

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/31027/2010

ACJC/250/2014

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 28 FEVRIER 2014

Entre

A_____ SA, _____ Nyon, appelante d'un jugement rendu par la 16ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 21 mai 2013, comparant par Me Yves de Coulon, avocat, rue Jacques-Balmat 5, case postale 5839, 1211 Genève 11, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

Madame B_____ C_____ et Monsieur D_____ C_____, domiciliés _____ Genève, intimés, comparant tous deux par Me Carlo Lombardini, avocat, rue de Hesse 8-10, case postale 5715, 1211 Genève 11, en l'étude duquel ils font élection de domicile,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 03.03.2014.

EN FAIT

A. Par acte d'appel déposé au greffe de la Cour de justice le 24 juin 2013 A_____ SA appelle d'un jugement rendu le 21 mai 2013, notifié aux parties le 23 mai 2013 et reçu par elles le 24 mai 2013, par lequel le Tribunal l'a condamnée à payer à B_____ et D_____ C_____, pris conjointement et solidairement, la somme de 509'543 fr. 85 avec intérêts à 5% à dater du 10 novembre 2008 (ch. 1 du dispositif), et l'a condamnée aux tiers des dépens, comprenant un montant de 20'000 fr. valant participation aux honoraires d'avocat de B_____ et D_____ C_____ (ch. 2).

A_____ SA conclut à l'annulation du jugement et au déboutement de B_____ et D_____ C_____ de toutes leurs conclusions sous suite de frais et dépens.

En substance, l'appelante reproche au Tribunal de ne pas avoir retenu son défaut de légitimation passive, ayant cédé le contrat conclu avec les intimés à E_____ SA. Pour le surplus, elle lui reproche d'avoir dans le cadre du litige qui porte sur la détermination d'un complément de prix dans un contrat de vente d'une société, d'une part à tort retenu que les conditions pour la contestation de certaines décisions de l'acheteur auraient été remplies alors que tel n'était pas le cas, le contrat ne pouvant être, contrairement à ce qu'avait retenu le Tribunal, modifié oralement conformément à sa lettre et, d'autre part, d'avoir retenu ou écarté certains éléments entrant en considération dans le cadre de la fixation du complément de prix, comme certains frais généraux, indemnités d'assurance, etc.

Par réponse à l'appel déposée au greffe de la Cour le 16 septembre 2013, D_____ et B_____ C_____ ont conclu au déboutement de A_____ SA de toutes ses conclusions et à la confirmation en tous points du jugement du Tribunal sous suite de frais et dépens. Sur la question de la légitimation passive de A_____ SA, ils font leur le raisonnement du Tribunal et soulèvent que le contrat n'a pas été valablement cédé à E_____ SA faute d'accord de leur part. Ils estiment dès lors que l'appelante dispose de la légitimation passive dans cette cause.

Les parties ont été informées de la mise en délibération de la cause le 17 septembre 2013.

B. Il ressort de la procédure les faits pertinents suivants :

a. De juin 1996 à avril 2004 B_____ C_____ a exploité sous forme d'entreprise individuelle une société de relogement, d'assistance et de conseil aux étrangers s'installant à Genève. Les activités de cette entreprise ont été reprises par une société F_____ SARL le 30 avril 2004, société dont B_____ C_____ était associée gérante avec signature individuelle, aux côtés de son époux D_____ C_____, lequel avait également pouvoir de signature individuelle.

b. En 2007, les époux C_____ ont pris la décision de vendre leurs parts dans la société F_____ SARL et ont contacté à cette fin G_____, qui exerce la profession de consultant financier et que connaissait B_____ C_____ depuis qu'elle avait créé la société. Par l'entremise d'une banque, G_____ a eu des contacts avec le père de H_____, qui cherchait à investir pour ce dernier dans une société suisse. H_____ et son père sont ainsi entrés en contact avec les époux C_____. H_____ a décidé d'acquérir les parts de F_____ SARL au travers d'une société suisse, A_____ SA, agissant à titre fiduciaire.

Par lettre d'intention du 25 juin 2007, H_____ a fait parvenir à D_____ et B_____ C_____ son projet de contrat manifestant sa volonté de conclure l'achat.

Le 13 juillet 2007 H_____ a signé avec A_____ SA un contrat fiduciaire par lequel cette dernière a acheté en son propre nom, mais sur instruction spécifique et pour le compte et aux risques de H_____ la société F_____ SARL inscrite au Registre du commerce de Genève.

