

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 26 mai 2025

Composition : Mme CRITTIN DAYEN, présidente
Mme Giroud Walther et M. Segura, juges
Greffier : M. Curchod

Art. 18 al. 1, 32, 160 et 161 CO

Statuant sur l'appel interjeté par **D.**_____, à [...] et **J.**_____, à [...], et sur l'appel joint interjeté par **S.**_____, à [...], contre le jugement rendu le 7 décembre 2023 par le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne, dans la cause divisant les parties entre elles, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par jugement du 7 décembre 2023, le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne (ci-après : les premiers juges) a dit qu'S._____ était le débiteur de J._____ et lui devait immédiat paiement de la somme de 24'000 fr., avec intérêt à 5 % l'an dès le 2 février 2019 (I), a dit que les frais judiciaires, arrêtés à 15'524 fr. 40, étaient mis à la charge d'S._____ par 5'433 fr. 55 et à la charge de D._____ et J._____, solidairement entre eux, par 10'090 fr. 85 (II), a dit que les frais judiciaires de la conciliation préalable étaient mis à la charge d'S._____ par 315 fr. et à la charge de D._____ et J._____, solidairement entre eux, par 585 fr. (III), a dit qu'S._____ rembourserait à D._____ et à J._____, créanciers solidaires, la somme de 315 fr. versée au titre de l'avance des frais de la procédure de conciliation (IV), a dit qu'S._____ verserait à D._____ et à J._____, créanciers solidaires, la somme de 3'200 fr. à titre de dépens (VI, *recte* V) et a rejeté toutes autres et plus amples conclusions (VII, *recte* VI).

En substance, appelés à statuer sur une demande déposée par J._____ et D._____, les premiers juges ont d'abord rejeté l'action de la société susnommée, estimant que celle-ci ne bénéficiait pas de la légitimation pour agir, faute d'être partie à la convention de remise de commerce signée le 10 mai 2018 par J._____ et S._____. Les premiers juges ont ensuite considéré que l'exécution de ladite convention avait été empêchée fautivement par S._____ et que celui-ci devait dès lors s'acquitter de la peine conventionnelle prévue à l'article 8 de la convention, à hauteur de 20 % du prix de vente du commerce stipulé. Les premiers juges ont retenu que les parties avaient tenté de dissimuler le véritable prix de vente du commerce et que celui-ci était de 120'000 fr., sur la base des reconnaissances de dettes signées par les parties postérieurement à la signature de la convention susmentionnée. Partant, S._____ devait verser à J._____ un montant de 24'000 fr. (20 % de 120'000 fr.) à titre de peine conventionnelle. Enfin, les premiers juges ont rejeté les prétentions de J._____ en lien avec les préjudices occasionnés

par l'inexécution de la convention de remise de commerce, estimant que les dommages invoqués n'auraient pas été subis par lui, mais uniquement par D._____.

B. a) Par acte du 24 janvier 2024, D._____ (ci-après : l'appelante) et J._____ (ci-après : l'appelant) ont interjeté appel contre le jugement du 7 décembre 2023 en concluant, en substance et avec suite de frais et dépens, principalement à sa réforme, en ce sens qu'S._____ soit leur débiteur et leur doive la somme de 69'837 fr. 05, avec intérêt à 5 % l'an dès le 2 février 2019, qu'S._____ soit leur débiteur et leur doive la somme de 900 fr., avec intérêt à 5 % l'an dès le 19 février 2019 (notification de la requête de conciliation), que l'intégralité des frais judiciaires soit mise à la charge d'S._____, que celui-ci doive rembourser aux appelants, créanciers solidaires, l'entier de leurs avances de frais judiciaires, tant pour la conciliation préalable que pour le fond, et que des dépens de première instance leur soient alloués à hauteur de 10'000 fr., en tant que créanciers solidaires, à la charge d'S._____. A titre subsidiaire, les appelants ont conclu à l'annulation de la décision attaquée.

b) Le 6 mars 2024, les parties ont produit à la Cour de céans une convention de procédure et sur *nova* - similaire à celle déjà présentée en première instance le 30 juin 2023, écartée par décision présidentielle du 3 juillet suivant - dont elles ont sollicité l'admission préalablement à la décision au fond. Par écrit du 15 mars suivant, il leur a été répondu notamment que la recevabilité de cette convention apparaissait douteuse sous l'angle de l'art. 317 CPC et que la question serait tranchée dans l'arrêt sur appel à intervenir sur le fond.

c) Par réponse et appel joint du 21 mars 2024, S._____ (ci-après : l'intimé) a conclu à l'irrecevabilité (I) et au rejet (II) de l'appel principal ; en outre, il a conclu à la réforme du jugement attaqué en ce sens qu'il soit reconnu débiteur de l'appelant de la somme de 6'000 fr., avec intérêt à 5 % l'an du 2 février au 11 novembre 2019 (282 jours), que les frais judiciaires de première instance soient mis à sa charge par 1'552 fr. 45 et à la charge des appelants, solidairement entre eux, par

13'971 fr. 95, que les frais de la conciliation préalable soient répartis à hauteur de 90 fr. à sa charge et de 810 fr. à la charge des appelants, solidairement entre eux, que l'intimé doive rembourser à l'appelant la somme de 90 fr. versée au titre d'avance de frais de la conciliation et enfin qu'il doive verser à l'appelant la somme de 1'000 fr. à titre de dépens de première instance. Il a joint un bordereau de pièces à son acte.

d) Par réponse sur appel joint du 16 mai 2024, les appelants ont conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de l'appel joint.

e) Par courrier du 11 mars 2025, la Juge déléguée de la Cour de céans a informé les parties que la cause était gardée à juger.

C. La Cour d'appel civile retient les faits pertinents suivants, sur la base du jugement complété par les pièces du dossier :

1. Des parties

a) L'appelante est une société à responsabilité limitée, dont le siège se situe à [...]. Elle a notamment pour but l'exploitation d'établissements privés diffusant des produits britanniques, tels qu'hôtels, cafés, cafés-restaurants et bars.

Son associé-gérant est l'appelant, titulaire de l'entier des parts sociales.

b) L'intimé exploite, en entreprise individuelle, [...], [...]. Son but est l'exploitation d'un commerce de traiteur, sandwicherie et tea room, livraisons à domicile. Sous cette raison sociale, l'intimé est propriétaire d'une chaîne de fastfood et l'exploite sous la dénomination de [...].

2. De la reprise du fonds de commerce

2.1 Le 10 mai 2018, une convention de remise de commerce a été signée. Elle a la teneur suivante :

CONVENTION DE REMISE DE COMMERCE

COPIE (3)

Se présentent

d'une part : Le vendeur

d'autre part : L'acquéreur

Il intervient la **convention** suivante :

La société **SA** transactions commerciales et immobilières est une société dont le siège se trouve **SA** est la société ayant permis la conclusion de la présente transaction.

Le vendeur vend le fonds de commerce et remet l'exploitation de

à l'acquéreur qui accepte de s'en porter acquéreur aux conditions suivantes :

Article premier: Prix de vente

Le prix de la vente est fixé, d'un commun accord entre les parties, à :

Frs. 30'000 / (trente mille francs)

Ce prix de vente a été déterminé en fonction de l'agencement, des installations, du matériel d'exploitation, sous réserve de l'établissement de l'inventaire.

La procédure de déclaration (formulaire no 764) selon l'art. 38 LTVA sera appliquée.

L'acquéreur admet avoir obtenu du vendeur tous les éléments propre à lui permettre de se déterminer en toutes connaissances de cause sur le prix susmentionné, ceci **avant la signature de la présente convention.**

Article deuxième: Mode de paiement

L'acquéreur s'acquittera de la somme de **Frs. 30'000 / (trente mille francs)** de la manière suivante :

Frs. 10'000 (dix mille francs) à la signature de la présente convention, en mains **à l'acquéreur** à titre de dédit selon l'article 158 alinéa 3 du CO.

Le traitement de la dédit est expliquée en détail à l'article huitième de la présente convention.

Frs. 20'000 (vingt mille francs) à la signature d'un nouveau bail ou du transfert de bail à l'acquéreur, mais au plus tard le jour de la reprise selon l'article troisième, contre la remise des clés.

Le jour de l'entrée en jouissance, les marchandises en stock sont reprises par l'acquéreur, au prix d'achat sans TVA, selon inventaire séparé. La totalité de l'inventaire est payable au comptant en sus du prix de vente indiqué ci-dessus.

→ + FRACTION DE FR. 5'000.- (3)

Le fonds de commerce reste la propriété du vendeur jusqu'au paiement intégral du montant.

Article troisième: Date d'acquisition

L'entrée en jouissance est fixée au **1 août 2018** → **REPORTÉ AU 15/08/18 SUR DEMANDE DE L'ACHETEUR**

Si contre toute attente, la condition de l'article septième n'a pas abouti à cette date, le contrat sera automatiquement prolongé jusqu'à ce que les personnes/autorités compétentes aient rendu une décision.

Article quatrième: Garantie

Le commerce est vendu en l'état et aucune garantie n'est donnée par le vendeur pour toutes les installations et machines. Toutefois, le vendeur déclare que le matériel vendu est en état de fonctionnement et qu'il ne présente aucun vice caché. De même, le vendeur déclare qu'il n'existe aucune réserve de propriété, ni droit de gage sur le dit matériel.

Les locaux doivent être rendus en état et propre, et conforme à la législation en vigueur. Si tel n'est pas le cas, l'acquéreur fera appel à une entreprise pour la mise en état ou le nettoyage des locaux, les frais engendrés étant à la charge du vendeur.

Article cinquième: Démarches administratives et assurances

Il appartient au vendeur d'informer la police cantonale du commerce ainsi que l'autorité communale de la cessation de son activité.

Le vendeur devra annoncer la remise de son exploitation aux assurances, afin de les annuler. Ces démarches seront faites dans un délai de 30 jours dès la remise des clefs selon l'article troisième de la présente convention et selon l'article 54 LCA.

Toutes pénalités ou frais provenant de la non-exécution du présent article seront à la charge du vendeur.

L'acheteur entreprendra les démarches afin de conclure de nouvelles assurances. Il demeure le seul responsable en cas d'inexécution.

Article sixième: Transfert des droits et obligations du vendeur

La présente convention ne porte que sur les éléments définis et ne constitue en aucune manière une reprise globale des actifs ou passifs du vendeur.

Le vendeur reconnaît expressément qu'il reste seul et unique débiteur de toutes les prétentions de tiers ou de fournisseurs sur les objets, biens ou services commandés ou conclus par lui et en son nom avant ou déployant leurs effets après la date de la conclusion de la présente convention. Il déclare donc qu'il n'existe pas de contrats en cours, transférables automatiquement ou par reconduction tacite envers des tiers, ni de biens, objets ou services qui font l'objet de contrats reconductibles dans le temps. Le cas échéant, il s'engage à en assurer le paiement ou en obtenir l'annulation.

Demeure réservé les contrats que l'acheteur entend reprendre à son compte.

Article septième: Clause conventionnelle

La validité et l'existence de la présente convention sont subordonnées à la conclusion d'un nouveau bail ou le transfert de bail.

