



LES EXCLUSIONS DE GARANTIE EN DROIT DES ASSURANCES, Étude des deuxième et troisième chambres civiles¹

1. Étude rédigée par Mme Lise Leroy-Gissing, conseillère doyenne à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, M. François Besson, conseiller à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, M. Samuel Ittah, conseiller référendaire à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, et M. Jean-François Zedda, conseiller référendaire à la troisième chambre civile de la Cour de cassation.

Résumé : Si le législateur a souhaité, dans un souci de protection de l'assuré, limiter la liberté contractuelle des parties dans l'énoncé des clauses d'exclusion de garantie, c'est au juge que revient, à défaut de définition légale de telles clauses, la délicate tâche de les distinguer des clauses définissant le risque ou conditionnant la garantie. Saisie d'un abondant contentieux, la Cour de cassation s'efforce de guider le travail de qualification des juges par des définitions de principe. Elle s'applique, en outre, à harmoniser la jurisprudence relative à l'appréciation du caractère formel et limité des clauses d'exclusion.

Indépendamment des exclusions dont les parties peuvent convenir, la loi impose celle des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré. La jurisprudence a longtemps considéré qu'il s'agissait, sous deux appellations différentes, d'exclure une faute unique, impliquant la recherche par l'assuré du dommage tel qu'il s'est produit. La faute dolosive a, toutefois, pris peu à peu son autonomie, sous l'impulsion de la deuxième chambre civile qui, depuis une décennie, affine la définition propre de cette faute, distincte de celle de la faute intentionnelle. Le récent ralliement de la troisième chambre civile consacre cette conception dualiste des exclusions légales de garantie.

INTRODUCTION

En 2011, la Cour de cassation consacrait l'étude de son *Rapport annuel* à la notion de risque et embrassait naturellement dans son champ certaines questions clés du droit des assurances, puisque la notion de risque est au cœur du mécanisme assurantiel : l'assurance, c'est un risque, une prime, un sinistre et une prestation lit-on souvent². L'on sait pourtant que ce mécanisme, simple au plan individuel, repose en réalité sur un système complexe de mutualisation des risques, la charge des conséquences économiques du dommage étant transférée de la victime à la collectivité des assurés versant des primes, lesquelles doivent être calculées à partir de la probabilité mathématique de la réalisation du risque. Ces considérations conduisent ainsi certains à ajouter la notion de « mutualité » à celles de risque, de prime et de sinistre.

Cette étude évoquait notamment « l'exclusion légale de risque »³, c'est-à-dire le dommage résultant de la faute intentionnelle de l'assuré, et l'exclusion conventionnelle du risque.

Plus de dix ans après, il a semblé intéressant de centrer la présente étude sur ces deux questions, qui, pour ne pas être nouvelles, n'en sont pas moins toujours au cœur de l'actualité jurisprudentielle de la deuxième chambre civile et de la troisième chambre civile de la Cour de cassation⁴.

Mécanisme destiné à protéger les personnes contre les aléas de la vie et les opérateurs économiques contre ceux affectant leur activité, sa mise en œuvre doit être aussi prévisible que possible et ne doit pas laisser les contractants dans l'incertitude quant à la couverture du risque. L'assuré, notamment lorsqu'il assure sa responsabilité professionnelle, doit être certain que tous les risques pour lesquels il souhaitait se voir garanti le sont bien. L'assureur, qui a fixé le montant des primes en considération des risques qu'il entendait garantir, ne doit pas être pris au dépourvu par une application inattendue du contrat.

Parce que la sécurité apportée par le mécanisme assurantiel est nécessaire à l'équilibre économique et social mais aussi à la stabilité financière des États, le législateur, national et européen, a organisé le contrôle par l'État des opérateurs intervenant sur ce marché⁵. Il a également limité, à bien des égards, leur liberté contractuelle. Cette atteinte au principe du consensualisme s'explique par le souci de satisfaire l'impératif de clarté et d'intelligibilité du contrat afin d'assurer la prévisibilité de sa mise en œuvre. Elle est également nécessaire pour restaurer un certain équilibre contractuel, puisque, dans bien des cas, le contrat d'assurance est un contrat d'adhésion, unissant des parties d'inégale force, rédigé par les services juridiques hautement spécialisés des sociétés d'assurance.

2. Il n'est pas question dans la présente étude des opérations de capitalisation, qui sont qualifiées d'assurance par le législateur et la jurisprudence, tout en étant dénuées d'aléa.

3. *Rapport annuel* de la Cour de cassation, 2011, p. 227.

4. La deuxième chambre civile comporte une section « responsabilité extracontractuelle et assurances », en charge du contentieux général des assurances et la troisième chambre civile, en charge du droit immobilier, connaît des assurances liées à l'acte de construire.

5. Articles L. 310-1 et suivants du code des assurances.

L'article L. 113-1 du code des assurances est une illustration des limites portées à la liberté contractuelle des parties⁶. Par cette disposition, le législateur ne permet à l'assureur d'exclure certains risques, *a priori* couverts par le contrat, que par une clause « formelle et limitée », dont l'article L. 112-4 conditionne par ailleurs la validité à leur rédaction en caractères « très apparents ». De même, il contraint les parties au contrat, en excluant de la couverture par l'assurance la faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré.

L'on pourrait penser que ces exigences légales, clairement exprimées, permettraient d'atteindre l'objectif de clarté et de précision nécessaire à la définition du champ de la garantie souscrite.

Cependant, tout praticien du droit des assurances, et nombre d'assurés, savent que tel n'est pas le cas... Ici, comme dans bien d'autres branches du droit, le praticien se heurte à des difficultés de qualification qui expliquent que, malgré l'ancienneté de ce texte, il soit encore au cœur de l'actualité⁷. En témoigne, notamment, le nombre important de pourvois dont la deuxième chambre civile a été récemment saisie portant sur l'application d'une clause d'exclusion insérée dans des contrats garantissant les pertes d'exploitation en cas d'épidémie⁸.

S'agissant des exclusions conventionnelles, la première difficulté réside dans l'identification, parmi les stipulations du contrat d'assurance, de celles posant une exclusion de garantie. Si la définition de la clause d'exclusion de garantie par la Cour de cassation est aujourd'hui claire et ancienne⁹, il n'en reste pas moins que son application à la variété des formulations utilisées par les contrats ne permet pas de décider infailliblement ce qui constitue une clause d'exclusion de la garantie, une définition de la garantie ou encore une condition de celle-ci, et les questionnements sont en permanence renouvelés.

Une fois l'opération de qualification de la clause réalisée, il reste à déterminer, et c'est là une seconde difficulté, si la clause d'exclusion répond aux conditions de validité posées par le premier alinéa de l'article L. 113-1 du code des assurances : la clause est-elle « formelle et limitée » ?

Cette question continue d'occuper les juridictions et particulièrement la Cour de cassation, sollicitée dans son office d'harmonisation de la jurisprudence. L'abondance du contentieux et le nombre d'arrêts publiés sur cette question¹⁰ témoignent de la difficulté de l'exercice. La Cour de cassation est parvenue au fil de ses arrêts à une

6. Article L. 113-1 du code des assurances : « 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.

Toutefois, l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré. »

7. Cf. le rapport d'activité 2021 du Médiateur de l'assurance qui alerte sur le caractère flou de certaines clauses d'exclusion, spéc. p. 14.

8. Les premiers arrêts ont été rendus le 1^{er} décembre 2022, voir notamment : 2^e Civ., 1^{er} décembre 2022, pourvoi n° 21-19.341, publié au *Bulletin* et au *Rapport annuel*.

9. 1^{re} Civ., 26 novembre 1996, pourvoi n° 94-16.058, *Bull.* 1996, I, n° 413, publié au *Rapport annuel*.

10. Selon le service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation, le nombre d'arrêts publiés par la deuxième chambre civile et la troisième chambre civile a été en augmentation en 2021 et 2022.

définition qui se voudrait opérationnelle : la clause formelle est celle qui ne nécessite pas interprétation ; la clause limitée est celle qui ne vide pas la garantie de sa substance.

Mais la clarification des concepts n'épuise pas les interrogations soumises aux juges, qui sont, sinon infinies, du moins très nombreuses, notamment en raison de l'extrême variété des situations pouvant donner lieu à exclusion : une clause est-elle suffisamment claire et précise si elle comporte une énumération non limitative de situations exclues de la garantie ou si elle utilise des termes aux contours imprécis ? Une clause est-elle formelle si elle comporte, au contraire, des termes tellement complexes ou empruntant à un vocabulaire tellement technique que seuls des spécialistes en connaissent le sens ? Une clause peut-elle être tenue pour non formelle s'agissant d'un assuré et claire et précise pour un autre, en considération de leurs compétences particulières ?

Pour considérer qu'une clause n'est pas limitée, faut-il que la garantie soit vidée de toute sa substance ou seulement d'une part importante de celle-ci ? Ce test est-il appliqué en prenant en compte l'ensemble du contrat ou, lorsque celui-ci comporte plusieurs garanties, garantie par garantie ? Le législateur a-t-il eu l'intention d'invalidier toute la clause d'exclusion ou simplement le cas considéré par le juge comme non formel ?

Ces questions ne sont pas nouvelles mais, par des arrêts récents, la Cour de cassation s'est efforcée d'y apporter quelques réponses de principe, destinées à améliorer la sécurité juridique des assurés et des assureurs.

L'exclusion légale de garantie, dont la complexité n'est pas liée à l'inventivité rédactionnelle des parties, a également soulevé des difficultés d'interprétation liées à la notion de « faute intentionnelle ou dolosive » et a fait récemment l'objet d'évolutions majeures, qui justifient leur présentation.

Prévue au second alinéa du même article L. 113-1 du code des assurances, l'exclusion de garantie des dommages provenant de la faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré ne se comprend que parce que le premier alinéa énonce un principe fondamental de l'assurance : les pertes et dommages causés par les comportements fautifs de l'assuré sont garantis. Ainsi, ce n'est que par une exclusion conventionnelle ou par l'exclusion légale qu'ils peuvent ne pas l'être.

Il s'est avéré délicat de cerner les contours de la notion de « faute intentionnelle ou dolosive » en droit des assurances¹¹. D'abord analysée par la communauté des juristes et la jurisprudence comme recouvrant une seule et même situation – la faute commise volontairement par l'assuré qui a recherché la production du dommage tel qu'il s'est effectivement réalisé –, il est apparu à nombre de juristes, au fil des ans et de l'évolution de la société, qu'il pouvait être moralement choquant de faire supporter par les assureurs et donc, par la communauté des assurés, l'indemnisation de préjudices trouvant leur cause dans un comportement gravement fautif de l'assuré, lorsque celui-ci, sans avoir eu l'intention de causer le dommage tel qu'il s'est réalisé, a néanmoins eu conscience que son comportement aurait inéluctablement des conséquences dommageables pour des tiers ou pour les biens assurés. Cette évolution dans l'approche de l'assurabilité du

11. Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur estiment que cette disposition est affectée d'une « erreur sémantique » en ce qu'elle vise le dol et suggèrent que le mot « dolosive » devrait être supprimé en raison des « doutes et ambiguïtés » qu'il a pu susciter, *Droit des assurances*, Dalloz, 14^e éd., 2017, n° 426 et s.

sinistre met en évidence que le fondement de l'exclusion légale n'est pas seulement technique (la disparition de l'aléa propre au mécanisme assurantiel) mais aussi moral¹².

Bien que la voie des exclusions conventionnelles soit ouverte pour exclure, le cas échéant, ce type de comportement, c'est finalement par le biais d'une modification de l'acception donnée à l'exclusion légale de garantie de la faute intentionnelle ou dolosive que cette évolution a pris corps dans la jurisprudence de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, en donnant à la faute dolosive une acception propre. L'étude permettra cependant de constater que cette évolution, répondant à un objectif largement partagé, fait naître de nouvelles interrogations, notamment quant à son application à tous les domaines de l'assurance et plus spécialement au domaine de l'assurance de construction.

12. Notamment G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les régimes spéciaux et l'assurance de responsabilité*, LGDJ, 4^e éd., 2017, n° 407, et L. Mayaux, « La notion de faute intentionnelle de l'assuré : quelle évolution ? », in *Les grandes questions du droit des assurances*, LGDJ, 2011, p. 119 et s.

I. LES EXCLUSIONS CONVENTIONNELLES

La première préoccupation des parties qui concluent un contrat d'assurance est de délimiter le périmètre du risque qui sera garanti. Sauf en matière d'assurance obligatoire, où leur volonté sera fortement, sinon entièrement, contrainte par celle du législateur, elles devront décider ce qui est compris dans la garantie et ce qui ne l'est pas. Le contrat d'assurance étant un contrat onéreux et aléatoire, ce sera matière d'arbitrages économiques : quels risques veut-on voir couverts et à quel prix ?

Le contrat d'assurance est, en outre, un contrat consensuel¹³ où prime la rencontre des volontés : les parties peuvent présenter leur convention comme elles l'entendent. Ainsi, une même couverture pourra faire l'objet de présentations fort différentes, selon que les parties choisiront un large périmètre pour ensuite y pratiquer de vastes trous ou qu'elles choisiront, au contraire, de cerner d'emblée, par une définition très restrictive, le risque couvert.

Le législateur ne commande pas une méthode plutôt qu'une autre si bien que peuvent être souscrites des polices « à péril dénommé » tout autant que des polices « tout risque sauf ». Percevant, néanmoins, le danger de clauses obscures, réduisant, de manière subreptice, la couverture souscrite, le législateur a posé un garde-fou : ce qui est retranché de la garantie qui était, *a priori*, offerte doit l'être de manière « formelle et limitée »¹⁴, qui plus est en « caractères très apparents »¹⁵.

Les mêmes exigences ne s'appliquent pas aux clauses définissant le risque ou conditionnant la garantie. La jurisprudence ajoute une distinction supplémentaire en répartissant la charge de la preuve différemment selon que l'on a affaire à une condition de la garantie ou à une exclusion. S'il incombe à l'assuré qui réclame la garantie de prouver que ses conditions sont réunies¹⁶, il appartient à l'assureur, qui s'oppose au règlement du sinistre en vertu d'une exclusion, de prouver que celle-ci peut trouver à s'appliquer au cas d'espèce¹⁷. En cas de litige, la qualification de la clause revêt, dès lors, une importance particulière puisque le régime juridique applicable et, partant, la protection offerte à l'assuré ne seront pas les mêmes. Seules pourront être déclarées invalides, pour violation des règles des articles L. 113-1 et L. 112-4 du code des assurances¹⁸, les clauses qui peuvent être qualifiées de clauses d'exclusion.

