

**COUR CIVILE**

---

---

Séance du 26 août 2013

---

Présidence de M. HACK, président  
Juges : Mme Carlsson et M. Michellod  
Greffière : Mme Bron

\*\*\*\*\*

Cause pendante entre :

**H.** \_\_\_\_\_

(Me C. Petermann)

et

**D.** \_\_\_\_\_

(Me D. Bettems)

- Du même jour -

Délibérant immédiatement à huis clos, la Cour civile considère :

Remarque liminaire:

La cour de céans fait entièrement sien l'état de fait du jugement rendu entre les mêmes parties le 6 octobre 2008, à la suite d'une audience tenue le 5 septembre 2008, (ci-après: le premier jugement) et qui est reproduit dans son intégralité ci-dessous sous chiffres 1 à 4.

**En fait:**

A. Etat de fait du premier jugement

**1. a)** La demanderesse était inscrite au registre du commerce de l'Etat de [...] depuis le 26 avril 1991, numéro fédéral [...], sous la raison sociale " [...]". Elle a pour but le "commerce, pose et traitement de matériaux de construction". Elle agissait par son associé gérant, W.\_\_\_\_\_, lequel disposait d'une part de 20'000 fr. et de la signature individuelle. W.\_\_\_\_\_ a suivi une formation dans le domaine de la charpente, puis s'est dirigé dans le domaine de l'étanchéité.

Compte tenu de ses liens avec la demanderesse, les déclarations faites par W.\_\_\_\_\_ en qualité de témoin ne seront retenues que si elles sont corroborées par d'autres éléments de preuve, à moins qu'il ne s'agisse de faits d'une portée toute générale, sans incidence sur la solution du litige. Tel est le cas de ses déclarations sur sa propre formation.

La même solution sera retenue pour le témoignage de G.\_\_\_\_\_, employé par la défenderesse comme responsable de la lutte contre la fraude à l'assurance pour la Suisse romande, qui a déclaré connaître l'objet du litige.

**b)** Les 9 et 23 novembre 2006, les statuts de la demanderesse 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 [...], devenu associé avec signature individuelle, et l'autre par [...] SA, nouvelle associée sans signature. La société à responsabilité limitée a été transformée en société anonyme, sous la raison sociale H.\_\_\_\_\_.

La demanderesse représente les produits [...] depuis 1997 ou 1998. Le " [...]" est l'un des produits phare de la marque [...]. La demanderesse affirme en vendre beaucoup.

**c)** La défenderesse, dont le siège social se trouve à [...], exploite une compagnie d'assurances sous la raison sociale [...], en français D.\_\_\_\_\_. 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, la demanderesse s'est assurée auprès de la défenderesse en responsabilité civile pour une activité d'entretien de toitures en pentes. La défenderesse 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 la demanderesse.

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<sup>er</sup> janvier 2008  
Échéance de prime le                1<sup>er</sup> janvier

Si la teneur de la police ne concorde pas avec les conventions intervenues, vous devez en demander la rectification auprès de l'D. \_\_\_\_\_ 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.  
La demanderesse devait supporter une franchise de 3'000 fr. par sinistre.

Selon l'art. B82 des conditions générales d'assurance 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 des conditions générales d'assurance 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 rendue 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 la défenderesse ou encore au lieu de la chose assurée, pour autant qu'il se trouve en Suisse.

La demanderesse n'a sollicité aucune rectification de la police d'assurance qui lui a été envoyée le 13 juin 2002.

La défenderesse a délivré à la demanderesse une attestation le 3 juillet 2003 selon laquelle cette dernière 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.** Le témoin 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. Il ne connaît que peu le marché et les produits d'étanchéité. La demanderesse 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.

K.\_\_\_\_\_ ne savait pas si on pouvait se procurer ces matériaux ailleurs que chez la demanderesse. Il ne s'est pas posé la question, ayant fait connaissance de la demanderesse par son fils.

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

Le 30 août 2004, la demanderesse a livré divers matériaux de construction à K.\_\_\_\_\_, à [...]. Elle ne s'est en revanche pas chargée de la pose des produits qu'elle lui a livrés.

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

Le gérant de la demanderesse, W.\_\_\_\_\_, 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 la défenderesse qui ont verbalisé ses dires, il a notamment déclaré:

"J'ai suivi ce client et j'ai passé plusieurs fois sur son chantier. Je passais surtout aux heures de l'apéro. C'est toujours sympa de boire l'apéro chez un vigneron.

(...) je leur ai montré chaque étape des travaux. J'ai passé tous les jours de la semaine que les travaux ont duré."

Les inspecteurs de la défenderesse ont aussi entendu le fils d'K.\_\_\_\_\_, [...], qui a déclaré le 23 mars 2005:

" 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. Nous savions déjà à quoi nous attendre avant d'acheter ce produit. Dans ce concept de la vente, il n'a jamais été mentionné de suivi du chantier, mais simplement des explications reçues par M. W.\_\_\_\_\_. 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".

La demanderesse n'a donc pas déployé d'activité matérielle et pratique sur le chantier de [...].W.\_\_\_\_\_ 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.

A cet égard, il n'y a pas de contradiction entre les déclarations de W.\_\_\_\_\_ et celles d'K.\_\_\_\_\_. Si le premier a indiqué passer seulement à l'heure de l'apéritif, il n'a pas contesté sa présence quotidienne ni les instructions données.

La demanderesse a adressé une facture de 50'821 fr. 50, montant net, TVA comprise à K.\_\_\_\_\_. Cette facture du 13 septembre 2004 contient l'énumération des matériaux de construction que la demanderesse a livrés à K.\_\_\_\_\_. Aucun montant ne figure sous le poste "frais de manutention" et "frais de livraison". La facture ne contient aucun poste pour les conseils que la demanderesse a donnés en prévision de l'utilisation de ses produits. Elle n'a pas facturé spécifiquement les conseils donnés à K.\_\_\_\_\_.

La demanderesse allègue avoir consenti à fournir gratuitement à K.\_\_\_\_\_ les matériaux susmentionnés en guise de geste commercial. K.\_\_\_\_\_, quant à lui, a déclaré qu'il ne savait pas comment la demanderesse arrivait à faire son prix pour être compétitive et considérait avoir payé ces matériaux et le conseil.

Concernant la prestation immatérielle de conseil en application, K.\_\_\_\_\_ ne se rappelle pas de sa proportion par rapport à celle des matériaux dans les factures payées, mais il a précisé qu'elle était essentielle en ce sens qu'il n'aurait pas osé partir dans de tels travaux sans les conseils de la demanderesse.

K.\_\_\_\_\_ a payé deux acomptes de 13'887 fr. les 26 juillet 2004 et 26 août 2004, soit 27'774 fr., puis a effectué un versement supplémentaire de 1'855 fr. 50 en date du 26 octobre 2004 et a vendu du

vin à la demanderesse à concurrence du solde restant dû sur la facture de 50'821 fr. 50.

**4.** Le 17 décembre 2004, la demanderesse a adressé à la défenderesse 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: H. \_\_\_\_\_  
(...)

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?", la demanderesse a coché la case "oui" et mentionné le nom et l'adresse de " K. \_\_\_\_\_".

La défenderesse a enregistré le sinistre sous la référence n° [...]. 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 la demanderesse, à l'exception d'un montant de 900 francs.

La défenderesse a admis que les limites fixées par la somme d'assurance de base n'étaient nullement dépassées dans le cas d'espèce.

La défenderesse a ordonné une enquête. Dans le cadre de cette enquête, les inspecteurs de sinistre [...] et G.\_\_\_\_\_ ont procédé à des auditions qui ont été ténorisées.

