsabilité contractuelle, où il serait justifié par la nécessité d'assurer le respect de la parole donnée (sur la question, V. notamment D. Nguyen Tanh-Bourgeois, *Contribution à l'étude de la faute contractuelle...* : *RTD civ.* 1973, p. 496. – J. Ghestin, *D.* 1974, chron. p. 31. – J. Bigot, *Les limites du risque assurable*, préc. – et, plus récemment, V. J. Kullmann, *RGDA* 2006, p. 644, favorable à la restauration de la faute dolosive à côté de la faute intentionnelle, « au moins lorsque la faute litigieuse a été commise dans le cadre de l'exécution d'un contrat ». – A. d'Hauteville, *Retour sur la distinction faute*

*intentionnelle ou dolosive exclue de l'assurance et infraction pénale intentionnelle* : *Mélanges préc.*, spéc. p. 189).

39. V. déjà, réservés quant à la pertinence de distinguer entre les responsabilités contractuelle et délictuelle, G. Durry, *RTD civ.* 1974, p. 414. – G. Viney, *Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde* : *D.* 1975, chron. p. 263.

40. V. les références citées *supra* note 1.

41. En ce sens, V. F. Leduc, *RGDA* 2013, p. 1435, qui considère, dans une conception subjective de l'aléa suivant laquelle « l'aléa disparaît [...] en présence d'une faute volontaire de l'assuré entraînant, au su de celui-ci, des conséquences dommageables inéluctables », que la faute dolosive « correspond alors à la conception assouplie de la faute intentionnelle que certains arrêts antérieurs (...) avaient pu adopter ».

42. Sur cette seconde approche, V. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 7 oct. 2008, préc., n<sup>o</sup> 33, reprochant à l'assuré d'avoir « délibérément violé par dissimulation ou par fraude ses obligations contractuelles ». – Cass. 2<sup>e</sup> civ., 1<sup>er</sup> juill. 2010, n<sup>o</sup> 09-14.884 : *JurisData* n<sup>o</sup> 2010-010551 ; *Bull. civ.* 2010, II, n<sup>o</sup> 131, si l'on veut bien, pour justifier la solution, « songer au dol au sens des manœuvres évoquées par l'article 1116 du Code civil, mais à la condition de transposer cette notion au stade de l'exécution du contrat » (J. Kullmann, *RGDA* 2010, p. 684), une fois en tout cas observé que, contrairement à ce qu'énonce l'arrêt, l'avocat n'avait évidemment pas laissé prescrire l'action de son client dans le but de lui causer un dommage : relevant que l'avocat avait « sciemment trompé son client en lui donnant de faux renseignements », il décide que « la prescription de l'action est intervenue du fait du comportement de l'avocat et de ses déclarations mensongères ».

de tenir compte de l'intensité de l'aléa<sup>43</sup>, la formule de l'arrêt du 12 septembre dernier, selon laquelle la faute de l'assuré exclusive de garantie « faussait l'élément aléatoire attaché à la couverture du risque », pourrait apparaître comme quelque peu équivoque ou incertaine : on aurait préféré que les juges du fond, souverains dans leur appréciation des circonstances de fait, expliquent en quoi la faute de l'assuré devait conduire inéluctablement au dommage et interdisait de croire qu'il ait pu espérer que, finalement, il n'en éprouve pas de préjudice.

13 - De ce que l'on croit ainsi pouvoir comprendre de cette restructuration de la grille de lecture de l'article L. 113-1 du Code des assurances que suggère la jurisprudence, il semble donc qu'il faille, dans l'esprit de la Cour de cassation, distinguer<sup>44</sup>. D'un côté, la faute intentionnelle serait celle qui, entendue subjectivement, suppose une faute volontaire commise avec l'intention de causer le dommage tel qu'il est survenu. C'est la conception stricte traditionnelle de la faute intentionnelle, qui demeure<sup>45</sup>. De l'autre, recouvrant tous les autres cas de faute dans lesquels ferait défaut cette volonté délibérément tendue vers le dommage tel qu'il s'est réalisé, la faute dolosive, qui, suivant cette logique, évincerait, sauf à faire assez largement doublon avec elle, la faute intentionnelle dite « objective »<sup>46</sup>, serait celle qui supprime – ou qui fausse ? – l'élément aléatoire attaché à la couverture du risque.

