

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 13 septembre 2017

Composition : M. ABRECHT, président
Mmes Bendani et Crittin Dayen, juges
Greffière : Mme Pitteloud

Art. 230 CPC ; 82 CO

Statuant sur l'appel interjeté par **Y._____SA**, à [...],
défenderesse, contre le jugement rendu le 30 novembre 2016 par la
Chambre patrimoniale cantonale dans la cause divisant l'appelante d'avec
B._____SA, à [...], demanderesse, la Cour d'appel civile du Tribunal
cantonal considère :

En fait :

A. Par jugement du 30 novembre 2016, dont les considérants ont été adressés aux parties le 1^{er} mars 2017, la Chambre patrimoniale cantonale a condamné Y. _____SA à verser à B. _____SA la somme de 99'338 fr. 10, avec intérêts à 5 % l'an dès le 1^{er} septembre 2012 sur 39'076 fr. 65 et dès le 31 mai 2013 sur 60'261 fr. 45, sous déduction de 30'000 fr. avec intérêts à 5 % l'an dès le 2 juin 2013 (I), a arrêté les frais judiciaires à 45'281 fr. 80, dont 40'753 fr. 80 à la charge d'Y. _____SA et 4'528 fr. à la charge de B. _____SA (II), a dit que Y. _____SA devait rembourser la somme de 16'226 fr., versée à titre d'avance de frais, à B. _____SA (III), a dit que Y. _____SA devait verser 18'900 fr. à B. _____SA à titre de dépens réduits (IV) et a rejeté toutes autres et/ou plus amples conclusions, dans la mesure où elles étaient recevables (V).

En droit, les premiers juges ont considéré que l'ensemble des conclusions reconventionnelles d'Y. _____SA devaient être rejetées. En particulier, ils ont considéré qu'une conclusion à hauteur de 345'800 fr., prise pour la première fois dans le mémoire de plaidoirie, devait être considérée comme irrecevable, dès lors qu'elle contrevenait au principe de la bonne foi. Ils ont constaté que l'instruction ne permettait pas de retenir que B. _____SA aurait été en retard dans la livraison des ouvrages, de sorte que c'était à bon droit qu'elle avait invoqué l'exception d'inexécution pour la réfection d'une chape défectueuse, que Y. _____SA ne pouvait pas faire intervenir des entreprises tierces et qu'aucune pénalité de retard n'était due. Enfin, les magistrats ont constaté que les arriérés, dont Y. _____SA avait refusé le paiement, étaient dus à B. _____SA, sous déduction du solde d'un contrat de prêt conclu entre les parties.

B. Par acte du 3 avril 2017, Y. _____SA a fait appel du jugement susmentionné, en concluant principalement à sa réforme en ce sens que B. _____SA soit condamnée à lui verser les sommes de 20'700 fr. et de

54'000 fr., subsidiairement 38'500 fr., avec intérêts à 5 % l'an dès le 26 septembre 2012, de 22'000 fr., avec intérêts à 5 % l'an dès le 26 février 2012, de 16'114.30 fr. et de 30'000 fr., avec intérêts à 5 % l'an dès le 15 août 2012 et de 345'800 francs. A titre subsidiaire, elle a conclu à l'annulation du jugement et au renvoi de la cause à l'autorité de première instance pour nouveau jugement.

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

1. **a)** B. _____ SA, dont le siège social est à [...], est une société anonyme inscrite au registre du commerce du Canton de Vaud qui a notamment pour but toutes activités dans les domaines du terrassement, du paysagisme, de la maçonnerie et de l'aménagement intérieur et extérieur.

b) Y. _____ SA, dont le siège est à [...], est une société anonyme inscrite au registre du commerce du Canton de Genève dont le but est la promotion et la gestion immobilière en tout genre. Elle est notamment active en qualité d'entreprise générale dans le domaine de la construction.

2. **a)** A plusieurs reprises, Y. _____ SA, en qualité de maître de l'ouvrage, a sous-traité à B. _____ SA, en qualité d'entrepreneur, des travaux de maçonnerie, de terrassement et d'aménagements extérieurs. En particulier, B. _____ SA s'est vu sous-traiter des travaux dans le cadre de la construction de quatorze villaS[...] (la [...]) (ci-après : le chantier de la C[...]), de cinq villas à [...] (ci-après : le chantier de S [...]) et de deux villas à E [...] (ci-après : le chantier d'E[...]).

b) Le 15 septembre 2009, B. _____ SA, Y. _____ SA et P. _____, directeur des travaux du chantier de la C[...], ont signé un document prévoyant une pénalité de 500 fr. par jour en cas de retard sur le planning bihebdomadaire de la direction des travaux.

c) Le 1^{er} juin 2010, Y. _____ SA a prêté à B. _____ SA la somme de 50'000 fr., remboursable en cinq annuités de 10'000 francs.

3. a) Les travaux d'aménagements extérieurs du chantier de la C[...] ont fait l'objet d'un contrat d'entreprise signé par les parties le 20 septembre 2010. Le 21 octobre 2011, Y. _____ SA a établi un décompte final à hauteur de 484'230 fr., réduit de 10'000 fr. à titre de remboursement d'une annuité du prêt consenti le 1^{er} juin 2010. Ce décompte a été contresigné par B. _____ SA. Après l'établissement de ce décompte, Y. _____ SA a commandé à B. _____ SA des travaux complémentaires pour un montant de 4'785 fr. 95, portant le coût de l'ensemble des travaux commandés pour le chantier de la C[...] à 479'015 fr. 95 (474'230 fr. + 4'785 fr. 95).

b) Les travaux du chantier de S[...] ont fait l'objet de deux contrats d'entreprise : le premier, le 4 août 2011, portant sur les travaux de maçonnerie et, le second, le 8 décembre 2011, relatif aux aménagements extérieurs. La direction des travaux a été confiée à A. _____. La fin des travaux, à l'exception de l'engazonnement, a été fixée au 25 février 2012. En cours de chantier et jusqu'au 25 mai 2012, Y. _____ SA a commandé à B. _____ SA des travaux d'aménagements extérieurs complémentaires, pour un montant de 15'730 francs.

