

ATF du 29 novembre 2004

4C.325/2004

**Responsabilité du courtier dans la conclusion d'une assurance RC entreprise – art. 398 CO**

**Défaut de couverture**

**Présentation des faits de manière chronologique et des éléments essentiels de l'arrêt du Tribunal fédéral (le texte original est repris à la suite de cette présentation)**

<b>Dates</b>	<b>En fait – en droit</b>
?	L'entreprise A. SA possède plusieurs filiales dont C. SA, avec siège à W. et spécialisée dans la vente de gravier et de béton.
21.07.2000	A. SA mandate B. SA afin d'examiner si des économies de prime sont possibles sur les contrats d'assurance du groupe A., sans toutefois exclure d'importantes couvertures de risque. Selon la proposition de A. SA, il incombe aussi à B. SA d'examiner les nouvelles polices d'assurance.
?	A. SA soumet à B. SA une proposition de réorganisation et de comparaison du marché pour le 1 <sup>er</sup> janvier 2001.
?	B. SA invite des assurances à déposer des offres.
27.11.2000	L'assurance X. communique une offre pour l'assurance responsabilité civile d'entreprise et l'assurance responsabilité civile du fait des produits, qui incorpore C. SA en tant qu'entreprise coassurée, mais qui, contrairement au contrat d'assurance antérieur, ne prévoit aucune couverture d'assurance complémentaire pour les dommages matériels à des choses construites avec le gravier ou le béton livré par C. SA.
01.12.2000	Cette offre est transmise à B. SA.
?	Parmi d'autres assurances, l'assurance Y. soumet aussi une offre pour l'assurance responsabilité civile d'entreprise comprenant la couverture complémentaire en cause.
?	B. SA remet cette offre à A. SA et lui recommande d'accepter l'offre de l'assurance Y.
?	A. SA, persuadée que toutes les offres reprenaient la même couverture d'assurance complémentaire, négocie directement avec X. le montant des primes. Après que X. accorde une réduction de prime, A. SA décide de conclure avec X. un contrat d'assurance.
01-08.03.2001	X. soumet à A. SA une police provisoire
16.05.2001	La police définitive est établie pour la période courant du 1 <sup>er</sup> janvier 2001 au 31 décembre 2003.  Ces deux polices ne sont pas été portées à la connaissance de B. SA.
Avril 2001	C. SA livre du gravier défectueux destiné à des travaux de construction de route, ce qui cause des frais de réparation s'élevant à Frs 113'519.-.
?	L'assurance X, avec laquelle la demanderesse avait conclu le contrat d'assurance responsabilité civile d'entreprise, ne couvre pas ce dommage car le risque de dommage causé à des choses produites avec le matériel livré est exclu de la couverture d'assurance.
?	A. SA estime que la responsabilité de B. SA est engagée pour ce dommage car elle était assurée auparavant contre ce risque et qu'elle a commis une négligence entraînant l'absence de la reprise de la couverture du risque en question dans la nouvelle police.
04.07.2002	A. SA poursuit B. SA devant le Tribunal de district de Plessur en paiement de la somme de Frs 113'519.- avec intérêts à 5% depuis le 7 juin 2002.
19.07.2003	Le tribunal de première instance admet l'action.  En résumé, le tribunal constate, contrairement à B. SA, qu'il n'existe pas de différence de couverture entre la police définitive, excluant expressément la couverture du risque contesté, et l'offre du 27 novembre 2000 qui renvoyait aux conditions générales