43. À ce propos, V. J. Kullmann, art. préc., *RGDA 1-2014*, qui suggère, entre le maintien de la garantie alors que la faute de l'assuré est tout de même imputable et sa suppression radicale alors qu'il n'a pas eu la volonté de nuire, une troisième voie : la réduction de la prestation d'assurance en fonction de l'incidence de la faute sur la survenance du sinistre (sur les réserves suscitées par cette proposition, V. J. Bigot, *Rapport de synthèse infra* et L. Mayaux, *RGDA 1-2014*, *Éditorial*).

44. Ce que confirme d'ailleurs M. le Conseiller référendaire à la Cour de cassation (deuxième chambre civile) H. Adida-Canac (*D. 2013*, p. 2058) et porte à croire que ce qui vaut, comme dans l'arrêt du 12 septembre dernier, pour une assurance de choses devrait également valoir pour une assurance de responsabilité.

45. La réaffirmation de cette solution par plusieurs arrêts récents (*jurispr. préc.*, note 26) incite ainsi à marginaliser les quelques-uns qui avaient semble-t-il entendu déduire, de façon d'ailleurs discutable, la faute intentionnelle de ce que l'assuré aurait eu « la volonté et la conscience de mettre à la charge de son propre assureur les conséquences de sa faute » : *Cass. 2<sup>e</sup> civ.*, 30 juin 2011 : *Bull. civ. 2011*, II, n° 145 et *Cass. 2<sup>e</sup> civ.*, 14 juin 2012 : *RGDA 2012*, p. 1025, note J. Bigot. – et sur ces arrêts, V. H. Groutel, *Resp. civ. et assur. 2012*, étude 6.

46. V. pourtant, récemment, *Cass. 2<sup>e</sup> civ.*, 14 juin 2012, n° 11-17.367 : *JurisData* n° 2012-012782 ; *Resp. civ. et assur. 2012*, étude 6, H. Groutel ; *Bull. civ. 2012*, II, n° 107, jugeant que, puisque l'assuré « avait eu la volonté et la conscience de mettre à la charge de son propre assureur les conséquences qui résulteraient de ses fautes, la cour d'appel (...) a pu décider [qu'il] avait commis, au sens de l'article L. 113-1 du Code des assurances, une faute intentionnelle, incompatible avec l'aléa, excluant la garantie de son assureur ». – et peut-être *Cass. 3<sup>e</sup> civ.*, 11 juill. 2012, n° 11-16.414 et n° 11-17.043 : *JurisData* n° 2012-015655 [1<sup>re</sup> esp.] et *Cass. 3<sup>e</sup> civ.*, 11 juill. 2012, n° 10-28.616 et n° 11-10.995 : *JurisData* n° 2012-015656 [2<sup>e</sup> esp.] : *Resp. civ. et assur. 2012*, comm. 286, H. Groutel ; *Bull. civ. 2012*, III, n° 106, cassant certes un arrêt de cour d'appel qui avait admis la faute intentionnelle de l'assuré sur le constat de ce qu'il avait « non seulement pris le risque de créer un dommage à la victime mais en [avait] effectivement créé un dont il ne pouvait pas ne pas avoir conscience et qu'il [avait] ainsi fait perdre tout caractère incertain à la survenance du dommage devenu inéluctable », mais à propos duquel M. Groutel se demande si, sans remettre en cause la conception objective de la faute intentionnelle, la cassation ne s'expliquerait pas par le fait que les circonstances ne permettaient pas d'établir clairement et sûrement la disparition de tout aléa. – rapp. *Cass. 3<sup>e</sup> civ.*, 11 juin 2013, préc., n° 26, cassant pour manque de base légale un arrêt de cour d'appel qui avait, pour dire que l'assureur ne devait pas sa garantie, jugé que « le défaut de bâchage procède d'un fait volontaire de l'artisan [l'assuré] à l'origine des dommages et que l'absence d'aléa rend inapplicable la garantie de l'assureur », « sans rechercher si [l'assuré] avait eu la volonté de créer le dommage tel qu'il est survenu ».

