

# VD\_FINDINFO AP / 2010 / 18 vom 6. Oktober 2008

VD Tribunal cantonal, 2008-10-06, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_AP\\_\\_\\_2010\\_\\_\\_18](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_AP___2010___18)

FR: VD\_FINDINFO AP / 2010 / 18 du 6 octobre 2008

IT: VD\_FINDINFO AP / 2010 / 18 del 6 ottobre 2008

## Regeste

APPRÉCIATION DES PREUVES, INTERDICTION DE L'ARBITRAIRE, RECOURS EN MATIÈRE CIVILE, RECOURS EN NULLITÉ{ART. 68 OJ} | 444 al. 1 ch. 3 CPC, 5 al. 3 CPC

## Erwägungen

### E. 1

La voie du recours en nullité est ouverte contre un jugement principal rendu par la Cour civile du Tribunal cantonal (art. 444 et 445 CPC). Déposé en temps utile, le recours en nullité est ainsi recevable en la forme.

### E. 2

a) Selon l'art. 451a al. 1 CPC, le recours en réforme peut être formé contre un jugement de la Cour civile lorsque la cause n'est pas susceptible d'un recours en réforme au Tribunal fédéral ou, dans les contestations civiles portant sur un droit de nature pécuniaire, lorsque la cour a appliqué concurremment le droit fédéral et le droit cantonal ou étranger. La loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF; RS 173.110]), entrée en vigueur le 1er janvier 2007 (RO 2006, 1069), a abrogé la loi fédérale d'organisation judiciaire (art. 131 al. 1 LTF). La recevabilité du recours cantonal en réforme contre un jugement rendu après le 1er janvier 2007 doit dorénavant être examinée au regard de la LTF (art. 132 al. 1 LTF). b) L'art. 444 al. 2 CPC n'a pas été modifié à la suite de l'entrée en vigueur de la LTF et parle toujours de recours en réforme au Tribunal fédéral. Même si dorénavant le recours en matière civile au Tribunal fédéral permet d'invoquer une violation des droits constitutionnels, cela n'a pas pour conséquence d'exclure le recours en nullité. La LTF ne saurait avoir pour portée de fermer la voie du recours en nullité selon le CPC lorsque celle-ci était ouverte sous l'égide de l'aOJ. A cet égard, la LTF n'a pas modifié la portée de l'art. 444 al. 2 CPC (TF 4A.451/2008 du 18 novembre 2008 c. 1). c) Le recours en matière civile est ouvert contre les décisions finales (art. 90 LTF) rendues en matière civile (art. 72 al. 1 LTF) par une autorité cantonale de dernière instance (art. 75 al. 1 LTF) pour autant que la valeur litigieuse de 30'000 francs soit atteinte (art. 74 al. 1 let. b LTF), respectivement la valeur litigieuse de 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer (art. 74 al. 1 let. a LTF). La valeur litigieuse est déterminée, en cas de recours contre une décision finale, par les conclusions restées litigieuses devant l'autorité précédente (art. 51 al. 1 let. a LTF). Le recours en matière civile peut être interjeté pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 et 96 LTF, notamment pour violation du droit fédéral (art. 95 let. a LTF), y compris les droits constitutionnels (cf. Message du 28 février 2001 relatif à la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 p. 4000 ss, 4132; ATF 133 III 446 c. 3.1 p. 448). d) En l'espèce, la demande conclut au paiement des montants de 137'000 fr. et de 6'129 fr. 20, soit une somme de 143'129 fr. 20 qui détermine la valeur litigieuse puisque

l'intimée a conclu au rejet du recours (art. 51 al. 1 let. a LTF). La Cour civile du Tribunal cantonal, instance cantonale unique (art. 133 al. 1 let. a Cst VD; 74 LOJV; 448 al. 3, 451a et 453 CPC), a alloué le montant de 61'477 francs 15 à l'intimée dans une affaire civile régie par le droit fédéral; le recours en matière civile est ainsi ouvert auprès du Tribunal fédéral. En conséquence, le recours cantonal en réforme fondé sur l'application du droit matériel fédéral est irrecevable. Le recours cantonal en nullité est donc seul ouvert devant la cour de céans.

### **E. 3**

La Chambre des recours n'entre en matière que sur les moyens de nullité invoqués (Poudret/Haldy/Tappy, op. cit., n. 2 ad art. 465 CPC, p. 722).