c. Le même jour, soit le 13 juillet 2007, un contrat de vente de parts sociales a été conclu entre B_____ et D_____ C_____ et A_____ SA portant sur le transfert de l'intégralité des parts sociales de la société F_____ SARL. L'art. 1.2 du contrat stipule que "le prix de vente des parts sociales est fixé de la manière suivante : un montant fixe de CHF 6'000'000.- (six millions de francs suisses); un montant variable (le complément du prix) calculé sur la base de la forme suivante : $5 \times \text{EBITDA } 2007 \text{ retraité} - \text{CHF } 6'000'000.- = \text{complément de prix}$. L'EBITDA 2007 retraité sera déterminé conformément à la formule figurant sur l'annexe 3 au présent contrat. Dans le bilan de la société au 31 décembre 2007, la trésorerie excédentaire, soit les actifs à court terme moins les passifs à court terme sera d'au moins CHF 250'000.-. Si la trésorerie est inférieure à ce montant, le prix de vente sera réduit de la différence. Si la trésorerie est supérieure à ce montant, la différence sera versée aux vendeurs. Pour les besoins du présent article, il est précisé que la différence positive ou négative entre la trésorerie au 31 décembre 2007 et le montant de CHF 250'000.-. est appelée le différentiel de trésorerie".

Le "retraitement" correspond à des corrections comptables touchant aux divers postes pris en compte afin que certaines dépenses et charges n'affectent pas le bénéfice avant intérêts, impôts, dépréciations et amortissements (EBITDA).

d. La page 1 de l'annexe 3 au contrat a été établie par G_____ avec l'aide des époux C_____ et de la fiduciaire de ceux-ci, I_____ SA, qui s'occupait de la comptabilité de F_____ SARL depuis 2002 ou 2003. Elle se présentait ainsi :

	2006 publié	2006 retraité	2007 publié prev.	2007 retraité prev.
--	-------------	---------------	----------------------	------------------------

Chiffre d'affaires	2'874'633.--	2'874'633.--	3'500'000.--	3'500'000.--
prix de revient	-87'881	-87'881	-150'000.--	-150'000.--
Salaires	-1'472'822	-1'152'822	-1'504'000.--	-1'334'000.--
P + R	-600'000	0	-450'000	0
Employés	-872'822	-872'822	-1'054'000	-1'054'000
Directeur		-220'000	0	-220'000
Comptable		-60'000	0	-60'000
charges sociales	-614'090	-131'090	-251'850	-200'100
P + R (yc 2P + 3P)	-525'000	0	-93'750	0
Employés	-89'090	-89'090	-158'100	-158'100
Directeur		-33'000	0	-33'000
Comptable		-9'000	0	-9'000
indemnités de départ	-10'000	-10'000	0	0
Indemnité d'assurances	13'498	13'498	0	0
frais du personnel	-7'770	-7'770	-10'000	-10'000
frais de déplacement	-25'816	-25'816	-30'000	-30'000
salaires et charges sociales	-2'117'000	-1'314'000	-1'795'850	-1'574'100
marge brute	669'752	1'472'752	1'554'150	1'775'900
frais généraux	-351'848	-282'088	-400'000	-360'000
EBITDA	317'904	1'190'664	1'154'150	1'415'900
EBITDA de référence		1'200'000		1'415'900
Multiple		5		5
Prix		6'000'000		7'079'500
complément de prix				1'079'500

e. Le contrat prévoyait que le complément de prix, modifié le cas échéant par le différentiel de trésorerie, serait payé dès la clôture définitive des comptes de la société pour l'exercice 2007, mais au plus tard le 30 juin 2008 (art. 1.3).

Afin de ne pas affecter l'EBITDA 2007 en vue du calcul de ce complément de prix, l'acheteuse acceptait d'ores et déjà que toute charge et/ou dépense, ainsi que toute décision d'investissement qui seraient de nature à modifier la gestion de la société telle qu'envisagée par les vendeurs pour 2007, soient prises en compte et retraitées dans le calcul du complément de prix. Dans ce cadre, les époux

C_____ devaient attirer par écrit l'attention de l'acheteuse, dès qu'ils en auraient connaissance, sur les décisions prises par cette dernière dans la gestion de F_____ SARL et de nature à modifier, selon eux, la gestion de la société telle qu'ils l'avaient envisagée, seules les observations ainsi communiquées devant être prises en compte dans le retraitement envisagé (art. 7.2 al. 3).

f. Afin de préserver la valeur de F_____ SARL, qui résidait essentiellement dans son *goodwill* et les relations personnelles nouées par les époux C_____, il avait été convenu que ceux-ci poursuivraient leurs activités de gestion jusqu'au 31 décembre 2007, conformément aux instructions reçues de l'acheteuse, soit pour elle H_____ (art. 7.2 al. 1).

Cette activité devait s'exercer sous la forme d'un contrat de travail, rémunéré à concurrence de 10'000 fr par mois pour chacun des époux, le versement de ce salaire ne devant toutefois pas affecter l'EBITDA 2007 dans le calcul du complément de prix (art. 7.2 al. 2).

Ce contrat de travail a été signé par les époux C_____ également le 13 juillet 2007.

B_____ et D_____ C_____ sont demeurés inscrits au registre du commerce comme gérants avec signature individuelle de F_____ SARL jusqu'en mars 2008, A_____ SA étant pour sa part inscrite comme associée sans signature et H_____ comme gérant avec signature individuelle.

