COUR DE CASSATION LM

CHAMBRE MIXTE

Audience publique du 29 octobre 2021Rejet

Mme ARENS, première présidente

Arrêt n° 287 B+R
Pourvoi n° U 19-18.470

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, siégeant en CHAMBRE MIXTE, DU 29 OCTOBRE 2021

1°/ la société ATC Agri terroir communication, société par actions simplifiée, dont le siège est [Adresse 2],

2°/ la société X-média développement, société par actions simplifiée, dont le siège est [Adresse 3],

ont formé le pourvoi n° U 19-18.470, contre l'arrêt rendu le 2 avril 2019 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 8), dans le litige les opposant :

1°/ à M. [H] [W],

2°/ à Mme [D] [L], épouse [W],

domiciliés tous deux [Adresse 7],

3°/ à Mme [M] [W], épouse [G], domiciliée [Adresse 6],

4°/ à Mme [T] [O], domiciliée [Adresse 8],

5°/ à M. [P] [W], domicilié [Adresse 5],

6°/ à la société MBO & Co, anciennement dénommée MBO partenaires, société par actions simplifiée, dont le siège est [Adresse 4], représentant le MBO capital 2FCPR, fonds commun de placement à risque,

7°/ la société Aucteor finance, société par actions simplifiée, dont le siège est [Adresse 1],

défendeurs à la cassation.

Par arrêt du 14 avril 2021 la chambre commerciale a renvoyé le pourvoi devant une chambre mixte. La première présidente a, par ordonnance du 6 octobre 2021, indiqué que cette chambre mixte serait composée des première, troisième chambres civiles et de la chambre commerciale.

Les sociétés ATC Agri terroir communication et X-média développement, demanderesses, invoquent, devant la chambre mixte, les moyens de cassation annexés au présent arrêt.

Ces moyens ont été formulés dans un mémoire déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Alain Bénabent, avocat des sociétés ATC Agri terroir communication et X-média développement.

Un mémoire en défense a été déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, avocat de la société MBO & Co, anciennement dénommée MBO partenaires, représentant le fonds commun de placement à risque MBO capital 2FCPR.

Un mémoire en défense a été déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat de MM. [H] et [P] [W], de Mmes [D], [M] [W] et de Mme [O].

Un mémoire complémentaire, après dépôt du rapport et de l'avis, a été déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat de MM. [H] et [P] [W], de Mmes [D], [M] [W] et de Mme [O].

Le rapport écrit de M. Mornet, conseiller, et l'avis écrit de Mme Guéguen, premier avocat général, ont été mis à la disposition des parties.

Sur le rapport de M. Mornet, conseiller, assisté de Mme Ploffoin, auditeur au service de documentation, des études et du rapport, les observations de la SCP Alain Bénabent, de la SCP Lyon-Caen et Thiriez et de la SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, et l'avis de Mme Guéguen, premier avocat général, auquel les parties, invitées à le faire, n'ont pas souhaité répliquer, après débats en l'audience publique du 15 octobre 2021 où étaient présents Mme Arens, première présidente, Mme Mouillard, M. Chauvin, Mme Teiller, présidents, M. Mornet, conseiller rapporteur, MM. Rémery, Maunand, Mme Duval-Arnould, doyens de chambre, Mmes Nési, Bélaval, M. Jessel, Mmes Michel-Amsellem, Kerner-Menay, conseillers, Mme Guéguen, premier avocat général, et Mme Mégnien, greffier fonctionnel-expert,

la Cour de cassation, siégeant en chambre mixte, composée de la première présidente, des présidents, des doyens de chambre et des conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 2 avril 2019), le capital de la société X-média développement (la société XMD) était détenu à hauteur de 45 % par M. [H] [W], ayant dirigé la société jusqu'en 2007, de 35 % par la société MBO partenaires, devenue MBO & Co, représentant le MBO capital 2FCPR, fonds commun de placement à risques, et de 20 % par l'épouse et les enfants de M. [H] [W], Mme [D] [L], Mme [M] [W], Mme [T] [O] et M. [P] [W]. L'épouse et les enfants ont donné mandat à M. [H] [W] de céder leurs actions.

2. Par un protocole de cession rédigé par la société Aucteor finance, conclu le 7 mars 2012, la société ATC Agri terroir communication (la société ATC) s'est engagée à acheter l'ensemble des actions de la société XMD. Le 15 avril 2012, le contrôle de la société XMD et de ses filiales est passé au cessionnaire en exécution de ce protocole.

3. Estimant que le projet de départ du nouveau directeur général de la société XMD leur avait été dissimulé, ce qui caractérisait un dol, les sociétés ATC et XMD ont assigné M. [H] [W] et la société Aucteor finance en annulation de la cession des actions et paiement de dommages-intérêts. Ces sociétés ont appelé en intervention, sur le même fondement du dol, l'épouse et les enfants de M. [H] [W] et la société MBO partenaires. Elles ont ensuite renoncé à demander

l'annulation de la cession et limité leur demande à des dommages-intérêts.

