JURISPRUDENCE COMMERCIALE

Contrats commerciaux

FONDS DE COMMERCE — Vente — Validité — Responsabilité des professionnels intervenant à l'acte.

*Cour d'appel d'Orléans
Chambre civile, 2^e section
— 29 juin 1993 —*

J.-F. Dumarest c/ M.C. Coulon et autres

LA COUR,

1°) *Sur la nullité de la vente :*

Attendu que l'article 12 de la loi du 29 juin 1935 sur la cession des fonds de commerce exige du vendeur, à peine de nullité de la vente, certaines mentions au nombre desquelles figurent le chiffre d'affaires de trois dernières années ou réalisé depuis l'acquisition, dans l'hypothèse d'une exploitation inférieure à trois ans, ainsi que le montant des bénéfices réels nets commerciaux pendant la même période ; que ces dispositions d'ordre public sont exigées nonobstant toute stipulation contraire et sont destinées à permettre la plus parfaite connaissance possible par l'acquéreur du fonds cédé ; qu'il s'ensuit que ces mentions doivent non seulement être faites mais aussi être sincères et reposer sur des éléments objectivement vérifiables par l'acquéreur ;

Attendu qu'il est constant que Dumarest n'a exploité le magasin l'Herbier que de décembre 1986 à début décembre 1987 ; qu'il tenait une comptabilité unique pour les deux magasins et reportait les recettes respectives des deux points de vente sur un agenda dans des colonnes séparées tandis que les dépenses et les

charges étaient regroupées dans une troisième colonne qui ne permettait pas de les imputer de façon certaine à un magasin plutôt qu'à l'autre ;

Attendu qu'avec cette méthode, le vendeur pouvait connaître le chiffre d'affaires de chaque boutique mais ne pouvait pas déterminer le bénéfice (ou la perte) engendré après déduction des charges ; que déjà, sur ce point, les mentions portées à l'acte quant aux bénéfices réalisés sont sujettes à caution dans la mesure où ils ne reposent sur aucun critère sérieux et ne permettent pas un contrôle efficace de l'acquéreur sur des chiffres présentés « *sous toutes réserves* » par le vendeur lui-même ;

Attendu que ces réserves ont été retenues à tort par le tribunal comme un élément susceptible d'exonérer le vendeur de sa responsabilité quant au caractère erroné des mentions légales puisque l'article 13 de la loi du 29 juin 1935 maintient l'obligation de garantie du vendeur nonobstant, toute stipulation contraire ; qu'en admettant, tout au plus, qu'une telle mention eût été de nature à attirer la méfiance des époux Coulon, force est de constater que ceux-ci étaient obligés de s'en remettre à l'étude prévisionnelle de Cécoper pour apprécier la sincérité des chiffres mentionnés dans l'acte puisque la boutique avait été créée moins d'un an auparavant et qu'il n'existait aucun élément comptable fiable de comparaison ;

Attendu que les bénéfices réels de l'Herbier étaient d'autant plus difficiles à connaître que, comme il a été rappelé, l'ensemble des charges des deux magasins étaient regroupées ; que notamment, si l'agenda de Dumarest fait apparaître les recettes de l'Herbier, il est, en revanche, impossible de connaître le montant des matières premières et des approvisionnements relatifs à ce point de vente ; que ce

simple élément démontre le caractère fantaisiste des énonciations portés à l'acte.

Attendu que le seul à pouvoir connaître avec un tant soit peu de précision la rentabilité de l'Herbier était le vendeur qui disposait des éléments de comparaison entre les résultats antérieurs de son fonds de commerce avant l'achat de l'Herbier et les résultats découlant de l'adjonction de cette seconde boutique ;

Attendu que Dumarest n'a d'ailleurs pas tardé à se rendre compte de l'absence de toute rentabilité de ce second point de vente puisque moins d'un an après avoir acquis le droit au bail pour 165 000 F et avoir fait pour 80 000 F de travaux, il s'en est débarrassé pour une somme de 140 000 F qui ne lui permettait pas de rentrer dans ses fonds ;

Attendu que cette analyse est confirmée, a posteriori, par l'examen du bilan général de 1987, année au cours de laquelle, malgré l'exploitation de l'Herbier, le résultat de Dumarest a été en baisse de 32,20% puisque le chiffre d'affaires n'a cru que de 120 273 F (+ 9,54%) tandis que les charges d'exploitation augmentaient de 207 761,54 F, soit de 20,12% ; qu'il était donc facile pour Dumarest, qui disposait de l'ensemble de ces éléments, d'en déduire que, toutes choses étant égales par ailleurs pour sa boutique de la rue J.J. Rousseau, l'Herbier lui coûtait plus d'argent qu'il n'en rapportait ;

Attendu, dans ces conditions, que les mentions portées à l'acte sont inexactes ; qu'il faut bien en convenir puisqu'il est noté un chiffre d'affaires pour l'Herbier de 246 944 F du 15 décembre 1986 au 30 novembre 1987 alors que d'autre part Dumarest n'invoque pas une baisse de chiffre d'affaires de son magasin de la rue J.J. Rousseau et que le chiffre d'affaires cumulé des deux points n'augmente que de 119 523 F ; que ce chiffre mentionné à l'acte est encore inexact si on le rapproche du chiffre figurant au bilan où il n'apparaît que pour 146 356,16 F ; qu'en tout cas, quel que soit le chiffre que l'on retienne, on est bien loin des 303 210 F de recettes prévues dans l'étude de Cécoper ;

Attendu que de telles divergences ne peuvent s'expliquer que par un transfert d'une même clientèle d'un point de vente sur l'autre, ce qui

amène à s'interroger sur la qualification de « *fonds de commerce* » donnée par Dumarest à la chose vendue aux époux Coulon dans la mesure où une clientèle spécifique est justement l'élément essentiel d'un fonds ;

