



POUVOIR JUDICIAIRE

C/13302/2009

ACJC/1503/2010

**ARRÊT**

**DE LA COUR DE JUSTICE**

**Chambre civile**  
statuant par voie de procédure ordinaire

**AUDIENCE DU VENDREDI 17 DECEMBRE 2010**

Entre

X\_\_\_\_\_, domicilié \_\_\_\_\_, appelant d'un jugement rendu par la 9<sup>ème</sup> Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 12 mai 2010, comparant par Me François Canonica, avocat, en l'étude duquel il fait élection de domicile aux fins des présentes,

et

Y\_\_\_\_\_ SA EN LIQUIDATION, c/o F\_\_\_\_\_ Sàrl \_\_\_\_\_ intimée, comparant par Me Hervé Crausaz, avocat, en l'étude duquel elle fait élection de domicile aux fins des présentes,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 21.12.2010.

---

**EN FAIT**

- A.** Par acte expédié le 28 juin 2010, X\_\_\_\_\_ appelle d'un jugement rendu par le Tribunal de première instance le 12 mai 2010, notifié aux parties le 26 mai 2010 et reçu le lendemain, le déboutant de toutes ses conclusions sur incident - à savoir une fin de non-recevoir pour autorité de chose jugée - et le condamnant aux dépens de l'incident et à payer un émolument de jugement.

L'appelant conclut, préalablement, à l'octroi de l'effet suspensif, lequel a été restitué par arrêt de la Cour rendu le 26 août 2010; il conclut, principalement et avec suite de dépens, à l'annulation du jugement entrepris et, cela fait, à ce que la demande reconventionnelle formée par Y\_\_\_\_\_ SA EN LIQUIDATION soit déclarée irrecevable; il conclut enfin, subsidiairement, à ce que la cause soit renvoyée au Tribunal et à ce que soit ordonnée une comparution personnelle des parties.

L'intimée conclut à la confirmation du jugement attaqué, avec suite de dépens.

- B.** Les faits retenus par le premier juge sont les suivants :

**a.** En date du 13 juin 2001, X\_\_\_\_\_ a passé avec A\_\_\_\_\_ un acte de cession, dans le cadre duquel B\_\_\_\_\_, valablement représentée par X\_\_\_\_\_, a cédé à C\_\_\_\_\_ SA, valablement représentée par A\_\_\_\_\_, les trois sociétés Y\_\_\_\_\_ SA, D\_\_\_\_\_ SA et D\_\_\_\_\_ SA pour le prix de 1'200'000 fr.

L'acte de cession contient, à son article 11, une clause de non-concurrence, qui stipule en substance que X\_\_\_\_\_ s'engage à n'avoir aucune relation directe ou indirecte tendant à promouvoir les mêmes services que ceux proposés par les sociétés cédées avec tout tiers ayant été en relation d'affaires avec ces sociétés avant la cession.

**b.** Par acte déposé le 22 novembre 2002 auprès d'un Tribunal arbitral *ad hoc*, C\_\_\_\_\_ SA a dénoncé l'acte de cession pour cause d'erreur essentielle relative à la garantie de la clientèle et pour violation de la clause de non-concurrence.

Par sentence rendue le 14 août 2003, confirmée par arrêt de la Cour rendu le 14 mai 2004, le Tribunal arbitral a rejeté la requête formulée par C\_\_\_\_\_ SA à l'encontre de X\_\_\_\_\_ et dit que l'acte de cession du 13 juin 2001 était valable.

Par arrêt rendu le 1<sup>er</sup> novembre 2004, la Cour a déclaré irrecevable la demande de révision déposée par C\_\_\_\_\_ SA pour cause de tardiveté, voire de témérité.

**c.** En parallèle à cette procédure, X\_\_\_\_\_ a, en date du 6 février 2004, déposé plainte pénale pour menace et contrainte à l'encontre de A\_\_\_\_\_, exposant avoir

---

reçu de nombreux courriers concernant la procédure arbitrale, lesquels visaient à exercer sur lui une pression psychologique.

Cette plainte a été classée par ordonnance du 8 novembre 2004.