Examen des moyens

Sur le premier moyen, le deuxième moyen, pris en sa première branche, et le troisième moyen, ci-après annexés

4. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces griefs qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Sur le deuxième moyen, pris en sa seconde branche

Enoncé du moyen

5. Les sociétés ATC et XMD font grief à l'arrêt de limiter la condamnation de M. [H] [W] au profit de la société ATC à la somme de 400 000 euros à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice résultant du dol et de rejeter le surplus des demandes de la société ATC à l'encontre de l'épouse et des enfants de M. [H] [W], alors « qu'en toutes hypothèses, le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné ; que les manoeuvres dolosives du mandataire, déterminantes du consentement du cocontractant, sont opposables au mandant ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a expressément relevé que "l'épouse et les enfants de M. [W]" avaient "donné mandat à M. [W] de céder leurs actions X-Média" ; qu'en déboutant cependant la société ATC de sa demande tendant à voir condamner l'épouse et les enfants de M. [W], solidairement avec ce dernier, au paiement de dommages et intérêts au titre du dol, au motif inopérant qu'aucun élément ne permettait de retenir que "ces derniers ont personnellement participé aux arrangements dolosifs", quand ces agissements avaient été accomplis dans les limites du mandat conféré à M. [H] [W], la cour d'appel a violé l'article 1998 du code civil. »

Réponse de la Cour

6. La victime du dol peut agir, d'une part, en nullité de la convention sur le fondement des articles 1137 et 1178, alinéa 1er, du code civil (auparavant de l'article 1116 du même code, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016), d'autre part, en réparation du préjudice sur le fondement des articles 1240 et 1241 du code civil (auparavant des articles 1382 et 1383 du même code).

7. Si le mandant est, en vertu de l'article 1998 du code civil, contractuellement responsable des dommages subis du fait de l'inexécution des engagements contractés par son mandataire dans les limites du mandat conféré, les manoeuvres dolosives du mandataire, dans l'exercice de son mandat, n'engagent la responsabilité du mandant que s'il a personnellement commis une faute, qu'il incombe à la victime d'établir.

8. Après avoir retenu l'existence de manoeuvres dolosives de la part de M. [H] [W] pour ne pas avoir révélé à l'acquéreur le projet de départ du directeur général de la société XMD et estimé qu'aucun élément ne permettait d'établir que l'épouse et les enfants du mandataire avaient personnellement participé aux arrangements dolosifs, ce dont il résultait qu'aucune faute de leur part n'était démontrée, la cour d'appel en a exactement déduit que leur responsabilité civile ne pouvait être engagée du seul fait d'avoir donné mandat à M. [H] [W] de céder leurs actions.

9. Le moyen n'est donc pas fondé.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne les sociétés ATC Agri terroir communication et X-média développement aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par les sociétés ATC Agri terroir communication et X-média développement et les condamne à payer à la société MBO & Co la somme globale de 3 000 euros, et condamne la société ATC Agri terroir communication à payer à MM. [H] et [P] [W], à Mmes [D] et [M] [W] et à Mme [T] [O] la somme globale de 3 000 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, siégeant en chambre mixte, et prononcé le vingt-neuf octobre deux mille vingt-et-un par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Alain Bénabent, avocat aux Conseils, pour les sociétés ATC Agri terroir communication et X-média développement

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté la société ATC de sa demande dirigée contre MBO capital 2 Fcpr ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE « c'est à bon droit que le tribunal n'a pas imputé à MBO capital de responsabilité dans le dol, dès lors que rien n'établit que ce fonds d'investissement, sans responsabilité opérationnelle, a été associé aux arrangements convenus entre MM. [W] et [S] ; que le simple fait d'être mis en copie du mail du 30 décembre 2011 retraçant la mise au point faite par M. [W] à M. [S] étant insuffisant à démontrer sa connaissance du départ du directeur général ; que M. [S] n'implique d'ailleurs pas MBO capital dans son courrier du 29 novembre 2012 ; que le moyen pris de ce que MBO capital est impliqué dans le dol, à raison du mandat confié à Aucteor Finance est inopérant, la complicité de cette dernière n'ayant pas été établie » ;

ET AUX MOTIFS, A LES SUPPOSER ADOPTES, QUE « ( ) rien n'établit que MBO avait connaissance des manoeuvres concernant le départ de M. [S] ( ) » ;