Attendu que le résultat médiocre rappelé ci-dessus provient, en effet, de façon quasi exclusive de l'inexistence de clientèle propre du magasin l'Herbier ; que le chiffre d'affaires de décembre 1986 suffit presque à lui seul à le démontrer ; qu'en effet, Dumarest a commencé à exploiter dans le courant du mois ; que, malgré cette ouverture tardive, il a réussi à faire un chiffre d'affaires de 43 353,87 F alors que, par hypothèse, la boutique n'avait encore aucune clientèle fidèle ; que, dans le même temps, le magasin de la rue J.J. Rousseau, malgré sa clientèle attirée et la période de fin d'année propice au commerce des fleurs, faisait un chiffre d'affaires certes supérieur mais insuffisant toutefois, même avec la recette de l'Herbier pour compenser les charges du mois ; qu'il est donc évident que, par un phénomène de nouveauté, le magasin de la galerie Voltaire a attiré la clientèle antérieure de la rue J.J. Rousseau, ce qui explique que, malgré la multiplication des points de vente et l'accroissement de la surface commerciale, le chiffre d'affaires global du fonds de Dumarest n'a pas cru dans les proportions espérées ;

Attendu qu'ensuite, la clientèle s'est partagée entre les deux boutiques jusqu'à ce que Dumarest cède l'Herbier et qu'elle reparte avec lui vers la rue J.J. Rousseau sans même attendre la fermeture de l'Herbier par les époux Coulon en juin 1988 (Cf. notamment les clients commerçants comme CoifLyne, A la Bonne Étape, Frimousse, Le Lion d'Or, restaurant Les Bateliers, Le Choisel, Cuisiba-Ambiance etc...) ;

Attendu qu'en admettant même que les époux Coulon n'aient pas eu la compétence de leur vendeur, ce qui n'est guère contestable, il n'en reste pas moins qu'ils ont acquis, sur des chiffres erronés, un bien dénué de clientèle propre et qui ne présentait, de ce fait, que les apparences d'un fonds de commerce sans réelle capacité de survie intrinsèque après sa séparation de l'établissement principal de la rue J.J. Rousseau ; que ces éléments ont causé aux acquéreurs un préjudice certain dans la mesure où il est constant que s'ils les avaient connus,

les époux Coulon n'aurait pas acquis le bien ; que le jugement sera donc réformé et l'annulation de la vente du 21 octobre 1987 prononcée par la cour aux torts du vendeur ;

Attendu que Dumarest sera donc condamné à restituer le prix de 140 000 F aux époux Coulon ;

2°) *Sur les autres demandes des époux Coulon contre Dumarest*

Attendu que les explications des époux Coulon, dans leurs conclusions, sont très laconiques, voire inexistantes, sur la question du remboursement du chèque de 6 200 F et la restitution des deux chèques de 2 000 F et 2 700 F ; qu'ils mentionnent, toutefois, qu'il s'agirait là de dépôts de garantie destinés à assurer le paiement du solde du matériel, ce qui ne correspond ni au prix dudit matériel dans l'acte de vente (3 300 F), ni aux modalités de paiement de celui-ci (comptant en la comptabilité du notaire) ;

Attendu que la thèse de Dumarest est plus vraisemblable (même si les sommes ne correspondent pas non plus tout à fait) quand il soutient que ces trois chèques ont été versés en paiement partiel du prix des marchandises en stock évaluées à 21 000 F et qui devaient être payées 11 500 F le jour de la vente puis à terme 6 000 F en juin 1988 et 3 500 F en juillet ; qu'ainsi, lesdits chèques auraient été versés en paiement des 11 500 F prévus au jour de l'acte ; que ce point est confirmé par la lettre du notaire Borgat, en date du 20 avril 1988, qui tient compte de ce paiement de 6 200 F sur les 11 500 F et adresse à Dumarest la somme de 5 300 F complémentaire ;

Attendu que nonobstant l'annulation de la vente, il ne sera pas fait droit à la demande de remboursement de la somme de 6 200 F encaissée par le vendeur ; qu'en effet, cette somme correspond au stock qui a été vendu par les époux Coulon et qu'ils ne peuvent restituer ; que, par ailleurs, s'agissant d'un chèque remis en paiement, les époux Coulon ne peuvent réclamer de dommages-intérêts en indemnisation du préjudice qui résulterait pour eux de la « *présentation prématurée au paiement* » dudit chèque ; que le jugement sur ces points sera donc confirmé ;

Attendu que deux autres chèques ont été rejetés faute de provision suffisante ; qu'ils sont toujours en possession de Dumarest qui devra les restituer, même s'ils sont périmés ; qu'en effet, si Dumarest avait la qualité de créancier des époux Coulon au titre des marchandises impayées et pouvait produire à la liquidation judiciaire de Michel Coulon pour le montant des chèques ; il n'a plus de titre pour détenir ces effets compte tenu de la clôture pour insuffisance d'actif de la liquidation, de la perte de son droit de poursuite individuelle et de l'annulation de la vente ; que le jugement sera encore confirmé sur ce point ;

Attendu que les époux Coulon ont dû s'endetter pour acheter le pseudo-fonds de commerce ; que l'annulation de la vente leur cause un préjudice certain puisqu'ils se retrouvent avec un prêt que les fonds à provenir de la restitution du prix ne serviront qu'imparfaitement à rembourser ; que Dumarest, dont la faute a été démontrée ci-dessus compte tenu de sa connaissance du manque de rentabilité de l'Herbier, sera donc condamné à leur payer une somme de 20 000 F à titre de dommages-intérêts, le jugement étant confirmé sur ce point ;

Attendu que l'annulation de la vente par la faute du vendeur oblige la cour à remettre les parties en leur état antérieur ; qu'à ce titre, Dumarest devra rembourser aux époux Coulon tous les frais qu'ils ont engagés pour parvenir à la vente annulée ; qu'il en est ainsi des frais d'agence (10 000 F) et des frais notariés d'attribution du pavillon par la Société Abri Familial Vierzonnais ainsi que des frais du prêt passé en l'étude de M^e Chigot pour parvenir à cette vente, soit 4 940,72 F + 5 607,51 F ; que c'est donc une somme totale de 20 548,23 F que Dumarest devra payer aux époux Coulon ;

