

Hochschulstrasse 17
Case postale 7475
3001 Berne
Téléphone 031 635 48 12
Fax 031 635 48 18
Coursupreme-Civil.Berne@justice.be.ch

Décision

HG 11 107 STR

Berne, le 24 octobre 2012

Composition :

Juge d'appel Geiser (Juge instructeur) ; Juges de commerce Kurt Zbären et Peter Kaech ;
Greffier Streit

Procédure civile liée entre :

A. SA,
représentée par M^e Gilles Frôté,
demanderesse



et

X. Assurances
représentée par M^e Lukas Wyss,
défenderesse

Objet :

demande du 22.09.2011

Domaine juridique :

droit des contrats

Table des matières

I.	En procédure.....	4
II.	En fait.....	9
	A. Résumé général.....	9
	B. Conditions dans lesquelles le vol a été perpétré	9
	1. Déclarations de la demanderesse.....	9
	2. Déclarations de la défenderesse.....	10
	3. Rapport de police.....	12
	C. Conclusions	13
III.	En droit	15
	A. Remarques préliminaires	15
	1. En ce qui concerne le droit applicable.....	15
	2. En ce qui concerne la compétence du Tribunal de commerce du canton de Berne	15
	3. En ce qui concerne les circonstances de la conclusion du contrat d'assurance.....	15
	B. Les risques assurés par le contrat d'assurance.....	18
	1. Remarques théoriques.....	18
	a. En ce qui concerne l'interprétation des contrats.....	18
	b. En ce qui concerne la distinction entre le vol « simple » et le vol « avec effraction »	19
	2. Positions des parties.....	20
	3. Dans le cas d'espèce.....	21
	C. La notion d'effraction et la « préparation » de la porte.....	22
	1. Remarques théoriques.....	22
	a. La notion d'effraction.....	22
	b. La jurisprudence rendue dans des cas spécifiques	23
	2. Positions des parties.....	26
	3. Dans le cas d'espèce.....	26
	4. Remarque concernant l'ouverture des caisses en bois	26

D.	Conclusion	27
V.	Frais et honoraires	28
A.	Frais judiciaires	28
B.	Honoraires	28

Considérants :

I. EN PROCÉDURE

1. Le 22 septembre 2011, la société A. SA, agissant par ses organes et représentée par M^e Christophe Wagner, a déposé un mémoire de demande devant le Tribunal de commerce du canton de Berne à l'encontre de la société X. Assurances, agissant par ses organes et représentée par M^e Lukas Wyss (DO 1). La société A. SA a pris les conclusions suivantes :

1. Condamner la défenderesse à payer à la demanderesse un montant de CHF 402'195.36 + intérêts à 5 % dès le 18 novembre 2010.
2. Sous suite de frais et dépens.

La société A. SA a en outre déposé 26 pièces justificatives.

2. Préalablement au dépôt de la demande susmentionnée, une audience de conciliation s'était déroulée par-devant l'Autorité régionale de conciliation Jura bernois-Seeland le 17 mai 2011. Les parties n'étaient toutefois pas parvenues à un accord, et l'autorisation de procéder avait été délivrée à la demanderesse (PJ 2 et 23 demanderesse).

3. Par ordonnance du 5 octobre 2011 (DO 27), une avance de frais de CHF 16'000.00 a été requise de la part de la demanderesse, avance qui a été payée dans le délai utile.

Par la même ordonnance, le mémoire de demande a été transmis à la défenderesse, à laquelle un délai de quatre semaines a été imparti pour déposer un mémoire de réponse.

4. Après deux prolongations du délai (DO 34 et 35), la défenderesse a déposé son mémoire de réponse le 7 décembre 2011 (DO 36), accompagné de 9 pièces justificatives. X. Assurances a pris les conclusions suivantes :

1. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin.

5. Par ordonnance du 19 décembre 2011 (DO 63), la réponse de la défenderesse a été communiquée à la demanderesse, et les parties ont été informées qu'une audience de débats d'instruction serait prochainement citée.

6. Par ordonnance du 17 janvier 2012, une audience de débats d'instruction a été fixée au 18 avril 2012. Il a également été indiqué aux parties que le dossier pénal n° BJS 10 28354 serait édité (DO 68 et 72).

7. Par courrier du 19 janvier 2012 (DO 73), M^e Lukas Wyss a indiqué que la défenderesse sera représentée par Y. à l'audience de débats d'instruction.

8. Le dossier pénal n° BJS 10 28354 a été édité le 24 janvier 2012 (DO 75).

9. A l'audience d'instruction du 18 avril 2012 (DO 78 ss) étaient présents M^e Christophe Wagner et B. pour la demanderesse, ainsi que M^e Lukas Wyss et Y. pour la défenderesse.

Au cours de l'audience, M^e Christophe Wagner a déposé plusieurs photographies visant à établir que des caisses de vin ont été fracturées (PJ 27 demanderesse). Il a également requis une expertise visant à établir la valeur des vins dérobés. Finalement, il a répliqué oralement à la réponse de la défenderesse.

Quant à M^e Lukas Wyss, il a entièrement confirmé son mémoire de réponse, tout en contestant entièrement les allégués de la demanderesse. Il a de plus déposé un extrait de doctrine en ce qui concerne la notion d'effraction (PJ 10 défenderesse).

B., directeur et président du conseil d'administration de la société A. SA, a alors été auditionné (DO 83).

Y., juriste auprès de la défenderesse, a également été auditionné (DO 88).

10. Par courrier du 19 avril 2012 (DO 91), M^e Christophe Wagner a indiqué au Tribunal qu'il était nécessaire de satisfaire la réquisition n° 2 mentionnée à l'art. 22 du mémoire de demande (« Dossier d'assurance-vol de la demanderesse auprès de la défenderesse, respectivement auprès de ses prédécesseurs en droit »). De surcroît selon lui, il était impératif que, pour l'audience des débats à venir, la défenderesse soit cette fois effectivement représentée par un organe au courant de l'affaire, c'est-à-dire par un organe connaissant le dossier lié notamment à la conclusion du contrat.

11. Par ordonnance du 24 avril 2012 (DO 94), l'ordonnance sur les preuves suivante a été rendue par le Président e.r., sous réserve d'une modification ultérieure par le Tribunal de commerce au complet :

La demanderesse prouvera :

- que le contrat d'assurance passé avec la défenderesse, conformément à la police d'assurance du 5 avril 2006 et entré en vigueur le 1^{er} avril 2006, couvrait également le vol simple ;
- que si tel ne devait pas être le cas, le vol commis dans la nuit du 17 au 18 novembre 2010 dans les locaux de la société A. SA doit être qualifié de vol avec effraction ;
- qu'en vertu de la couverture d'assurance précitée et de la réalisation du sinistre, la défenderesse lui doit la somme de CHF 402'195.36 plus intérêts à 5 % dès le 18 novembre 2010, somme correspondant à la valeur des vins dérobés.

La défenderesse est admise à la contre-preuve.

Au surplus, les requêtes de preuve suivantes de la demanderesse ont été rejetées :

- 2.1. audition de C. en tant que témoin (art. 12 de la demande) ;
- 2.2. audition de Mme D. et de E. en tant que témoins (art. 15 de la demande) ;

- 2.3. expertise concernant la valeur des vins dérobés (requête formulée oralement lors de l'audience de débats d'instruction du 18 avril 2012) ;
- 2.4. audition d'un autre organe de la défenderesse connaissant les circonstances liées à la conclusion du contrat (courrier du 19 avril 2012).

Il a également été constaté que les parties avaient renoncé, lors de l'audience des débats d'instruction, à requérir une vision locale du dépôt de la demanderesse, soit l'endroit où le vol a été commis.

Finalement, la défenderesse a été invitée à transmettre au Tribunal de commerce dans un délai de 20 jours une copie du dossier d'assurance contre le vol de la demanderesse, en particulier les documents antérieurs à la police d'assurance dressée le 5 avril 2006 et qui concernent le contrat d'assurance passé entre la société A. SA et X. Assurances.

12. Par courrier daté du 24 avril 2012 (DO 108), M^e Lukas Wyss a vigoureusement contesté le courrier du 19 avril 2012 de M^e Christophe Wagner. Il a de plus déposé quelques nouvelles pièces justificatives (PJ 11/1 à 11/5 défenderesse).

13. Suite à l'ordonnance du 24 avril 2012, M^e Christophe Wagner a pris position par courrier du 27 avril 2012 (DO 111).

14. Suite à l'ordonnance du 24 avril 2012 et au courrier de M^e Christophe Wagner du 27 avril 2012, M^e Lukas Wyss a pris position par courrier du 7 mai 2012 (DO 113). Il a notamment déposé quelques nouvelles pièces justificatives (PJ 11/6 à 11/17 défenderesse).

15. M^e Christophe Wagner a pris position sur le courrier de M^e Lukas Wyss du 7 mai 2012 par courrier du 9 mai 2012 (DO 116).

16. M^e Lukas Wyss a pris position sur le courrier de M^e Christophe Wagner du 9 mai 2012 par courrier du 14 mai 2012 (DO 120).

17. L'audience des débats a été citée par ordonnance du 6 juin 2012 (DO 122).

18. Par courrier du 7 juin 2012 (DO 126), M^e Christophe Wagner a notamment indiqué que la défenderesse n'avait pas transmis au Tribunal de commerce l'intégralité du dossier sollicité, et que le dossier était ainsi incomplet. Il a ajouté que la défenderesse devra être représentée, lors de l'audience des débats, par un organe au courant de l'affaire, soit un organe pouvant expliquer les circonstances de la conclusion du contrat, respectivement le contenu du contrat conclu entre les parties.