Pendant les cinq mois qui ont suivi, les époux C_____ ont conservé leurs attributions au sein de F_____ Sarl: B_____ C_____ a continué d'être le "visage" de l'entreprise, de négocier et de rédiger les contrats avec les multinationales et de collaborer avec les régies et les clients; D_____ C_____ a continué de payer les factures, de verser les salaires et d'acquitter la TVA.

g. Selon les époux C_____, H_____ a, durant cette période, pris plusieurs décisions qui ont eu un impact sérieux sur la société.

Par courriel du 8 août 2007, H_____ a indiqué à D_____ C_____ qu'il allait demander à la fiduciaire d'ouvrir un "compte 58900" dans lequel figureraient toutes ses dépenses, compte qui devrait être ensuite "retraité".

Selon les calculs de D_____ C_____, ces dépenses se sont élevées, durant la période considérée, à 103'213 fr. 90, dépenses qu'il mentionnait dans le grand livre avec le numéro du compte précité.

La pièce produite à ce propos fait état d'un certain nombre de dépenses, divisées en deux catégories, l'une pour un montant de 43'041 fr. 56 portant la mention "*Accepted expenses*", sans référence à une rubrique particulière du grand livre,

l'autre pour un montant de 60'172 fr. 34, avec des références à une rubrique du grand livre, dont un montant de 39'477 fr. 69 se référant au compte 58900.

Interpellé en novembre 2007 à ce sujet, le comptable de la société a informé les époux C_____ qu'aucune dépense n'avait finalement été intégrée dans le compte 58900 en raison de problèmes de TVA.

h. Par acte signé le 3 septembre 2008, A_____ SA a cédé ses droits découlant du contrat de vente conclu avec les époux C_____ à la société E_____ SA, active entre autres dans l'acquisition et la vente de parts dans des sociétés de capitaux, dont H_____ est l'administrateur unique avec signature individuelle depuis le 6 juin 2008.

E_____ SA a été inscrite comme associée non gérante de F_____ Sàrl à dater du 7 octobre 2008.

- C. a.** Par courrier du 16 octobre 2008, le conseil de E_____ SA, a mis les époux C_____ en demeure d'acquitter dans un délai de quinze jours la somme de 1'119'385 fr. 60. Il a indiqué que celle-ci correspondait au complément du prix dû, selon les calculs auxquels il avait procédé sur la base des états financiers de F_____ SARL au 31 décembre 2007, en application du contrat du 13 juillet 2007.

Les époux C_____ ont immédiatement contesté devoir un quelconque montant du chef du contrat précité, se considérant au contraire créanciers de l'acheteuse.

Par courrier du 10 novembre 2008, les époux C_____ ont précisé que selon leurs propres calculs, un solde de 3'037'050 fr. restait dû après retraitement des états financiers au 31 décembre 2007, auquel s'ajoutait un différentiel de trésorerie de 686'549 fr.

A l'appui de leurs prétentions, les époux C_____ ont établi le tableau suivant :

	2007 retraité
Chiffre d'affaires	CHF 2'828'459.-- + CHF 27'215 .-- + CHF 164'715.-- <u>+ CHF 55'085.--</u> CHF 3'075'474.--
Prix de revient	CHF 59'878.--
Salaires P + R	CHF 1'541'435.-- - CHF 450'000.--

	- CHF 22'938.-- <u>- CHF 200'000.--</u> CHF 868'497.--
Charges sociales P + R	CHF 182'504.-- <u>- CHF 93'750.--</u> CHF 88'754.--
Indemnité de départ	CHF 0,00
Indemnités d'assurance	CHF 8'936.--
Frais de personnel	- CHF 3'391.--
Frais de déplacement du personnel	<u>- CHF 34'642.--</u>
Salaires et charges sociales	CHF 986'348.--
Marge brute	CHF 2'029'248.--
Frais généraux	CHF 325'052.-- <u>- CHF 103'214.--</u> CHF 221'838.--
EBITDA	CHF 1'807'410.--
EBITDA de référence	CHF 1'807'410.--
Multiple	5
<u>Prix</u>	<u>CHF 9'037'050.--</u>
Complément de prix	CHF 3'037'050.--

A réception de ce courrier, E_____ SA a révisé ses calculs, dont il est résulté un solde dû en sa faveur de 1'082'956 fr., compte tenu d'un différentiel de trésorerie de 622'829 fr.