La difficulté réside dans le fait que toutes ces clauses participent d'un même objectif : déterminer si la garantie trouve à s'appliquer. Les clauses d'exclusion pourront ainsi être confondues avec des clauses qui, soit définissent l'objet de la garantie en ce qu'elles tendent à préciser l'« aire » du contrat d'assurance, soit conditionnent la garantie, en ce qu'elles soumettent la couverture du risque à la réalisation d'actes de prévention ou à la survenance de certains événements. La distinction est donc

13. 1^{re} Civ., 21 mai 1990, pourvoi n° 87-19.014, *Bull.* 1990, I, n° 109.

14. Article L. 113-1 du code des assurances.

15. Article L. 112-4 du même code.

16. 1^{re} Civ., 29 octobre 2002, pourvoi n° 99-10.650, *Bull.* 2002, I, n° 243.

17. 1^{re} Civ., 15 octobre 1980, pourvoi n° 79-17.075, *Bull.* 1980, I, n° 258.

18. Les clauses édictant des nullités et des déchéances sont également soumises à l'exigence des caractères très apparents, mais il ne sera pas question de ces clauses dans la présente étude.

délicate entre ce qui relève de l'exclusion et ce qui relève de la définition du risque et des conditions de la garantie (A).

Lorsque la clause relève de la catégorie des exclusions, dans quels cas peut-elle être considérée comme « formelle » et « limitée » ? Quelle sanction attacher, en outre, au non-respect des exigences légales de forme et fond ? (B)

A. La distinction toujours délicate entre les conditions de la garantie et les exclusions de garantie

Assurés comme assureurs ayant besoin de prévisibilité et de sécurité, des définitions claires sont nécessaires pour diminuer le risque de la requalification. L'exercice de qualification des clauses est l'un des plus délicats du droit des assurances¹⁹, car tant la doctrine que la jurisprudence semblent peiner à fixer une frontière qui n'est pas clairement exprimée par le législateur et qui paraît échapper à toute analyse systématique.

1. Définir pour distinguer : l'approche de la doctrine et de la jurisprudence

Le législateur ne donnant aucune définition de l'exclusion au sens de l'article L. 113-1 du code des assurances, quel contenu donner à cette notion ? La doctrine souligne de longue date les « ténèbres » qui enveloppent la matière²⁰. Des auteurs essaient de donner des clés pour éclairer le débat. La Cour de cassation s'efforce également de guider le travail de qualification des juges par des définitions de principe.

a) Définitions doctrinales

Pour certains²¹, il faut distinguer les « exclusions externes » ou « exclusions du contrat » et les « exclusions internes » ou « exclusions de garantie ». Les premières pourraient être implicites et ne relèveraient pas du régime des articles L. 113-1 et L. 112-4 du code des assurances car « la définition de l'objet du contrat, qui cerne les conditions générales de la garantie, suppose *ipso facto et a contrario* la *non-assurance* de tout ce qui reste en dehors de l'aire contractuelle »²². Ainsi, souscrire un contrat d'assurance incendie pour une maison n'entraîne pas la garantie vol sans qu'il soit besoin de l'exprimer.

19. L. Mayaux, « La distinction des exclusions et des conditions », in *Les grandes questions du droit des assurances*, *op. cit.*, p. 91 et s. ; Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, *op. cit.*, n° 464 et s.

20. G. Durry, « La distinction de la condition de la garantie et de l'exclusion de risque (Une proposition de réforme pour trancher le nœud gordien) », in *Responsabilité civile et assurances, études offertes à Hubert Groutel*, LexisNexis, 2006, p. 129 et s. ; L. Mayaux, « Exclusions, conditions et déchéances : au cœur des ténèbres », *Revue générale des assurances et des responsabilités*, (Belgique), 2012, n° 9, p. 14908 ; F. Leduc, « Condition de la garantie ou clause d'exclusion », *RDC* mars 2014, p. 72.

21. Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, *op. cit.*, n°s 465 et 466.

22. *Ibid.*, n° 465.

S'agissant des conditions de la garantie, il est parfois enseigné que seules « les conditions permanentes du risque garanti (comme l'accomplissement d'une mesure de prévention) » peuvent être qualifiées de conditions de la garantie car elles portent sur « un événement adventice [...] et non un élément essentiel du contrat ». Inversement, « seules les circonstances concomitantes au sinistre, qu'elles soient relatives à ses causes ou à ses conséquences, d[evraie]nt être qualifiées d'exclusion »²³.

Un auteur propose les définitions suivantes²⁴ :

- « – La condition est un événement permanent qui affecte l'obligation de couverture du risque et qui est extérieur à celui-ci.
- L'exclusion, circonstance particulière de réalisation du sinistre ou élément restrictif de la définition de celui-ci, affecte l'obligation de règlement. [...]
- La définition du risque précise le risque qui doit être couvert dès l'origine. »

Pour un autre, « cet affinement à l'extrême des catégories, définition de la garantie, condition de la garantie, exclusion externe, exclusion indirecte, exclusion directe, [...] semble au mieux vain, au pire totalement perturbateur. Le bon sens commande de lire la clause afin de déterminer si elle décrit l'aire contractuelle ou si elle la perce »²⁵.

En tout état de cause, ces catégories ne sont pas nécessairement retenues par les juges. Interprétant l'article L. 113-1 du code des assurances, la Cour de cassation a donné sa propre définition de la clause d'exclusion.

b) Définitions jurisprudentielles

Au regard des enjeux précédemment analysés et de sa complexité, la qualification des clauses délimitant la garantie donne lieu à un abondant contentieux. Par un arrêt « fondateur », commenté au *Rapport annuel*, la Cour de cassation a énoncé que s'analysait en une clause d'exclusion de garantie « la clause qui prive l'assuré du bénéfice de la garantie [...] en considération de circonstances particulières de réalisation du risque »²⁶.

Inversement, institue des conditions de la garantie et non une exclusion la clause qui formule « des exigences générales et précises auxquelles la garantie [est] subordonnée »²⁷.

Concrètement, l'exclusion pourra concerner les caractères de l'évènement aléatoire dont les conséquences sont garanties (exclusion, par exemple, des évènements non accidentels ou des accidents issus de la pratique sportive). Elle pourra également

23. L. Mayaux et A. Pimbert, *Rép. civ.* Dalloz, V^o Contrat d'assurance, juillet 2021 (actualisation octobre 2022), n^o 200 et s. ; L. Mayaux, « La distinction des exclusions et des conditions », in *Les grandes questions du droit des assurances*, op. cit., p. 91 et s. ; J. Bigot, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayaux, R. Schulz et K. Sontag, *Le contrat d'assurance*, t. 3, LGDJ, 2^e éd., 2014, n^o 1686 et s.

24. S. Abravanel-Jolly, « Nécessité du maintien de la distinction entre exclusion et condition de garantie », *D.* 2012, p. 957.

25. A. Péliissier, « Distinction définition de garantie et exclusion : qualifier sans motiver est-il le seul moyen de trancher le nœud gordien ? », *RGDA* septembre 2019, p. 42.

26. 1^{re} Civ., 26 novembre 1996, pourvoi n^o 94-16.058, *Bull.* 1996, I, n^o 413, publié au *Rapport annuel*.

27. 1^{re} Civ., 23 février 1999, pourvoi n^o 96-21.744, *Bull.* 1999, I, n^o 59.

concerner le siège du risque (exclusion des dommages affectant certains biens de l'assuré), ou encore la période comprise dans la durée de la garantie.

Quant aux conditions de la garantie, elles porteront souvent sur des mesures destinées à prévenir le risque ou à en amoindrir les conséquences, comme, par exemple, l'installation de dispositifs antivols ou de détection et de lutte contre l'incendie. Pour que ces obligations puissent être considérées comme des conditions de la garantie et non des exclusions, il faut qu'elles puissent être distinguées du sinistre lui-même. Si elles ne consistent, finalement, qu'en des circonstances de la réalisation du risque, il ne s'agira pas de vraies conditions.

2. La subtilité des définitions et les enjeux de la qualification

a) Le contrôle de qualification : un contrôle lourd

Depuis la fin des années 1990, la Cour de cassation s'attache, autant que les pourvois le permettent, à décliner les principes ci-dessus énoncés, en encadrant de manière étroite, par un contrôle « lourd », le travail de qualification des juges du fond²⁸.

Ont été analysées comme des clauses édictant des conditions de garantie :

- la stipulation d'une police d'assurance qui impose « en préalable à l'existence de la garantie l'installation d'un dispositif antivols agréé par l'assureur »²⁹ ;
- la clause subordonnant le bénéfice de la garantie du risque transport à l'emploi d'un emballage d'un type déterminé³⁰ ;
- la clause prévoyant la « vérification trimestrielle » d'une installation d'alarme, dont la Cour de cassation retient qu'elle était « requise indépendamment des circonstances de la réalisation du risque »³¹ ;
- la clause prévoyant la remise, par le locataire du bien assuré, de divers documents³² ;
- la clause subordonnant la garantie vol au gravage des vitres du véhicule assuré³³ ;

28. Un contrôle « lourd » intervient lorsque la cour d'appel ne pouvait, à partir de ses constatations de fait, qu'aboutir à la solution retenue, sous peine de voir son arrêt cassé pour violation de la loi : les arrêts de rejet utilisent alors des expressions très fortes, telles que « exactement », « à bon droit », lorsque le juge a énoncé pertinemment une règle. S'agissant de la qualification de la clause d'exclusion, voir par exemple 2^e Civ., 7 juillet 2022, pourvoi n° 21-14.288, publié au *Bulletin* ; 2^e Civ., 14 octobre 2021, pourvoi n° 20-14.094, publié au *Bulletin*, prononçant une cassation pour violation de la loi.

29. 1^{re} Civ., 29 octobre 2002, pourvoi n° 99-10.650, *Bull.* 2002, I, n° 243.

30. 1^{re} Civ., 16 juillet 1998, pourvois n° 96-17.807 et n° 96-19.869, *Bull.* 1998, I, n° 246, retenant en revanche qu'institue une exclusion de garantie la clause qui écarte la garantie pour les dommages subis par les marchandises transportées du fait « d'une absence, insuffisance ou inadaptation de l'emballage », faute de se référer « à un emballage d'un type déterminé ».

31. 1^{re} Civ., 9 février 1999, pourvoi n° 97-12.288.

32. 1^{re} Civ., 23 février 1999, pourvoi n° 96-21.744, *Bull.* 1999, I, n° 59.

33. 1^{re} Civ., 27 mars 2001, pourvoi n° 98-19.481, *Bull.* 2001, I, n° 82, publié au *Rapport annuel*.

- la clause d’une police responsabilité civile aérienne prévoyant que la garantie ne s’applique « lors d’un baptême de l’air que lorsque le pilote de l’aéronef est titulaire d’une licence de pilote professionnel ou à défaut a été spécialement agréé par l’assureur »³⁴ ;
- la clause selon laquelle « l’assureur indemnise l’assuré des dommages résultant de la disparition ou de la détérioration du véhicule assuré, causé par un vol par effraction du véhicule assuré »³⁵.

Ont été analysées comme des clauses d’exclusion de garantie :

- la clause selon laquelle « la garantie des vols caractérisés est acquise si en cours de stationnement l’antivol posé sur la direction est toujours enclenché » alors qu’en apparence, en raison de sa formulation, elle se présentait comme une condition de garantie³⁶ ;
- la clause visant « les effets et dommages résultant d’un manque de réparations et/ou défaut caractérisé d’entretien incombant à l’assuré et connu de lui »³⁷ ;
- la clause qui prévoit que « n’entre ni dans l’objet ni dans la nature du contrat l’assurance des dommages ou responsabilités ayant pour origine un défaut d’entretien ou de réparation, incombant à l’assuré et connu de lui », en ce qu’elle « prive l’assuré du bénéfice de la garantie en considération de circonstances particulières de réalisation du risque »³⁸ ;
- la clause d’une police multirisques habitation, excluant le risque de vol « en cas d’inhabitation du local assuré pendant quatre-vingt-dix jours par an »³⁹ ;
- la clause excluant de la garantie « responsabilité civile d’entrepositaire de marchandises » les dommages qui résultent de vols ou d’inondations, en ce qu’elle « prive l’assuré du bénéfice de cette garantie en considération de circonstances particulières de réalisation du risque »⁴⁰.

b) La qualification à l’aune de la liberté contractuelle

Si l’on voit, au travers des clauses reproduites dans ces arrêts, que l’exercice de qualification des clauses dépend en grande partie de leur présentation formelle, il appartient au juge, tenu de « restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux »⁴¹, de ne pas s’arrêter aux apparences et de rechercher si l’on a affaire à une clause d’exclusion ou une clause précisant les conditions de la garantie.

Ainsi, doit être requalifiée comme déterminant l’étendue de la garantie la clause qui place hors du champ de la garantie les dommages résultant d’un manquement aux obligations de faire, de ne pas faire ou de délivrance, « même si elle se présente sous

34. 1^{re} Civ., 4 juin 2002, pourvois n° 99-15.159 et n° 99-16.373, *Bull.* 2002, I, n° 156.

35. 2^e Civ., 22 octobre 2009, pourvoi n° 08-19.565.

36. 1^{re} Civ., 26 novembre 1996, pourvoi n° 94-16.058, *Bull.* 1996, I, n° 413, publié au *Rapport annuel*.

37. 2^e Civ., 20 novembre 2014, pourvoi n° 11-27.102 – pour une clause très similaire : 2^e Civ., 2 juin 2005, pourvoi n° 04-11.574.

38. 2^e Civ., 14 octobre 2021, pourvoi n° 20-14.094, publié au *Bulletin*.

39. 2^e Civ., 5 juillet 2006, pourvoi n° 04-10.273, *Bull.* 2006, II, n° 180.

40. 2^e Civ., 31 mars 2022, pourvoi n° 20-17.662.

41. Article 12 du code de procédure civile.

l'indication erronée de clause d'exclusion ». Elle n'est donc pas soumise aux dispositions de l'article L. 113-1 du code des assurances⁴².