### **E. 4**

a) La recourante fait tout d'abord valoir une appréciation arbitraire des preuves (art. 5 al. 3 CPC et 29 Cst.). Le grief est recevable (art. 444 al. 1 ch. 3 CPC) si l'informalité résultant de la violation prétendue ne peut pas être corrigée par la Chambre des recours dans le cadre du recours cantonal en réforme (JT 2003 III 3, c. 2 p. 4; JT 2001 III 128 c. 2b p. 133), ce qui est le cas en l'espèce. Ce moyen de nullité confère à l'autorité cantonale de recours un pouvoir de cognition en la matière au moins aussi large que celui du Tribunal fédéral dans le cadre de l'ancien recours de droit public (ATF 126 I 257, JT 2000 III 75), actuellement dans le recours pour violation de droits constitutionnels (art. 95 et 97 al. 1 LTF), lequel est du reste englobé dans le recours en matière civile (ATF 133 III 446 c. 3.1 p. 447 et 462 c. 2.3 p. 466). L'arbitraire prohibé par l'art. 9 Cst. ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable (ATF 133 I 149 c. 3.1 p. 153); la décision est arbitraire seulement si elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté ou si elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice ou de l'équité. Il ne suffit pas que la motivation de la décision soit insoutenable; encore faut-il qu'elle soit arbitraire dans son résultat (ATF 134 I 263, c. 3.1 pp. 265/266; ATF 133 II 257 c. 5.1 pp. 260/261; ATF 132 I 13 c. 5.1; ATF 131 I 217 c. 2.1, 57 c. 2; ATF 129 I 173 c. 3.1). La cour de céans a fait sienne cette conception de l'arbitraire (JT 2004 III 53, c. 3c/aa p. 57; JT 2001 III 128 précité). b) La recourante estime que les premiers juges ont fait une appréciation arbitraire des preuves en retenant ce qui suit : "Il résulte de l'instruction que le sinistre subi par M. \_\_\_\_\_ père 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 "Bitflex" avant de poser l'isolation. Aussi bien T.1 \_\_\_\_\_ qu'M. \_\_\_\_\_ père et M. \_\_\_\_\_ fils ont admis qu'ils n'avaient pas respecté le temps de séchage nécessaire, faute d'indications en ce sens." En résumé, la recourante soutient que la déposition d'M. \_\_\_\_\_ père aurait dû être écartée d'une manière générale, car le témoin avait un intérêt personnel à l'issue du procès et était parfaitement au courant de l'objet du litige. S'agissant du témoignage de T.1 \_\_\_\_\_, la recourante ne comprend pas comment une entreprise qui représente un produit depuis au moins six ans a pu méconnaître son mode d'emploi. A cette invraisemblance, elle ajoute les trois contradictions suivantes. Premièrement, les dépositions des témoins M. \_\_\_\_\_ père, M. \_\_\_\_\_ fils et T.1 \_\_\_\_\_ sont contradictoires, puisque les deux premiers affirment que les conseils d'utilisation ont été donnés en début de matinée, alors que le dernier déclare que c'était au moment de l'apéritif. Deuxièmement, T.1 \_\_\_\_\_ parle d'une couche du produit et M. \_\_\_\_\_ père de deux, sans que l'on puisse concevoir une telle divergence, le nombre