Le tableau établi par E_____ SA le 9 mars 2009 pour justifier ses prétentions se présente comme suit :

	2007 publié prév.	2007 retraité prév.	2007 effectif
Chiffre d'affaires	CHF 3'500'000.--	CHF 3'500'000.--	CHF 2'828'459.--
Prix de revient	- CHF 150'000.--	- CHF 150'000.--	- CHF 59'878.--
Salaires	- CHF 1'504'000.--	- CHF 1'334'000.-	- CHF 1'541'435.--

P + R	- CHF 450'000.--	CHF 0,00	CHF 435'000.--
Employés	- CHF 1'504'000.--	- CHF 1'054'000.	
Directeur	CHF 0,00	- CHF 220'000.-	- CHF 280'000.--
Comptable	CHF 0,00	- CHF 60'000.--	
Charges sociales	- CHF 251'850.--	- CHF 200'100.--	- CHF 182'504.--
P + R (yc 2P + 3P)	- CHF 93'750.--	CHF 0,00	CHF 64'286.--
Employés	- CHF 158'100.--	- CHF 150'100.--	
Directeur	CHF 0,00	- CHF 33'000.--	- CHF 33'000.--
Comptable	CHF 0,00	- CHF 9'000.--	- CHF 9'000.--
Indemnités de départ	CHF 0,00	CHF 0,00	
Indemnités d'assurances	CHF 0,00	CHF 0,00	
Frais du personnel	- CHF 10'000.--	- CHF 10'000.--	- CHF 3'391.--
Frais de déplacement du pers.	- CHF 30'000.--	- CHF 30'000.--	- CHF 34'642.--
Salaires et charges sociales	- CHF 1'795'850.--	- CHF 1'574'100	- CHF 1'584'686
Marge brute	CHF 1'554'150.--	CHF 1'775'900.--	CHF 1'183'895.--
Frais généraux	- CHF 400'000.--	- CHF 360'000.--	- CHF 325'052.--
EBITDA			CHF 858'843.--
EBITDA de référence		CHF 1'415'900.--	CHF 858'843.--
Multiple		5	5
<u>Prix</u>		<u>CHF 7'079'500.--</u>	<u>CHF 4'294'215.--</u>
Complément de prix		CHF 1'079'500.-	- CHF 1'705'785

b. Le 13 mai 2009, à la requête de E_____ SA, des commandements de payer portant sur 1'082'956 fr. avec intérêts à 5% dès le 13 juillet 2007 ont été notifiés à D_____ C_____ et B_____ C_____ (numéros de poursuite 1_____, respectivement 2_____).

Les époux C_____ ont formé opposition.

Les requêtes de mainlevée provisoire déposées par E_____ SA le 27 avril 2010 ont été rejetées par le Tribunal par jugements n° JTPI/3_____ et JTPI/4_____ du 21 juin 2010, faute de reconnaissance de dette.

c. Par demande en paiement par devant le Tribunal du 6 juillet 2010 E_____ SA avait conclu à la condamnation des époux C_____ à lui payer la somme de 1'082'956 fr. avec intérêts à titre de complément de prix négatif. C'est sur cette demande que le Tribunal a statué par le jugement dont est appel.

d. Le 30 décembre 2010, les époux C_____ ont parallèlement assigné A_____ SA en paiement de la somme de 3'775'245 fr. 55 avec intérêts à 5% dès le 3 juin 2008 à titre de complément de prix dans le cadre du contrat conclu le 13 juillet 2007. Les deux causes ont été instruites simultanément dans la mesure où elles se fondent sur les mêmes faits.

e. Le Tribunal a, par jugement dont est appel no JTPI/7053/2013 du 21 mai 2013 dans la présente cause (C/31027/2010), condamné A_____ SA à payer aux demandeurs un complément de prix de 509'543 fr. 85 avec intérêts, une partie des dépens et une indemnité de procédure.

Parallèlement, par jugement du même jour dans la cause C/14997/2010 (JTPI/7060/2013), le Tribunal a débouté E_____ SA de toutes ses conclusions et l'a condamnée aux dépens comprenant une participation de 30'000 fr. aux honoraires d'avocats des époux C_____.

EN DROIT

1. Aux termes de l'art. 405 al. 1 CPC entré en vigueur le 1er janvier 2011 (RS 272), les recours sont régis par le droit en vigueur au moment de la communication de la décision entreprise. S'agissant en l'espèce d'un appel dirigé contre une décision notifiée après le 1er janvier 2011, la présente procédure d'appel est régie par le CPC.

1.1 L'appel est recevable pour avoir été interjeté dans les délai et forme utiles (art. 130, 131, 142 al. 3 et 311 al. 1 CPC), par des parties qui y ont intérêts (art. 59 al. 2 let. a CPC), à l'encontre d'une décision finale (art. 308 al. 1 let. a CPC) qui statue sur des conclusions pécuniaires, dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. (art. 91 al. 1 et 308 al. 2 CPC).

La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC) dans les limites posées par les maximes des débats (art. 55 al. 1 CPC) et de disposition (art. 58 al. 1 CPC) applicables à la présente procédure.

1.2 Selon l'art. 317 al. 1 CPC qui régit de manière complète et autonome l'admission d'allégations et d'offres de preuve nouvelles en appel, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte qu'aux conditions suivantes : a) ils sont invoqués ou produits sans retard; b) ils ne pouvaient être invoqués ou produits

devant la première instance, bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise.

Dans le cas d'espèce, l'appelante a déposé un chargé de 29 pièces en appel, comportant toutes les pièces qu'elle avait produites en première instance, ainsi que des pièces de procédure qui ressortent du dossier du Tribunal. Par conséquent, il ne contient aucune pièce nouvelle au sens de la disposition de l'art. 317 CPC.