Attendu, en revanche, que ne sont pas dûs les frais accessoires au prêt U.C.B. compte tenu des développements qui vont suivre ;

Attendu que c'est à juste titre que le tribunal a estimé inéquitable de laisser supporter aux époux Coulon une partie de leurs frais irrépétibles et qu'il a condamné Dumarest à leur payer 2 000 F à ce titre ; que la même iniquité existe devant la cour ; que Dumarest verra donc ajouter une somme de 4 000 F à ce qu'il doit à ses acquéreurs ;

3°) *Sur la nullité du prêt U.C.B. :*

Attendu que les époux Coulon invoquent l'erreur de droit comme cause de nullité du contrat de prêt ;

Attendu qu'il n'est pas contesté que le prêt de 200 000 F consenti aux époux Coulon par l'U.C.B. n'était pas un prêt relais et ne correspondait pas à ce qui avait été convenu entre les parties ; que, cependant, l'erreur n'est cause de nullité que lorsqu'elle est excusable ; qu'en l'espèce, les époux Coulon, se présentant comme futurs commerçants, devaient faire preuve d'un minimum de curiosité quant aux termes de l'acte notarié qui leur était lu et qui ne mentionnait nullement la nature de prêt relais mais précisait bien que l'emprunt était amortissable sur deux ans ce qui aboutissait à des mensualités de 9 516,89 F sans commune mesure avec leurs facultés contributives ; que leur erreur est donc loin d'être excusable ;

Attendu, par ailleurs, que les époux Coulon ne justifient pas d'un préjudice quelconque résultant de l'erreur commise puisqu'il est établi que l'U.C.B., s'étant rendue compte du problème, leur a proposé de rectifier celle-ci en transformant le prêt en prêt relais mais que les époux Coulon n'ont pas répondu à cette proposition ;

Attendu, dans ces conditions, qu'il n'y a pas lieu de faire droit à la demande en nullité du prêt ; le jugement étant confirmé sur l'ensemble des points relatifs au prêt U.C.B. ;

4°) *Sur les autres demandes des époux Coulon contre leurs adversaires autres que Dumarest :*

Attendu que les époux Coulon recherchent la responsabilité de l'U.C.B., d'Ageny et de l'association Cécoper dans leurs obligations de conseil, avec, notamment, les conséquences que leurs carences sur ce point ont entraîné dans l'octroi du crédit au vu des chiffres résultant de l'étude provisionnelle de Cécoper ;

Attendu, tout d'abord, qu'il est constant qu'Ageny n'est intervenu qu'en qualité de simple mandataire de l'U.C.B. ; qu'il doit donc être mis hors de cause personnellement puisque, s'il venait à être démontré qu'il a com-

mis une faute quelconque dans l'exécution de sa mission, c'est l'U.C.B. qui en serait civilement responsable ; que le jugement sera donc confirmé sur ce point ;

Attendu que Cécoper a incontestablement fait preuve d'une très grande légèreté en établissant une étude provisionnelle optimiste en se fondant sur la comptabilité de Dumarest qui, telle qu'elle était tenue, ne lui permettait pas de certifier comme elle l'a fait, un chiffre d'affaires précis pour l'Herbier et encore moins de prévoir un bénéfice net de 84 360 F ; que la méthode utilisée pour aboutir à de tels résultats était des plus approximatives puisqu'elle consistait à multiplier par deux le chiffre du premier semestre 1987 pour en extrapoler un chiffre d'affaires annuel ; qu'à aucun moment Cécoper ne s'est interrogée sur l'interdépendance des deux fonds et l'absence de clientèle réelle de l'Herbier avant de parvenir à de telles conclusions qui ont eu pour effet de tromper les époux Coulon sur la rentabilité du fonds ; que cette attitude fautive a causé, en conséquence, un préjudice incontestable pour les époux Coulon dans la mesure où cette étude du Cécoper a incité l'U.C.B., qui lui a fait confiance, à accorder le crédit après un premier refus ; que cela résulte incontestablement du courrier adressé par Ageny au conseil des époux Coulon, le 10 février 1988, dans lequel il écrivait : « *des chiffres d'exploitation inférieurs à ceux fournis auraient entraîné un refus du prêt malgré la garantie hypothécaire* » ;

Attendu que l'U.C.B. a accordé une confiance aveugle à l'étude de Cécoper ; qu'elle a manqué de discernement dans l'octroi d'un prêt destiné à l'acquisition d'un fonds alors que ce fonds était une partie démembrée d'un autre fonds avec les difficultés d'exploitation que cela suppose ; qu'elle prêtait, par ailleurs, à des gens inexpérimentés dans le commerce et notoirement sous-qualifiés dans la profession ; qu'elle se devait donc de prêter une particulière attention aux possibilités de remboursement que l'exploitation du commerce était censé générer et qu'à cet égard, les 84 360 F de bénéfice net résultant de l'étude Cécoper (soit 7 030 F par mois pour un ménage) auraient dû attirer son attention sur la fragilité du montage financier et la faiblesse des capacités de remboursement ;

Attendu, au surplus, qu'à supposer que l'er-

reur de rédaction du prêt de 200 000 F soit imputable au notaire ; l'U.C.B. est impardonnable d'avoir laissé passer une telle erreur alors qu'elle est professionnelle du crédit, qu'elle est intéressée au premier chef par le contenu de l'acte et qu'il lui appartenait de vérifier que celui-ci était bien conforme à la volonté des parties ; que ces erreurs ont, là encore, eu une incidence réelle sur l'illusion qu'ont pu nourrir les époux Coulon sur la viabilité de l'opération et ont causé à ceux-ci un préjudice certain ; que les sommes mises à la charge de Cécoper et de l'U.C.B. par le tribunal en réparation de ce préjudice apparaissent justes et doivent donc être confirmées, de même que celles accordées à titre d'indemnité de procédure ; qu'il y sera ajouté pour chacune de ces parties une somme de 2 000 F en indemnisation des frais irrépétibles qu'il serait inéquitable de laisser supporter aux époux Coulon devant la cour ;