## 2. L'aléa en l'absence de faute intentionnelle ou dolosive

14 - Des observations qui précèdent, il ressort, c'est le moins que l'on puisse dire, que l'histoire de l'exclusion légale de garantie est tourmentée. Mais au-delà des avancées et retours en arrière de la jurisprudence, le défaut d'aléa constitue, dans une sorte de *continuum*, le fil conducteur de cette recherche cyclique de notions de substitution à la traditionnelle faute intentionnelle<sup>47</sup>. Encore faut-il observer qu'il s'est essentiellement agi de conférer à l'aléa un rôle d'appoint, dans la dépendance des fautes intentionnelle et dolosive puisque destiné, précisément, à permettre la qualification de ces fautes – au prix d'ailleurs peut-être parfois d'une déformation des concepts, la qualification de faute dolosive, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 12 septembre dernier où il n'était tout de même pas évident que le comportement de l'assuré ait été à proprement parler constitutif d'un dol, se justifiant sans doute davantage en opportunité que sur le terrain de la stricte technique juridique. On pourrait théoriquement imaginer d'aller plus loin, en faisant cette fois de l'aléa, en réalité du défaut purement objectif d'aléa, un fondement autonome de délimitation de la garantie, et ce en dehors du cadre de l'article L. 113-1 du Code des assurances. La jurisprudence ne paraît cependant pas en ce sens. Après avoir fait le constat de cette absence d'autonomie (A), il restera à en éprouver la justification (B).

### A. - Le constat de l'absence d'autonomie

15 - Comme à propos de la faute intentionnelle, dont la Cour de cassation a pu dire qu'elle « supprime l'aléa qui constitue l'essence même » du contrat d'assurance<sup>48</sup>, la non-garantie du dol de l'assuré est « intimement liée » à la notion d'aléa<sup>49</sup>. Nul ne le conteste. La question qui se pose à présent, puisque l'aléa, disons l'éventualité d'un événement aléatoire, est de l'essence du contrat d'assurance, consiste à savoir si, indépendamment de la faute intentionnelle ou dolosive, l'absence objective d'aléa peut constituer, en tant que telle, une cause d'inassurabilité ? Autrement dit, le fait imputable à l'assuré peut-il être apprécié au regard de la seule incertitude qui est au cœur du contrat d'assurance, pour éventuellement considérer que le juge n'aurait qu'à se demander « [s'il] laisse encore ou non une place à un aléa »<sup>50</sup> ? Si oui, il serait assurable, sinon il ne le serait pas. On pourrait, en première analyse, douter de l'intérêt pratique de la question, au moins lorsque le fait générateur est un fait fautif : la faute de l'assuré qui supprime l'aléa inhérent à la couverture du risque ne serait-elle pas la faute dolosive telle que l'entend la jurisprudence dans son dernier état ? Sous cet aspect, la question de l'autonomie de l'aléa ne se poserait pas : l'absence d'aléa n'aurait vocation qu'à venir en renfort de la faute dolosive pour établir son inassurabilité. Mais encore faudrait-il être certain, pour qu'il en soit effectivement ainsi, que la faute dolosive, dans les cas dans lesquels l'assuré n'aurait donc pas recherché le dommage, repose exclusivement sur le constat objectif du caractère inéluctable des conséquences dommageables de la faute, peu important le point de savoir si, au moment où la faute est commise, l'assuré avait ou non connaissance des conséquences de celle-ci. Si la faute dolosive est établie sur la seule base du

47. Comp., d'une manière beaucoup plus générale, sur cette idée d'une évolution cyclique faite d'éclipses et de renaissances, J. Léauté, *Les éclipses et les renaissances d'institutions en droit civil français* : Thèse Paris, 1946.

48. *Cass. 1<sup>re</sup> civ.*, 15 janv. 1985, n° 83-14.742 : *JurisData* n° 1985-700364 ; *Bull. civ. 1985*, I, n° 20.