	<p>d'assurance, lesquelles excluaient aussi ce risque.</p> <p>Cette exclusion doit être imputée à une négligence de B. SA dans l'exécution du mandat car, soit elle a méconnu le fait que A. SA était auparavant assurée contre le dommage qui s'est produit, soit elle a rédigé de manière lacunaire l'invitation à produire des offres et n'a rien entrepris pour corriger cette lacune. Ainsi, le fait que les négociations ont été directement menées avec X. ne libérait pas B. SA de son obligation de contrôle final. On ne peut pas déduire autre chose de la lecture de la lettre du 16 décembre 2000 adressée par la défenderesse à la demanderesse. Bien plus, la défenderesse a mentionné que son mandat final était, en janvier 2001, le contrôle des polices d'assurance. En conséquence, il est établi que A. SA n'avait pas envisagé d'être libérée d'un contrôle final. A. SA a commis une négligence car elle n'a rien entrepris pour prendre connaissance de la police acceptée et procéder au contrôle final, bien qu'elle savait qu'une police avait été conclue.</p>
23.12.2003	<p>B. SA saisit le Tribunal cantonal des Grisons d'un recours concluant à l'annulation du jugement de première instance et au rejet de la demande.</p>
?	<p>Le Tribunal cantonal admet partiellement le recours, annule le jugement de première instance et réduit l'indemnité due par B. SA à la somme de Frs 75'679.35 avec intérêts à 5% dès le 7 juin 2002.</p> <p>En résumé, selon le Tribunal cantonal, certes A. SA n'a pas pu prouver qu'elle avait expressément voulu la couverture du risque controversé, mais, selon la lettre de la défenderesse du 27 novembre 2000, la couverture de ce risque avait pourtant été un sujet de discussion entre les parties. Celles-ci auraient dû par conséquent être sensibilisées à ce sujet d'autant plus que le risque en cause avait été couvert par les contrats d'assurance antérieurs.</p> <p>Le Tribunal de première instance a eu raison de déclarer B. SA fautivement responsable du défaut de couverture contenu dans l'offre transmise le 1<sup>er</sup> décembre 2000. A ce sujet, il peut être renvoyé aux considérants du jugement contesté de première instance. Quant au contrôle final, il est reproché à B. SA de ne pas avoir été présente lors des négociations de A. SA avec X. ayant abouti à la conclusion de l'assurance responsabilité civile d'entreprise. Cette situation aurait dû inciter B. SA à proposer le contrôle final de la police correspondant à sa prestation contractuelle finale. On peut admettre avec le Tribunal de première instance que B. SA ne pouvait pas ignorer l'examen de la police. De son côté, A. SA supporte une faute concomitante, car elle aurait aussi dû vérifier l'étendue de la couverture.</p> <p>En application des art. 43 ss, en relation avec l'art. 99 al. 3 CO, l'indemnité due correspond au préjudice réduit d'un tiers.</p>
?	<p>B. SA interjette un recours en réforme au Tribunal fédéral. Elle conclut principalement à l'annulation du jugement cantonal et au rejet de la demande ; à titre subsidiaire, elle requiert le renvoi de la cause à l'instance cantonale pour nouvelle décision.</p> <p>A. SA conclut au rejet du recours dans la mesure où il est recevable</p>
29.11.2004	<p>Le Tribunal fédéral rejette le recours.</p> <p><b>1. Devoir de contrôle du courtier</b></p> <p>B. SA fait valablement valoir que le Tribunal cantonal a admis à tort un devoir de contrôle final de la police contestée. B. SA prétend d'une part et en vain que A. SA a résilié le mandat. D'autre part et à juste titre, B. SA reproche à A. SA d'avoir directement négocié avec X., contrairement à la recommandation de B. SA ou sans son appui ou son conseil, créant, selon l'avis du Tribunal cantonal, une situation à laquelle B. SA n'a pas participé. Cela est confirmé par le fait que le résultat des négociations n'a jamais été porté à la connaissance de la défenderesse. Celle-ci n'a pas eu l'occasion d'inviter A. SA à lui transmettre ses polices pour un contrôle final, d'autant plus que la procuration émise par la demanderesse était limitée temporellement au 31 décembre 2000 et que la police définitive du 16 mai 2001 n'a été établie qu'après cette date.</p> <p>Le Tribunal cantonal est arrivé à la conclusion que B. SA a violé son devoir de diligence parce qu'elle n'a pas remarqué, de manière négligente et fautive, l'exclusion de couverture contenue dans l'offre qu'elle a transmise à X. en date du 1<sup>er</sup> décembre 2000. Le Tribunal cantonal est ainsi parti du principe que B. SA aurait déjà dû à ce moment attirer l'attention</p>

de A. SA à propos du défaut de couverture ou prendre les mesures pour y remédier. L'avis du Tribunal cantonal selon lequel B. SA était aussi obligée d'informer plus tard A. SA de cette lacune, c'est-à-dire dans le cadre du contrôle de la police, n'est plus pertinent.
---

## Commentaires

Le courtier B. SA a conseillé à A. l'offre de l'assureur Y. Il aurait été intéressant de connaître précisément en quoi a consisté ce conseil. A lire le TF, ce conseil a été émis par écrit, sans commentaires oraux. A priori, B. SA n'a pas communiqué à sa cliente une analyse comparative des différentes offres présentées par les assureurs et n'a pas attiré son attention sur le fait que la proposition de l'assureur X. ne reprenait pas la couverture du risque assuré par le contrat de responsabilité civile d'entreprise en vigueur à ce moment. Ayant commis une négligence déjà dans l'appel d'offres ou dans le contrôle des offres, B. SA avait encore la possibilité de conseiller correctement sa cliente lors d'un contrôle final, ce qui n'a pas été fait.