**d.** En date du 24 août 2005, C\_\_\_\_\_ SA EN LIQUIDATION a été dissoute par suite de faillite prononcée par jugement du Tribunal de première instance le 21 juin 2005, puis radiée d'office le 7 novembre 2006.

**e.** Par courrier adressé le 9 mars 2009 à X\_\_\_\_\_, A\_\_\_\_\_, agissant au nom d'Y\_\_\_\_\_ SA EN LIQUIDATION, a réclamé le paiement de 1'127'454 fr. 30 à titre d'indemnité pour violation de la clause de non-concurrence.

Par courrier du 12 mars 2009, X\_\_\_\_\_, par le biais de son conseil, invoquant la sentence arbitrale du 14 août 2003, a répondu qu'Y\_\_\_\_\_ SA EN LIQUIDATION n'avait aucune prétention à élever à son encontre.

**f.** En date du 21 avril 2009, Y\_\_\_\_\_ SA EN LIQUIDATION a fait notifier à X\_\_\_\_\_ un commandement de payer, poursuite no 1... , la somme de 1'127'454 fr. 30, auquel ce dernier a fait opposition.

**g.** Par acte déposé le 25 juin 2009, X\_\_\_\_\_ a saisi le Tribunal de première instance d'une action à l'encontre d'Y\_\_\_\_\_ SA EN LIQUIDATION en constatation de l'inexistence de la créance.

Par acte déposé dans le délai pour répondre, Y\_\_\_\_\_ SA EN LIQUIDATION s'est opposée à la demande et a reconventionnellement conclu au paiement de 1'127'454 fr. 30, TVA comprise au taux de 7,6%, avec intérêts à 5% dès le 9 mars 2009 et au prononcé de la mainlevée de l'opposition formée au commandement de payer, poursuite no 1... .

Dans ses écritures de réponse sur demande reconventionnelle, X\_\_\_\_\_ a soulevé un incident d'exception de chose jugée, au motif que tant l'objet du litige que les parties étaient identiques à ceux de la procédure qui avait conduit à la sentence arbitrale du 14 août 2003, confirmée par la Cour de justice.

**h.** Dans le jugement présentement querellé, le Tribunal a en substance retenu que les parties au litige différaient de celles qui s'étaient opposées dans la procédure arbitrale, puis devant la Cour; de plus, X\_\_\_\_\_ n'avait pas apporté la preuve qu'Y\_\_\_\_\_ SA était le successeur juridique d'C\_\_\_\_\_ SA.

**C. a.** En appel, l'appelant soulève à nouveau l'exception d'autorité de la chose jugée, en raison de l'identité de l'objet et de l'identité des parties; il soutient, d'une part, que la prétention invoquée se base sur la même cause et sur le même état de fait que la prétention qui a fait l'objet de la procédure arbitrale; il soutient, d'autre part,

qu'C\_\_\_\_\_ SA EN LIQUIDATION et Y\_\_\_\_\_ SA EN LIQUIDATION avaient toutes deux le même but social, qu'A\_\_\_\_\_ est l'unique animateur d'Y\_\_\_\_\_ SA EN LIQUIDATION, respectivement était le principal co-animateur avec signature individuelle d'C\_\_\_\_\_ SA EN LIQUIDATION, que le siège de la société radiée était chez Y\_\_\_\_\_ SA EN LIQUIDATION et que cette dernière, dont le 100% du capital-actions a été acquis par C\_\_\_\_\_ SA EN LIQUIDATION, n'est autre que le successeur juridique de cette société.

L'appelant invoque également la violation du droit à la preuve (art. 8 CC), au motif que l'appréciation du premier juge est manifestement arbitraire, puisque la solution qu'il a retenue - à savoir le défaut d'identité des parties - est insoutenable au regard des allégués et des pièces produites par l'appelant; en outre, le Tribunal a statué sans ordonner la comparution personnelle des parties et l'audition de témoins qui avaient été sollicités.