19. M^e Lukas Wyss a pris position sur le courrier de M^e Christophe Wagner du 7 juin 2012 par courrier du 12 juin 2012 (DO 129).

20. Par ordonnance du 15 juin 2012, la demande tendant à ordonner à la défenderesse de transmettre au Tribunal de commerce l'ensemble du dossier du courtier en assurance a été rejetée, sous réserve d'une décision contraire des Juges de commerce (DO 131).

21. Par courrier du 19 octobre 2012 (DO 135), M^e Gilles Frôté a informé le Tribunal de commerce qu'il avait repris le mandat de M^e Christophe Wagner. Il a déposé une procuration (DO 137).

22. L'audience des débats s'est déroulée le 24 octobre 2012 (DO 142), en présence de M^e Gilles Frôté, de B. et d'une avocate stagiaire pour la demanderesse, ainsi que de M^e Lukas Wyss pour la défenderesse.

Au terme de sa première plaidoirie, M^e Gilles Frôté a retenu les conclusions suivantes, en précisant que le montant réclamé était légèrement réduit par rapport à la demande :

1. Condamner la défenderesse à payer à la demanderesse un montant de CHF 401'445.41 + intérêts à 5 % dès le 18 novembre 2010 ;
2. Sous suite de frais et dépens.

L'ordonnance sur les preuves suivante déjà rendue par le Président e.r. a été confirmée par le Tribunal de commerce :

La demanderesse prouvera :

- que le contrat d'assurance passé avec la défenderesse, conformément à la police d'assurance du 5 avril 2006 et entré en vigueur le 1^{er} avril 2006, couvrait également le vol simple ;
- que si tel ne devait pas être le cas, le vol commis dans la nuit du 17 au 18 novembre 2010 dans les locaux de la société A. SA doit être qualifié de vol avec effraction ;
- qu'en vertu de la couverture d'assurance précitée et de la réalisation du sinistre, la défenderesse lui doit la somme de CHF 401'445.41 plus intérêts à 5 % dès le 18 novembre 2010, somme correspondant à la valeur des vins dérobés.

La défenderesse est admise à la contre-preuve.

Le Tribunal de commerce a confirmé le rejet des demandes de preuve tel que prononcé par le Président e.r. par ordonnance du 24 avril 2012. Les moyens admis sont ainsi les pièces déposées par les parties et obtenues par édition, ainsi que l'audition des parties, déjà effectuée lors de l'audience d'instruction du 18 avril 2012. Les parties n'ont pas fait valoir de compléments de preuve. L'administration des preuves a ainsi été clôturée.

Les mandataires ont déposé leurs notes d'honoraires à la suite de leurs plaidoiries finales (DO 138 pour M^e Gilles Frôté, DO 140 pour M^e Lukas Wyss). M^e Gilles Frôté et M^e Lukas Wyss ont assisté aux délibérations du Tribunal de commerce, à l'issue desquelles la décision a été rendue.

23. Il n'est pas contesté qu'un vol a été commis au préjudice de la demanderesse. Toutefois, les conditions dans lesquelles ce vol a été perpétré seront examinées ci-dessous, dans la partie « en fait ».

Pour le surplus, deux questions doivent être examinées dans la présente cause. Il s'agit premièrement de déterminer si la demanderesse était assurée contre le vol dit « simple » auprès de la défenderesse. Cette question sera examinée directement dans la partie « en droit », et les éventuels faits pertinents seront repris à ce moment-là. Si le Tribunal de commerce devait juger que le vol dit « simple » était également couvert par le contrat d'assurance conclu auprès de la défenderesse, il n'y aura alors pas lieu d'examiner d'autres questions. Toutefois, s'il devait juger que le vol dit « simple » n'était pas couvert, il devra alors et dans un second temps être établi si le vol d'une partie du stock de la demanderesse doit être considéré comme un vol « avec effraction », puisqu'un tel vol est couvert par le contrat d'assurance conclu auprès de la défenderesse, ce qui n'a par ailleurs pas été contesté par les parties. Cette deuxième question sera le cas échéant également discutée dans la partie en droit, à la lumière toutefois des conditions dans lesquelles le vol a été perpétré, examinées dans la partie « en fait ».

II. EN FAIT

A. Résumé général

En résumé, l'affaire porte sur le vol d'environ 1'500 bouteilles de vin de grande valeur, perpétré dans la nuit des 17 et 18 novembre 2010 au sein de la société A. SA à _____. La valeur du vin dérobé se monte à près de CHF 400'000.00. Les voleurs se sont introduits par une porte des locaux de la société A. SA qui ne s'ouvrait théoriquement que de l'intérieur, mais qui a selon toute vraisemblance été préparée, respectivement « trafiquée » pour qu'elle puisse également être ouverte de l'extérieur, sans l'utilisation d'une clé ou autre carte magnétique.

Les bouteilles volées n'ont jamais été retrouvées, et l'enquête de police n'a abouti à aucune mise en accusation.

B. Conditions dans lesquelles le vol a été perpétré

1. Déclarations de la demanderesse

La société A. SA est spécialisée dans la distribution de vins. La marchandise est entreposée dans ses locaux à _____. La valeur du stock est toujours particulièrement élevée et représente plusieurs millions de francs. La perte de ces marchandises constitue ainsi un risque majeur pour la demanderesse, qui a selon elle tout mis en œuvre pour éviter que le risque de vol ne se réalise.

En substance, le stock est protégé de la manière suivante :

- le stock se trouve à l'intérieur de l'entreprise ;
- l'entreprise est entourée d'un grillage muni à son sommet de pics et sur ses côtés de fil de fer barbelé. Le grillage est toujours fermé la nuit ;
- trois accès uniquement permettent d'accéder au stock ;
- deux autres portes permettent seulement de sortir du local de stockage, à savoir qu'il n'est en principe pas possible de les ouvrir depuis l'extérieur (aucune poignée extérieure, portes installées pour respecter les dispositions concernant la sécurité en cas d'incendie) ;
- la porte concernée , à savoir celle qui a été utilisée par les voleurs, est quasiment invisible de l'extérieur ;
- quatre caméras de surveillance ont été installées sur les entrées de l'entreprise. Aucune de ces caméras n'est toutefois dirigée directement sur la porte qui a été utilisée par les voleurs ;
- la porte concernée donne accès à une installation de palettisation utilisant du haut voltage et qui ne fonctionne que pendant les heures d'ouverture de la demanderesse ; ce n'est qu'après avoir traversé cette zone qu'il est possible d'accéder au stock ;

- seuls les employés de la logistique et les membres de la direction possèdent des clés pour entrer dans le stock ;
- un couple de concierges habite dans l'immeuble et effectue des rondes nocturnes dans le bâtiment et ses alentours jusqu'à 22 heures. Ils se trouvaient dans l'immeuble la nuit du vol.

Ainsi et selon la demanderesse, il est impossible d'entrer dans le stock sans utiliser des moyens très lourds, moyens qui fatalement alerteraient le voisinage. Seuls des professionnels, bien préparés et disposant de moyens importants en temps et argent ont pu envisager d'entrer de manière illicite dans le dépôt.

Concernant les circonstances du vol et toujours selon la demanderesse, les voleurs ont pénétré dans les locaux en franchissant d'abord la barrière extérieure d'une hauteur d'environ 1,8 mètre avec des pics métalliques à son sommet, et ensuite en ouvrant l'une des portes-incendie, porte qui avait au préalable été « neutralisée » par un scotch collé sur le pêne et empêchant ainsi celui-ci de reverrouiller automatiquement la porte après son ouverture. Les voleurs ont donc dû forcer deux protections, soit la barrière extérieure et la porte-incendie, pour accéder au stock. De plus, ils ont neutralisé, avant d'entrer dans le bâtiment, toutes les caméras de surveillance en les plaçant vers le haut. Une fois dans le stock, les voleurs ont cassé les caisses en bois pour n'emporter que les bouteilles de très grande valeur.

L'enquête de police serait arrivée à la conclusion que les employés de la société A. SA et ses proches ne pouvaient être poursuivis.

Lors des plaidoiries, M^e Gilles Frôté a notamment résumé la situation en indiquant que les faits étaient connus et qu'ils ont fait l'objet d'une enquête pénale.

2. Déclarations de la défenderesse

En substance, la défenderesse conteste entièrement la description des faits opérée par la demanderesse.

Premièrement, elle indique que les locaux de la demanderesse se trouvent en zone industrielle. Ainsi et dès la nuit tombée, plus personne ne se trouve à cet endroit, et cela jusqu'au petit matin. La marchandise est ainsi soumise à un danger supérieur pendant la nuit.

Deuxièmement selon elle, vu les photographies déposées, le lieu n'est pas entièrement protégé par une clôture de sécurité, et là où il y a une clôture, elle n'est pas très haute et les pics ne sont pas dissuasifs. Une simple couverture posée sur la clôture suffirait à la franchir. Les portes d'entrée ne sont sécurisées que par une simple serrure. Quant à la porte utilisée par les voleurs, elle est accessible facilement en franchissant une toiture en biais (PJ 4 défenderesse) et n'est absolument pas invisible (PJ 8 demanderesse).