de couches étant un élément fondamental. Troisièmement, les déclarations des intervenants divergent aussi sur le temps écoulé entre l'application de la couche d'isolation et la pose des plaques. En présence d'un aussi grand nombre de contradictions, la Cour civile aurait dû, de l'avis de la recourante, retenir que l'intimée n'avait pas apporté la preuve du fait qu'elle avait dispensé des conseils inadéquats à M. \_\_\_\_\_ père. Des considérations analogues peuvent selon elle être émises à propos du contenu de l'accord passé entre l'intimée et M. \_\_\_\_\_ père. c) En réalité, si les éléments susmentionnés peuvent faire apparaître l'appréciation des preuves comme discutable, celle-ci n'a pas été arbitraire. Lors de son audition en qualité de témoin, T.1 \_\_\_\_\_, fondateur et dirigeant de l'intimée, a admis l'exactitude de l'allégué 49 de la recourante ("[L'intimée] qui ne pouvait contester les faits a admis que sa responsabilité civile dans le sinistre du 30 août 2004 était engagée et totale"). Il a ajouté, dans le cadre du même allégué, qu'il avait mal estimé l'état de séchage et qu'il aurait dû conseiller d'attendre avant de poser des panneaux d'isolation. A la question de savoir si "seul le mauvais conseil donné par [l'intimée] était à l'évidence à l'origine du dommage" (allégué 56 de l'intimée), il a répondu par l'affirmative en déclarant qu'il en avait honte. Auparavant, dans le procès-verbal d'audition établi par la recourante après le sinistre, il avait déclaré aux inspecteurs de la recourante qu'il avait indiqué à son client M. \_\_\_\_\_ père d'appliquer une couche de Bitflex et de laisser sécher durant quinze minutes avant de poser l'isolation (pièce 9). Quant à M. \_\_\_\_\_ père, client de l'intimée, il a déclaré ce qui suit lorsqu'il a été entendu comme témoin dans le cadre de l'allégué 49 susmentionné : "Il me semble bien qu'il y a eu un problème dans les explications pour la pose du Bitflex". Auparavant, son fils M. \_\_\_\_\_ fils avait déclaré aux inspecteurs de la recourante que T.1 \_\_\_\_\_ leur avait indiqué d'appliquer deux couches de Bitflex et qu'ils avaient posé l'isolation au fur et à mesure de l'étalement du Bitflex, de sorte qu'il n'y avait eu que très peu de temps de séchage (pièce 103). La Cour civile a pu se fonder sur les dépositions précitées pour retenir sans arbitraire qu'une erreur technique avait eu lieu en relation avec le temps de séchage. Il faut tout d'abord relever que la recourante elle-même a admis après enquête et audition de T.1 \_\_\_\_\_ et de M. \_\_\_\_\_ fils les 22 et 23 mars 2005 (jgt p. 6), qu'il ressortait des explications fournies par la preneuse d'assurance que la cause du dommage résidait dans un mauvais conseil donné quant à la mise en œuvre des matériaux livrés à M. \_\_\_\_\_ père et qu'en conséquence elle prendrait en charge les dommages qui résultent de cette erreur (jgt p. 13: lettre du 23 mars 2005). La recourante est dès lors malvenue de se plaindre d'arbitraire dans l'appréciation des preuves sur ce point. Ensuite, si T.1 \_\_\_\_\_ avait certes un intérêt à ce que la recourante fournisse sa couverture, il faut aussi constater qu'il a immédiatement admis son erreur quant à l'information donnée sur le respect du temps de séchage et que cet aveu allait à l'encontre de ses intérêts, puisqu'il engageait par là la responsabilité directe de l'intimée à l'égard de M. \_\_\_\_\_ père. L'intimée a promis de réparer sans tarder le dommage causé à son client lésé, prestation qu'elle a déjà accomplie en partie (jgt p. 12), alors même que l'intervention de l'assurance était loin d'être acquise. Dans cette mesure, il n'était pas arbitraire de tenir compte de son témoignage qui allait dans le même sens que celui du lésé. Le moyen est ainsi infondé.

## **E. 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

## E. 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 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 (jgt p. 10). 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 T5. \_\_\_\_\_. Cela n'est toutefois pas établi. Le moyen est ainsi fondé, si bien que le recours doit être admis pour ce motif. 6. a) La recourante fait valoir que 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., si bien qu'il n'y aurait pas lieu de lui allouer des dépens. Ce moyen sera examiné par économie de procédure, malgré l'annulation du jugement, qui rend en l'état sans objet le recours en réforme sur les dépens. La question est en effet susceptible de se poser à nouveau dans la suite de la procédure. b) Outre le fait que l'avocat Petermann n'est devenu organe de la demanderesse qu'après ouverture d'action (jgt p. 2), il y a lieu de constater qu'il est intervenu dans toute la procédure non en qualité d'organe, mais bien d'avocat indépendant mandaté en cette qualité par la société. Dans un arrêt publié aux ATF 120 Ia 169, considérant 3, et traduit au JT 1995 I 214, le Tribunal fédéral a considéré qu'il n'était pas arbitraire de traiter différemment le statut d'avocat indépendant de celui d'avocat employé par une assurance de protection juridique et de n'accorder à ce dernier qu'une indemnité destinée à couvrir ses débours. Il a souligné que l'avocat employé par une compagnie d'assurance se trouvait impliqué dans l'organisation de la société, laquelle n'est pas soumise aux devoirs professionnels de l'avocat indépendant (indépendance, interdiction de faire de la réclame, secret professionnel) et qu'il profitait ainsi indirectement, par exemple, de la possibilité qu'a l'entreprise de faire de la publicité; il pouvait également utiliser l'infrastructure de la société d'assurances et était dédommagé de manière appropriée pour son travail. La IIème Cour civile du Tribunal fédéral, dans un arrêt non publié du 23 août 2004 (5P.233/2004), a précisé que la différence de traitement faite entre un mandataire professionnel, comme le sont l'avocat et l'agent d'affaires breveté à qui des dépens sont alloués, et un mandataire occasionnel, en l'espèce une juriste travaillant à l'ASLOCA qui s'était vu refuser l'allocation de dépens, se justifiait, le statut économique des deux