Le 13 mars 2012, un décompte final relatif aux travaux de maçonnerie du chantier de S[...] a été établi par Y. _____ SA, faisant état d'un solde dû à la demanderesse de 46'126 fr., sur une facture totale de 432'973 fr. 70, réduite à 424'500 fr. par Y. _____ SA. Ce décompte a été contresigné par B. _____ SA. Aucun décompte final n'a été établi pour les travaux extérieurs.

Le 17 octobre 2012, le montant des travaux extérieurs du chantier de S[...] a été arrêté, dans une facture finale non contestée par Y. _____ SA, à 64'730 fr., dont un solde de 13'030 fr. en faveur de B. _____ SA.

c) Pour le chantier d'E[...], un contrat relatif aux travaux de terrassement et un autre portant sur les aménagements extérieurs, adjugés à 30'500 fr., ont été conclus par les parties le 27 octobre 2011, respectivement le 23 avril 2012. La direction des travaux a été confiée à N. _____ et la fin des travaux a été agencée au 15 juin 2012. En cours de chantier, Y. _____ SA a commandé à B. _____ SA des travaux de terrassement et d'aménagements extérieurs complémentaires, pour un montant de 59'953 fr. 30, portant le coût total des aménagements extérieurs à 90'453 fr. 30 (59'953 fr. 39 + 30'500 fr.).

Le 19 juillet 2012, Y. _____ SA a établi un décompte final, contresigné par B. _____ SA, relatif aux travaux de maçonnerie du chantier d'E[...], arrêtant le solde dû à 21'339 fr. 95. Le 23 novembre 2012, un décompte final des travaux de terrassement a été établi par Y. _____ SA, faisant état d'un solde de 20'493 fr. 95. Ce décompte n'a pas été contresigné par B. _____ SA.

4. Aucun retard dans la réalisation des aménagements extérieurs n'a jamais été mentionné dans les procès-verbaux du chantier de S [...], respectivement dans les plannings de la direction des travaux. Il en va de même des procès-verbaux du chantier d'E[...]. Le gazon synthétique a fini d'être posé le 10 avril 2012. Les travaux de retouche ont été exécutés par B. _____ SA.

5. a) Les travaux de maçonnerie confiés à B. _____ SA dans le cadre des chantiers de la C[...] et de S[...] comprenaient un concept de prémurs à remplir avec du béton, dont la fourniture et la mise en place devaient être exécutées par B. _____ SA.

b) B. _____ SA a livré et posé sur les chantiers de S[...] et de la C[...] des tuyaux de drainage uniquement perforés, et non pas des tuyaux perforés et rainurés. En outre, elle a livré et coulé dans les prémurs un béton avec une granulométrie de 0.16 millimètres.

c) Par courriel du 9 mars 2010, B._____SA a transmis à P._____ et à Y._____SA des photographies montrant que les drains, de couleur orange, étaient uniquement perforés.

d) Le 1^{er} avril 2010, B._____SA a adressé à P._____, avec copie à Y._____SA, un courrier faisant état de problèmes d'étanchéité sur les murs des villas.

e) Le 5 décembre 2011, une infiltration d'eau a été constatée sur le chantier de S [...]. Cela étant, Y._____SA a commandé des travaux de maçonnerie complémentaires, par 22'924 fr. 30, à B._____SA. Cette infiltration d'eau a requis l'intervention de la société [...], laquelle a exécuté des travaux d'assèchement à hauteur de 16'114 fr. 30.

f) Par courriel du 2 août 2012, A._____ a interpellé B._____SA au sujet de la granulométrie du béton effectivement livré sur le chantier de S [...].

6. a) Par courrier du 10 août 2012, Y._____SA a imparti à B._____SA un délai au 15 août 2012 pour la reprise des travaux d'aménagements extérieurs du chantier d'E[...].

Le 14 août 2012, la direction des travaux du chantier d'E[...] a indiqué, dans le procès-verbal de réception d'une partie de l'ouvrage, que la réalisation de l'engazonnement était reportée.

Par courrier du 20 août 2012, B._____SA a mis Y._____SA en demeure de s'acquitter d'un montant de 41'163 fr. 85, soit du solde des travaux du chantier d'E[...], dans un délai au 31 août 2012.

b) Le 28 août 2012, deux acquéreurs d'une villa du chantier d'E[...] ont refusé de prendre livraison d'une partie de la chape réalisée par B._____SA. Par courrier du lendemain adressé à Y._____SA, B._____SA a admis la défectuosité de la chape et a proposé de corriger la situation dans un délai de dix jours ouvrables à compter de l'accord

d'Y. _____ SA sur le mode de réfection proposé. En raison d'un impayé de 59'816 fr. 65, B. _____ SA a, par courrier du 4 septembre 2012, refusé d'effectuer les travaux.

c) Par courrier du 5 septembre 2012, Y. _____ SA a avisé B. _____ SA qu'elle s'estimait en droit de retenir tout paiement supplémentaire, compte tenu de divers défauts de l'ouvrage et de manquements dans l'exécution des travaux. En particulier, pour les chantiers de S[...] et de la C[...], Y. _____ SA a invoqué une granulométrie du béton et des tuyaux de drainages non conformes à ceux prévus par les contrats. Pour le chantier d'E[...], Y. _____ SA est revenue sur la question de la chape de finition.

d) Le 11 septembre 2012, B. _____ SA a répondu que le problème de la chape de finition du chantier d'E[...] ne concernait pas le contrat relatif aux travaux de maçonnerie, de sorte que, compte tenu de la valeur de 3'600 fr. de la chape, un solde de 19'823 fr. 89 était dû. Elle a indiqué qu'à réception de ce montant, elle procéderait à la réfection de la chape. Concernant le chantier de la C[...], B. _____ SA a indiqué qu'aucune soumission n'avait été établie. Pour le chantier de S [...], elle a précisé que les conduites de drainage et le béton ne souffraient d'aucun défaut et avaient été avalisés par l'architecte, respectivement par l'ingénieur.