Troisièmement, il ressortirait du rapport de police que la porte concernée a été « préparée », que les caméras de surveillance ne fonctionnaient pas et que la demanderesse ne disposait pas d'un système d'alarme. Il ressortirait également du rapport de police que les voleurs étaient vraisemblablement des personnes internes à l'entreprise (« insiders »), ou du moins qu'ils bénéficiaient d'informations provenant de personnes internes. La porte par laquelle les voleurs ont pu accéder au stocka dans tous les cas dû être « préparée » par une personne y ayant accès et pouvant l'ouvrir de l'intérieur. La porte a ainsi pu être ouverte sans effort et sans être endommagée. Les voleurs devaient également savoir que le véhicule de livraison, avec lequel ils ont transporté le vin volé à l'extérieur, se trouverait dans la salle de chargement de la marchandise avec les clés sur le tableau de bord.

La défenderesse ajoute encore que les employés de la demanderesse devaient forcément connaître l'existence de la porte concernée et le moyen d'y parvenir, puisqu'il s'agit d'une issue de secours en cas d'incendie. De plus et contrairement à ce que laisse entendre la demanderesse, cette porte permet certes d'accéder dans un premier temps à l'installation de palettisation, mais le stock est alors directement accessible depuis l'installation de palettisation.

La défenderesse arrive à la conclusion que la demanderesse a négligé les mesures de sécurité les plus élémentaires, que le stock n'était d'aucune façon « extrêmement sécurisé » et que les voleurs ne devaient pas forcément être des « professionnels extrêmement bien préparés ». Au contraire selon la défenderesse, le vol a été au minimum facilité par des personnes internes à l'entreprise. Les voleurs se sont concentrés sur les vins les plus coûteux, et ils savaient exactement où ceux-ci se trouvaient. Les bouteilles les plus chères n'étaient en effet pas toutes conservées au même endroit dans le stock. A cela s'ajoute que le morceau de papier adhésif n'a pu être apposé sur la porte litigieuse que depuis l'intérieur, à savoir à l'occasion d'une ouverture de la porte. Or, la demanderesse a elle-même indiqué que seuls les employés de la logistique et les membres de la direction possèdent des clés pour entrer dans le stock, soit des personnes internes à l'entreprise. Les clés ne peuvent au surplus pas être copiées. Il est donc inexact d'indiquer que la police est arrivée à la conclusion que les employés de la société A. SA et ses proches ne pouvaient être impliqués dans le vol, car c'est exactement l'inverse qui doit être retenu. Les voleurs se sont donc introduits dans le dépôt de la demanderesse sans utiliser la moindre force ou violence à l'encontre de personnes ou d'objets.

Lors des plaidoiries, M^e Lukas Wyss a également renvoyé au rapport de police en ce qui concerne les mesures de sécurités (respectivement leur absence) dont bénéficiait le stock de la demanderesse.

3. Rapport de police

Le rapport de police se trouve dans le dossier n° BJS 10 28354 du Ministère public du canton de Berne, Région Jura bernois-Seeland. Comme déjà mentionné, ce dossier a été joint à la présente procédure.

Les extraits les plus pertinents du rapport de police sont les suivants :

« **Einleitung**

In der Nacht vom Mittwoch, 17. Auf Donnerstag 18.11.2010 zwischen 23:00 und 6:00 wurden aus dem Lager der Firma A. SA an der _____ in _____ 1'509 Flaschen Wein im Hochpreissegment, im Wert von ca. CHF 369'352.50 gestohlen. Das Diebesgut wurde mit dem firmeneigenen Lieferwagen Peugeot Boxer, welcher innerhalb der verschlossenen Lagerhalle, in der Verladebucht für Lastwagen geparkt war, abtransportiert. Dabei steckte der Zündungsschlüssel im Zündschloss des Lieferwagens und das Fahrzeug war nicht verriegelt [...]. Das Fahrzeug wurde in leerem Zustand am 25.11.2010, unweit der Firma A. SA, hinter dem Gebäude „_____“ auf einer Strassenbaustelle, aufgefunden [...].

Massnahmen

Nach der Tatbestandsaufnahme wurde unverzüglich eine Verbreitung National mit Erkenntnisanfrage herausgegeben. In einer ersten Sitzung mit der Geschäftsleitung der Firma A. SA konnte in Erfahrung gebracht werden, dass es sich bei der Täterschaft um einen Personenkreis mit Insiderwissen handeln muss, da gezielt innerhalb des Lagerhauses teure Weine gestohlen worden seien. Auch bezüglich des Notausganges muss die Täterschaft spezielle Kenntnisse gehabt haben im Zusammenhang mit dem Ort dieses Notausganges und dem Verriegelungsmechanismus, welcher durch die Täterschaft zum Eindringen in die Lagerhalle vorgängig mit Klebestreifen abgedeckt wurde. Die Verriegelung wurde damit unwirksam gemacht. Die Notausgangstür musste dafür vom Gebäudeinneren her geöffnet werden. Eine Personalliste wurde durch die Geschäftsleitung [...] zur Verfügung gestellt. Eine Pressemeldung über den Diebstahl von 1'500 Flaschen Bordeaux-Weine wurde am 19.11.2010 durch den Pressedienst der Kapo Bern in Zusammenarbeit und Einverständnis des Untersuchungsrichters herausgegeben. Weiter erfolgte am 23.11.2010 eine selbständige Pressemeldung durch die Fa. A. SA, welche ihrerseits auf den Weindiebstahl aufmerksam machte und eine teure Flasche Wein als Belohnung aussetzte, falls jemand z. Hd. der Polizei den entscheidenden Typ liefern könne, welche zur Ermittlung der Täterschaft führe [...].

Schlussbemerkungen

Die Täterschaft konnte im vorliegenden Fall bislang nicht ermittelt werden. Wie die bisherigen Ermittlungen zeigten, muss durch die Frequentierung der Lagerhalle und die relativ grosse Vernetzung des Betriebes die Grösse des mutmasslichen Täterkreises massiv ausgeweitet werden. Die installierte Video-Überwachung funktionierte zur Tatzeit,

bzw. schon geraume Zeit vorher, nicht. Alarmanlage war keine installiert. Die gestohlenen Weinflaschen waren wohl nummeriert, die Nummern der Wein wurden aber durch den Betrieb nicht registriert. Es ist demzufolge fast unmöglich, die einzelnen Flaschen bei einem allfälligen Fund zu identifizieren und damit zuzuordnen » (Nachtrag du 7 janvier 2011 pp. 2 ss, dossier n° BJS 10 28354).

Il est également pertinent de relever quelques passages de l'audition de A.F., magasinier auprès de la demanderesse et qui avait accès au stock de vin : « [...] Der [...], Chef des Telefonmarketings, ist für mich ebenfalls nicht über jeden Zweifel erhaben. Er beginnt über den Mittag zu arbeiten und hört erst abends um 20:00 auf. Das Lager ist über den Mittag offen und es ist von uns niemand da [...] » (procès-verbal d'interrogatoire du 7 décembre 2010 p. 4, dossier n° BJS 10 28354).

Quant au témoin B.F., chauffeur auprès de la société _____, frère du précité et dont l'épouse travaille une partie de l'année auprès de la demanderesse, il a indiqué ceci : « [...] Am Abend habe ich A.F. nach Einzelheiten gefragt. Er hat mir gesagt, nur der beste Wein sei gestohlen worden, auch der Lieferwagen. Wir waren beide sofort der Meinung, die Ursache müsse intern gesucht werden. Jemand musste die Verhältnisse gekannt haben. Mein Bruder hat mir erzählt, die Täter hätten eine Türe bei der Rampe präpariert, mit Klebeband, so dass die Türe nicht habe geschlossen werden können. Mein Bruder hat mir gesagt, es sei eine Türe, die eigentlich gar niemand kenne, dort hinten gehe man normalerweise nicht hin. Im Blick konnte man auch noch etwas über die Geschichte lesen. Die Firma G. befindet sich im selben Gebäude, im Untergeschoss. So wie mir A.F. erzählt hat, könne der eine oder andere Angestellte der Firma G. auch den Lift in die Firma A. SA bedienen. Mir ist klar, dass es jemand sein muss, der dort arbeitet. Diese Türe ist von innen präpariert worden, von aussen kann das ja nicht gehen [...]. Meiner Meinung nach muss es jemand sein, der dort arbeitet. Wie könnte sonst die Türe präpariert worden sein. Auch den besten Wein zu finden wäre sonst nicht möglich gewesen. Das ist aber meine persönliche Meinung. Auch einen Abnehmer braucht es für solche Wein. Man stiehlt nicht solchen Wein, ohne zuvor schon einen Abnehmer zu haben. Das Ganze geht mich aber gar nichts an. Da mein Bruder und meine Frau dort arbeiten, war ich ein wenig involviert in die Geschichte » (procès-verbal d'interrogatoire du 7 décembre 2010 pp. 4 s., dossier n° BJS 10 28354).

La procédure pénale ouverte à l'encontre de certains employés (ou anciens employés) de la demanderesse a été classée et l'instruction suspendue (ordonnance du 8 juin 2011, dossier n° BJS 10 28354).

C. Conclusions

Vu ce qui précède et en particulier le rapport de police – sur lequel les deux parties ont fini par se baser –, il apparaît que la version des faits exposée par la défenderesse est bien plus plausible que la version de la demanderesse, car elle se base pour l'essentiel sur les constatations de la police ainsi que les déclarations des différents témoins.