Selon procès-verbal signé par W.\_\_\_\_\_, celui-ci a déclaré aux inspecteurs de la défenderesse ce qui suit:

" Oui, j'admets avoir dit à M. K.\_\_\_\_\_ de ne poser qu'une couche. J'ai dit à M. K.\_\_\_\_\_ de poser l'isolation au fur et à mesure qu'il posait le [...]. Je pense que M. 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 [...], il a déclaré:

" Il (M. W.\_\_\_\_\_) 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."

Entre ces deux déclarations, il y a éventuelle contradiction sur le nombre de couches de produit qu'il s'agissait de poser, mais pas sur le temps de séchage qui s'est avéré insuffisant.

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 N.\_\_\_\_\_, 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. Sur ce point, les déclarations de X.\_\_\_\_\_, inspecteur des sinistres de la défenderesse, peuvent être retenues dans la mesure où elles sont corroborées par N.\_\_\_\_\_.

L'essentiel du sinistre a concerné les matériaux de construction livrés par la demanderesse qui doivent 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. Il résulte de l'instruction que le sinistre subi par K.\_\_\_\_\_ était lié à la manière inadéquate avec laquelle les matériaux livrés par la demanderesse ont été mis en œuvre. Il est dû au fait que la demanderesse n'a pas donné une information correcte quant au respect du temps de séchage du " [...]" avant de poser l'isolation. Aussi bien W.\_\_\_\_\_ qu'K.\_\_\_\_\_ et [...] ont admis qu'ils n'avaient pas respecté le temps de séchage nécessaire, faute d'indications en ce sens.

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

Ce devis comprend les postes suivants:

" (...)		
Installation de chantier		7'412.00
Travaux préparatoires		21'697.20
Etanchéité 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**

**137'000.00**

(...)

### **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  
- Etanchéité 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**

(...) "

La demanderesse 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. Le lésé attend ainsi toujours la finition des travaux. K. \_\_\_\_\_

n'arrive pas à estimer quelle est la proportion des travaux réparés par rapport à l'ensemble du chantier.

Afin d'éviter de s'engager immédiatement dans une procédure judiciaire, la demanderesse a mandaté l'entreprise [...] Sàrl (ci-après, [...] Sàrl). Cette entreprise a assisté la demanderesse dans ses démarches vis-à-vis de la défenderesse, dès le 24 décembre 2004. [...] Sàrl, par son représentant, est intervenue activement et à réitérées reprises par la rédaction de plusieurs correspondances à l'attention de la défenderesse. Elle a rencontré la défenderesse le 22 mars 2005. Une note d'honoraires de 6'169 fr. 20, soit 5'733 fr. 40 plus TVA, a été adressée le 23 mai 2005 à la demanderesse par [...] Sàrl pour ses différentes interventions dans cette affaire.

Le 23 mars 2005, la défenderesse a notamment écrit ce qui suit à  
[...] Sàrl:

" (...)

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 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 H.\_\_\_\_\_ 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 N.\_\_\_\_\_.

(...)."

Par courrier daté du 11 avril 2005, [...] Sàrl a répondu à la défenderesse 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. 1595 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
<b>Total</b>	<b>CHF</b>	<b><u>60'286.05</u></b>

(...) 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 [...] Sàrl et la défenderesse qui n'a pas modifié la position de cette dernière, résistant aux prétentions de la demanderesse.

Le 7 juin 2005, le conseil de la demanderesse a requis de la défenderesse 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 D.\_\_\_\_\_ 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° 1595 du 15 février 2005 adressé à M. N.\_\_\_\_\_, **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 [...] Sàrl, 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, la défenderesse lui a répondu qu'elle confirmait la détermination communiquée dans ses précédents courriers.

## B. Procédure

**5.** Par demande du 7 décembre 2005, H.\_\_\_\_\_ 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, la défenderesse, D. \_\_\_\_\_, a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet des conclusions de la demande.

**6.** D'autres faits allégués et admis ou prouvés, mais sans incidence sur la solution du présent procès, ne sont pas reproduits ci-dessus.

**7. a)** Par jugement du 6 octobre 2008, la Cour civile a condamné la défenderesse à payer à la demanderesse 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)** Le 17 août 2009, la défenderesse a recouru contre ce jugement auprès de la Chambre des recours du Tribunal cantonal en concluant, avec dépens, principalement à libération par voie de réforme, subsidiairement à la réforme en ce sens qu'il n'est pas alloué de dépens à la demanderesse, plus subsidiairement à l'annulation du jugement.

Par arrêt du 16 décembre 2009, la Chambre des recours du Tribunal cantonal a admis le recours de la défenderesse, annulé le jugement et renvoyé la cause à la Cour civile pour nouveau jugement. La Chambre des recours a en particulier considéré ce qui suit (cons. 5):

"**a)** La recourante reproche aux premiers juges de s'être fondés sur des faits non allégués ou prouvés (art. 4 al. 1 CPC) en retenant, sur la seule présentation de pièces (un devis et une note d'honoraires) émises par l'intimée ou par son mandataire, un dommage total de 61'477 fr. 15. Elle relève qu'une expertise aurait été indispensable tant au sujet de la valeur

de la réfection que de la note d'honoraires. En particulier, les allégués 7 à 9 et 46 ne traitent que vaguement du problème, sans avoir la précision nécessaire.

**b)** Selon la jurisprudence, l'estimation du dommage en application de l'art. 42 al. 2 CO repose sur le pouvoir d'apprécier les faits; elle relève donc de la constatation des faits. Seules constituent des questions de droit le point de savoir quel degré de vraisemblance la survenance du dommage doit atteindre pour justifier l'application de l'art. 42 al. 2 CO et si les faits allégués, en la forme prescrite et en temps utile, permettent de statuer sur la prétention déduite en justice (ATF 131 III 360 c. 5.1; ATF 122 III 219, JT 1997 I 246 c. 3b).

La question de savoir si c'est à bon droit que les premiers juges ont fait application de l'art. 42 al. 2 CO pour évaluer le dommage, en prenant en compte un devis, lors même qu'on pouvait le cas échéant attendre de la partie qu'elle entreprenne une preuve par expertise, relève de l'application du droit matériel et non de l'appréciation des preuves. Le moyen est irrecevable en nullité.

Il faut en revanche examiner si, à supposer que l'on puisse faire application de l'art. 42 al. 2 CO, l'estimation du dommage est arbitraire ou non. Cet examen relève en effet de l'appréciation des preuves, qui peut être examinée en nullité.

Les premiers juges, pour estimer ce dommage, se sont fondés sur le devis établi par la recourante [recte : l'intimée] le 15 février 2005, en reprenant tels quels certains postes de ce devis, savoir ceux relatifs aux seuls coûts du travail à effectuer. Or, il est effectivement arbitraire de se fonder sans autres éléments exclusivement sur un devis établi par le responsable même prétendu du dommage, au surplus intéressé aux travaux, puisque le lésé avait déclaré accepter qu'il procède lui-même à ces travaux de réfection (...). Une telle pièce est d'emblée dénuée de force probante et il est arbitraire de se fonder sur elle pour évaluer les coûts du travail à effectuer, même dans le cadre de l'art. 42 al. 2 CO. L'intimée fait certes valoir que ce devis a été accepté sans réserve par l'expert N. \_\_\_\_\_. Cela n'est toutefois pas établi."

**c)** Le 11 mars 2010, la demanderesse 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 a décidé de ne pas entrer en matière sur le recours, la demanderesse 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).

**d)** 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, la défenderesse a requis la fixation d'une nouvelle audience de jugement.

Par lettre du 28 avril 2010, la demanderesse a requis l'audition de l' « expert » N.\_\_\_\_\_.