Attendu que, pour n'être pas fondé, l'appel en cause d'Ageny n'apparaît pas abusif et n'ouvre pas droit à dommages-intérêts ; que le jugement sera donc confirmé sur ce point ; qu'il sera, en revanche, réformé en ce qu'il a débouté Ageny de sa demande d'indemnité de procédure ; qu'il sera donc accordé à ce dernier une indemnité de 1 000 F et une indemnité de 2 000 F au titre des frais irrépétibles exposés par lui devant les deux degrés de juridiction ;

Attendu que les autres demandes ne sont pas justifiées et seront rejetées ; que les époux Coulon sont condamnés à payer une indemnité de procédure à Ageny et succombent en une partie de leurs prétentions ; qu'ils supporteront donc une partie des dépens de première instance et d'appel ;

PAR CES MOTIFS :

Statuant publiquement, par arrêt réputé contradictoire et en dernier ressort :

RÉFORME le jugement entrepris en ce qu'il a débouté les époux Coulon de leurs demandes en nullité de la vente et en remboursement des frais afférents à cette transaction, en ce qu'il a débouté Ageny de sa demande d'indemnité de procédure et en ce qu'il a exonéré les époux Coulon de toute charge des dépens ;

LE CONFIRME en toutes ses autres dispositions non contraires ;

STATUANT À NOUVEAU du chef des dispositions réformées :

PRONONCE LA NULLITÉ de la vente intervenue le 21 décembre 1987 entre Jean-François Dumarest et les époux Michel Coulon ;

CONDAMNE Jean-François Dumarest à payer aux époux Coulon la somme de 140 000 F en restitution du prix, 20 548,23 F en remboursement des frais accessoires à la vente et 4 000 F d'indemnité de procédure en cause d'appel ;

CONDAMNE, in solidum, les époux Coulon à payer à Pierre Ageny une indemnité de procédure de 1 000 F en première instance et de 2 000 F en cause d'appel ;

AJOUTANT au jugement :

CONDAMNE l'Union de Crédit pour le Bâtiment et l'association Cécoper à payer, chacune, aux époux Coulon une indemnité de procédure de 2 000 F ;

DÉBOUTE les parties de leurs autres demandes ;

CONDAMNE Dumarest, d'une part, l'U.C.B. et l'association Cécoper, ensemble d'autre part, et les époux Coulon, en troisième lieu, à supporter les dépens de première instance et d'appel dans la proportion respectivement de 1/2 pour le premier, de 2/6 pour les seconds et de 1/6 pour les derniers ;

ACCORDE, pour les dépens d'appel, aux avoués de la cause, le bénéfice des dispositions de l'article 699 du Nouveau Code de Procédure Civile ;

ET le présent arrêt a été signé par le Président et le Greffier.

C. Meunier.

D. Tay.

NOTE

En période de récession, de forte augmentation du taux de chômage et de l'allongement de la durée moyenne de celui-ci, les demandeurs

d'emploi sont incités à créer leur propre emploi. L'idée est séduisante : en l'absence de toute alternative, il vaut mieux, après tout, tenter de sortir par soi-même d'une situation douloureuse qui perdure. Aussi, les voilà qui, munis de leur seule bonne volonté, se lancent dans l'aventure de la création d'entreprise.

Malgré tout, la seule bonne volonté ne suffit pas ! Il faut encore s'informer, se former ; car les risques de l'entreprise sont énormes comme en témoignent les multiples dépôts de bilan qui suivent l'euphorie de la création¹ ; d'autant que certains professionnels tout aussi poussés par la même conjoncture économique n'hésitent pas à donner leur « *caution* » à des opérations dont la viabilité semble plus que douteuse. L'espèce tranchée par la Cour d'appel d'Orléans le 29 juin dernier illustre parfaitement le propos.

Les époux Coulon, ouvriers au chômage, ont acquis de M. Dumarest un fonds de commerce de fleurs. Le prix de cette acquisition a été payé par un prêt que les acquéreurs ont obtenu auprès de l'Union de Crédit pour le Bâtiment (U.C.B.), moyennant une hypothèque sur leur maison. Une disposition expresse de l'acte autorise le vendeur à continuer l'exploitation d'un autre magasin. Mais une erreur s'est glissée dans la rédaction de l'acte : au lieu d'indiquer qu'il s'agissait d'un prêt relais, l'acte prévoyait un prêt remboursable en vingt-quatre mensualités. Dans l'impossibilité de faire face à des échéances très lourdes au regard de leur capacité de remboursement et eu égard à la faible rentabilité du fonds, les époux Coulon durent déposer le bilan du magasin après une année d'exploitation. Et la procédure de redressement judiciaire fut transformée en liquidation judiciaire ; puis clôturée pour insuffisance d'actifs.

Considérant avoir été trompés sur la valeur réelle du fonds acquis, les époux Coulon assignèrent en justice le vendeur, l'association Cécoper, qui avait fait l'étude provisionnelle sur la viabilité du fonds, l'U.C.B. et le courtier qui avait mis en place le financement.

A la suite d'une analyse très rigoureuse des faits versés au débat, les juges orléanais, très logiquement, ont constaté la *nullité de la cession du fonds de commerce* (I). Mais au-delà de cette application rigoureuse des règles qui gouvernent la matière, l'arrêt retiendra surtout

l'attention au regard de la *responsabilité des professionnels intervenant à l'acte* et plus généralement dans des opérations similaires (II).

I — Nullité de la cession du fonds de commerce

Les époux Coulon reprochaient au vendeur, outre les inexactitudes des mentions portées à l'acte de cession (A), le défaut de clientèle propre au fonds acquis (B).

A) L'inexactitude des mentions obligatoires

L'article 12 de la loi du 29 juin 1935 exige que tout acte de cession amiable d'un fonds de commerce comporte, entre autres, l'énonciation du chiffre d'affaires réalisé au cours de chacune des trois dernières années et des bénéfices réalisés pendant ces mêmes périodes².

Le dernier alinéa de ce texte ajoute que l'omission de ces énonciations « *pourra, sur la demande de l'acquéreur formée dans l'année, entraîner la nullité de la vente* ».

