

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/25594/2011

ACJC/1101/2012

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MERCREDI 8 AOÛT 2012

Entre

A _____ **SARL**, sise _____ à Genève, recourante contre un jugement rendu par la 18ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 3 avril 2012, comparant par Me Grégoire Rey, avocat, rue De-Candolle 6, 1205 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

Monsieur B _____, domicilié _____ à Genève, intimé, comparant par Me Pascal Junod, avocat, rue de la Rôtisserie 6, 1204 Genève, en l'étude duquel il fait élection de domicile,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 10.08.2012.

EN FAIT

- A.** Par jugement du 3 avril 2012, expédié pour notification aux parties le 16 avril 2012, le Tribunal de première instance a débouté A_____ Sàrl des fins de sa requête (ch. 1 du dispositif), a arrêté les frais judiciaires à 750 fr. et les a compensés avec l'avance fournie par celle-ci (ch. 2), les a laissés à sa charge (ch. 3), a condamné A_____ Sàrl à payer à B_____ 3'000 fr. TTC à titre de dépens (ch. 4) et a débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 5).

En substance, le Tribunal a retenu que le montant de la créance ne résultait pas de façon précise de la convention conclue entre les parties. Par ailleurs, la clause de non-concurrence assortie d'une peine conventionnelle mentionnait uniquement la possibilité pour A_____ Sàrl de réclamer le paiement d'une peine équivalant au montant de la cession du fonds de commerce et réservait au demeurant un dommage supplémentaire. Aucune pièce produite ne valait dès lors reconnaissance de dette.

- B. a.** Par acte expédié par voie électronique le 24 avril 2012, A_____ Sàrl recourt contre ce jugement dont elle sollicite l'annulation. Elle conclut, préalablement à ce que l'effet suspensif soit ordonné et, au fond, principalement, au prononcé de la mainlevée provisoire de l'opposition formée par B_____ au commandement de payer, poursuite no 11 _____ S, avec suite de frais et dépens, et, subsidiairement, au renvoi de la cause au Tribunal de première instance pour nouvelle décision. Plus subsidiairement, A_____ Sàrl sollicite que les dépens soient réduits "*en tenant compte des circonstances d'espèce*".

Elle fait valoir que le premier juge a manifestement établi les faits de manière arbitraire en retenant que le montant de la créance n'était pas clair, alors même que la clause pénale prévoyait expressément le paiement par B_____ de 650'000 fr., auxquels s'ajoutent 250'000 fr. payés en "*industrie par une année de travail bénévole*". Elle indique également avoir rendu vraisemblable que B_____ avait poursuivi une activité concurrente, en violation de ses engagements contractuels.

A_____ Sàrl a produit un chargé de pièces déjà versées à la procédure de première instance.

- b.** Le 27 avril 2012, la Cour a refusé d'entrer en matière sur la demande d'effet suspensif.

- c.** Dans sa réponse du 14 juin 2012, B_____ conclut à la confirmation du jugement entrepris et au rejet de la demande de mainlevée provisoire avec suite de frais et dépens.

Il fait valoir que seules des mesures provisionnelles ont été prononcées par la Cour de justice, considérant comme vraisemblable une atteinte à la raison de commerce et une activité concurrente, alors que la demande au fond est toujours pendante devant cette même autorité.

B_____ soutient que c'est à juste titre que le Tribunal de première instance a considéré que la clause pénale contenue dans la convention signée par les parties ne constituait pas un titre de mainlevée. Il indique également que la clause ne prévoit que le principe du paiement d'une peine conventionnelle, sans en fixer le montant. Pour le surplus, B_____ a contesté devoir un quelconque montant à ce titre à A_____ Sàrl.

Il a produit, outre le jugement querellé, deux pièces non soumises au premier juge.

d. Les parties ont été informées le 15 juin 2012 par le greffe de la Cour de justice de la mise en délibération de la cause.

C. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure de première instance :

a. Le 28 décembre 2010, B_____, d'une part, et A_____ Sàrl, C_____, D_____, E_____, d'autre part, ont conclu une convention de reprise d'activité commerciale du commerce "X_____".

Les parties sont convenues que C_____ et D_____ reprenaient l'intégralité de l'entreprise, B_____ souhaitant "*se retirer des affaires*", "*moyennant le paiement supplémentaire (en sus du travail effectué bénévolement par C_____ pendant une année) de CHF 250'000.- pour le fonds de commerce, ainsi que le rachat du stock, à une valeur qui serait estimée sur inventaire*" (ch. 1.6 de la convention).