Le risque encouru par l'entreprise A du fait de la vente de gravier destiné à être incorporé à d'autres matériaux de construction est réalisé lorsque le nouvel élément de construction créé présente un défaut dû à du gravier lui-même défectueux. Il s'agit d'un risque lié directement au produit vendu par l'entreprise. Il est probable que l'entreprise A. n'aurait pas accepté sans autre de ne plus être assurée contre un tel risque.

A la lecture de cet ATF, on pourrait se demander, en admettant que l'entreprise A. se soit adressée à un courtier, si B. SA, en tant que courtier, est soumis envers le mandant à un devoir d'information auquel il n'aurait pas, en l'occurrence, satisfait.

Une jurisprudence fédérale a été développée à propos du devoir d'information en matière médicale. Il est intéressant de relever l'ATF 4C.14/2002 concernant la responsabilité de l'architecte envers le mandant. Celui-ci reprochait à l'architecte, le représentant dans les rapports avec une entreprise, de ne pas l'avoir informé du risque de prescription des droits du maître en cas d'exécution défectueuse de l'ouvrage. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral se réfère au devoir d'information du médecin à l'égard de son patient pour décider du devoir d'information de l'architecte envers le mandant et maître d'ouvrage.

## **ASDA Neuchâtel-Jura / Ph. Terrier Avril 2005**

### *Arrêt original du Tribunal fédéral*

4C.325/2004 /sza

Urteil vom 29. November 2004

#### I. Zivilabteilung

Bundesrichter Corboz, Präsident,  
Bundesrichterin Klett, Bundesrichter Nyffeler,  
Gerichtsschreiber Gelzer.

B. \_\_\_\_\_ AG,  
Beklagte und Berufungsklägerin, vertreten durch Rechtsanwalt Hans-Ulrich Bürer,

gegen

A. \_\_\_\_\_ AG,  
Klägerin und Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Reto Marugg.

Auftrag,

Berufung gegen das Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden, Zivilkammer, vom 30. März 2004.

Sachverhalt:

A.  
Die A. \_\_\_\_\_ AG (nachstehend: Klägerin) hat mehrere Tochtergesellschaften. Darunter die C. \_\_\_\_\_ AG mit Sitz in W. \_\_\_\_\_, welche insbesondere Kies und Beton verkauft. Im Sommer 2000 beauftragte die Klägerin die B. \_\_\_\_\_ AG (nachstehend: Beklagte), gemäss ihrem Angebot vom 21. Juli 2000 zu überprüfen, ob bei den bestehenden Versicherungsverträgen der A. \_\_\_\_\_-Gruppe Prämieneinsparungen möglich sind, ohne dabei wichtige Risikodeckungen auszuschliessen. Gemäss dem Angebot der Beklagten oblag es ihr auch, die neuen Versicherungspolizen zu überprüfen. In der Folge unterbreitete die Beklagte der Klägerin einen Neuordnungsvorschlag und Marktvergleiche per 1. Januar 2001. Zudem hat die Beklagte Versicherungen zur Offertenstellung eingeladen. Die X. \_\_\_\_\_ Versicherungen (nachstehend: X. \_\_\_\_\_) erstellte am 27. November 2000 eine Offerte für die Betriebshaftpflicht- und Produkthaftpflichtversicherung, welche die C. \_\_\_\_\_ AG als mitversichertes Unternehmen erfasste, jedoch im Gegensatz zum früheren Versicherungsvertrag keine Zusatzdeckung für Sachschäden an den mit dem gelieferten Kies oder Beton hergestellten Sachen aufwies. Diese Offerte wurde der Beklagten am 1. Dezember 2000 übergeben. Neben anderen Versicherungen hat auch die Y. \_\_\_\_\_-Versicherung eine Offerte für eine Betriebshaftpflichtversicherung erstellt, welche jedoch die genannte Zusatzdeckung aufwies. Die Beklagte liess der Klägerin diese Offerten zukommen und empfahl, das Angebot der Y. \_\_\_\_\_-Versicherung anzunehmen.

Die Klägerin nahm in der Annahme, alle Offerten würden die bisherige Versicherungsdeckung aufweisen, mit der X. \_\_\_\_\_ direkte Verhandlungen über die Höhe der Prämien auf. Nachdem die X. \_\_\_\_\_ eine Prämienreduktion gewährt hatte, entschied sich die Klägerin, mit ihr einen Versicherungsvertrag abzuschliessen. Am 1. bzw. 8. März 2001 erstellte die X. \_\_\_\_\_ eine Probepolice und am 16. Mai 2001 die definitive Police für die vom Zeit vom 1. Januar 2001 bis 31. Dezember 2003. Diese beiden Policen sind der Beklagten nicht zugestellt worden.