49. J. Bigot, *RGDA 2008*, p. 134.

50. H. Margeat, *Les péripéties de la faute intentionnelle en assurance* : *Assur. fr. 1975*, p. 397.

résultat inéluctablement dommageable de la faute de l'assuré, même dans des hypothèses dans lesquelles celui-ci ne savait pas, au moment de sa faute, que le dommage qui en résulterait était inéluctable, alors en effet la question de savoir si l'aléa est ou non un fondement autonome de délimitation de la garantie serait pour l'essentiel dépourvue d'intérêt : à défaut sans doute de l'être formellement et ostensiblement, il le serait en quelque sorte « de fait », abrité sous la qualification de faute dolosive et ne se laissant approcher que par le biais de celle-ci. La question prendrait au contraire un relief particulier si la jurisprudence devait décider de n'admettre la faute dolosive qu'à la condition que l'assuré n'ait pas pu ignorer le caractère inéluctable des conséquences de son action ou de son omission : dans les hypothèses dans lesquelles le dommage serait bien la conséquence inéluctable de la faute de l'assuré, mais où il ne le savait pas quand il l'a commise, donc dans des hypothèses où la qualification de faute dolosive, suivant cette approche, serait exclue, l'assureur pourrait-il, pour valablement refuser sa garantie, invoquer la suppression de l'aléa en cours de contrat et se fonder ainsi sur le seul article 1964 du Code civil ? C'est que, en effet, dans un tel cas de figure, le dommage, parce qu'il est dû au seul fait de l'assuré, est bien purement potestatif. Comme on a pu l'écrire, « l'aléa est (...) objectivement absent, au moins à compter du jour du fait générateur et donc avant la survenance du dommage. Celui-ci est bien de réalisation certaine »<sup>51</sup>. Soit. Mais ce défaut d'aléa objectif justifie-t-il pour autant, à lui seul, une absence de garantie ?

Des deux séries d'enseignements que l'on croit pouvoir tirer de l'examen du droit positif, il ne le semble pas.

16 - D'abord, la jurisprudence n'entend manifestement pas faire du constat purement objectif de la suppression de l'aléa en cours de contrat une cause d'inassurabilité en dehors du cadre de la faute intentionnelle ou dolosive de l'article L. 113-1 du Code des assurances. Ainsi, dans une affaire dans laquelle un assureur, invoquant le caractère inéluctable du dommage causé par la faute de l'assuré, reprochait à une cour d'appel d'avoir décidé qu'il devait sa garantie, et qui soutenait, visant explicitement l'article 1964 du Code civil, que le contrat d'assurance est par nature aléatoire et que l'absence d'aléa peut être appréciée non seulement lors de la conclusion du contrat, mais aussi tout au long de son exécution, la Cour de cassation, pour rejeter le pourvoi, s'est contentée d'approuver les juges du fond qui avaient souverainement retenu que la faute de l'assuré « ne suffisait pas à caractériser la volonté de [celui-ci] de causer le dommage tel qu'il est survenu », la cour d'appel « [n'ayant] pas à répondre à un moyen relatif à l'absence d'aléa que ses constatations rendaient inopérant »<sup>52</sup>. La solution pourrait être utilement rapprochée d'un autre arrêt qui, pour cette fois neutraliser une clause d'exclusion des dommages non aléatoires se recommandant de l'article 1964 du Code civil, casse un arrêt de cour d'appel s'étant borné à relever qu'en application de la clause, le contrat avait perdu son caractère aléatoire, alors « qu'en statuant ainsi, sans rechercher si [l'assuré] avait eu la volonté de causer le dommage tel qu'il est survenu, la cour d'appel a privé sa décision de base légale »<sup>53</sup>. Le message est clair : en tant que fondement de l'inassurabilité de la faute de l'assuré, l'article L. 113-1

du Code des assurances cannibalise l'article 1964 du Code civil<sup>54</sup>.