– Les exclusions indirectes

Cette nécessaire requalification a donné lieu à l'émergence, en jurisprudence, du concept d'exclusion indirecte, pour désigner le procédé consistant à stipuler une exclusion de garantie sous l'apparence d'une définition positive du risque. Les exclusions, même indirectes, doivent répondre aux exigences de l'article L. 113-1 du code des assurances⁴³. Sans cette notion d'exclusion indirecte, il suffirait, pour contourner les règles de forme et de fond propres aux exclusions, de prendre soin de présenter les restrictions apportées à la garantie en considération de circonstances particulières de réalisation du risque, par le biais de divers compléments circonstanciels dans la définition du risque.

La Cour de cassation a, ainsi, qualifié d'exclusion indirecte :

- s'agissant de l'assurance du fait des personnes dont on doit répondre, « la clause limitant la garantie aux dommages accidentels », en ce qu'elle exclut indirectement les dommages résultant d'une faute volontaire⁴⁴ ;
- la clause selon laquelle la garantie ne s'applique que si les travaux sont réalisés « conformément aux règles en vigueur lors de leur exécution » (normes françaises homologuées, règles de calcul et cahiers des charges DTU (documents techniques unifiés), cahiers des charges et/ou règles établies par les organismes compétents à caractère officiel) en ce qu'elle exclut « indirectement tous les travaux non conformes, non seulement au cahier des charges DTU mais à l'ensemble des règles en vigueur »⁴⁵ ;
- la garantie s'appliquant aux dégâts des eaux provenant de conduites non enterrées, en ce qu'elle exclut indirectement les dommages provenant de conduites enterrées⁴⁶.
- En revanche, ne constitue pas une exclusion indirecte mais une condition de la garantie le fait d'exiger que le pilote soit titulaire du brevet de pilotage professionnel⁴⁷.

– Les clauses mixtes

Le travail de qualification du juge est rendu encore plus complexe par le fait que certaines clauses peuvent, en fait, comprendre des stipulations relevant de natures différentes. Il faudra alors faire la part entre ce qui conditionne ou définit la garantie et ce qui exclut, de manière directe ou indirecte.

42. 2^e Civ., 18 mars 2004, pourvoi n° 03-10.062, *Bull.* 2004, II, n° 129 ; 3^e Civ., 10 novembre 2021, pourvoi n° 19-25.436.

43. 1^{re} Civ., 17 février 1993, pourvoi n° 91-11.653, *Bull.* 1993, I, n° 73.

44. 1^{re} Civ., 15 juin 2000, pourvoi n° 98-21.502.

45. 1^{re} Civ., 4 avril 1984, pourvoi n° 83-10.046, *Bull.* 1984, I, n° 129.

46. 3^e Civ., 26 mars 2008, pourvoi n° 07-14.406 ; 3^e Civ., 16 mars 2022, pourvoi n° 18-23.954, publié au *Bulletin*.

47. 1^{re} Civ., 4 juin 2002, pourvois n° 99-15.159 et n° 99-16.373, *Bull.* 2002, I, n° 156.

Ce caractère « amphibie » de la clause, selon l'expression d'un auteur⁴⁸, oblige le juge à faire une application distributive des règles du droit des assurances. Travail distributif qui sera d'autant plus ardu lorsque ce sont les mêmes parties de la clause, et non des parties distinctes, qui présentent un caractère mixte. Ainsi, la clause selon laquelle le contrat « a pour objet de garantir l'adhérent contre les conséquences pécuniaires des responsabilités spécifiques de sa profession d'architecte, qu'il encourt dans l'exercice de celle-ci, telle qu'elle est définie par la législation et la réglementation en vigueur à la date de l'exécution de ses prestations », définit le risque assuré (responsabilité de l'architecte). Toutefois, lorsque l'assureur se prévaut de cette clause pour refuser sa garantie au motif que l'architecte a manqué à ses règles déontologiques, il invoque en fait une exclusion de garantie si le manquement constitue « une circonstance particulière de la réalisation du risque »⁴⁹.

– La restriction de garantie par le biais de l'activité déclarée en assurance construction obligatoire

Les clauses types obligatoires de l'assurance dommages-ouvrage et de l'assurance décennale comportent une liste limitative d'exclusions. Il n'est pas possible de réduire la garantie par le biais d'une exclusion conventionnelle de certains dommages en raison de leur origine ou de leur siège⁵⁰. Plus délicate est la question de la nature des travaux assurés. Les parties ne peuvent exclure la garantie à raison de la technique de construction utilisée⁵¹. Pour maîtriser le risque, les assureurs ont voulu circonscrire la garantie à l'emploi de techniques éprouvées, en excluant les procédés « non traditionnels » ou les produits « n'ayant pas obtenu un avis technique favorable ». Une telle exclusion n'est pas valable⁵².

Mais dans le même temps, la Cour de cassation juge que, « si le contrat d'assurance de responsabilité obligatoire que doit souscrire tout constructeur ne peut comporter des clauses [d']exclusion autres que celles prévues par l'annexe I à l'article A. 243-1 du code des assurances, la garantie de l'assureur ne concerne que le secteur d'activité professionnelle déclaré par le constructeur »⁵³. L'activité de construction de maison individuelle doit ainsi être déclarée pour être couverte. Elle ne se confond pas avec celle d'entrepreneur général du bâtiment⁵⁴.

48. L. Mayaux, « La distinction des exclusions et des conditions », in *Les grandes questions du droit des assurances*, op. cit., p. 91 et s., spéc. n° 149, p. 100, à propos des clauses d'assurance contre le vol de marchandises posant des conditions générales (mise en place d'équipements antivol) et des exclusions (utilisation effective de ces équipements).

49. En l'occurrence, l'exécution de travaux sans permis de construire préalable, 3^e Civ., 20 avril 2022, pourvoi n° 21-16.297, publié au *Bulletin*.

50. Par exemple : la clause limitant la garantie aux seuls dommages affectant la structure de la piscine ne peut faire échec « aux règles d'ordre public relatives à l'étendue de l'assurance de responsabilité obligatoire en matière de construction » (3^e Civ., 4 février 2016, pourvois n° 14-29.790 et n° 15-12.128, *Bull.* 2016, III, n° 20).

51. 3^e Civ., 10 septembre 2008, pourvoi n° 07-14.884, *Bull.* 2008, III, n° 126.

52. 3^e Civ., 25 janvier 1995, pourvois n° 93-13.576 et n° 93-13.577, *Bull.* 1995, III, n° 27.

53. 1^{re} Civ., 29 avril 1997, pourvoi n° 95-10.187, *Bull.* 1997, I, n° 131 ; 3^e Civ., 17 décembre 2003, pourvoi n° 02-11.539, *Bull.* 2003, III, n° 235.

54. 3^e Civ., 18 octobre 2018, pourvoi n° 17-23.741, publié au *Bulletin* et au *Rapport annuel*.

Il convient donc de déterminer si, dans certains cas, on a affaire à une exclusion prohibée ou une définition valable du secteur d'activité. En effet, certaines activités sont étroitement liées à un procédé technique. La Cour de cassation admet que certains procédés spécifiques entrent dans la définition même de l'activité. Ainsi, « le recours à un procédé d'aménagement de combles avec surélévation de la toiture, conformément à des techniques particulières nécessitant des compétences spécifiques, contenu dans la clause relative à l'objet du contrat d'assurance, ne constitue pas une simple modalité d'exécution de l'activité déclarée par un entrepreneur à son assureur, mais l'activité elle-même »⁵⁵. Et, dès lors qu'il ne s'agit pas d'une exclusion, la charge de la preuve pèse sur l'assuré, qui devra établir que les travaux ont été exécutés selon le procédé déclaré.

3. La distinction entre conditions et exclusions : un « nœud gordien » ?

a) La pertinence des définitions

Sachant que des concepts imprécis ou trop subtils peuvent être source d'insécurité juridique, l'on peut se demander, ainsi que le font certains commentateurs, si les définitions dégagées par la jurisprudence sont suffisantes pour guider de manière sûre le travail de qualification.

Les définitions, indépendamment de leur trop grande subtilité, seraient insuffisantes pour régler tous les problèmes de frontière. M. Georges Durry estime, dans une étude publiée en 2006⁵⁶, que la formule de l'arrêt fondateur du 26 novembre 1996 précité n'est pas « une clé générale de distinction ». Selon lui, « la distinction que faisait l'arrêt de 1996 était, en réalité et malgré les apparences, dépourvue de toute vertu classificatrice. Ce sont en effet toujours des "circonstances particulières à la réalisation du risque" qui permettent à l'assureur de soutenir qu'une clause de la police prévoyait justement, dans ces circonstances, la non-garantie »⁵⁷. Mme Sabine Abravanel-Jolly, qui partage pour partie cet avis, note que la distinction issue de l'arrêt du 26 novembre 1996 serait, ainsi, « insuffisante », ce qui expliquerait « en partie que les juges, soit ne s'y retrouvent plus, soit ne remettent plus en cause une éventuelle qualification erronée »⁵⁸.

Certains auteurs déplorent, encore, une hégémonie des exclusions et la tentation des juges de rétablir une équité contractuelle en étendant au-delà de leur champ d'application les règles de forme et de fond de l'article L. 113-1 du code des assurances. Certaines clauses recevraient ainsi la qualification d'exclusion pour être plus facilement écartées, afin de préserver les intérêts de l'assuré ou de la victime⁵⁹.

55. 3^e Civ., 30 janvier 2019, pourvoi n° 17-31.121, publié au *Bulletin*.

56. G. Durry, « La distinction de la condition de la garantie et de l'exclusion de risque (Une proposition de réforme pour trancher le nœud gordien) », in *Responsabilité civile et assurances, études offertes à Hubert Groutel, op. cit.*, p. 129 et s., spéc. p. 136.

57. *Ibid.*, p. 138.

58. S. Abravanel-Jolly, « Nécessité du maintien de la distinction entre exclusion et condition de garantie », *D.* 2012, p. 957.

59. A. Pélissier, « Distinction définition de garantie et exclusion : qualifier sans motiver est-il le seul moyen de trancher le nœud gordien ? », *RGDA* septembre 2019, p. 42.

Une notion est particulièrement visée : celle d'exclusion indirecte. Tout en reconnaissant son utilité, certains auteurs mettent en garde contre une acception trop large de cette notion. La « qualification d'exclusion indirecte » devrait être exceptionnelle, « lorsqu'il existe un motif impérieux de protection de l'assuré »⁶⁰.

b) D'autres voies existent-elles ?

Ces critiques et la persistance d'un abondant contentieux ont conduit certains universitaires à suggérer d'autres définitions, voire des modifications législatives tendant à supprimer la notion même de clause d'exclusion.

Un auteur propose de maintenir la distinction entre exclusions et conditions, mais en précisant les critères permettant d'effectuer le partage. L'exclusion consisterait en la stipulation d'un « élément restrictif de la définition [du sinistre] ». Au contraire de la condition, qui affecterait l'obligation de couverture, l'exclusion n'affecterait que l'obligation de règlement⁶¹.

D'autres auteurs s'interrogent sur la justification de la distinction. La jurisprudence de la Cour de cassation permettrait déjà un rapprochement entre condition et exclusion, puisque, pour la première, il est exigé un caractère précis. Il ne serait pas nécessaire de maintenir une distinction qui est en réalité impossible. Il conviendrait seulement d'attirer l'attention de l'assuré sur les obligations précises qui sont mises à sa charge. Pour trancher « le nœud gordien », il faudrait supprimer le « sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police » de l'article L. 113-1 du code des assurances et « récrire le dernier alinéa de l'article L. 112-4 » pour préciser que l'exclusion s'entend d'une « exigence supplémentaire imposée à l'assuré pour être garanti et consistant dans un acte ou une abstention précis »⁶².

Un autre considère que les textes en vigueur, qu'il s'agisse du droit commun ou du droit spécial, permettent déjà une unification des régimes. Toute clause ayant « pour objet de rétrécir le risque assuré » par rapport à un périmètre générique, qui se résumerait à l'évènement générique incertain et au siège du risque, constituerait une exclusion, y compris celles qualifiées aujourd'hui de condition de la garantie, dont il serait souhaitable qu'elles fussent également « formelles et limitées ». La liste des branches et sous-branches d'assurances dressée par l'article R. 321-1 du code des assurances pourrait servir à « l'identification de l'évènement générique mis en risque »⁶³.

Compte tenu de l'insécurité juridique qui peut résulter du contentieux de la qualification des clauses du contrat d'assurance, certains auteurs font des recommandations pour rendre l'issue des litiges plus prévisible.

60. H. Groutel, F. Leduc, Ph. Pierre et M. Asselain, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, LexisNexis, 2008, n° 441.

61. S. Abravanel-Jolly, « Nécessité du maintien de la distinction entre exclusion et condition de garantie », *D.* 2012, p. 957.

62. G. Durry, « La distinction de la condition de la garantie et de l'exclusion de risque (Une proposition de réforme pour trancher le nœud gordien) », in *Responsabilité civile et assurances, études offertes à Hubert Groutel, op. cit.*, p. 129 et s., spéc. p. 143-144.

63. F. Leduc, « Condition de la garantie ou clause d'exclusion », *RDC* mars 2014, p. 72.

S'agissant plus précisément des mesures de prévention, il a pu être recommandé aux assureurs de recourir au droit commun contractuel plutôt qu'au droit spécial des assurances. Un auteur conseille de stipuler que le manquement de l'assuré permettra d'engager sa responsabilité « sur le fondement de l'article 1231-1 du code civil »⁶⁴. Ce procédé serait certes moins intéressant qu'une non-garantie mais, compte tenu des risques de requalification, l'assureur peut « tout perdre » à vouloir persister dans la voie du droit spécial des assurances.

B. Les clauses d'exclusion de garantie et les exigences de forme et de fond

L'article L. 112-4, dernier alinéa, du code des assurances impose que les clauses d'exclusion de garantie soient mentionnées dans les contrats d'assurance en « caractères très apparents ».

Et il résulte de l'article L. 113-1 du code des assurances que l'assureur ne peut être dispensé de garantir les pertes et dommages causés par le cas fortuit ou par la faute non intentionnelle de l'assuré que si le contrat d'assurance comporte une clause d'exclusion « formelle et limitée », c'est-à-dire une clause qui se réfère à des faits, circonstances ou obligations définis avec précision de telle sorte que l'assuré puisse connaître exactement l'étendue et les limites de sa garantie, laquelle, selon une formule jurisprudentielle usuelle, ne saurait « vider la garantie de sa substance ».