ALORS QUE dans ses conclusions d'appel, la société ATC faisait valoir que la société MBO ne pouvait prétendre ignorer les faits couverts ses déclarations, dès lors qu'elle était dirigeante de la société XMO et largement impliquée dans sa gestion, en vertu du pacte d'actionnaires conclu avec les consorts [W] le 23 mai 2007, aux termes duquel les parties avaient mis en place, au sein de la société, un Comité d'Echange ayant « une mission de conseil et de surveillance des mandataires sociaux de la société et de ses filiales » et vocation à étudier « tout projet de cession de la société et/ou de ses Filiales » (cf. p. 14) ; qu'en outre, elle avait réitéré, dans le protocole de cession, ses déclarations « en toute connaissance de cause », dans le but de céder sa participation, en prenant le risque de souscrire à des déclarations qu'elle savait mensongères et en donnant crédit, par sa signature professionnelle, aux déclarations de M. [H] [W] ; qu'en statuant comme elle l'a fait, sans répondre à ce moyen de nature à établir le dol commis par la société MBO, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué, infirmatif sur ce point, d'avoir limité la condamnation de M. [H] [W] au profit de la société ATC, à la somme de 400 000 euros à titre de dommages-intérêts, en réparation du préjudice résultant du dol, et débouté la société ATC du surplus de ses demandes ;

AUX MOTIFS QUE « c'est à juste titre que le tribunal a retenu l'existence de manoeuvres dolosives de la part de M. [W] visant à ne pas révéler à l'acquéreur, les doutes de M. [S], son échec dans son projet de reprise, ainsi que la perspective de son prochain départ, et au contraire à laisser croire en la réelle implication du directeur général dans le projet d'ATC ( ) ; que c'est en revanche à tort que l'épouse et les enfants de M. [W] ont été condamnés in solidum à indemniser ATC des conséquences de ce dol, dès lors qu'aucun élément ne permet de retenir que ces derniers ont personnellement participé aux arrangements dolosifs et que leur responsabilité de ce chef ne saurait être engagée du seul fait qu'ils ont donné

mandat à M. [W] de céder leurs actions X-Média ; que M. [S] n'évoque nullement l'épouse et les enfants de M. [W] dans son courrier de dénonciation, qu'ATC a d'ailleurs accepté de régler à Mme [W] le solde du prix de ses actions ; ( ) qu'ATC évalue le préjudice né du dol à 2 648 000 euros, montant correspondant à l'excès de prix et des frais qu'elle a été amenée à payer (2 455 000 euros + excès de frais d'acquisition et d'honoraires Aucteor Finance 193 000 euros), se fondant en cela, notamment sur le rapport d'expertise qu'elle a fait réaliser, non contradictoirement, par M. [Q], expert en informatique et en comptabilité près la cour d'appel de Paris ; qu'elle souligne qu'il n'existait pas d'autres offres équivalentes à la sienne, peu important que les autres candidats n'aient pas accordé la même valeur à la présence de M. [S], en ayant pour sa part fait une cause essentielle et déterminante ; que le préjudice subi par ATC au titre du dol doit être apprécié au regard des seules conséquences de la dissimulation du départ de M. [S] ; que M. [Q], après s'être livré à une analyse pour démontrer l'existence du dol, hors champ de sa compétence, retient l'existence d'un lien de causalité direct entre le départ de M. [S] exprimé en octobre 2011 et la chute brutale de l'activité et de rentabilité entre décembre 2011 et décembre 2012, relevant qu'il n'existe aucun autre facteur endogène ou exogène d'importance significative au cours de cette période ; qu'ATC ne peut, sous couvert d'indemnisation du dol, faire prendre en charge la baisse de résultats effectivement constatée entre l'exercice 2011 et l'exercice 2012, au travers d'une minoration du prix de vente, sans établir que la dissimulation du départ de M. [S] en est la cause exclusive ; qu'or, ATC soutient dans ses conclusions que le chiffre d'affaires de X-média avait commencé à s'écrouler avant même son arrivée ; que les causes de la dégradation des exercices 2012 et 2013 remontant avant la cession du contrôle, la baisse du chiffre d'affaires ne découle pas d'une cause unique ; que dans son rapport du mois de juillet 2012 à l'attention de la nouvelle équipe dirigeante, M. [W] imputait le retard du chiffre d'affaires, de l'ordre de 200 000 euros (- 9 %) par rapport au 1er semestre 2011, à l'international et à l'activité de la filiale Presseri, ce retard pouvant s'expliquer par l'absence d'un directeur commercial qui avait tardé à être recruté, la maladie de Mme [V] durant 4 mois, le départ du président le 13 avril 2012, l'absence d'implication puis le départ de M. [S], le temps passé en audits et passages de témoins, la dispersion des collaborateurs sur des sujets non directement productifs de chiffre d'affaires à court terme, ainsi qu'à la faible présence sur le marché le 1er trimestre, puis à l'absence total sur le second trimestre ; que si le départ imprévu de M. [S] a été source de désorganisation, et ce d'autant que la personne qui lui a immédiatement succédé n'est pas restée durablement en fonction, il sera également relevé que M. [W], homme-clé principal de X-média, s'est impliqué dans le cadre de la convention d'accompagnement dans la transition managériale aux côtés de M. [F] ; que la rupture conventionnelle sollicitée par M. [S], si elle a suscité de l'étonnement de la part d'ATC, n'a pas provoqué de remise en cause immédiate auprès de M. [W] ; qu'ATC ne pouvait d'ailleurs ignorer que le directeur général n'étant tenu par aucune obligation de non-concurrence, il n'était pas exclu, indépendamment de toute entente avec l'ancien président, qu'il envisage de partir ; que la période de transition qui suit un changement de contrôle représente une période délicate et le départ rapide de M. [S] a accentué cette instabilité, même s'il n'en a pas été la seule cause ; que si le départ de M. [S] ne lui avait pas été dissimulé, lors du protocole de cession, ATC aurait pris en compte cet élément défavorable dans le montant de sa proposition ; qu'en considération de ces éléments, le préjudice résultant du dol sera évalué à 400 000 euros » ;