17 - Ensuite, la jurisprudence ne semble pas vouloir identifier la faute dolosive, à côté de la faute intentionnelle *stricto sensu*, au seul défaut d'aléa objectif, autrement dit au seul caractère inéluctable des conséquences dommageables de la faute de l'assuré. Le caractère dolosif de la faute paraît en effet requérir non seulement qu'elle ait rendu le dommage inéluctable, mais encore que l'assuré ait eu connaissance, au moment de sa faute, des conséquences inéluctablement dommageables de celle-ci. Il s'en déduit donc que, même sous l'étiquette de la faute dolosive, l'aléa purement objectif n'est pas un fondement suffisant de délimitation de la garantie s'il n'est pas doublé d'un aléa subjectif ou moral. Déjà l'arrêt précité du 7 octobre 2008 avait pris soin de relever, pour considérer que sa faute n'avait pas vocation à être couverte, que l'assuré n'était pas « sans ignorer que des désordres allaient apparaître très rapidement », paraissant ainsi faire de la connaissance par l'assuré des suites inéluctables de son omission fautive une condition de la qualification de faute dolosive. L'arrêt du 12 septembre dernier semble dans le même sens : dans cette affaire, où un automobiliste, qui empruntait un chemin de terre traversant une rivière, avait manifestement entrepris une manœuvre téméraire de franchissement que s'était pour le moins mal terminée puisque son véhicule s'était trouvé immergé dans la rivière où il avait calé, ce qui avait eu pour conséquence d'endommager un certain nombre de pièces du moteur, l'arrêt précise que l'assuré avait agi « en toute connaissance de la topographie des lieux », son comportement traduisant « une prise de risque volontaire » dans l'utilisation de son véhicule, dont il n'était d'ailleurs sans doute pas sans savoir qu'il n'était pas conçu pour l'usage qu'il avait pourtant entendu en faire. Quant à l'arrêt du 28 février 2013, s'il a certes décidé que la faute dolosive de l'assuré n'était pas en l'espèce établie, c'est seulement au motif que les juges du fond avaient pu, à partir des circonstances de fait, considérer que la faute « n'avait pas fait disparaître tout aléa du seul fait de la volonté de l'assuré ». Mais à supposer que la subsistance d'une part d'aléa objectif ait au cas présent justifié la mise en œuvre de la garantie, il paraît bien s'évincer de l'arrêt que, dans le cas inverse où le défaut d'aléa objectif serait cette fois caractérisé, la connaissance par l'assuré du résultat dommageable de sa faute soit requise pour fonder un refus de garantie, l'arrêt n'ayant d'ailleurs pas manqué d'indiquer qu'il avait délibérément choisi une mauvaise solution industrielle et refusé de suivre les préconisations et mises en garde de l'expert. Le constat est avéré : l'absence d'aléa objectif ne joue pas un rôle autonome ; c'est la conscience par l'assuré de l'absence d'aléa qui fonde l'inassurabilité de la faute, en l'occurrence dolosive<sup>55</sup>.

54. Certes, un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 26 octobre 2006 (*RGDA 2007*, p. 53, *obs. J. Kullmann*), à propos d'un contrat d'assurance de responsabilité civile « produits livrés » excluant la garantie des dommages qui sont la conséquence d'une défectuosité connue de l'assuré avant la livraison, a pu décider, dans un cas dans lequel l'assuré avait lui-même fait constater, un an avant la première réclamation de l'acheteur, la mauvaise qualité de son produit, qu'il « connaissait la défectuosité [de celui-ci] » et que, donc, la garantie de son assureur n'était pas due, et ce en dehors du cadre de l'article L. 113-1, alinéa 2, du Code des assurances. Mais outre le fait qu'il n'était question en l'espèce que de mettre en œuvre une exclusion conforme à l'exigence légale de son caractère formel et limité (et en caractères très apparents), le défaut d'aléa objet de l'exclusion n'était en tout état de cause pas purement objectif, l'application de la clause étant explicitement subordonnée à la connaissance de la défectuosité par l'assuré.