Par courrier du 30 avril 2010, la défenderesse s'est opposée à ce que N.\_\_\_\_\_ soit assigné et entendu à l'audience de jugement, l'art. 240 CPC-VD (code de procédure civile vaudoise du 14 décembre 1966 ; RSV 270.11) n'étant, selon elle, pas applicable à l'audition d'un témoin.

Par lettre du 12 octobre 2010, le Président de la Cour civile a refusé d'entendre N.\_\_\_\_\_ 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.

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. correspond aux frais de remise en état de l'ouvrage.

**e)** Le 5 juillet 2012, Danilo Mondada, architecte EPFL/SIA, a rendu son rapport d'expertise.

S'agissant de la réparation des défauts, l'expert explique que toute la surface des trois terrasses étanchées et isolées par K.\_\_\_\_\_ a dû être refaite par la demanderesse, 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 la demanderesse, qui a effectué la réfection précédente, par une nouvelle intervention du corps étanchéité-isolation. Son coût est estimé à 17.0 m<sup>2</sup> x 350 fr./m<sup>2</sup>, soit 5'950 fr. HT.

Concernant les garanties relatives aux ouvrages, l'expert estime que la qualité des ouvrages refaits par la demanderesse 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 la défenderesse, 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./m<sup>3</sup> au lieu de 192 fr./m<sup>3</sup>), le pare-vapeur [...] (40 fr./m<sup>2</sup> au lieu de 45 fr./m<sup>2</sup>), l'isolation thermique Gonon Styrodur (30 fr./m<sup>2</sup> au lieu de 82 fr. 50/m<sup>2</sup>), le primaire type K100 Noir (18 fr./m<sup>2</sup> au lieu de 22 fr. 40/m<sup>2</sup>), l'étanchéité SK-3000-S-Noir (60 fr./m<sup>2</sup> au lieu de 91 fr. 80/m<sup>2</sup>), la fourniture et la mise en place de bande de serrage (30 fr./m<sup>2</sup> au lieu de 61 fr. 10/m<sup>2</sup>), 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 elle changé, passant de 7,6 à 8%. [...] 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 K.\_\_\_\_\_ et la réfection complète effectuée ensuite par la demanderesse 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.

**f)** Par mémoires de droit du 30 janvier 2013, la demanderesse a confirmé les conclusions qu'elle a prises dans sa demande et la défenderesse a confirmé ses conclusions libératoires.

### **En droit:**

**I. a)** La demanderesse soutient que le sinistre subi par son client, K.\_\_\_\_\_, et dont elle doit répondre, est couvert par l'assurance responsabilité civile conclue avec la défenderesse, à qui elle réclame le montant \_\_\_\_\_ de 137'000 fr. ressortant du devis qu'elle a établi pour les travaux de réfection, ainsi que le montant de 6'169 fr. 20 correspondant aux honoraires de son mandataire avant procès.

La défenderesse conclut au rejet des conclusions de la demanderesse. Elle oppose le motif d'exclusion prévu par les conditions générales de l'assurance responsabilité civile et soutient que l'ensemble

des prestations fournies par la demanderesse doit être apprécié au regard des règles applicables au contrat de vente.

**b)** La Cour civile est amenée à statuer à la suite d'un arrêt de renvoi de la Chambre des recours du Tribunal cantonal, qui a annulé le jugement de la cour de céans du 6 octobre 2008.

**II. a)** L'art. 475 CPC-VD, applicable en vertu de l'art. 404 al. 1 CPC (code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272) entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011 et selon lequel les procédures en cours à son entrée en vigueur sont régies par l'ancien droit de procédure jusqu'à la clôture de l'instance – ancien droit qui s'applique également en cas de retour du dossier en première instance à la suite d'une annulation par l'autorité supérieure – prévoit que les arrêts du Tribunal cantonal et les jugements définitifs ont l'autorité de la chose jugée (al. 1) ; l'autorité de la chose jugée n'existe qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement : il faut que la chose demandée soit la même, que la demande soit fondée sur la même cause, que la demande soit entre les mêmes parties et formée par elles contre elles en la même qualité (al. 2).

En d'autres termes, l'autorité de la chose jugée s'attache exclusivement à ce qui a été l'objet du litige. Elle est limitée au seul dispositif du jugement et ne concerne que les parties au procès (Hohl, Procédure civile, tome I, pp. 244 ss, nn. 1289 ss). Les conditions de l'autorité de la chose jugée sont donc les suivantes :

**i)** L'identité des prétentions

Il y a prétentions identiques lorsqu'elles opposent les mêmes parties et qu'elles concernent le même objet, autrement dit lorsque la prétention invoquée dans le nouveau procès se base sur la même cause juridique et sur le même état de fait que celle qui a fait l'objet du précédent jugement. Pour déterminer si les prétentions portent sur le même objet, il faut examiner :

1) le contenu du jugement : l'identité des prétentions ne doit pas s'entendre d'un point de vue grammatical, mais matériel. Si le droit ou le rapport de droit litigieux est exactement déterminé dans les conclusions prises, la question de l'identité ne fait pas problème. Mais si le demandeur réclame une somme d'argent, il ne résulte pas des conclusions quelle prétention matérielle il fait valoir et si celle-ci est identique à celle jugée dans le précédent procès. Il faut alors se reporter aux motifs de la demande et aux motifs du précédent jugement pour déterminer si les prétentions sont identiques.

Par exemple, il n'y a pas identité d'objet lorsque les conclusions sont différentes; il en va de même lorsque des faits nouveaux sont survenus depuis le premier jugement (vrais nova) et que la nouvelle demande se fonde sur eux, mais bien si le demandeur découvre subséquemment des faits importants ou des preuves concluantes qui existaient déjà mais qu'il n'avait pas pu invoquer dans la procédure précédente (pseudo nova).

2) si le premier juge a examiné le fondement matériel de la prétention et a statué à son sujet. En d'autres termes, il faut qu'il ait rendu un jugement au fond, statuant sur la cause elle-même, c'est-à-dire l'action, et non un jugement de procédure statuant sur l'instance.

Les décisions promouvant la marche du procès n'ont, quant à elles, qu'une autorité de la chose jugée limitée. Celle-ci ne s'étend pas à l'action, en ce sens que l'action pourra faire l'objet d'un nouveau procès, mais est limitée au procès (JT 1932 III 74; JT 1989 III 38; 1993 III 2).

## **ii) L'autorité de la chose jugée du seul dispositif**

L'autorité de la chose jugée ne s'étend qu'au dispositif et non pas aux motifs, le juge appelé à statuer dans un autre litige n'étant donc pas lié par les constatations de fait et les considérations juridiques de ce précédent jugement. Toutefois, si le dispositif indique expressément que

le recours est admis dans le sens des considérants, le juge auquel la cause est renvoyée est tenu de fonder son nouveau jugement sur les considérants de droit de l'arrêt.

A cet effet, on soulignera que l'art. 448 al. 4 CPC-VD prévoit que lorsque le Tribunal cantonal prononce la nullité d'un jugement, il détermine dans quelle mesure le jugement est annulé. Cette disposition ne permet pas seulement la nullité partielle, mais prescrit au Tribunal cantonal de déterminer dans quelle mesure l'instruction doit être reprise devant la juridiction de première instance; il lui appartient de donner à ce sujet des directions à l'autorité de renvoi (Poudret/Haldy/Tappy, Procédure civile vaudoise, 3<sup>ème</sup> éd., n. 4 ad art. 448 CPC-VD).