Ainsi et en résumé, le dépôt de la demanderesse ne bénéficiait d'aucune mesure de sécurité autre qu'un grillage qui était facilement franchissable et une porte facilement accessible une fois le grillage franchi, porte qui aurait dû être verrouillée si elle n'avait pas été « préparée » auparavant. Il n'y avait aucun autre obstacle à franchir, aucun système d'alarme et le système de vidéosurveillance était défectueux, déclenché, voire éventuellement factice. Une fois dans le stock, il suffisait aux voleurs de charger la camionnette présente avec les clés sur le compteur, puis de sortir en ouvrant le stock de l'intérieur. Le Tribunal de commerce retiendra également qu'il est très vraisemblable qu'une personne travaillant à l'interne (« insider ») ait au minimum facilité le vol en « préparant » la porte litigieuse, voire même qu'elle ait activement participé au vol. Cela ressort tant des constatations de la police, des déclarations des témoins que de la demanderesse elle-même (cf. en particulier Nachtrag du 7 janvier 2011 p. 3, dossier n° BJS 10 28354). La demanderesse perd ici de vue que le fait que l'enquête de police n'ait pas abouti à des mises en accusation, respectivement à des condamnations, ne signifie aucunement qu'une personne ayant accès au stock ne soit pas à l'origine du vol. Il est également étonnant de constater que le stock de vin semblait ouvert et accessible pendant la pause de midi et que personne n'était présent à ce moment-là, ce à quoi s'ajoute que des employés d'une société tierce (la société G.) pouvaient également utiliser l'ascenseur se trouvant dans les locaux de la demanderesse. La demanderesse n'a en tout les cas jamais remis en cause ces déclarations, provenant des frères F.

En tout état de cause et comme cela sera encore développé plus loin, il n'est pas fondamental de déterminer qui a au final commis le vol, et avec l'aide de qui. Vu ce qui précède et vu la facilité d'accès au stock une fois la porte litigieuse ouverte, la seule question pertinente qu'il restera à examiner – en plus de la portée du contrat d'assurance – est celle de savoir si la « préparation » de la porte avec un morceau de papier adhésif constitue une effraction ou non. Pour le reste, aucune effraction ni même aucune autre trace d'utilisation de la force n'ont été constatées par la police, mise à part l'ouverture de quelques caisses en bois dans lesquelles se trouvaient certaines bouteilles de vin. Il sera revenu sur ce point dans la partie en droit.

III. EN DROIT

A. Remarques préliminaires

1. En ce qui concerne le droit applicable

Les dispositions légales les plus susceptibles de s'appliquer dans le cas d'espèce se trouvent dans la Loi du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA ; RS 221.229.1).

Il doit toutefois être relevé que, malgré le fait que la présente procédure traite d'un litige entre un assureur et son assuré, c'est principalement l'interprétation du texte du contrat d'assurance qui forme l'enjeu de la procédure. C'est la raison pour laquelle il ne sera en réalité que peu fait référence à la LCA.

Il y a également lieu d'être attentif au fait que d'importantes dispositions de la LCA ont été modifiées les 1^{er} janvier 2006 et 2007, ce dont il faudra tenir compte, le cas échéant, en considérant la version de la LCA en vigueur au moment de la signature du contrat d'assurance, soit en avril 2006.

2. En ce qui concerne la compétence du Tribunal de commerce du canton de Berne

Le § G 9 des CGA de la défenderesse mentionne que « *Pour toute prétention découlant du contrat d'assurance, X. Assurances peut être poursuivie au domicile ou au siège suisse du preneur d'assurance ou de l'ayant droit, au lieu où la chose est assurée pour quant qu'il se trouve en Suisse, ainsi qu'au siège de X. Assurances* ». Cette disposition étant conforme aux règles légales sur les fors contenues dans le Code de procédure civile suisse (CPC ; RS 271) ainsi qu'avec l'art. 46a LCA, les tribunaux bernois sont compétents à raison du lieu.

Le présent litige concerne la prise en charge par la défenderesse du dommage subi par la demanderesse à la suite d'un vol. Le litige concerne dès lors l'activité commerciale de l'une et l'autre des parties, qui sont par ailleurs inscrites au registre du commerce. La valeur litigieuse est manifestement supérieure à CHF 30'000.00. Partant, le Tribunal de commerce du canton de Berne est également compétent à raison de la matière (art. 6 CPC et 7 de la Loi du 11 juin 2009 portant introduction du code de procédure civile, du code de procédure pénale et de la loi sur la procédure pénale applicable aux mineurs [LiCPM ; RSB 271.1]).

3. En ce qui concerne les circonstances de la conclusion du contrat d'assurance

La demanderesse a indiqué dans son mémoire de demande que la défenderesse est son assurance de référence depuis la fondation de la société A. SA en 1974. La demanderesse a contracté une « assurance-vol » auprès de la défenderesse, respectivement auprès de ses prédécesseurs en droit. Aucune discussion particulière ne serait toutefois intervenue à l'origine et d'ailleurs ultérieurement également, en relation avec cette assurance (DO 10). Plus loin, la demanderesse indique qu'elle a voulu assurer

le vol, sans distinction du type ou du mode opératoire. La police en cause a été signée en avril 2006 et n'a fait l'objet d'aucune discussion particulière. La défenderesse a présenté ladite police comme l'actualisation – sans modification essentielle selon la demanderesse – des assurances précédemment conclues (DO 11 ; PJ 12 demanderesse).

Au cours de la procédure devant le Tribunal de commerce, le mandataire de la demanderesse s'est à plusieurs reprises offusqué du fait que la défenderesse ne soit pas représentée en audience par un collaborateur au courant de l'affaire, et notamment qui soit au courant des circonstances qui ont précédé la conclusion du contrat d'assurance (historique contractuel) de même que du contenu des négociations contractuelles (voir par ex. DO 89, 91, 111, 116 et 126). Lors de l'audience des débats du 24 octobre 2012, il est finalement apparu que le contrat d'assurance avait en fait été conclu en 2006 par l'entremise d'un courtier en assurance – ainsi que l'avait par ailleurs déjà indiqué M^e Lukas Wyss dans son courrier du 24 avril 2012 (DO 100) –, et non pas directement entre la demanderesse et la défenderesse.

Il n'y a toutefois pas lieu de s'étendre davantage sur les circonstances de la conclusion du contrat d'assurance en 2006, ce grief n'étant aucunement propre à influencer l'issue de la cause. En effet, lors de l'audience d'instruction du 18 avril 2012, B. a déclaré que c'est lui-même qui a signé le nouveau contrat en 2006 (DO 83). Sur question de M^e Lukas Wyss, il a indiqué qu'il avait pris connaissance de la police d'assurance avant de la signer (DO 85). Il y a également lieu de relever B., en tant que directeur et président du conseil d'administration de la société A. SA, est une personne versée dans les affaires et dans le domaine commercial plus généralement. B. est au surplus titulaire du brevet d'avocat et a fonctionné comme juge suppléant auprès du Tribunal administratif du canton de Berne.

Peu importe également que la couverture d'assurance se soit éventuellement modifiée entre deux polices d'assurance, comme l'invoque la demanderesse : *« A cet égard, il importe peu que [...] personne n'ait attiré l'attention du proposant sur le fait que le vol à l'escalade n'était plus assimilé à un vol avec effraction. Un cocontractant n'est pas tenu de détromper l'autre partie, lorsque celle-ci pouvait dissiper l'erreur en faisant preuve de l'attention voulue ; nul n'est tenu de se montrer plus diligent pour les intérêts de son partenaire contractuel que pour ses propres intérêts (ATF 106 II 36 consid. 5 p. 42, 102 II 81 consid. 2 p. 84, 101 Ib 422 consid. 4b p. 432, et la jurisprudence citée). De plus, celui qui signe un texte comportant une référence expresse à des conditions générales est lié au même titre que celui qui appose sa signature sur le texte même de celles-ci, lors même qu'il ne les aurait pas lues [...]. Or, il résulte de l'arrêt entrepris [...] que les nouvelles conditions générales des 1^{er} janvier 1986 et 1987 étaient annexées à la police et que le proposant en a eu connaissance. En raison de l'importance de son commerce – "de haut niveau" – ce dernier devait s'informer de l'étendue de la couverture du risque vol ; il ne pouvait se contenter d'admettre que les conditions générales étaient restées identiques »* (arrêt du TF du 25 février 1997, in : RJ 1997 1178 ; voir aussi ATF 119 II 443 consid. 1a ; 109 II 452 consid. 4).

Vu ce qui précède, connaître les circonstances exactes de la conclusion du contrat d'assurance en avril 2006 n'est pas nécessaire. B., avocat et entrepreneur versé dans les

affaires, a lu et signé le contrat d'assurance de la défenderesse le 5 avril 2006 (PJ 12 demanderesse, p. 15). S'il avait des questions ou des modifications à faire valoir, il lui appartenait de le faire à ce moment-là, ou alors devait-il changer de partenaire contractuel s'il estimait que la proposition ne lui convenait pas.

Le contenu du contrat d'assurance est ainsi connu et présent au dossier. De toute manière, il est manifeste que si des discussions divergentes sur le contrat d'assurance avaient effectivement eu lieu avant sa signature, l'expérience montre qu'aucune pièce écrite n'existe en règle générale et que les souvenirs des personnes concernées – comme ici plusieurs années après la date de conclusion – sont souvent bien diffus, ce qui rend toute preuve pratiquement impossible à apporter.