Ce texte, dont l'application est aujourd'hui parfaitement connue, pose une règle de protection³ : protéger l'acquéreur des risques de surenchère du vendeur désireux de réaliser une bonne affaire et lui permettre d'avoir une idée précise de la valeur du bien qu'il se propose d'acquérir.

Comme pour toutes les règles de protection, l'omission des mentions prescrites par ce texte ne suffit pas à entraîner la nullité de l'acte. Encore faut-il, en effet, qu'elle ait vicié le

1. En 1992, 57 800 entreprises ont déposé leur bilan ; soit 9,1% de plus qu'en 1991. Cf. J. Combier, *Les défaillances d'entreprises en 1992*, Inséé Première, N° 274, août 1993. Il ressort de cette étude que les plus jeunes entreprises sont les plus fragiles : 56% d'entre elles n'atteignent pas leur 5^e anniversaire. Cette tendance dure depuis quelques années comme en témoignent plusieurs études de l'INSEE : S. Amorich et C. Bernard, *Les créations d'entreprises en France entre 1987 et 1991*, Inséé Première N° 229, octobre 1992 ; adde : « *une entreprise sur deux disparaît avant 5 ans* », Économie et statistique N° 215, novembre 1988.

2. Loi du 29 juin 1935 relative au règlement du prix de vente des fonds de commerce : article 12.

3. Sur la notion de la règle de protection, voir J. Nga-faounain, *Les mécanismes de protection de la caution*, thèse dactyl. Orléans, 1993, p. 203 et suiv.

consentement de l'acquéreur⁴. Aussi, une Cour d'appel a pu valider la cession d'un fonds de commerce en dépit de l'omission des mentions obligatoires en considérant que ladite omission n'a pas vicié le consentement de l'acquéreur puisque tous les livres comptables tenus par le vendeur ont été mis à la disposition de celui-ci avant la signature de l'acte litigieux⁵.

Le juge doit, en conséquence, vérifier, avant toute décision, l'incidence de l'omission des mentions obligatoires sur le consentement de l'acquéreur protégé⁶.

C'est ainsi que la Cour d'Orléans a récemment rejeté l'action de l'acquéreur d'un fonds de commerce qui invoquait l'inexactitude des chiffres d'affaires portés à l'acte pour demander des dommages-intérêts. L'arrêt retient que l'acquéreur « *avait toute possibilité de vérifier les chiffres annoncés dans l'acte de vente dans la mesure où ... [il] avait visé tous les livres de comptabilité tenus par les vendeurs au cours des trois dernières années d'exploitation ...* »⁷.

L'appréciation de l'effet de l'omission des mentions obligatoires sur le consentement de l'acquéreur tient compte du profil de ce dernier. A ce titre l'action des professionnels est rejetée parce qu'ils sont avertis⁸ ; ce qui se conçoit.

Dans l'espèce rapportée, la comptabilité du vendeur était très « *lacunaire* »⁹ : il relevait dans des colonnes séparées d'un agenda les recettes des deux magasins, les charges étant regroupées dans une troisième colonne ; ce qui ne permettait pas de connaître le montant des matières premières et des approvisionnements relatifs à chaque point de vente ; d'où, relève la Cour d'Orléans, « *le caractère fantaisiste des énonciations portées à l'acte* ».

C'est le lieu de souligner le danger d'une telle comptabilité ; car la qualité de l'information d'un dirigeant social est fonction de la qualité de ses comptes¹⁰. La mauvaise tenue des comptes conduit fatalement à des décisions inappropriées, forcément préjudiciables à l'entreprise¹¹.

Cette situation explique peut-être la méprise du vendeur ; à moins qu'il n'ait délibérément pratiqué une « *comptabilité inventive* »¹² dans le but de tromper les acquéreurs. En tous les cas les conséquences sur le consentement des

acquéreurs et le préjudice qui s'en est suivi étaient patents, ce qui autorisait l'annulation de la cession litigieuse.

Mais, en l'absence d'une clientèle propre, le bien vendu était-il un fonds de commerce ?

B) *Le défaut de clientèle propre*

Le fonds de commerce suppose, en effet, à côté des éléments corporels comme les marchandises l'outillage et le matériel, des éléments incorporels dont le droit au bail et la clientèle.

La question de la place respective de chacun de ces éléments dans le fonds de commerce a été longtemps discutée ; on s'est demandé en

4. Voir J. Ngafaounain, thèse précitée, p. 204 et suiv.

5. Cf. Com., 30 janvier 1990 Bull. N° 29 p. 19 : « *Attendu... que l'omission, dans l'acte de cession d'un fonds de commerce, des diverses mentions rendues obligatoires par l'article 12 de la loi du 29 juin 1935 ne suffit pas à entraîner la nullité de l'acte ; qu'après avoir relevé que tous les livres de comptabilité tenus par le vendeur avaient été, avant la signature de l'acte de cession, mis à la disposition de l'acquéreur, la Cour d'appel a pu retenir que le consentement de celui-ci n'avait pas été vicié par l'omission invoquée* » ; rapp. Com., 11 octobre 1982 Bull. N° 302 p. 258.

6. Doit donc être censurée la Cour d'appel qui annule la cession d'un fonds de commerce en raison de la seule omission de la mention prescrite sans rechercher l'incidence de cette violation sur le consentement de l'acquéreur : Com., 11 octobre 1982, Bull. N° 299, p. 256.

7. Orléans, chambre civ., 1^{re} sect., 10 août 1993, aff. époux Jacquet c/ Société Le Clos du Mont (S.A.R.L.), arrêt N° 1002 (inédit).

8. Cf. Com., 18 janvier 1984 Bull. N° 23 ; Com., 22 novembre 1965, Bull. p. 531. La Cour d'Orléans a par exemple rejetée l'action en garantie de vice caché au motif que l'acquéreur (une société) et le nouveau gérant étaient des professionnels qui, en plus, avaient utilisé la machine plusieurs semaines avant la signature de l'acte de cession : Orléans, 1^{re} chambre civile, 9 juin 1993, aff. S.A.R.L. Blanchisserie des Montoires c/ Paulette Naudot et autres, arrêt N° 763 (inédit).