catégories de représentants n'étant pas identique (c. 5.2). Dans un arrêt d'appel sur mesures provisionnelles du 14 mars 2003, la Cour civile du Tribunal cantonal a jugé que 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 (CCiv., 14 mars 2003). Dans un arrêt du 2 février 2005 (I/38), la Chambre des recours a considéré que la jurisprudence précitée de la Cour civile doit être confirmée. Cet avis est conforté par Poudret et Sandoz-Monod lesquels, dans leur commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (COJ), estiment que des dépens doivent être alloués à la partie représentée par un avocat agissant en cette qualité (COJ, n. 1 ad art. 159 OJ, pp. 157-158). Ainsi si, dans l'arrêt ATF 97 I 314, considérant 6, cité par Poudret et Sandoz-Monod, loc. cit., des dépens n'ont pas été alloués à une partie, c'est que l'avocat qui était intervenu pour elle l'avait fait non comme mandataire ordinaire, mais comme liquidateur du concordat. Enfin, dans le dernier arrêt cantonal cité, la cour de céans a relevé que si la législation cantonale n'a pas envisagé l'hypothèse examinée ici, il n'en va pas de même au niveau fédéral puisque l'article 3 alinéa 2 du tarif pour les dépens alloués à la partie adverse dans les causes portées devant le Tribunal fédéral (RS 173.119.1) permet expressément au Tribunal fédéral de réduire les honoraires de l'avocat lorsque celui-ci constitue un organe ou est au service d'une partie plaidant en justice. Cette règle démontre que des dépens sont en principe dus dans une telle hypothèse. La Chambre des recours a conclu que rien ne permet dès lors de s'écarter du texte de l'article 91 lettre c CPC, 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'espèce, il n'y a pas lieu de s'écarter de la jurisprudence précitée, de sorte que le recours contre l'adjudication de dépens au conseil de l'intimée doit être rejeté. On peut encore préciser que l'indépendance (art. 12 let. b LLCA) est un principe essentiel de la profession d'avocat. L'interdiction de plaider en cas de conflit d'intérêts est une règle tout aussi cardinale (TF 2A.293/2003 du 9 mars 2004 c. 2 avec références; cf. en dernier lieu ATF 135 II 145 c. 9 p. 154/155). L'avocat ne doit dès lors agir comme mandataire de la société dont il est administrateur que s'il est clairement instruit par elle et qu'il reste dans les faits un tiers à l'égard de la société (Bohnet/Martenet, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, n. 3522 p. 1380). Lorsque ces conditions sont réalisées, on ne voit pas pourquoi il faudrait priver l'avocat du droit de recevoir des dépens. Or, en l'espèce, aucun élément du dossier ne permet de mettre en doute l'indépendance du conseil de l'intimée. Au demeurant, la sanction d'un éventuel manque d'indépendance pourrait consister en une sanction disciplinaire (art. 17 LLCA) et non dans le refus d'allouer des dépens à la partie représentée par un avocat qui est aussi son organe. Ce n'est que s'il y avait identité économique entre la société et son administrateur unique dans le sens de la théorie du Durchgriff (cf. ATF 121 III 319) que l'on pourrait admettre que l'avocat agit en réalité dans sa propre cause et n'a dès lors pas droit à des dépens (CREC du 2 février 2005 précité c. 4.3), hypothèse non réalisée en l'espèce. 7. En définitive, le recours doit être admis, le jugement annulé et la cause renvoyée à la Cour civile pour nouveau jugement. Les frais de deuxième instance de la recourante sont arrêtés à 914 fr. (art. 232 TFJC). L'intimée doit verser à la recourante la somme de 2'914 fr. à titre de dépens de deuxième instance. Par ces motifs, la Chambre des recours du Tribunal cantonal, statuant en audience publique,

prononce : I. Le recours est admis. II. Le jugement est annulé et la cause renvoyée à la Cour civile pour nouveau jugement. III. Les frais de deuxième instance de la recourante sont arrêtés à 914 fr. (neuf cent quatorze francs). IV. L'intimée X. \_\_\_\_\_ SA doit verser à la recourante A. \_\_\_\_\_ SA la somme de 2'914 fr. (deux mille neuf cent quatorze francs) à titre de dépens de deuxième instance. V. L'arrêt motivé est exécutoire. Le président : Le greffier : Du 16 décembre 2009 Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés. Le greffier : Du L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète, par l'envoi de photocopies à : ■ Me Denis Bettems (pour A. \_\_\_\_\_ SA), ■ Me Christian Petermann (pour X. \_\_\_\_\_ SA). La Chambre des recours considère que la valeur litigieuse est de 143'169 fr. 20. Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF). Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à : ■ Cour civile du Tribunal cantonal; - Tribunal fédéral. Le greffier :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.