Im April 2001 lieferte die C. \_\_\_\_\_ AG mangelhaftes Kiesmaterial für den Strassenbau, was Behebungskosten von Fr. 113'519.-- verursachte. Die von der Klägerin mit der X. \_\_\_\_\_ abgeschlossene Betriebshaftpflichtversicherung deckte diesen Schaden nicht, weil das Risiko der Sachschäden an den mit geliefertem Material hergestellten Sachen vom Versicherungsschutz ausgeschlossen war. Die Klägerin stellte sich auf den Standpunkt, die Beklagte sei für diesen Schaden haftpflichtig, weil er vor der Neuordnung der Versicherungsverträge versichert gewesen sei und es auf eine Sorgfaltspflichtverletzung der Beklagten zurückzuführen sei, dass das entsprechende Risiko nicht in die neue Police aufgenommen wurde.

B.  
Am 4. Juli 2002 belangte die Klägerin die Beklagte vor Bezirksgericht Plessur auf Zahlung von Fr. 113'519.-- nebst Zins zu 5 % seit 7. Juni 2002. Mit Urteil vom 19. August 2003 hiess das Bezirksgericht die Klage gut. Zur Begründung führte es zusammengefasst an, entgegen der Angabe der Beklagten habe der Umstand, dass die definitive Police das strittige Risiko ausdrücklich ausschloss, keine inhaltliche Änderung gegenüber der Offerte vom 27. November 2000 bedeutet, weil diese auf Allgemeine Vertragsbedingungen verwiesen habe, welche dieses Risiko ebenfalls ausschlossen. Dieser Ausschluss sei darauf zurückzuführen, dass die Beklagte ihren Auftrag unsorgfältig ausgeführt habe, weil sie entweder verkannt habe, dass die Klägerin ursprünglich gegen den eingetretenen Schaden versichert war oder sie die Einladung zur Offertenstellung mangelhaft abgefasst und zur Verbesserung nichts unternommen habe. Sodann sei die Beklagte durch die Führung der Vertragsverhandlungen der Klägerin mit der X. \_\_\_\_\_ nicht von der Schlussprüfung entbunden worden. Etwas anderes lasse sich auch nicht aus dem Brief der Beklagten vom 16. Dezember 2000 an die X. \_\_\_\_\_ lesen. Vielmehr habe die Beklagte darin

angegeben, ihr Schlussertrag sei, im Januar 2001 die Prüfung der einzelnen Versicherungspolicen. Damit stehe fest, dass die Beklagte nicht angenommen habe, sie sei von einer Schlussprüfung entbunden gewesen. Der Beklagten müsse daher auch als Sorgfaltspflichtverletzung angelastet werden, dass sie - obwohl sie gewusst habe, dass eine Police abgeschlossen werden müsse - nichts unternommen habe, um zu dieser zu gelangen, um die Schlussprüfung vorzunehmen. Am 23. Dezember 2003 erhob die Beklagte beim Kantonsgericht Graubünden eine Berufung mit den Anträgen, das erstinstanzliche Urteil sei aufzuheben und die Klage sei abzuweisen. Das Kantonsgericht hiess die Berufung teilweise gut, hob das erstinstanzliche Urteil auf und reduzierte den von der Beklagten zu leistenden Betrag auf Fr. 75'679.35 nebst Zins zu 5 % seit 7. Juni 2002. Zur Begründung führte das Kantonsgericht zusammengefasst an, zwar habe die Klägerin nicht beweisen können, dass sie die Deckung des umstrittenen Risikos ausdrücklich gewünscht habe. Gemäss dem Schreiben der Beklagten vom 27. November 2000 sei diese Risikodeckung jedoch offensichtlich ein Thema zwischen den Parteien gewesen. Diese hätten deshalb diesbezüglich sensibilisiert sein müssen, zumal das fragliche Risiko durch die früheren Versicherungsverträge gedeckt gewesen sei. Das Bezirksgericht habe daher zu Recht angenommen, dass die Beklagte grundsätzlich dafür einstehen müsse, dass sie die Deckungslücke in der ihr am 1. Dezember 2000 übergebenen Offerte der X. \_\_\_\_\_ Versicherungen sorgfaltswidrig und schuldhaft nicht bemerkt habe. Insoweit könne auf die zutreffenden Gründe im angefochtenen Urteil verwiesen werden. Bezüglich der Nachkontrolle sei der Beklagten zuzugestehen, dass sie während der Verhandlungen der Klägerin mit der X. \_\_\_\_\_, welche zum Abschluss der Betriebshaftpflichtversicherung führten, vom Geschehen "abgekoppelt" worden sei. Dieser Umstand hätte sie aber um so mehr veranlassen sollen, die nachträgliche Prüfung der Police anzubieten, die gemäss ihrer Auftragsofferte die Schlussarbeit im Rahmen ihrer Dienstleistungen hätte bilden sollen. Insoweit sei dem Bezirksgericht darin zuzustimmen, dass die Beklagte sich nicht darauf berufen könne, von der Prüfung der Police ausgeschlossen worden zu sein. Allerdings treffe die Klägerin ein Selbstverschulden, da auch sie die Police mit Blick auf den Deckungsumfang hätte prüfen müssen. Der Ersatzanspruch sei daher in Anwendung von Art. 43 f. in Verbindung mit Art. 99 Abs. 3 OR angemessen um einen Drittel zu kürzen.