**b)** En l'espèce, 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, sur les conclusions en nullité de la défenderesse et non pas sur celles, éventuelles, en réforme; elle a admis le recours de la défenderesse, annulé le jugement et renvoyé la cause à la Cour civile pour nouveau jugement. Elle a plus précisément examiné successivement deux moyens de nullité, soit la valeur probante des témoignages d'K.\_\_\_\_\_ et de W.\_\_\_\_\_, 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. La Chambre des recours a accueilli ce second moyen de nullité et a annulé le jugement dans son entier. Elle 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 la demanderesse qui est aussi son administrateur.

Cela étant, la Cour civile n'est liée que par la question de la force probante du devis établi par la demanderesse. Le jugement étant annulé dans son entier sans renvoi exprès aux considérants de l'arrêt, aucune des questions de droit matériel soumises à la cour de céans n'est dotée de l'autorité de la chose jugée, y compris la question des dépens.

Dès lors, il convient de rejuger la cause dans son entier.

**III. a)** Le contrat d'assurance responsabilité civile est un contrat par lequel l'assureur s'engage, moyennant paiement d'un prix (prime), à garantir le patrimoine de l'assuré contre les conséquences financières de la responsabilité civile éventuelle de celui-ci (Brehm, Le contrat d'assurance RC, n. 1, p. 25).

Le risque en assurance RC est défini comme étant le risque d'une perte patrimoniale que pourrait subir l'assuré en suite d'une prétention en dommages-intérêts formulée contre celui-ci à la suite d'une activité prévue dans la police. Cependant, le seul fait que l'assuré cause un dommage à un tiers ne signifie pas encore que l'assuré a subi un préjudice. En effet, si, pour une raison quelconque, le tiers se satisfait de son sort de lésé et ne demande pas de réparation, il n'y aura aucun dommage chez l'assuré, ni de sinistre pour l'assureur RC. Pour que le risque se réalise, il faut donc encore une demande en dommages-intérêts de la part du lésé (Brehm, op. cit., n. 179-181).

Le risque de responsabilité civile, dans le domaine de l'assurance RC d'entreprise, se limite au domaine de l'exploitation artisanale, commerciale, industrielle ou agricole de l'assuré (Brehm, op. cit., n. 206). La description du risque, soit de l'activité professionnelle, est importante. Lorsqu'une profession est désignée, non seulement l'activité principale, mais tous les travaux qui ne sont pas étrangers au métier mentionné tombent sous la garantie d'assurance. Ainsi, les risques découlant de "l'exploitation d'une menuiserie-ébénisterie et charpente (villas et chalets)" s'étendent à l'activité d'entrepreneur général et d'architecte, s'agissant de la construction de maisons de week-end (y compris les travaux de maçonnerie et de fumisterie) (Brehm, op. cit., n. 197).

**b)** Comme dans toutes les branches d'assurances, les risques non assurés, en matière de responsabilité civile, échappent de deux

manières à la couverture du contrat: soit parce qu'ils ne sont pas mentionnés dans le catalogue des risques assurés, soit parce que, présentant un caractère non assurable (ou non désiré par l'assureur) d'un risque inclus, ils sont expressément exclus de la garantie, conformément aux exigences de l'art. 33 LCA (loi fédérale suisse sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 ; RS 221.229.1) (Brehm, op. cit., n. 221).

Selon l'art. 33 LCA, 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 de manière précise, non équivoque.

En effet, le contrat d'assurance est soumis au principe de la liberté contractuelle, même si la LCA impose quelques règles spéciales, de sorte que les parties peuvent restreindre la couverture à certains sinistres, ceci pour autant que la restriction soit formulée en termes précis et non équivoques (RBA XII, n°17; Carré, Loi fédérale sur le contrat d'assurance, note ad art. 33 LCA, p. 244; Tass, T. c. S., 28 décembre 2004).

La LCA ne contient pas de règles d'interprétation des contrats. Comme elle renvoie au Code des obligations pour tout ce qu'elle ne règle pas elle-même (art. 100 LCA), la jurisprudence en matière de contrats est applicable (TF 4A.140/2007 du 3 août 2007 c. 5.1; Tass, T. c. S., 28 décembre 2004). Il s'ensuit que, lorsqu'il s'agit de déterminer le contenu d'un contrat d'assurance et des conditions générales et/ou particulières qui en font partie intégrante, le juge doit, comme pour tout autre contrat, 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; Crec, Z. c. D., 10 décembre 2003, n° 662). Si cette volonté ne peut être établie en fait ou si la volonté intime des parties diverge, le juge interprétera les déclarations et les comportements des parties selon le principe de la confiance, en recherchant comment une déclaration ou une attitude pouvait être

comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances (TF 4A.172/2008 du 16 mai 2008 c. 3.1; TF 4A.140/2007 du 3 août 2007 c. 5.1; Cciv, V. c. E., 1<sup>er</sup> septembre 2006). Le principe de la confiance permet en effet 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 129 III 118, JT 2003 I 144). Il n'y a pas lieu de s'écarter du sens littéral lorsqu'il n'y a pas de raisons sérieuses de penser qu'il ne correspond pas à la volonté des parties (TF 5C.208/2006 du 8 janvier 2007 c. 2.1). Mais on ne peut ériger en principe qu'en présence d'un texte clair, on doit exclure d'emblée le recours à d'autres moyens d'interprétation; il ressort en effet de l'art. 18 al. 1 CO que le sens d'un texte, même clair, n'est pas forcément déterminant et que l'interprétation purement littérale est au contraire prohibée (ATF 128 III 265, JT 2003 I 113; ATF 127 III 444, JT 2002 I 213). Les conditions générales, quant à elles, lorsqu'elles ont été incorporées au contrat, en font partie intégrante; elles doivent donc être interprétées selon les mêmes principes que les autres dispositions contractuelles (TF 4A.172/2008 du 16 mai 2008 c. 3.1). Selon la jurisprudence, le texte d'une telle clause n'est pas clair s'il ne fournit pas une réponse qui satisfait à la logique de l'opération telle que de bonne foi les parties devaient la considérer (ATF 99 II 282, JT 1974 I 157).

En matière d'assurance, plus particulièrement, une clause d'exclusion doit être interprétée en tenant compte de tous les éléments intrinsèques et extrinsèques du contrat, de l'esprit dans lequel le contrat a été conclu, de toutes les circonstances de la conclusion du contrat, des conversations intervenues, ainsi que du degré d'instruction du proposant (Carré, *op. cit.*, note ad art. 33 LCA, p. 245).

Pour apprécier la portée d'une clause restrictive, il faut se référer au sens généralement donné, dans le langage courant, aux termes utilisés dans le contrat, et non pas au sens juridique ou technique des termes utilisés (Carré, *op. cit.*, note ad art. 33 LCA, p. 246; Tass, T. c. S., 28 décembre 2004).

Une clause limitative de couverture doit être interprétée restrictivement, et non pas extensivement, dans un esprit large et conforme à l'art. 33 LCA, et selon les règles de la bonne foi. Mais l'art. 33 LCA n'exige pas une énumération de tous les événements exclus; il suffit d'en décrire une catégorie de manière assez précise et non équivoque pour qu'il ne subsiste aucun doute sur l'étendue du risque assuré, compte tenu du contexte (ATF 118 II 342 c. 1a, rés. in JT 1996 I 128; Tass, T. c. S., 28 décembre 2004).

