

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 22 mai 2014

Présidence de M. COLOMBINI, président
Juges : M. Battistolo et Mme Charif Feller
Greffière : Mme Choukroun

Art. 8 CC ; 42, 394 CO ; 33 LCA

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **P.**_____, à St-Gall, défenderesse, contre le jugement rendu le 26 août 2013 par la Cour civile du Tribunal cantonal dans la cause divisant l'appelante d'avec **Q.**_____, à Pampigny, demanderesse, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par jugement du 26 août 2013, notifié aux parties le 7 janvier 2014, la Cour civile du Tribunal cantonal a prononcé que la défenderesse P._____ doit payer à la demanderesse Q._____ la somme de 52'906 fr. 35 avec intérêt à 5% l'an dès le 24 juin 2005 et la somme de 6'169 fr. 20 avec intérêt à 5% l'an dès le 9 décembre 2005 (I), les frais de justice sont arrêtés à 13'934 fr. 40 pour la demanderesse et à 3'812 fr. 50 pour la défenderesse (II), la défenderesse versera à la demanderesse le montant de 21'889 fr. 60 à titre de dépens (III), toutes autres ou plus amples conclusions étant rejetées (IV).

En droit, le jugement retient l'existence d'un contrat de vente, correctement exécuté par l'intimée Q._____, ainsi que l'existence d'un contrat de mandat portant sur les conseils techniques, dont la mauvaise exécution a été la cause du sinistre. Le jugement admet qu'en tant que la prétention d'A.K._____ contre Q._____ porte sur les prestations de travail d'enlèvement des matériaux endommagés et de pose de nouveaux matériaux, elle est couverte par l'assurance RC. Les conséquences de l'exécution imparfaite de Q._____ ne sont en revanche pas assurées en ce qui concerne l'objet même du contrat mixte, soit les matériaux livrés par Q._____, en particulier le [...], alors que restent garantis les dommages causés aux choses du lésé A.K._____ qui n'étaient pas directement l'objet du contrat, soit les travaux d'étanchéité réalisés par A.K._____ et ses proches avec les matériaux livrés, qui constituent un dommage consécutif (Folgeschaden) couvert par l'assurance.

B. Par acte du 7 février 2014, P._____ a formé appel contre ce jugement, concluant à sa réforme ce sens que les conclusions de Q._____ soient intégralement rejetées sous suite de frais et dépens.

L'intimée Q._____ n'a pas été invitée à se déterminer.

C. La Cour d'appel civile retient les faits suivants, sur la base du jugement complété par les pièces du dossier :

1. a) L'intimée Q._____ était inscrite au registre du commerce de l'Etat de ...]Vaud depuis le 26 avril 1991, numéro fédéral ...]CH-[...], sous la raison sociale "Q._____ Sàrl". Elle a pour but le "commerce, pose et traitement de matériaux de construction". Elle représente les produits [...] depuis 1997 ou 1998. Le "[...]" est l'un des produits phare de la marque [...].

L'intimée agissait par son associé gérant, V._____, lequel disposait d'une part de 20'000 fr. et de la signature individuelle.

Les 9 et 23 novembre 2006, les statuts de l'intimée ont été modifiés. Son capital social a été porté à 100'000 fr. par l'émission de deux parts sociales de 40'000 fr. chacune, l'une souscrite par le gérant D._____, devenu associé avec signature individuelle, et l'autre par J._____ SA, nouvelle associée sans signature. La société à responsabilité limitée a été transformée en société anonyme, sous la raison sociale Q._____.

b) L'appelante P._____, dont le siège social se trouve à [...], exploite une compagnie d'assurances. Elle est active notamment dans le domaine de la responsabilité civile. Elle traite de façon centralisée les sinistres survenus en Suisse romande dans un centre situé à [...].

2. Selon une proposition d'assurance datée du 27 mai 2002, l'intimée s'est assurée auprès de l'appelante en responsabilité civile pour une activité d'entretien de toitures en pentes. L'appelante a confirmé, le 13 juin 2002, une couverture d'assurance, police n° [...], intitulée "Assurance-commerciale", et régie par les conditions générales d'assurance "[...]" relatives à l'assurance responsabilité civile d'entreprise de l'industrie de la construction, édition septembre 1999/03, conditions qui ont été remises à Q._____.

La police d'assurance établie le 13 juin 2002 a la teneur suivante:

"Proposition du	27 mai 2002
Début du contrat	27 mai 2002
Expiration du contrat	1 ^{er} janvier 2008
Échéance de prime le	1 ^{er} janvier

Si la teneur de la police ne concorde pas avec les conventions intervenues, vous devez en demander la rectification auprès de l'Helvetia dans les 4 semaines à partir de la réception de l'acte, faute de quoi la teneur en est considérée comme acceptée.

(...)

ETENDUE DE LA GARANTIE

RESPONSABILITE CIVILE

Activité assurée

Entretien de toitures en pentes

Assurance de base selon les Conditions générales d'assurance (CGA).

Est assurée la responsabilité civile de l'entreprise en vertu des dispositions légales sur la responsabilité civile, en cas de

- dommages corporels
- dommages matériels.

(...)

Les éléments individuels de couverture sont coassurés dans la limite de la somme d'assurance pour l'assurance de base:

- Activités particulières
- Industrie de la construction

(...)

- Activités assurées

Entretien de toitures en pentes. Importateur et distributeur de produits pour stopper le vieillissement des toits avec des travaux sur les chantiers. Les travaux de poseur de sols sont également assurés. Est également assurée l'activité de conseiller en application. Entreprise d'étanchéité sur immeubles. Etanchéité positive et négative. Travaux sur les chantiers. Activité de conseiller en application (ingénierie, conseil des travaux effectués pour et par des tiers)".

La somme d'assurance de base était fixée à 3'000'000 francs.

Q. _____ devait supporter une franchise de 3'000 fr. par sinistre.

Selon l'art. B82 des conditions générales d'assurance (ci-après : CGA), édition septembre 1999/03 relatives aux "risques d'entreprise", l'assurance ne s'étend pas, entre autres, aux prétentions:

" a) résultant des dommages à des choses prises ou reçues par un assuré pour être utilisées, travaillées, gardées, transportées ou pour d'autres raisons (...), ou qui lui ont été louées ou affermées;
(...)

b) pour les dommages à une chose, résultant de l'exécution ou de l'inexécution d'une activité de l'assuré sur ou avec cette chose (...). Sont également considérés comme des activités de ce genre l'élaboration de projets, la direction, la remise d'instructions et d'ordres, la surveillance, le contrôle et les travaux analogues, de même que les essais de fonctionnement, quelle que soit la personne qui y procède.