1°/ ALORS QUE le préjudice réparable résultant de manoeuvres dolosives commises par un cocontractant correspond, dans le cas où l'annulation du contrat n'est pas demandée, à la perte de chance d'avoir pu contracter à des conditions plus avantageuses ; qu'en conséquence, l'indemnisation pécuniaire du cessionnaire d'actions de société victime des manoeuvres dolosives du cédant doit prendre la forme de la restitution de « l'excès de prix » qu'il a été conduit à payer ; qu'en l'espèce, les sociétés ATC et XMD faisaient valoir, dans leurs conclusions d'appel, que dès les négociations et avant-contrats conclus entre les parties, la société ATC avait fait savoir aux consorts [W] et à la société MBO que le prix qu'elle était prête à payer avait été fixé et était notamment la contrepartie « de la participation opérationnelle de M. [W] et de M. [S] qui cumulait les fonctions de directeur général et de directeur commercial du groupe X-média », et que l'excédent de prix payé en raison du dol s'élevait à 2 648 000 euros (cf. pp. 79-80) ; qu'en se bornant à retenir, pour limiter le préjudice résultant du dol à la somme de 400 000 euros, que « si le départ de M. [S] ne lui avait pas été dissimulé, lors du protocole de cession, ATC aurait pris en compte cet élément défavorable dans le montant de sa proposition » (cf. arrêt, p. 16) sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, le prix que la société ATC aurait accepté de payer si elle avait eu connaissance du départ de M. [S] à la date du protocole de cession des actions de XMD du 7 mars 2012, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1116 et 1382 du code civil, dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 ;

2°/ ALORS QUE, en toute hypothèse, le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné ; que les manoeuvres dolosives du mandataire, déterminantes du