En cas de dispositions pouvant recevoir plusieurs interprétations, celle qui est la plus largement en faveur de l'assuré doit prévaloir. L'art. 33 LCA constitue ainsi un cas d'application du principe *in dubio contra assicuratorem*, de sorte qu'en présence de deux interprétations également admissibles d'une clause des conditions générales d'assurance, il convient de rejeter celle qui est la plus favorable à l'assureur (Carré, op. cit., note ad art. 33 LCA, p. 246; Tass, T. c. S., 28 décembre 2004). En effet, en principe, les clauses obscures ou ambiguës sont interprétées en défaveur de leur rédacteur (ATF 124 III 155, JT 1999 I 125). Dès lors, lorsqu'il subsiste un doute sur le sens des dispositions rédigées par l'assureur, ainsi que dans les conditions générales préformées, celles-ci sont à interpréter en défaveur de leur auteur. Selon la jurisprudence et la doctrine, pour que cette règle trouve application, il ne suffit cependant pas que les parties soient en litige sur la signification à donner à une déclaration, encore faut-il que celle-ci puisse être comprise de différentes façons et qu'il soit impossible de lever le doute créé par les moyens d'interprétation ordinaire (TF 5C.208/2006 du 8 janvier 2007 c. 3.1).

**c) aa)** De manière générale, un certain nombre d'exclusions prévues par les conditions générales sont propres à l'assurance RC, et plus précisément à l'assurance RC générale d'entreprise. Une exclusion particulièrement importante est celle ayant trait aux prétentions du lésé tendant à l'exécution même du contrat par lequel l'assuré est lié envers un tiers. Il s'agit là du "risque d'entreprise" stricto sensu, dont l'assureur

ne peut ni ne veut décharger l'assuré. L'assureur RC ne couvre ainsi pas le risque de non-exécution contractuelle ou de l'exécution imparfaite du contrat. A tout le moins, les conséquences de l'exécution imparfaite ne sont pas assurées en ce qui concerne l'objet même du contrat (Brehm, op. cit., n. 259). En outre, la restriction de couverture relative aux demandes d'indemnités formulées en vue d'obtenir l'exécution de contrats recouvre uniquement les prétentions qui se rapportent au travail propre du preneur d'assurance (Carré, op. cit., note ad art. 33 LCA, p. 251).

Restent garantis, en revanche, les dommages que le lésé, partenaire au contrat, subit lorsque l'exécution imparfaite du contrat cause un dommage aux choses du lésé qui n'étaient pas directement l'objet du contrat (Brehm, op. cit., n. 259).

**bb)** Une autre clause d'exclusion habituelle est celle ayant trait aux prétentions pour les dommages à des choses prises ou reçues par un assuré pour être utilisées, travaillées, gardées, transportées. Cette exclusion fait partiellement double emploi avec la précédente. La véritable distinction réside dans le fondement des deux exclusions. La première vise la prestation contractuelle tandis que la seconde a trait à l'objet matériel de l'activité de l'assuré (Brehm, op. cit., n. 263). Selon la branche professionnelle envisagée, cette clause d'exclusion reçoit une portée plus ou moins restreinte. Ainsi, pour les entreprises de construction et de génie civil, pour lesquelles l'objet matériel est généralement constitué par un immeuble entier, la clause reçoit une portée plus limitée: l'exclusion ne s'étend que sur la partie de l'immeuble directement touchée par les travaux ou se trouvant en connexité étroite avec la partie travaillée. Une telle interprétation doit raisonnablement être admise dans tous les cas où l'objet présente une dimension telle que le travail ne porte que sur une partie déterminée, qui n'implique pas la prise en "travail" de l'objet entier (Brehm, op. cit., n. 267).

Il arrive que la chose soit remise dans un état inachevé, l'assuré devant effectuer un travail partiel sur cette chose. Si ce travail,

mal exécuté, endommage la chose dans son état préexistant, le risque est exclu par la clause. Si ce même travail a des effets dommageables sur le fruit d'un travail ultérieur (p. ex., la chape posée par l'assuré empêche, par un procédé chimique, la bonne adhérence du carrelage qui est posé ensuite), ce dommage n'est pas visé par l'exclusion: l'assuré n'avait pas travaillé au carrelage, celui-ci n'existant pas encore (Brehm, op. cit., n. 265).

L'exclusion du risque de dommage aux objets confiés et travaillés n'est pas systématique. Ainsi dans l'assurance RC de certains corps de métiers (architectes, ingénieurs, corps de métiers du bâtiment, vétérinaires, hôteliers), cette exclusion peut être réduite ou même supprimée (Brehm, op. cit., n. 269).

**d)** En assurance RC, l'assuré qui désire la prise en charge d'un sinistre par l'assureur doit prouver que la responsabilité invoquée par le lésé relève de la réalisation d'un risque assuré. Dès lors, l'assuré a l'obligation, dans la mesure où l'assureur le requiert, d'assister celui-ci dans l'examen des responsabilités et du dommage. Cela implique d'abord une relation des faits à l'origine du dommage du lésé. Cette obligation entraîne ensuite pour l'assuré le devoir d'informer l'assureur RC sur les questions techniques propres à son activité (Brehm, op. cit., n. 345).

Plus précisément, l'assuré doit établir (art. 8 CC) qu'il est civilement responsable d'un dommage du lésé, que ce dernier demande réparation et que le dommage a été causé lors d'une activité prévue dans le contrat d'assurance. Il doit également prouver l'importance du dommage, soit démontrer que son patrimoine est grevé d'un passif, ce qui lui permet de demander à l'assureur RC d'exécuter son obligation (Brehm, op. cit., n. 7 et n. 388).

Cependant, la preuve d'une exclusion de couverture valable est à charge de l'assureur qui entend s'en prévaloir, de même que la preuve que l'événement dommageable tombe sous le coup de cette exclusion (Carré, op. cit., ad art. 33, p. 248).

**IV. a)** En l'espèce, les parties ont conclu un contrat d'assurance dite commerciale, entré en vigueur le 27 mai 2002, et assurant en responsabilité civile l'activité de toitures en pentes de la demanderesse. La police d'assurance détaille plus précisément, en page 5 du contrat, les activités visées, soit "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)."

**b)** On doit en premier lieu examiner la relation contractuelle entre la demanderesse et K. \_\_\_\_\_, et la cause du dommage subi par le second.

Le contrat de vente est un contrat par lequel une personne s'engage à livrer et transférer à une autre la propriété d'une chose contre paiement d'un prix (Tercier, Les contrats spéciaux, 2008, n. 435).

Lorsque la chose vendue présente un défaut antérieur au transfert des risques, l'acheteur peut exciper des droits relatifs à la garantie pour les défauts (Tercier, op. cit., n. 603). La garantie pour les défauts, prévue par les art. 197 à 210 CO, est un aspect de l'inexécution contractuelle: en livrant une chose défectueuse, le vendeur exécute imparfaitement son obligation de fournir une chose correspondant à ce qui avait été convenu (Tercier, op. cit., n. 605).

Le défaut retenu par l'art. 197 CO se définit comme l'absence d'une qualité dont le vendeur avait promis l'existence ou à laquelle l'acheteur pouvait s'attendre selon les règles de la bonne foi. Il faut en conséquence comparer deux états: l'état (réel) de la chose qui a été livrée et l'état (convenu) de la chose qui devait être livrée. S'il y a une divergence entre eux, il y a nécessairement défaut (Tercier, op. cit., n. 636-637).

**c)** En l'espèce, K. \_\_\_\_\_ a décidé de faire l'acquisition auprès de la demanderesse de différents produits, soit, entre autres, un système d'étanchéité du type " [...]". Pour des raisons d'économie, K. \_\_\_\_\_ a décidé de procéder lui-même à l'exécution des travaux de pose d'étanchéité, la demanderesse étant chargée de lui livrer les matériaux nécessaires, ce qu'elle a fait le 30 août 2004, et lui donner des conseils techniques sans lesquels K. \_\_\_\_\_ n'aurait pas entrepris les travaux lui-même.