Le 18 septembre 2012, Y. _____ SA a fixé à B. _____ SA un délai au 20 septembre 2012 pour livrer du béton d'une granulométrie de 0.8 millimètres, pour fournir des tuyaux de drainages perforés et rainurés et pour refaire la chape de finition, sous menace d'exécution par un tiers.

e) Par courrier du 21 septembre 2012, B. _____ SA a indiqué à Y. _____ SA que le retard de cette dernière dans le paiement des aménagements extérieurs du chantier d'E[...] l'autorisait à refuser d'exécuter ses obligations de garantie, qu'elle requérait le jour même l'inscription d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs et

qu'elle procéderait à la réfection de la chape ainsi qu'à la fin des aménagements extérieurs une fois l'hypothèque provisoirement inscrite.

Par courrier du même jour, Y. _____ SA a fixé à B. _____ SA un délai au 25 septembre 2012 pour exécuter l'engazonnement sur le chantier d'E[...], sous menace d'une exécution par un tiers.

Le 3 octobre 2012, B. _____ SA a indiqué à Y. _____ SA que les hypothèques légales requises avaient été inscrites et que, comme annoncé, elle allait procéder aux travaux de réparation de la chape et d'engazonnement.

Le 11 octobre 2012, Y. _____ SA a mandaté l'entreprise [...] pour procéder au remplacement de la chape défectueuse, pour un montant de 10'700 fr. ainsi que l'entreprise [...] pour procéder aux travaux d'engazonnement du chantier d'E[...], pour un prix de 10'000 francs.

7. Le solde non remboursé du prêt consenti par contrat du 1^{er} juin 2010 s'élève à ce jour à 30'000 fr., B. _____ SA ayant remboursé 10'000 fr. le 27 octobre 2011 et 10'000 fr. le 30 avril 2012.

8. a) En cours d'instruction, une expertise judiciaire a été mise en œuvre. L'expert a déposé son rapport le 23 mars 2015.

Selon l'expert, les travaux d'aménagements extérieurs du chantier d'E[...] devaient être terminés, selon le planning initial, pour le 15 juin 2012, alors que l'offre de l'entrepreneur remontait au 14 avril 2012 et que l'adjudication avait été prononcée le 23 avril 2012, ce qui laissait huit semaines à B. _____ SA pour réaliser les travaux. Ce délai initial ne pouvait pas être respecté et son report a été admis. S'agissant du planning de la direction des travaux pour les aménagements extérieurs du chantier de S [...], l'expert n'a pas retenu que B. _____ SA l'avait respecté, mais a précisé que le contrat du 8 décembre 2011 prévoyait une fin des travaux pour le 25 février 2012, à l'exception de l'engazonnement. Il s'est étonné du délai prescrit à cette période de l'année pour ce type de

travaux. Il a en outre considéré qu'il pouvait y avoir une malfaçon dans la pose du gazon synthétique plutôt qu'un retard dans sa mise en œuvre.

Selon l'expert, les travaux de maçonnerie du chantier de S[...] ont fait l'objet de factures pour un montant total de 455'898 fr. (i.e. 432'973 fr. 70 [selon décompte du 13 mars 2012] + 22'924 fr. 30 [pour les travaux de maçonnerie complémentaires]) et d'acomptes payés par la défenderesse pour un montant total de 424'500 fr., d'où une différence de 31'398 fr. (i.e. 455'898 fr. - 424'500 fr.). Les comptes entre les parties pour le chantier de S[...] présentent ainsi, selon l'expert, un solde en faveur de B. _____ SA de 44'428 fr. (31'398 fr. + 13'030 fr.).

Aux dires de l'expert, les comptes entre les parties pour le chantier de la C[...] (aménagements extérieurs) présentent un solde en faveur de B. _____ SA de 3'813 fr. 20 ([474'230 fr. + 2'683 fr. 20] - 473'100 fr.), après déduction d'un montant de 10'000 fr. à titre de remboursement d'une annuité du prêt consenti le 1^{er} juin 2010.

L'expert a estimé que la facture finale émise par B. _____ SA le 19 octobre 2012 en relation avec les travaux de terrassement du chantier d'E[...] présentait un solde en sa faveur de 20'493 fr. 95, après déduction de 68'300 fr. d'acomptes payés par la défenderesse, tandis que les travaux d'aménagements extérieurs de ce chantier présentaient un solde de 17'736 fr. 70 (*recte* : 17'776 fr. 70) (90'453 fr. 30 [facture totale] - 51'976 fr. 60 [paiements effectués] - 10'000 fr. [engazonnement non effectué] - 10'740 fr. [*recte* : 10'700 fr.] [chape défectueuse]) en faveur de B. _____ SA. Les travaux de maçonnerie de ce chantier présentaient un solde en faveur de B. _____ SA de 21'339 fr. 96. Pour le chantier d'E[...], les comptes entre les parties présentent ainsi un solde de 39'116 fr. 66 (21'339 fr. 96 + 17'776 fr. 70) en faveur de B. _____ SA.