Pour sa part, l'intimée Y\_\_\_\_\_ SA EN LIQUIDATION conteste qu'il y ait identité des parties; en effet, il s'agit de deux sociétés différentes, C\_\_\_\_\_ SA EN LIQUIDATION n'existant au demeurant plus, puisqu'elle a été radiée en novembre 2006; elle ne saurait être qualifiée de successeur juridique de cette dernière, puisque l'acquisition de l'intégralité de son capital-actions par C\_\_\_\_\_ SA n'emporte pas cession des actifs et des passifs de l'entreprise. S'agissant de la question de l'identité de l'objet du litige, elle soutient que la présente cause aborde une question - à savoir si l'appelant avait le droit de garder des relations professionnelles avec des clients des sociétés cédées - qui n'a pas été tranchée dans le cadre de la procédure arbitrale. En ce qui concerne, enfin, la violation du droit à la preuve, le premier juge a parfaitement respecté la procédure dictée en matière de traitement d'une fin de non-recevoir et une comparution personnelle des parties n'aurait eu aucune utilité.

**b.** A l'audience de plaidoiries du 12 novembre 2010, les parties ont persisté dans leurs explications et conclusions respectives. L'appelant a toutefois précisé que l'intimée n'avait plus d'adresse; cette dernière le conteste, relevant que son siège est bien chez F\_\_\_\_\_ Sàrl, comme l'a précisément indiqué l'appelant dans ses écritures d'appel.

---

## EN DROIT

1. L'appel est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 296 et 300 LPC).
2. Il convient, en premier lieu, de déterminer si le jugement entrepris a été rendu en premier ou en dernier ressort et, ainsi, si la Cour est saisie d'un appel ordinaire (art. 291 LPC) ou d'un appel extraordinaire (art. 292 LPC).

**2.1.** Selon l'art. 26 LOJ, tous les incidents se jugent en dernier ressort, sauf ceux relatifs au renvoi des affaires devant les différentes chambres du tribunal, sur lesquels aucun recours n'est admis, et ceux relatifs à la compétence, qui sont toujours rendus en premier ressort.

Est un jugement sur incident proprement dit le jugement qui tranche une difficulté procédurale survenue à propos de l'instruction, mais qui n'a pas trait à une mesure d'instruction; est un jugement sur incident improprement dit un jugement qui, écartant une fin de non-recevoir, conduit à la poursuite de la procédure et à l'examen du fond de la contestation (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, Commentaire de la Loi de procédure civile genevoise, n. 8, 8bb, 10 et 11 ad art. 291 LPC). Un jugement partiel ou interlocutoire (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., n. 6 ad art. 143 LPC) tranche une question préalable ou préjudicielle relevant du fond du droit. Autrement dit, il porte sur une étape du raisonnement juridique relatif au bien-fondé de la demande et se distingue ainsi d'un jugement sur incident *stricto sensu*. Lorsque la valeur litigieuse dépasse 8'000 fr. (art. 22 al. 2 LOJ), la Cour admet l'appel ordinaire immédiat d'un tel jugement (art. 291 LPC; SJ 1989 p. 292, consid. 1).

L'art. 26 LOJ ne précise pas la notion d'incident. Il doit toutefois être admis qu'il s'étend à la fois aux incidents de procédure proprement dits (pour autant qu'ils ne soient pas assimilés à des ordonnances préparatoires contre lesquelles l'appel immédiat est prohibé) et aux fins de non-recevoir dirigées contre l'instance (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., n. 4 ad art. 97 LPC).

Les fins de non-recevoir sont les moyens dirigés contre l'instance et tendent à ce que le tribunal déclare la demande irrecevable; elles peuvent être péremptoires, dilatoires ou mixtes. L'autorité de chose jugée est une fin de non-recevoir péremptoire; elle emporte l'irrecevabilité de la demande (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., 2b ad art. 97 LPC; cf. art. 59 al. 2 let. e CPC dès le 1<sup>er</sup> janvier 2011).

Le jugement entrepris, qui statue sur la question de l'autorité de la chose jugée, est donc bien un incident au sens de l'art. 26 LOJ, de sorte qu'il a été rendu en dernier ressort.