55. Cette exigence de conscience chez l'assuré du résultat inéluctablement dommageable de son action ou de son omission fautive n'autorise évidemment pas à voir, dans cette faute dolosive, une faute intentionnelle « objective » rebaptisée. Seul compte ici le fait que l'acte de l'assuré ait fait perdre au risque son caractère aléatoire parce que sa réalisation était certaine et que l'assuré en ait eu conscience. Mais peu importe ce qui était recherché par

51. L. Mayaux, *Les grandes questions du droit des assurances*, op. cit. n° 186, p. 127.

52. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 18 oct. 2012, n° 11-13.084 : *JurisData* n° 2012-023613 ; *Resp. civ. et assur.* 2013, comm. 36, H. Groutel, 1<sup>re</sup> esp..

53. Cass. com., 20 nov. 2012, n° 11-27.033 : *JurisData* n° 2012-026519 ; *Resp. civ. et assur.* 2013, comm. 36, H. Groutel, 2<sup>e</sup> esp. ; *RGDA* 2013, p. 62, *obs. J. Kullmann*.



## B. - La justification de l'absence d'autonomie

18 - L'abandon de la ligne restrictive traditionnelle consistant à limiter l'exclusion de la garantie au cas de faute intentionnelle entendue comme le fait pour l'assuré d'avoir voulu non seulement l'acte qui s'est révélé dommageable, mais encore le dommage lui-même, paraît, au plan des principes, légitime. Lorsque, en effet, l'assuré, sans avoir voulu causer le dommage, a tout de même voulu, dans des hypothèses contractuelles, tirer un bénéfice illicite du contrat en exécutant frauduleusement ou en s'abstenant frauduleusement d'exécuter ses obligations, ou bien encore lorsque, en dehors de tout contrat, il a créé volontairement les conditions du dommage pour satisfaire directement ou indirectement ses propres intérêts au détriment de ceux des tiers, il est cohérent de tenir les conséquences de sa faute pour inassurables. Le bon sens commande de ne pas garantir les suites dommageables de la faute de l'assuré dès lors qu'il est avéré que son acte a fait perdre au risque son caractère aléatoire par ce que sa réalisation était certaine et que, de surcroît, il avait conscience d'exposer volontairement et délibérément le tiers lésé aux conséquences dommageables de la réalisation de ce risque. Sous cet aspect, l'assouplissement de la rigueur traditionnelle est justifié, particulièrement dans les assurances de responsabilité professionnelle où la preuve de ce que l'assuré aurait cherché à nuire à autrui est parfois extrêmement difficile, voire impossible, pour la simple et bonne raison qu'il n'a, en général, pas eu une telle intention, son comportement traduisant le plus souvent une volonté d'enrichissement personnel. Le relâchement par la jurisprudence de sa conception très rigide de l'objet de la preuve pesant sur l'assureur est ainsi bienvenu. Il l'est d'autant plus qu'une telle conception, déjà discutable en tant que telle, avait sans doute vocation à devenir purement et simplement intolérable à une époque où, comme on l'a justement fait observer, « le seul appât du gain a pu dicter les montages financiers les plus scabreux dont les conséquences étaient inéluctablement négatives à moyen ou long terme », et à propos desquels on comprend que les assureurs « Responsabilité civile mandataires sociaux » qui garantissent les auteurs de ces montages n'entendent pas couvrir les conséquences de telles fautes<sup>56</sup>. Que finalement d'ailleurs, suivant la jurisprudence la plus récente, ce relâchement paraisse devoir s'opérer par la reconnaissance de l'autonomie de la faute dolosive plutôt que par le bénéfice d'une faveur probatoire sur le terrain de la faute intentionnelle, qu'importe : l'évolution est, fondamentalement, justifiée.