Les profits et risques de la chose ne passe à l'acquéreur que lors de la réalisation de l'article troisième de la présente convention (art. 185 al. 1 CO)

Article huitième: Clause pénale, dédite, commission et frais de courtage

En cas de refus des propriétaires d'accorder un tel bail ou de son transfert selon l'article septième, la dédite déposée par l'acquéreur lui sera restituée.

Demeure réservé les situations suivantes en cas de non réalisation de l'article septième:

- Si l'acquéreur ne collabore pas de bonne foi pour la réalisation de l'article septième, en ne produisant pas les documents requis, les informations demandées, ou pour toutes autres raisons, et que cette attitude a pour résultat une non réalisation dudit article septième, l'acquéreur devra payer à titre de clause pénale **20 % (vingt pourcent)** du prix de vente au vendeur, et la commission convenue de courtage à ~~Imm-co~~ Sàrl;
- Si le vendeur ne collabore pas de bonne foi pour la réalisation de l'article septième, en ne produisant pas les documents requis, les informations demandées, ou pour toutes autres raisons, et que cette attitude a pour résultat une non réalisation dudit article septième, le vendeur devra payer à titre de clause pénale **20 % (vingt pourcent)** du prix de vente à l'acquéreur, et la commission convenue de courtage à ~~Imm-co~~ Sàrl;

En cas de réalisation de l'article septième, ~~Imm-co~~ Sàrl aura droit à sa commission en entier, même en cas de mauvaise exécution ou d'inexécution d'une des parties.

Les deux parties, c'est-à-dire vendeur et acquéreur, donnent par leurs signatures au bas de la présente convention, le droit à ~~Imm-co~~ Sàrl de prélever les frais de courtage et/ou commission directement sur la dédite qui lui est remise selon l'article deuxième de la présente convention.

Article dixième: Décharge

Entière décharge est donnée à Imm-co qui s'est limitée à mettre les parties en contact et à leurs transmettre l'ensemble des documents reçus.

Article onzième: For juridique

LE FOR JURIDIQUE est à Lausanne pour tous ce qui a trait à l'exécution ou à l'inexécution du présent contrat, et le droit suisse est le seul reconnu.

Les parties attestent de leur accord avec la présente convention en paraphant chaque page et en le signant en trois exemplaires originaux à Lausanne, le **10 mai 2018**

Le vendeur :



L'acquéreur :



3. De la reprise du fonds de commerce

3.1 Le 10 mai 2018, l'intimé a signé une reconnaissance de dette, intitulée « Reconnaissance de dette liée à la convention de commerce de l'objet suivant : D. _____, [...], [...] ».

Elle se lit comme suit :

Reconnaissance de dette liée à la convention suivante
De l'objet suivant :

Se présente d'une part Le Vendeur

Désigné ci-après « le Vendeur »

D'autre part L'Acheteur

Désigné ci-après « L'acquéreur »

Les parties conviennent de la reconnaissance de dette suivante :

Dans le cadre de la remise du fonds de commerce nommée ci-dessus, l'acquéreur reconnaît devoir en main la somme de 90'000.- (nonante mille franc) Au vendeur.
Plus reprise de crédit brasseur ~~de 28'000.-~~ d'environ Frs 28'000.- (vingt-huit mille franc), décompte final sera fait à la remise des clés.
Frs. 30'000.- (trente mille franc) au 1 novembre 2018
60'000.- (soixante mille franc) payable de la manière suivante.
5'000.- par mois dès le 1 décembre 2018 jusqu'au paiement de la totalité.

Cette somme est un complément du prix de vente original de 30'000 (trente mille franc)
Le quel est donc au total fixé à 120'000 CHF (cent vingt mille francs)

La présente reconnaissance de dettes sera détruite par les parties dès le bon paiement de la somme de 90'000.- (nonante mille franc)
~~le jour de la signature du bail.~~

Le présent papier fait reconnaissance de dette selon l'article 82 LP.

Ainsi fait à Lausanne un exemplaire original d'une page.

L'acquéreur

Lieu, date



le 10 mai 2018

3.2 Le 3 août 2018, l'appelant et l'intimé ont signé une nouvelle reconnaissance de dette, laquelle a la teneur suivante.

Reconnaissance de dette liée à la convention de commerce de l'objet suivant :

se présente d'une part Le Vendeur

désigné ci-après « Le Vendeur »

et d'autre part L'Acheteur

désigné ci-après « L'Acquéreur »

Les parties conviennent de la reconnaissance de dette suivante :

Dans le cadre de la remise du fonds de commerce nommée ci-dessus, l'Acquéreur reconnaît devoir de manière ferme et inconditionnel la somme de **CHF 90'000.-** (nonante mille francs CH) au Vendeur.

A cela, l'Acquéreur reprend également le crédit ouvert de **Fr. 25'023.30** en valeur du 1^{er} août 2018 au brasseur

Le versement de la somme de CHF 90'000.- est convenu de la manière suivante :

- CHF 30'000.- (trente mille francs CH) à la remise des clés de l'établissement
- CHF 60'000.- (soixante mille francs CH) réparti par tranches de CHF 5'000.- (cinq mille francs CH) le 1^{er} de chaque mois à partir de décembre 2018, et ce jusqu'au paiement de la totalité.

Ces sommes précitées sont en complément du prix de vente de la Convention de remise de commerce du ~~11/11/18~~ ~~11/11/18~~ signée. Cela porte ainsi la transaction à un total de CHF 120'000.- (cent vingt mille francs CH), plus reprise du crédit

La présente reconnaissance de dettes sera détruite par les parties dès le bon paiement de la somme précitée de CHF 90'000.-.

Le présent document fait office de reconnaissance de dette selon l'Article 82 LP.

Ainsi fait à Lausanne en 1 exemplaire original pour le Vendeur et 1 photocopie pour l'Acquéreur.

Lieu, date

L'Acquéreur

"~~11/11/18~~ 01/11/2018"

concordances convergences
entre les 2 parties

4. De la reprise du contrat de bail

4.1 Le 3 août 2018, l'appelant et l'intimé se sont rencontrés lors d'un rendez-vous au sein des locaux de la gérance [...] (ci-après : [...]).

4.2 [...] a préparé le transfert de bail du local commercial entre d'un côté les « transférants », à savoir D._____, représentée par J._____, et J._____, et de l'autre côté les « bénéficiaires du transferts », à savoir S._____ et [...] (cf. pièce 6), un emplacement distinct pour la signature des personnes physiques et des entités commerciales qu'elles représentent ayant été prévu.

Le projet de contrat de transfert de bail, avec effet au 15 août 2018, imposait le paiement d'une garantie uniquement bancaire de 18'000 francs. Le paiement de cette garantie était prévu au 1^{er} septembre 2018.

Ce projet de contrat prévoyait diverses limitations dans le recours à des enseignes publicitaires.

4.3 Le propriétaire avait accepté le dossier de l'intimé et le transfert de bail était prêt à être signé par les parties. [...], gérant d'immeubles pour [...], l'a confirmé par courriel du 23 octobre 2018. Il était précisé, dans ce courriel, qu'il restait à discuter la question des éventuelles publicités du commerce.

4.4 L'appelant a remis à l'intimé à l'appel principal les clés de l'établissement [...] le 8 août 2018.

4.5 Deux courriers commerciaux ont été adressés - l'un le 14 août 2018 et l'autre à une date inconnue - à [...], à l'avenue [...], à [...]. La teneur de ces courriers n'a pas été alléguée.

5. Des échanges entre les parties

5.1 Entre le 31 juillet 2018 et le 5 septembre 2018, l'appelant et l'intimé ont échangé divers messages WhatsApp.

Le 31 juillet 2018, l'appelant a indiqué à l'intimé qu'un rendez-vous avait été fixé avec la gérance [...] vendredi (soit le 3 août 2018), à 11

heures, dans leur bureau. L'intimé a répondu « ça marche ». A une date indéterminée, antérieure au 20 août 2018, l'intimé a indiqué à l'appelant : « Selam [...], demain je vais à Europapark. Mais on peut se voir lundi, comme ça je vais retirer l'argent et te donne en main propre ».

L'intimé a ensuite indiqué qu'il appellerait l'appelant dès qu'il aurait l'argent sur le compte et s'est dit désolé pour le retard. Le 22 août 2018, l'intimé a indiqué qu'il avait reçu l'argent.

5.2 Le 27 août 2018, l'intimé a informé l'appelant - en lui restituant les clés - de sa renonciation à la reprise de commerce.

Entendu en qualité de témoin le 9 octobre 2020, le témoin [...] a indiqué avoir servi de médiateur aux deux parties dans le cadre de leur litige et avoir tenté de les concilier sur demande de l'intimé, en présence de celui-ci et du témoin [...], mais non de l'appelant qui était absent lors du rendez-vous pris. [...] a indiqué qu'à cette occasion, l'intimé lui avait expliqué avoir pris la clé du commerce pendant deux semaines, toutefois « sans rien toucher ».

6. Des engagements commerciaux et administratifs de l'appelante

6.1 Le mandataire administratif des appelants, [...], de la société [...], a initié la résiliation et/ou clôture des engagements commerciaux et administratifs de l'appelante.

6.2 Les 29 juin et 30 juillet 2018, l'appelante a ainsi résilié les contrats de travail de deux employés salariés. L'un d'entre eux a été réengagé en date du 29 août 2018.

6.3 Le 8 août 2018, le contrat du terminal de paiement sans fil auprès de [...] a été résilié. Ce service a dû être réactivé, par un courrier daté du 11 septembre 2018 des appelants.

6.4 Le 9 août 2018, [...] a adressé un courriel à l'intimé.

Il était joint, à ce courriel, un certain nombre d'éléments, soit :

- les coordonnées du fournisseur de glaces [...] ;
- les coordonnées du fournisseur de consommable pour narguilé ;
- l'exemple de ventilateur avec jets d'eau dispersés ;
- la facture datée du 9 août 2018 pour la reprise du stock de boissons convenue à hauteur de 5'000 francs.

6.5 Le contrat avec abonnement auprès de [...] a été résilié pour le 15 août 2018.

Comme la durée contractuelle minimale n'était pas encore échue, les redevances dues de 340 fr. à la date d'échéance du contrat ont été facturées à l'appelante.

6.6 L'appelante a dû s'acquitter de 7'000 fr. 50 pour les loyers d'août et septembre 2018.

La gérance du propriétaire a facturé à l'appelante, le 1^{er} octobre 2018, la somme de 2'366 fr. 10, correspondant aux frais communs du complexe de la [...] pour la période du 1^{er} juillet 2018 au 30 septembre 2018.

6.7 L'appelante doit encore rémunérer son mandataire [...] pour les démarches administratives entreprises pour préparer la fin de son activité et pour la réactiver. Les montants des factures sont les suivants :

- 5'500 fr. pour la période du mois de juillet au mois de septembre 2018, selon facture du 15 octobre 2018 ;
- 3'200 fr. pour la période courant d'octobre à décembre 2018, selon facture du 31 décembre 2018 ;
- 3'100 fr. pour la période courant du mois de janvier au mois de mars 2019, selon facture du 31 mars 2019.

Les honoraires précités sont justifiés à dire d'expert.

7. De la situation actuelle

Les appelants ont remis leur commerce ; le bail a été transféré au repreneur. Une commission a été payée à [...] Sàrl dans le cadre de cette opération.