Lorsque seules des parties de choses immobilières sont l'objet d'une activité au sens de l'alinéa précédent, l'exclusion ne se rapporte qu'aux prétentions pour des dommages à ces parties et aux parties adjacentes se trouvant dans la zone même de l'activité. En cas d'agrandissement, de transformation, d'aménagement, de réparation ou de rénovation d'un ouvrage existant, celui-ci est toujours considéré dans son ensemble comme l'objet de l'activité, lorsqu'il est repris en sous-œuvre ou fait l'objet d'un recoupage inférieur ou que les travaux touchent ses éléments stabilisateurs ou porteurs (...) et risquent d'affaiblir leur capacité de stabilisation ou de sustentation. (...)

c) - tendant à l'exécution des contrats ou, en lieu et place de celles-ci, à des prestations compensatoires pour cause d'inexécution ou d'exécution imparfaite, en particulier celles relatives à des défauts ou dommages atteignant des choses ou des travaux que le preneur d'assurance, ou une personne agissant sur son ordre, a accomplis, livrés ou fournis et dont la cause tient à la fabrication, à la livraison ou à l'exécution;

- les prétentions pour les frais en rapport avec la constatation et l'élimination des défauts ou dommages mentionnés à l'alinéa 1 ci-dessus, de même que les prétentions pour des pertes de rendement ou des préjudices pécuniaires consécutifs à de tels défauts ou dommages;

(...)."

Conformément à l'art. C22 CGA relatif aux "dommages matériels dus à la constatation ou à l'élimination de défauts ou de dommages", lorsqu'un assuré a exécuté des travaux ou que des matériaux fabriqués ou livrés par lui ont été utilisés lors de la construction, de la transformation ou de la réparation de bâtiments ou autres ouvrages immobiliers, les dispositions C221 et C222 s'appliquent en dérogation partielle des art. B82 let. b et B82 let. c al. 2:

"C221 Responsabilité civile assurée:

Si, à cause de ces travaux ou de ces matériaux, il y a lieu de constater ou d'éliminer des défauts ou des dommages atteignant l'un des ouvrages en question, l'assurance couvre également les prétentions émises par suite de la destruction ou de la détérioration de choses rendues nécessaires par la constatation ou l'élimination.

C222 Limitations de la protection d'assurance:

Ne sont pas assurés, (...) les dommages à des choses qu'un assuré ou un tiers chargé par lui a livrées ou fabriquées ou sur lesquelles il a effectué des travaux (par exemple installation, montage)".

Le contrat d'assurance prévoit des fors alternatifs au lieu du domicile, respectivement au siège de la personne assurée, au siège de P._____ ou encore au lieu de la chose assurée, pour autant qu'il se trouve en Suisse.

La police d'assurance établie le 13 juin 2002 indique en outre que si la teneur de la police ne concorde pas avec les conventions intervenues, Q._____ doit en demander la rectification auprès de l'P._____ dans les 4 semaines à partir de la réception de l'acte, faute de quoi, la teneur en est considérée comme acceptée.

Q._____ n'a demandé aucune rectification de cette police. P._____ lui a ainsi délivré une attestation de police le 3 juillet 2003 selon laquelle Q._____ est assurée en responsabilité civile entreprise pour l'entretien de toitures en pente. D'après ce document, la responsabilité civile du produit est également assurée.

3. a) A.K._____, agriculteur-viticulteur encaveur, a décidé de faire l'acquisition d'un système d'étanchéité de type "[...]" pour son chantier situé à [...]. Il était propriétaire, maître de l'ouvrage et entrepreneur général. A.K._____ ne connaissant que peu le marché et les produits d'étanchéité, Q._____ lui a conseillé d'utiliser les matériaux "[...]" (en première couche, comme pare-vapeur) et une isolation thermique en polystyrène extrudé type Gonon Styrodur 3035 CS, un primer Type K100 Noir, des lés bitumineux type SK-3000-S-Noir, ainsi que

divers suppléments pour façonnages d'angles, découpes diverses et raccords divers, soit des tôles que l'on met dans les angles pour garantir l'étanchéité.

A.K._____ ne savait pas si on pouvait se procurer ces matériaux ailleurs que chez l'intimée. Il ne s'est pas posé la question, ayant fait connaissance de Q._____ par son fils.

Souhaitant faire des économies, A.K._____ a décidé de procéder lui-même à l'exécution des travaux de pose de l'étanchéité. Il a donc sollicité de l'intimée qu'elle lui donne les conseils techniques correspondants.

b) Le 30 août 2004, l'intimée a livré divers matériaux de construction à A.K._____, à [...]. Elle ne s'est en revanche pas chargée de la pose des produits qu'elle lui a livrés.

Les produits livrés par l'intimée ont été posés sur deux terrasses et un balcon en béton armé par A.K._____, assisté de l'un de ses ouvriers, de son fils [...], ainsi que de [...], entre le 30 août et le 6 septembre 2004.

V._____ a affirmé s'être rendu plusieurs fois chez son client pour contrôler la pose des produits livrés. Interrogé en date du 22 mars 2005 par deux experts en sinistres de l'appelante, il a déclaré « (...) je leur ai montré chaque étape des travaux. J'ai passé tous les jours de la semaine que les travaux ont duré (...) ». B.K._____ a déclaré « Nous avons eu une bonne explication du concept sur papier. C'est-à-dire qu'on nous a bien expliqué tous les produits que nous allions utiliser. (...) Dans ce concept de la vente, il n'a jamais été mentionné de suivi du chantier, mais simplement des explications reçues par M. V._____. Il est venu plusieurs jours de suite nous expliquer les étapes successives. Il nous a "coaché" sur la façon d'appliquer ces produits. Il restait environ 15 à 20 minutes au début de la journée pour bien nous expliquer la manière de procéder ».

L'intimée n'a donc pas déployé d'activité matérielle et pratique sur le chantier de [...]. V._____ était en revanche présent au départ de chaque étape de la pose, surtout dans les étapes indispensables, du 30 août 2004 au 6 septembre 2004, notamment lors de l'étape de pose du produit "[...]". Il apportait les produits, généralement contenus dans des bidons.

c) Q._____ a adressé le 13 septembre 2004 une facture de 50'821 fr. 50, montant net, TVA comprise, à A.K._____. Cette facture contient l'énumération des matériaux de construction qu'elle a livrés à A.K._____. Aucun montant ne figure sous le poste "frais de manutention" et "frais de livraison", l'intimée précisant avoir fourni gratuitement les matériaux susmentionnés en guise de geste commercial. La facture ne contient aucun poste pour les conseils que l'intimée a donnés en prévision de l'utilisation de ses produits.

Concernant la prestation immatérielle de conseil en application, A.K._____ a précisé qu'elle était essentielle en ce sens qu'il n'aurait pas osé se lancer dans de tels travaux sans les conseils de l'intimée.

Les 26 juillet 2004 et 26 août 2004, A.K._____ a payé deux acomptes de 13'887 fr. soit un total de 27'774 fr., puis a effectué un versement supplémentaire de 1'855 fr. 50 en date du 26 octobre 2004. Il a en outre vendu du vin à Q._____ à concurrence du solde restant dû sur la facture de 50'821 fr. 50.

4. a) Le 17 décembre 2004, Q._____ a adressé à P._____ une déclaration de sinistre survenu le 30 août 2004 à [...]. La déclaration de sinistre indique notamment ce qui suit:

" Description du sinistre

La première couche "[...]" qui sert à la fois de pare-vapeur et de masse de collage, n'était pas encore prête à recevoir l'isolation thermique et les couches suivantes.

L'isolation thermique et les couches suivantes ont été posées trop vite.

Quelle est la cause du sinistre? Mauvaise appréciation technique et conseil inadéquat.

Auteur du dommage : Q._____.

(...)

Nature du dommage matériel: Murs et terrasses endommagés.

(...)."