consentement du cocontractant, sont opposables au mandant ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a expressément relevé que « l'épouse et les enfants de M. [W] » avaient « donné mandat à M. [W] de céder leurs actions X-média » (cf. arrêt, p. 14) ; qu'en déboutant cependant la société ATC de sa demande tendant à voir condamner l'épouse et les enfants de M. [W], solidairement avec ce dernier, au paiement de dommages-intérêts au titre du dol, au motif inopérant qu'aucun élément ne permettait de retenir que « ces derniers ont personnellement participé aux arrangements dolosifs » (cf. arrêt, p. 14), quand ces agissements avaient été accomplis dans les limites du mandat conféré à M. [H] [W], la cour d'appel a violé l'article 1998 du code civil.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté la société ATC de ses demandes au titre de la garantie de passif mise en oeuvre le 3 janvier 2013, le 15 novembre 2013 et le 11 avril 2014 ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE « à l'article 7 du protocole de cession, les garants, soit le dirigeant de MBO capital, agissant sans solidarité entre eux, ont déclaré garantir jusqu'à la date des présentes que chacune des déclarations se rapportant à la garantie et chacune des annexes est correcte et exacte et qu'il en sera de même à la date de réalisation de la tranche 1, et s'engagent à réitérer les déclarations de garantie à la date de réalisation de la tranche 1, en ayant la possibilité de faire part d'événements survenus postérieurement à la date des présentes et de nature à entrer dans le champ de la garantie et à compléter ainsi leurs déclarations ; qu'ATC a mis en oeuvre la garantie de passif : - le 3 janvier 2013, suite aux révélations de M. [S], caractérisant des manquements aux articles 6.1, 6.2 alinéas 3, 4 et 5, 7.4.4, 7.5.4, 7.14 (vii), 7.14 (x) pour un montant évalué provisoirement à 1 527 000 euros, - le 15 novembre 2013, suite à la réception d'un avis de vérification de comptabilité par la DGFIP, pour manquement à l'article 7.10.3, découlant du non-dépôt dans les délais requis des déclarations fiscales sur la taxe sur salaires de M. [W], - le 11 avril 2014, suite aux révélations faites par le directeur du groupe Revue fiduciaire, client important pour X-média, pour un montant provisoirement évalué à 2 millions d'euros ; qu'il convient d'examiner successivement les trois mises en oeuvre de cette garantie ; que sur la mise en oeuvre de la garantie le 3 janvier 2013, se prévalant des agissements découverts à la suite des révélations de M. [S], ATC a, par courrier du 3 janvier 2013, mis en oeuvre la garantie au titre des articles 6.1, 6.2 alinéas 3, 4 et 5, 7.4.4, 7.5.4, 7.14 (vii), 7.14 (x), pour un montant évalué provisoirement à 1 527 000 euros, correspondant à l'ajustement des capitaux propres ainsi qu'aux préjudices sur marge de 2012 et de 2013 ; qu'y était joint un courrier adressé à M. [W], le 31 décembre 2012, dans lequel ATC dénonçait la dissimulation du départ de M. [S] et des vices affectant les produits logiciels, ainsi que les conséquences de cette situation sur la désorganisation des activités commerciales et la valorisation de la société acquise ; qu'ainsi que l'ont exactement relevé les premiers juges, le préjudice consécutif à la dissimulation du départ de M. [S] et au défaut de stabilité de l'équipe dirigeante, a été indemnisé au titre du dol, et n'a pas lieu d'être à nouveau pris en compte dans le cadre de la garantie contractuelle des déclarations faites par les cédants ; que quant aux vices des produits, ainsi qu'il a déjà été exposé et conformément à l'appréciation qu'en a faite le tribunal, il ne découlent pas des pièces suffisantes, le seul litige significatif identifié ultérieurement étant celui avec GRF ; que sur la mise en oeuvre de la garantie de passif le 15 novembre 2013, suite aux opérations de vérification de comptabilité diligentées par l'administration fiscale, la DGFIP a, dans sa proposition de rectification du 6 décembre 2013, relevé que la Sas Média développement n'avait déposé aucune déclaration de taxes sur les salaires au titre de la rémunération versée à M. [W], au cours de l'année 2010, ce dont il est résulté un rappel de 10 959 euros au titre de l'année 2010, soit, avec les intérêts de retard et les pénalités, un total de 13 588 euros ; que la garantie de passif a été mise en oeuvre de ce chef par lettre du 15 novembre 2013 à l'égard de M. [W] et de MBO capital, alors que l'inspectrice des finances publiques, par courrier du 17 octobre 2013, avait avisé X-média développement de ce qu'elle se présenterait le 14 novembre 2013, demandant à ce que soit tenu à sa disposition l'ensemble des éléments comptables ; que par courriers respectifs des 20 novembre et 4 décembre 2013, M. [W] et MBO capital ont opposé à ATC le non-respect des délais stipulés aux articles 8.5 et 8.6 de la garantie de passif ; que l'article 8.5 du protocole de cession stipule que toute réclamation du bénéficiaire doit être notifiée à chacun des garants dans les meilleurs délais et au plus tard dans un délai de 30 jours calendaires à compter de la réception par la société ou le bénéficiaire d'une réclamation de tiers, « en ce compris notamment un avis de vérification en matière fiscale », l'article 8.5.2 stipulant qu'« à défaut d'avoir adressé la notification dans le délai imparti, le bénéficiaire perdra tout droit au titre de cette notification » ; que c'est dès lors à juste titre qu'est invoquée la déchéance de cette demande de garantie, le fait que M. [W] a ensuite participé aux opérations de vérification n'emporte pas à lui seul renonciation à se prévaloir de la clause de déchéance ; que sur la mise en oeuvre de la garantie le 11 avril 2014, par courrier recommandé daté du 11 avril 2014, posté le 12 avril suivant, adressé à M. [W] et à MBO capital, ATC a mis en