La demanderesse et K. \_\_\_\_\_ ont ainsi conclu un contrat de vente au sens de l'art. 184 al. 1 CO. Une facture du 13 septembre 2004 vient d'ailleurs confirmer l'existence de ce contrat.

Il n'est pas établi que les produits livrés par la demanderesse aient été affectés de défauts. Au contraire, le produit montrait les qualités exprimées dans le prospectus du fabricant.

Il n'y a donc pas lieu de se pencher sur la réalisation des conditions d'un cas de garantie des défauts de la chose livrée.

La partie "vente" du contrat a ainsi été correctement exécutée par la demanderesse. En effet, la demanderesse a livré la marchandise et transféré la propriété des produits livrés. Quant à la facture, celle-ci a été payée par K. \_\_\_\_\_, en partie par compensation.

**d)** Le contrat de mandat est un contrat par lequel une personne s'oblige à rendre des services dans l'intérêt d'une autre conformément à la volonté de celle-ci et pour autant que les conditions d'un autre contrat ne soient pas réalisées. Il n'est en revanche pas nécessaire, selon la loi, que le mandant s'engage à verser une rémunération (art. 394 al. 1 CO), même si c'est aujourd'hui généralement le cas en pratique (Tercier, op. cit., n. 4563 et n. 4569).

Il faut en outre que ces services soient rendus en vue d'un certain résultat, ce que le code exprime en précisant que ces services sont rendus "dans les termes de la convention". Le mandataire doit dès lors suivre les instructions que lui donne le mandant ou, à ce défaut, prendre lui-même toutes les mesures nécessaires pour que puisse être si possible atteint le résultat escompté (Tercier, op. cit., nn. 4571, 4575 et 4577).

Le contrat de mandat n'est, de par la loi, soumis au respect d'aucune forme spéciale (art. 11 CO). Un mandat peut donc aussi être conclu par actes concludants; cela suppose néanmoins un comportement dépourvu d'ambiguïté (Tercier, op. cit., nn. 4614 et 4616).

**e)** En l'espèce, K.\_\_\_\_\_ a sollicité de la demanderesse qu'elle lui donne des conseils techniques. W.\_\_\_\_\_, représentant de la demanderesse, était présent au départ de chaque étape de la pose de l'étanchéité, notamment lors de la pose du " [...]".

La demanderesse, par son représentant, n'a donc pas fait qu'exercer son devoir d'information de vendeur. Tel aurait été le cas si la demanderesse s'était contentée d'expliquer le concept et de donner des conseils sur l'utilisation des produits au moment de la conclusion du contrat de vente. En revanche, en s'étant rendue régulièrement sur le chantier et en ayant suivi les travaux, la demanderesse a exercé une activité de conseil qui excède la prestation normalement due par le vendeur et qui entre dans le cadre d'un contrat de mandat. Peu importe que cette activité ait été liée à la conclusion de la vente des matériaux et qu'elle en ait été une condition de la conclusion dudit contrat. Peu importe également que la demanderesse et K.\_\_\_\_\_ n'aient pas passé de contrat écrit et que cette activité n'ait pas été facturée de manière spécifique.

**f)** La demanderesse n'a pas exécuté correctement ses obligations de mandataire. Dans la mesure où le matériel livré devait permettre d'obtenir un système d'étanchéité, où les travaux ont été exécutés selon les directives données par la demanderesse, où K.\_\_\_\_\_

et ses aides se sont apparemment conformés à ces directives, ce sont bien ces directives inadéquates qui sont à l'origine du sinistre, le temps de séchage du " [...]" n'ayant pas été respecté.

La mauvaise exécution du contrat de mandat est donc la cause du sinistre.

**V.** La demanderesse entend être indemnisée pour les frais de remise en état de l'étanchéité que son client K. \_\_\_\_\_ a fait valoir contre elle. La défenderesse, quant à elle, s'appuie sur la clause de limitation de la protection d'assurance C222 des conditions générales d'assurance pour refuser de couvrir le sinistre.

Il apparaît que la commune et réelle intention des parties n'est pas établie. Il convient donc de procéder au premier chef à l'interprétation de la police et des conditions générales selon le principe de la confiance.

Parmi les activités assurées, la police indique notamment l'entreprise d'étanchéité sur immeubles et l'activité de conseiller en application (ingénierie, conseil des travaux effectués pour et par des tiers). Comme le relève la défenderesse, le fait qu'un dommage entre dans le cadre d'une activité assurée ne signifie pas encore qu'il soit couvert par l'assurance. En l'occurrence, la couverture est réglée principalement par les conditions générales d'assurance.

L'art. C22 envisage l'hypothèse où l'assuré a exécuté des travaux, fabriqué ou livré des matériaux utilisés lors de la construction, transformation ou réparation d'ouvrages immobiliers. En dérogation partielle à la règle de base B82 let. b et B82 let. c al. 2, l'art. C221 prévoit en substance que si l'ouvrage immobilier est affecté de défauts ou dommages en raison de ces travaux ou matériaux et que leur constatation ou leur élimination implique une destruction ou détérioration de choses, ce dernier dommage sera couvert par l'assurance. L'art. C222 apporte ensuite une restriction à cette couverture, en ce sens notamment que 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 tels que installation ou montage, ne sont pas assurés.

Il apparaît clairement que les dispositions C22, C221 et C222 forment un tout, et que l'application de la clause C222 suppose que l'assuré ait livré des matériaux, respectivement ait exécuté des travaux qui ont causé des défauts ou dommages à un ouvrage immobilier (C22).

Or, dans le cas présent, le matériel livré par la demanderesse n'a pas lui-même causé de dommages. C'est en effet la pose inadéquate de ce matériel qui a causé un dommage. La demanderesse n'a pas exécuté les travaux d'étanchéité. Elle s'est contentée de fournir une prestation intellectuelle de conseil, alors que le sous-chapitre C22 se réfère à l'exécution de "travaux", par quoi il faut comprendre une prestation matérielle. L'application de la clause C222 n'entre dès lors pas en ligne de compte.

Il reste encore à examiner la condition générale B82 intitulée "Risques d'entreprise". Selon cette clause, l'assurance ne couvre pas les prétentions 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 (art. 82b al. 1 CGA). La clause B82 let. c al. 1 exclut par ailleurs toutes prétentions 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 a accomplis, livrés ou fournis et dont la cause tient à la fabrication, à la livraison ou à l'exécution.

Cette dernière hypothèse, énoncée à titre exemplaire ("en particulier.."), n'entre pas en considération, dans la mesure où la demanderesse a livré une chose sans défauts et n'a pas exécuté de

travaux. La clause B82 let. c al. 1 autorise certes d'autres motifs d'exclusion. Toutefois, il découle de l'exemple donné que la couverture n'est exclue que si un dommage ou défaut causé par l'exécution imparfaite du preneur d'assurance affecte l'objet même du contrat. Il en est d'ailleurs de même à la clause B82 let. b, qui exclut de couvrir le dommage causé à une chose pour autant que l'activité de l'assuré ait été déployée sur ou avec cette chose. Une telle exclusion du risque d'entreprise est conforme aux principes qui sous-tendent l'assurance RC, selon lesquels les conséquences de l'exécution imparfaite ne sont pas assurées en ce qui concerne l'objet même du contrat, alors que restent garantis les dommages causés aux choses du lésé qui n'étaient pas directement l'objet du contrat (Brehm, op. cit., n. 259).