Selon le titre II de la convention, B_____ a cédé aux repreneurs l'ensemble des biens, contrats, valeurs, biens immatériels et matériels, pour la somme de 250'000 fr., le stock ayant été estimé en sus à 400'000 fr. (ch. 2.1 et 2.2 de la convention).

Par ailleurs, B_____ s'est engagé à cesser toute activité dès la signature de la convention et s'est interdit d'effectuer toute activité concurrente à celle effectuée par les repreneurs, dans le secteur d'activité comprenant tout le territoire du Canton de Genève, et ce pendant une durée minimale de 3 ans.

La violation de la clause de prohibition de concurrence entraîne "*le droit, pour les cessionnaires, de réclamer le paiement d'une peine conventionnelle équivalant au montant de la cession du fonds de commerce. Un dommage supplémentaire est réservé*" (ch. 4.3 de la convention).

b. Suite au dépôt par A_____ Sàrl de mesures provisionnelles, la Cour de justice, par arrêt du 25 mars 2011, a notamment donné acte à B_____ de son engagement à faire effacer toutes les données relatives à son ancienne entreprise,

et lui a ordonné de supprimer toute mention de "X_____" de tout support et de cesser immédiatement tout démarchage à l'égard des clients de A_____ Sàrl.

La Cour a en particulier retenu que A_____ Sàrl avait rendu vraisemblable une violation par B_____ de la clause de non-concurrence contenue dans la convention et le risque qu'elle se poursuive à l'avenir, et que B_____ avait fait des actes de concurrence déloyale.

Par ordonnance du 16 août 2011, saisie d'une nouvelle requête de mesures provisionnelles, la Cour de justice a fait interdiction à B_____ d'utiliser et/ou de transmettre à des tiers des fichiers ou des listes concernant les clients de A_____ Sàrl sous quelque support que ce soit, sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP.

La Cour a considéré que B_____ s'était livré à des actes de concurrence déloyale.

c. Le 27 septembre 2011, A_____ Sàrl a fait notifier à B_____ un commandement de payer, poursuite no 11 _____ S, portant sur la somme de 250'000 fr, plus intérêts à 5% dès le 28 décembre 2010.

Concernant la cause de l'obligation, il est mentionné : "*exécution de la clause pénale pour violation de prohibition de concurrence, selon convention du 28.12.10*".

B_____ a formé opposition le même jour.

d. Par requête expédiée le 18 novembre 2011 au greffe du Tribunal de première instance, A_____ Sàrl a requis le prononcé de la mainlevée provisoire de l'opposition faite au commandement de payer.

e. A l'audience du 5 mars 2012, A_____ Sàrl a persisté dans sa demande, précisant que le titre de mainlevée était constitué par la convention signée entre les parties.

Pour sa part, B_____ a indiqué qu'il n'existait pas de titre permettant de prononcer la mainlevée.

Le Tribunal de première instance a gardé la cause à juger à l'issue de l'audience.

D. Les arguments des parties seront repris dans la mesure utile ci-après.

EN DROIT

1. **1.1** S'agissant d'une procédure de mainlevée, seule la voie du recours est ouverte (art. 319 let. a et 309 let. b ch. 3 CPC). La procédure sommaire s'applique (art. 251 let. a CPC).

Aux termes de l'art. 321 al. 1 et 2 CPC, le recours, écrit et motivé, doit être introduit auprès de l'instance de recours dans les dix jours à compter de la notification de la décision motivée, pour les décisions prises en procédure sommaire. En ce qui concerne les conclusions, les exigences pour des parties comparant en personne sont peu élevées; il suffit que la requête contienne une formulation permettant de déduire comment l'autorité de recours devrait trancher. Une motivation exprimant de manière rudimentaire pour quel(s) motif(s) la décision querellée est erronée selon le recourant suffit (OGer ZH PF110034 du 22 août 2011 consid. 3.2.; voir ég. FREIBURGHAUS/AFHELDT, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., 2010, n. 15 ad art. 321 ZPO).

A Genève, la Chambre civile de la Cour de justice est l'instance compétente pour connaître d'un recours (art. 120 al. 1 let. a LOJ).

1.2 Déposé dans la forme et le délai prescrit, le recours est recevable à la forme.

2. **2.1** Dans le cadre d'un recours, le pouvoir d'examen de la Cour est limité à la violation du droit et à la constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 CPC).