8. De l'expertise et de son complément

8.1 **a)** Une expertise a été confiée par ordonnance de preuves du 16 juillet 2020 à [...]. Sa tâche était de se déterminer sur les allégués 62 et 65 de la procédure.

b) L'expert [...] a rendu son rapport d'expertise le 8 mars 2021.

Chargé de répondre aux allégués 62 et 65 de la demande, l'expert [...] a procédé au calcul du manque à gagner lié à la fermeture de l'établissement et à son redémarrage. Selon lui, le chiffre d'affaires (hors taxe) que l'appelante aurait pu réaliser durant la période litigieuse ainsi que jusqu'à la fin de l'année 2018 a été déterminé sur la base de la moyenne des chiffres d'affaires mensuels réalisés durant les dix derniers mois de l'exercice 2017. La société n'exploitant son enseigne que depuis le 1^{er} janvier 2017 et l'appelant n'ayant repris l'exploitation effective que depuis le 1^{er} mars 2017 et constatant l'absence d'informations complémentaires fiables relatives à la saisonnalité du chiffre d'affaires, une moyenne arithmétique sur les dix derniers mois de l'année avait été retenue. Dès lors, le chiffre d'affaires mensuel moyen était de 11'087 fr. (110'873 fr. /12).

L'expert [...] a ensuite calculé le *manco* de chiffre d'affaires réalisé durant les mois d'août à décembre 2018 en déduisant le chiffre d'affaires mensuel HT réalisé (5'514 fr.) du chiffre d'affaires mensuel HT

moyen (cinq mois [11'087 fr. x 5]), pour arriver à un montant de 49'921 francs.

L'expert [...] a indiqué que dans le cadre de la baisse du chiffre d'affaires, les acquisitions de marchandises (coûts directs) avaient également été économisées, ce qui devait être pris en considération pour le calcul. Il a précisé que les acquisitions de marchandises et les variations de stock des années 2017 et 2018 avaient servi de base pour déterminer une marge moyenne, et qu'il s'était basé sur les comptes annuels des exercices 2017 et 2018 (états financiers). Le détail de la détermination de la marge sur acquisition de marchandise retenu par l'expert [...] est le suivant :

	2018	2017	Total
Chiffres d'affaires	CHF 82'134	CHF 120'547	CHF 202'681
. /. Achats de marchandises (81897)	CHF (24'011)	CHF (57'9886)	CHF
+/- Variation du stock	CHF 650	CHF 4'000	CHF 4'650
Marge brut 1	CHF 58'773	CHF 66'661	CHF 125'434

Pour l'année 2018, l'expert [...] a indiqué que la marge brute représentait 71.55 % du chiffre d'affaires alors que ce taux était de 55.30 % en 2017. La différence entre les deux années étant significative, il a été pris en compte une moyenne des deux exercices, soit 61.89 %.

L'expert [...] a indiqué que le manque à gagner (marge brute I) s'élevait à 30'896 fr., sur la base du calcul suivant :

Manco de chiffre d'affaires déterminés	CHF 49'921
./. Marchandise et variation de stock (économie)	CHF (19'024)
Manque à gagner (marge brute I)	CHF 30'896

8.2 a) Ensuite d'un courrier du conseil de l'intimé, le président du tribunal a ordonné un complément d'expertise le 4 mai 2022. En raison de la renonciation de l'expert [...] au mandat d'expertise, il a nommé l'expert [...]. Ce dernier a été chargé de répondre aux questions mentionnées dans le courrier du conseil de l'intimé du 27 mai 2021.

b) Le 25 janvier 2023, l'expert [...] a rendu un complément d'expertise.

L'expert [...] a exposé que, sur la base de l'audition de [...] et les pièces au dossier, il était d'avis que la note d'honoraires du 15 octobre 2018 de [...] était liée aux travaux de remise de l'établissement, ainsi qu'à ceux nécessaires à la réouverture de l'exploitation, au vu du refus de reprise par l'intimé. Il a relevé que tant la facture du 31 décembre 2018 que celle du 31 mars 2019 étaient liées au litige.

En se référant « aux documents reçus de [...] remis en annexe (annexe 2) « version 1 » résultat selon les bases de calcul de l'expert [...] (page n° 4 de son rapport du 8 mars 2021) », l'expert [...], a indiqué que ce document exposait en détail le calcul permettant de déterminer le chiffre d'affaires hors taxe de 110'873 fr. 24. Il a précisé que, de son côté, il s'était livré à la détermination d'un chiffre d'affaires sur douze mois, en prenant en considération, lorsqu'il existait, un mois d'exploitation tant en 2017 qu'en 2018 (à savoir pour les mois de janvier, février, mars, avril et mai 2017 et 2018) la moyenne du chiffre d'affaires du mois concerné sur les années 2017 et 2018, puis en retenant uniquement les chiffres d'affaires de juin et juillet 2018 (sachant que ceux de 2017 n'étaient, selon lui, pas relevant au vu du faible nombre de jours d'ouverture sur ces deux mois), ainsi que les mois d'août et septembre 2017 (au vu de leur faible nombre de jours d'ouverture, les mois d'août et septembre 2018 ne sont pas retenus), pour finalement retenir les mois d'octobre, novembre et décembre 2017 (sachant que ceux de l'année 2018 n'étaient également pas pertinents, ayant été impactés par la fermeture des mois d'août et septembre 2018).

Ainsi, en effectuant ce calcul du chiffre d'affaires hors taxes, l'expert [...] est arrivé à un chiffre d'affaires moyen de 11'420 fr. 30 par mois, qu'il a retenu pour effectuer le calcul du *manco* du chiffre d'affaires réalisé pendant les mois d'août à décembre 2018, à savoir cinq mois à 11'420 fr. 30, soit 57'101 fr. 50, sous déduction du chiffre d'affaires mensuel hors taxes réalisé de 6'534 fr. 47, déterminant ainsi un *manco* de chiffre d'affaires de 50'566 fr. 03 pour la période considérée.

L'expert [...] a indiqué que pour déterminer le manque à gagner de l'appelante, il avait choisi de retenir une méthode différente que celle de l'expert [...], qui tenait compte d'une pondération des deux exercices et qui prenait en considération les moyennes des chiffres d'affaires hors taxes pour les mois de janvier à mai tant de 2017 que de 2018.

L'expert Gérard Balliman a indiqué qu'à la suite de l'audition de M.[...], il apparaissait que l'établissement avait été fermé du 7 août 2018 au 26 septembre 2018, expliquant l'absence de chiffre d'affaires pour ces deux mois. S'agissant du chiffre d'affaires pour les quelques jours d'exploitation du mois d'août, celui-ci a été comptabilisé sur le mois de juillet, sur la base du récapitulatif mensuel de la caisse enregistreuse.

Ce chiffre d'affaires pour les quelques premiers jours du mois d'août 2018 déterminé à 1'100 fr. TTC n'a pas été pris en considération dans le calcul du chiffre d'affaires moyen retenu par l'expert [...]. Ce montant ramené hors taxes soit 1'021 fr. 36 avait par contre été pris en considération dans le chiffre d'affaires réalisé.

L'expert [...] a indiqué que, sur la base des documents dont il disposait et de l'audition de M.[...], il apparaissait qu'en l'absence d'état de stock mensuel, il n'était pas possible de déterminer une marge mensuelle sur les mois concernés. Dès lors, il était d'avis qu'à défaut de données plus précises, la marge moyenne sur les deux exercices devait être retenue. Sur ce point, l'expert a repris le calcul de l'expert [...] et a retenu une marge brute de 61.89 %.

Il en résultait ainsi un manque à gagner (marge brute I) de 31'295 fr. 32.

L'expert [...] a expliqué qu'à la suite de l'audition de M.[...], il apparaissait que les états financiers 2017 et 2018 ainsi que les décisions de taxation de l'autorité fiscale vaudoise pour les exercices 2017 et 2018 n'avaient pas été requis concernant les travaux d'expertise de M. [...]. Ces documents lui avaient été remis par M. [...] lors de son audition du 20 octobre 2022. Après consultation de ces documents, l'expert [...] pouvait confirmer que les valeurs admises par l'autorité fiscale pour l'exercice 2017, à savoir une perte de 65'751 fr. et pour l'exercice 2018, une perte de 72'111 fr. correspondaient aux pertes présentées dans les états financiers des deux exercices concernés.

L'expert [...] a précisé qu'il n'y avait pas lieu de prendre en considération les montants de salaire que l'appelant avait pu économiser en n'employant pas de personnel durant la fermeture, ni d'ailleurs durant les mois d'octobre à décembre 2018, car au vu de la faiblesse du chiffre d'affaires réalisé, il était logique que l'appelant eut renoncé à engager du personnel. Cette manière de procéder a réduit son manque à gagner ».

9. De la présente procédure

9.1 Le 18 janvier 2019, les appelants ont déposé une requête de conciliation à l'encontre de l'intimé.

Par demande introduite le 4 juin 2019, les appelants ont pris les conclusions suivantes, avec suite de frais et dépens :

« -I-

S._____ est débiteur de D._____ et J._____, solidairement entre eux, et leur doit immédiat paiement de la somme de CHF 74'841. 25 (...) plus intérêt à 5% l'an dès le 2 février 2019.

-II-

S._____ est débiteur de D._____ et J._____, solidairement entre eux, et leur doit immédiat paiement de la somme de CHF 900 (...) plus

intérêt à 5% l'an dès le 19 février 2019 de la notification de la Requête de conciliation. »

Par réponse du 11 novembre 2019, l'intimé a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet des conclusions prises au pied de la demande motivée du 4 juin 2019.

9.2 Le 9 octobre 2020, il a été procédé à l'audition des témoins [...], [...], [...] et [...]. Leurs déclarations ont été reprises dans la mesure nécessaire à l'établissement des faits retenus ci-dessus, sous réserve du témoignage d' [...], qui doit être écarté, pour les motifs indiqués ci-après en droit (cf. *infra* consid. 3.4).

9.3 L'audience de plaidoiries finales et de jugement s'est tenue le 21 juin 2023, en présence des parties, assistées de leur conseil respectif.

A cette occasion, l'appelant a déposé une modification-réduction de ses conclusions, l'intimé concluant au rejet. En outre, l'intimé a déposé une requête de *nova*, dont l'appelant a plaidé l'irrecevabilité. Il a également été procédé à l'interrogatoire des parties. L'intimé a produit une pièce complémentaire, arguant qu'il l'aurait reçue de la part de l'expert le 20 octobre 2022, dont les appelants ont conclu à l'irrecevabilité.

9.4 a) Le 30 juin 2023, les appelants ont produit une convention de procédure et une requête d'introduction de *nova*.

b) Par décision du 3 juillet 2023, le président de l'autorité de première instance a informé les parties que le tribunal rejetait la requête du 30 juin 2023.

En droit :

1.

1.1

1.1.1 L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272]), dans les causes patrimoniales dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). Le délai pour l'introduction de l'appel est de trente jours à compter de la notification de la décision motivée, si la décision attaquée a été rendue en application de la procédure ordinaire ou simplifiée (art. 311 al. 1 CPC en lien avec l'art. 314 al. 1 CPC *a contrario*).

1.1.2 La partie adverse peut former un appel joint dans sa réponse, qui doit être déposé dans un délai de 30 jours (art. 312 al. 2 et 313 al. 1 CPC).

1.2 Formé en temps utile par une partie ayant un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr., l'appel est recevable.