C.  
Die Beklagte erhebt eidgenössische Berufung mit den Anträgen, das Urteil des Kantonsgerichtes sei aufzuheben und die Klage sei abzuweisen; eventuell sei die Sache zur Neuurteilung an das Kantonsgericht Graubünden zurückzuweisen. Die Klägerin schliesst auf Abweisung der Berufung, soweit darauf eingetreten werden könne.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.  
1.1 Im Berufungsverfahren ist das Bundesgericht an die tatsächlichen Feststellungen der letzten kantonalen Instanz gebunden, sofern sie nicht offensichtlich auf Versehen beruhen, unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zu Stande gekommen oder wegen fehlerhafter Rechtsanwendung im kantonalen Verfahren zu ergänzen sind (Art. 63 Abs. 2 und 64 Abs. 2 OG). Die Partei, welche den vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt berichtigt oder ergänzt wissen will, hat darüber genaue Angaben mit Aktenhinweisen zu machen. Eine Ergänzung setzt zudem voraus, dass entsprechende Sachbehauptungen bereits im kantonalen Verfahren prozessrechtskonform aufgestellt worden sind, von der Vorinstanz aber zu Unrecht für unerheblich gehalten oder übersehen worden sind, was wiederum näher anzugeben ist. Ohne diese Angaben gelten Vorbringen, welche über die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil hinausgehen, als unzulässige Noven (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG). Für eine blosser Kritik an der Beweiswürdigung der Vorinstanz ist die Berufung nicht gegeben (BGE 127 III 248 E. 2c; 115 II 484 E. 2a S. 486).

1.2 Die Beklagte ist nicht zu hören, soweit sie - ohne eine der genannten Ausnahmen von der Bindung des Bundesgerichts an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz geltend zu machen - von einem Sachverhalt ausgeht, der von diesen Feststellungen abweicht. Dies trifft bezüglich der Behauptung der Beklagten zu, ihr sei der Auftrag entzogen worden, bevor Anträge angenommen oder Policen hätten

kontrolliert werden können. Auf die Rüge, die Vorinstanz habe diesen Auftragsentzug nicht berücksichtigt, ist daher nicht einzutreten.

Unzulässig ist auch die Angabe der Beklagten, die Deckungslücke sei entstanden, indem bei den Kies- und Betonwerken der Versicherungsschutz für die Deckung von Sachschäden an den mit geliefertem Beton hergestellten Sachen unter Gewährung eines Rabatts von 30 % ausgeschlossen worden sei. Ein solcher Kausalzusammenhang zwischen dem Rabatt und dem Ausschluss des umstrittenen Risikos wurde von der Vorinstanz nicht festgestellt. Vielmehr ist diese davon ausgegangen, der Ausschluss habe gemäss den Allgemeinen Geschäftsbedingungen bereits für die Offerte der X. \_\_\_\_\_ vom 27. November 2000 gegolten. Inwiefern die Vorinstanz insoweit Bundesrecht verletzt haben soll, legt die Beklagte nicht dar.

2.

2.1 Die Beklagte macht sinngemäss geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht eine Verpflichtung zur Nachkontrolle der strittigen Police bejaht. Zur Begründung stützt sich die Beklagte zum einen auf die unzulässige Behauptung, die Klägerin habe ihr den Auftrag entzogen. Zum anderen führt die Beklagte sinngemäss an, da die Klägerin entgegen der Empfehlung der Beklagten begonnen habe, ohne deren Unterstützung oder Begleitung mit der X. \_\_\_\_\_ über den Versicherungsvertrag zu verhandeln, sei die Beklagte gemäss der zutreffenden Feststellung der Vorinstanz vom Geschehen "abgekoppelt" worden. Dies werde dadurch bestätigt, dass der Beklagten das Resultat dieser Verhandlungen nie vorgelegt worden sei. Unter diesen Umständen habe für die Beklagte keinerlei Veranlassung bestanden, die Klägerin aufzufordern, ihr Policen zur Schlussprüfung zu unterbreiten, zumal die der Beklagten ausgestellte Vollmacht bis zum 31. Dezember 2000 befristet gewesen und die definitive Police vom 16. Mai 2001 damit erst nach Ablauf der Vollmacht ausgestellt worden sei.