Le montant du dommage causé aux murs et terrasses est estimé à 150'000 francs. A la question "Des prétentions à des indemnités ont-elles été formulées contre vous? Par qui?", l'intimée a coché la case "oui" et mentionné le nom et l'adresse de "A.K._____".

b) P._____ a enregistré le sinistre sous la référence n° [...]. Si elle a admis que les limites fixées par la somme d'assurance de base n'étaient nullement dépassées dans le cas d'espèce, elle a cependant refusé d'assurer le sinistre qui lui était signalé pour le motif que, conformément aux conditions générales, elle n'assurait pas les dommages causés aux objets livrés. Elle a ainsi refusé d'entrer en matière sur la quasi-totalité des prétentions émises par Q._____, à l'exception d'un montant de 900 francs.

P._____ a ordonné une enquête. Dans le cadre de cette enquête, les inspecteurs de sinistre [...] et [...] ont procédé à des auditions qui ont été ténorisées.

Selon procès-verbal signé par V._____, celui-ci a déclaré aux inspecteurs de P._____ ce qui suit:

" Oui, j'admets avoir dit à A.K._____ de ne poser qu'une couche. J'ai dit à A.K._____ de poser l'isolation au fur et à mesure qu'il posait le [...]. Je pense que A.K._____ a laissé sécher environ 15 mn ce produit avant de poser l'isolation. J'étais présent au début des travaux et c'est moi qui lui ai dit de faire ainsi."

Quant à B.K._____, il a déclaré:

" Il (M. V. _____) nous a dit que nous devons mettre le [...] en deux couches. Ce que nous avons compris, c'est après coup que j'y pense, nous avons eu l'impression qu'il fallait coller directement l'isolation après la pose de la couche de [...]. En fait, la première couche était très fine, elle n'a fait que noircir le béton. Peu de temps après, nous avons mis une deuxième couche à l'aide de la taloche peigne qui devait déterminer l'épaisseur du produit. Nous avons mis la plaque d'isolation au fur et à mesure que nous étalions le [...], de sorte de se trouver sur les plaques d'isolation. Ainsi, nous ne devons pas marcher sur le [...]. Il est vrai qu'il y a eu que très peu de temps de séchage."

c) Selon les constatations effectuées par l'expert d'assurances qui s'est rendu sur place après le sinistre, qui ont été confirmées par le témoin H. _____, le produit utilisé pour l'étanchéité n'avait pas effectué sa prise et il a filtré à travers les joints et micro fissures des dalles de béton. Quelque temps après la fin du chantier, des coulures sont apparues.

L'essentiel du sinistre a concerné les matériaux de construction livrés par Q. _____ qui ont dû être enlevés et remplacés. Les coulures provoquées par le produit "[...]" ont causé un dommage infime par rapport au dommage total résultant du devis du 15 février 2005.

Le produit "[...]", appliqué en suivant rigoureusement le mode d'emploi, présente les qualités annoncées dans le prospectus du fabricant. Conformément aux notices techniques établies par la société [...], le "[...]" doit faire l'objet d'une application en deux couches. La première couche doit être réalisée avec une masse constituée de produit pour six parts d'eau. Les couches doivent impérativement sécher avant qu'on puisse poursuivre le travail.

d) Par lettre du 18 février 2005, A.K. _____ a élevé des prétentions à l'égard de Q. _____ à concurrence de 137'000 francs. Dans son courrier, il se réfère à un devis du 15 février 2005, établi par Q. _____ et fixant à 137'000 fr. les frais de remise en état de l'étanchéité, et déclare accepter que la société procède elle-même à ces travaux.

Ce devis comprend les postes suivants:

" (...)		
Installation de chantier	7'412.00	
Travaux préparatoires	21'697.20	
Étanchéité positive bitumineuse	71'457.40	
Revêtement sur étanchéité	<u>26'918.75</u>	
Total brut	127'485.35	
Rabais, escompte et prorata: environ	0.13%	_____ =
<u>161.95</u>		
Total net HT	127'323.40	
TVA n° 425176	7.60%	<u>9'676.60</u>
Total net et forfaitaire TTC		<u>137'000.00</u>

(...)

INSTALLATION DE CHANTIER

Installation de chantier comprenant la préparation nécessaire au dépôt, (...)
500.00
chargement, le transport de l'outillage, des machines et des matériaux à pied d'œuvre, déplacement, nettoyage et repli.

Mise à disposition de bennes pour l'évacuation des déchets de (...)
6'912.00
chantier, comprenant la manutention des gravats, l'évacuation en décharge contrôlée, les taxes d'usage, transports RPLP, etc..

Sous total 7'412.00

TRAVAUX PREPARATOIRES

Dépose, mise en dépôt des dalles, comprenant prise photos, (...)
7'347.30
numérotation des pièces et plan pour la repose. Récupération des taquets et des croix de pose.

Dépose, mise en dépôt des murs en pierres sèches, comprenant prise (...)
3'528.00
photos, numérotation des pièces et plan de (sic) pour la repose.

Dépose et évacuation dans bennes des éléments suivants: (...)
5'671.60
- Géotextile
- Isolation thermique
- Étanchéité existante
- Bandes de serrages
comprenant la découpe de l'étanchéité au droit des joints des plaques de polystyrène.

Raclage du [...] pour l'élimination des parties non transformées (...)
1'675.70

Nettoyage de la surface après séchage au balais et aspirateur. (...)
747.60

Dépose et mise en dépôt des 2 premières marches d'escalier (...) 350.00

Déplacement et callage de l'escalier bois. (...) 300.00

Piquage du crépi de façade sous le balcon, y.c. dépose des volets et
protection des embrasures. (...) 900.00

Dépose soignée et mise en dépôt pour réutilisation des boulets et
drainage des bacs à fleurs. (...) 1'177.00

Sous total 21'697.20

ETANCHEITE POSITIVE BITUMINEUSE

Fourniture et application d'un pare-vapeur et collage type [...],
application, en 2 couches, à la brosse de maçon, (...) (...) 11'601.00

Fourniture et pose d'une isolation thermique en polystyrène extrudé
35 kg/m3, type **GONON Styrodur** (...) (...) 21'268.50

Fourniture et application d'un primer type **K100 Noir**, sur support
préalablement humidifié, application à la brosse de maçon (...) (...)
6'745.10

Fourniture et application de lés bitumineux type **SK-3000-S-Noir**,
soigneusement marouflés, recouvrement des lés (...) (...) 27'642.80

Supplément sur travaux d'étanchéité décrits ci-dessus pour: (...) 4'200.00
- façonnage d'angles
- découpes diverses
- raccords divers (naissances, etc...)

Sous total 71'457.40

REVETEMENT SUR ETANCHEITE

Fourniture et pose d'un géotextile, servant d'anti-poinçonnement au (...)
526.50
balcon et terrasse Sud-ouest

Repose des dalles selon plan sur taquets et croisillons. (...) 10'836.00

Fourniture seule de dalles actuellement tachée à remplacer. (...)
2'080.00

Repose des murs en pierres sèches. (...) 5'913.00

Remise en place du drainage et des boulets dans bac à fleurs. (...) 1'043.25

Repose et ajustage (sic) des marches d'escaliers (...) 300.00
Fourniture et pose de bandes de serrage, y.c. fixation et joint souple (...) 6'220.00
étanche.