1. L'exigence de caractères « très » apparents

À la différence des autres clauses du contrat d'assurance, dont l'article L. 112-3, alinéa 1, du code des assurances prévoit qu'elles doivent être rédigées en « caractères apparents », celles édictant des nullités, des déchéances ou des exclusions doivent figurer en caractères « très » apparents (article L. 112-4, dernier alinéa, du même code). La Cour de cassation contrôle⁶⁵ que le juge a bien vérifié, lorsque cela lui est demandé, que la clause invoquée était présentée de façon telle qu'elle a été portée spécialement à l'attention du souscripteur et n'a pu lui échapper.

Ce qui s'induit de cette exigence renforcée – qui ne concerne pas le rappel des nullités, déchéances ou exclusions impératives prévues par la loi⁶⁶ – est que l'attention du souscripteur du contrat doit être spécialement/particulièrement attirée sur ces clauses de nature à restreindre ses droits.

Pour cette raison, l'un des procédés auquel il est recouru, même s'il n'est que purement indicatif et ne résulte pas d'une exigence légale ou réglementaire, consiste

64. A. Pélissier, « La portée juridique des obligations de faire stipulées dans les contrats d'assurance », *RGDA* février 2018, p. 99.

65. 2^e Civ., 14 octobre 2021, pourvoi n° 20-11.980, publié au *Bulletin* ; 2^e Civ., 15 avril 2010, pourvoi n° 09-11.667 ; 2^e Civ., 27 mars 2014, pourvoi n° 13-15.835, à propos d'une clause de déchéance.

66. Cf. 1^{re} Civ., 19 décembre 2000, pourvoi n° 99-18.380, s'agissant d'une clause de nullité.

à rechercher si les clauses soumises apparaissent matériellement distinctes des autres stipulations du contrat. Le fait qu'elles soient rédigées en caractères gras, ou dans une taille ou une typographie différentes peuvent guider le juge du fond, dont l'appréciation en ce domaine reste souveraine⁶⁷.

Il a été jugé que la clause insérée dans les conditions particulières (dénommées « convention spéciale » dans l'affaire en cause) « se bornant à renvoyer aux conditions générales, en prévoyant qu'«il n'est pas autrement dérogé aux clauses, conventions et exclusions des conditions générales» n'était pas soumise aux exigences de l'article L. 112-4 du code des assurances »⁶⁸.

2. L'exigence du caractère « formel et limité »

Bien que la formule soit souvent maniée comme si elle renvoyait à une notion unique dont les deux termes n'auraient pas lieu d'être dissociés, il est possible de les différencier et d'en analyser plus précisément les contours, ce à quoi s'attache la Cour de cassation dans des arrêts récents⁶⁹.

Ainsi, par des arrêts publiés du 1^{er} décembre 2022⁷⁰, rendus sur des pourvois concernant les pertes d'exploitation subies par certaines entreprises en raison des fermetures administratives ordonnées durant l'épidémie de Covid-19, arrêts qui font l'objet d'une publication au *Rapport annuel* de la Cour de cassation, la deuxième chambre civile a précisé qu'une clause d'exclusion n'est pas formelle « lorsqu'elle ne se réfère pas à des critères précis et nécessite interprétation » et qu'elle n'est pas limitée « lorsqu'elle vide la garantie de sa substance, en ce qu'après son application elle ne laisse subsister qu'une garantie dérisoire ».

a) Une exclusion précise ne nécessitant pas interprétation

La Cour de cassation a clairement exprimé, dans un arrêt de sa première chambre civile du 8 octobre 1974⁷¹, l'idée selon laquelle « le législateur veut que la portée ou l'étendue de l'exclusion soit nette, précise, sans incertitude pour que l'assuré sache exactement dans quels cas et dans quelles conditions il n'est pas garanti ».

Si la première chambre civile se référait ici plus spécifiquement à l'exigence de limitation, son arrêt traduit cependant bien la nécessité pour l'assuré d'être parfaitement en mesure, lorsqu'il prend connaissance de la clause d'exclusion de garantie, de percevoir clairement que, dans telle ou telle situation où il se trouverait placé, il ne bénéficierait pas de la couverture de l'assurance.

67. 2^e Civ., 8 avril 2004, pourvoi n° 02-14.120 ; 1^{re} Civ., 2 décembre 2003, pourvoi n° 01-10.324.

68. 2^e Civ., 26 novembre 2020, pourvoi n° 19-16.797.

69. 3^e Civ., 16 mai 2019, pourvois n° 18-12.685 et n° 18-14.334 ; 3^e Civ., 14 mai 2020, pourvoi n° 18-22.160 ; 2^e Civ., 1^{er} décembre 2022, pourvoi n° 21-19.341 ; pourvoi n° 21-19.342 ; pourvoi n° 21-19.343 et pourvoi n° 21-15.392, ces quatre arrêts étant publiés au *Bulletin* et au *Rapport annuel*.

70. 2^e Civ., 1^{er} décembre 2022, précités.

71. 1^{re} Civ., 8 octobre 1974, pourvoi n° 73-12.497, *Bull.* 1974, I, n° 253. Voir également, *infra* : 3^e Civ., 24 novembre 2016, pourvoi n° 15-25.415, *Bull.* 2016, III, n° 158.

C'est en ce sens qu'exerçant son contrôle⁷², la Cour de cassation prohibe, en une formule plus ample, l'imprécision de la clause lorsque celle-ci se réfère à des « critères imprécis et à des hypothèses non limitativement énumérées ». Il en est ainsi, notamment, lorsque la clause fait appel à des notions ou des normes trop vagues, qui nécessitent une appréciation ou une interprétation que l'assuré n'est pas en mesure de porter ou de faire.

À l'occasion des arrêts susmentionnés concernant la garantie des pertes d'exploitation liées à la pandémie due au coronavirus, la Cour de cassation a défini la clause formelle comme étant une clause précise et ne nécessitant pas interprétation⁷³.

S'il n'est pas toujours possible de discerner, en raison de la formule globale retenue par nombre d'arrêts de la Cour de cassation censurant des clauses jugées comme non « formelles et limitées » ou ne présentant pas un « caractère formel et limité », laquelle de ces deux conditions a été retenue, il apparaît néanmoins utile de citer divers de ces précédents illustrant plus spécialement l'exigence d'une exclusion de garantie formelle, qui permet de fournir à l'assuré une vision claire et précise des cas dans lesquels la garantie de l'assureur ne lui sera pas due.

À titre d'exemples, les clauses suivantes ont été invalidées à cet égard :

- la clause aux termes de laquelle l'assuré doit « veiller en bon père de famille à la préservation et à la sécurité de l'immeuble », qui ne lui permet nullement de connaître l'étendue de sa garantie⁷⁴ ; celles excluant l'indemnisation des dommages « provenant d'absence de réparation ou de défaut d'entretien caractérisé »⁷⁵ ou « dus à un défaut d'entretien caractérisé vous incombant et connu de vous »⁷⁶ ;
- la clause d'une police couvrant le risque de vol dans un appartement, qui, certes formelle et limitée en ce qu'elle exclut la garantie lorsque le vol aura été facilité par le fait de laisser les clés sur la porte, sous un paillason ou dans la boîte aux lettres, ne l'est pas en revanche en ce qui concerne la négligence consistant à laisser la clé en « tout lieu aisément accessible de l'extérieur »⁷⁷ ;
- la clause d'une assurance maladie excluant les « maladies sexuellement transmissibles », qui se réfère « non pas à une maladie clairement mentionnée dans le contrat, mais à des maladies non précisées et seulement déterminées par leur mode de contamination »⁷⁸, celle excluant de la garantie, « sans autre précision », « les maladies ou accidents occasionnés par l'alcoolisme ou par l'usage de stupéfiants hors toute prescription

72. Il s'agit en principe d'un contrôle dit « lourd », ainsi qu'en attestent par exemple les arrêts 2^e Civ., 27 avril 2017, pourvoi n° 16-15.721 et 2^e Civ., 29 mars 2018, pourvoi n° 17-21.708 (approuvant des cours d'appel d'avoir « exactement relevé » et « décidé à bon droit »).

73. Arrêts précités 2^e Civ., 1^{er} décembre 2022, pourvoi n° 21-19.341 ; pourvoi n° 21-19.342 ; pourvoi n° 21-19.343 et pourvoi n° 21-15.392, publiés au *Bulletin* et au *Rapport annuel*.

74. 1^{re} Civ., 12 mars 1993, pourvoi n° 91-17.010.

75. 2^e Civ., 5 février 2015, pourvoi n° 14-10.507.

76. 2^e Civ., 15 janvier 2015, pourvoi n° 13-19.405.

77. 1^{re} Civ., 10 décembre 1996, pourvoi n° 94-21.477, *Bull.* 1996, I, n° 442.

78. 1^{re} Civ., 4 mai 1999, pourvoi n° 97-16.924, *Bull.* 1999, I, n° 140.

médicale »⁷⁹ et celle excluant « sans autre précision », la garantie en cas d'incapacité ou d'invalidité résultant de « troubles psychiques »⁸⁰ ;

– la clause excluant de la garantie « les dommages résultant d'une inobservation volontaire ou inexcusable des règles de l'art, imputable à l'assuré, ainsi que les obligations de parachèvement incombant aux entrepreneurs dont l'assuré n'aurait pas imposé ni surveillé la réalisation lorsque cette mission lui incombe et les conséquences en résultant, ne permettait pas à l'assuré de déterminer avec précision l'étendue de l'exclusion, en l'absence de définition contractuelle du caractère volontaire ou inexcusable de l'inobservation des règles de l'art »⁸¹.

Ont en revanche été jugées formelles :

– la clause d'une police « subordonnant la garantie d'une entreprise au respect de normes définies avec précision dans un avis technique déterminé et imposant une obligation nettement définie de passation d'un contrat d'entretien »⁸² et celle excluant, en matière de dégât des eaux, l'indemnisation des « dommages provenant d'installations “de fortune” ou précaires »⁸³ ;

– la clause excluant « les seuls risques d'affections cardio-vasculaires »⁸⁴ ;

– celles excluant de la garantie les « affections de l'appareil digestif » et les « affections neuropsychiques »⁸⁵, l'ensemble des « affections non organiques » définies comme celles « ne se traduisant pas par des signes objectifs révélés par l'examen clinique ou par des examens complémentaires »⁸⁶ ;

– celles excluant « toute atteinte discale ou vertébrale et leurs conséquences »⁸⁷, « les sinistres résultant d'affections disco-vertébrales, leurs suites et leurs conséquences »⁸⁸ et « les affections disco-vertébrales lombaires, leurs suites et conséquences »⁸⁹ ;

– la clause d'une assurance de garantie d'accident excluant les « conséquences des actes et traitements thérapeutiques », jugée comme se référant à « des notions et critères précis » et comme étant « dénuée d'ambiguïté »⁹⁰ ;

– la clause excluant le « décès causé par des médicaments pris en l'absence de toute prescription médicale, fût-ce dans des quantités raisonnables et compatibles avec un usage thérapeutique »⁹¹ ;

79. 2^e Civ., 18 janvier 2006, pourvoi n° 04-17.872, *Bull.* 2006, II, n° 16.

80. 2^e Civ., 2 avril 2009, pourvoi n° 08-12.587, *Bull.* 2009, II, n° 81.

81. 3^e Civ., 24 novembre 2016, pourvoi n° 15-25.415, *Bull.* 2016, III, n° 158.

82. 1^{re} Civ., 10 décembre 1996, pourvoi n° 94-16.957, *Bull.* 1996, I, n° 442.

83. 1^{re} Civ., 7 mai 2002, pourvoi n° 99-13.375.

84. 1^{re} Civ., 20 janvier 1993, pourvoi n° 90-10.261.

85. 1^{re} Civ., 30 mai 1995, pourvoi n° 92-10.061.

86. 2^e Civ., 23 septembre 2004, pourvoi n° 03-15.801.

87. 2^e Civ., 13 janvier 2011, pourvoi n° 10-11.806.

88. 2^e Civ., 26 mars 2015, pourvoi n° 14-15.272.

89. 2^e Civ., 2 juillet 2015, pourvoi n° 14-19.967.

90. 2^e Civ., 27 avril 2017, pourvoi n° 16-15.721.

91. 2^e Civ., 29 mars 2018, pourvoi n° 17-21.708.

- la clause d’une police d’assurance automobile excluant la garantie des « dommages subis par votre véhicule lorsque le conducteur se trouve au moment du sinistre sous l’empire d’un état alcoolique tel que défini par la réglementation en vigueur ou sous l’emprise de stupéfiants ou substances non prescrits médicalement »⁹² ;
- la clause d’une police d’assurance de responsabilité d’un constructeur excluant « les erreurs d’implantation de l’ouvrage »⁹³.

L’absence de définition des termes utilisés dans une clause d’exclusion est parfois relevée par la Cour de cassation⁹⁴. Cependant, il ne saurait en être déduit qu’elle soumet l’admission du caractère formel d’une clause à la définition de ses termes par le contrat⁹⁵.

Peuvent être rattachés à l’exigence de précision de la clause les arrêts par lesquels ont été sanctionnées des clauses comportant une énumération non limitative, soit qu’elles se terminent par des points de suspension, soit qu’elles utilisent certaines locutions témoignant de leur caractère non limitatif comme « tels que », « notamment », « en particulier » ou « autres »⁹⁶. Ainsi, a été jugée non formelle et limitée la clause excluant les invalidités ou incapacités résultant de diverses affections du dos et plus généralement d’« autre mal de dos »⁹⁷.

Enfin, la jurisprudence ne permet pas de trancher la question de savoir si le caractère précis et clair d’une clause doit s’apprécier *in concreto*, en tenant compte de la capacité de l’assuré en cause à comprendre la clause litigieuse, compte tenu de ses connaissances et aptitudes, ou si cette appréciation doit se faire au regard de tout assuré⁹⁸.

S’agissant des contrats litigieux dans les arrêts précités du 1^{er} décembre 2022, prévoyant la garantie des pertes d’exploitation en cas de fermeture administrative consécutive à certaines causes, dont l’épidémie, il a été jugé qu’était formelle la clause qui excluait la couverture de ces pertes d’exploitation, « lorsque, à la date de la décision de fermeture, au moins un autre établissement, quelles que soient sa nature et son activité, fai[sai]t l’objet, sur le même territoire départemental, d’une mesure de fermeture administrative, pour une cause identique »⁹⁹.