B. Les risques assurés par le contrat d'assurance

1. Remarques théoriques

a. *En ce qui concerne l'interprétation des contrats*

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, par ailleurs exposée de manière substantielle par la défenderesse en page 18 de son mémoire de réponse (DO 53), les règles générales sur l'interprétation des contrats (art. 2 al. 1 du Code civil suisse [CC ; RS 210], art. 18 du Code suisse des obligations [CO ; RS 220]) s'appliquent dans l'assurance privée, pour déterminer la volonté des parties dans chaque espèce, à savoir la portée de leurs déclarations selon le principe dit de la confiance et les règles de la bonne foi, ce qui relève de l'application du droit. Ces déclarations doivent être interprétées d'après le sens que le destinataire pouvait raisonnablement leur attribuer en les considérant comme réellement voulues, vu leur but et l'ensemble des circonstances connues des parties ou qui pouvaient l'être, notamment en raison de l'attitude antérieure du déclarant. Peu importe la portée exacte de l'adage « *in dubio contra assecuratorem* », appliqué que si la clarté fait défaut (ATF 112 II 245 consid. 1c et les références citées ; voir aussi arrêt du TF du 25 février 1997, *in* : RJ 1997 1178). Le Tribunal fédéral a encore récemment confirmé que les règles générales sur l'interprétation des contrats s'appliquent dans l'assurance privée (arrêt du TF 4A_427/2010 du 12 octobre 2010 consid. 2.3).

La doctrine résume également bien la problématique : « *L'interprétation du contrat d'assurance est régie par les principes qui prévalent en général pour l'interprétation de tout contrat [...]. La LCA ne comprend pas de règle valable généralement pour l'interprétation des contrats d'assurance. En matière d'assurance privée, les dispositions du droit des obligations sont déterminantes, soit notamment les art. 2 CC et 18 CO. Il convient par conséquent de rechercher en premier lieu la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions dont elles ont pu se servir. A défaut de pouvoir déterminer la volonté commune, il y a lieu de tabler sur une volonté hypothétique en recourant notamment au principe de la confiance. Les déclarations des parties doivent être interprétées comme peut les comprendre un tiers de bonne foi placé dans les mêmes circonstances. A cet égard, on donnera la préférence à des solutions raisonnables et adaptées au cas d'espèce dans la mesure où l'on ne saurait considérer que les parties ont voulu des solutions objectivement inadaptées aux circonstances. Le droit dispositif peut servir de référence à cet égard, bien que les dispositions contractuelles puissent y déroger ; la volonté de s'écarter du droit dispositif doit cependant être révélée clairement à mesure que ce dernier est revêtu de la présomption selon laquelle il tient équitablement compte des intérêts des parties [...]. L'interprétation selon la méthode historique doit être [...] relativisée. Alfred MAURER suggère d'adopter une forme d'interprétation objective fondée sur les circonstances qui prévalent aujourd'hui. Il est ainsi possible de s'écarter du sens qui découle d'une pure interprétation historique lorsque l'évolution des circonstances est telle qu'elle conduit à de nouveaux paradigmes* » (BRULHART V., Droit des assurances privées, Berne 2008, n^{os} 275 ss et les références citées).

Plus loin, BRULHART indique encore que « [...] si la détermination de la commune volonté des parties est impossible, il convient de recourir au principe de la confiance. En règle générale, il faut tenir compte de la signification usuelle des termes utilisés ; les expressions techniques doivent être interprétées comme peut les comprendre un laïc de bonne foi placé dans les mêmes circonstances. Mais on tiendra compte aussi des particularités et des exigences techniques de la branche d'assurance considérée. L'interprétation intervient donc sur la base d'un critère objectif. On se demande comment une personne douée d'une intelligence et d'une formation moyennes comprendrait, selon l'usage courant, les termes techniques utilisés dans le contrat. Il est vrai que ce principe souffre des exceptions ; lorsqu'il est avéré qu'elles ont compris correctement telle expression technique, les parties ne sauraient invoquer la compréhension qu'en aurait eue un laïc si elle leur est plus favorable. Par ailleurs, le contrat peut mettre en présence des spécialistes de la branche. Ainsi en va-t-il normalement en matière de grands risques industriels. Il convient alors de s'en référer à la compréhension dont on peut supposer, de bonne foi, qu'elle prévaut dans les milieux spécialisés. L'interprétation n'est donc pas absolument, mais bien plutôt relativement objective. Il en découle que l'assureur qui rédige des CGA doit considérer la compréhension objective d'un tiers de bonne foi, soit celle d'une personne moyenne issue des milieux susceptibles de conclure le contrat en cause. Il doit envisager l'horizon du destinataire ; c'est à l'aune de ce dernier que les clauses seront comprises » (BRULHART V., *op. cit.*, n° 286 et les références citées).

b. *En ce qui concerne la distinction entre le vol « simple » et le vol « avec effraction »*

Sur cette question, il peut par exemple être fait référence à la jurisprudence du Tribunal cantonal vaudois : « le vol avec effraction nécessite « l'action de surmonter un obstacle » (*die Ueberwältigung eines Hindernisses*), alors qu'en cas de vol simple, « l'auteur peut s'emparer sans autre d'un objet accessible à tous » (*der Täter kann das allgemein zugängliches Objekt ohne weiteres an sich nehmen*) » (décision du Tribunal cantonal vaudois du 27 octobre 1983, RJ 1983 330 et la référence citée).

Dans un arrêt déjà ancien, on trouve une référence à un contrat d'assurance conclu en 1970 qui distinguait déjà le vol « par effraction » du vol « simple » (décision du Tribunal cantonal valaisan du 23 janvier 1981, RJ 1981 178). Au moment où le contrat litigieux dans le cas d'espèce a été conclu, cela faisait donc plus de 35 ans au minimum que la différenciation était opérée par les assureurs.

La distinction entre le vol « simple » et le vol « avec effraction » est ainsi une distinction qui est opérée depuis plusieurs dizaines d'années de façon classique et typique dans les contrats d'assurance de choses, vu en particulier la nombreuse jurisprudence disponible à ce sujet. B. a d'ailleurs indiqué que son nouvel assureur de choses, soit Z. Assurances, lui a proposé d'assurer spontanément différentes sortes de vols, la prime pour assurer aussi le vol simple étant le double de celle limitée au vol avec effraction (DO 86). Une telle différenciation n'a ainsi rien d'insolite et est en règle générale même opérée dans les assurances ménages les plus élémentaires. Elle a pour origine le fait que le vol « simple » est en quelque sorte le possible résultat de la négligence de l'assuré, qui n'aurait pas pris les mesures les plus élémentaires visant à empêcher la soustraction d'un objet mobilier lui

appartenant. La réalisation du risque du vol « simple » étant particulièrement coûteuse pour la communauté des assurés, il était donc nécessaire de procéder à la distinction susmentionnée et de proposer à l'assuré de couvrir ce risque séparément, moyennant une prime séparée. La couverture d'un tel risque étant en règle générale bien plus coûteuse que celui du « vol avec effraction » ou encore du vol « par détournement », les assurés ne s'assurent pas systématiquement contre le vol « simple », vu que quelques mesures élémentaires de sécurité suffisent généralement à s'en prémunir.

A noter encore qu'une assurance contre le vol par effraction ne couvre pas le vol simple (CARRÉ O., Loi fédérale sur le contrat d'assurance, Edition annotée, Lausanne 2000, p. 256 ainsi que la référence citée).

2. Positions des parties

Dès la page 12 de son mémoire de demande (DO 12), la demanderesse indique que l'assurance conclue est, dans le langage courant, une assurance incendie, vol et dégâts d'eau. La police d'assurance conclue mentionne qu'il s'agit d'une assurance de choses. Le titre de la police ne permet donc pas de savoir dans quelles circonstances les « choses » seront assurées. L'étendue de la couverture figure à la page 4 de la police d'assurance de manière extrêmement succincte, cela dans les termes suivants : « *Etendue de la couverture : incendie et dommages naturels / vol avec effraction et détournement / dégâts d'eau* ». La demanderesse fait alors mention du chapitre 8 de la police « *Conditions particulières pour l'assurance choses* », et indique que « *le chiffre 8.6 fait clairement état que l'assurance contractée couvre le vol, le vol avec effraction et détournement, ...* ». La simple lecture du chiffre 8.6 de la police démontre que le « vol » (sans distinction du type ou du mode opératoire) est couvert. La demanderesse conclut en résumé à ce qui suit (DO 16) : « *dans le langage courant, l'assurance contractée est une assurance-vol, et ce sans aucune distinction. La demanderesse a voulu conclure une telle assurance ; la police d'assurance ne contient aucune définition réelle de la couverture d'assurance ; la police d'assurance utilise tant les termes « vol » que les termes « vol par effraction » que les termes « détournement » ; « l'utilisation du terme « vol » amène nécessairement à la conclusion que le vol, sans distinction, est couvert ; les parties n'ont jamais discuté de la notion de « vol » ou autre* ». La demanderesse affirme ainsi que tous les types de vols étaient couverts par l'assurance, et donc également le vol « simple ».