Sous total 26'918.75

Total 127'485.35

(...) "

Q. _____ a promis de réparer sans tarder le dommage causé à son client lésé, prestation qu'elle a accomplie pour les travaux se trouvant au-dessus des zones habitées, mais pas au-dessus d'une partie de la cave. A.K. _____ n'arrive pas à estimer quelle est la proportion des travaux réparés par rapport à l'ensemble du chantier.

e) Afin d'éviter de s'engager immédiatement dans une procédure judiciaire, Q. _____ a mandaté l'entreprise [...] Sàrl (ci-après, F. _____), qui l'a assistée dans ses démarches vis-à-vis de P. _____ dès le 24 décembre 2004. F. _____, par son représentant, est intervenue activement et à réitérées reprises par la rédaction de plusieurs correspondances à l'attention de P. _____ et l'a rencontrée le 22 mars 2005. Le 23 mai 2005, F. _____ a adressé à Q. _____ une note d'honoraires de 6'169 fr. 20, soit 5'733 fr. 40 plus TVA, pour ses différentes interventions dans cette affaire.

Le 23 mars 2005, P. _____ a notamment écrit ce qui suit à F. _____ :

" (...)

Il ressort des explications fournies par notre preneuse d'assurance que la cause du dommage réside dans un mauvais conseil donné quant à la mise en œuvre des matériaux livrés à Monsieur A.K. _____.

En conséquence, nous prendrons en charge les dommages qui résultent de cette erreur. Nous vous prions donc de nous faire parvenir des devis pour la réparation des dégâts consécutifs, causés par les coulures du produit [...].
(...)

Comme vous le savez, le remplacement des matériaux livrés par l'entreprise Q. _____ ainsi que le travail correspondant ne tombent pas sous la couverture d'assurance. C'est le cas des travaux figurant sur le devis du 15 février 2005 adressé par notre client à l'expert Monsieur H. _____.

(...)."

Par courrier daté du 11 avril 2005, F. _____ a répondu à P. _____ en ces termes:

" (...)

En rédigeant votre prise de position, nous supposons que vous avez omis de prendre en considération la couverture des dommages matériels dus à la constatation ou à l'élimination de défauts de dommages selon votre attestation du 3 juillet 2003 (...).

Vu ce qui précède, il appert que les postes suivants du devis no. [...] relèvent de cette convention particulière:

- Installation de chantier	CHF	7'412.00
- Travaux préparatoires	CHF	21'697.20
- Revêtement sur étanchéité	CHF	<u>26'918.75</u>
Total intermédiaire	CHF	56'027.95
TVA	CHF	4'258.10
Total	CHF	<u>60'286.05</u>

(...) Dans le cas d'espèce, force est de constater que le contrat implique d'une part la vente de produits et d'autre part la fourniture de conseils quant à l'application de ces produits. Nous sommes donc en présence de deux prestations contractuelles bien distinctes.
(...)

(...) Dans le cas qui nous occupe, le débiteur doit répondre uniquement de la mauvaise exécution de la prestation contractuelle (mauvais conseil) et non pas du défaut de la chose.

Dès lors, nous remarquons que le sinistre n'a pas été causé par une défectuosité des produits vendus mais bel et bien par un mauvais conseil dans l'application de ceux-ci.

Par ailleurs, nous nous permettons d'attirer votre attention sur le fait que la police d'assurance en question couvre, en outre, les activités de conseiller en application en particulier l'activité d'ingénierie. Dans cette catégorie de profession, telle que ingénieur ou architecte, l'objet du contrat est couvert.
(...).

(...) C'est donc bel et bien le montant de CHF 137'000.- que nous revendiquons dans le respect de la garantie et des dispositions contractuelles de la police no. [...]. (...).
Pour votre information, sachez que les travaux ont déjà commencé.
(...)."

Il s'en est suivi un échange de courriers entre F._____ et P._____, cette dernière maintenant toutefois son refus s'agissant des prétentions de Q._____.

Le 7 juin 2005, le conseil de Q._____ a requis de P._____ qu'elle réexamine sa position par les courriers suivants, datés du 7 juin 2005 et adressés respectivement au Centre de Sinistres de [...], ainsi qu'à la Direction Générale:

" (...)

En l'espèce, force est de constater que le sinistre n° [...] s'est produit dans le cadre d'une **activité assurée**, ce que la compagnie d'assurances HELVETIA-PATRIA ne conteste d'ailleurs aucunement.

(...)

Je vous informe donc qu'à défaut de paiement de l'indemnité fixée à **CHF 137'000.-**, résultant du devis n° [...] du 15 février 2005 adressé à M. H._____, **à l'échéance d'un délai de 15 jours dès réception de la présente**, j'ai pour mandat (...) d'intervenir efficacement par devant la juridiction compétente.

(...)."

" (...)

Un différend oppose ma cliente au Service des sinistres de [...] qui refuse de verser les prestations dues à ma mandante.

Cette situation aboutira assurément à une procédure qui pourrait toutefois être parfaitement évitée si la compagnie d'assurance procédait à un nouvel examen du cas par sa Direction, ainsi que F._____, entreprise de courtier en sinistre (...), le sollicitait dans sa correspondance du 3 mai 2005 (...).

Je reste bien évidemment disposé à discuter de vive voix du cas, tout en vous informant qu'à défaut de versement de l'indemnité fixée à **CHF 137'000.-** à l'échéance d'un délai de **15 jours dès réception de la présente**, j'ai pour mandat (...) de saisir l'une des Cours civiles du Tribunal cantonal vaudois.

(...)".

Par courrier du 13 juin 2005, P._____ lui a répondu qu'elle confirmait la détermination communiquée dans ses précédents courriers.

5. Par demande du 7 décembre 2005, Q._____ a pris les conclusions suivantes:

"1. Condamner la défenderesse à lui verser le montant de **CHF 137'000.-** à titre d'indemnité due pour frais de remise en état de l'ouvrage, avec intérêts à 5% l'an dès le 15 mars 2005;

2. Condamner la défenderesse à lui verser le montant de **CHF 6'169.20** à titre d'indemnité due pour frais de représentation avant procès, avec intérêts à 5% l'an dès le 2 juin 2005;

3. Avec suite de frais et dépens."

Par réponse datée du 31 mars 2006, P._____, a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet des conclusions de la demande.

6. a) Par jugement du 6 octobre 2008, la Cour civile du canton de Vaud a condamné P._____ à payer à Q._____ la somme de 61'477 fr. 15, avec intérêt à 5% l'an dès le 24 juin 2005, ainsi qu'à lui verser des dépens, et a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions. Le jugement motivé a été notifié aux parties le 24 juillet 2009.

b) Par arrêt du 16 décembre 2009, la Chambre des recours du Tribunal cantonal s'est prononcée, conformément à l'art. 470 al. 1 CPC-VD (Code de procédure civile vaudoise du 14 décembre 1966), sur les conclusions en nullité de la défenderesse et non pas sur celles, éventuelles, en réforme. Elle a admis le recours de P._____, annulé le jugement de la Cour civile et renvoyé la cause à cette dernière pour nouveau jugement. Elle a en particulier examiné successivement deux moyens de nullité, soit la valeur probante des témoignages d'A.K._____ et de V._____, qu'elle a admise, ainsi que la fixation du dommage, dans l'hypothèse de l'application de l'art. 42 al. 2 CO, sur la base d'un devis établi par la partie elle-même. Elle a conclu que l'estimation du dommage faite par les premiers juges était arbitraire. En effet, ces derniers s'étaient fondés uniquement sur le devis établi par Q._____ le 15 février 2005, soit par le responsable prétendu du dommage, au surplus intéressé aux travaux, puisque le lésé avait déclaré accepter qu'il procède à ces travaux de réfection. La Chambre des recours a en revanche reconnu que la question de l'application de l'art. 42 al. 2 CO relevait du droit matériel et

n'entraîne pas dans le cadre du recours en nullité. Elle n'est pas entrée en matière sur le recours en réforme sauf « par économie de moyens » sur la question des dépens alloués au conseil de Q._____ qui est aussi son administrateur (CREC I 16 décembre 2009/630).

c) Le 11 mars 2010, Q._____ a formé un recours en matière civile au Tribunal fédéral aux fins d'obtenir l'annulation de l'arrêt cantonal.