oeuvre la garantie de passif au titre de la violation contractuelle de X-média, de la non-conformité des produits commandés ou livrés, manquements de nature à entraîner la cessation des relations contractuelles, irrégularité des comptes sociaux, dissimulation d'un litige, violation des obligations de la période intermédiaire, de la direction en bon père de famille, des engagements consentis affectant la situation de l'entreprise, des décisions relatives à toute évolution significative dans le cadre des litiges et contentieux en cours ou potentiels ; que concrètement ce courrier vise l'existence et la non-révélation d'un litige avec GRF au sujet du dysfonctionnement du logiciel, qui a conduit à la rupture des relations contractuelles après la cession, et au travers de la découverte de ce litige la révélation d'un vice affectant la dernière génération d'un des produits les plus importants de X-média, ainsi que l'image de la société ; qu'à l'article 7.5.4 du protocole de cession « Exploitation-contrats », les cédants déclarent avoir (à l'exception de ce qui figure en annexe 7.5.4) régulièrement exécuté les obligations qui leur incombent à l'égard de leurs cocontractants, et n'avoir commis aucun manquement de nature à entraîner une résiliation anticipée des contrats, une cessation des relations, ou encore des conséquences négatives importantes pour les sociétés ; que les sociétés n'encourent pas de la part de leurs clients de réclamations étrangères au cours normal des affaires, que « les produits vendus et les services fournis par les sociétés sont conformes aux commandes auxquelles ils se rapportent » ; qu'il est opposé à cette demande le non-respect du délai adéquat applicable à la réclamation d'un tiers ; qu'aux termes de l'article 8.5.1 du protocole de cession, la mise en oeuvre de la garantie doit intervenir dans un délai de 30 jours calendaires à compter de la réception par la société ou le bénéficiaire d'une réclamation d'un tiers ; que « dans l'hypothèse où le délai imparti au bénéficiaire et/ou à la société concernée pour répondre est inférieur aux délais précités ou si la nature de l'événement considéré requiert une information des garants dans un délai plus rapide que ceux requis aux alinéas précédents, la notification devra être faite aux garants dans un délai adéquat eu égard aux circonstances et au délai laissé aux garants pour notifier leur objection en application de l'article 8.5.4 ci-après » ; que par courrier daté du 17 mars 2014, réceptionné le 20 mars suivant par ATC, GRF se plaignant de ce que les courriers adressés en 2010, 2011 et 2012 n'avaient jamais permis de régler de manière définitive les dysfonctionnements techniques rencontrés avec le logiciel « Alice », indiquait qu'en l'absence de solution sous huitaine, elle entendait remettre en cause les conventions les liant et se réservait le droit de demander réparation des préjudices considérables subis ; que le 24 mars 2014, GRF dénonçait lesdites conventions en raison des dysfonctionnements directement liés à la version Alice, indiquant, « vos manquements nous ont causé, outre le manque de parole de Monsieur [W] », un préjudice considérable s'élevant à 450 000 euros ; que la menace de résiliation du contrat, qui a été mise à exécution, étant enfermée par le GRF dans un délai de 8 jours, la mise en oeuvre de la garantie devait intervenir non pas dans le délai habituel de 30 jours, mais dans le délai adéquat, qui était en l'espèce de moins de 8 jours, et ce d'autant qu'ATC n'a pu réellement être prise de court par la position de GRF, étant avisée depuis au moins un an des problèmes récurrents de ce client, une mise en demeure lui ayant été adressée le 31 janvier 2013 à ce sujet ; que M. [W] ayant eu des contacts suivis avec GRF, avec lequel un partenariat avait même été envisagé en 2012, aurait peut-être pu, en intervenant à nouveau, éviter une rupture des relations contractuelles ; que l'inobservation du délai de l'article 8.5.1 se trouve sanctionnée par la déchéance de la garantie du chef du litige GRF, de sorte qu'il n'y a pas lieu à indemnisation de ce chef ; qu'ainsi que l'a retenu le tribunal, il ne saurait être déduit du litige avec GRF, l'existence antérieure de véritables litiges avec d'autres clients au sujet du logiciel « Alice », le courrier du 11 avril 2014 ne comportant pas de référence précise à cet égard » ;

ET AUX MOTIFS, A LES SUPPOSER ADOPTES, QUE « ATC affirme que les fausses déclarations ci-dessus ont conduit à des préjudices qui relèvent de la garantie de passif donnée par les cédants ; que pour l'analyse et le chiffrage de tous ces préjudices, ATC fait référence aux rapports d'évaluation des préjudices établis par M. [R] [A] en date des 12 octobre 2013 et 30 janvier 2015 ; que ces rapports ont pour particularité de ne contenir aucune note méthodologique, aucune définition précise de la mission de l'expert, aucune description de son travail effectif et aucune annexe ; que la seule source des chiffres produits semble être ATC ou XMD et que ces rapports apparaissent plus comme la mise en forme des demandes d'ATC/XMD que comme le rapport d'un expert indépendant ; que sur la totalité des préjudices exposés et chiffrés dans ces rapports, aucune preuve n'est rapportée, annexée ou même citée, de l'inexactitude des déclarations ou des événements préalables à la cession qui seraient la cause des préjudices chiffrés, ni du lien de causalité entre les uns et les autres ; qu'aucun élément n'est fourni pour justifier les chiffrages auxquels on parvient en termes de préjudice, dont seul le résultat final est donné, leur seul élément figurant dans le premier rapport et qu'on a pris soin d'éliminer du second est le taux horaire incompréhensible de 417 euros utilisé pour chiffrer le coût du temps passé par les équipes internes sur l'amélioration des logiciels (les demandeurs reconnaissant à la barre qu'il devait s'agir d'une erreur et que le taux journalier avait vraisemblablement été pris en compte à la place du taux horaire) ; qu'en outre, il a été démontré que les demanderesses ne rapportaient non plus par ailleurs la preuve des fausses déclarations alléguées, en dehors de