L'autorité de recours a un plein pouvoir d'examen en droit, mais un pouvoir limité à l'arbitraire en fait, n'examinant par ailleurs que les griefs formulés et motivés par le recourant (HOHL/DE PORET/BORTOLASO/AGUET, Procédure civile, Tome II, 2^{ème} édition, Berne, 2010, n. 2307).

Par ailleurs, le recours étant instruit en procédure sommaire (art. 251 let. a CPC), la maxime des débats s'applique et la preuve des faits allégués doit être apportée par titre (art. 55 al. 1 et 254 CPC). En outre, la maxime de disposition s'applique (art. 58 al. 1 CPC).

Les conclusions, les allégations de faits et les preuves nouvelles sont irrecevables (art. 326 al. 1 CPC). Partant, pour examiner si la loi a été violée, la Cour doit se placer dans la situation où se trouvait le premier juge lorsque celui-ci a rendu la décision attaquée.

2.2 Les pièces 2 et 3 produites par l'intimé n'ont pas été soumises au premier juge, de sorte qu'elles seront écartées des débats, ainsi que les allégués de fait s'y rapportant.

-
3. La violation de l'interdiction de l'arbitraire peut consister en un état de faits incomplet, car l'autorité précédente viole le droit matériel en n'établissant pas tous les faits pertinents pour l'application de celui-ci (ATF 134 V 53 consid. 4.3). En matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, une décision n'est arbitraire que si le juge n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, s'il a omis, sans raison sérieuse, de tenir compte d'un moyen important propre à modifier la décision attaquée ou encore si, sur la base des éléments recueillis, il a fait des déductions insoutenables (ATF 129 I 8 consid. 2.1; arrêts du Tribunal fédéral 4A_449/2010 consid. 4.1 = Pra 2011 p. 445, 4A_194/2009 consid. 5.1.3 = RSPC 2009 p. 368 et 5P.341/2006 consid. 3.2 = RSPC 2007 p. 182) et que la décision s'en trouve viciée dans son résultat (ATF 124 IV 86 consid.2a; arrêt du Tribunal fédéral 5P.341/2006 consid. 3.2 = RSPC 2007 p. 182).
4. **4.1** Le créancier dont la poursuite se fonde sur une reconnaissance de dette constatée par acte authentique ou sous seing privé peut requérir la mainlevée provisoire (art. 82 al. 1 LP).

Le juge prononce la mainlevée si le débiteur ne rend pas immédiatement vraisemblable sa libération (art. 82 al. 2 LP).

Il doit vérifier d'office notamment l'existence matérielle d'une reconnaissance de dette, l'identité entre le poursuivant et le créancier désigné dans ce titre, l'identité entre le poursuivi et le débiteur désigné et l'identité entre la prétention déduite en poursuite et la dette reconnue (GILLIERON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 73 s. ad art. 82 LP). Dans cette mesure, la Cour applique librement le droit (arrêt du Tribunal fédéral du 7 octobre 2005 np 5P.174/2005).

La procédure de mainlevée provisoire est une procédure sur pièces (Urkundenprozess), dont le but n'est pas de constater la réalité de la créance en poursuite, mais l'existence d'un titre exécutoire : le créancier ne peut motiver sa requête qu'en produisant le titre et la production de cette pièce, considérée en vertu de son contenu, de son origine et des caractéristiques extérieures comme un tel titre, suffit pour que la mainlevée soit prononcée si le débiteur n'oppose pas et ne rend pas immédiatement vraisemblable des exceptions. Le juge de la mainlevée provisoire examine donc seulement la force probante du titre produit par le créancier, sa nature formelle - et non la validité de la créance - et lui attribue force exécutoire si le débiteur ne rend pas immédiatement vraisemblables ses moyens libératoires (ATF 132 III 140 consid. 4.1.1 p. 142).

En outre, le poursuivant doit alléguer et prouver sa créance et son exigibilité au jour du dépôt de sa réquisition de poursuite, ainsi que son droit d'exercer la

poursuite, autrement dit le poursuivant doit prouver les faits qu'il allègue pour en déduire son droit (GILLIERON, op. cit., n. 95 ad art 82 LP).

4.2 Constitue une reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 LP, l'acte signé par le poursuivi - ou son représentant - duquel il ressort sa volonté de payer au poursuivant, sans réserve ni condition, une somme d'argent déterminée ou aisément déterminable et exigible au moment de la réquisition de poursuite (ATF 130 III 87 consid. 3.1 et les références citées; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4^{ème} édition, 1997, n. 10 ad art. 82 LP). L'acte doit également comporter la signature du débiteur ou de son représentant.