La réponse et l'appel joint ont été déposés dans le délai imparti pour le dépôt de la réponse si bien qu'ils sont recevables. La réponse à l'appel joint a été produite dans le délai imparti pour ce faire et est également recevable. Autre est la question de la recevabilité des *nova* que les parties sont convenues d'introduire (cf. *infra* consid. 3.3).

2. L'appel peut être formé pour violation du droit ainsi que pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge, et doit, le cas échéant, appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC. Elle peut revoir librement l'appréciation des preuves effectuée par le juge de première instance et vérifie si celui-ci pouvait admettre les faits qu'il a retenus (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1 ; TF

5A_902/2020 du 25 janvier 2021 consid. 3.3 ; TF 4A_238/2015 du 22 septembre 2015 consid. 2.2 ; JdT 2011 III 43 consid. 2 et réf. cit.).

Sous réserve des vices manifestes, l'application du droit d'office ne signifie pas que l'autorité d'appel doive étendre son examen à des moyens qui n'ont pas été soulevés dans l'acte d'appel. Elle doit se limiter aux griefs motivés contenus dans cet acte et dirigés contre la décision de première instance ; l'acte d'appel fixe en principe le cadre des griefs auxquels l'autorité d'appel doit répondre eu égard au principe d'application du droit d'office (cf. ATF 147 III 176 consid. 4.2.1 et 4.2.2 ; TF 5A_873/2021 du 4 mars 2022 consid 4.2).

3.

3.1 Les appelants contestent les faits retenus par le jugement attaqué en tant que celui-ci ne mentionne pas en son entier le contrat de transfert de bail du 3 août 2018 allégué sous n° 21 de la demande et produit sous pièce 6 le 4 juin 2019, alors que ce document serait essentiel pour décider de la légitimation active de l'appelante.

Dans la mesure où la convention de remise de commerce litigieuse - qui ne mentionne en tant que vendeur que l'appelant et non l'appelante - est conditionnée au transfert de bail (cf. jugement, ch. 2.1, p. 4, « Article septième : clause conventionnelle »), lequel mentionne l'appelante ainsi que l'appelant en tant que « les transférants » (cf. pièce 6). L'état de fait a été complété avec les éléments utiles du contrat de transfert de bail invoqué.

3.2 Les appelants se prévalent par ailleurs de l'admission telle quelle de l'allégué 104 de la réponse, lequel est libellé comme suit : « A la connaissance du défendeur [l'intimé, réd.], les demandeurs [les appelants, réd.] ont aujourd'hui remis leur commerce et le bail a été transféré au repreneur », tandis que le jugement, sous chiffre 7, p. 10, mentionne la remise du commerce par les appelants, mais non le fait que ce commerce leur aurait appartenu conjointement, nuance exprimée par le pronom « leur », non exprimée, à tort, par le jugement attaqué.

Il a été pris acte de cette allégation et de son admission dans l'état de fait, les conséquences à en tirer sur la solution du litige étant toutefois réservées à ce stade et examinées ci-après, en droit.

3.3 La convention de procédure du 6 mars 2024 portant sur l'introduction de *nova* ne lie pas la Cour de céans et n'emporte pas davantage modification de l'état de fait pour tenir compte des *nova* invoqués, dès lors que les conditions de l'art. 317 al. 1 let. b CPC ne sont manifestement pas remplies. Il est rappelé que la question avait déjà été tranchée par le président de l'autorité de première instance et que l'accord des parties sur la recevabilité des *nova* supposés être introduits n'avait rien de nouveau puisque cette même convention avait déjà été soumise en première instance le 30 juin 2023 et avait fait l'objet d'une ordonnance d'instruction du 3 juillet 2023. Par ailleurs, la présente cause n'est pas soumise à la maxime inquisitoire illimitée, qui impliquerait la recevabilité de *nova* en appel jusqu'aux délibérations (cf. art. 317 al. 1 bis CPC, non applicable à la présente cause).

3.4 L'intimé invoque la recevabilité et la force probante du témoignage de [...], qui n'est autre que son épouse, mais qui est également comptable de profession, ainsi que la crédibilité de celui de [...], entendu par un premier juge instructeur mais dont le témoignage a été apprécié par une cour présidée par un autre magistrat (cf. réponse et appel joint, pp. 3s.).

A cet égard, les premiers juges ont écarté le témoignage d'[...] au motif que l'intérêt de celle-ci à la présente cause serait patent, ainsi que celui de [...], car inconsistant.

L'argument de l'intimé selon lequel son épouse serait comptable de profession est sans pertinence pour apprécier son intérêt ou son absence d'intérêt à l'issue de la présente cause, tout comme le seul fait que le témoin [...] ait été jugé crédible par les premiers juges parce que mandataire professionnel, n'emporte pas la conviction. Il est bien plus

déterminant que le témoignage de l'épouse de l'intimé a été offert sur des allégations en lien avec la situation financière de l'intimé, les exigences qu'aurait eues le bailleur quant au transfert du bail, l'absence de mauvaise foi de l'intimé dans le cadre de cette affaire, lequel aurait fait son possible pour trouver des fonds, en vain, soit des circonstances sans aucun lien avec la qualification professionnelle de l'appelante ni une éventuelle activité comptable de celle-ci dans le cadre de l'affaire qui nous occupe (ad all. 83-85, 87-90, 96-98, 134 et 135). Or, dans ce contexte, vu l'enjeu économique du procès et, de l'aveu de l'intimé, sa situation financière problématique, il est manifeste que le témoignage de son épouse devait être, sinon écarté, du moins apprécié avec circonspection s'il n'était pas corroboré par d'autres éléments probants de l'instruction, *a fortiori* alors que l'intéressée a admis avoir eu accès aux écritures du procès. Le grief est rejeté en tant qu'il porte sur le témoignage de l'épouse de l'intimé.

Quant à celui de [...], à l'inverse de ce qui précède, il a été offert sur des circonstances qui ont trait à l'activité professionnelle que celui-ci a déployée à titre professionnel pour le compte des appelants et en particulier dans le cadre de la remise de commerce litigieuse, où le témoin a joué un rôle actif au titre de mandataire administratif. Par ailleurs, plusieurs des allégations pour lesquelles il a été amené à témoigner sont corroborées par d'autres éléments de l'instruction, comme en particulier le fait que le gérant avait donné son accord au transfert du bail sollicité ou encore que les clés avaient été remises à l'intimé (*ad all. 6,7,22 à 28, 32, 41, 43, 53-60, 115, 116, 118 et 120*). Il résulte de ce qui précède que le témoignage de [...], bien que mandaté et rémunéré par les appelants, est d'une part un témoignage direct des événements et d'autre part largement corroboré sur des points essentiels par d'autres éléments de l'instruction, ce qui le rend crédible. Le grief doit être rejeté.

Quant au témoin [...], celui-ci a déclaré avoir servi de médiateur aux deux parties dans le cadre de leur litige et avoir tenté de les concilier sur demande de l'intimé, en présence de celui-ci et du témoin [...], mais non de l'appelant, qui était absent lors du rendez-vous pris. Rien ne permet de douter de l'impartialité de ce témoin. Par ailleurs,

contrairement à ce qu'ont retenu les premiers juges, son témoignage n'est pas inconsistant dès lors que ce témoin a corroboré le fait que l'intimé avait pris la clé du commerce pendant deux semaines, selon ce que celui-ci lui avait dit à l'occasion de la vaine tentative de médiation. Enfin, dans la mesure où les déclarations de ce témoin ont été dûment verbalisées (cf. procès-verbal des opérations, p. 23), il n'est pas déterminant que ce ne soit pas le même magistrat qui les ait reçues puis appréciées. Le grief est donc partiellement fondé.

Ont ainsi été intégrés dans l'état de fait les éléments utiles des témoignages de [...] et de [...], mais non celui de [...].

4. a) En droit, les appelants soutiennent que l'appelante avait bien la légitimation active et qu'elle a donc droit aux différents postes du dommage qu'elle allègue et qui sont reconnus par expertise (cf. appel, ch. 8, p. 9 pour le détail). Ils se fondent sur le fait que le contrat de remise de commerce était conditionné à la cession du bail ou à la conclusion d'un nouveau bail en faveur du repreneur, bail dont les cessionnaires étaient les appelants, conjointement. En outre, ils allèguent qu'il eût été indifférent à l'intimé de traiter avec l'un ou avec l'autre et qu'en tout état de cause, le raisonnement des premiers juges, qui retenaient l'absence de légitimation active de l'appelante pour ce qui avait trait à la remise du commerce, mais déniaient dans le même temps la légitimation active à l'appelant personnellement pour ce qui avait trait aux conséquences dommageables de l'absence de reprise fautive dudit commerce, était contradictoire.

A défaut, ils soutiennent que les art. 41ss CO fonderaient le même droit au dédommagement de l'appelante vu sa propriété du fonds de commerce, le concours des responsabilités contractuelle et délictuelle étant admis.

b) Pour sa part, l'intimé plaide que tel n'est pas le cas vu la teneur du contrat de remise de commerce. Tout au plus un cas de

représentation indirecte eût-il été envisageable, mais à aucun moment l'appelant serait-il intervenu au nom de l'appelante, ni expressément, ni par actes concluants. L'intimé réfute par ailleurs qu'il lui eût été indifférent de contracter avec l'une ou l'autre des appelants, dès lors que toutes les discussions avaient eu lieu avec le gérant du commerce, soit l'appelant, et que c'est en mains de ce dernier que le prix était payable. Il invoque par ailleurs la recevabilité et la force probante du témoignage de [...] ainsi que la crédibilité de celui de [...], entendu par un premier juge instructeur mais dont le témoignage a été apprécié par une cour présidée par un autre magistrat. Interprétant la clause pénale stipulée dans le contrat de remise de commerce, il plaide son caractère exclusif, ne permettant dès lors pas à la partie lésée de réclamer un dommage supplémentaire. Par ailleurs, il plaide que la clause pénale ne saurait porter sur le prix de vente supplémentaire arrêté postérieurement au contrat de remise de commerce par les parties, faute de toute précision en ce sens. Au contraire, une note manuscrite du fiduciaire de l'appelant sur le contrat de remise de commerce ferait état du montant de 6'000 fr., en lien avec le prix stipulé dans le contrat de remise de commerce lui-même et non avec le prix supplémentaire. Si, par impossible, la Cour d'appel ne devait pas reconnaître le caractère exclusif de la peine conventionnelle, il faudrait constater que le dommage supplémentaire ne peut porter que sur la somme dudit dommage dépassant le montant de la peine conventionnelle stipulée, le cumul n'étant pas autorisé. En tout état de cause, ce dommage n'était pas aussi conséquent que celui invoqué par les appelants, mais éventuellement de 36'795 fr. au plus, montant qui devait être imputé de celui de la peine conventionnelle. Enfin, il conteste devoir l'intérêt moratoire sur la peine conventionnelle, à tout le moins postérieurement au 11 novembre 2019, vu sa proposition en cours de procès de payer le montant correspondant, offre refusée par l'appelant. Vu cette offre formulée en procédure et refusée - à tort - par l'appelant, il se justifierait en outre d'en tenir compte dans la répartition des frais de première et de seconde instances, le montant dû ne représentant plus, finalement, que 10 % de celui réclamé.