2. L'appelante, dans le cadre de son acte d'appel, conteste d'une part une nouvelle fois disposer de la légitimation passive et d'autre part, la prise en compte ou au contraire la mise à l'écart par le Tribunal des postes relatifs au chiffre d'affaires 2007 de la société entrant en considération pour la fixation du complément de prix au sens du contrat de vente signé par les parties le 13 juillet 2007, suivants :

- Un montant de 162'102 fr. 92 ajouté par le Tribunal au chiffre d'affaires 2007 du fait d'une différence entre les commandes enregistrées en 2006 et facturées en 2007 et celles enregistrées en 2007 et facturées en 2008. Elle estime que cet ajout ne doit pas avoir lieu du fait qu'il n'a jamais été stipulé dans le contrat.

- Un montant de 8'936 fr. 10 d'indemnité d'assurance pris en compte par le Tribunal dans les comptes 2007 retraités.

- Un montant de 65'010 fr. 42 : abattement de 20% sur les frais généraux opéré par le Tribunal sur la somme des frais généraux admis par les parties.

- Un montant de 82'519 fr. 15 déduit par le Tribunal des frais généraux, soit des dépenses effectuées par H_____, le Tribunal ayant se faisant admis une modification du contrat entre les parties, modification qui avait été expressément prévue par l'art. 7.2 du contrat de vente comme devant s'effectuer par écrit après communication, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce.

L'appelante ne conteste en rien l'état de fait dressé par le premier juge.

3. Le défaut de légitimation active (ou passive) est un moyen de fond et non une exception de procédure. Un tel moyen a le caractère d'une objection. Il doit être examiné d'office à la lumière des règles de droit matériel et non des règles de procédure (ATF 126 III 59 consid. 1a). Il s'agit d'un conflit sur la titularité du droit. En principe, seule est légitimée comme partie au procès celle qui est personnellement titulaire d'un droit ou contre laquelle personnellement un droit est exercé. Le défaut de légitimation active (ou passive) entraîne le rejet de l'action alors que le défaut de qualité pour agir ou pour défendre, condition d'ordre procédural, entraîne l'irrecevabilité de celle-ci (ATF 130 III 417 consid. 3.1, SJ 2004 I 533; ATF 126 III 59 consid. 1a; HOHL, Procédure civile, tome I, n. 435 p. 97 et n. 451, p. 100).

3.1 L'appelante a contesté en première instance et conteste à nouveau sa légitimation passive du fait que le contrat conclu entre elle et les intimés aurait été cédé à E_____ SA valablement, de sorte qu'elle ne serait plus titulaire de droits ou d'obligations à leur égard. Les intimés, qui ont fait le choix d'assigner A_____ SA, le contestent en exposant qu'ils ignoraient le transfert du contrat et n'avaient pas donné leur accord à celui-ci.

Pour déterminer si l'appelante dispose de la légitimation passive, il s'agit dès lors en premier lieu de trancher la question du transfert ou non du contrat conclu par A_____ SA avec les intimés à E_____ SA avec les droits et obligations qu'il implique. Le Tribunal a retenu que tel n'avait pas été le cas du fait d'une part, que l'on ne pouvait retenir que les intimés avaient donné leur accord anticipé à un transfert de contrat par leur co-contractant et d'autre part, parce que l'acte de cession du 3 octobre 2008 entre A_____ SA et E_____ SA ne mentionne qu'une cession de créances et non d'obligations.

3.2 La cession de créance se distingue de la cession de contrat dans le sens où cette dernière vise le transfert de l'intégralité du rapport contractuel d'une partie contractante à un tiers, qui se substitue à celle-ci (PROBST, CR-CO I 2012 n° 10, ad art. 164; TSCHÄNI, Basler Kommentar OR I, 2011, n° 2 ad art. 175, n° 2 ad art. 181).

Le transfert des obligations découlant d'un contrat de vente n'est possible qu'avec le concours du contractant, à moins que les parties au contrat n'y aient consenti à l'avance (ATF 105 III 11; JT 1980 II 143).

3.3 Dans le cas particulier, les intimés ne sont pas parties à l'acte de cession du 3 septembre 2008. Dès lors, il n'y a pas de contrat tripartite écrit de sorte que se pose la question, soit de l'accord préalable, soit de la ratification.