Par arrêt du 12 avril 2010, la Présidente de la première Cour de droit civil du Tribunal fédéral n'est pas entrée en matière sur le recours, Q._____ n'ayant pas exposé en quoi la décision de renvoi pouvait lui causer un préjudice irréparable ni si l'admission du recours pouvait conduire immédiatement à une décision finale qui aurait permis d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse au sens de l'art. 93 LTF (loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 ; RS 173.110).

7. a) Le 23 avril 2010, le Président de la Cour civile a fixé aux parties un délai au 10 mai 2010 pour se prononcer sur la suite de la procédure.

Par courrier du 28 avril 2010, P._____ a requis la fixation d'une nouvelle audience de jugement.

Par lettre du 28 avril 2010, Q._____ a requis l'audition de l'« expert » H._____, ce à quoi s'est opposée P._____ par courrier du 30 avril 2010, arguant du fait qu'il avait été entendu en qualité de témoin à l'audience de jugement de sorte qu'il ne pouvait l'être à nouveau en qualité d'expert (art. 240 CPC-VD).

Par lettre du 12 octobre 2010, le Président de la Cour civile a refusé d'entendre H._____ en qualité d'expert, celui-ci ayant été entendu comme témoin dans la procédure. Pour le surplus, il a indiqué que ce témoin avait répondu de manière complète aux allégués soumis à la

preuve testimoniale et a refusé en conséquence de procéder à son récolement.

b) Par ordonnance du 9 décembre 2010, la Cour civile a fait application de l'art. 299 CPC-VD, sursis au jugement et ordonné la réouverture de la procédure probatoire dans le cadre des allégués des parties, plus précisément la preuve par expertise sur l'allégué 97 afin de savoir si le montant de 137'000 fr. correspondait aux frais de remise en état de l'ouvrage.

c) Le 5 juillet 2012, M._____, architecte EPFL/SIA, a rendu son rapport d'expertise.

S'agissant de la réparation des défauts, l'expert relève que toute la surface des trois terrasses étanchées et isolées par A.K._____ a dû être refaite par Q._____, ce qui explique les libellés et les métrages figurant dans le devis du 15 février 2005.

Selon l'expert, au jour de la reddition de son rapport, la terrasse ouest au-dessus de la salle de réunion et la terrasse au-dessus des caves se comportent correctement et il n'y a plus ni infiltration d'eau, ni coulures. En revanche, le balcon sud présente encore des coulures au droit du joint de bétonnage entre la dalle et le parapet. Après réparation, le défaut s'est atténué, mais n'a pas disparu. Ce défaut doit être éliminé par Q._____, qui a effectué la réfection précédente, par une nouvelle intervention du corps étanchéité-isolation. Son coût est estimé à 17.0 m² x 350 fr./m², soit 5'950 fr. HT.

Concernant les garanties relatives aux ouvrages, l'expert estime que la qualité des ouvrages refaits par Q._____ permet aisément d'atteindre le délai de garantie de dix ans, soit 2016, la durée de vie de ces ouvrages pouvant être considérée de vingt ans. Toutefois, l'expert précise que cela ne concerne pas le balcon sud-est dont l'étanchéité doit être corrigée.

S'agissant du devis du 15 février 2005 adressé à P._____, l'expert constate qu'il correspond à la réfection complète du corps d'étanchéité de la terrasse sur cave, de la terrasse ouest sur salle de réunion et du balcon sud-est. L'expert relève que certains des prix unitaires mentionnés, tels que les prix relatifs à l'évacuation des déchets (130 fr./m³ au lieu de 192 fr./m³), le pare-vapeur [...] (40 fr./m² au lieu de 45 fr./m²), l'isolation thermique Gonon Styrodur (30 fr./m² au lieu de 82 fr. 50/m²), le primaire type K100 Noir (18 fr./m² au lieu de 22 fr. 40/m²), l'étanchéité SK-3000-S-Noir (60 fr./m² au lieu de 91 fr. 80/m²), la fourniture et la mise en place de bande de serrage (30 fr./m² au lieu de 61 fr. 10/m²), sont trop élevés. L'expert estime que les autres prix sont corrects. En tenant compte de ces modifications, l'expert arrête le montant du devis corrigé à 96'872 fr. 35 HT. Il estime le coût d'une réfection complète du corps d'étanchéité avec d'autres produits à 89'938 fr. 75 HT et relève que les coûts sont similaires. L'expert explique que la hausse officielle des coûts dans ce domaine entre 2004 et 2011 est de 6,68%. Toutefois, sur le marché concurrentiel, les prix sont restés stables. La TVA a augmenté de 7,6 à 8%. L'expert précise que le rabais, escompte, prorata n'est pas pris en compte, car il est largement inférieur à ceux pratiqués dans un marché concurrentiel.

L'expert conclut que les travaux réalisés par A.K._____ et la réfection complète effectuée ensuite par Q._____ peuvent être techniquement admis. Il constate que la qualité de l'exécution peut être acceptée, plus aucune infiltration n'ayant été signalée par le propriétaire depuis 2005, et que les délais des différentes garanties peuvent être appliqués. Selon l'expert, le montant du devis doit être ramené de 127'485 fr. 35 à 96'872 fr. 35.

d) Par mémoires de droit du 30 janvier 2013, Q._____ a confirmé les conclusions qu'elle a prises dans sa demande et P._____ a confirmé ses conclusions libératoires.

8. Dans le jugement attaqué, la Cour civile s'est déclarée liée uniquement par la question de la force probante du devis établi par

Q._____ et a rejugé la cause dans son entier, aucune des questions de droit matériel qui lui avaient été soumises n'étant dotée de l'autorité de la chose jugée.

En droit :

1. La Cour civile, amenée à statuer sur un arrêt de renvoi de la Chambre des recours civile de 2009, a rendu son arrêt le 26 août 2013, de sorte que c'est le CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272) qui s'applique à l'arrêt sur appel. La procédure au fond ayant cependant été ouverte avant le 1^{er} janvier 2011, le droit de procédure dont la bonne application est contrôlée par l'autorité d'appel est l'ancien droit de procédure cantonal (Tappy, CPC commenté, Bâle 2011, n. 23 ad art. 405 CPC ; Tappy, Le droit transitoire applicable lors de l'introduction de la nouvelle procédure unifiée, JT 2010 III 39), notamment les dispositions du CPC-VD.