Dans le cadre de leur réponse sur l'appel joint, les appelants ont invoqué le caractère réciproque de la clause pénale stipulée à l'article septième du contrat de remise de commerce, excluant l'application de l'art. 160 al. 3 CO et plaidant pour son caractère alternatif. Cette peine conventionnelle ne constituait toutefois pas une convention d'indemnisation forfaitaire et les parties n'avaient pas convenu de renoncer à la possibilité de réclamer un dommage supplémentaire, de sorte que l'art. 160 al. 3 CO permettait la réparation du dommage dépassant le montant de la peine. Dès lors qu'il n'était pas contesté que le prix figurant dans le contrat de remise de commerce était simulé, la réelle et commune intention des parties étant de fixer ce prix à 120'000 fr., il se justifiait de calculer la clause pénale sur le prix réel, l'exigibilité différée des montants stipulés dans le contrat de remise de commerce et dans les reconnaissances de dette ne permettant pas de déduire le contraire.

c) Interprétant - bien que sans le dire explicitement - la convention, les premiers juges ont pour leur part nié la légitimation active de l'appelante, au motif principal du libellé du contrat de remise de commerce et des reconnaissances de dette signées par l'intimé et de l'absence de toute mention de l'appelante sur ces documents, y compris à l'emplacement de la signature que l'appelant y avait apposée sous son seul nom ; aucune circonstance de l'état de fait ne permettait de déduire qu'il aurait agi au nom de l'appelante, les circonstances de la conclusion du contrat étant par ailleurs ignorées du tribunal, faute d'avoir été alléguées. En outre, le prix était payable en mains de la courtière. Faute d'indice en ce sens, le tribunal a en outre considéré qu'il n'était pas établi que l'intimé aurait traité indifféremment avec l'un ou l'autre des appelants. Cette indifférence n'étant pas présumée, il y avait lieu de nier toute représentation directe et indirecte de l'appelante par l'appelant. Dans un deuxième temps, ils ont considéré que du fait que le bailleur était disposé à transférer le bail, la convention était devenue effective et que, par la faute de l'intimé qui s'était désisté, la reprise du commerce n'avait pas eu lieu. Ils ont ensuite interprété la clause pénale stipulée dans le sens d'un « dédit pour le cas où le propriétaire refuserait de transférer le bail ou si les parties ne collaborent pas de bonne foi » à l'exécution de la

convention (cf. jugement, consid. V, let. b, p. 30). Puis ils ont retenu que les parties avaient convenu d'un prix simulé dans le cadre de la convention de remise de commerce, le prix véritable étant celui ressortant des reconnaissances de dette subséquentes, soit 120'000 fr. (et non 30'000 fr.) et que la peine conventionnelle portait sur ce dernier montant, pour s'élever à 24'000 fr. (20% de 120'000 fr.), dont l'intimé était redevable à l'appelant, conformément à la conclusion prise par celui-ci (cf. jugement, consid. VI, let. c, pp. 32s.). En lien avec les autres postes du dommage invoqués par les appelants, les premiers juges ont rappelé qu'ils avaient nié l'absence de légitimation active de l'appelante et que seul l'appelant pouvait donc réclamer la peine conventionnelle prévue par la convention de remise de commerce et d'éventuels dommages-intérêts supplémentaires, en application de l'art. 161 al. 2 CO. Toutefois, dès lors que ces dommages supplémentaires n'avaient été subis que par l'appelante, ils ont rejeté la prétention correspondante formée par l'appelant personnellement (cf. jugement, consid. VII, p. 33). Ils ont alloué l'intérêt moratoire sur le montant de 24'000 fr. dès le 2 février 2019, conformément à la conclusion formée dans la demande et en application de l'art. 55 CPC, dès lors que le *dies a quo* était antérieur (cf. jugement, VIII, pp. 33s.). Nonobstant qu'ils ont nié la légitimation active de l'appelante, les premiers juges ont considéré que les appelants étaient créanciers solidaires de dépens réduits et ceux-ci se sont vu charger des frais judiciaires de première instance majoritaires (65 %).

4.1 Le premier grief à examiner, qui conditionne une bonne partie des autres critiques formées contre le jugement attaqué, porte sur la légitimation des parties à la remise de commerce litigieuse.

4.2 Il y a défaut de légitimation active ou passive lorsque ce n'est pas le titulaire du droit qui s'est constitué demandeur en justice, respectivement que ce n'est pas l'obligé du droit qui a été assigné en justice. Un tel défaut n'est pas susceptible de rectification, mais entraîne le rejet de la demande et non son irrecevabilité (ATF 142 III 782 consid. 3.1.4 ; TF 4A_102/2023 du 17 octobre 2023 consid. 3.1.3 ; TF 4A_302/2022 du 30 mai 2023 consid. 3.1).

La légitimation active en tant que condition matérielle de la prétention déduite en justice doit être examinée d'office par le juge (ATF 126 III 59 consid. 1a, JdT 2001 I 144) ; lorsque la maxime des débats s'applique, cet examen ne peut se faire que sur la base des faits allégués et prouvés (TF 4A_344/2020 du 19 juin 2021 consid. 4.1.2 ; TF 4A_217/2017 du 4 août 2017 consid. 9.4.1) ; il incombe au demandeur de prouver les faits desquels il tire sa qualité pour agir (ATF 130 III 417 consid. 3.1, JdT 2004 I 268, SJ 2004 I 533 ; TF 4A_145/2016 du 19 juillet 2016 consid. 4.1). Le juge doit se placer au moment du jugement pour se prononcer sur la légitimation active (ATF 130 III 550 consid. 2 ; Hohl, Procédure civile, tome I, 2^e éd., Berne 2016, n° 761, p. 136).

4.3

4.3.1 La question de savoir si une partie s'est engagée personnellement ou pour le compte d'un tiers, soit de l'existence d'un rapport de représentation (cf. *infra* consid. 4.3.2), ressortit à l'interprétation du contrat (art. 18 ss CO ; cf. *infra* consid. 4.4).

4.3.2

4.3.2.1 La représentation directe au sens de l'art. 32 CO suppose que le représentant agisse au nom du représenté. Il doit manifester qu'il n'agit pas en son nom, mais en celui du représenté. L'existence d'un rapport de représentation est normalement établie lorsque telle était l'intention réelle du représenté (qui a voulu que le représentant agisse en son nom), du représentant (qui a voulu agir au nom du représenté) et du tiers (qui a voulu/accepté que le représentant passe l'acte juridique au nom du représenté). Si cette volonté (réelle et commune) ne peut pas être établie en fait (interprétation subjective), l'existence du rapport de représentation doit être retenue si le tiers pouvait l'inférer du comportement du représentant, interprété selon le principe de la confiance (interprétation objective) (art. 32 al. 2 CO ; ATF 146 III 121 consid. 3.2.1 et réf. cit.).

La manifestation de la volonté d'agir au nom d'autrui peut intervenir expressément ou tacitement (ATF 126 III 59 précité consid. lb).

Elle intervient tacitement lorsque le tiers doit déduire l'existence d'un rapport de représentation des circonstances (Chappuis, Commentaire romand, Code des obligations I, 3^e éd. 2021 [cité ci-après : CR-CO I], n° 12 ad art. 32 CO). En outre, la condition que le représentant ait agi au nom d'autrui peut exceptionnellement être réalisée lorsque, même si le représentant n'a pas manifesté sa volonté d'agir au nom d'autrui et que le tiers ne devait pas inférer des circonstances l'existence d'un rapport de représentation, il était indifférent au tiers de traiter avec l'un ou l'autre (art. 32 al. 2 *in fine* CO). La personne du cocontractant est indifférente au tiers si ce dernier, au lieu de passer le contrat avec la personne qui s'est présentée à lui sans faire état de l'existence d'un rapport de représentation, eût également conclu le contrat avec une autre personne (ATF 117 II 387 consid. 2b, JdT 1992 I 579, SJ 1992 320). Il suffit qu'il eût été indifférent au tiers de conclure le contrat avec le représentant ou avec celui au nom de qui ce dernier avait la volonté d'agir et qui a fait connaître par la suite sa qualité de représenté (*ibidem*). L'indifférence du tiers remplace alors la manifestation par le représentant de sa volonté d'agir au nom d'autrui, de sorte que l'effet de la représentation peut se produire nonobstant l'ignorance par le tiers du rapport de représentation, pour autant que le représentant ait eu la volonté réelle d'agir en tant que tel (ATF 117 II 387 précité consid. 2a ; Chappuis, CR-CO I, n° 13 ad art. 32 CO). Ainsi, en cas d'indifférence du tiers, la première condition de la représentation n'est réalisée que si le représentant a eu la volonté réelle d'agir comme tel (ATF 117 II 387 précité consid. 2a ; Chappuis, CR-CO I, n° 14 ad art. 32 CO).

4.3.2.2 Lorsque le représentant a agi au nom du représenté sans avoir pour cela de pouvoirs (internes), autrement dit lorsque l'acte qu'il a passé n'était pas couvert par la procuration (dépassement ou excès de pouvoirs; *Vollmachtsüberschreitung*), cet acte reste en principe sans effet pour le représenté, sauf: a) si le représenté ratifie l'acte (art. 38 CO; cf. ATF 146 III 37 consid. 7.1 et réf. cit.), ou b) si le représenté a porté (expressément ou tacitement) à la connaissance du tiers une procuration qui va au-delà des pouvoirs (internes) qu'il a effectivement conférés au représentant et que, se fiant à cette communication (cf. ATF 99 II 39 consid. 1), le tiers a cru de

bonne foi à l'existence des pouvoirs (procuration externe - expresse ou tacite ; art. 33 al. 3 CO ; ATF 146 III 37 consid. 7.1.2.1 ; ATF 131 III 511 consid. 3.2; ATF 124 III 418 consid. 1c). La communication au tiers n'a ainsi pas pour conséquence de faire naître les pouvoirs, mais seulement de suppléer à leur absence en cas de bonne foi du tiers (Christine Chappuis, *in* Commentaire romand, Code des obligations, vol. I, 2^e éd. 2012, n° 28 ad art. 33 CO et les auteurs cités). La communication des pouvoirs par le représenté au tiers au sens de l'art. 33 al. 3 CO peut s'exprimer par une procuration écrite fournie par le représentant au tiers. La portée de la communication doit être examinée avant tout selon le principe de la confiance (ATF 131 III 511 consid. 3.2.1 p. 518).

4.4

4.4.1 Selon l'art. 18 al. 1 CO, pour apprécier le contenu 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.

4.4.2 Le juge doit rechercher, dans un premier temps, la réelle et commune intention des parties (interprétation subjective), le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices (ATF 132 III 268 consid. 2.3.2, JdT 2006 I 564, SJ 2006 I 359 ; TF 4A_555/2023 du 29 novembre 2024 consid. 3.3.1). Constituent des indices en ce sens non seulement la teneur des déclarations de volonté - écrites ou orales, mais encore le contexte général, soit toutes les circonstances permettant de découvrir la volonté des parties, qu'il s'agisse de déclarations antérieures à la conclusion du contrat ou de faits postérieurs à celle-ci, en particulier le comportement ultérieur des parties établissant quelles étaient à l'époque les conceptions des contractants eux-mêmes (ATF 144 III 93 consid. 5.2.2 ; TF 4A_125/2023 du 21 décembre 2023 consid. 3.1). L'appréciation de ces indices concrets par le juge, selon son expérience générale de la vie, relève du fait. Si sa recherche aboutit à un résultat positif, le juge parvient à la conclusion que les parties se sont comprises (TF 4A_125/2023 précité consid. 3.1).