9. Ce terme, qui qualifie bien la situation, est repris d'un arrêt rendu par la même formation de la même Cour d'appel : Orléans, chambre civile, 2^e section, 27 juillet 1993 affaire époux Guillemet et autre c/ époux Marin et autre, arrêt N° 986 (inédit).

10. Cf. J. Paillusseau et G. Petiteau, *Les difficultés des entreprises ; Prévention et règlement amiable*, Armand Colin, Coll. U, 1985 p. 79 et suiv.

11. Il est déjà regrettable que le législateur n'impose pas la comptabilité analytique, seule capable de permettre au gestionnaire d'anticiper et de piloter son entreprise au mieux ; il convient de ne point ajouter à cela une difficulté supplémentaire liée à une comptabilité lacunaire.

12. Voir J. Paillusseau et G. Petiteau, préc., idem.

particulier si le fonds ne se limitait pas à la clientèle.

Certains l'ont écrit¹³. Pour d'autres, la clientèle n'est qu'un espoir¹⁴ 15.

La clientèle est en réalité le but poursuivi par le commerçant. Tous les autres éléments ne sont que des moyens pour parvenir à cette fin, en attirant, en retenant et en développant la clientèle¹⁶. Elle représente certainement l'élément « *le plus essentiel, celui sans lequel un fonds de commerce ne saurait exister* »¹⁷.

Le problème rebondit, en l'espèce sur la difficulté de définir le fonds de commerce dans les entreprises individuelles¹⁸.

Il paraît cependant qu'un bien dépourvu de clientèle propre ne constitue pas un fonds de commerce. Or, il semble que ce fut le cas en l'espèce : les quelques clients qui étaient venus, attirés par l'effet de la nouveauté, étant repartis avec le vendeur vers l'ancien point de vente. Et les juges orléanais n'ont pas manqué de le souligner : ils relèvent que le bien acquis était « *dénué de clientèle propre et... ne présentait de ce fait, que les apparences d'un fonds de commerce sans réelle capacité de survie intrinsèque* ». Cette constatation les conduisit logiquement à annuler l'opération litigieuse et à ordonner la restitution du prix de la cession.

En ce sens, l'arrêt permet de vérifier, en temps de crise, l'importance de cette notion de clientèle dans les éléments constitutifs du fonds de commerce.

Au-delà de l'application classique de la jurisprudence relative à la cession du fonds de commerce, l'arrêt permet de souligner la lourde responsabilité des professionnels intermédiaires à cette opération.

II — Responsabilité des professionnels intervenant à l'acte

Les époux Coulon reprochaient aux professionnels qui sont intervenus dans l'opération de cession d'avoir failli à leur devoir de conseil. Cette question du devoir de conseil des professionnels envers leurs cocontractants est fort importante. Elle justifie donc de développements substantiels. Mais, indépendamment de

ce manquement, la Cécoper et l'U.C.B. semblent s'être trompées dans l'exécution de leur mission. Aussi bien examinerons nous d'abord cette exécution fautive du contrat (A) avant d'envisager le problème spécifique du devoir de conseil (B).

A) L'exécution fautive du contrat

L'association Cécoper qui a réalisé l'étude préalable à la cession semble s'être trompée dans la réalisation de son étude provisionnelle. Les juges relèvent en particulier qu'elle a « *incontestablement fait preuve d'une très grande légèreté en établissant une étude provisionnelle optimiste en se fondant sur la comptabilité* » du vendeur alors que celui-ci ne lui permettait ni de certifier le chiffre d'affaires ni de parvenir à un bénéfice net. La méthode utilisée pour aboutir aux résultats qui consiste à multiplier par deux le chiffre du premier semestre pour en extrapoler un chiffre d'affaires annuel est, par ailleurs, des plus approximatives. Au surplus, la Cécoper a manqué totalement de lucidité puisqu'elle ne s'est interrogée à aucun moment sur l'interdépendance des deux fonds en l'absence d'une clientèle propre à celui qui a été vendu.

Cette mauvaise exécution de son obligation contractuelle devait naturellement engager la responsabilité de Cécoper à en réparer les conséquences. Or ces conséquences sont évidentes : l'étude a eu pour effet de conduire les

13. Ripert et Roblot, *Droit commercial*, t. 1, L.G.D.J. 1992, N° 529.

14. Sur les critiques, voir Y. Guyon, *Droit des affaires*, t. 1, droit commercial général et sociétés, 7^e éd. Economica, 1992, N° 691, p. 692 et suiv. ; rapp. Malauzat, selon lequel « *le droit à la clientèle n'étant pas un élément autonome ne peut, semble-t-il à ce titre, figurer parmi les éléments du fonds* » : *La composition du fonds de commerce*, rapport au 60^e congrès des notaires de France portant sur le *statut juridique du fonds de commerce*, Lib. Technique, 1962, la citation se trouve p. 538.

15. Sur cette discussion, voir A. Sayag, *composition du fonds de commerce*, Lamy droit commercial, 1993, p. 23 à 94, spéc. N° 77.

16. Y. Guyon, préc. idem, p. 693.

17. Cass., Req., 15 février 1937, S. 1937. 1, 169, note Rousseau ; Com., 29 mai 1953, J.C.P. 1953.II. 7720, note Cohen.

18. Voir sur cette difficulté, A. Sayag, *introduction au droit du fonds de commerce*, Lamy commercial, 1993, p. 3 à 22, spéc. N° 7, p. 6.

époux Coulon à croire à la viabilité du fonds¹⁹ ce qui les a amené à conclure l'opération litigieuse. On retrouve ici le rôle classique joué par les professionnels dans « *la consolidation de la croyance* » d'un profane²⁰. En pareille circonstance, la jurisprudence retient volontiers la responsabilité du professionnel chargé de l'étude^{21 22}.

Mais cette exécution fautive n'avait pas été soulevée en l'espèce ; le conseil des époux Coulon a choisi de reprocher essentiellement aux professionnels l'inexécution de leur devoir de conseil.