La reconnaissance de dette peut découler du rapprochement de plusieurs pièces, pour autant que les éléments nécessaires en résultent (ATF 122 II 126 consid. 2; SJ 2004 I 209 consid. 3.1; arrêt du Tribunal fédéral 5P.290/2006 du 12.10.2006 consid. 3.1.2; PANCHAUD/CAPREZ, La mainlevée d'opposition, 2^{ème} édition, 1980, p. 2).

Un contrat écrit stipulant une peine conventionnelle (art. 160 CO) peut constituer, si la preuve de l'inexécution de la prestation promise est rapportée par titre, une reconnaissance de dette (GILLIERON, op. cit., n. 56 ad art. 82 LP; PANCHAUD/CAPREZ, op. cit., § 85 p. 209; STAEHELIN, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 1998, n. 110 ad art. 82 LP). Le juge prononcera la mainlevée provisoire, à moins que le montant de la peine n'apparaisse comme évidemment et grossièrement disproportionné ou exagéré par rapport au dommage (JdT 1978 II 93, JdT 1946 II 16). En présence d'une clause pénale manifestement exagérée, le juge de la mainlevée doit se borner à refuser la mainlevée. Il ne peut, en effet, ni accorder la mainlevée pour une somme qui est encore incertaine, ni trancher la question de la réduction qui concerne le juge de fond (JdT 1965 II 63; PANCHAUD/CAPREZ, op. cit., § 85). Le rôle du juge de la mainlevée ne consiste pas à interpréter des contrats ou d'autres documents, mais d'accorder rapidement, après un examen sommaire des faits et du droit, une protection provisoire au requérant dont la situation paraît claire (JdT 1969 II 32).

L'art. 163 al. 3 CO impose au juge de réduire la clause pénale excessive. Le motif principal d'une telle intervention réside dans le fait que les limites légales à la liberté contractuelle prévues aux art. 19 et 20 CO concernent la situation existante lors de la conclusion du contrat, alors que l'on ne peut juger valablement du bien-fondé de la peine conventionnelle qu'après la violation du contrat (JdT 1989 I 74). Une intervention du juge dans le contrat ne se justifie cependant que si le montant fixé est si élevé qu'il dépasse toute mesure raisonnable compatible avec le droit et l'équité (MOOSER, Commentaire romand, CO I, 2003, n. 8 ad art. 163 CO).

Pour juger du caractère excessif de la peine conventionnelle, il ne faut pas raisonner abstraitement, mais, au contraire, prendre en considération toutes les circonstances concrètes de l'espèce (ATF 133 III 201 consid. 5.2). Il y a ainsi lieu de tenir compte notamment de la nature et de la durée du contrat, de la gravité de la faute et de la violation contractuelle, de la situation économique des parties, singulièrement de celle du débiteur. Il convient également de ne pas perdre de vue les éventuels liens de dépendance résultant du contrat et l'expérience en affaires des parties. La protection de la partie économiquement faible autorise davantage une réduction que si sont concernés des partenaires économiquement égaux et habitués des affaires (ATF 133 III 43 consid. 3.3.2 et 4.2). Le juge pourra, par ailleurs, tenir compte de l'étendue du dommage (ATF 103 II 129; MOOSER, op. cit., n. 8 ad art. 163 CO).

4.3 En l'espèce, la recourante a sollicité le prononcé de la mainlevée provisoire de l'opposition formée au commandement de payer notifié à l'intimé, en se fondant sur la convention de reprise d'activité conclue le 28 décembre 2010. Ce contrat a été dûment signé par l'intimé notamment. Il prévoit entre autre que l'intimé a cédé aux repreneurs, dont la recourante, le fonds de commerce et le rachat du stock, éléments estimés respectivement à 250'000 fr. et 400'000 fr (art. 1.6, 2.1. et 2.2. de la convention). Par ailleurs, l'intimé s'est engagé à cesser toute activité dès la signature du contrat et s'est interdit d'effectuer toute activité concurrente à celle effectuée par les repreneurs, dans le secteur d'activité comprenant tout le territoire du Canton de Genève, pendant une durée minimale de 3 ans. Les parties sont ainsi convenues que la violation de la clause de prohibition de concurrence entraînait *"le droit pour les cessionnaires de réclamer le paiement d'une peine conventionnelle équivalant au montant de la cession du fonds de commerce"*, un dommage supplémentaire ayant pour le surplus été réservé (art. 4.3 de la convention).