En effet, la clause d’exclusion s’appliquait lorsque la cause de la fermeture administrative, figurant nécessairement dans une décision administrative, était la même que l’une

92. 2^e Civ., 5 mars 2015, pourvoi n° 14-11.982.

93. 3^e Civ., 24 mars 2016, pourvoi n° 15-10.396.

94. 3^e Civ., 24 novembre 2016, pourvoi n° 15-25.415, *Bull.* 2016, III, n° 158 ; 2^e Civ., 13 décembre 2012, pourvoi n° 11-22.412.

95. 2^e Civ., 19 mai 2016, pourvoi n° 15-18.477.

96. 1^{re} Civ., 9 avril 1991, pourvoi n° 88-15.648 ; 1^{re} Civ., 25 octobre 1989, pourvoi n° 87-18.391, *Bull.* 1989, I, n° 326.

97. 2^e Civ., 18 janvier 2006, pourvoi n° 04-17.279, *Bull.* 2006, II, n° 17 et 2^e Civ., 17 juin 2021, pourvoi n° 19-24.467, publié au *Bulletin* et au *Rapport annuel*.

98. Un arrêt du 7 juillet 2022 (2^e Civ., 7 juillet 2022, pourvoi n° 21-14.288, publié au *Bulletin*) fait référence à la compréhension de l’assuré au regard de ses compétences, mais l’arrêt de la Cour se borne à citer les termes de l’arrêt d’appel de sorte qu’aucune conséquence de principe ne peut en être déduit.

99. 2^e Civ., 1^{er} décembre 2022, pourvoi n° 21-19.341 ; pourvoi n° 21-19.342 ; pourvoi n° 21-19.343 et pourvoi n° 21-15.392, publiés au *Bulletin* et au *Rapport annuel*.

de celles énumérées au contrat, de sorte que les contours de l'exclusion étaient clairs, sans qu'il y ait lieu de se livrer à une analyse des termes utilisés par la garantie elle-même.

Sans pouvoir proposer une méthode infaillible ayant vocation à guider le juge du fond dans la lecture et l'analyse des clauses d'exclusion de garantie prêtant à litige, il peut être indiqué que sa propre réflexion conduit parfois la Cour de cassation à rechercher, lorsqu'il subsiste un doute sur le caractère formel d'une clause d'exclusion de garantie, si l'assureur, le plus souvent, rédacteur de la convention d'assurance, et libre d'apporter des restrictions aux garanties que la loi ne rend pas obligatoires, aurait pu – ou non – mieux définir et préciser l'exclusion qu'il a instituée, en la rédigeant en des termes plus clairs et compréhensibles.

b) Une exclusion ne vidant pas la garantie de sa substance

C'est dans un arrêt du 17 février 1987¹⁰⁰ que la Cour de cassation a retenu pour la première fois le principe selon lequel des exclusions de garantie ne doivent pas avoir pour effet d'annihiler les garanties prévues par le contrat.

Par cet arrêt, elle décidait de censurer la cour d'appel qui avait fait application de clauses d'exclusion au motif qu'elles étaient « claires et précises », en retenant que « par leur nombre et par leur étendue, ces exclusions n'étaient ni formelles ni limitées et qu'elles annulaient pratiquement toutes les garanties prévues ».

Quelques mois plus tard, la Cour rendait un arrêt énonçant en principe que « toute exclusion de garantie, qu'elle se présente de façon directe ou indirecte, fût-ce au travers des “définitions” figurant en tête de la police, ne peut qu'être formelle et limitée et ne saurait aboutir, sans retirer son objet au contrat d'assurance, à annuler dans sa totalité la garantie stipulée »¹⁰¹.

Cette condition impérative a été reprise sous diverses formulations¹⁰² mais de façon constante dans la jurisprudence de la Cour de cassation et s'exprime désormais, selon une formule la plus récente, par l'affirmation selon laquelle une clause d'exclusion de garantie ne saurait être tenue pour formelle et limitée dès lors qu'elle a pour effet de « vider la garantie de sa substance »¹⁰³.

Si la Cour de cassation ne relève pas d'office le caractère non formel ou limité d'une clause d'exclusion de garantie, et si elle n'impose pas aux juges du fond de le faire¹⁰⁴, elle s'assure en revanche que, lorsqu'ils y ont été invités, ils ont recherché si l'exclusion de garantie invoquée ne privait pas la garantie d'objet.

100. 1^{re} Civ., 17 février 1987, pourvoi n° 85-15.350, *Bull.* 1987, I, n° 55.

101. 1^{re} Civ., 23 juin 1987, pourvoi n° 85-17.010, *Bull.* 1987, I, n° 202.

102. Suppression de toutes garanties, perte d'objet... pour exemple : 1^{re} Civ., 21 mai 1990, pourvoi n° 87-16.299, *Bull.* 1990, I, n° 114, énonçant que « ne peuvent recevoir application les exclusions qui annulent les effets de la garantie formellement accordée par la police ».

103. Pour une application récente : 2^e Civ., 26 novembre 2020, pourvoi n° 19-16.435, publié au *Bulletin*.

104. 1^{re} Civ., 14 octobre 1997, pourvois n° 95-17.438 et n° 95-19.868.

À titre d'exemples, la Cour de cassation a jugé que n'étaient pas limitées :

- la clause d'un contrat garantissant la responsabilité d'une entreprise excluant « les frais qu'il est nécessaire d'engager pour retirer, réparer, améliorer, remplacer ou refaire les produits, matériels ou travaux réalisés et/ou facturés par l'assuré dans le cadre du même marché concerné par le sinistre » ainsi que le risque d'entreprise, et ne laissant dans le champ de la garantie que les dommages causés aux tiers du fait de l'activité professionnelle de l'assuré. De telles dispositions revenaient à vider le contrat de sa substance et n'étaient ainsi ni formelles ni limitées « dans la mesure où elles excluraient de la garantie, si elles étaient reconnues valides, l'ensemble de l'activité de l'entreprise »¹⁰⁵ ;
- la clause d'un contrat couvrant les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile professionnelle de l'assuré pour des dommages « consécutifs à des dommages corporels et matériels garantis subis par autrui avant la livraison de biens », qui revenait à exclure tout sinistre en rapport avec l'activité d'exploitation de son entreprise par l'assuré¹⁰⁶.

La question s'est longtemps posée de savoir si la clause non limitée est celle qui annihile toute la garantie ou celle qui n'en laisse subsister « pratiquement rien », qui ne maintient qu'une garantie « dérisoire » ou « illusoire » ou qui rend très peu probable que la garantie puisse s'appliquer.

C'est dans le sens de cette dernière solution, qui a les faveurs de la doctrine majoritaire, que la Cour de cassation vient de se prononcer très clairement par ses arrêts précités du 1^{er} décembre 2022, dans lesquels figure le chapeau suivant : « Une clause d'exclusion n'est pas limitée lorsqu'elle vide la garantie de sa substance, en ce qu'après son application, elle ne laisse subsister qu'une garantie dérisoire »¹⁰⁷.

On précisera enfin que l'analyse de ce qui subsiste de la garantie après mise en œuvre d'une exclusion s'apprécie en principe, pour un contrat comportant plusieurs types de garanties distinctes, garantie par garantie¹⁰⁸.

3. La sanction des clauses non conformes

La clause d'exclusion de garantie non formelle et limitée est-elle : inopposable, réputée non écrite, ou nulle ? En partie, ou en totalité ?

a) La nature de la sanction

Aucun pourvoi n'a jamais invité la Cour de cassation à se prononcer expressément sur la nature de la sanction et la plupart des arrêts se bornent à relever que les clauses ne sont pas formelles et/ou limitées.

105. 2^e Civ., 5 juin 2008, pourvoi n° 07-16.045.

106. 2^e Civ., 11 juin 2009, pourvois n° 08-12.843 et n° 08-13.016.

107. Arrêts précités 2^e Civ., 1^{er} décembre 2022, pourvoi n° 21-19.341 ; pourvoi n° 21-19.342 ; pourvoi n° 21-19.343 et pourvoi n° 21-15.392, publiés au *Bulletin* et au *Rapport annuel*.

108. 2^e Civ., 9 février 2012, pourvoi n° 10-31.057, *Bull.* 2012, II, n° 22 ; 2^e Civ., 1^{er} décembre 2022, précités.

Cependant, quelques arrêts concluent que de telles clauses doivent être « réputée[s] non écrite[s] »¹⁰⁹.

D'autres se bornent à conclure – de façon juridiquement plus neutre – que la clause d'exclusion de garantie, n'étant pas formelle et limitée, ne peut « recevoir application »¹¹⁰.

Toutefois, il est assez traditionnellement admis qu'en exigeant que les exclusions de garantie soient formelles et limitées, l'article L. 113-1 du code des assurances énonce des conditions de validité¹¹¹ qui s'ajoutent à l'exigence purement formelle posée par l'article L. 112-4, en sorte que, par effet de parallélisme, il pourrait en être conclu que la nullité est la sanction qui doit s'attacher à la méconnaissance de cette exigence. C'est ce qu'a jugé explicitement la Cour de cassation dans certains arrêts¹¹².

b) La mesure de la sanction

Si certains arrêts¹¹³ avaient pu être interprétés comme permettant la validation partielle d'une clause comportant une expression non formelle et limitée, la deuxième chambre civile a rendu très récemment un arrêt qui, invalidant une clause d'exclusion de garantie en ce qu'elle visait les « affections psychiques », a fait le choix d'étendre la sanction à l'intégralité de la clause alors pourtant qu'elle incluait spécifiquement, dans ces affections, les « dépressions nerveuses » telle celle dont l'assuré était précisément atteint¹¹⁴. Par un raisonnement inspiré de la jurisprudence communautaire relative aux clauses abusives¹¹⁵, il a été considéré qu'il n'appartenait pas au juge de « réviser » le contenu d'une clause affectée d'une cause de nullité pour la rendre conforme aux exigences légales.

Outre la possibilité pour les parties au contrat d'assurance de stipuler que, dans certaines circonstances, la garantie ne sera pas due, le législateur a de longue date considéré que certains comportements de l'assuré, ayant conduit à la réalisation du dommage, justifient une absence de garantie. Tel est le cas, lorsque les dommages proviennent d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré.

109. 2^e Civ., 8 octobre 2009, pourvoi n° 08-13.149 ; 1^{re} Civ., 10 juillet 1995, pourvoi n° 91-19.319, *Bull.* 1995, I, n° 308 ; 1^{re} Civ., 4 mai 1999, pourvoi n° 97-16.924, *Bull.* 1999, I, n° 140.

110. 2^e Civ., 26 novembre 2020, pourvoi n° 19-16.435, publié au *Bulletin* ; 2^e Civ., 15 janvier 2015, pourvoi n° 13-19.405 ; 2^e Civ., 5 février 2015, pourvoi n° 14-10.507 ; 2^e Civ., 9 février 2012, pourvoi n° 10-31.057, *Bull.* 2012, II, n° 22.

111. 1^{re} Civ., 12 mai 1993, pourvoi n° 91-17.010.

112. 1^{re} Civ., 13 novembre 2002, pourvoi n° 98-15.967 ; 3^e Civ., 26 novembre 2003, pourvoi n° 01-16.126, *Bull.* 2003, III, n° 205 ; 3^e Civ., 24 novembre 2016, pourvoi n° 15-25.415, *Bull.* 2016, III, n° 158.

113. Notamment 1^{re} Civ., 10 décembre 1996, pourvoi n° 94-16.957, *Bull.* 1996, I, n° 442 ; 2^e Civ., 7 mars 2019, pourvoi n° 18-10.199.

114. 2^e Civ., 31 mars 2022, pourvoi n° 19-24.847 ; voir également, pour une clause non formelle et limitée et ne pouvant recevoir application dès lors qu'elle mentionne : « et autre “mal de dos” », peu important que l'affection dont est atteint l'assuré soit l'une de celles précisément énumérées à la clause : 2^e Civ., 17 juin 2021, pourvoi n° 19-24.467, publié au *Bulletin* et au *Rapport annuel*.

115. CJUE, gde ch., arrêt du 26 mars 2019, *Abanca Corporación Bancaria*, C-70/17 et C-179/17.

II. L'EXCLUSION LÉGALE : LA FAUTE INTENTIONNELLE OU DOLOSIVE

Si la garantie du dommage causé par la faute de l'assuré est la règle, une exclusion légale a été prévue dès la loi fondatrice du droit des assurances du 13 juillet 1930, s'agissant de sa faute intentionnelle. En effet, l'article 12, alinéa 2, de ladite loi, qui est repris dans les mêmes termes au second alinéa de l'article L. 113-1 du code des assurances, disposait que « l'assureur ne répond pas [...] des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré ». Ce faisant, la loi reprenait, en lui donnant des contours différents, la jurisprudence de la Cour de cassation¹¹⁶.

Cette disposition a, pendant longtemps, été considérée comme instituant une exclusion légale « moniste subjective ». « Moniste » car il n'y avait qu'une seule faute intentionnelle susceptible d'exclure la garantie et « subjective » puisque c'est la volonté de l'assuré, analysée *in concreto*, de causer, par sa faute, le dommage tel qu'il s'est réalisé, qu'il fallait caractériser, pour que l'assureur puisse prétendre à l'inassurabilité du dommage occasionné par une telle faute¹¹⁷.

Cette conception, qui a fait l'objet de critiques sévères de la part de la doctrine spécialisée en droit des assurances, qui lui reprochait de permettre la couverture de dommages nés de comportements, notamment de professionnels, constituant une prise de risque délibérée, a évolué, en jurisprudence, depuis une dizaine d'années, vers une analyse dualiste de la faute intentionnelle et dolosive.

A. L'identité des fautes intentionnelle et dolosive

1. La théorie classique de l'identité des fautes intentionnelle et dolosive

Dans le vocabulaire juridique d'Henri Capitant¹¹⁸ la faute délictuelle est définie « par opposition à [la] faute quasi délictuelle » comme la « faute accomplie avec [l'] intention de causer le dommage ».

116. Cass. civ., 15 mars 1876, *Bull.* 1876, I, n° 31 ; S. 1876, I, p. 337.

117. La jurisprudence est ancienne et constante. Parmi des arrêts abondants :

– 1^{re} Civ., 24 janvier 1966, *Bull.* 1966, I, n° 51 : L'assuré qui, voulant se suicider par le gaz, laisse s'accumuler une importante masse de gaz, ne recherche pas les dommages occasionnés à l'immeuble. Il commet seulement une faute lourde qui reste assurable.