2.2 Beruht ein Entscheid auf mehreren selbständigen Begründungen, so muss der Berufungskläger sämtliche Begründungen anfechten, um die in Art. 55 Abs. 1 lit. c OG umschriebenen Anforderungen an eine Berufung zu erfüllen (BGE 117 II 630 E. 1b S. 631; 120 II 312 E. 2 S. 314).

2.3 Die Vorinstanz kam zum Ergebnis, die Beklagte habe ihre Sorgfaltspflicht verletzt, indem sie die Deckungslücke in der Offerte, welche ihr die X. \_\_\_\_\_ am 1. Dezember 2000 übergab, sorgfaltswidrig und schuldhaft nicht bemerkt habe. Damit ging die Vorinstanz davon aus, die Beklagte habe die Klägerin bereits in diesem Zeitpunkt auf diese Deckungslücke aufmerksam machen oder sie beheben müssen. Der weiteren Begründung der Vorinstanz, dass die Beklagte zudem verpflichtet gewesen wäre, die Beklagte auch noch später - d.h. im Rahmen der Prüfung der Police - auf diese Lücke hinzuweisen, kommt damit keine selbständige Bedeutung zu. Da sich die in E. 2.1. genannte Rüge der Beklagten alleine auf diese Zusatzbegründung bezieht, ist darauf nicht einzutreten, weil insoweit das Erfordernis der Anfechtung aller selbständiger Begründungen nicht erfüllt ist.

3.

Nach dem Gesagten hat die Beklagten keine zulässigen Rügen erhoben, weshalb auf ihre Berufung nicht einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 156 Abs. 1 und 159 Abs. 2 OG). Bei der Bemessung der Parteientschädigung wird die Mehrwertsteuer im Rahmen des geltenden Tarifs pauschal berücksichtigt (Beschluss der Präsidentenkonferenz vom 8. Mai 1995).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

2.

Die Gerichtsgebühr von Fr. 4'500.-- wird der Beklagten auferlegt.

3.  
Die Beklagte hat die Klägerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 5'500.-- zu entschädigen.

4.  
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht von Graubünden, Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 29. November 2004

Im Namen der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

4C.325/2004 /sza *(en allemand ; Note du traducteur, Ph. Terrier : cette traduction n'a pas d'autre ambition que d'être un moyen de mieux comprendre l'original en allemand !)*

Jugement du 29 novembre 2004

le Cour civile

Les juges fédéraux Corboz, Président de la Cour, Klett et Nyffeler  
Greffier Gelzer

B. SA, défenderesse et recourante, représentée par Me Hans-Ulrich Bürer,  
Contre  
A. SA, demanderesse et intimée, représentée par Me Dr Reto Marugg,

Mandat,

Recours en réforme contre le jugement de la Cour civile du Tribunal du canton des Grisons, du 30 mars 2004.

#### **Faits :**

**A.**  
L'entreprise A. SA (par la suite : demanderesse) possède plusieurs filiales dont C. SA, avec siège à W. et spécialisée dans la vente de gravier et de béton.

En été 2000, la demanderesse mandata B. SA (par la suite : défenderesse) afin d'examiner, selon sa proposition du 21 juillet 2000, si des économies de prime étaient possibles sur les contrats d'assurance du groupe A., sans toutefois exclure d'importantes couvertures de risque. Selon la proposition de la demanderesse, il incombait aussi à B. d'examiner les nouvelles polices d'assurance.

Ensuite, la demanderesse soumit à la défenderesse une proposition de réorganisation et de comparaison du marché pour le 1<sup>er</sup> janvier 2001. La défenderesse invita des assurances à déposer des offres. L'assurance X. (par la suite : X.) communiqua, le 27 novembre 2000, une offre pour l'assurance responsabilité civile d'entreprise et l'assurance responsabilité civile du fait des produits, qui incorporait C. SA en tant qu'entreprise coassurée, mais qui, contrairement au contrat d'assurance antérieur, ne prévoyait aucune couverture d'assurance complémentaire pour les dommages matériels à des choses construites avec le gravier ou le béton livré par C. SA. Cette offre a été transmise à la défenderesse le 1<sup>er</sup> décembre 2000. Parmi d'autres assurances, l'assurance Y. soumit aussi une offre pour l'assurance responsabilité civile d'entreprise comprenant la couverture complémentaire en cause. La défenderesse remit cette offre à la demanderesse et lui recommanda d'accepter l'offre de l'assurance Y.