B) *Le devoir de conseil*

En recourant à un professionnel le client, quel qu'il soit, attend beaucoup de lui : il veut en particulier que « *ses intérêts soient mieux soignés qu'ils ne l'auraient été s'il avait agi personnellement* »²³.

Un récent arrêt de cassation rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation réaffirme le principe de ce devoir de conseil sans ambiguïté :

« *Attendu que pour écarter la responsabilité de la société nancéenne Varin et Bernier, l'arrêt énonce que la banque n'a pas le devoir particulier de conseil lorsqu'elle ne fait que tenir les comptes de titre de son client et exécuter ses ordres de bourse ;*

*Attendu qu'en statuant ainsi, alors que, quelle que soient les relations contractuelles entre un client et une banque, celle-ci a le devoir de l'informer des risques encourus dans les opérations spéculatives sur les marchés à terme, hors le cas où il en a connaissance, la Cour d'appel a violé le texte susvisé (article 1147 du Code Civil) »*²⁴.

La jurisprudence régionale est parfaitement en phase avec la doctrine de la Cour de cassation²⁵.

Le devoir de conseil oblige le professionnel à prendre toutes les précautions nécessaires à la validité, à l'efficacité et à l'utilité de l'opération envisagée²⁶. Il doit donc transcender le simple cadre de la rédaction pour mettre en garde le client contre le danger de tel ou tel aspect du

projet envisagé²⁷, voire orienter les décisions du clients au mieux des intérêts de celui-ci²⁸.

Dans une affaire où le défaut d'installation de machines électriques avait entraîné le dépérissement des marchandises du client, les juges ont

19. La cour note à propos de la responsabilité de l'U.C.B. que « *ces erreurs ont... eu une incidence réelle sur l'illusion qu'ont pu nourrir les époux Coulon sur la viabilité de l'opération* ».

20. Voir J. Monéger, *Baux commerciaux et théorie de l'apparence*, J.C.P. 1993, éd. N. doct. p. 106 spéc. N° 13.2.

21. Cf. Orléans, chambre civile, 2^e section, 27 juillet 1993, affaire époux Guillemet et autre c/ époux Daudet, arrêt N° 986 (inédit) : « *Attendu que le respect par la Société Cabinet Renault de ces prescriptions, l'indication dans l'acte de ces chiffres d'affaires et de ces bénéficiaires du fonds de commerce des époux Guillemet pour les périodes des 13 août 1982 à 13 août 1983, 13 août 1983 à 13 août 1984 enfin 13 août 1984 à 13 août 1985, aurait, du fait des calculs nécessaires, pu permettre un contrôle des éléments qu'utilisaient les vendeurs, et mieux éclairer les acheteurs sur les potentialités commerciales du fonds vendu* ».

22. Voir cependant cette espèce dans laquelle la Cour d'appel de Paris n'a accordé au plaignant qu'une indemnité partielle en retenant que la négligence de l'avocat n'a fait perdre au client qu'une chance : Paris, 4 mars 1993, D.S. 1993, Jur. p. 497, note (critique) J. Prévault.

23. Ph. Pétel, *Les obligations du mandataire*, Litec, 1988, N° 233, p. 150 et suiv.

24. Com., 18 mai 1993, Assouline c/ Société Nancéenne Varin Bernier, Responsabilité civile et Assurances, août-sept. 1993, N° 268.

25. Voir Bourges, 1^{re} chambre, 16 septembre 1992, C.R.C.A.M. Nièvre c/ Époux Courpiéd Jacques, arrêt N° 639 (inédit). on y retrouve à peu de choses près la reproduction des termes de la Cour de cassation : « *attendu qu'il est de principe que quelles que soient les relations contractuelles entre un client et sa banque, celle-ci a le devoir de l'informer des risques encourus dans les opérations spéculatives sur les marchés à terme ; que ce devoir n'est certes pas un conseil de gestion, la banque n'étant en l'espèce que dépositaire, mais une obligation générale de conseil et d'information* ».

26. Cf. Ph. Pétel, *Les obligations du mandataire*, préc., p. 154 ; B. Boccara, *Pistes sur la responsabilité des rédacteurs d'actes et conseils*, J.C.P. 1993 éd. G. doct. 3651, spéc. N° 7 ; Voir sur la responsabilité de l'avocat rédacteur d'un cahier des charges, Lyon, 10 mars 1988, D.S. 1988, 9, note Montagnier ; J.C.P. 1988.II.21155, note J. Prévault.

27. En application de ce devoir, l'association Cécoper aurait donc dû avertir les époux Coulon du manque de rentabilité du fonds de commerce dont l'acquisition était envisagée ; ce qu'elle n'a pas fait. Voir par exemple le cas de responsabilité d'un notaire qui a omis de signaler avant la vente d'un terrain l'existence d'une servitude d'urbanisme interdisant de construire : Civ. I, 3 avril 1984, Bull. N° 127.

28. Cf. Ph. Pétel, *Les obligations du mandataire*, préc., p. 91, N° 137 et suiv. ; B. Boccara, *Pistes sur la responsabilité des rédacteurs d'actes et conseils*, J.C.P. 1993, éd. G., doct., 3651, spéc. N° 18 et suiv.

retenu la faute du *spécialiste* auquel « *il appartenait d'imposer la nécessité préalable de rendre les deux locaux indépendants l'un de l'autre avec possibilité d'user d'une entière autonomie de traitement* »²⁹.

Cela suppose, certes, une compétence, que les professionnels ont, généralement, tous³⁰, mais aussi, une étude approfondie du problème posé pour en saisir toutes les implications. Dans le cas d'espèce soumis à la Cour d'Orléans, un tel examen aurait permis de constater les insuffisances de l'étude réalisée par Cécoper. Une simple lecture attentive de l'acte aurait de même permis à la banque de constater l'erreur commise par le notaire, et de la corriger immédiatement ce qui aurait évité aux clients des mensualités trop lourdes³¹. Il est vrai que cette carence n'est pas déterminante puisque la banque était disposée à la réparer. Il reste qu'elle a accordé « *une confiance aveugle à l'étude Cécoper* »³² alors que la circonstance qu'il s'agissait d'une seconde demande faisant suite à un premier refus l'obligeait à étudier plus avant le dossier. Aussi est-ce vainement qu'elle soutient n'avoir eu « *aucune raison de mettre en doute cette étude faite par une association généralement sérieuse* ».