L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC) au sens de l'art. 236 CPC, dans les causes patrimoniales dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant l'autorité précédente dépasse 10'000 francs (art. 308 al. 2 CPC).

En l'espèce, formé en temps utile (art. 311 al. 1 CPC) par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC), contre une décision finale de première instance rendue dans une cause patrimoniale dans laquelle les conclusions au fond, dans leur dernier état devant le tribunal de première instance, portent sur un montant supérieur à 10'000 fr., l'appel est recevable.

2. L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut

revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge et doit le cas échéant appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC. Elle peut revoir l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance.

3. L'appelante reproche d'abord aux premiers juges d'avoir pris leur décision sur la base d'une constatation manifestement inexacte des faits.

3.1 En premier lieu, elle soutient que le jugement attaqué aurait dû retenir que l'intimée a vendu des matériaux de construction et qu'elle a donné des conseils d'utilisation, tout en laissant ouvertes les questions liées à la fréquence des conseils, à leur nature et surtout à la cause du sinistre, puisqu'il ne serait pas possible d'affirmer avec certitude qu'elle aurait pour cause des conseils inadéquats.

A l'appui de ce moyen, l'appelante revient sur la question de la valeur probante des témoignages de A.K._____ et B.K._____ ainsi que celui de V._____, faisant référence aux versions différentes desdits témoignages, qui renforcerait l'idée que le sinistre serait dû à une erreur d'application du produit utilisé, le [...], et non à l'inadéquation des conseils donnés par l'intimée. Ce point a toutefois été examiné sous l'angle de l'arbitraire par la Chambre des recours dans son arrêt du 16 décembre 2009, auquel on peut renvoyer (CREC I 16 décembre 2009/630, c. 4c).

En l'espèce, compte tenu de la nature et de l'ampleur du travail entrepris, la déclaration d'A.K._____, selon laquelle la prestation immatérielle de conseil en application était essentielle, en ce sens qu'il n'aurait pas osé se lancer dans de tels travaux sans les conseils de l'intimée, est crédible. L'appelante elle-même admet l'importance des conseils, sans lesquels A.K._____ n'aurait pas acheté les matériaux; elle n'exclut pas non plus l'activité de conseil du gérant de l'intimée « au tout début de la pose », tout en contestant cependant la fréquence et donc la

qualité de ces conseils. Il ressort des déclarations du gérant de l'intimée et des lésés que celui-là s'est rendu à différentes reprises sur leur chantier. Dès lors que les parties s'accordent pour dire qu'il n'y a pas seulement eu un seul passage du représentant de l'intimée sur le chantier, dans le but notamment de livrer la marchandise, ses passages répétés ne s'expliquent que par la volonté des acheteurs en accord avec le vendeur de bénéficier de conseils étendus sur l'utilisation des produits achetés. La livraison de la marchandise n'a au demeurant pas fait l'objet d'un montant dans la facture du 13 septembre 2004; or, si la présence sur le chantier du gérant de l'intimée s'expliquait par d'importantes livraisons successives, elles auraient été facturées. S'agissant de l'heure de passage du gérant de l'intimée, les prétendues contradictions relevées par l'appelante doivent être relativisées, dès lors que, contrairement à ce qui ressort du jugement entrepris, le gérant de l'intimée a déclaré qu'il passait «surtout» aux heures de l'apéritif et non pas «seulement» à l'heure de l'apéritif. Quant à la qualité des conseils contestée par l'appelante, il ressort de l'arrêt de la Chambre des recours du 16 décembre 2009 que le gérant de l'intimée a admis avoir mal conseillé son client, déjà au stade de la déclaration de sinistre du 17 décembre 2004, allant jusqu'à admettre qu'il en avait honte, de sorte que l'argument de l'appelante tombe à faux. Au surplus, celle-ci avait accepté de prendre en charge les dommages résultant de l'erreur de conseil donné quant à la mise en oeuvre des matériaux livrés.

Il en est de même s'agissant de la thèse de l'appelante qui s'appuie sur une mauvaise application du produit [...]. Il ressort des déclarations faites par V._____ et par B.K._____ que le temps de séchage du [...] a été insuffisant. Les conclusions de l'expert d'assurances qui s'est rendu sur place après le sinistre vont d'ailleurs dans ce sens, ce dernier indiquant que le sinistre subi par le lésé est lié à la manière inadéquate avec laquelle les matériaux livrés par Q._____ ont été mis en oeuvre. Il est dû au fait que cette dernière n'a pas donné une information correcte quant au respect du temps de séchage du [...] avant de poser l'isolation. Aussi bien V._____, qu'A.K._____ et B.K._____ ont admis qu'ils n'avaient pas respecté le temps de séchage nécessaire, faute d'indications en ce sens. Le seul intérêt personnel du propriétaire de

l'ouvrage à ce que soit retenue l'erreur dans le conseil afin de profiter de prestations de l'assurance, relevé par l'appelante, ne suffit pas à admettre une mauvaise application du produit indépendamment d'un mauvais conseil. A supposer avéré le fait que l'intimée représente les produits litigieux depuis 1997 ou 1998, comme soutenu par l'appelante, cela ne conduit pas à admettre sans autres l'impossibilité d'une erreur dans l'activité de conseil, puisque la police d'assurance conclue prévoyait explicitement que l'activité de conseiller en application était assurée (ingénierie, conseil des travaux effectués pour et par des tiers). En outre, s'agissant du conseil donné par le gérant, on ignore s'il connaissait lui aussi depuis 1997/1998 les produits vendus. Enfin, l'expérience générale de la vie permet d'admettre que l'essentiel des clients achetant des matériaux en vue de travaux d'étanchéité sont des professionnels expérimentés qui ne recherchent pas forcément des conseils aussi étendus que le propriétaire de l'ouvrage litigieux qui était un profane en matière d'étanchéité. La déclaration de B.K. _____ concernant les hésitations lors de l'application du produit [...] démontre bien que le seul achat du produit n'était pas suffisant au point de dispenser A.K. _____ et ses proches de l'aide (« coaching ») obtenue.

3.2 S'agissant de l'étendue du dommage quant aux prestations fournies par F. _____, l'appelante soutient que l'intimée n'a pas prouvé l'étendue de ce dommage, que les prestations fournies n'auraient pas été vérifiées et que l'intimée n'avait au surplus pas établi avoir payé la note d'honoraires envoyée.

En l'espèce, les premiers juges ont précisé que la société F. _____ est intervenue activement aux côtés de l'intimée en rédigeant plusieurs correspondances, motivées juridiquement, à l'attention de l'appelante et en la rencontrant le 22 mars 2005. Il ressort du dossier que F. _____ a consacré, entre le 16 décembre 2004 et le 7 juin 2005, 1'720 minutes, soit 28,6 heures à son mandat.

Il ressort des pièces produites que F. _____ a rédigé quatre lettres motivés, dont deux très développées, et en a reçu quatre de

l'appelante qu'elle a rencontrée tout comme le lésé A.K._____. Elle a en outre consacré 75 minutes à la préparation du dossier pour l'avocat de l'intimée, 140 minutes, vacation incluse, pour une séance avec l'avocat de l'intimée, ainsi que 75 minutes à divers entretiens avec ce dernier. Compte tenu de ces opérations, la note d'honoraire transmise par F._____ est fondée. Le point de savoir si elle a été payée n'est pas pertinent, dès lors que, dans tous les cas, il y a dommage par une augmentation du passif (la dette liée à la note d'honoraires) ou par une diminution de l'actif (la dette acquittée) (ATF 129 II 18 c. 2.4; CACI 13 février 2014/78).