La demanderesse, persuadée que toutes les offres reprenaient la même couverture d'assurance complémentaire, négocia directement avec X. le montant des primes. Après que X. accorda une réduction de prime, la demanderesse décida de conclure avec X. un contrat d'assurance. Le 1<sup>er</sup>, respectivement le 8 mars 2001, X. soumit à la demanderesse une police provisoire et la police définitive fut établie le 16 mai 2001 pour la période courant du 1<sup>er</sup> janvier 2001 au 31 décembre 2003. Ces deux polices n'ont pas été portées à la connaissance de la défenderesse.

En avril 2001, C. SA livra du gravier défectueux destiné à des travaux de construction de route, ce qui causa des frais de réparation s'élevant à Frs 113'519.-. L'assurance X, avec laquelle la demanderesse avait conclu le contrat d'assurance responsabilité civile d'entreprise, ne couvrit pas ce dommage car le risque de dommage causé à des choses produites avec le matériel livré était exclu de la couverture d'assurance.

La demanderesse estima que la responsabilité de la défenderesse était engagée pour ce dommage car elle était assurée auparavant contre ce risque et qu'elle avait commis une négligence entraînant l'absence de la reprise de la couverture du risque en question dans la nouvelle police.

## **B.**

Le 4 juillet 2002, la demanderesse poursuivit la défenderesse devant le Tribunal de district de Plessur en paiement de la somme de Frs 113'519.- avec intérêts à 5% depuis le 7 juin 2002. Le 19 août 2003, le tribunal de première instance admit l'action. En résumé, le tribunal constate, contrairement à la défenderesse, qu'il n'existe pas de différence de couverture entre la police définitive, excluant expressément la couverture du risque contesté, et l'offre du 27 novembre 2000 qui renvoyait aux conditions générales d'assurance, lesquelles excluaient aussi ce risque. Cette exclusion doit être imputée à une négligence de la défenderesse dans l'exécution du mandat car, soit elle a méconnu le fait que la demanderesse était auparavant assurée contre le dommage qui s'est produit, soit elle a rédigé de manière lacunaire l'invitation à produire des offres et n'a rien entrepris pour corriger cette lacune. Ainsi, le fait que les négociations ont été directement menées avec X. ne libérait pas la défenderesse de son obligation de contrôle final. On ne peut pas déduire autre chose de la lecture de la lettre du 16 décembre 2000 adressée par la défenderesse à la demanderesse. Bien plus, la défenderesse a mentionné que son mandat final était, en janvier 2001, le contrôle des polices d'assurance. En conséquence, il est établi que la défenderesse n'avait pas envisagé d'être libérée d'un contrôle final. La défenderesse a commis une négligence car elle n'a rien entrepris pour prendre connaissance de la police acceptée et procéder au contrôle final, bien qu'elle savait qu'une police avait été conclue.

Le 23 décembre 2003, la défenderesse a saisi le Tribunal cantonal des Grisons d'un recours concluant à l'annulation du jugement de première instance et au rejet de la demande. Le Tribunal cantonal a partiellement admis le recours, a annulé le jugement de première instance et réduit l'indemnité due par la défenderesse à la somme de Frs 75'679.35 avec intérêts à 5% dès le 7 juin 2002. En résumé, selon le Tribunal cantonal, certes la demanderesse n'a pas pu prouver qu'elle avait expressément voulu la couverture du risque controversé, mais, selon la lettre de la défenderesse du 27 novembre 2000, la couverture de ce risque avait pourtant été un sujet de discussion entre les parties. Celles-ci auraient dû par conséquent être sensibilisées à ce sujet d'autant plus que le risque en cause avait été couvert par les contrats d'assurance antérieurs. Le Tribunal de première instance a eu raison de déclarer la défenderesse fautivement responsable du défaut de couverture contenu dans l'offre transmise le 1<sup>er</sup> décembre 2000. A ce sujet, il peut être renvoyé aux considérants du jugement contesté de première instance. Quant au contrôle final, il est reproché à la défenderesse de ne pas avoir été présente lors des négociations de la demanderesse avec X. ayant abouti à la conclusion de l'assurance responsabilité civile d'entreprise. Cette situation aurait dû inciter la défenderesse à proposer le contrôle final de la police correspondant à sa prestation contractuelle finale. On peut admettre avec le Tribunal de première instance que la défenderesse ne pouvait pas ignorer l'examen de la police. De son côté, la demanderesse supporte une faute concomitante, car elle aurait aussi dû vérifier l'étendue de la couverture. En application des art. 43 ss, en relation avec l'art. 99 al. 3 CO, l'indemnité due correspond au préjudice réduit d'un tiers.