– 1^{re} Civ., 19 juin 1967, *Bull.* 1967, I, n° 224 : « le fait intentionnel qui suppose que son auteur a voulu réaliser l'acte dommageable, ne peut se confondre avec le fait simplement volontaire d'un auteur qui n'en attendait pas les conséquences ». Dans le même sens : 1^{re} Civ., 5 janvier 1970, pourvoi n° 68-10.389, *Bull.* 1970, I, n° 2.

118. H. Capitant (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 1930, p. 250.

Georges Brière de L'Isle¹¹⁹ indique qu'« il est clair que la faute, même consciente, ne peut être qualifiée d'intentionnelle que si l'on relève chez son auteur la volonté de causer le dommage ».

M. Jean Bigot¹²⁰ précise que, « dans la conception classique, il n'y a pas de différence entre le dol, en matière contractuelle, et la faute intentionnelle, en matière délictuelle : l'un et l'autre supposent l'intention de nuire à autrui ou au cocontractant [...] ».

Dans leur traité, les professeurs Maurice Picard et André Besson¹²¹ qualifient la faute dolosive de faute intentionnelle car c'est la même notion.

C'est la recherche du résultat dommageable qui caractérise aussi bien la faute intentionnelle que la faute dolosive car c'est elle qui, supprimant l'aléa, « justifie l'exclusion de la garantie de l'assureur »¹²².

La présentation du projet de loi établi à partir des travaux réalisés par la commission présidée par Henri Capitant, déposé sur le bureau de la Chambre des députés le 7 avril 1925¹²³, témoigne de cette conception. On lit, sous l'article 12 de ce qui deviendra la loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance¹²⁴ que « Seule la faute intentionnelle n'est pas prise en charge par l'assureur, et l'expression "dolosive" n'ajoute rien au terme "intentionnelle". Ces deux qualifications données à la faute exclue de la garantie de l'assureur sont équivalentes, elles répondent à la même notion : tout dommage causé avec intention est dolosif, le dol est un manquement intentionnel à une obligation. L'assurance du dol n'est pas seulement contraire à l'ordre public et à la morale, elle est impossible, parce qu'il n'y a plus de risque, c'est-à-dire plus d'éventualité fortuite, quand il y a dol : on est en présence d'une éventualité purement potestative que l'assureur ne peut couvrir »¹²⁵.

Les travaux parlementaires ne révèlent pas que les rédacteurs de la loi de 1930 aient entendu contredire l'analyse juridique de ses rapporteurs, aux termes de laquelle l'expression « dolosive » n'ajoutait rien à celle d'« intentionnelle »¹²⁶.

119. G. Brière de L'Isle, « La faute intentionnelle (À propos de l'assurance de la responsabilité civile professionnelle) », *D.* 1973, chron. p. 259, spéc. p. 260.

120. J. Bigot, « Assurances de responsabilité : les limites du risque assurable », *RGAT* 1978, t. 49, n° 2, p. 169, spéc. p. 179.

121. M. Picard et A. Besson, *Les assurances terrestres en droit français. Le contrat d'assurance*, t. premier, LGDJ, 3^e éd., 1970, n° 66.

122. G. Brière de L'Isle, « La faute intentionnelle (À propos de l'assurance de la responsabilité civile professionnelle) », *D.* 1973, chron. p. 259, spéc. p. 263.

123. Projet de loi relatif au contrat d'assurance, déposé par Justin Godart sur le bureau de la Chambre des députés le 7 avril 1925, *JORF*, 13 mai 1925, Doc. AN., n° 1544, p. 637 et s.

124. *JORF*, 13 mai 1925, Doc. AN, n° 1544, p. 640.

125. Dans leur ouvrage, J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, indiquent que « Agir – ou s'abstenir – intentionnellement, c'est "le faire exprès". C'est pourquoi l'on dit, classiquement, que la faute intentionnelle est caractérisée par l'intention de nuire », *Les obligations*, 2. *Le fait juridique*, Dalloz, 13^e éd., 2009, n° 110, p. 126.

126. *Contra* : S. Abravanel-Jolly, « La faute intentionnelle ou dolosive en droit des assurances », *Bjda* 2019, n° 66.

Le législateur de 1930 apparaît ainsi, très clairement, « moniste ». Il n'y a qu'une seule faute intentionnelle, qui est autrement dénommée dol lorsque l'obligation méconnue, au détriment de la victime du dommage, est contractuelle. Et elle est « subjective ». Puisque c'est l'intention de l'auteur de la faute de causer le dommage qui doit être caractérisée.

2. Les tentatives avortées pour créer un dualisme au sein de la faute intentionnelle

Sur la longue durée, la jurisprudence a maintenu à la faute intentionnelle et dolosive, en droit des assurances, son caractère univoque et subjectif. Cependant, quelques tentatives de faire évoluer cette conception avaient vu le jour, vite abandonnées, jusqu'à l'époque récente.

Dans le domaine du droit commun des contrats, dans l'intérêt des victimes de manquements contractuels, la jurisprudence a retenu une nouvelle définition de la faute dolosive, pour la première fois, par un arrêt rendu le 4 février 1969, afin d'écartier, sur le fondement de l'article 1150 du code civil¹²⁷, la limitation de responsabilité résultant d'une clause pénale. Dans cet arrêt¹²⁸, la Cour de cassation, a ainsi retenu que « le débiteur commet une faute dolosive lorsque, de propos délibéré, il se refuse à exécuter ses obligations contractuelles, même si ce refus n'est pas dicté par l'intention de nuire à son cocontractant ».

Par plusieurs arrêts rendus au début des années 1970, en matière de responsabilité notariale, la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé que l'assureur d'un notaire pouvait refuser de prendre en charge les condamnations prononcées contre celui-ci en application de l'article 12 de la loi du 13 juillet 1930, même si le dommage subi par ses clients n'avait pas été l'objectif recherché par le notaire.

Dans un arrêt du 10 février 1972¹²⁹, notamment, la Cour de cassation a relevé que la cour d'appel qui avait retenu qu'un notaire avait « pris volontairement un risque et accepté l'éventualité d'un préjudice », avait pu « décider qu'il avait commis une faute intentionnelle » au sens de l'article 12 de la loi du 13 juillet 1930.

Cette jurisprudence a, ainsi, modifié la définition de la faute intentionnelle inassurable, et la doctrine y a vu la création d'une nouvelle faute « dolosive », en droit des

127. L'article 1150 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, prévoyait : « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée. » Le nouvel article 1231-3 du code civil, issu de ladite ordonnance, intégrant la jurisprudence qui, dans le droit commun (mais pas en droit des assurances), assimile la faute lourde au dol dispose désormais : « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive. »

128. 1^{re} Civ., 4 février 1969, *Bull.* 1969, I, n° 60.

129. 1^{re} Civ., 10 février 1972, pourvoi n° 70-13.531, *Bull.* 1972, I, n° 45, *JCP G* 1972, II, 17201, note M. Dagot ; *D.* 1972, p. 709, note J.-L. Aubert. La notion de faute dolosive autonome n'est pas évoquée. C'est la définition de la faute intentionnelle qui est modifiée, dans le domaine de la responsabilité professionnelle notariale.

assurances. M. Jacques Ghestin, notamment, analysant cette jurisprudence¹³⁰, a considéré que, dès lors que les parties étaient liées par un contrat et que c'est avec mauvaise foi que l'auteur de la faute avait violé ses obligations contractuelles, on se trouvait, alors, en présence de la faute dolosive envisagée par le législateur dans l'article L. 113-1 du code des assurances. Georges Brière de L'Isle¹³¹ a critiqué cette jurisprudence analysée comme rendant inassurable la faute lourde, *contra legem*.

Par ailleurs, un arrêt isolé et non publié rendu en 2005¹³², également dans le domaine de la responsabilité contractuelle, a pu être analysé comme faisant prévaloir une conception objective de la faute intentionnelle, caractérisée par un manquement délibéré de l'assuré à ses obligations contractuelles préexistantes, avec une « prise de risque consciente », se trouvant à l'origine d'un dommage inéluctable dont il « ne pouvait pas ne pas être conscient ». Par cet arrêt, il a été jugé, alors que le dommage n'avait pas été voulu par l'assuré, qui avait seulement pris un risque délibéré, que, dès lors que « tout aléa avait disparu », la faute intentionnelle de l'assuré se trouvait caractérisée, déchargeant l'assureur de son obligation de garantie.

Après ces brèves tentatives d'élargissement de la faute intentionnelle à la prise de risque délibéré, par un professionnel, de la survenance du dommage qu'il n'avait pas voulu, la jurisprudence est, pour longtemps, revenue à la conception traditionnelle, « moniste » et « subjective »¹³³, de la faute intentionnelle, en droit des assurances¹³⁴. On lit ainsi, dans un arrêt parfois qualifié de « fondateur »¹³⁵ bien que reprenant une solution classique, du 10 avril 1996¹³⁶, qu'au sens de l'article L. 113-1, alinéa 2, du code des assurances « la faute intentionnelle qui exclut la garantie de l'assureur est celle qui suppose la volonté de causer le dommage et pas seulement d'en créer le risque ». Ce retour à l'esprit de la loi du 13 juillet 1930 a longtemps constitué l'état du droit positif.

*

130. J. Ghestin, « La faute intentionnelle du notaire dans l'exécution de ses obligations contractuelles et l'assurance responsabilité », *D.* 1974, chron. p. 31.

131. G. Brière de L'Isle, « La faute intentionnelle (À propos de l'assurance de la responsabilité civile professionnelle) », *D.* 1973, chron. p. 259. L'auteur explique que les victimes n'ont pas eu à pâtir de l'inassurabilité des fautes des notaires puisqu'elles ont pu bénéficier de la caisse de garantie des notaires.

132. 2^e Civ., 22 septembre 2005, pourvoi n° 04-17.232.

133. Dès l'année 2006, la deuxième chambre civile, pour caractériser la faute intentionnelle commise par un avocat, réaffirme que l'assureur devait sa garantie à ce professionnel, sauf à ce que soit caractérisée « l'intention de causer le dommage tel qu'il est survenu » (2^e Civ. 24 mai 2006, pourvoi n° 03-21.024).

134. 1^{re} Civ., 29 octobre 1985, pourvoi n° 84-14.039, *Bull.* 1985, I, n° 272. Et, en matière d'assurance de la responsabilité professionnelle notariale : 1^{re} Civ., 3 janvier 1991, pourvoi n° 88-16.637 ; 2^e Civ., 1^{er} juillet 2010, pourvoi n° 09-10.590, *Bull.* 2010, II, n° 129, *D.* 2010, chron. p. 2102, n° 10, note H. Adida-Canac et S. Grignon Dumoulin ; 3^e Civ., 30 mars 2010, pourvois n° 09-12.652 et n° 09-13.307.

135. Par S. Abravanel-Jolly, « La faute intentionnelle ou dolosive en droit des assurances », *Bjda* 2019, n° 66.

136. 1^{re} Civ., 10 avril 1996, pourvoi n° 93-14.571, *Bull.* 1996, I, n° 172 ; 1^{re} Civ., 25 mars 1980, pourvoi n° 78-16.137, *Bull.* 1980, I, n° 97.

Cependant, la définition stricte de la faute intentionnelle a suscité des critiques doctrinales, notamment en matière d'assurance de responsabilité professionnelle, au motif que « les conditions de la faute intentionnelle subjective ne [peuvent] jamais être réunies pour cette assurance », puisqu'on ne peut « imaginer un professionnel quelconque, assuré en RC contractuelle, vouloir causer le dommage tel qu'il est survenu à son client [...] Qu'il soit incompetent peut-être, mais il n'agit certainement pas dans l'intention de nuire »¹³⁷.

La doctrine a relevé que, pour décharger l'assureur des fautes délibérées commises par son assuré, « deux voies étaient envisageables : l'une, conventionnelle, consistant à autoriser l'assureur à stipuler une exclusion de garantie en cas de violation consciente de ses obligations par l'assuré ; l'autre, légale, visant à priver l'assuré de sa garantie sur le fondement de l'exclusion d'ordre public de la faute intentionnelle »¹³⁸.

Les assureurs ont donc tenté, au travers de « l'insertion dans les polices de clauses d'exclusion, d'écarter leur garantie dans l'hypothèse où, selon des formules contractuelles variées mais au fond similaires, les dommages résultent "d'une inobservation inexcusable des règles de l'art"¹³⁹ »¹⁴⁰, sont « la conséquence prévisible et inévitable des modalités de l'exécution du travail choisies par l'assuré »¹⁴¹ ou encore sont « non aléatoires comme ceux découlant inévitablement de la nature du travail et des modalités d'exécution des travaux fixées par l'assuré, notamment s'il n'a pas observé, de façon raisonnable, les règles de l'art définies dans les documents techniques des organismes compétents, à caractère officiel, ou à défaut par la profession »¹⁴².

Mais cette voie s'est avérée délicate, en raison des vices rédactionnels affectant souvent de telles clauses, insuffisamment claires et précises pour pouvoir être considérées comme répondant à l'exigence que les clauses d'exclusion soient « formelle[s] et limitée[s] »¹⁴³.

Dans les assurances de choses, les assureurs ont également essayé d'exclure de la garantie les fautes volontaires des assurés, caractérisant une prise de risque délibérée de leur part, à l'origine de dommages non recherchés mais provoqués par un comportement volontaire blâmable. Des clauses diverses, mais à la teneur similaire, ont, ainsi, entendu exclure les dommages « intentionnellement causés et provoqués ».

Si, dans un premier temps, un arrêt a pu estimer que ces clauses étaient licites et ne nécessitaient pas d'être interprétées pour exclure de la garantie y compris les dommages non voulus par l'assuré mais résultant d'une action volontaire de sa part¹⁴⁴, la

137. Notamment, S. Abravanel-Jolly, « La faute intentionnelle ou dolosive en droit des assurances », *Bjda* 2019, n° 66.

138. Cf. à ce sujet : M. Asselain, « Violation délibérée de ses obligations professionnelles par l'assuré : à la recherche d'une sanction », *Resp. civ. et assur.* avril 2009, étude 6.

139. 1^{re} Civ., 8 octobre 1974, pourvoi n° 73-12.497, *Bull.* 1974, I, n° 253.

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

141. 1^{re} Civ., 28 février 1984, pourvoi n° 83-11.123, *Bull.* 1984, I, n° 72.

142. 3^e Civ., 15 décembre 1999, pourvoi n° 98-13.776.