4.4.3 Si le juge ne parvient pas à déterminer la volonté réelle et commune des parties – parce que les preuves font défaut ou ne sont pas concluantes – ou s’il constate qu’une partie n’a pas compris la volonté exprimée par l’autre à l’époque de la conclusion du contrat (TF 4A_125/2023 précité consid. 3.1) – ce qui ne ressort pas déjà du simple fait qu’elle l’affirme en procédure, mais doit résulter de l’administration des preuves (TF 4A_508/2022 du 3 octobre 2023 consid. 3.1 ; TF 4A_210/2015 du 2 octobre 2015 consid. 6.2.1), il doit recourir à l’interprétation normative (ou objective), à savoir rechercher leur volonté objective, en déterminant le sens que, d’après les règles de la bonne foi, chacune d’elles pouvait et devait raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l’autre (application du principe de la confiance ; TF 4A_508/2022 précité consid. 3.1). D’après le principe de la confiance, la volonté interne de s’engager du déclarant n’est pas seule déterminante ; une obligation à sa charge peut découler de son comportement, dont l’autre partie pouvait, de bonne foi, déduire une volonté de s’engager. Le principe de la confiance permet ainsi d’imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime (ATF 144 III 93 précité consid. 5.2.3 ; ATF 130 III 417 précité consid. 3.2 et réf. cit. ; TF 4A_614/2023 du 3 décembre 2024 consid. 4.2.1.2).

4.4.4 Pour ce faire, il convient donc de vérifier comment les destinataires des déclarations pouvaient les comprendre de bonne foi. A cet égard, le juge part en premier lieu de la lettre du contrat. En principe, les expressions et termes choisis par les cocontractants doivent être compris dans leur sens objectif (ATF 131 III 606 consid. 4.2, JdT 2006 I 126). Toutefois, il ressort de l’art. 18 al. 1 CO que le sens d’un texte, même clair, n’est pas forcément déterminant. Même si la teneur d’une clause contractuelle paraît limpide à première vue, il peut résulter d’autres circonstances que le texte de la clause litigieuse ne restitue pas exactement le sens de l’accord conclu (ATF 136 III 186 consid. 3.2.1, SJ 2010 I 317 et 393). Ainsi, cette interprétation s’effectue non seulement d’après le texte et le contexte des déclarations, mais également sur le vu

des circonstances qui les ont précédées et accompagnées, à l'exclusion des circonstances postérieures (ATF 135 III 295 consid. 5.2, SJ 2009 I 396 ; ATF 132 III 626 consid. 3.1, JdT 2007 I 423 ; TF 4A_596/2018 du 7 mai 2019 consid. 2.3.2 non publié aux ATF 145 III 241). Cela étant, il n'y a pas lieu de s'écarter du sens littéral du texte adopté par les cocontractants lorsqu'il n'existe aucune raison sérieuse de penser qu'il ne correspond pas à leur volonté (ATF 136 III 186 précité consid. 3.2.1 ; TF 4A_596/2018 précité consid. 2.3.2). Une interprétation stricte selon la lettre s'impose également lorsque les parties sont expérimentées en affaires et familières des termes techniques utilisés (ATF 131 III 606 précité consid. 4.2 ; ATF 129 III 702 consid. 2.4.1, JdT 2004 I 535 ; TF 5A_944/2016 du 31 août 2017 consid. 2.3).

La détermination de la volonté objective des parties, selon le principe de la confiance, est une question de droit, que l'autorité d'appel examine librement ; pour la trancher, il faut cependant se fonder sur le contenu de la manifestation de volonté et sur les circonstances, lesquelles relèvent du fait (TF 4A_133/2023 du 9 juin 2023 consid. 4.1.2 et réf. cit.).

4.5

4.5.1 a) Les appelants font valoir la contradiction qu'il y a à retenir d'une part que l'appelante ne serait pas légitimée à agir sur la base de la convention de remise de commerce et à dénier d'autre part toute légitimation à l'appelant personnellement pour faire valoir divers dommages encourus du fait de la non-exécution par l'intimé de la convention de remise du même commerce.

b) Il faut rappeler que la maxime des débats est applicable à la présente cause (art. 55 al. 1 CPC) et que les parties supportent le fardeau de l'allégation et de l'établissement des faits pertinents. En particulier, en l'espèce, c'est à l'appelante, voire aux appelants, demandeurs en première instance, qu'il revient de le faire (art. 8 CC).

En l'occurrence, les appelants ont allégué le but social de l'appelante ainsi que la titularité de l'ensemble des parts sociales par l'appelant (all. 1 et 3), le fait que l'intimé s'est engagé à reprendre le fonds de commerce du [...] à [...] (all. 7), le fait que la validité de la convention de remise était subordonnée à la conclusion d'un nouveau bail ou au transfert de celui-ci (all. 11), le fait que l'acheteur paierait au vendeur 90'000 fr. à titre de complément au prix de vente de 30'000 fr. (all. 14), mais également le fait que les appelants ont remis les clés du [...] à l'intimé (all. 25) ou encore le fait que le mandataire administratif des appelants a initié la résiliation/clôture de tous les engagements commerciaux et administratifs de la raison sociale D._____ (all. 26), que nonobstant le désistement de l'intimé, les appelants et la gérance avaient tout préparé pour finaliser l'opération (all. 39), notamment via le mandataire administratif des appelants (cf. all. 40ss), le fait que les appelants avaient résilié le contrat de travail de deux employés salariés (all. 44), ou encore le fait que des redevances Swisscom non échues avaient été facturées aux appelants (all. 51), que les appelants avaient dû acquitter les loyers d'août et septembre 2018 (all. 53) et rémunérer leur mandataire administratif pour les démarches liées à la fin de l'activité de l'appelante puis à sa réactivation (all. 61ss).

Pour sa part, l'intimé a allégué en réponse qu'il avait contracté avec l'appelant (all. 71) une convention de remise du commerce [...] (all. 72), que les reconnaissances de dettes successives des 10 mai et 3 août 2018 étaient liées à la convention de remise de commerce précitée, l'une d'elles se référant à « [...] », l'autre à « D._____ » (all. 78 et 79) ; il a contesté avoir agi de mauvaise foi à l'égard de l'appelant et avoir entretenu artificiellement ce dernier dans l'illusion qu'il reprendrait son bail et son commerce (all. 96ss), a allégué avoir formulé une offre transactionnelle que les appelants avaient finalement rejetée (all. 103 et 104), et a allégué qu'à sa connaissance, les appelants avaient aujourd'hui remis leur commerce et transféré le bail à un repreneur (all. 104, allégué qui a été admis par les demandeurs). Par gain de paix, il a proposé de payer le montant de la clause pénale calculé sur le prix de vente de 30'000 fr., soit 6'000 fr. (all. 107ss), et de rembourser tout ou partie de la

commission versée au courtier (all. 114). En duplique, l'intimé a en substance allégué avoir tout tenté pour honorer ses engagements mais que ses démarches pour trouver des fonds s'étaient soldées par des échecs (all. 134 et 135).

Il ressort des allégations des parties qu'aucune ne s'est expressément attachée à préciser si le fonds de commerce était celui de l'appelant ou des appelants conjointement et que l'intimé n'a pas expressément soulevé lui-même la question de la légitimation active des appelants. Les parties ont par contre toutes mentionné à divers endroits de leurs écritures tant l'appelant (seul) que les appelants (conjointement) comme partenaire(s) contractuel(s).

Il ressort par ailleurs des pièces au dossier que si la convention de remise de commerce en lien avec le [...] à [...] a été libellée au seul nom de l'appelant, sans aucune mention de l'appelante, que tel a à nouveau été le cas de la reconnaissance de dette signée le 10 mai 2018, laquelle a pour objet « [...] ...à [...]» (cf. pièce 4), la seconde reconnaissance de dette, du 3 août 2018, a pour objet « D._____ ... à [...]» et précise que les sommes de 30'000 fr. et de 60'000 étaient stipulées dues « en complément du prix de vente de la Convention de remise de commerce du D._____ signée ... » (cf. pièce 5). La convention de transfert de bail sur papier à en-tête de [...] régie immobilière mentionne par ailleurs que les transférants étaient tant l'appelant que l'appelante et les bénéficiaires tant l'intimé que [...], un emplacement distinct pour les signatures des personnes physiques et des entités commerciales qu'elles représentent ayant été prévu (cf. pièce 6). Enfin, dans un courriel du 9 août 2018, [...], de [...] SA, mandataire de D._____, a adressé à l'intimé la facture du [...] pour la reprise du stock de boissons et a requis que les 30'000 fr. de la remise de commerce soient versés sur le compte entreprise de D._____ auprès de l'[,], dont les coordonnées figuraient sur la facture du stock de boissons, et qu'à réception, tant l'appelant que lui-même s'engageaient à virer de suite les 10'000 fr. dus au courtier. Enfin, il a fourni en annexe les coordonnées de divers fournisseurs (cf. pièce 10).

c) Il faut admettre, avec les appelants, que le fait de nier la légitimation active de l'appelante pour remettre le commerce lié à l'exploitation du café en question, mais dans le même temps admettre que c'est cette seule société qui est titulaire des contrats de fourniture ou d'abonnement conclus pour permettre l'exploitation commerciale dudit café est contradictoire. Une construction juridique impliquant que l'appelant soit resté seul titulaire dudit fonds de commerce et qu'il y ait matière à distinguer le fonds de commerce du patrimoine de l'appelante alors que celle-ci exploitait le café et, pour ce faire, employait du personnel et concluait des abonnements et divers contrats de fourniture, est difficilement concevable et n'est en tout état de cause pas rendue vraisemblable sur la base des éléments mis en évidence par l'instruction. Les premiers juges ne s'en expliquent d'ailleurs pas.

4.5.2 a) Il ressort au contraire suffisamment de la procédure que dans l'esprit de l'appelant, c'est l'activité de l'appelante qui faisait l'objet de la remise de commerce. D'ailleurs, après la signature de la convention et la remise des clés, l'appelant a, au travers du mandataire de l'appelante se présentant comme tel, initié diverses démarches pour mettre fin à cette activité commerciale de la société. Par ailleurs, l'appelant était locataire des lieux aux côtés de l'appelante et le transfert du bail prévoyait expressément la signature des personnes physiques et morales impliquées. De son côté, l'intimé avait pour objectif de reprendre l'exploitation du [...] et c'est bien la vente, respectivement l'acquisition, dudit fonds de commerce, qui était le but du contrat, lequel n'a pas été conclu en fonction de la personne du cocontractant mais bien en fonction du but poursuivi, soit la reprise du fonds de commerce. A cela s'ajoute que l'intimé ne s'est jamais enquis de savoir avec qui il traitait, n'a jamais évoqué cette question hors le cadre de la présente procédure d'appel et que différents documents établis dans la perspective de la remise de commerce mentionnent l'appelante ou les comptes de celle-ci, comme c'est le cas, en particulier, du projet de contrat de transfert de bail, qui a été négocié avec l'intimé. Si ce document n'a certes en définitive pas été signé par l'intimé, il n'en constitue pas moins un indice de ce que l'intimé

savait et acceptait de conclure avec l'appelante. Enfin, l'intimé a signé la seconde reconnaissance de dette, laquelle mentionnait expressément la remise du commerce de l'appelante. Dans le cadre des démarches initiées pour mettre un terme à l'exploitation du fait de l'appelante, l'intimé a été informé de plusieurs d'entre elles par le mandataire de l'appelante et c'est sur le compte bancaire de celle-ci qu'il était supposé verser le prix initial de la remise de commerce.