L'expert a estimé que les drains livrés par B. _____ SA engendraient une moins-value financière de 1'463 fr., en précisant qu'ils étaient conformes aux règles de l'art dans le domaine de la construction. Il a indiqué que les caractéristiques de résistance du béton utilisé pour le

remplissage des prémurs étaient supérieures à celles du béton prescrit dans la soumission, de sorte qu'il n'y avait aucune moins-value ni dommage imputable à ce changement.

b) Le 29 octobre 2015, l'expert a déposé un rapport complémentaire permettant notamment de retenir que le contrat d'entreprise conclu le 23 avril 2012 pour les aménagements extérieurs du chantier d'E[...] n'exigeait pas le strict respect de l'échéance du 15 juin 2012 pour l'achèvement des travaux. De plus, l'expert a relevé qu'il n'était pas possible de déterminer si B._____SA avait respecté le planning de la direction des travaux pour la réalisation des aménagements extérieurs des chantiers d'E [...] et de S [...].

L'expert a soulevé que B._____SA n'était pas en mesure de commencer les travaux d'engazonnement du chantier d'E[...] avant le 12 juin 2012 et qu'elle avait indirectement demandé une prolongation du délai imparti pour réaliser les aménagements extérieurs, en ce sens que la direction des travaux - qui, selon l'expert, agissait par délégation de pouvoirs d'Y._____SA et représentait ses intérêts - et les acquéreurs avaient admis un report des travaux d'engazonnement. Y._____SA était indirectement présente le jour où les procès-verbaux de réception d'une partie d'ouvrage avaient été établis, puisqu'elle était représentée par sa direction des travaux. La direction des travaux du chantier de S[...] a indiqué à l'expert que B._____SA n'avait fait l'objet d'aucun retard dans la planification convenue. Il en allait de même de la direction des travaux du chantier d'E[...].

Selon les dires de l'expert, il n'est pas possible de retenir que l'ensemble des listes de retouches relatives aux aménagements extérieurs du chantier de la C[...] ont été remises à Y._____SA, mais les retouches ont été effectuées par B._____SA. L'expert a précisé que le solde de 3'813 fr. 20 en faveur de B._____SA pour le chantier de la C[...] était exigible. Le gazon synthétique du chantier de S [...], dont la malfaçon avait été évoquée par l'expert dans son rapport du 23 mars 2015, a été

posé par la société [...] & Fils, dont B._____SA conteste qu'elle ait été son sous-traitant.

L'expert a encore précisé que B._____SA avait posé un dispositif d'étanchéité horizontal conforme à la commande d'Y._____SA, que la granulométrie n'influçait pas l'homogénéité du béton et que le risque d'infiltration d'eau n'était pas aggravé. Le béton, quelle que soit sa granulométrie, n'est soumis à aucune exigence en matière de garantie contre les infiltrations. Le béton n'est donc pas imperméable. L'expert a toutefois précisé que le béton utilisé répondait aux critères permettant de le qualifier d'étanche. Selon l'expert, l'absence de bande d'étanchéité horizontale extérieure recouvrant le bord du radier et la base des panneaux de prémurs constitue une erreur de conception de l'ouvrage, qui implique le concepteur de la villa, l'auteur du dossier d'exécution, la direction des travaux et l'entrepreneur, s'il a omis d'en parler à la direction des travaux, conformément à l'art. 25 de la norme SIA 118. L'expert a estimé à 18'200 fr. le coût de réparation de chaque villa.

L'expert a encore ajouté que, d'un point de vue technique, les tuyaux de drainage posés n'entraînaient aucune moins-value, mais qu'ils engendraient une moins-value financière de 1'729 francs.

c) L'expert a été entendu le 27 avril 2016 et son audition a permis de retenir que si du mortier présentant une granulométrie de 0.8 mm avait été posé, il n'aurait pas été conforme aux normes de construction suisses.

9. **a)** Par convention, les parties ont décidé de remplacer les hypothèques légales des artisans et entrepreneurs provisoirement inscrites par une consignation à titre de sûreté avec constitution de droit de gage.

b) Par demande du 30 mai 2013 adressée à la Chambre patrimoniale cantonale, B._____SA a conclu, sous suite de frais et

dépens, à ce que Y. _____ SA soit condamnée à lui verser la somme de 132'180 fr., avec intérêts à 5 % l'an dès le 16 mars 2012.

c) Par réponse et demande reconventionnelle du 18 octobre 2013, Y. _____ SA a notamment conclu, sous suite de frais et dépens, à ce que B. _____ SA soit déboutée de l'entier de ses conclusions et à ce qu'elle soit condamnée à lui verser les montants de 22'000 fr. avec intérêts à 5 % l'an dès le 26 février 2012, de 20'700 fr. et 59'500 fr. avec intérêts à 5 % l'an dès le 26 septembre 2012, et de 30'000 fr. et 38'000 fr. avec intérêts à 5 % l'an dès le 15 août 2012.

d) Par réplique du 27 février 2014, B. _____ SA a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet des conclusions prises par Y. _____ SA et a invoqué la prescription.

e) Par écriture du 7 juillet 2014, Y. _____ SA a notamment intégralement persisté dans les conclusions formulées dans sa réponse et demande reconventionnelle.

f) Les parties ont renoncé aux plaidoiries orales au profit de plaidoiries écrites, qu'elles ont déposées le 16 août 2016.

Au terme de son mémoire de plaidoirie du 16 août 2016, B. _____ SA a conclu, sous suite de frais et dépens, à ce qu'Y. _____ SA soit condamnée à lui verser la somme de 87'811 fr. 80, avec intérêts à 5 % l'an dès le 16 mars 2012.