En l'occurrence, l'objet du contrat consistait à livrer des matériaux d'étanchéité et à fournir les conseils techniques relatifs à la pose de ces matériaux. Les conseils inadéquats ont causé un sinistre qui a pour l'essentiel affecté les matériaux de construction livrés par la demanderesse, lesquels doivent être enlevés afin que de nouveaux matériaux soient posés. Outre le dommage causé aux matériaux livrés, il existe donc un dommage affectant les travaux effectués par K.\_\_\_\_\_ et ses proches, qui devront être "défaits" puis refaits. Selon le devis, qui va dans le même sens que les déclarations de N.\_\_\_\_\_, des dalles, murs en pierres sèches et marches d'escalier devront notamment être enlevés puis reposés.

Il découle des clauses B82 let. b et let. c que la garantie d'assurance est exclue pour le dommage causé aux matériaux livrés par la demanderesse et posés par K.\_\_\_\_\_. Il s'agit en effet de l'objet même du contrat mixte conclu entre les parties.

Quant au dommage affectant les travaux d'étanchéité réalisés par K.\_\_\_\_\_ et ses proches, il ne s'agit pas d'un dommage touchant l'objet même du contrat. Pour des raisons d'économie, K.\_\_\_\_\_ a renoncé à faire effectuer les travaux d'étanchéité par la demanderesse. Si tel avait été le cas, cette dernière aurait dû assumer le risque d'entreprise

de ces travaux; ceux-ci auraient en effet constitué l'objet même du contrat et seraient tombés sous le coup de l'exclusion de l'art. B82 let. c al. 1. En l'occurrence, le risque assumé par la demanderesse n'est pas le même, celle-ci devant se limiter à donner des conseils exacts quant à l'utilisation des produits, et non pas à garantir la bonne exécution des travaux. Même si le dommage affectant les travaux effectués par K.\_\_\_\_\_ est la conséquence des mauvais conseils techniques de la demanderesse, il n'en demeure pas moins qu'un tel dommage ne porte pas sur l'objet même du contrat. Il s'agit bien d'un dommage consécutif (*Folgeschaden*) couvert par l'assurance. Partant, il doit être indemnisé par la défenderesse.

Ainsi, en tant que la prétention formée par K.\_\_\_\_\_ contre la demanderesse porte sur les prestations de travail d'enlèvement des matériaux endommagés et de pose de nouveaux matériaux, elle est couverte par l'assurance RC.

La défenderesse doit donc partiellement couvrir le sinistre.

**VI.** Il s'agit dès lors de chiffrer le montant du dommage à indemniser, soit le travail de dépose du matériel livré par la demanderesse et le nouveau travail de pose ayant dû être refait, ou devant encore l'être. La demanderesse réclame le montant du devis qu'elle a elle-même établi le 15 février 2005 et qui s'élève à 137'000 francs.

**a)** Selon l'art. 243 CPC-VD, si le juge entend s'écarter des conclusions d'une expertise, il est tenu de donner dans son jugement les motifs de sa conviction. La jurisprudence du Tribunal fédéral est encore plus exigeante: lorsque le juge entend s'écarter du résultat d'une expertise, il doit non seulement motiver sa décision, mais encore il ne saurait, sans motifs déterminants, substituer son appréciation à celle de l'expert. Si les conclusions d'une expertise judiciaire paraissent douteuses au juge sur des points essentiels, il doit nécessairement recueillir des preuves complémentaires pour tenter de dissiper ses doutes, au besoin en ordonnant un complément d'expertise ou une nouvelle expertise. En

revanche, lorsque le juge estime une expertise concluante et en fait sien le résultat, il n'y a grief d'appréciation arbitraire, sanctionné par le Tribunal fédéral, que si l'expert n'a pas répondu aux questions posées, si ses conclusions sont contradictoires ou si, de quelque façon, l'expertise est entachée de défauts à ce point évidents et reconnaissables, même sans connaissances spécifiques, que le juge ne pouvait tout simplement pas les ignorer (Bosshard, L'appréciation de l'expertise judiciaire par le juge, in RSPC 2007 p. 321, spéc. pp. 324 ss et les références citées).

**b)** En l'espèce, l'expert a constaté que le devis du 15 février 2005 établi par la demanderesse correspondait 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. Il a observé que les travaux réalisés par K.\_\_\_\_\_ et la réfection complète effectuée ensuite par la demanderesse peuvent être techniquement admis. Ce devis distingue différents postes relatifs au travail nécessaire, soit l'installation de chantier, les travaux préparatoires (dépose, raclage et nettoyage), l'étanchéité positive bitumineuse (façonnage d'angles, découpes, collage, raccords et pose), et le revêtement sur étanchéité (pose, repose, ajustage et joints). Il prévoit un montant total de 137'000 fr. pour la réfection complète, mais le coût de chaque poste et du matériel nécessaire est décrit.

Selon l'expert, certains des prix unitaires mentionnés dans le devis du 15 février 2005 établi par la demanderesse sont trop élevés. Il s'agit des prix relatifs à l'évacuation des déchets (130 fr./m<sup>3</sup> au lieu de 192 fr./m<sup>3</sup>), le pare-vapeur [...] (40 fr./m<sup>2</sup> au lieu de 45 fr./m<sup>2</sup>), l'isolation thermique Gonon Styrodur (30 fr./m<sup>2</sup> au lieu de 82 fr. 50/m<sup>2</sup>), le primaire type K100 Noir (18 fr./m<sup>2</sup> au lieu de 22 fr. 40/m<sup>2</sup>), l'étanchéité SK-3000-S-Noir (60 fr./m<sup>2</sup> au lieu de 91 fr. 80/m<sup>2</sup>), ainsi que la fourniture et la mise en place de bande de serrage (30 fr./m<sup>2</sup> au lieu de 61 fr. 10/m<sup>2</sup>). Il 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 au lieu de 127'485 fr. 35.

Dans la mesure où seuls les coûts relatifs au travail à effectuer peuvent être pris en considération dans le cadre de l'indemnisation due par la défenderesse à la demanderesse, il s'agit de reprendre chacun des postes du devis spécifiquement.

Ainsi, les postes du devis relatifs à l'installation du chantier et aux travaux préparatoires ne comprenant pas de frais de matériel, ils peuvent être comptabilisés tels quels en tenant compte de la modification du prix unitaire, soit, respectivement, 5'180 fr. (36 m<sup>3</sup> [mise à disposition de bennes pour l'évacuation des déchets] x 130 fr. [prix unitaire justifié selon l'expert] + 500 fr. relatifs à l'installation de chantier) et 21'697 fr. 20 de travaux préparatoires. Dans la rubrique étanchéité positive bitumineuse, le dernier montant de 4'200 fr. ne concerne que des travaux (et non du matériel). Dans la rubrique revêtement sur étanchéité, on peut faire le détail des travaux et des fournitures pour retenir au titre de travaux le montant de 18'092 fr. 25, justifié selon l'expert (soit 10'836 fr. pour la repose des dalles + 5'913 fr. pour la repose des murs en pierres sèches + 1'043 fr. 25 pour la remise en place du drainage et des boulets + 300 fr. pour la repose et l'ajustage des marches d'escaliers). On atteint ainsi un total de 49'169 fr. 45 auquel s'ajoute la TVA de 7,6 %, taux applicable jusqu'au 31 décembre 2010, soit une somme de 52'906 fr. 35.

**VII.** La demanderesse conclut encore au paiement par la défenderesse de la somme de 6'169 fr. 20 correspondant aux honoraires facturés par [...] Sàrl.

Il est constant que la demanderesse a mandaté [...] Sàrl afin d'éviter de s'engager immédiatement dans une procédure judiciaire et que cette entreprise est intervenue activement dans cette affaire. Ses correspondances étaient en outre à chaque fois juridiquement motivées.