De ce point de vue, on retiendra de l'arrêt cet enseignement qu'en étudiant un acte dressé par un autre, le professionnel doit être extrêmement vigilant pour ne pas s'associer à une éventuelle erreur. En tant que professionnel, en effet, il n'a pas droit à l'erreur. C'est d'ailleurs ce que veulent dire les juges en relevant que l'U.C.B. est « *impardonnable d'avoir laissé passer une telle erreur alors qu'elle est professionnelle du crédit, qu'elle est intéressée au premier chef par le contenu de l'acte et qu'il lui appartenait de vérifier que celui-ci était bien conforme à la volonté des parties* ».

L'appréciation de la responsabilité du professionnel tient compte de la personnalité du client³³.

Les tribunaux sont généralement moins sévères envers les professionnels traitant avec un client averti. Une Cour d'appel a pu, par exemple, décider avec l'approbation de la Cour de cassation qu'un organisme de crédit « *n'était pas tenu de faire effectuer une étude de gestion plus approfondie* » et qu'il n'avait commis aucu-

ne faute en octroyant les crédits litigieux motif pris de ce que la débitrice « *avait acquis, lors des prêts de 1978 une expérience de quatre années dans l'hôtellerie et que lors de ceux accordés en 1979, elle connaissait depuis deux saisons les possibilités de son exploitation* »³⁴.

En présence d'un profane, en revanche, le professionnel doit être très attentif dans l'exécution de son obligation ; car les tribunaux sont généralement très sensibles, avec parfois la bénédiction du législateur, à la protection de ces derniers lorsqu'ils sont confrontés aux professionnels³⁵.

Ainsi doit-il apprécier l'opération envisagée à travers le prisme de la personnalité de son client. L'arrêt souligne cet aspect en des termes explicites : la banque « *prêtait à des gens inexpérimentés dans le commerce et notoirement sous-qualifiés dans la profession ; qu'elle se devait donc de prêter une particulière attention aux possibilités de remboursement que l'exploitation du commerce était censée générer* ».

29. Orléans, chambre civile, 1^{re} section, 10 août 1993, affaire S.A. des Établissements Friginor et autre c/ Société Picault Persillard S.A. ; arrêt N° 1013 (inédit).

30. Encore que l'étude provisionnelle réalisée par Cécoper laisse perplexe sur ce point.

31. Comme son nom l'indique, le prêt relais est destiné à fournir des liquidités en attendant une entrée prochaine de fonds devant prendre le relais.

32. Ne néglige pas son devoir de conseil en ne dissuadant pas une cliente de traiter une affaire dont le risque d'échec n'apparaissait pas à l'époque, le notaire qui instrumente les actes de prêt conclus à la suite d'une vérification prudente de l'organisme prêteur ; voir Com., 11 décembre 1990 Bull. N° 320, p. 221.

33. Ph. Pétel, *Les obligations du mandataire*, préc., N° 241 et suiv.

34. Com., 11 décembre 1990, Bull. N° 320, p. 221 ; adde : Bourges, 1^{re} chambre, 16 septembre 1992, préc. « *attendu que le principe de cette responsabilité n'est toutefois pas exclusif de toute responsabilité de l'opérateur lui-même ; qu'il résulte des courriers écrits par M. Courpied lui-même que ce dernier, sans être sans doute un professionnel averti, n'ignore pas totalement les mécanismes boursiers et a pris dans le but de 'se refaire' des initiatives hasardeuses ; que cette constatation a pu conduire le premier jugé à décider de lui laisser supporter une part des pertes subies* ».

35. Le législateur leur donne, en effet, le pouvoir de vérifier, par exemple, si le prêt a été accordé avec le sérieux qu'imposent les usages ; cf. l'article 12 de la loi du 31 décembre 1989 relative à la prévention des difficultés des particuliers et des familles.

Pour être mis hors de cause, elle aurait dû s'interroger sur la viabilité du fonds, la capacité des clients à conduire le projet à terme, les possibilités de remboursement eu égard à la rentabilité de l'activité financée, etc.³⁶.

La cession du fonds de commerce demeure une opération délicate et risquée. Le professionnel qui intervient à l'acte doit avoir pleinement conscience de l'étendue de sa responsabilité et en tenir compte dans la poursuite de sa mission. En somme, il lui est demandé d'assurer cette charge avec une rigueur sans faille. Qu'il intervienne dans la cession d'un acte de commerce ou dans n'importe quelle mission de conseil, sa responsabilité sera recherchée à la moindre défaillance. La seule manière pour lui d'échapper à cette responsabilité quasi omniprésente est de prouver qu'il a pris toutes les précautions d'usage nécessaires pour assurer la réussite de

sa mission et que l'échec n'était pas logiquement prévisible.

36. Cf. ce qui peut passer pour un modèle dans le genre, cet extrait de Com., 11 décembre 1990 préc. : « *Mais attendu... que le Cepme, avant d'accorder le prêt du 15 mars 1978, a pris la précaution de se renseigner auprès d'économistes d'une banque, qui ont estimé que le fonds de commerce pouvait dégager un bénéfice annuel de 120 000 F permettant largement de faire face au remboursement de l'emprunt ; qu'un agent immobilier spécialisé a attesté qu'un bénéfice net de 150 000 était réalisable ; que ces prévisions ont été confirmées pour une bonne partie par le bilan de l'exercice 1979 ; que le crédit a en outre été accordé au vu de l'emplacement favorable du fonds et en considération de l'activité hôtelière prospère de la ville* » ; à cela s'ajoute l'expérience de la débitrice, etc.

Jean NGAFAOUNAIN
Docteur en droit