Quant à Y. _____ SA, elle a notamment conclu, sous suite de frais et dépens à hauteur de 83'740 fr. 48, à ce que B. _____ SA soit condamnée à lui payer les sommes de 22'000 fr. avec intérêts à 5 % l'an dès le 26 février 2012, de 20'700 fr. et 54'000 fr. avec intérêts à 5 % dès le 26 septembre 2012, et de 16'114 fr. 30 et 30'000 fr. avec intérêts à 5 % dès le 15 août 2012. Elle a également conclu à ce que B. _____ SA soit condamnée à lui verser les sommes de 345'800 fr. et de 1'749 francs.

Le 7 octobre 2016, les parties ont chacune déposé un mémoire responsif, sans prendre de conclusion nouvelle.

En droit :

1.

1.1 L'appel est recevable contre les décisions finales (art. 236 CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272]) et les décisions incidentes (art. 237 CPC) de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC) dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). En se référant au dernier état des conclusions, l'art. 308 al. 2 CPC vise les conclusions litigieuses devant l'instance précédente, non l'enjeu de l'appel (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in : JdT 2010 III 126). L'appel, écrit et motivé, doit être introduit dans les trente jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 CPC).

1.2 En l'espèce, le présent appel, portant sur une décision finale de première instance, a été formé en temps utile par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC) et porte sur des conclusions patrimoniales dont la valeur litigieuse est manifestement supérieure à 10'000 francs.

A cet égard, 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 (Jeandin, CPC commenté, 2011, n. 2 ss ad art. 310 CPC). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des

preuves administrées en première instance (Jeandin, op. cit., n. 6 ad art. 310 CPC ; JdT 2011 III 43 et références citées).

L'appelante n'entend pas remettre en cause les faits établis par l'autorité de première instance. Elle ne se plaint que d'une violation du droit de procédure et du droit de fond, de sorte que la Cour de céans examinera les points contestés sur la base de l'état de fait du jugement.

3.

3.1 L'appelante conteste le raisonnement des premiers juges s'agissant de l'irrecevabilité de la conclusion par laquelle elle requérait la condamnation de l'intimée à lui verser la somme de 345'800 fr. en raison du défaut d'étanchéité dont étaient affectées les villas réalisées.

Les magistrats ont retenu que ce n'était que dans son mémoire de plaidoirie du 16 août 2016 que l'appelante avait allégué, sur la base du rapport d'expertise complémentaire du 29 octobre 2015, que si le béton livré par l'intimée avait été conforme à celui commandé, il n'aurait pas été nécessaire de poser une bande d'étanchéité pour remédier au problème d'étanchéité des villas construites sur les trois chantiers. Dès lors que les chantiers comptaient 19 villas, l'appelante a estimé le coût de la remise en état à 345'800 fr., soit à 18'200 fr. par villa, quand bien même elle n'avait jamais fait valoir d'autre dommage que ceux liés à la granulométrie du béton livré et à l'étanchéité des prémurs. De même, ils ont retenu que ce n'était qu'à l'occasion du dépôt de son mémoire de plaidoirie que l'appelante avait pris une conclusion nouvelle, tendant à ce que l'intimée soit condamnée à lui verser la somme de 345'800 francs. Ils ont également constaté que l'appelante n'avait fait valoir aucune circonstance permettant d'expliquer pourquoi elle n'aurait pas pu faire valoir ces éléments et augmenter ses conclusions plus tôt, alors même qu'il s'était écoulé plusieurs mois depuis le dépôt du rapport d'expertise complémentaire.

En référence à un arrêt du Tribunal fédéral (TF 4A_566/2015 du 8 février 2016 consid. 4.2.2), les premiers juges ont pris en compte le défaut d'étanchéité et le coût de sa réparation, puisqu'ils ressortaient de l'expertise. Toutefois, compte tenu du délai écoulé entre la prise de connaissance par l'appelante du rapport d'expertise complémentaire daté du 29 octobre 2015 et le dépôt de son mémoire de plaidoirie le 16 août 2016, ils ont considéré que les circonstances factuelles différaient de celles de l'arrêt susmentionné et que la conclusion nouvelle était irrecevable, puisque l'attitude de l'appelante était contraire au principe de la bonne foi (art. 52 CPC). En particulier, les premiers juges ont considéré que l'attitude de l'appelante ne saurait être cautionnée, puisqu'elle n'avait donné aucune possibilité à l'intimée d'interpeller l'expert à ce sujet lors de son audition du 27 avril 2016.

L'appelante considère que ce raisonnement consacrerait une violation de l'art. 230 CPC.

3.2 A teneur de l'art. 230 al. 1 CPC, la demande ne peut être modifiée aux débats principaux que si les conditions fixées à l'art. 227 al. 1 CPC sont remplies (let. a) et si la modification repose sur des faits ou moyens de preuve nouveaux (let. b). L'al. 2 de cette disposition précise encore que l'art. 227 al. 2 et 3 CPC est applicable.

Selon le Tribunal fédéral, une modification de la demande au sens des art. 227 et 230 CPC intervient lorsqu'une prétention juridique qui a été valablement invoquée jusque-là est modifiée ou lorsqu'une nouvelle prétention est soulevée. La modification des conclusions doit satisfaire aux exigences alternatives de l'art. 227 al. 1 CPC et être la conséquence de faits ou de moyens de preuves nouveaux (Denis Tappy, Code de procédure civile commenté, 2011, n. 3 ad art. 230 CPC). Pour examiner le lien de connexité entre la conclusion nouvelle et la demande initiale, le contenu de la prétention juridique se détermine, selon la jurisprudence, au regard de l'action ouverte, des conclusions de la demande et des faits invoqués à l'appui de celle-ci, autrement dit par le complexe de faits sur lequel les conclusions

se fondent (ATF 139 III 126 consid. 3.2.2 p. 131 ; TF 4A_439/2014 du 16 février 2015 consid. 5.4.3.1 et les références citées).