19 - Mais dire que cette évolution est, pour les raisons qui viennent d'être évoquées, justifiée ne signifie pas pour autant qu'il faille aller jusqu'à faire de l'aléa objectif un fondement autonome de délimitation de la garantie en dehors du cadre de l'article L. 113-1 du Code des assurances. La question de savoir si la tendance observée, appréciée globalement, doit ou non mériter approbation est en effet moins, nous semble-t-il, une

question de principe qu'une question de mesure. À cet égard, l'examen du droit positif a permis de montrer qu'il ne pouvait en réalité s'agir que d'une extension « à la marge » de l'inassurabilité : en entendant subordonner l'exclusion de la garantie à la connaissance qu'avait l'assuré du caractère inéluctable du dommage devant résulter de sa faute, donc dans des hypothèses qui demeurent tout de même assez rares, la Cour de cassation n'est manifestement pas prête, quittant l'article L. 113-1 du Code des assurances pour l'article 1964 du Code civil, à faire du défaut purement objectif d'aléa un fondement autonome de délimitation de la garantie qui conduirait à l'exclusion des fautes dont l'assuré ignorait, au jour du fait générateur, les conséquences inéluctablement dommageables. Il faut, croyons-nous, l'en approuver. En dehors de considérations économiques<sup>57</sup> qui commandent de ne pas exagérément étendre le champ de l'inassurabilité d'une part<sup>58</sup>, et de ce qu'une interprétation excessivement élargie des causes d'exclusion de garantie, en l'occurrence par le jeu d'un éventuel recours à l'article 1964 du Code civil en dehors des cas de fautes intentionnelle ou dolosive, augmenterait dangereusement le risque pour les victimes de dommages de perdre le bénéfice de l'assurance d'autre part<sup>59</sup>, la coloration morale de l'aléa, en droit des assurances<sup>60</sup>, justifie que seuls les défauts d'aléa connus de celui qui en est à l'origine soient sanctionnés, la connaissance du futur ayant, sous cet aspect, le même effet d'exclusion que la connaissance du passé dans la théorie du risque putatif<sup>61</sup>. Inversement, il paraît juste de maintenir la garantie dans des hypothèses où subsiste une incertitude dans l'esprit de l'assuré, autrement dit dans des hypothèses où le risque, objectivement absent, existe encore subjectivement dans la croyance de l'assuré qui ne sait pas que sa réalisation est, par l'effet de sa faute, devenue certaine : l'assuré, croyant en l'existence d'un aléa que l'on pourrait qualifier de « spirituel »<sup>62</sup>, continue d'appréhender le risque et d'éprouver un sentiment d'insécurité, auquel l'assurance a précisément pour objet de répondre. ■

**Mots-Clés :** Contrat d'assurance - Aléa et faute intentionnelle - Colloque à la Cour de cassation

l'agent. Par suite, la conscience des conséquences de sa faute n'a aucunement vocation, dans cette approche, à faire présumer quelle intention que ce soit. Sur cette question, V. *supra* n° 12.

56. L. Mayaux, *Les grandes questions du droit des assurances*, op. cit. n° 172, p. 121.

57. Sur lesquelles, V. notamment D.-C. Lambert, *Économie des assurances* : A. Colin 1996, spéc. p. 21 et s. - M. Albert, *Le rôle économique et social de l'assurance* in *Encyclopédie de l'assurance* : *Economica* 1998, p. 3. - M. Didier, *Cycle de l'assurance et cycle économique*, *ibid.* p. 353.

58. Sur la tendance contemporaine consistant au contraire à repousser les limites traditionnelles de l'assurabilité, V. H. Cousy, *La fin de l'assurance ? Considérations sur le domaine propre de l'assurance privée et ses frontières* in *Mélanges Lambert, Droit et économie de l'assurance et de la santé* : Dalloz 2002, p. 111. - P. Picard, *Les frontières de l'assurabilité* : *Risques*, n° 54, juin 2003, p. 65. - comp. P. Vaillier, *Les limites de l'assurance* : *Trib. assur.* 2001.

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

60. G. Durry, *La place de la morale dans le droit du contrat d'assurance* : *Risques*, n° 18, avr.-juin 1994, p. 4 et s., qui observe que « la morale et la technique se mêlent pour justifier l'inassurabilité du fait intentionnel » (p. 56) et ajoutera-t-on à présent compte tenu de l'autonomie qu'entend lui reconnaître la jurisprudence, de la faute dolosive.

61. Sur ce point, V. L. Mayaux, *Les grandes questions du droit des assurances*, op. cit. n° 57, p. 39.

62. P. Vaillier, *Les limites de l'assurance*, op. cit. n° 55, p. 37.