**2.2.** Seul est en conséquence ouvert l'appel extraordinaire pour violation de la loi (art. 292 al. 1 lit. c LPC).

Aux termes de cette dernière disposition, la Cour ne peut revoir la décision attaquée que si celle-ci consacre une violation de la loi, respectivement une appréciation arbitraire d'un point de fait (SJ 1991 p. 13). La nature de l'appel extraordinaire implique que la Cour ne statue que dans les limites des moyens articulés par les parties; elle ne peut, sans être saisie d'un grief adéquat, corriger une violation de la loi dans le jugement attaqué (SJ 1990 p. 594; BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., n. 6 ad art. 292 LPC). Par ailleurs, elle est liée par les faits constatés par le Tribunal, à moins que l'appréciation du juge inférieur ne soit arbitraire ou formellement contredite par les pièces ou les témoignages; en d'autres termes, son réexamen correspond à un contrôle sous l'angle de l'arbitraire (SJ 1981 p. 88 consid. 3).

S'agissant plus particulièrement de l'examen des questions de droit, la jurisprudence applique traditionnellement le principe de la *favor judicii* : ainsi, devant un texte susceptible de plusieurs interprétations, la Cour évite de condamner le choix du premier juge; elle ne voit pas non plus de violation de la loi dans le fait que l'instance inférieure a tranché dans un sens - plutôt que dans un autre - une question controversée en doctrine (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., n. 8 ad art. 292 LPC). L'introduction du Code de procédure civile suisse, dès le 1<sup>er</sup> janvier 2011, entraînera certes l'abandon du principe de la *favor judicii* (CHAIX, Introduction au recours de la nouvelle procédure civile fédérale, SJ 2009 II 270). En l'état, il convient néanmoins de s'en tenir au droit actuellement en vigueur et à la jurisprudence qui en est déduite.

- 3.** **3.1.** L'art. 8 CC confère à la partie chargée du fardeau de la preuve la faculté de prouver ses allégations dans les contestations relevant du droit civil fédéral (ATF 115 II 300 consid. 3), pour autant qu'elle ait formulé un allégué régulier selon le droit de procédure, que les faits invoqués soient juridiquement pertinents au regard du droit matériel et que l'offre de preuve correspondante satisfasse, quant à sa forme et à son contenu, aux exigences du droit cantonal (ATF 126 III 315 consid. 4a; 122 III 219 consid. 3c et les références). Cette disposition ne prescrit cependant pas quelles sont les mesures probatoires qui doivent être ordonnées ni ne dicte au juge comment il doit former sa conviction. Il n'y a pas de violation de l'art. 8 CC, si une mesure probatoire a été refusée à la suite d'une appréciation anticipée des preuves (ATF 129 III 18 consid. 2.6, SJ 2003 I 208), lorsque le juge est convaincu que le moyen proposé, à supposer même qu'il aboutisse, ne pourrait modifier son opinion (ATF 5P.300/2004 du 24 septembre 2004 consid. 2.2 et les arrêts cités; BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., n. 3 ad art. 196 LPC). Autrement dit, si un tribunal dispose des connaissances nécessaires

---

pour rendre une décision conforme aux faits, il peut renoncer à des preuves supplémentaires (ATF 130 III 734 consid. 2.2.3, SJ 2005 I 79).

**3.2.** En l'espèce, l'appelant a sollicité en première instance la comparution personnelle des parties et l'audition de témoins. Il n'indique toutefois pas dans quelle mesure les mesures qu'il a réclamées auraient été pertinentes ou de nature à influencer l'issue du litige sur la question de l'identité de parties entre la présente procédure et la procédure arbitrale litigieuse. De surcroît, l'appelant ne sollicite plus, en appel, l'audition de témoins, ce qui indique que lui-même ne considère plus cette mesure comme étant nécessaire.

Partant, il apparaît que le premier juge n'a pas violé le droit à la preuve de l'appelant en n'ordonnant pas les mesures probatoires sollicitées et en procédant à une appréciation anticipée des preuves.

- 4.** **4.1.** Il y a autorité de la chose jugée, entraînant l'irrecevabilité de la demande (ATF 121 III 474 consid. 2 et les références citées, SJ 1996 I 290; ATF 105 II 149 consid. 4), lorsque la prétention litigieuse a déjà fait l'objet d'une décision passée en force; c'est le cas lorsque, dans l'un et l'autre procès, les mêmes parties ont soumis au juge la même prétention en se fondant sur les mêmes faits (ATF 125 III 241 consid. 1; 121 III 474 consid. 4a; 119 II 89 consid. 2a; 116 II 738 consid. 2a et les arrêts cités).