4. L'appelante reproche aux premiers juges une violation du droit à la preuve et une appréciation arbitraire des preuves. Elle soutient en substance, que l'intimée et le lésé étaient liés par un simple contrat de vente incluant une information sur la qualité des produits se situant dans l'ordre de ce qui est usuel et n'allant pas au-delà du cadre général du service à la clientèle incombant au vendeur de matériaux, contrairement à ce qu'avaient retenu les premiers juges qui se seraient fondés sur les simples allégations de l'intimée et du lésé. Elle fait valoir à l'appui de ce moyen que l'intimée n'aurait pas facturé les conseils donnés au lésé.

a) Selon l'art. 8 CC, le demandeur doit prouver les faits qui fondent sa prétention, tandis que sa partie adverse doit prouver les faits qui entraînent l'extinction ou la perte du droit (ATF 130 III 321 c. 3.1). Ces principes, qui sont également applicables dans le domaine du contrat d'assurance, impliquent qu'il incombe à l'ayant droit d'alléguer et de prouver notamment la survenance du sinistre (TF 5C.181/1997 du 8 septembre 1997, c. 2b). Cette preuve étant par nature difficile à apporter, l'exigence de preuve est réduite et il suffit que l'ayant droit établisse la survenance du sinistre avec une vraisemblance prépondérante, qui ne doit pas être confondue avec une simple vraisemblance (ATF 130 III 321 c. 3.2 et 3.3; TF 5C.240/1995 du 1^{er} février 1996 c. 2a). L'art. 8 CC donne à l'assureur le droit à la contre-preuve et il peut donc apporter des éléments propres à

créer un doute et à ébranler la vraisemblance que l'ayant droit s'efforce d'établir. Le juge doit procéder à une appréciation d'ensemble des éléments qui lui sont apportés et dire s'il retient qu'une vraisemblance prépondérante a été établie (ATF 130 III 321 c. 3.4).

b) Au vu des éléments retenus ci-dessus (c. 3.1), on ne voit pas que l'art. 8 CC aurait été violé par les premiers juges qui se seraient contentés de simples allégations des parties au litige. L'appréciation de l'ensemble des éléments relevés n'est pas propre à créer un doute et à ébranler la conviction de la Cour de céans, acquise à ce sujet au degré de la vraisemblance prépondérante, en ce sens que les rapports contractuels liant l'intimée et le lésé relevaient bien d'une vente dont la conclusion avec des profanes était tributaire des conseils du vendeur donnés sur le chantier en question, ce qui explique les passages répétés de V. _____ sur le chantier et non, comme le soutient à tort l'appelante en se référant à l'arrêt TF 4C.200/2006 c. 2.2, d'une simple vente incluant une information sur la qualité des produits se situant dans l'ordre de ce qui est usuel et n'allant pas au-delà du cadre général du service à la clientèle incombant au vendeur de matériaux. En effet, dans cet arrêt, le vendeur s'était limité à recommander le produit oralement à l'acheteur, avant de confirmer sa recommandation par écrit, ce qui avait conduit ensuite l'acheteur à acheter le produit. Le cas d'espèce se distingue ainsi de l'état de faits retenu dans cet arrêt.

Quant à l'ATF 57 II 81, c. 2, également cité par l'appelante, cette jurisprudence prévoit que, dans la mesure où le conseil n'est pas donné dans le cadre de l'exercice d'une activité commerciale ou qu'il n'est pas autrement donné contre rémunération, il relève d'un comportement extracontractuel. Le Tribunal fédéral a précisé ultérieurement qu'un tel conseil extracontractuel constituait un cas d'application de la responsabilité fondée sur la confiance (TF 4C.193/2000 du 26 septembre 2001, c. 4a). Or, les conseils donnés en l'espèce ne l'ont pas été dans un contexte extracontractuel, mais bien dans celui d'une activité commerciale. Partant, la jurisprudence citée par l'appelante est dénuée de pertinence.

S'agissant de l'exigence d'une rémunération, on ne saurait considérer, comme le fait l'appelante, qu'il n'y en a pas eu en l'espèce pour l'activité déployée par l'intimée, en particulier en matière de conseil. En effet, la facture portant sur 50'821 fr. 50 montant net et TVA comprise, ne contient certes que l'énumération des matériaux sans qu'aucun montant ne figure sous le poste « frais de manutention » et « frais de livraison » et sans que la facture ne mentionne les conseils donnés. Il n'en reste pas moins que le montant facturé est plutôt élevé s'il ne porte que sur des matériaux, le propriétaire de l'ouvrage s'étant du reste partiellement acquitté de ce montant en vendant du vin à l'intimée pour 9'160 fr. 50, et qu'il apparaît hautement vraisemblable que l'intimée n'aurait pu simplement vendre des matériaux pour un tel montant à des profanes, cherchant avant tout à économiser sur le prix de l'installation projetée et sur celui des matériaux livrés, si ce n'était en les assistant en plus par des conseils étendus lors de la réalisation de l'ouvrage projeté, inclus dans le prix de vente des matériaux. L'existence de deux contrats ne saurait être exclue à la lumière de la jurisprudence précitée. On ne voit dès lors pas que l'art. 8 CC aurait été violé contrairement à ce que soutient l'appelante.

5. L'appelante reproche aux premiers juges de ne pas avoir tiré les conséquences nécessaires de l'art. B82 let. b CGA, qui permettrait d'exclure la couverture par l'assurance des prétentions litigieuses même dans l'hypothèse d'une responsabilité indépendante fondée sur un contrat de mandat. Elle soutient également, que les prétentions litigieuses, soit les travaux d'étanchéité réalisés par A.K._____ et ses proches, ne relèveraient pas d'un dommage consécutif (Folgeschaden) mais d'un dommage économique pur (ou préjudice de fortune) exclu par tout contrat d'assurance, et de manière particulière par les clauses B1, B81 let. f et B82 CGA du contrat d'assurance en question.

a) Les clauses d'un contrat d'assurance, de même que les conditions générales qui ont été expressément incorporées, doivent être

interprétées selon les mêmes principes juridiques que les autres dispositions contractuelles (ATF 135 III 410 c. 3.2 publié in SJ 2009 I, p. 429 ; pour les conditions générales : ATF 135 III 1 c. 2 ; ATF 133 III 675 c. 3.3). S'il n'est pas exclu que l'on retrouve épisodiquement une référence à l'adage « in dubio contra stipulatorem », il est manifeste que celui-ci a perdu de l'importance. Il faut dire que l'idée de punir celui qui a rédigé le contrat ou de trancher systématiquement en faveur de l'assuré ne trouve aucun point d'appui dans le texte légal. Le but de l'interprétation consiste bien plutôt à dégager la volonté exprimée, en considérant la manifestation de volonté telle qu'elle devait être comprise de bonne foi par son destinataire (Corboz, Le contrat d'assurance dans la jurisprudence récente, in SJ 2011 II, pp. 247 ss et les réf. citées).