celle sur la stabilité de l'équipe de direction démentie par le départ de M. [S] ; que le dommage en résultant aura, toutefois, déjà été réparé au titre du dol et qu'on ne saurait être indemnisé deux fois pour le même dommage ; que, de surcroît, la rémunération du remplaçant de M. [S] ne saurait constituer un préjudice pour ATC/XMD, comme l'affirme l'expert, alors qu'il s'agit d'une simple substitution puisque l'entreprise ne rémunère plus M. [S] ; qu'en conséquence, aucune preuve n'est rapportée, ni du fait que les éléments concernés, à l'exception des trois points ci-dessous, relèvent de la garantie de passif ni, si tel était le cas, de la réalité du préjudice subi, et qu'il ne sera donc fait droit ni à la demande d'indemnisation, ni à celle de mesure d'instruction ; que cependant, trois points, qui relèvent effectivement de la garantie de passif, font l'objet, par ailleurs, de pièces justificatives, et son examinés ci-après ; que sur les comptes, les demandeurs affirment que les comptes de référence au 31 décembre 2011 n'étaient ni réguliers ni sincères, et renvoient pour le démontrer au mémorandum établi par l'expert-comptable sur les comptes annuels de XMD au 31 décembre 2012, au rapport de gestion du président de l'assemblée générale du 28 novembre 2014, ainsi qu'au rapport de gestion et au rapport du commissaire aux comptes sur les comptes ; mais que l'article 8.5.2 du protocole de cession prévoit qu'à défaut d'avoir adressé la notification dans le délai imparti, de 30 ou 60 jours selon les cas, le bénéficiaire perdra tout droit au titre de cette notification, qu'ATC ne justifie pas avoir adressé une notification aux cédants relative aux comptes de référence au 31 décembre 2011, alors qu'elle a nécessairement eu connaissance des inexactitudes au plus tard à réception du mémorandum ci-dessus, daté du 23 juillet 2013, et qu'en conséquence la demande n'est pas recevable ; que sur le redressement fiscal, la notification sur la vérification fiscale a été adressée aux cédants en novembre 2013, dans le délai imparti fixé au protocole de cession ; que cette vérification s'est traduite par un redressement de 13 588 euros ayant son origine sur l'exercice 2010 et qu'en conséquence, ce préjudice de 13 588 euros relève de la garantie de passif ; que sur le litige avec le groupe Revue fiduciaire, le 17 mars 2014, le groupe Revue fiduciaire, ci-après « GRF », faisait savoir qu'il entendait remettre en cause les relations avec X-média et se réservait le droit de demander réparation du préjudice subi du fait des dysfonctionnements des logiciels de X-média ; qu'une semaine plus tard, il réclamait à ce titre une indemnité de 450 K€ à parfaire ; que par courrier du 11 avril 2014, dans les délais impartis compte tenu des réclamations ci-dessus, ATC notifiait à M. [W] la mise en jeu de la garantie de passif et mentionnait un coût qui pourrait dépasser 2 M€ (intégrant les modifications nécessaires des logiciels concernés), car selon ATC, même si la réclamation de GRF n'était apparue qu'en 2014, elle trouverait son origine dans les dysfonctionnements des logiciels constatés dès 2010/2011 ; que le premier courrier de GRF mentionne, pour justifier les dysfonctionnements invoqués, des pièces jointes importantes, à savoir les courriers recommandés précédemment envoyés et faisant état de ces dysfonctionnements, mais que ces pièces jointes ne sont pas versées aux débats ; qu'en outre, GRF et X-média étaient convenues de rechercher une issue amiable au contentieux qui les opposait mais qu'ATC est muette sur l'issue éventuellement trouvée ; que malgré deux audiences de plaidoirie successives, les demanderesses, à qui incombe la charge de la preuve, ne produisent aucun élément démontrant que la réclamation de GRF de 2014 trouverait effectivement son origine dans l'état, deux ans auparavant, des logiciels qui lui avaient été fournis avant la cession, plutôt que dans l'incapacité de la société, au cours des deux années suivantes, à en assurer une maintenance adéquate et qu'elles ne justifient en aucune façon comment elles passent d'une réclamation initiale du client de 450 K€ - vraisemblablement réduite à un montant que l'on ignore après négociation – à une réclamation aux garants de 2 M€, puisqu'elles n'établissent ni les vices allégués des logiciels ni ne produisent le chiffrage des coûts de remise en état ; qu'en conséquence, le tribunal rejettera la demande faute de preuve ; qu'en conclusion, le seul montant qu'ATC serait fondée à réclamer au titre de la garantie s'élève à 13 588 euros ; mais que l'article 8.4 du protocole de cession fixe une franchise globale de 30 000 euros à l'indemnité que les garants doivent verser au cessionnaire ; qu'en conséquence, il n'y a lieu à paiement des garants à l'acquéreur » ;