La thèse de l'accord préalable doit être admise pour les motifs suivants : les intimés ont mené de bout en bout les négociations visant la vente de leur société avec H_____ et son conseil. Les modalités du rachat ont été discutées par le menu entre eux durant la phase des négociations ayant abouti à la lettre d'intention du 25 juin 2007. Il ressort des actes de la procédure que les intimés ont accepté l'offre de H_____ au motif que celui-ci n'avait pas besoin de financement, contrairement à d'autres acquéreurs intéressés, et qu'ils savaient que celui-ci souhaitait acquérir par le biais d'une structure juridique à créer. Il leur était parfaitement indifférent de savoir quelle était l'entité juridique concluant formellement le contrat dans la mesure où leur interlocuteur et acquéreur était *in fine* H_____. L'appelante expose à ce propos de manière parfaitement crédible que si celle-ci, sur la base du contrat de fiducie du 13 juillet 2007 passé avec H_____, a signé le contrat avec les intimés, ce n'était que dans l'attente de la constitution de la société propriété de H_____ ayant vocation à détenir la société

rachetée. On constate d'ailleurs que le transfert du contrat par l'appelante à E_____ SA a pour effet d'aboutir, dans les faits, à la situation voulue initialement par les parties, soit l'achat de la société des intimés par une structure juridique détenue par le seul interlocuteur des intimés, H_____.

Dès lors qu'il ressort de la procédure et de l'économie de la transaction qu'il était parfaitement indifférent aux intimés de savoir quelle structure juridique était leur co-contractant, leur accord préalable au transfert doit être admis (cf. sur la notion d'indifférence les arrêts du Tribunal fédéral 4C_436/1999 et 4C_134/2005). Il en découle que l'appelante n'a pas la légitimation passive.

On relèvera pour le surplus qu'attaqués par la cessionnaire du contrat (E_____ SA) en paiement dans la procédure parallèle, les intimés ont contesté le bien-fondé de la créance invoquée par cette dernière sans aucunement remettre en cause sa légitimation active pour les rechercher en paiement. Bien au contraire, ils ont tenus pour acquis cette cession "de l'intégralité de ses droits découlant du contrat de vente de parts sociales conclu avec les époux C_____ à E_____ SA c'est pour cela que E_____ SA est demanderesse à la présente procédure, même si celle-ci est totalement infondée" (mémoire de réponse C_____ à la demande du 11 février 2011 p. 3 n° 13).

Par conséquent l'objection de défaut de légitimation passive de l'appelante étant admise, cela scelle le sort de l'appel.

4. Cela étant, voulût-on même admettre que la légitimation passive de l'appelante fût reconnue, que cela n'y changerait rien dans la mesure de ce qui a été retenu dans l'arrêt de ce jour dans la cause C/14997/2010 et qui sera, à titre supplémentaire, rappelé ci-dessous. En effet, il s'avère que les intimés sont redevables d'un complément de prix à leur contrepartie et non l'inverse, de sorte que leur action est *in fine* rejetée.

4.1 Les parties sont liées par un contrat de vente au sens des art. 184 ss CO ayant fait l'objet du contrat passé le 13 juillet 2007, que l'acheteur soit A_____ SA ou E_____ SA.

Le prix de vente prévu à l'art. 1.2 du contrat comportait un montant fixe, ainsi qu'un complément de prix. S'agissant du complément de prix, celui-ci devait être fixé sur la base d'un calcul exécuté selon une formule prévue par le contrat et une annexe 3 de celui-ci, devant correspondre à cinq fois les bénéfices avant intérêts, impôts, dépréciations et amortissements (EBIDTA) pour l'année 2007 "retraité", soit corrigé de divers éléments comptables ne devant pas être pris en considération pour le calcul du prix et admis par les parties. L'annexe 3 au contrat à laquelle il est fait référence dans celui-ci et fixant la manière de "retraiter" le bilan fait état

de la façon dont les comptes 2006 ont été corrigés et mentionne les comptes 2007 provisionnels et leur façon de les corriger.

4.2 Selon l'art. 18 al. 1 CO pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il y a lieu de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur soit pour déguiser la nature véritable de la convention.

Si la réelle et commune intention des parties ne peut être établie et qu'un désaccord latent subsiste, il faut tenter de découvrir la volonté selon le principe de la confiance, à savoir d'après le sens qu'un destinataire pouvait et devait donner à leur déclaration (ATF 121 III 123; ATF 115 II 269).

C'est alors le contenu objectif du contrat qu'il y a lieu de déterminer. Pour y parvenir, le juge peut notamment s'inspirer du texte même de l'accord, des circonstances ayant entouré sa conclusion, des circonstances antérieures et postérieures à la conclusion, du but poursuivi par les parties et des usages (JT 1976 I 323).

4.3 Dans le cas d'espèce, ne sont contestés devant la Cour que les quatre points retenus ou écartés par le Tribunal relevés ci-dessus.