La demanderesse a produit une note d'honoraires détaillée des opérations effectuées par [...] Sàrl dans ce dossier. Cette facture comprend l'indication du temps consacré à chaque opération et le coût global des honoraires.

Dans la mesure où l'activité déployée par [...] Sàrl était effectivement destinée à sauvegarder les intérêts juridiques de la demanderesse durant toute la période qui a précédé l'ouverture de l'action, à l'instar de ce qu'aurait fait un avocat, les frais y relatifs constituent une perte pouvant être indemnisée au titre du dommage, au même titre que les frais d'avocat (Werro, Commentaire romand, n. 14 ad art. 42 CO; ATF 117 II 101 c. 4, JT 1991 I 712).

La défenderesse doit donc verser à la demanderesse le montant dû au titre des honoraires facturés par [...] Sàrl, soit la somme de 6'169 fr. 20.

**VIII. a)** D'après l'art. 41 LCA (loi fédérale suisse sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908; RS 221.229.1), la créance qui résulte du contrat est échue quatre semaines après le moment où l'assureur a reçu les renseignements qui lui permettent de se convaincre du bien-fondé de la prétention, soit lorsque l'ayant droit a suffisamment fondé sa prétention et donné les indications utiles sur la nature et le montant du dommage à réparer. Le lésé peut donc se prévaloir de l'art. 41 LCA dès qu'il a démontré à l'assureur l'existence de sa responsabilité pour un montant déterminé et justifié de sa qualité d'ayant droit (ATF 82 II 460, JT 1957 I 448;

JT 1962 I 462; Carré, op. cit., note ad art. 41 LCA, p. 303). L'interpellation de l'assureur est ainsi nécessaire à sa mise en demeure (Cciv., U. c. P., 14 avril 2000; Nef, Commentaire bâlois, n. 20 ad art. 41 LCA). L'intérêt moratoire - de 5% l'an (art. 104 al. 1 CO) - est dû à partir du jour suivant celui où le débiteur a reçu l'interpellation (TF 5C.177/2005 du 25 février 2006). L'art. 41 LCA est applicable à défaut de disposition contractuelle

topique, précisant le moment où la créance est échue (Carré, op. cit., note ad art. 41 LCA, p. 300).

**b)** En l'espèce, il n'apparaît pas que les parties ont modifié le régime légal, ni en particulier que le contrat fixerait un terme comminatoire pour l'exécution. La demanderesse a formellement mis en demeure la défenderesse par un courrier de son conseil du 7 juin 2005, dans lequel ce dernier l'invitait à verser la somme due à l'échéance d'un délai de 15 jours dès réception dudit courrier et en la prévenant qu'à défaut de paiement, il saisirait l'autorité judiciaire compétente. L'intérêt à 5% l'an court donc dès le 24 juin 2005, lendemain de l'échéance fixée.

En revanche, s'agissant du montant de 6'169 fr. 20 dû au titre des honoraires versés avant procès à [...] Sàrl, la défenderesse n'a pas été mise en demeure de payer cette somme avant la notification de la demande du 7 décembre 2005. L'intérêt à 5% l'an court donc dès le 9 décembre 2005, lendemain de dite notification.

**IX.**        **a)** Selon l'art. 92 al. 1 CPC-VD, les dépens sont alloués à la partie qui a obtenu l'adjudication de ses conclusions. Il s'agit aussi bien des conclusions actives du demandeur que de celles, libératoires ou reconventionnelles, du défendeur (JT 1971 I 70). Les dépens comprennent principalement les frais et les émoluments de l'office payés par la partie, les honoraires et les débours de son avocat (art. 91 let. a et c CPC-VD). Les honoraires d'avocat sont fixés selon le tarif du 17 juin 1986 des honoraires d'avocat dus à titre de dépens (RSV 177.11.3). Les débours ont trait au paiement d'une somme d'argent précise pour une opération déterminée.

A l'issue d'un litige, le juge doit rechercher lequel des plaideurs gagne le procès et lui allouer une certaine somme en remboursement de ses frais, à la charge du plaideur perdant. Lorsque aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, le juge peut réduire les dépens ou les compenser (art. 92 al. 2 CPC-VD).

**b)** En l'espèce, si le conseil de la demanderesse est également administrateur de cette société et qu'il détient à ce titre une part sociale de 40'000 fr., il ressort de l'état de fait qu'il n'en est devenu organe qu'après ouverture de l'action et qu'il est intervenu dans toute la procédure non en qualité d'organe, mais bien d'avocat indépendant mandaté en cette qualité par la demanderesse.

Selon la jurisprudence citée dans l'arrêt de la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois du 16 décembre 2009, le fait que le mandataire de la personne morale qui obtient gain de cause soit également organe de cette dernière ne fait pas obstacle à l'allocation de dépens, l'intervention de l'avocat en procédure n'ayant pas de rapport avec les activités exercées habituellement comme organe. Dès lors que l'avocat représentant la partie a agi en tant qu'avocat indépendant, de mandataire professionnel, cette dernière a droit à des dépens (Poudret/Sandoz-Monod, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943, n. 1 ad art. 159 OJ ; Crec I 2 février 2005/38).

Rien ne permet ainsi de s'écarter du texte de l'art. 91 let. c CPC-VD, selon lequel les dépens comprennent les honoraires et les déboursés de mandataire et d'avocat, cette règle ne souffrant pas d'exception lorsque le mandataire avocat agissant ès qualités est, en même temps, organe de la société.

En l'occurrence, dès lors que la demanderesse H. \_\_\_\_\_ obtient gain de cause sur le principe de son action, mais n'obtient que partiellement l'allocation de ses conclusions, il se justifie de lui allouer des dépens réduits d'un tiers, à la charge de la défenderesse D. \_\_\_\_\_, qu'il convient d'arrêter à 21'889 fr. 60, savoir:

- |   |          |  |
|---|----------|--|
| a | 12'00 fr | à titre de participation aux honoraires de |
| ) | 0 .      | son conseil;                               |
| b | 600 fr   | pour les débours de celui-ci;              |
| ) | .        |  |

- c) 9'289 fr 60 en remboursement des deux tiers de son coupon de justice.

**Par ces motifs,  
la Cour civile,  
statuant à huis clos  
en application de l'art. 318a CPC-VD,  
prononce :**

- I. La défenderesse D.\_\_\_\_\_ doit payer à la demanderesse H.\_\_\_\_\_ la somme de 52'906 fr. 35 (cinquante-deux mille neuf cent six francs et trente-cinq centimes) avec intérêt à 5% l'an dès le 24 juin 2005 et la somme de 6'169 fr. 20 (six mille cent soixante-neuf francs et vingt centimes) avec intérêt à 5% l'an dès le 9 décembre 2005.
- II. Les frais de justice sont arrêtés à 13'934 fr. 40 (treize mille neuf cent trente-quatre francs et quarante centimes) pour la demanderesse et à 3'812 fr. 50 (trois mille huit cent douze francs et cinquante centimes) pour la défenderesse.
- III. La défenderesse versera à la demanderesse le montant de 21'889 fr. 60 (vingt-et-un mille huit cent huitante-neuf francs et soixante centimes) à titre de dépens.
- IV. Toutes autres ou plus amples conclusions sont rejetées.

Le président :

La greffière :

P. Hack

M. Bron

Du

Le jugement qui précède, dont le dispositif a été communiqué aux parties le 20 septembre 2013, lu et approuvé à huis clos, est notifié, par l'envoi de photocopies aux conseils des parties.

Un appel au sens des art. 308 ss CPC peut être formé dans un délai de trente jours dès la notification de la présente décision en déposant au greffe du Tribunal cantonal un mémoire écrit et motivé. La décision objet de l'appel doit être jointe.

La greffière :

M. Bron