1°/ ALORS QUE la cassation à intervenir sur le fondement du premier moyen de cassation, du chef de dispositif ayant limité la condamnation de M. [H] [W] au profit de la société ATC, à la somme de 400 000 euros à titre de dommages-intérêts, en réparation du préjudice résultant du dol entraînera, par voie de conséquence, celle du chef de dispositif de l'arrêt ayant débouté la société ATC de ses demandes au titre de la garantie de passif mise en oeuvre notamment le 3 janvier 2013, en application de l'article 624 du code de procédure civile ;

2°/ ALORS QUE les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ; qu'aux termes de 7.5.4 du protocole du 7 mars 2012, les garants avaient déclaré que les sociétés cédées avaient « valablement et régulièrement exécuté les obligations qui leur incombent à l'égard de leurs cocontractants, tels que notamment les clients, fournisseurs, établissements de crédit et autres prêteurs. Elles n'ont commis aucune violation, manquement ou acte de nature à entraîner, en application d'une clause contractuelle, (i) une résiliation anticipée des contrats, conventions ou

accords conclus avec ces derniers, (ii) une cessation des relations entretenues avec des derniers ou encore (iii) des conséquences négatives importantes pour les sociétés. Les sociétés n'encourent pas de la part de leurs clients, fournisseurs, cocontractants, sous-traitants ou intermédiaires des produits vendus et des services fournis par elles, de réclamations étrangères au cours normal des affaires menées par les sociétés. Les produits vendus et les services fournis par les sociétés sont conformes aux commandes auxquelles ils se rapportent » (cf. p. 17) ; que la cour d'appel a expressément relevé que par lettre recommandée avec accusé de réception du 3 janvier 2013, la société ATC avait mis en oeuvre la garantie de passif au titre notamment de l'article 7.5.4, en invoquant « des vices affectant les produits logiciels, ainsi que les conséquences de cette situation sur la désorganisation des activités commerciales et la valorisation de la société acquise » (cf. arrêt, p. 17) ; qu'elle a également relevé que par courrier daté du 17 mars 2014, GRF s'était plainte « de ce que les courriers adressés en 2010, 2011 et 2012 n'avaient jamais permis de régler de manière définitive les dysfonctionnements techniques rencontrés avec le logiciel « Alice » (cf. arrêt, p. 18) ; qu'à cet égard, la société ATC produisait les mails échangés entre M. [H] [W] et M. [E] (GRF) les 23 janvier 2012, 8 février 2012, 16 février 2012, 17 février 2012, 14 avril 2012 et 24 avril 2012 ; qu'il résultait nécessairement de ces éléments et constatations que M. [W] était informé des dysfonctionnements du logiciel « Alice » antérieurement à la signature du protocole de cession du 7 mars 2012, de sorte qu'il avait méconnu l'article 7.5.4 précité ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 ;

3°/ ALORS QUE les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ; qu'aux termes de l'article 8.5 du protocole de cession du 7 mars 2012, il était stipulé que toute réclamation de la société ATC, aux fins de mise en jeu de la garantie de passif, devrait faire l'objet d'une notification écrite au plus tard « dans un délai de trente (30) jours calendaires à compter de la réception par une Société ou le Bénéficiaire d'une réclamation de tiers en ce compris notamment un avis de vérification en matière fiscale, sociale ou douanière ou la notification d'une procédure judiciaire ou administrative (ci-après « Réclamation de Tiers »). » (cf. p. 28) ; que la cour d'appel a expressément relevé que « la garantie de passif a été mise en oeuvre par lettre du 15 novembre 2013 à l'égard de M. [W] et de MBO capital, alors que l'inspectrice des finances publiques, par courrier du 17 octobre 2013, avait avisé X-média développement de ce qu'elle se présenterait le 14 novembre 2013, demandant à ce que soit tenu à sa disposition l'ensemble des éléments comptables » (cf. arrêt, p. 17) ; qu'il résultait nécessairement de ces constatations que la garantie avait été mise en oeuvre dans le délai de 30 jours de l'article 8.5 précité ; qu'en décidant néanmoins que M. [W] et la société MBO capital avaient opposé à juste titre à la société ATC la déchéance de cette demande de garantie, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016.