Il faut donc retenir, dans le cadre de l'interprétation subjective des manifestations de volonté, que l'intimé avait bien l'intention de contracter tant avec l'appelant, qui était son interlocuteur et le détenteur économique de l'appelante, qu'avec cette dernière, qui exploitait dans les faits le café objet de la remise de commerce. A tout le moins devrait-on considérer qu'il était indifférent à l'intimé de contracter avec l'un ou avec l'autre, ainsi que son comportement ultérieur l'a démontré, et qu'en tout état de cause, l'appelant avait la volonté de représenter l'appelante qui exploitait le café.

Il s'ensuit que tant l'appelant que l'appelante devaient se voir reconnaître la légitimation active et que le jugement attaqué doit être réformé en ce sens. Le grief est admis.

5. Il s'ensuit que, sur le principe, l'appelante principale peut se voir allouer différents postes du dommage invoqué.

5.1 L'intimé fait cependant valoir dans un premier moyen que la clause pénale aurait été stipulée forfaitaire et exclusive, ne permettant pas de réclamer un dommage complémentaire au montant de la clause pénale, contrairement à ce qu'avaient retenu les premiers juges.

5.1.1 a) La clause pénale est une convention accessoire par laquelle le débiteur promet au créancier une prestation (la peine conventionnelle) pour le cas où il n'exécuterait pas ou n'exécuterait qu'imparfaitement une prestation déterminée (prestation principale).

La peine alternative est la règle (art. 160 al. 1 CO) : le créancier est titulaire de deux créances ; il est en droit de demander l'exécution ou la peine, non les deux ; c'est une faculté alternative (ou concours électif de droits) laissée à son choix ; la peine cumulative est présumée exceptionnellement par la loi lorsqu'elle a été stipulée en vue de l'inexécution au temps ou dans le lieu convenu (art. 160 al. 2 CO) mais peut être convenue dans d'autres cas par les parties ; le créancier peut alors exiger l'exécution parfaite de la prestation convenue comme de la peine ; celle-ci revêt alors un caractère prononcé de peine privée.

Savoir si la peine a été stipulée cumulative peut résulter de l'interprétation, fondée notamment sur les circonstances, l'intérêt des parties (principalement celui du créancier), le but poursuivi, le montant de la peine ou des actes concluants. Il appartient au créancier de prouver l'existence d'une telle convention ; cette preuve sera admise facilement lorsqu'il s'agit d'une obligation d'abstention (par exemple une interdiction de concurrence). Lorsque la peine a été stipulée pour renforcer une modalité de l'exécution, non pas l'exécution elle-même de l'obligation principale, c'est la peine cumulative qui est présumée, car elle n'est destinée qu'à couvrir le dommage résultant pour le créancier du fait que la prestation n'a pas été fournie à temps ou ne l'a pas été au bon endroit. La peine est toujours cumulative lorsque son montant a été arrêté en fonction de la durée du retard dans l'exécution de la prestation (Sur le tout : Moser, Commentaire romand, Code des obligations I [ci-après : CR CO], 3^e éd. 2021, nn. 13 et 14 ad art. 160 CO et réf. cit.).

b) ba) La peine conventionnelle objet de la clause pénale se distingue d'institutions voisines. En premier lieu, la peine résolutoire (ou dédit consensuel ou *Wandelpön* : la prestation convenue est remplacée par une autre, au seul choix du débiteur). En second lieu, la peine exclusive : elle est due à l'exclusion de la prestation principale et de dommages-intérêts ; la peine exclusive remplace automatiquement l'obligation violée ; le créancier ne peut exiger que l'exécution de la peine conventionnelle en cas d'inexécution. Il n'y a ni cumul, ni choix, mais une

seule issue : le paiement de la peine conventionnelle. En troisième lieu, la peine conventionnelle improprement dite : une prestation est promise par une partie au bénéficiaire d'un droit d'option pour le cas où cette partie commettrait une action qu'elle est en droit d'accomplir ou omettrait un acte qu'elle ne serait pas tenue d'accomplir ; en ce cas, l'obligation n'est pas l'accessoire d'une obligation principale, mais a une existence autonome.

La peine conventionnelle objet de la clause pénale a pour effet de renforcer conventionnellement l'obligation par un engagement supplémentaire du débiteur, tandis que le dédit et la peine résolutoire l'affaiblissent (sur ces questions, Moser, op. cit., notes introductives aux art. 158 à 163 CO, nn. 6ss et réf. cit.). Elle a un caractère triple, à savoir qu'elle est à la fois conditionnelle puisque l'exigibilité de la prestation à laquelle elle donne lieu dépend de l'inexécution de l'obligation principale, accessoire puisqu'elle est au service de l'obligation principale qu'elle renforce et enfin, elle est autonome car indépendante du dommage (cf. art. 161 al. 1 et 2 CO ; Moser, op. cit., n. 1 ad art. 160 CO et réf. cit.).

bb) La clause pénale doit encore être distinguée de la fixation contractuelle du dommage (*Schadenpauschalierung* ou clause forfaitaire) , qui évalue forfaitairement et a pour but essentiel de compenser l'éventuel dommage de la partie lésée en cas d'inexécution, alors que la clause pénale garantit avant tout l'exécution de l'obligation principale, revêtant un caractère préventif, en faisant pression sur les parties pour qu'elles se comportent de manière conforme au contrat (Tolou, La forfaitisation du dommage, thèse 2017, n. 160, p. 59 et n. 198, pp. 72s.).

Si le montant convenu ne correspond pas à une estimation anticipée du dommage vraisemblable, cela signifie qu'il est avant tout destiné à faire pression sur le débiteur et il s'agit d'une peine conventionnelle (Couchepin, La forfaitisation du dommage, SJ 2009 II 1ss, pp. 18-19 ; Tolou, op. cit., nn. 224 à 226, pp. 83s.). Il a notamment été jugé qu'une clause prévoyant une indemnité correspondant à 20 % du prix de vente d'un immeuble était constitutive d'une clause pénale (et non

d'une clause forfaitaire d'indemnisation), dès lors que l'on voyait mal comment une partie pourrait subir un dommage d'une telle ampleur pour le cas où l'autre partie refuserait finalement de conclure le contrat de vente portant sur l'immeuble en question : le montant de l'indemnité ne correspondait nullement au dommage prévisible et la clause avait pour fonction manifeste de faire pression sur les parties pour qu'elles respectent le précontrat de vente (ATF 140 III 200, JdT 2014 II 401). Pour analyser le rapport entre l'indemnité et le dommage, on doit se fonder sur le dommage prévisible pour les parties au moment de la conclusion de la clause, en procédant à un pronostic rétrospectif objectif (à l'instar de l'analyse du lien de causalité adéquate), en se fondant sur l'ensemble des circonstances concrètes du cas qui prévalaient lors de la convention, non en fonction du dommage effectivement subi par le créancier, ni des circonstances concrètes de la violation contractuelle (Tolou, op. cit., n. 228, p. 84).

Lorsque les parties se sont entendues sur une indemnisation forfaitaire, la faute du débiteur est présumée en cas d'inexécution du contrat et il appartient donc à celui-ci de prouver qu'aucune faute ne lui est imputable (art. 97 al.1 CO). Les parties fixent définitivement l'indemnité forfaitaire lors de la conclusion. Sous réserve de la conclusion d'une convention d'indemnisation relative, ni le créancier, ni le débiteur ne peuvent la remettre en cause. En revanche, le créancier d'une clause pénale peut faire valoir un dommage supplémentaire en établissant une faute à la charge du débiteur (Couchepin, op. cit., p. 15).

Savoir si l'on est en présence d'une clause forfaitaire d'indemnisation ou d'une clause pénale - et de quel type - est affaire d'interprétation (art. 18 CO ; ATF 144 III 327, Sj 2019 I 121). On s'attachera à déterminer si les parties ont voulu rattacher l'indemnité au dommage. Dans l'affirmative, il s'agira d'une clause forfaitaire ; dans la négative, d'une clause pénale. Parmi les indices pertinents, on retiendra le degré de concrétisation du dommage, le montant de l'indemnité, le nombre de violations éventuellement couvertes par une même indemnité, la méthode de calcul de l'indemnité, la prise en compte du moment de la

violation contractuelle et les caractéristiques de l'indemnité (cf. Tolou, op. cit., nn. 215ss, pp. 81ss).

c) L'exigibilité de la peine conventionnelle est subordonnée d'une part à l'inexécution ou à l'exécution imparfaite du contrat (art. 151 al. 2 et 160 al. 1 CO) et d'autre part à une faute du débiteur (art. 163 al. 2 CO), le moment déterminant étant celui de l'exigibilité de l'obligation principale (art. 75 CO). Une interpellation du débiteur par le créancier (art. 102 al. 2 CO) n'est nécessaire que lorsque l'obligation principale consiste en une prestation positive (non lorsque l'obligation principale constitue une attitude passive) ; il n'y a pas lieu d'attendre l'expiration du délai de grâce de l'art. 107 al. 1 CO puisque la peine conventionnelle ne constitue pas un droit supplémentaire découlant des règles légales de la demeure, mais un droit conventionnel dès la violation. En cas de contrat synallagmatique, la peine conventionnelle n'est pas exigible tant que, de son côté, le créancier n'a pas lui-même satisfait à ses obligations (art. 82 CO). S'il appartient au créancier de prouver les conditions d'application de la clause pénale, soit principalement la non-exécution ou l'exécution imparfaite, c'est au débiteur qu'il revient de prouver, pour échapper à la peine, que l'inexécution ne lui était pas imputable à faute (Moser, op. cit., nn. 8a et 8b ad art. 160 CO ; TF 4A_174/2011 du 17 octobre 2011 consid. 4.1).

d) La relation entre peine et exécution est régie avant tout par la convention des parties. A titre subsidiaire, la loi présume, d'une façon générale, la peine alternative (art. 160 al. 1 CO), que le créancier exerce au moyen d'un droit formateur pour autant qu'il y ait eu inexécution ou exécution imparfaite (le créancier ne peut s'opposer à l'exécution régulière pour n'exiger que le paiement de la peine). En réclamant la peine, le créancier renonce à l'exécution de l'obligation principale. L'option du créancier est irrévocable mais ne le prive pas du droit d'exiger un montant supérieur à celui de la peine conventionnelle, aux conditions de l'art. 161 al. 2 CO.