## **C.**



La défenderesse interjette un recours en réforme au Tribunal fédéral. Elle conclut principalement à l'annulation du jugement cantonal et au rejet de la demande ; à titre subsidiaire, elle requiert le renvoi de la cause à l'instance cantonale pour nouvelle décision. La demanderesse conclut au rejet du recours dans la mesure où il est recevable.

#### **Considérant en droit :**

##### **1.**

**1.1** Saisi d'un recours en réforme, le Tribunal fédéral est lié par l'état de fait établi par la dernière instance cantonale, à moins que des dispositions fédérales en matière de preuve n'aient été violées, qu'il y ait lieu à rectification de constatations reposant sur une inadvertance manifeste ou qu'il faille compléter les constatations de l'autorité cantonale parce que celle-ci n'a pas tenu compte de faits pertinents et régulièrement allégués (art. 63 al. 2 OJ et art. 64 al. 2 OJ). La partie qui entend rectifier ou compléter l'état de fait établi par l'instance précédente doit apporter à ce sujet des données précises et fondées. Un complément est soumis à la condition que les faits aient été établis conformément à la procédure cantonale mais que l'instance précédente les ait qualifiés à tort de négligeables ou qu'elle les ait omis. A défaut, les faits avancés devant l'instance de recours et s'écartant de l'état de fait établi par l'instance précédente, sont de nouveaux faits irrecevables (art. 55 al. 1 let. c OJ). Le recours en réforme n'est pas ouvert pour se plaindre de l'appréciation des preuves de l'instance précédente (ATF 127 III 248 consid. 2c ; 115 II 484 consid. 2a p. 486).

**1.2.** Dans la mesure où la défenderesse présente un état de fait qui s'écarte de celui contenu dans la décision attaquée, sans se prévaloir avec précision de l'une des exceptions qui viennent d'être rappelées, il n'y a pas lieu d'en tenir compte. Le Tribunal ne peut accepter l'affirmation de la défenderesse selon laquelle le contrat aurait été résilié par la demanderesse avant la conclusion de contrats ou le contrôle de polices. En conséquence, il ne peut entrer en matière quant au reproche fait à l'instance cantonale de ne pas avoir retenu la résiliation du mandat.

En vain, la défenderesse prétend que la couverture d'assurance pour les dommages matériels à des choses construites avec le gravier ou le béton livré a été exclue moyennant un rabais de 30%. Un tel rapport de causalité entre le rabais et l'exclusion du risque contesté n'a pas été établi par le Tribunal cantonal. Au contraire, celui-ci a considéré que l'exclusion de couverture, selon l'offre de X. du 27 novembre 2000, était la conséquence de l'application des conditions générales. La défenderesse n'indique pas dans quelle mesure le Tribunal cantonal a violé le droit fédéral.

##### **2.**

**2.1.** La défenderesse fait valablement valoir que le Tribunal cantonal a admis à tort un devoir de contrôle final de la police contestée. La défenderesse prétend d'une part et en vain que la demanderesse a résilié le mandat. D'autre part et à juste titre, la défenderesse reproche à la demanderesse d'avoir directement négocié avec X., contrairement à la recommandation de la défenderesse ou sans son appui ou son conseil, créant, selon l'avis du Tribunal cantonal, une situation à laquelle la défenderesse n'a pas participé. Cela est confirmé par le fait que le résultat des négociations n'a jamais été porté à la connaissance de la défenderesse. Celle-ci n'a pas eu l'occasion d'inviter la demanderesse à lui transmettre ses polices pour un contrôle final, d'autant plus que la procuration émise par la demanderesse était limitée temporellement au 31 décembre 2000 et que la police définitive du 16 mai 2001 n'a été établie qu'après cette date.

**2.2.** Si un arrêt repose sur plusieurs motifs, le recourant doit contester chaque motif pour satisfaire les exigences auxquelles est soumis le recours en réforme (ATF 117 II 630 consid. 1b p. 631 ; 120 II 312 consid. 2, p. 314).

**2.3.** Le Tribunal cantonal est arrivé à la conclusion que la défenderesse a violé son devoir de diligence parce qu'elle n'a pas remarqué, de manière négligente et fautive, l'exclusion de couverture contenue dans l'offre qu'elle a transmise à X. en date du 1<sup>er</sup> décembre 2000. Le Tribunal cantonal est ainsi parti du principe que la défenderesse aurait déjà dû à ce moment attirer l'attention de la demanderesse à propos du défaut de couverture ou prendre les mesures pour y remédier. L'avis du Tribunal cantonal selon lequel la défenderesse était aussi obligée d'informer plus tard la demanderesse de cette lacune, c'est-à-dire dans le cadre du contrôle de la police, n'est plus pertinent. Comme l'argumentation de la