4.3.1 Tout d'abord, le Tribunal a ajouté un montant de 162'102 fr. 92 au chiffre d'affaires 2007 retraité, montant correspondant à la différence entre les commandes enregistrées en 2006 et facturées en 2007 et celles enregistrées en 2007 et facturées en 2008. Pour les motifs soulevés par l'appelante que la Cour fait siens ce grief est fondé. En effet, comme l'a déclaré le témoin G_____, entendu par le Tribunal et auteur de la méthode de retraitement des comptes admise par les parties et reprise dans les contrats, l'annexe 3 de celui-ci, partie intégrante du contrat, comportait les postes dont il s'agissait de tenir compte dans le cadre de la correction des comptes prévue pour la fixation du complément de prix. Or, les intimés, qui proposaient la prise en compte du montant retenu par le Tribunal correspondant à la différence entre les commandes, n'ont pas apporté la preuve (art. 8 CC) que ces éléments devaient être pris en compte dans le cadre de la correction des valeurs des comptes 2007 permettant de calculer le complément de prix. Aucun élément en ce sens ne ressort du dossier. De même, c'est à juste titre que, dans le cas de comptes établis dans l'optique d'une continuation de l'entreprise, l'appelante relève que la variation du carnet de commande non livré serait répétée d'une année à l'autre, de sorte que comme elle existait pour les années précédentes, cette variation existait pour les années suivantes également.

Dès lors, dans la mesure où le grief s'agissant du montant en question est fondé, les comptes 2007 "retraités" ne doivent pas en tenir compte.

4.3.2 L'appelante considère en outre que le Tribunal n'aurait pas dû ajouter au chiffre d'affaires le montant de 8'936 fr. d'indemnité d'assurance dans les comptes 2007 "retraités", se référant à l'annexe 3 du contrat qui prévoit un chiffre d'indemnité d'assurance de 0. Ce grief est infondé et le raisonnement tenu par l'appelante insuffisant. En effet, comme le relève à juste titre les intimés, le montant d'indemnité d'assurance de 8'936 fr. 10 qui figure dans les comptes 2007 de la société n'est pas contesté. Or, une ligne du tableau des éléments à prendre en compte dans le cadre de la correction des montants prévus par le contrat pour l'année 2007 stipule expressément les indemnités d'assurance. C'est évidemment à tort que l'appelante se réfère au montant de 0 fr. figurant sur cette ligne dans l'annexe 3 du contrat pour l'année 2007 en en tirant la conclusion qu'il s'agissait là de la volonté des parties. En effet, d'une part il s'agissait, dans l'annexe en question, de fixer la méthode et non les montants puisque précisément pour l'année 2007 il s'agissait de prévisions et non pas de chiffres définitifs et d'autre part, l'appelante elle-même ne conteste pas que le chiffre d'affaires effectif pour l'année 2007 diverge du montant prévisionnel prévu dans l'annexe 3 du contrat, fixé à hauteur de 3'500'0000 fr. alors que le chiffre d'affaires effectif a été de 2'828'459 fr. selon les propres dires de l'appelante. Ce raisonnement peut à l'évidence être tenu pour tous les postes une fois les comptes 2007 connus, sous peine de mettre à néant la volonté des parties d'un "complément de prix tel que fixé dans le contrat à la hausse ou à la baisse sur la base des chiffres effectifs 2007". Dès lors c'est à juste titre que le Tribunal a retenu l'ajout du montant d'indemnité d'assurance touché durant l'exercice concerné.

4.3.3 Le troisième grief formé par l'appelante vise un abattement de 20% des frais généraux auquel le Tribunal a procédé considérant qu'il était prévu de manière forfaitaire dans l'annexe 3 du contrat. Ce grief est fondé. En effet, à aucun moment ni dans le contrat ni dans l'annexe de celui-ci dont il s'agit, il n'est fait référence à un tel abattement de manière générale. Certes, les comptes 2006 "retraités" font apparaître un abattement de l'ordre de 20% par rapport aux comptes 2006 publiés de la société. Toutefois, d'une part les comptes prévisionnels figurant dans l'annexe en question ne mentionnent qu'un montant d'abattement de 10% (360'000 sur 400'000) pour l'année 2007 mais d'autre part, comme on l'a vu ci-dessus, ces montants étaient des montants envisagés et non pas des chiffres définitifs, les chiffres définitifs ne pouvant être connus qu'une fois les comptes 2007 établis. Or, il ressort du dossier que les parties ne contestent pas que les frais généraux 2007 se sont élevés à 325'052 fr. 09 et non pas au montant de 400'000 fr. prévu à titre prévisionnel dans les comptes 2007 envisagés dans l'annexe 3 au contrat. Rien dans la procédure, et en particulier ni dans les pièces ni dans les écritures des intimés, ne permet de retenir qu'un abattement ou retrait à hauteur de 20% du montant des frais généraux effectifs de l'année 2007 devait être envisagé.

Par conséquent, dans la mesure où le montant ajouté par le Tribunal ne ressort ni de la volonté des parties ni de l'économie du contrat, il doit être supprimé l'appel doit être admis sur ce point.