Se fondant sur ce contrat, le premier juge a retenu que le titre produit ne mentionnait pas le montant de la créance de façon claire. Ce faisant, il s'est trompé sur le sens et la portée de la convention liant les parties, dès lors que la peine conventionnelle a été fixée au montant correspondant à la cession du fonds de commerce, soit à tout le moins 250'000 fr. Comme il n'appartient pas au juge de la mainlevée d'interpréter un contrat, le montant exact du fonds de commerce peut rester indécis.

Le montant de la peine n'apparaît pas être disproportionné; sur ce point, la Cour relève que l'intimé s'est borné à contester devoir une quelconque somme à la recourante, mais n'a pas allégué que la clause pénale aurait été excessive.

Par ailleurs, il ressort des titres produits par la recourante que l'intimé a violé à répétition son engagement de non-concurrence, puisque la Cour de justice a, suite au dépôt de deux requêtes de mesures provisionnelles, constaté, *prima*

facie, que l'intimé s'est livré à des actes de concurrence déloyale. La recourante a dès lors rendu vraisemblable que l'intimé a poursuivi une activité concurrente. Il importe peu à cet égard que la demande au fond soit toujours pendante, puisque le degré de preuve requis en procédure sommaire se limite à la vraisemblance.

Il découle de ce qui précède que les parties ont prévu non seulement le principe d'une peine conventionnelle à payer par l'intimé à la recourante, mais également son montant. Cet accord, signé par l'intimé, vaut ainsi reconnaissance de dette, au sens de la jurisprudence et de la doctrine sus rappelées.

Le recours sera par conséquent admis et la mainlevée provisoire de l'opposition faite au commandement de payer sera prononcée, à concurrence de 250'000 fr., plus intérêts à 5% dès le 28 décembre 2010.

5. L'intimé, qui succombe, sera condamné aux frais de première instance et d'appel (art. 95 al. 1 CPC et 106 al. 1 et 3 CPC).

En vertu de l'art. 61 al. 1 OELP, la juridiction supérieure à laquelle sont déférées les décisions rendues dans une procédure sommaire en matière de poursuite (art. 251 CPC) peut prélever un émolument n'excédant pas une fois et demie l'émolument que peut prélever l'autorité de première instance.

Les frais judiciaires de première instance ayant été fixés à 750 fr., l'émolument de décision d'appel sera fixé à 1'125 fr. Les frais des deux instances seront mis à la charge de l'intimé, compensés avec les avances de frais opérées par la recourante (art. 111 CPC). L'intimée sera condamnée à payer ces sommes à la recourante.

L'intimée sera également condamnée aux dépens de l'intimée assistée d'un conseil devant la Cour et devant le Tribunal de première instance, arrêtés à 4'000 fr., débours et TVA compris pour les deux instances (art. 96 et 105 al. 2 CPC; art. 85 et 89, 90 du règlement fixant le tarif des greffes en matières civile du 22 décembre 2010, E 1 05.10).

6. La valeur litigieuse, au sens de l'art. 51 LTF, est supérieure à 30'000 fr.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre civile :**

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté par A_____ Sàrl contre le jugement JTPI/5246/2012 rendu le 3 avril 2012 par le Tribunal de première instance dans la cause C/25594/2011-18 SML.

Déclare irrecevables les pièces 2 et 3 produites par B_____, ainsi que les allégués de fait s'y rapportant.

Au fond :

Annule ce jugement.

Statuant à nouveau :

Prononce la mainlevée provisoire de l'opposition formée au commandement de payer, poursuite no 11 _____ S.

Arrête les frais judiciaires de première instance et d'appel à 1'875 fr., et les met à charge de B_____, compensés avec les avances de frais fournies, acquises à l'Etat.

Condamne B_____ à payer en conséquence 1'875 fr. à A_____ Sàrl.

Condamne B_____ à verser 4'000 fr. à A_____ Sàrl à titre de dépens de première instance et d'appel.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Monsieur Pierre CURTIN, président; Madame Nathalie LANDRY-BARTHE et Madame Daniela CHIABUDINI, juges; Madame Céline FERREIRA, greffière.

Le président :

Pierre CURTIN

La greffière :

Céline FERREIRA

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

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.