Même si le principe de la bonne foi exige que la partie qui a connaissance de faits et moyens de preuve nouveaux de nature à modifier ses prétentions modifie ses conclusions rapidement après avoir eu connaissance desdits éléments nouveaux, la loi n'impose pas une modification immédiate de la demande, à l'instar de ce que prévoit l'art. 229 CPC en matière de *nova* (Francesco Trezzini, Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero, 2010, let. b. ad art. 230 CPC) (TF 5A_16/2016 du 26 mai 2016 consid. 5.1).

Dans tous les cas, la partie adverse doit avoir la possibilité de prendre position sur les conclusions amplifiées de la demande, afin de garantir son droit d'être entendue (art. 29 al. 2 Cst. et art. 53 CPC ; ATF 142 III 48 consid. 4.1 p. 53 s. ; Daniel Willisegger, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 2^e éd., 2013, n. 17 ad art. 230 CPC) (TF 5A_16/2016 précité consid. 5.1).

3.3 Si la loi n'impose pas une modification immédiate de la demande, le principe de la bonne foi exige que la partie qui a connaissance de faits nouveaux de nature à modifier ses prétentions modifie ses conclusions rapidement après avoir eu connaissance desdits éléments nouveaux.

En l'occurrence, l'appelante reconnaît elle-même que c'est au moment du dépôt du rapport d'expertise complémentaire du 29 octobre 2015 que le défaut d'étanchéité a été mis à jour par l'expert et que le montant du dommage découlant de ce défaut a été chiffré. Or, l'appelante a attendu le 16 août 2016 pour alléguer pour la première fois le fait en question et modifier ses conclusions.

En accord avec ce qui a été considéré par les premiers juges, le cas d'espèce diffère des circonstances factuelles exposées dans l'arrêt du Tribunal fédéral du 26 mai 2016, sous l'angle du délai écoulé entre la

connaissance du fait nouveau et le dépôt du mémoire de plaidoirie, étant observé que dans son arrêt, le Tribunal fédéral faisait bien état des « circonstances particulières d'espèce ». *In casu*, il y a lieu de considérer que l'appelante a bénéficié du temps raisonnablement nécessaire pour prendre une conclusion nouvelle, sur la base des faits nouvellement appris, bien avant le dépôt du mémoire de plaidoirie, puisque celui-ci est intervenu plus de neuf mois plus tard. L'appelante ne soutient d'ailleurs pas le contraire, à l'appui de son écriture d'appel, se contentant en définitive de dire que la jurisprudence du Tribunal fédéral habilite les parties à introduire des conclusions nouvelles basées sur des faits nouveaux jusqu'au stade des délibérations. Que l'appelante ait réservé dans sa demande reconventionnelle et dans sa duplique le droit d'augmenter ses conclusions relatives aux malfaçons liées à la livraison de béton défectueux à l'issue de la phase d'administration des preuves n'y change rien.

Ainsi, le raisonnement des premiers juges doit être validé sous l'angle du principe de la bonne foi, sans qu'il soit nécessaire d'examiner plus avant la motivation subsidiaire basée sur le droit d'être entendu. A supposer en effet que l'on doive admettre l'argumentation de l'appelante sur ce point, cette admission ne permettrait pas d'invalider le raisonnement qui précède.

4. L'appelante fait valoir que les premiers juges n'auraient pas dû rejeter une conclusion qu'ils avaient déclarée dans un premier temps irrecevable.

En l'espèce, il convient de relever que la conclusion reconventionnelle tendant au paiement de 345'800 fr. a été déclarée irrecevable, au terme du raisonnement rappelé ci-dessus (cf. *supra* consid. 3), ce qui a été correctement retranscrit dans le dispositif du jugement, sous chiffre V, où il apparaît que toutes autres et/ou amples conclusions, « dans la mesure où elles sont recevables », sont rejetées. Que les premiers

juges aient, dans un raisonnement subséquent indiqué que la même conclusion devait être rejetée apparaît dès lors sans incidence.

5.

5.1 L'appelante fait grief aux premiers juges d'avoir refusé de condamner l'intimée à lui payer des pénalités de retard, s'agissant des chantiers d'E [...] (engazonnement) et de S[...] (pose du gazon synthétique).

Les magistrats ont en effet considéré que l'instruction n'avait pas permis de retenir que l'intimée se serait trouvée en retard dans l'exécution des travaux d'engazonnement des chantiers d'E [...] et de S [...]. Ils se sont basés sur les dires de l'expert, lequel a retenu que le délai initialement fixé au 15 juin 2012, pour le chantier d'E[...], ne pouvait pas être respecté et qu'il n'était pas possible de déterminer si le planning de la direction des travaux pour la réalisation des aménagements extérieurs avait été respecté, au vu de l'absence de calendrier d'avancement des travaux. Il a, au surplus, estimé que l'intimée avait indirectement demandé à l'appelante une prolongation de délai, en ce sens que la direction des travaux agissait par délégation de pouvoirs de l'appelante et que les acquéreurs avaient admis un report des travaux d'engazonnement. Enfin, l'expert a recueilli l'appréciation de la direction des travaux du chantier d'E[...], selon laquelle l'intimée avait respecté la planification prévue.

S'agissant du chantier de S [...], les premiers juges ont relevé que le délai prévu dans le contrat ne s'appliquait pas à l'engazonnement. De plus, tout comme pour le chantier d'E[...], l'expert a recueilli l'appréciation de la direction des travaux, selon laquelle la planification prévue avait été respectée par l'intimée. Par surabondance, les magistrats ont relevé que l'engazonnement du chantier de S[...] n'était apparemment pas du ressort de l'intimée, mais d'une société tierce mandatée directement par l'appelante (i.e. la société [...] & Fils).