En présence d'un litige sur l'interprétation d'une clause contractuelle, le juge doit tout d'abord s'efforcer de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO). Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si leurs volontés intimes divergent, le juge doit interpréter les déclarations faites et les comportements selon la théorie de la confiance ; il doit donc rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances. Le principe de la confiance permet ainsi d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime (ATF 133 III 61 c. 2.2.1 et les références citées).

Lorsque l'assureur, au moment de conclure, présente des conditions générales, il manifeste la volonté de s'engager selon les termes de ces conditions. Si une volonté réelle concordante n'a pas été constatée, il faut donc se demander comment le destinataire de cette manifestation de volonté pouvait la comprendre de bonne foi. Cela conduit à une interprétation objective des termes contenus dans les conditions générales, même si celle-ci ne correspond pas à la volonté intime de l'assureur. Dans le domaine particulier du contrat d'assurance, l'art. 33

LCA précise d'ailleurs que l'assureur répond de tous les événements qui présentent le caractère du risque contre les conséquences duquel l'assurance a été conclue, à moins que le contrat n'exclue certains événements d'une manière précise, non équivoque. Il en résulte que le preneur d'assurance est couvert contre le risque tel qu'il pouvait le comprendre de bonne foi à la lecture du contrat et des conditions générales incorporées à celui-ci. Si l'assureur entendait apporter des restrictions ou des exceptions, il lui incombait de le dire clairement ; conformément au principe de la confiance, c'est à l'assureur qu'il incombe de délimiter la portée de l'engagement qu'il entend prendre et le preneur n'a pas à supposer des restrictions qui ne lui ont pas été clairement présentées (Corboz, op. cit., pp. 247 ss ; ATF 133 III 675 c. 3.3 ; dans une forme résumée ATF 135 III 410 c. 3.2, publié in SJ 2009 I, p. 429). La validité d'une clause contenue dans des conditions générales est de surcroît limitée par la règle de la clause insolite, selon laquelle une telle clause n'est admissible que si la partie réputée faible ou moins expérimentée a été spécialement mise en garde à son sujet. Pour être insolite, la clause doit conduire à un changement essentiel du caractère du contrat ou s'écarter de manière sensible du cadre légal pour ce type de contrat (ATF 138 III 411 c. 3.1 ; ATF 135 III 225 c. 1.3 ; ATF 135 III 1 c. 2.1).

Une convention spéciale des parties (besondere Parteiabrede) qui déroge aux conditions générales d'assurance l'emporte sur celles-ci (ATF 135 III 225 c. 1.4; ATF125 III 263 c. 4b/bb et les références).

b) En l'espèce, les premiers juges ont retenu que la mauvaise exécution du contrat de mandat était la cause du sinistre. Ils ont relevé en outre que parmi les activités assurées, la police d'assurance indique notamment l'étanchéité sur immeubles et l'activité de conseiller en application (ingénierie, conseil des travaux effectués pour et par des tiers). Ils ont toutefois considéré que cela ne suffisait pas pour admettre une couverture d'assurance, celle-ci étant principalement réglée par les conditions générales d'assurance. Les juges ont également précisé que l'art. C22 CGA intitulé « Dommages matériels dus à la constatation ou à l'élimination de défauts ou de dommages », plus particulièrement l'art.

C222 CGA (limitations de la protection d'assurance), n'entraîne pas en ligne de compte, dès lors que l'intimée n'avait pas exécuté des travaux d'étanchéité mais s'était contentée de fournir une prestation intellectuelle de conseil. S'agissant de l'art. B82 CGA intitulé « risques d'entreprise », les juges ont retenu que les conséquences de l'exécution imparfaite n'étaient pas assurées en ce qui concernait l'objet même du contrat mixte, soit les matériaux livrés par l'intimée, alors que restaient garantis les dommages causés aux choses du lésé qui n'étaient pas directement l'objet du contrat, soit les travaux d'étanchéité réalisés par A.K._____ et ses proches, qui constituaient un dommage consécutif (Folgeschaden) couvert par l'assurance.

La Cour de céans relève que la police d'assurance établie le 13 juin 2002 prévoit expressément « qu'est également assurée l'activité de conseiller en application (ingénierie, conseil des travaux effectués pour et par des tiers) ». En principe, cette convention l'emporte sur les clauses qui y dérogeraient dans les CGA. Or, l'art. B82 let. b CGA, dont se prévaut l'appelante, contredit manifestement la convention passée entre les parties s'agissant des activités de conseil en la vidant de toute substance. Par ailleurs, on ne saurait reprocher à l'intimée dans ce contexte, et l'appelante ne le prétend du reste pas, qu'elle n'aurait pas respecté le délai imparti pour lui signaler que la teneur de la police ne concordait pas avec « les conventions intervenues », ce terme de « conventions intervenues » ne se rapportant manifestement pas aux CGA, mais à la teneur des discussions ayant conduit l'appelante à élaborer une police d'assurance spécifique, correspondant à l'activité notamment de conseil de l'intimée. Au vu de la jurisprudence citée ci-dessus, il y a lieu de s'en tenir à la convention spécifique conclue entre les parties qui prime les CGA qui sont, à cet égard, équivoques.

En se prévalant des art. B1, B81 let. f et B82 let. c CGA pour démontrer que la couverture d'assurance ne porterait pas sur les préjudices pécuniaires du contrat d'assurance, la recourante perd de vue que l'attestation de police du 3 juillet 2003 mentionne expressément la couverture des « préjudices pécuniaires dus à des incidents de

construction » (art. C231 CGA), en dérogation partielle aux art. B1 let. a et B81 let. f CGA. L'existence d'une telle clause dans les CGA infirme ainsi la thèse soutenue par l'appelante, selon laquelle le contrat d'assurance exclut par essence les préjudices pécuniaires/de fortune/dommages économiques purs.

Quoi qu'il en soit, dès lors que les parties ont expressément prévu que l'assurance couvrait les activités de « conseiller en application », en particulier de « conseil des travaux effectués pour et par des tiers », c'est cette convention qui prime, comme déjà mentionné. Point n'est donc besoin d'examiner plus avant la problématique soulevée du dommage consécutif et de sa délimitation par rapport au dommage pécuniaire.

6. En définitive, l'appel doit être rejeté en application de l'art. 312 al. 1 CPC et le jugement entrepris confirmé.

Vu le rejet de l'appel, les frais judiciaires de deuxième instance, fixés à 1'591 fr. (art. 62 al. 1 TFJC [tarif du 28 septembre 2010 des frais judiciaires civils ; RSV 270.11.5]), doivent être mis à la charge de l'appelante (art. 106 al. 1 CPC).

L'intimée n'ayant pas été invitée à se déterminer, il n'y a pas lieu de lui allouer de dépens.

Par ces motifs,
la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
p r o n o n c e :

- I.** L'appel est rejeté.
- II.** Le jugement est confirmé.

III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'591 fr. (mille cinq cent nonante et un francs), sont mis à la charge de l'appelante P._____.

IV. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 26 mai 2014

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés.

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète, par l'envoi de photocopies, à :

- Me Denis Bettems, (pour P._____),
- Me Christian Petermann, (pour Q._____).

La Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est de 59'075 fr. 55.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de

droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- M. le Président de la Cour civile du Tribunal cantonal.

La greffière :