Quant à la défenderesse, elle est d'avis que la police d'assurance et les CGA sont claires. Les risques assurés sont explicitement mentionnés dans le contrat d'assurance, ce qui n'est justement pas le cas du vol « simple ». Que la demanderesse ait souhaité assurer le vol sans distinction du type ou du mode opératoire ne change donc rien. En tant qu'entreprise qui conclut quotidiennement des contrats, la demanderesse devait forcément savoir que seuls sont couverts les risques mentionnés dans la police d'assurance. Cela ressort par ailleurs des CGA, qui mentionnent en particulier qu'« *Est assuré pour autant que mentionné dans la police [...]* » (cf. les titres en gras dans les CGA) puis qui listent les risques assurés. Cela démontre que l'assureur précise dans la police d'assurance et dans les CGA l'étendue des risques assurés, et il en va de même pour le risque de vol (pp. 13 ss du mémoire de réponse, DO 48 ss). La défenderesse conclut ainsi à ce qu'il

ressort manifestement et clairement de la police d'assurance et des CGA que le vol « simple » n'était pas couvert.

3. Dans le cas d'espèce

Pour déterminer en l'espèce si la police d'assurance signée le 5 avril 2006 par B. couvre également le vol « simple », le document de référence n'est autre que le contrat d'assurance lui-même (PJ 12 demanderesse), y compris les CGA (PJ 13 demanderesse).

Le titre n° 2 de la police, intitulé « Etendue de la couverture », mentionne expressément et seulement les trois points suivants :

- incendie et dommages naturels ;
- vol avec effraction et détournement ;
- dégâts d'eau.

Le § B 2 des CGA a pour titre « Vol avec effraction et détournement » et mentionne, sous le préambule « Sont assurés, pour autant que mentionnés dans la police » : « le vol avec effraction et le détournement », les autres points ne portant pas sur le vol.

Le titre n° 3 de la police, intitulé « Limites des prestations », indique qu'« *En dérogation des sommes mentionnées sous « Résumé des prestations » et « Conditions générales d'assurance (CGA) », les limites de prestations suivantes sont valables (indemnités maximales) : Assurance du contenu : vol avec effraction et détournement [...] assurance pertes d'exploitation [...]* ».

Les franchises du titre n° 4 de la police de la police mentionnent une franchise de CHF 5'000.00 pour le « vol avec effraction et détournement », sans rien mentionner d'autre concernant le vol.

Il n'y a donc aucune allusion au « vol » seul ou au « vol simple » dans les titres qui précèdent. Ce n'est que sous le titre n° 8 de la police, « Conditions particulières pour l'assurance choses », que le mot « vol » apparaît seul au § 8.6.

Or, il est contraire aux règles de méthodologie juridique les plus élémentaires, et plus précisément à l'interprétation systématique et grammaticale d'un texte, de sortir le mot « vol » de son contexte et de l'utiliser afin de créer un nouveau risque assuré, alors que le titre n° 2 et la liste qu'il contient ainsi que les CGA ne souffrent d'aucune ambiguïté. Il ne s'agit en l'espèce aucunement d'une problématique de clause contractuelle dite « insolite » ou « ambiguë », mais simplement d'une interprétation systématique et grammaticale d'un contrat d'assurance. Le fait de vouloir compléter l'étendue du risque par un ou plusieurs termes repris çà et là – et en particulier dans une norme plus générale exposée plus loin dans la police d'assurance et sous un autre titre – n'est pas soutenable. Le Tribunal fédéral rejette d'ailleurs expressément cette manière de procéder : « *Il est exclu d'interpréter de manière isolée les divers éléments du contrat ; chaque clause doit être considérée au regard de l'ensemble de ce dernier [...]* » (ATF 117 II 609 consid. 6c/bb ; arrêt du TF du 25 février 1997, in : RJ 1997 1178 et la référence citée).

A cela s'ajoute que B. n'est pas crédible quand il déclare qu'il pensait être assuré contre le « vol », sans aucune distinction ou autre nuance (DO 83). Cela ne correspond ni à sa formation professionnelle ni à sa fonction au sein de la demanderesse. Comme la demanderesse l'a elle-même indiqué, la perte de stock constituait un risque majeur pour elle. Or et dans ces circonstances, il revenait à B. de prendre toutes les mesures nécessaires non seulement à le sécuriser, mais également à l'assurer. Dans ce cadre-là, la nécessité de s'assurer également contre le vol « simple » devait être examinée sérieusement, d'autant plus qu'il s'agit d'une distinction classique et connue de longue date d'avec le vol « avec effraction ». La demanderesse ne peut aujourd'hui objectivement prétendre qu'elle était persuadée d'être couverte « pour tous types de vols ». Il faut en effet toujours tenir compte des particularités et des exigences techniques de la branche d'assurance considérée. En matière d'assurance de choses justement, la distinction entre le vol « simple » et le vol « par effraction » est une distinction typique et incontournable qui ne pouvait échapper à la demanderesse.

Ainsi et en vertu de ce qui précède, le Tribunal de commerce considère que la demanderesse n'était assurée que contre le vol « avec effraction » (et le détournement), mais en aucun cas contre le vol « simple », ainsi que cela ressort clairement de la police d'assurance et des CGA.

Il doit en conséquence encore être examiné si le vol perpétré dans les locaux de la demanderesse a été commis « par effraction » ou non.

C. La notion d'effraction et la « préparation » de la porte

1. Remarques théoriques

a. *La notion d'effraction*

Selon le Petit Robert 2011, une effraction signifie un « *bris de clôture (effraction extérieure) ou de serrures (effraction intérieure)* », sans autre précision utile ici.

Il n'y a toutefois pas lieu de se concentrer sur une définition purement littérale de l'effraction, ni même au sens pénal du terme. Encore faut-il en approcher la notion juridique, telle qu'utilisée spécifiquement en droit des assurances. Il est toutefois très délicat de se baser sur des services comme *Wikipedia* ou encore sur le droit belge – ainsi que le fait la défenderesse en page 19 de son mémoire de réponse (DO 54) – pour approcher la notion d'effraction en droit suisse des assurances.

Dans une décision déjà mentionnée précédemment, le Tribunal cantonal vaudois indique que le vol avec effraction nécessite « *l'action de surmonter un obstacle* » (*die Ueberwältigung eines Hindernisses*) (décision du Tribunal cantonal vaudois du 27 octobre 1983, RJ 1983 330 et la référence citée).

L'édition annotée de la LCA indique quant à elle que dans l'esprit du public, il y a « effraction » lorsque le vol s'accompagne du bris d'une serrure ou d'une fermeture quelconque destinée à empêcher de passer, d'entrer ou d'accéder à quelque chose (CARRÉ O., Loi fédérale sur le contrat d'assurance, Edition annotée, Lausanne 2000, pp. 93 et 256 ainsi que la référence citée ; voir également CARRON B., La loi fédérale sur le contrat d'assurance, Exposé systématique de jurisprudence, Fribourg 1997, n° 255 p. 88).

Les CGA de la défenderesse indiquent également ce qu'il faut entendre par vol « par effractions (§ B 2) : *« Sont considérés comme dommages dus au vol avec effraction et au détournement les dommages prouvés par des traces, des témoins ou de toute autre manière probante et causés par un **vol avec effraction, c'est-à-dire un vol commis par des personnes qui s'introduisent par effraction dans un bâtiment ou dans un local d'un bâtiment ou qui y fracture un meuble.** Sont assimilés aux bâtiments les baraques et les conteneurs. Est assimilé au vol avec effraction le vol commis au moyen des véritables clés, cartes magnétiques (et autres) ou codes, dans la mesure où l'auteur se les est appropriés à la suite d'un vol avec effraction ou d'un détournement. Pour les valeurs conservées dans des chambres fortes, armoires blindées, coffres-forts et autres contenants, X. Assurances ne répond des dommages que si ces contenants sont fermés à clé [...] ».*

b. *La jurisprudence rendue dans des cas spécifiques*

Les décisions les plus pertinentes sont exposées ci-après. Il est à relever que dès la page 20 de son mémoire de réponse (DO 55 ss), la défenderesse fait un résumé substantiel de la jurisprudence fédérale et cantonale traitant de vols avec effraction qu'il est intéressant de citer.