5.2 A l'encontre de ces considérations, l'appelante affirme que les procès-verbaux du chantier d'E[...] ne permettraient pas de retenir une quelconque extension du délai accordé à l'appelante par l'intimée. Elle soutient que l'autorité inférieure aurait conféré aux procès-verbaux une force probante qu'ils n'avaient pas, en ce sens qu'ils ont été établis à une date postérieure au 15 juin 2012. De même, elle prétend qu'il n'y aurait eu aucune prolongation de délai accordée indirectement, puisque seuls les acquéreurs et la direction des travaux y auraient consenti. Cela étant, en l'absence de son consentement, aucune modification du contrat ne serait intervenue.

En l'occurrence, en accord avec ce qui a été retenu par les premiers juges, il ressort clairement de l'expertise complémentaire qu'un report des travaux d'engazonnement a été admis. L'appelante omet de préciser, dans sa critique, que la direction des travaux agissait par délégation de ses pouvoirs et représentait ainsi ses intérêts, élément expressément relevé par l'expert. Il convient par ailleurs de rappeler que l'expert a recueilli l'appréciation de la direction des travaux du chantier d'E[...], laquelle a confirmé que la planification prévue avait été respectée.

Au regard de ce qui précède, le raisonnement de l'appelante ne peut être suivi par la Cour de céans et sa critique relative à la première partie de la motivation des magistrats se rapportant à l'absence de calendrier permettant de suivre l'avancement des travaux peut demeurer en l'état.

5.3 L'appelante soutient également que l'intimée n'était pas habilitée à se prévaloir de l'exception d'inexécution de l'art. 82 CO pour refuser de procéder à l'engazonnement, dès lors qu'elle n'aurait pas exécuté, à tout le moins offert d'exécuter, ses propres prestations. Elle prétend encore que, quand bien même l'intimée eût été en mesure d'invoquer l'art. 82 CO, elle n'aurait pas pu s'en prévaloir avant le 31 août 2012, date à laquelle l'appelante se serait prétendument retrouvée en demeure.

A ce sujet, il convient de relever que les premiers juges se sont référés à l'exception d'inexécution de l'art. 82 CO pour justifier le refus de l'intimée d'exécuter les travaux de réfection de la chape défectueuse, sans lien avec la question de l'engazonnement du chantier. Les magistrats ont en effet constaté que l'intimée avait déclaré refuser d'exécuter la correction de la chape dans l'attente du paiement d'arriérés par l'appelante. Les premiers juges ont retenu que l'appelante n'avait pas contesté l'exigibilité des arriérés, de sorte que l'intimée était fondée à se prévaloir de l'art. 82 CO, à tout le moins par analogie. La date du 31 août 2012, mise en avant par l'appelante, est sans pertinence, puisque c'est à partir du 4 septembre 2012 que l'intimée a déclaré refuser la réfection de la chape.

Par voie de conséquence, l'on ne saurait suivre les explications de l'appelante relatives à cette disposition légale, puisque c'est à tort qu'elle l'a mise en lien avec la question de l'engazonnement.

5.4 S'agissant du chantier de S [...], l'appelante prétend que le contrat ne stipulerait pas que le délai n'était pas applicable à la pose de gazon synthétique, laquelle doit être différenciée de l'engazonnement.

En l'espèce, il importe peu que les premiers juges aient confondu « engazonnement » et « pose de gazon synthétique », dès lors que l'expert a recueilli l'appréciation de la direction des travaux, selon laquelle la demanderesse avait respecté la planification prévue. Comme précisé ci-avant (cf. *supra* consid. 5.2), la direction des travaux agissait sur délégation de l'appelante et dans ses intérêts, de sorte qu'elle est liée par cette appréciation.

5.5 L'appelante fait encore grief aux premiers juges d'avoir considéré que l'engazonnement du chantier de S[...] était apparemment du ressort d'une société tierce, directement mandatée par l'appelante.

En l'occurrence, dès lors qu'il a été établi, par expertise et sur appréciation de la direction des travaux, que l'intimée avait respecté la

planification prévue, il ne se justifie pas de la condamner à verser des pénalités de retard à l'appelante, sans qu'il importe de savoir si l'intimée était au final bien tenue de l'engazonnement du chantier de [...], cette motivation ayant du reste été exposée par les premiers juges à titre superfétatoire.

6. L'appelante revient sur le refus des premiers juges de condamner l'intimée à supporter les frais découlant de l'infiltration d'eau survenue dans l'une des villas du chantier de S [...]. Elle se plaint d'une violation de son droit d'être entendue, arguant que l'autorité de première instance n'aurait pas motivé le rejet de ses conclusions en lien avec cette problématique. Si, au terme de ses explications, l'appelante indique que ce grief, de nature formelle, doit conduire à l'annulation de la décision contestée, ses conclusions ne tendent qu'à la condamnation de l'intimée au versement de la somme de 16'114 fr. 30.

En l'occurrence, il convient de relever que contrairement à ce que soutient l'appelante, cette problématique a été examinée par les premiers juges et dûment motivée, ce au considérant g en pages 59 et 60 du jugement, au terme duquel il est indiqué que les conclusions reconventionnelles tendant au paiement de 16'114 fr. 30 et de 345'800 fr. doivent être rejetées. L'appelante ne discutant pas l'argumentation des magistrats, il n'y a pas lieu d'y revenir.

7.

7.1 Enfin, l'appelante reproche aux premiers juges d'avoir refusé de condamner l'intimée à prendre à sa charge les frais liés à l'intervention, sur le chantier d'E[...], d'entreprises tierces, mandatées par l'appelante, pour procéder à l'engazonnement et pour remédier au défaut de la chape réalisée par l'intimée, ce à hauteur d'un coût total de 20'700 fr. (10'000 fr. + 10'700 fr.).