143. Article L. 113-1 du code des assurances.

144. 2^e Civ., 18 octobre 2012, pourvoi n° 11-23.900.

jurisprudence a, depuis, adopté avec constance une position contraire¹⁴⁵, récemment réaffirmée dans deux arrêts rendus en formation de section du 20 janvier 2022, publiés, aux termes desquels elle a rappelé qu'une clause d'exclusion « ne peut être tenue pour formelle et limitée, au sens de l'article L. 113-1, alinéa 1, du code des assurances, dès lors qu'elle doit être interprétée »¹⁴⁶.

Dans ce contexte, des interrogations émergeaient quant à une évolution de la faute légalement inassurable.

B. La prise d'autonomie de la faute dolosive comme seconde exclusion légale de garantie

1. L'apparition d'une faute dolosive autonome

a) Les premiers arrêts sur le terrain d'élection du dol

C'est dans le domaine contractuel, terrain naturel du dol, que les deux premiers arrêts conférant une autonomie à la faute dolosive ont été rendus.

La troisième chambre civile, par un arrêt du 7 octobre 2008¹⁴⁷, non publié, a initié ce courant jurisprudentiel. Dans cette affaire, une société, à qui un refus de garantie avait été opposé, soutenait qu'elle n'avait pas « voulu le dommage tel qu'il s'était réalisé » au détriment de son cocontractant. Mais son pourvoi a été rejeté parce que, s'étant « volontairement abstenue d'exécuter les travaux conformément aux prévisions contractuelles », et ayant « délibérément violé par dissimulation ou par fraude ses obligations contractuelles, sans ignorer que des désordres allaient apparaître très rapidement », la cour d'appel avait pu déduire de ces manquements délibérés qu'ils « constituaient une faute dolosive ayant pour effet de retirer aux contrats d'assurance leur caractère aléatoire ».

Plusieurs auteurs¹⁴⁸ ont approuvé cette solution, qui exige « la conscience, chez l'assuré, du caractère inéluctable du dommage », en présence d'une « faute lucrative qui ne dit pas son nom »¹⁴⁹, commise par un professionnel.

145. 2^e Civ., 12 juin 2014, pourvois n° 13-15.836, n° 13-16.397, n° 13-17.509, n° 13-21.386 et n° 13-25.565 ; *Resp. civ. et assur.* octobre 2014, comm. 321, note H. Groutel.

146. 2^e Civ., 20 janvier 2022, pourvoi n° 20-10.529, publié au *Bulletin* et 2^e Civ., 20 janvier 2022, pourvoi n° 20-13.245, publié au *Bulletin*.

147. 3^e Civ., 7 octobre 2008, pourvoi n° 07-17.969 ; *RGDA* octobre 2008, p. 912, note J. Kullmann.

148. J. Kullmann, « Assurances en général », *RGDA* octobre 2008, p. 912, et J. Bigot, « Assurance construction », *RGDA* janvier 2008, p. 130. Mme Abravenel-Joly indique ainsi qu'« avec d'autres auteurs, nous estimons que l'essence de l'assurance n'est pas de garantir des dommages causés par le comportement malhonnête ou délibéré de l'assuré », « La faute intentionnelle ou dolosive en droit des assurances », *Bjda* 2019, n° 66.

149. R. Bigot, « La faute intentionnelle ou le phœnix de l'assurance de responsabilité civile professionnelle », *RLDC* avril 2009, n° 59.

Cette solution n'a toutefois pas eu d'autre suite, dans la jurisprudence de la troisième chambre civile, qui est revenue à la conception « moniste subjective » de la faute intentionnelle, par la suite¹⁵⁰.

C'est par un arrêt du 28 février 2013¹⁵¹ que la deuxième chambre civile a, clairement, marqué l'autonomie de la faute dolosive. Dans un litige qui s'inscrivait, là encore, dans un contexte contractuel, elle a rejeté le pourvoi formé par l'assureur d'un fournisseur d'équipement, qui déniait sa garantie, en relevant que la cour d'appel avait fait ressortir, « d'une part, que l'assuré n'avait pas eu la volonté de créer les dommages tels qu'ils étaient survenus, d'autre part, que ses actes et comportement n'avaient pas fait disparaître tout aléa du seul fait de la volonté de l'assuré », de sorte qu'elle avait « pu déduire 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 ».

M. Jean Bigot¹⁵² a approuvé cette solution, en considérant que la faute dolosive est une notion « probablement moins floue que la faute intentionnelle, si l'on veut bien la rapprocher de sa source naturelle : le droit civil. Elle n'est pas dirigée contre l'assureur, mais contre le cocontractant de l'assuré et au profit de l'assuré : il veut tirer un avantage illicite du contrat en se soustrayant frauduleusement à ses obligations contractuelles : il dissimule à son client la non-conformité, la défectuosité ou le contenu de ses prestations, en rendant certaine la réclamation de celui-ci ».

Autonome par rapport à la faute intentionnelle, la faute dolosive, avec les arrêts précités, ne l'est pas encore par rapport au contrat.

b) La généralisation de cette nouvelle notion hors du champ de la responsabilité contractuelle

Par un arrêt du 12 septembre 2013¹⁵³, la deuxième chambre civile a qualifié de faute dolosive la faute d'un assuré qui n'était pas contractuelle puisque l'assuré était la seule victime des dommages causés à son propre véhicule résultant de ce qu'il avait volontairement tenté de franchir un cours d'eau. Le sommaire de l'arrêt indique que « la cour d'appel qui, constatant qu'un assuré, bien que n'ayant pas recherché les conséquences dommageables qui en étaient résultées, avait volontairement tenté de franchir le cours d'une rivière avec un véhicule non adapté à cet usage, a pu retenir que l'assuré avait commis une faute dolosive » au sens de l'article L. 113-1 du code des assurances.

M. Jérôme Kullmann¹⁵⁴ s'est alors interrogé sur une « double autonomie de la faute dolosive », en droit des assurances, par rapport à la faute intentionnelle, d'une part, et par rapport à la responsabilité contractuelle, d'autre part.

150. 3^e Civ., 1^{er} juillet 2015, pourvois n^o 14-19.826 et n^o 14-50.038 ; 3^e Civ., 1^{er} juillet 2015, pourvois n^o 14-10.210, n^o 14-11.971, n^o 14-13.403 et n^o 14-17.230.

151. 2^e Civ., 28 février 2013, pourvoi n^o 12-12.813, *Bull.* 2013, II, n^o 44.

152. J. Bigot, A. Péliissier et L. Mayaux, « Faute intentionnelle, faute dolosive, faute volontaire : le passé, le présent et l'avenir », *RGDA* février 2015, p. 75.

153. 2^e Civ., 12 septembre 2013, pourvoi n^o 12-24.650, *Bull.* 2013, II, n^o 168.

154. 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 », *RGDA* septembre 2020, p. 7.

Mme Anne Péliissier¹⁵⁵, relevant que la faute dolosive, dans la jurisprudence de la deuxième chambre civile, s'est « émancipée » et « évadée » de « la seule relation contractuelle », a indiqué qu'il n'y aurait aucune difficulté à ce que la faute dolosive revête ainsi une « définition spécifique en droit des assurances ».

Si donc un contrat existe, entre l'assuré et la victime du dommage, c'est le manquement délibéré au contrat¹⁵⁶ avec la conscience qu'un dommage en résultera inéluctablement pour le cocontractant, qui caractérise la faute dolosive mais, en l'absence d'un tel contrat entre l'assuré et la victime du dommage¹⁵⁷, c'est l'acte commis délibérément avec la conscience qu'un dommage en résultera, pour un tiers victime, qui caractérise la faute dolosive. Et ce sans qu'on doive en passer, dans ce dernier cas, par la caractérisation d'une faute contractuelle de l'assuré à l'égard de son propre assureur.

2. La stabilisation de la définition de la faute dolosive inassurable

L'arrêt précité du 12 septembre 2013 avait pu faire naître une interrogation puisque la Cour de cassation y avait jugé que la cour d'appel, qui avait énoncé que la faute commise « faussait l'élément aléatoire attaché à la couverture du risque », avait pu retenir que le conducteur qui « avait volontairement tenté de franchir le cours de rivière avec un véhicule non adapté à cet usage [...] avait ainsi commis une faute dolosive excluant la garantie de l'assureur »¹⁵⁸.

Or, si la simple prise d'un risque « faussant » l'aléa avait dû suffire pour caractériser la faute dolosive inassurable, la définition donnée à cette dernière aurait été assez comparable à celle de la faute inexcusable, qui, en assurance maritime¹⁵⁹ ou en droit aérien¹⁶⁰, est « la faute délibérée qui implique la conscience de la probabilité du dommage et son acceptation téméraire sans raison valable ».

Un auteur¹⁶¹, soulignant le risque qu'une telle « interprétation excessivement élargie de l'article L. 113-1 [du code des assurances] ferait courir aux victimes [...] de perdre le bénéfice de l'assurance », a fait observer que « 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 ».

155. J. Bigot, A. Péliissier et L. Mayaux, « Faute intentionnelle, faute dolosive, faute volontaire : le passé, le présent et l'avenir », *RGDA* février 2015, p. 75.

156. En l'absence d'un tel manquement délibéré, il n'y a pas dol. Cf. 2^e Civ., 4 février 2016, pourvoi n° 15-10.363.

157. Par exemple tous les arrêts précités qui concernent les assurés suicidaires ayant occasionné des dommages à des tiers victimes avec lesquels ils n'étaient pas liés par contrat.

158. 2^e Civ., 12 septembre 2013, pourvoi n° 12-24.650, *Bull.* 2013, II, n° 168.

159. Loi n° 66-420 du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes.

160. Article L. 6421-4, alinéa 2, du code des transports.

161. 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.

Un arrêt du 25 octobre 2018¹⁶² est venu préciser que c'est bien la disparition totale de l'aléa qui caractérise la faute dolosive, avec la conscience, chez l'assuré, du caractère inéluctable du dommage.

Dans deux arrêts rendus le 20 mai 2020¹⁶³, la deuxième chambre civile a réaffirmé l'autonomie des deux fautes en énonçant qu'une cour d'appel avait retenu « exactement » que « la faute intentionnelle et la faute dolosive, au sens de l'article L. 113-1 du code des assurances, sont autonomes, chacune justifiant l'exclusion de garantie dès lors qu'elle fait perdre à l'opération d'assurance son caractère aléatoire »¹⁶⁴.

Dans l'un des deux pourvois¹⁶⁵, la deuxième chambre civile a considéré que la cour d'appel avait pu déduire la commission d'une faute dolosive du fait que l'assuré, en usant d'un mode opératoire dépassant « très largement ce qui était nécessaire » pour se suicider, avait eu « la volonté de provoquer une forte explosion » qui rendait l'incendie subséquent de l'immeuble inévitable, ce qu'il ne pouvait pas ignorer. Dans le second pourvoi¹⁶⁶, la Cour de cassation juge qu'une cour d'appel « caractérise l'absence de faute dolosive », dès lors que rien ne permettait de conclure que l'assuré, qui s'était jeté sous le train arrivant en gare pour mettre fin à ses jours, « avait conscience des conséquences dommageables de son acte pour la SNCF », de sorte que le contrat d'assurance n'avait de ce fait pas perdu « tout caractère aléatoire ».

Plusieurs arrêts ont, depuis, confirmé cette approche et les juges du fond voient leurs décisions cassées s'ils s'abstiennent de rechercher si l'assuré fautif avait « conscience » du « caractère inéluctable du dommage » subi par la victime¹⁶⁷. La définition de la faute dolosive s'est, ainsi, stabilisée autour de la formule suivante, dans un arrêt publié du 20 janvier 2022¹⁶⁸ : « La faute dolosive s'entend d'un acte délibéré de l'assuré commis avec la conscience du caractère inéluctable de ses conséquences dommageables. »

La faute dolosive n'est donc pas une faute objective puisqu'elle ne résulte pas du seul constat de la disparition totale de l'aléa. S'y ajoute un élément subjectif, analysé *in concreto*, tenant au fait que l'assuré doit avoir eu la conscience de ce que, inéluctablement,

162. 2^e Civ., 25 octobre 2018, pourvoi n° 16-23.103, publié au *Bulletin*.

163. 2^e Civ., 20 mai 2020, pourvoi n° 19-11.538, publié au *Bulletin* ; 2^e Civ., 20 mai 2020, pourvoi n° 19-14.306, publié au *Bulletin* ; *JCP G* 2020, doct. 1268, n° 2, note M. Bacache ; *D.* 2020, chron. p. 2198, n° 3, note N. Touati et C. Bohnert ; *JCP E* 2020, 1413, n° 5, note P.-G. Marly ; *Resp. civ. et assur.* octobre 2020, comm. 178, note D. Bakouche ; *Gaz. Pal.* 27 octobre 2020, p. 46, note D. Noguéro ; *RGDA* septembre 2020, p. 7, note J. Kullmann ; *RD bancaire et financier* juillet 2020, comm. 82, note N. Leblond ; *JCP G* 2020, act. 950, note L. Mayaux ; *Gaz. Pal.* 7 juillet 2020, p. 10, note A. Touzain ; *JCP G* 2020, doct. 768, n° 20, note J. Kullmann.

164. 2^e Civ., 20 mai 2020, pourvoi n° 19-11.538, publié au *Bulletin*.

165. Même arrêt.

166. 2^e Civ., 20 mai 2020, pourvoi n° 19-14.306, publié au *Bulletin*.

167. Cela vaut aussi bien en matière d'assurance de responsabilité contractuelle que délictuelle : 2^e Civ., 10 novembre 2021, pourvoi n° 19-12.659 ; 2^e Civ., 20 janvier 2022, pourvoi n° 20-13.245, publié au *Bulletin* ; 2^e Civ., 10 mars 2022, pourvoi n° 20-19.052 ; pourvoi n° 20-19.053 ; pourvoi n° 20-19.054 ; pourvoi n° 20-19.056 et pourvoi n° 20-19.057 ; A. Pélissier, « Précision sur le critère de la conscience du caractère inéluctable du dommage dans le contexte de la faute dolosive du suicidé », *RGDA* mai 2022, p. 25.

168. 2^e Civ., 20 janvier 2022, pourvoi n° 20-13.245, publié au *Bulletin*.

il allait, par son action volontaire, occasionner le dommage, ce qu'il appartient à l'assureur de prouver.