Décision du Tribunal cantonal fribourgeois du 28 novembre 1995, RFJ 1996 36 : *« Le vol avec effraction, à la différence du vol simple, implique par définition le bris de serrures. Ce qui distingue l'un de l'autre, c'est le mode opératoire (sur la portée – fondamentalement différente – du terme allemand "Einbruch", cf. SPIRO/GASS, p. 124 et 125: "Für den Begriff des Einbruchs und des Einbruchdiebstahls sind somit zwei Momente zu beachten: einmal das unbefugte Eindringen in ein Gebäude und zum andern der gewaltsame Bruch des den gestohlenen umschliessenden Raumes. Das erste Moment, das Eindringen, genügt für den allgemeinen Sprachgebrauch und genügte früher auch meist für die Annahme eines versicherten Einbruchdiebstahls. Auch wenn man annimmt, dass zugleich das zweite Moment, der gewaltsame Bruch des durch die Sache gebotenen Widerstandes, nötig ist, heisst dies noch lange nicht, dass dieses Moment für sich allein schon genügt. Sicher ist nicht ohne weiteres jeder Diebstahl durch gewaltsames Öffnen eines Behältnisses ein Einbruchdiebstahl. [...] in ein freistehendes Auto wird nicht "eingebrochen", sondern dieses wird gegebenenfalls "aufgebrochen", gleich, wie man einen Schrank oder einen Koffer aufbricht" ».*

Décision du Tribunal cantonal vaudois du 27 octobre 1983, RJ 1983 330 : *« Le droit positif suisse ne connaît pas de définition de l'effraction. Dans le code pénal Fédéral de 1937, le vol avec effraction ne constitue pas une infraction distincte ; il peut tout au plus, suivant les*

circonstances, représenter un cas de vol qualifié, puni plus sévèrement en vertu de l'art. 137 al. 2 in fine CP, si l'acte dénote "que son auteur est particulièrement dangereux" (HAFTER, p. 248). En droit des assurances, la condition de l'effraction importe non pas pour apprécier le caractère du délinquant, mais pour déterminer les conséquences du vol et les dommages causés, ainsi que pour servir de moyen de preuve (H.R. SUTER, *Allgemeine Bedingungen der Diebstahl Versicherung*, p. 41). Il faut dès lors interpréter la notion de vol avec effraction, que les auteurs définissent dans les termes des CGA de la défenderesse (SUTER, *op. cit.*, p. 42 ; KOENIG, *Traité de droit privé suisse*, p. 351), selon le droit des assurances et non pas selon le droit pénal. En cas de doute, la règle "in dubio contra assecuratorem" s'applique (KOENIG, *loc. cit.*). SUTER (*op. cit.*, p. 43) définit l'effraction (Aufbrechen) comme (trad.) "le fait de se créer l'accès à une chose par la suppression, au moyen de la force, d'un obstacle (Hindernis), avec rupture d'un élément matériel. Peu importe que l'acte soit commis contre une ouverture servant d'accès, ou à un autre endroit de la clôture (Umschliessung). Il faut l'emploi de la force (Gewaltanwendung), c'est-à-dire d'autant de force qu'il est précisément nécessaire pour vaincre la résistance de l'élément matériel. L'effort requis ne doit pas être tout à fait négligeable. Un simple déverrouillage ne suffit pas, de même que le percement d'un carreau de papier. En revanche, l'enfoncement d'un carreau de carton fort ou de bois suffit. A juste titre, la rupture d'un élément matériel est exigée. Cela résulte déjà du mot "brechen", qui est généralement lié à l'idée d'un dommage matériel. Cette exigence se justifie tout particulièrement en matière d'assurance-vol avec effraction, eu égard à l'importance de la preuve dans ce domaine [...]. Ainsi, par exemple, le simple fait de soulever ou d'écarter les battants d'un portail non fermé à clef ne constitue pas une effraction." L'auteur précise plus haut (p. 40) que le vol avec effraction nécessite "l'action de surmonter un obstacle" (die Ueberwältigung eines Hindernisses), alors qu'en cas de vol simple, "l'auteur peut s'emparer sans autre d'un objet accessible à tous" (der Täter kann das allgemein zugängliches Objekt ohne weiteres an sich nehmen) ».

Le Tribunal cantonal vaudois a jugé que « Les définitions susmentionnées concordent sur l'idée d'un "obstacle", d'une "clôture", ou d'une "enceinte" (Hindernis, Umschliessung), que l'auteur de l'effraction doit surmonter (ueberwältigen) pour parvenir à l'objet convoité. En l'espèce, l'installation de sonnerie ne constituait pas un "obstacle", au sens dégagé ci-dessus. Elle n'avait ni pour but, ni pour effet d'interdire ou de rendre difficile l'accès aux marchandises, mais de signaler l'ouverture ou la fermeture de la porte. Le demandeur n'avait donc pas dressé une "clôture", au sens large, entre le domaine public et ses biens. Ceux-ci étaient dès lors accessibles, que la sonnerie fonctionnât ou non, sans qu'il soit nécessaire de briser au préalable un élément matériel protecteur. Tel n'eût pas été le cas si, par hypothèse, les portes eussent été verrouillées ou les fourrures attachées à leur support. Dès lors que le débranchement de l'installation n'était nullement nécessaire pour parvenir physiquement aux marchandises et s'en emparer, il ne peut y avoir eu, de la part des voleurs, "l'action de surmonter un obstacle" exigée par la doctrine. Un vol – certes moins important – eût même pu être commis, nonobstant la sonnerie, durant le laps de temps nécessaire aux commerçants pour descendre de l'étage. Peu importe que, par l'emploi de la force, un certain dommage objectif ait été causé : en neutralisant le système d'alarme, les auteurs n'entendaient pas se créer l'accès au magasin, mais empêcher, ou à tout le moins retarder la découverte de leur présence. Le dommage matériel résulte donc

d'un acte étranger à ceux tendant directement à la prise de possession sur les objets convoités. En résumé, pour que l'effraction soit réalisée, il faut que l'emploi de la force soit dirigé contre un obstacle protégeant les biens convoités et paraisse indispensable au voleur pour y accéder. La mise hors service, comme dans le cas particulier, d'un système d'alarme ne satisfait pas ces exigences ».

Arrêt du Tribunal fédéral du 25 février 1997, in : RJ 1997 1178 : « En 1979, Z. avait conclu un contrat d'assurance couvrant notamment le risque de "vol avec effraction". Les CGA définissaient le vol à l'escalade comme une forme de vol avec effraction. En 1990 Z. a souscrit une nouvelle police couvrant le risque de "vol avec effraction" mais qui ne mentionne plus le vol à l'escalade. Dans la nuit du 2 au 3 octobre 1991 deux voleurs ont escaladé à l'aide d'une échelle la façade de l'immeuble et se sont introduits dans l'appartement de Z. par une fenêtre ouverte. Dans le langage courant, on entend par effraction la rupture ou la démolition de tout moyen de fermeture. Il n'y a pas seulement effraction quand le voleur s'introduit par la force dans un immeuble ou encore quand il fracture un meuble qui s'y trouve, mais aussi quand il utilise des clés fausses ou régulières, qu'il s'est procurées par la force. Le vol avec effraction est toujours caractérisé par l'usage de la force. En l'espèce il n'y a pas eu l'usage de la force. Le risque du vol à l'escalade a été supprimé dans les CGA. L'assurance ne doit pas payer ».

Décision du Tribunal de commerce saint-gallois du 16 décembre 2004, HG.2001.27 : Cette décision est importante, car elle se rapproche du cas qui doit être jugé en l'espèce. Il n'y a pas lieu ici de paraphraser l'ensemble de la décision, et il peut simplement être relevé ce qui suit. La partie demanderesse était assurée contre le vol « par effraction » (« gegen Einbruchdiebstahl versichert ») auprès de la partie défenderesse. Suite au vol d'une grande partie du stock de la partie demanderesse, les constatations suivantes ont été faites : « Die verschlossenen Türen seien von innen aufgemacht worden, indem die Schliessriegel des rechten Flügels der Eingangstüre gelöst worden seien. Die möglichen Täter hätten darauf die Eingangstüre so präpariert, dass die Türe wieder geschlossen und zu einem späteren Zeitpunkt mit wenig Gewalt von aussen geöffnet werden konnte. Dieses Vorgehen hätte den Tätern ermöglicht, zu einem späteren Zeitpunkt wieder zu kommen (zum Beispiel am Tag) und sich ohne grosses Aufsehen durch die Eingangstüre in den Lagerraum zu begeben und das Diebesgut mitzunehmen ». De plus, aucune trace d'effraction (« Aufbruchspuren ») n'a été relevée sur la porte d'entrée.

Le Tribunal de commerce saint-gallois a jugé ce qui suit : « Insgesamt gibt es keinen Grund, von der Meinung des Gerichtsexperten abzuweichen, wonach die Täterschaft nicht durch das Oberlicht-Kippfenster in den Lagerraum und auch nicht anderweitig durch Gewaltanwendung von aussen in die Räumlichkeiten der Klägerin eingedrungen sind. Somit erweist sich die von der Klägerin aufgestellte Hypothese, wonach die Täter durch das Kippfenster eingedrungen sind und die Schlösser an der Eingangstüre manipuliert haben, um zu einem späteren Zeitpunkt von aussen in den Lagerraum einzudringen und das Diebesgut abzuführen, als sehr unwahrscheinlich. Vielmehr ist es so, dass ein Eindringen über das Kippfenster ausgeschlossen werden muss. Andere Eindringungsmöglichkeiten sind nicht ersichtlich und wurden von der Klägerin auch nicht aufgezeigt bzw. fallen nicht unter die Definition des Einbruchdiebstahls gemäss den AVB

der Beklagten. Die Gerichtsexpertise hegt nicht nur erhebliche Zweifel an einem Eindringen durch Gewaltanwendung in die Räumlichkeiten der Klägerin, sondern lässt den Schluss zu, dass mit allergrösster Wahrscheinlichkeit kein Einbruchdiebstahl vorliegt. Der Hauptbeweis der Klägerin ist somit gescheitert und die Klage ist abzuweisen ».

2. Positions des parties

Sur ce point, il peut d'une manière générale être renvoyé aux faits décrits ci-dessus, dès page 9. A relever qu'il appartenait à la demanderesse de prouver que le vol commis dans la nuit du 17 au 18 novembre 2010 dans les locaux de la société A. SA doit être qualifié de vol avec effraction.