7.2 Les premiers juges ont considéré que l'intimée était fondée à se prévaloir de l'art. 82 CO (à tout le moins par analogie) pour refuser d'exécuter les travaux de réfection de la chape défectueuse, tant et aussi longtemps que les arriérés dus par la partie adverse n'étaient pas payés et qu'ainsi, l'appelante ne pouvait pas mandater d'entreprise tierce pour procéder auxdits travaux à la place, aux frais et aux risques de la demanderesse.

Le raisonnement des magistrats s'est fondé sur le fait que le 20 août 2012, l'intimée a mis l'appelante en demeure de s'acquitter, dans un délai au 31 août 2012, d'un montant total de 41'163 fr. 85, à titre d'arriérés relatifs au chantier d'E[...], que le 29 août 2012, l'intimée a admis qu'une chape sur l'une des villas du chantier d'E[...] était défectueuse et s'est engagée à la corriger, dans un délai de dix jours dès l'accord de l'appelante sur le mode de réfection et que, dès le 4 septembre 2012, elle a déclaré refuser ladite correction dans l'attente du règlement des arriérés précités. Les premiers juges ont constaté que l'appelante n'avait pas contesté l'exigibilité des arriérés susmentionnés, mais y avait opposé des prétentions, en relation avec le béton et les drains, lesquelles se sont avérées infondées.

7.3 Pour l'appelante, l'intimée n'aurait pas pu se prévaloir de l'art. 82 CO, puisque, s'agissant de l'engazonnement, elle aurait été en retard dans l'exécution de sa prestation. Elle soutient que, compte tenu de ce retard, l'intimée n'aurait pas valablement pu exciper de l'art. 82 CO et se prévaloir de supposés arriérés de paiement pour ne pas exécuter ses propres obligations contractuelles.

Dès lors que l'appelante fonde son raisonnement sur le fait que l'intimée aurait eu du retard dans l'exécution de l'engazonnement, elle ne peut être suivie, puisque, comme confirmé ci-dessus, il n'y a pas eu de retard dans l'exécution (cf. *supra* consid. 5).

7.4 S'agissant de la réparation de la chape défectueuse, l'appelante soutient que l'intimée n'aurait pas valablement pu exciper de

l'art. 82 CO, puisqu'elle avait admis que la pose était défectueuse et s'était engagée à y remédier, de manière inconditionnelle, le fait qu'elle se soit ravisée peu de temps après n'y changeant rien. L'appelante prétend que l'intimée aurait été défaillante, en raison du défaut de la chape et que, dans ces circonstances, elle n'aurait pas pu pas se prévaloir de l'art. 82 CO pour ne pas procéder au remplacement de la chape défectueuse.

L'appelante ne peut être suivie dans ses explications, dès lors que le fait que la chape ait été défectueuse ne veut pas dire que l'intimée eût été défaillante. Il ne faut en effet pas perdre de vue que la garantie pour les défauts a été invoquée par l'appelante et non par l'intimée, qui, elle, s'est prévalu de l'art. 82 CO. Or, l'invocation de l'art. 82 CO suppose que le débiteur (ici l'intimée) ne conteste pas l'existence de sa propre obligation (la réparation de la chape), ni ne soit en mesure de faire valoir ses droits à la garantie en raison des défauts, puisque dans ce cas de figure, le créancier a normalement déjà exécuté sa prestation (Thévenoz/Werro (Ed.), Commentaire romand du code des obligations I, 2^e éd., 2012 [cité ci-après : CR-CO I], n. 6 ad art. 82 et les références citées).

En l'espèce, l'on ne se trouve pas dans ce cas de figure, puisque c'est le créancier, qui subit l'invocation de l'art. 82 CO, qui a soulevé, sans succès, des prétentions rattachées aux défauts du béton et des drains. En outre, si l'intimée s'est certes engagée dans un premier temps à remédier au défaut, elle s'est ravisée par la suite, ce qui ne peut faire obstacle à l'application de l'art. 82 CO. A cela s'ajoute que, contrairement à ce que soutient l'appelante, l'intimée ne s'est pas engagée à remédier au défaut « de manière inconditionnelle », mais a, par courrier du 29 août 2012 adressé à la partie adverse, proposé « de corriger cette situation par le fractionnement de la chape existante, son chargement et son évacuation, ainsi que la réalisation d'une nouvelle chape, dans un délai de 10 jours ouvrables dès réception de l'accord écrit de la défenderesse quant à cette proposition ». Or, l'existence d'un tel accord, donné en temps utile, ne ressort pas de l'état de fait, sans que ce point soit discuté en appel.

Les conditions d'application de l'art. 82 CO, lequel suppose en principe que les prestations réciproques soient dues en vertu d'un seul et même contrat bilatéral parfait (ou synallagmatique), en ce sens qu'elles doivent se trouver dans un rapport d'échange (il en est notamment ainsi dans le contrat d'entreprise ; CR-CO I, n. 5 ad art. 82 ; Tercier/Favre, Les contrats spéciaux, 4^e éd., 2009, n. 4207 et les références citées), sont en l'état réalisées et c'est à bon droit que les premiers juges ont considéré que l'intimée était fondée à se prévaloir de cette disposition pour refuser d'exécuter les travaux de réfection de la chape défectueuse.

8. Il résulte de ce qui précède que l'appel, manifestement infondé, doit être rejeté selon le mode procédural de l'art. 312 al. 1 CPC et le jugement entrepris confirmé.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 6'879 fr. (art. 62 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5]), seront mis à la charge de l'appelante, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

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

Par ces motifs,
la Cour d'appel civile
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 6'879 fr. (six mille huit cent septante-neuf francs), sont mis à la charge de l'appelante Y. _____ SA.

IV. L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du

Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Malek Adjadj (pour Y. _____ SA),
- Me Mathias Keller (pour B. _____ SA),

et communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- M. le Juge président la Chambre patrimoniale cantonale.

La Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs.

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), le 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).

La greffière :