Si cette nouvelle définition de la faute dolosive, dont la Cour de cassation vérifie l'application par un contrôle lourd, élargit le domaine de la faute volontaire inassurable, elle est néanmoins précise et restrictive et assure un équilibre entre la nécessité de ne pas encourager ou, du moins, de ne pas assurer de garantie, à des comportements inéluctablement générateurs de dommages, et celle de ne sanctionner que « les seuls défauts d'aléa connus [de l'assuré] », principe d'application générale en droit des assurances¹⁶⁹.

3. La généralisation de la nouvelle définition de la faute dolosive

La deuxième chambre civile de la Cour de cassation a affiné, depuis une décennie, la définition de la faute dolosive pour lui donner toute sa place dans l'ordre des fautes inassurables. Sa définition apparaît désormais stabilisée.

Qu'en est-il des autres chambres ? La première chambre civile conserve une définition stricte de la faute intentionnelle¹⁷⁰ mais sans que cela préjuge d'un refus d'admettre une faute dolosive autonome. Par un arrêt non publié de 2016¹⁷¹, la chambre criminelle a semblé faire un pas vers le « dualisme », en rejetant un moyen au motif qu'il résultait des constatations de la cour d'appel « que l'assuré n'avait ni volontairement causé le dommage ni supprimé l'aléa inhérent au contrat par un manquement délibéré à ses obligations, la cour d'appel a justifié sa décision ». Mais aucun arrêt de cette chambre n'est venu consacrer clairement cette position, en reprenant, notamment, les critères retenus par la deuxième chambre civile.

La troisième chambre civile, chargée du contentieux de l'assurance de construction, avait rendu, comme on l'a vu, un arrêt précurseur le 7 octobre 2008¹⁷², qui rompait avec la définition traditionnelle de la faute dolosive en droit des assurances mais qui rejoignait celle qui était donnée à la faute permettant d'écarter la forclusion décennale en droit de la construction. Aux termes de cette décision, commettait une faute dolosive faisant perdre au contrat d'assurance son caractère aléatoire le constructeur qui violait délibérément « par dissimulation ou par fraude ses obligations contractuelles ».

L'arrêt faisait un pas vers l'inassurabilité de certaines fautes, en dehors du cadre strict du dommage intentionnel. Cette décision, non publiée, était cependant restée isolée. Par des arrêts ultérieurs, la troisième chambre civile avait renoué avec la définition stricte de la faute inassurable. Même après les arrêts de la deuxième chambre civile de 2013 affirmant l'autonomie de la faute dolosive, elle avait maintenu sa position

169. D. Bakouche, « Exclusion : faute dolosive (appréciation) », *Resp. civ. et assur.* octobre 2020, comm. 178 ; A. Péliissier, « Précision sur le critère de la conscience du caractère inéluctable du dommage dans le contexte de la faute dolosive du suicidé », *RGDA* mai 2022, p. 25.

170. 1^{re} Civ., 8 janvier 2020, pourvois n° 18-19.782 et n° 18-19.832.

171. Crim., 6 décembre 2016, pourvoi n° 15-81.592.

172. 3^e Civ., 7 octobre 2008, pourvoi n° 07-17.969.

et avait continué d'exiger des juges, pour l'application de l'exclusion légale, la caractérisation d'une intention de l'assuré de créer le dommage tel qu'il était survenu¹⁷³.

L'hésitation de la troisième chambre civile pouvait se comprendre, au regard des conséquences que pouvait avoir un élargissement de la faute inassurable dans un régime de responsabilité dont l'équilibre repose en grande partie sur la fiabilité des garanties d'assurance obligatoires. Laissant peu de place à la liberté contractuelle, les clauses types qui régissent l'assurance obligatoire de construction ne dérogent pas à l'exclusion de la faute intentionnelle ou dolosive. Cette exclusion est au contraire expressément rappelée par ces clauses, dans des termes proches de l'alinéa 2 de l'article L. 113-1 du code des assurances¹⁷⁴. Même en matière d'assurance obligatoire, le comportement de l'assuré peut, ainsi, faire perdre à la victime le bénéfice de l'assurance. Mais, comme l'article L. 113-1 du code des assurances, les clauses types ne définissent pas la faute dolosive.

Une définition autonome de la faute dolosive, telle que retenue par la deuxième chambre civile depuis 2013, peut plus facilement priver le maître de l'ouvrage de toute indemnisation, même en présence de désordres de gravité décennale, puisque l'exclusion légale est opposable au tiers lésé et que la solvabilité du constructeur fautif est souvent compromise. On sait, en effet, que les défaillances sont très nombreuses dans le secteur de la construction¹⁷⁵ et que, face aux difficultés économiques et à la concurrence, le respect des règles de l'art peut passer au second plan. Un équilibre doit être trouvé entre les intérêts du tiers lésé et les principes de l'assurance.

Au regard de l'arrêt rendu par la deuxième chambre civile le 12 septembre 2013, qui évoquait l'aléa seulement faussé, on pouvait craindre que la faute dolosive se confondît avec la faute lourde ou inexcusable, ou que cette faute revêtît un caractère purement objectif, indépendamment de la conscience de l'assuré de ses conséquences inéluctables. Ce risque, bien identifié¹⁷⁶, explique sans doute les réticences de la troisième chambre civile à se rallier au « dualisme ». Pour un auteur, « si toutes les fautes professionnelles volontaires des constructeurs commises avec la conscience que le sinistre est inéluctable sont exclusives de garanties, ce sont des milliers de maîtres de l'ouvrage qui seront privés d'indemnisation. L'assurance construction n'offrira plus la sécurité à laquelle il est légitime de s'attendre et cette onde de choc aura sans aucun doute une

173. 3^e Civ., 1^{er} juillet 2015, pourvois n° 14-10.210, n° 14-11.971, n° 14-13.403 et n° 14-17.230 ; 3^e Civ., 1^{er} juillet 2015, pourvois n° 14-19.826 et n° 14-50.038 ; 3^e Civ., 29 juin 2017, pourvoi n° 16-14.264.

174. « La garantie du contrat ne s'applique pas aux dommages résultant exclusivement : a) Du fait intentionnel ou du dol du souscripteur ou de l'assuré [...] » (clauses types de l'annexe II de l'article A. 243-1 du code des assurances).

175. Selon une étude Altares de 2022, un quart des défaillances d'entreprises concerne le secteur de la construction.

176. G. Viney, « Faute intentionnelle et faute dolosive », *RDC* juillet 2014, p. 184 ; A. Péliissier, « Faute intentionnelle ou dol » *RD imm.* 2021, p. 262.

influence sur l'ensemble du droit de la construction, à commencer par la responsabilité et les contrats, et sur l'ensemble de l'économie de la construction »¹⁷⁷.

La définition de la faute dolosive, telle qu'elle résulte notamment de l'arrêt du 20 janvier 2022¹⁷⁸, à savoir « un acte délibéré de l'assuré commis avec la conscience du caractère inéluctable de ses conséquences dommageables », a permis de lever ces craintes.

Un premier arrêt, non publié, rendu en 2021¹⁷⁹ par la troisième chambre civile, a été analysé comme une concession au dualisme car il admettait que, même en l'absence de faute intentionnelle, le constructeur assuré pouvait, par son comportement, « supprim[er] l'aléa inhérent au contrat d'assurance », de sorte que la garantie de l'assureur était légalement exclue. Cette décision a été commentée comme un rapprochement des deux chambres sur la définition de la faute inassurable¹⁸⁰, même si la particularité des faits de l'espèce¹⁸¹ pouvait expliquer le sens de la décision, dans laquelle ne figurent pas, en outre, les termes clés de la définition donnée à la faute dolosive par la deuxième chambre civile.

C'est finalement par une décision du 30 mars 2023¹⁸² que la troisième chambre civile a clairement affirmé son ralliement au « dualisme ». Écartant la nécessité de démontrer la recherche du dommage pour retenir une faute dolosive, cet arrêt reprend, mot pour mot, la définition donnée à cette faute par l'arrêt du 20 janvier 2022, qu'il cite dans son « chapeau » : en matière d'assurance de construction, la troisième chambre civile n'entend plus faire une interprétation de l'exclusion légale distincte de celle du droit commun de l'assurance.

Au regard des faits de l'espèce, il convient de ne pas se méprendre sur le sens de cette décision. En effet, l'arrêt attaqué retenait la faute dolosive d'un constructeur qui avait reproduit sans autorisation les œuvres d'un artiste, mais en donnant à cette faute une définition moins stricte que celle retenue par la Cour de cassation. Cependant, le moyen du pourvoi exigeait seulement l'application du « monisme » en réclamant la démonstration d'une volonté de l'assuré de causer le dommage tel qu'il était survenu, y compris pour la faute dolosive. Il ne critiquait pas, subsidiairement, la définition donnée par la cour d'appel à la faute dolosive. Par sa réponse, qui reprend les termes exacts de la deuxième chambre civile, la troisième chambre civile signifie clairement qu'elle n'entend pas donner à la faute dolosive une définition moins stricte.

177. A. Péliissier en conclusion de l'article précité – « Faute intentionnelle ou dol », *RD imm.* 2021, p. 262 ; Voir J. Bigot, A. Péliissier et L. Mayaux, « Faute intentionnelle, faute dolosive, faute volontaire : le passé, le présent et l'avenir », *RGDA* février 2015, p. 75, où elle évoque également les remèdes législatifs qui pourraient conserver la garantie à la victime tout en maintenant la sanction à l'égard de l'assuré.

178. 2^e Civ., 20 janvier 2022, pourvoi n° 20-13.245, publié au *Bulletin*.

179. 3^e Civ., 10 juin 2021, pourvoi n° 20-10.774.

180. A. Péliissier, « Reconnaissance discrète de la faute dolosive par la troisième chambre civile », *RGDA* juillet 2021, p. 23 ; C. Charbonneau, « Une nouvelle floraison dans le jardin de la faute dolosive », *RD imm.* 2021, p. 433.

181. Dans cette affaire, le tiers lésé avait lui-même contribué à son dommage, qui résultait d'une volonté commune du maître de l'ouvrage et de l'architecte assuré « de s'affranchir des contraintes du permis de construire ».

182. 3^e Civ., 30 mars 2023, pourvoi n° 21-21.084, publié au *Bulletin* et au *Rapport annuel*.

Les risques, identifiés ci-dessus, qui pourraient résulter d'une acception trop large de la faute dolosive, devraient conduire la Cour de cassation à contrôler la qualification de la faute retenue par les juges du fond, afin que le caractère subjectif de la faute dolosive soit préservé. La tentation pourrait être grande, en effet, de considérer qu'un professionnel ne pourrait jamais ignorer les conséquences s'attachant aux manquements délibérés aux règles de l'art, telles qu'elles résultent des normes homologuées, qui, même non obligatoires, définissent les règles du « bien construire » et sont, précisément, destinées à prévenir des dommages et garantir la pérennité de l'ouvrage. La subjectivité de la faute dolosive impose, cependant, d'établir que le constructeur assuré avait conscience que le dommage survenu se produirait inéluctablement. L'éclairage de techniciens sera fondamental pour apprécier, au cas par cas, l'aléa qui pouvait subsister dans la survenance des dommages au regard du manquement commis.

Il conviendra, ainsi, d'éviter que l'altération de l'aléa soit assimilée à sa disparition, car une telle interprétation extensive viderait la déchéance de garantie pour inobservation inexcusable des règles de l'art de sa substance.

Le travail de qualification des juges du fond sera essentiel pour distinguer, d'une façon rigoureuse, la suppression de la simple altération de l'aléa.

CONCLUSION

Cette étude de deux questions juridiques, très circonscrites, du droit des assurances permet de constater que ce domaine du droit, même en l'absence de modification législative, se transforme et évolue pour tenir compte des pratiques des opérateurs du secteur et des évolutions de la société. Il est de l'office du juge, à l'écoute de la doctrine et de la société, de contribuer à cette adaptation permanente du droit. Ce faisant, le juge est parfois placé devant des choix délicats, pour ne pas dire, devant des « cas de conscience »¹⁸³.

Si l'objet premier de l'assurance est de prémunir les assurés contre les conséquences pécuniaires de certains risques, l'assurance de responsabilité constitue également un moyen de protéger les victimes, qui échappent ainsi au risque d'insolvabilité du responsable. Il relève d'un choix de société de décider de faire supporter ce risque aux assureurs, c'est-à-dire à la collectivité des assurés, plutôt qu'aux victimes ou inversement.

Dans certains domaines, le choix du législateur est clair. Ainsi, en matière d'assurance automobile, à l'initiative du droit de l'Union européenne, le choix a été fait de protéger la victime, parce qu'elle subit généralement un dommage corporel : la faute de l'assuré, et la nullité du contrat d'assurance qui peut en résulter, ne lui est pas opposable¹⁸⁴. Dans d'autres, la nullité du contrat résultant de la faute de l'assuré reste opposable à la victime qui ne pourra plus s'appuyer sur la solidité financière d'un assureur. Cette circonstance ne peut rester étrangère à la pesée des avantages et inconvénients de certaines évolutions jurisprudentielles.

Il convient, en outre, de ne pas méconnaître les limites de l'exercice de clarification ou d'adaptation du droit par le juge de cassation. À cet égard, il faut d'abord rappeler que le juge de cassation, comme tout juge, ne choisit pas les litiges qu'il tranche et ne peut s'emparer de questions qui ne lui sont pas soumises. Il faut ensuite souligner que la Cour de cassation, sauf moyen relevé d'office par elle, ce qui nécessite qu'il soit de pur droit, est liée par les moyens articulés par les parties contre la décision attaquée. Ainsi, elle ne peut relever d'office la nullité d'une clause qui ne serait pas formelle et limitée. Et si aucune des parties ne s'est emparée de cette question devant la cour d'appel, l'avocat aux Conseils ne pourra davantage le faire, le moyen étant alors irrecevable, pour être nouveau et, généralement, mélangé de fait et de droit. Ainsi, certains arrêts peuvent-ils, pour le non-spécialiste, paraître « laisser vivre » des clauses qui avaient été déclarées nulles par un arrêt antérieur.

Ces considérations expliquent que l'évolution du droit par la jurisprudence ne peut se faire que par touches successives et avec mesure.

183. Expression utilisée par A. Péliissier s'agissant de l'évolution possible de la troisième chambre civile précédemment évoquée, « Reconnaissance discrète de la faute dolosive par la troisième chambre civile », *RGDA* juillet 2021, p. 23.

184. Article L. 211-7-1 du code des assurances.