4.3.4 Dans un quatrième et dernier grief, l'appelante reproche au Tribunal d'avoir déduit du montant des frais généraux, une somme de 82'519 fr. 25 de dépenses effectuées par H_____ ou sur ses instructions. Elle expose qu'admettre cette déduction reviendrait à modifier le contrat, alors qu'une procédure précise avait été prévue par l'art. 7.2 de celui-ci en cas de charges ou dépenses, ainsi que décisions d'investissement de nature à modifier la gestion de la société durant l'année 2007 et que selon l'art. 8.5 du contrat, celui-ci ne pouvait être amendé ou modifié que par accord écrit des parties, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

L'appelante est malvenue de soulever ce grief dès lors que c'est H_____ lui-même qui a proposé sur la base du conseil de sa fiduciaire, en août 2007 déjà, d'ouvrir un compte spécifique relatif à toutes les dépenses qu'il effectuait, ce compte devant être "retraité" selon sa volonté propre (mail du 8 août 2007). Il ressort du dossier que les intimés ont tenu la liste des dépenses qui devaient entrer dans ce compte en se conformant à la volonté de H_____. Comme le Tribunal l'a retenu à juste titre, il s'agit de considérer dès lors que les parties ont, par écrit, conformément à l'art. 8.5 du contrat, modifié celui-ci sur ce point et ce, d'accord entre elles et sans contestation jusqu'au moment de la fin de l'activité des intimés au sein de la société. C'est dès lors à tort que l'appelante considère que la procédure fixée n'a pas été suivie puisque au contraire les parties ont modifié d'un commun accord et par écrit comme prévu par le contrat, la façon de procéder sur ce point, de manière à tenir compte des dépenses en question dans le cadre du correctif à apporter aux comptes 2007. Pour le surplus, le fait que les dépenses n'aient in fine pas été comptabilisées dans le compte idoine pour des raisons fiscales n'est d'aucune incidence sur la volonté des parties retenue ci-dessus de tenir compte de ces montants dans le calcul pertinent. Dès lors, le grief est infondé.

4.4 En résumé, les comptes 2007 "retraités" doivent être épurés des montants de 162'102 fr. 92 ajoutés par le Tribunal au chiffre d'affaires et de 65'010 fr. 42 déduits par le Tribunal des frais généraux pour aboutir à un bénéfice avant intérêts, impôts, dépréciations et amortissements (EBITDA) de 950'230 fr., soit un complément de prix de - 1'248'850 fr. ($950'230 \text{ fr.} \times 5 = 4'751'150 \text{ fr.} - 6'000'000 \text{ fr.}$) auquel il s'agit d'ajouter le différentiel de trésorerie admis par les parties à concurrence de 622'829 fr. de sorte que le complément de prix à charge des intimés s'élève à 626'021 fr.

- 5.** Aux termes de l'art. 318 al. 3 CPC, si l'instance d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais de la première instance. La Cour examine l'application de l'ancien droit cantonal de procédure par le premier juge au regard de ce dernier

droit (arrêt du Tribunal fédéral 4A_8/2012 du 12 avril 2012). En procédure civile genevoise, la répartition des frais et dépens était régie par le principe dit du résultat (art. 176 al. 1 aLPC). Les frais et dépens étaient donc mis à la charge des parties dans la mesure où elles succombaient.

Dans la mesure où, à l'issue de la procédure, l'appelante obtient gain de cause, les intimés seront condamnés aux dépens de première instance, ainsi qu'au paiement d'une indemnité à l'appelante de 15'000 fr. valant participation aux honoraires d'avocat de celle-ci.

Le chiffre 2 du dispositif du jugement querellé sera annulé et modifié en conséquence.

S'agissant des frais d'appel (frais judiciaires et dépens), ils sont régis par le nouveau droit (art. 95 et 106 al. 1 et 2 CPC).

Les frais de la procédure d'appel seront arrêtés à 8'000 fr. et mis à la charge des intimés qui succombent. Le montant de l'avance de frais sera restitué à l'appelante qui obtient gains de cause.

Dans la mesure où son appel a été accueilli, l'appelante aura droit à la charge des intimés à des dépens d'appel à hauteur de 8'000 fr. en application des art. 84, 85 et 90 RTFMC et 23 al. 1 LaCC.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ SA contre le jugement JTPI/7053/2013 rendu le 24 juin 2013 par le Tribunal de première instance dans la cause C/31027/2010-16.

Au fond :

L'admet et annule le jugement querellé.

Cela fait et statuant à nouveau :

Déboute B_____ et D_____ C_____ de toutes leurs conclusions.

Condamne B_____ et D_____ C_____, conjointement et solidairement, aux dépens de première instance, lesquels comprennent une participation aux honoraires d'avocat de A_____ SA à hauteur de 15'000 fr.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 8'000 fr.

Les met à la charge de B_____ et D_____ C_____, pris conjointement et solidairement.

Ordonne la restitution à A_____ SA du montant de l'avance de frais, soit 16'800 fr.

Condamne B_____ et D_____ C_____, conjointement et solidairement, au paiement à A_____ SA de la somme de 8'000 fr. à titre de dépens d'appel.

Siégeant :

Monsieur Jean-Marc STRUBIN, président; Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, Madame Daniela CHIABUDINI, juges; Madame Barbara SPECKER, greffière.

Le président :

Jean-Marc STRUBIN

La greffière :

Barbara SPECKER

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.