3. Dans le cas d'espèce

Il ressort de ce qui précède qu'au sens des CGA de la défenderesse, on entend par vol avec effraction un vol commis par des personnes qui s'introduisent par effraction dans un bâtiment ou dans un local d'un bâtiment ou qui y fracture un meuble. Cette définition étant quelque peu redondante, il y a lieu de définir la notion d'« effraction » seule. Celle-ci est – au sens de la législation suisse et du droit des assurances – toujours caractérisée par l'usage de la force, cette force ayant pour but de supprimer un obstacle par rupture d'un élément matériel, soit une serrure ou toute fermeture quelconque destinée à empêcher de passer, d'entrer ou d'accéder à quelque chose, l'effort requis ne devant toutefois pas être tout à fait négligeable.

Or, le cas qui fait l'objet de la présente procédure peut être assimilé au cas dont a eu à connaître le Tribunal de commerce saint-gallois. La porte de la demanderesse a été préparée, « trafiquée », pour qu'elle puisse être ouverte sans effort – et donc sans force ou encore sans effraction – de l'extérieur le moment venu. La préparation de la porte a également eu lieu sans rupture d'un élément matériel, à l'aide d'un simple scotch apposé sur le pêne de la serrure. La question de savoir qui a posé ce morceau de scotch et à quelle occasion ne fait pas l'objet de la présente procédure. Ce qui est certain en tous les cas, c'est que le scotch a été placé à l'occasion d'une ouverture de la porte, et donc sans l'utilisation de la force, respectivement sans effraction.

Partant, tant la préparation de la porte litigieuse que l'ouverture de celle-ci par les voleurs se sont faites sans effraction au sens du contrat d'assurance conclu. La demanderesse échoue en tous les cas à amener la preuve d'une effraction.

4. Remarque concernant l'ouverture des caisses en bois

La demanderesse est d'avis qu'il y a effraction car les caisses en bois qui contenaient certaines des bouteilles volées ont été ouvertes par la force (cf. photographies, PJ 27 demanderesse).

Ce point de vue ne peut être suivi. En effet, les caisses en question ne constituaient pas un élément de sécurité (armoire, meuble, coffre fermés à clé, etc.), mais servaient uniquement à protéger les bouteilles contre les chocs ainsi qu'à les transporter. Cela est

par ailleurs confirmé par la doctrine et la jurisprudence : il n'y a pas d'effraction lorsque le voleur a pu sans peine et dans un temps très bref sortir une caisse de son support et procéder à son ouverture (CARRÉ O., Loi fédérale sur le contrat d'assurance, Edition annotée, Lausanne 2000, pp. 93 et 256 ainsi que la référence citée ; voir également CARRON B., La loi fédérale sur le contrat d'assurance, Exposé systématique de jurisprudence, Fribourg 1997, n° 259 p. 89).

D. Conclusion

En vertu de tout ce qui précède, le Tribunal de commerce arrive à la conclusion que le contrat d'assurance qui liait la demanderesse et la défenderesse ne couvrait pas le vol dit « simple », mais uniquement le vol « avec effraction ». Le vol ayant été commis sans effraction comme il l'est expliqué plus haut, la demande de la société A. SA du 22 septembre 2011 doit ainsi être rejetée.

V. FRAIS ET HONORAIRES

A. Frais judiciaires

Selon les art. 4 al. 2 et 42 al. 1 let. c du Décret du 24 mars 2010 sur les frais de procédure (DFP ; RSB 161.12), pour les litiges dont le Tribunal de commerce connaît en instance cantonale unique, l'émolument est, lorsque la valeur litigieuse se situe entre CHF 100'000.00 et CHF 500'000.00, de CHF 5'000.00 à 40'000.00. Selon l'art. 5 DFP, lorsque le DFP fixe un barème-cadre, les frais de procédure et les émoluments administratifs sont fixés compte tenu du temps et du travail requis, de l'importance de l'affaire et de la capacité économique de la personne assujettie.

En l'espèce, vu le tarif précité, les frais de la procédure sont fixés à CHF 16'000.00 pour tenir compte du fait que deux audiences ont certes été nécessaires, mais que l'administration des preuves a été relativement limitée. Ils sont mis à la charge de la société A. SA, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). Ce montant doit être intégralement prélevé sur l'avance de frais effectuée par la société A. SA.

B. Honoraires

Vu l'issue de la cause, la société A. SA supportera ses propres honoraires. Quant aux honoraires de X. Assurances, ils doivent être pris en charge par la société A. SA (art. 106 al. 1 CPC).

Il s'agit *in casu* d'une procédure avec valeur litigieuse, si bien que ce n'est pas le nombre d'heures d'activité qui est déterminant pour le calcul des honoraires.

L'art. 41 de la Loi du 28 mars 2006 sur les avocats et les avocates (LA ; RSB 168.11) fixe les grands principes du remboursement des dépens, en renvoyant notamment à l'Ordonnance du 16 mai 2006 sur les dépens (ORD ; RSB 168.811) et en précisant que le remboursement des dépens peut s'écarter du montant des honoraires (al. 5). L'art. 5 ORD définit des barèmes-cadres à l'intérieur desquels les honoraires doivent être fixés, en relation avec la valeur litigieuse de l'affaire civile.

Selon l'art. 5 al. 1 ORD, si la valeur litigieuse se situe comme en l'espèce entre CHF 300'000.00 et CHF 600'000.00, les honoraires sont fixés à un montant se situant entre CHF 11'800.00 et CHF 49'200.00. Si l'on considère une valeur litigieuse d'environ CHF 400'000.00 ainsi que la table « *Interpolierte Normalgebühr gemäss Art. 10 lit. a des Dekrets vom 7. November 1996 über die Anwaltsgebühren* » adoptée par la Conférence de la Section civile de la Cour suprême du canton de Berne le 6 mars 1997, c'est un montant de CHF 27'200.00 qui doit servir de base au calcul des dépens, le minimum étant situé à CHF 14'400.00 et le maximum à CHF 40'000.00.

Dès lors et conformément à la pratique (décisions de la Cour suprême du canton de Berne du 9 mai 2011 et du 16 juin 2011, respectivement n° ZK 2011 10 et n° ZK 11 9), c'est en

partant d'une somme moyenne de CHF 27'200.00 et à la lumière des principes mentionnés aux art. 41 al. 3 et 5 LA ainsi qu'à l'art. 9 ORD qu'il convient de fixer l'évaluation des honoraires.

A l'intérieur du barème-cadre de l'art. 5 al. 1 ORD, le montant du remboursement des dépens est déterminé en fonction :

- du temps requis pour le traitement de l'affaire (art. 41 al. 3 let. a LA et art. 9 ORD) ;
- de l'importance et de la complexité du litige (art. 41 al. 3 let. b LA et art. 9 ORD) ;
- de la difficulté à recueillir ou ordonner les moyens de preuve (art. 9 ORD) ;
- d'un dossier exceptionnellement volumineux (art. 9 ORD) ;
- d'une correspondance très étendue (art. 9 ORD) ;
- du déroulement de la procédure dans une langue autre que la langue judiciaire (art. 9 ORD).

En l'espèce, un supplément selon l'art. 9 ORD (procédures occasionnant un travail considérable ou prenant beaucoup de temps) ne se justifie en aucun cas. Pour le surplus et concernant une affaire relevant du Tribunal de commerce, il est à noter que

- le dossier n'est pas d'une grande complexité et l'une des deux questions juridiques (couverture d'assurance) était claire dès le départ ;
- il n'y a pas eu de 2^e échange d'écritures ;
- il n'y a pas eu d'administration compliquée des preuves ;
- les audiences ont été relativement courtes ;
- le cas d'espèce représentait un cas classique pour la défenderesse, qui pouvait se contenter d'avoir une attitude défensive.

Vu ce qui précède, la note d'honoraires d'un montant total de CHF 43'518.60 TTC déposée par M^e Lukas Wyss apparaît manifestement trop élevée aux yeux du Tribunal de commerce. Il se justifie en conséquence de s'écarter du montant moyen de CHF 27'200.00 et d'arrêter les honoraires de M^e Lukas Wyss à CHF 20'000.00 TTC.

La société A. SA est ainsi condamnée au paiement des dépens de X. Assurances, lesquels sont fixés à CHF 20'000.00 TTC.

Pour ces motifs,

le Tribunal de commerce :

1. **rejette** la demande de la société A. SA du 22 septembre 2011 ;
2. **met** les frais judiciaires de la présente procédure, fixés à CHF 16'000.00, à la charge de la société A. SA, étant précisé que ce montant sera prélevé sur l'avance de frais effectuée par la société A. SA d'un montant équivalent ;
3. **condamne** la société A. SA au paiement des dépens de X. Assurances, lesquels sont fixés à CHF 20'000.00 (TTC).
4. A notifier :
 - à la société A. SA, par M^e Gilles Frôté
 - à X. Assurances, par M^e Lukas Wyss

Au nom du Tribunal de commerce

Le Président e.r. :

Geiser, Juge d'appel

Le Greffier :

Streit

Date de rédaction des considérants : 19 avril 2013

Voies de recours :

(valeur litigieuse : supérieure à CHF 30'000.00)

Dans les 30 jours dès sa notification écrite, la présente décision peut faire l'objet d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral au sens des art. 39 ss, 72 ss et 90 ss de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF ; RS 173.110). Les motifs du recours sont mentionnés aux art. 95 ss LTF.

Le recours en matière civile, motivé par écrit et signé, doit respecter les conditions de forme prescrites à l'art. 42 LTF et être adressé au Tribunal fédéral (Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14).

La qualité pour recourir en matière civile est régie par l'art. 76 LTF.