L'identité de parties suppose que, dans les deux procès, les parties aient été les mêmes et qu'elles aient plaidé dans la même qualité; en particulier, il y a identité de parties lorsque l'une d'entre elles n'avait pas personnellement qualité pour agir ou pour défendre, mais agissait "*ès qualités*" aux droits et charges de la personne représentée; le critère de l'identité des parties est ainsi matériel et non pas formel et vise à déterminer la similitude effective des parties en litige (ATF 123 III 16, JT 1999 I 99; BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., n. 13 ad ancien art. 99 LPC).

Lorsqu'une société anonyme est reprise par une société acquérant toutes les actions de la première, il n'y a pas cession au sens de l'art. 181 CO, puisque l'achat d'actions ne constitue pas un transfert d'une entreprise avec actif et passif (ATF 86 II 89, consid. 1; PROBST, Commentaire romand, n. 3 ad art. 181 CO; TSCHÄNI, Basler Kommentar, n. 6 ad art. 181 CO).

Quant à la fusion entre sociétés de capitaux, elle requiert un contrat conclu en la forme écrite par les organes de direction ou d'administration des deux sociétés et approuvé par les assemblées générales des deux entités (art. 12 LFus).

**4.2.** En l'espèce, l'intimée et la société qui a opposé l'appelant dans la procédure arbitrale sont formellement deux sociétés distinctes. Le fait que ces deux sociétés

aient un même but, un même animateur et un même siège ne permet pas d'en déduire qu'il y aurait identité des parties.

En ce qui concerne l'argument de l'appelant, selon lequel l'intimée serait le successeur juridique de la société qui a opposé l'appelant dans la procédure arbitrale, le premier juge a retenu qu'il n'en avait pas apporté la preuve.

L'intimée a certes été acquise, en date du 13 juin 2001, par la société qui a opposé l'appelant dans la procédure arbitrale (cf. let. B.a.). L'appelant se contente de reprendre son argumentation de première instance, à savoir que l'intimée serait successeur juridique, en raison de la seule acquisition de son capital-actions par la société qui a opposé l'appelant dans la procédure arbitrale. Or, conformément à la jurisprudence et la doctrine précitées, la simple acquisition du capital-actions d'une société anonyme par une autre n'emporte pas cession au sens de l'art. 181 CO. Au surplus, l'appelant n'allègue pas que le Tribunal aurait retenu ou apprécié les faits de façon arbitraire; il n'a, ni en première instance ni en appel, formulé d'autres allégués tendant à prouver que l'intimée aurait été cédée au sens de l'art. 181 CO. Enfin, l'existence d'un contrat de fusion n'a jamais été invoquée par l'appelant.

Partant, le raisonnement du Tribunal échappe à toute critique.

**5.** L'appel sera par conséquent rejeté.

L'appelant, qui succombe, sera dès lors condamné aux dépens d'appel, lesquels comprennent une indemnité de procédure à titre de participation aux honoraires d'avocat de sa partie adverse (art. 176 al. 1 et 181 LPC).

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS,**

**LA COUR :**

**A la forme :**

Déclare recevable l'appel interjeté par X\_\_\_\_\_ contre le jugement JTPI/6051/2010 rendu le 12 mai 2010 par le Tribunal de première instance dans la cause C/13302/2009-9.

**Au fond :**

Le rejette.

Condamne X\_\_\_\_\_ aux dépens d'appel comprenant une indemnité de procédure de 3'000 fr. à titre de participation aux honoraires d'avocat d'Y\_\_\_\_\_ SA EN LIQUIDATION.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

**Siégeant :**

Monsieur François CHAIX, président; Monsieur Jean RUFFIEUX et Monsieur Jean-Marc STRUBIN, juges; Madame Nathalie DESCHAMPS, greffière.

Le président :

François CHAIX

La greffière :

Nathalie DESCHAMPS

**Indication des voies de recours :**

*Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière civile; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110). Il connaît également des recours constitutionnels subsidiaires; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 113 à 119 et 90 ss LTF. Dans les deux cas, le recours motivé doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué. L'art. 119 al. 1 LTF prévoit que si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.*

*Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.*

*Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 30'000 fr.*