La question de savoir s'il y a eu convention contraire, permettant au créancier d'exiger à la fois l'exécution et la peine, peut résulter de l'interprétation, fondée notamment sur le texte de la convention, les circonstances ayant entouré sa conclusion, l'intérêt des parties (principalement celui du créancier), le but poursuivi, le montant de la peine, ou d'actes concluants. Il appartient le cas échéant au créancier de prouver l'existence d'une telle convention (Moser, op. cit., n. 13 ad art. 160 CO). On posera des exigences moins élevées à l'admission d'une telle convention lorsque la peine a été stipulée pour garantir une obligation de ne pas faire susceptible d'être enfreinte de façon répétée (ATF 46 II 399 ; TF arrêt 4A_312/2009 consid. 3.6.2). En revanche, lorsque la peine a été stipulée en vue de renforcer une modalité de l'exécution (exécution du contrat au temps ou dans le lieu convenu, par ex.), non pas l'exécution elle-même de l'obligation principale, c'est la peine cumulative qui est présumée, car elle n'est destinée qu'à couvrir le dommage résultant pour le créancier du fait que la prestation n'a pas été fournie à temps ou ne l'a pas été au bon endroit (Moser, op. cit., n. 14 ad art. 160 CO et réf. cit.), cet intérêt ne se confondant pas avec celui à l'exécution en tant que telle (ATF 122 III 420 (d) consid. 2b).

e) Comme cela a été évoqué, à teneur de l'art. 161 al. 1 CO, la peine est encourue même si le créancier n'a éprouvé aucun dommage. La peine est donc due même si le dommage est difficile à évaluer voire impossible à établir ou s'il est égal ou inférieur à la peine. Il suffit au créancier de prouver l'inexécution ou l'exécution imparfaite de l'obligation principale. Le montant de la peine s'impute sur celui du dommage. Mais le créancier peut réclamer une indemnité supérieure à la peine conventionnelle (art. 161 al. 2 CO), s'il prouve qu'il y a faute du débiteur (contrairement à ce que prévoit l'art. 97 CO) et que le dommage est supérieur à la peine (Moser, op. cit., nn. 1 à 3 ad art. 161 CO et réf. cit.).

Enfin, des conventions contraires restent possibles. En particulier, les parties peuvent prévoir que la peine n'est due que si le créancier éprouve un dommage ou que celui-ci peut demander la réparation du dommage supérieur à la peine sans avoir à prouver la faute

du débiteur (Moser, op. cit., n. 4 ad art. 161 CO et réf. cit. ; ATF 102 II 420 consid. 4 ; ATF 103 II 108 ; ATF 103 II 129).

f) Par ailleurs, sous réserve de nullité de la peine conventionnelle (art. 163 al. 2 CO), les parties fixent librement le montant de la peine (art. 163 al. 1 CO) ; le juge doit néanmoins réduire les peines qu'il juge excessives (art. 163 al. 3 CO), le fardeau de la preuve du caractère excessif revenant au débiteur, sans qu'il y ait lieu de poser à cet égard des exigences trop élevées (sur la question de la réduction judiciaire des peines excessives, cf. Moser, op. cit., nn. 5ss ad art. 163 CO et réf. cit. ; ATF 109 II 120 consid. 2 ; ATF 133 III 201 consid. 5.2 ; ATF 143 III 1 consid. 4.1 ; TF 4A_174/2011 du 17 octobre 2011, consid. 6.1).

5.1.2 a) Il faut constater en premier lieu ce sur quoi s'accordent les parties, soit que la clause prévoyant le paiement d'une clause pénale de 20 % du prix de vente a été stipulée à charge tant de la partie venderesse que de la partie acquéreuse.

A la lumière de la doctrine et de la jurisprudence exposées ci-dessus, cette caractéristique permet déjà d'exclure que la clause litigieuse soit considérée comme une clause pénale exclusive et comme une clause d'indemnisation forfaitaire, dans la mesure où elle prévoit la même peine pour une violation de leurs obligations par chacune des parties et a de ce fait un caractère préventif manifeste, ce que corrobore la fixation de son montant, correspondant à 20% du prix de la remise de commerce, soit un pourcentage élevé ayant un caractère incitatif et répressif également manifeste. A cela s'ajoute que le pourcentage précité n'est pas fonction du dommage prévisible – lequel n'est d'ailleurs absolument pas concrétisé au moment de la stipulation de la clause litigieuse, mais uniquement fonction du prix de la remise de commerce, ce qui parle à nouveau en faveur de la clause pénale par opposition à une clause forfaitaire d'indemnisation. Par ailleurs, la clause en question ne prévoit absolument pas que la peine stipulée remplacerait et libérerait automatiquement l'une des parties de l'exécution de son obligation principale, comme ce serait le cas s'il s'était agi d'une clause pénale exclusive.

L'argument en ce sens de l'intimé doit être rejeté.

b) Quant à la question de savoir si la clause pénale est alternative, comme la loi le présume, ou cumulative, c'est affaire d'interprétation, dans le cadre de laquelle les circonstances concrètes ayant entouré sa stipulation sont déterminantes.

La clause pénale litigieuse envisage un défaut de collaboration, notamment de renseignement, de l'une ou l'autre partie, dans le cadre du transfert de bail conditionnant la remise de commerce. Si elle vise formellement une modalité de l'exécution du contrat, à savoir la collaboration de bonne foi aux renseignements et à la délivrance des documents requis dans le cadre du transfert du bail, il faut constater que cette modalité sert directement la condition stipulée à la perfection du contrat de remise de commerce, soit le transfert effectif du bail. En outre, quoique formellement stipulée de manière identique pour chacune des parties au contrat, il faut constater qu'en réalité, cette clause préserve essentiellement l'intérêt du vendeur au transfert du bail conditionnant la vente de commerce. En effet, celui-ci est déjà titulaire des droits et obligations découlant du bail, à l'inverse de l'acquéreur du commerce dont la solvabilité, notamment, sera évaluée par le bailleur, dont le consentement est une condition juridique au transfert et qui n'est pas tenu d'accepter le transfert de bail, mais peut le refuser pour de justes motifs (cf. art. 263 al. 1 et 2 CO ; cf. ATF 125 III 226). Or dans ce contexte, l'article huitième du contrat de remise de commerce prévoit que si le bailleur refuse de conclure un bail ou de transférer le bail à l'acquéreur, celui-ci se verra restituer la dédite (de 10'000 fr. prévue à l'article deuxième du contrat) déposée en mains du courtier, ce qui préserve suffisamment les droits de l'acquéreur face à un potentiel refus du bailleur. A l'inverse, il est manifeste que l'obligation expressément faite aux parties dans le même article huitième de concourir de bonne foi à la réalisation de l'article septième - soit à l'avènement de la condition consistant en le transfert du bail - par la production des documents requis et la délivrance des informations demandées, vise particulièrement

l'acquéreur et futur locataire, qui doit permettre au bailleur de disposer des informations permettant l'évaluation de sa fiabilité et en particulier de sa solvabilité. Il résulte de ces circonstances que la clause pénale vise en réalité à prévenir toute défaillance de l'acquéreur du fonds de commerce plutôt que du vendeur, en particulier dans le cadre des négociations avec le bailleur en vue de l'obtention du bail (transfert ou conclusion d'un nouveau bail). En ce sens, elle a un caractère préventif et répressif manifeste et sert directement l'intérêt du vendeur à la bonne exécution du contrat de remise de commerce. Cette appréciation est renforcée par le fait que l'article troisième prévoit une date d'acquisition à laquelle les profits et risques de la chose passent à l'acquéreur (cf. article septième 2^e §), mais également que si contre toute attente le transfert du bail conditionnant la remise de commerce n'avait pas abouti à cette date, le contrat serait automatiquement prolongé jusqu'à ce qu'une décision ait été prise à ce sujet par les « personnes/autorités compétentes ». La convention dans son ensemble met l'accent sur la nécessité d'obtenir le transfert du bail, lequel est, on l'a vu, principalement dans l'intérêt du vendeur. L'intérêt du vendeur à l'exécution par l'acquéreur de son obligation principale d'acquiescer et payer le prix de la remise de commerce se recoupe ainsi essentiellement avec celui du vendeur d'obtenir l'accord du bailleur au transfert de bail érigé en condition de la remise de commerce. Au vu de ce qui précède et faite pour la convention d'exprimer la volonté de cumuler la clause pénale avec la prétention en exécution du contrat, de même qu'en l'absence de toute autre circonstance en ce sens ressortant de l'état de fait du jugement attaqué tel que complété ci-dessus, il faut présumer son caractère alternatif, en application de l'art. 160 al. 1 CO.

Au demeurant, les appelants n'ont jamais prétendu obtenir l'exécution du contrat de remise de commerce. Quoi qu'il en soit et comme on l'a vu plus haut, le vendeur, soit en l'occurrence l'appelant, n'est pas pour autant privé du droit d'exiger un montant supérieur à celui de la peine conventionnelle, aux conditions de l'art. 161 al. 2 CO (cf. *infra* consid. 5.4).

5.1.3 On précisera encore à cet égard que l'annotation manuscrite figurant au bas du contrat de remise de commerce ne permet pas de remettre en cause cette conclusion intermédiaire, pour les motifs développés ci-dessous (cf. *infra* 5.3.4 b)).

5.2 En tout état de cause, l'intimé soutient qu'il n'aurait jamais été de mauvaise foi, faisant valoir l'absence de faute de sa part dans l'exécution de ses obligations contractuelles et notamment celle de collaborer de bonne foi en vue de l'obtention du bail.

Il se prévaut à cet égard du témoignage de son épouse pour attester de ses efforts de recherche de fonds qui lui auraient permis d'honorer ses obligations. Outre la faible force probante du témoignage de l'épouse, comme déjà vu, il faut constater en tout état de cause que l'intimé admet n'avoir pas honoré le contrat parce que ses finances ne le lui permettaient pas. En appel, s'il invoque encore ses efforts pour trouver un terrain d'entente avec le bailleur s'agissant des enseignes publicitaires et dans le cadre de sa recherche de fonds, il ne remet pourtant pas en cause le constat ressortant de l'état de fait du jugement attaqué (cf. ch. 4 et 5, pp. 7ss), selon lequel le contrat de transfert de bail avait été préparé par la gérance suite à une entrevue avec les parties, que ce contrat prévoyait diverses clauses que l'intimé ne prétend pas avoir contestées de suite ou dans les jours ayant suivi sa négociation (nature de la garantie et enseignes publicitaires, en particulier), que le propriétaire avait accepté le dossier de l'intimé et que le transfert de bail était prêt à être signé par les parties, que l'intimé a reçu les clés de l'établissement et les a eues en sa possession durant deux semaines avant de se désister de la transaction, cela après avoir donné l'impression qu'il s'apprêtait à l'honorer (cf. jugement, consid. V, b), p. 30). Il résulte suffisamment de ses allégations, tant en première instance qu'en appel, qu'en réalité, le désistement est intervenu du fait de sa situation financière déficiente. Or, en s'engageant de la sorte sans en avoir les moyens et en ne signant finalement pas le transfert de bail alors que l'aval du bailleur était donné et le contrat prêt à être signé, l'intimé n'a pas agi conformément à la loyauté en affaires attendue de lui et ses efforts pour tenter de trouver des fonds, fussent-ils

établis, ne suffiraient pas à l'exonérer de toute faute, étant rappelé que c'est lui qui supporte le fardeau de la preuve (art. 8 CC) de l'absence de faute dans le cadre de la mise en œuvre de la clause pénale. L'argument est rejeté.

5.3

5.3.1 A supposer due, la peine conventionnelle ne devrait selon l'intimé se calculer que sur le prix simulé et non sur le montant global incluant le complément de prix, contrairement à ce qu'ont considéré les premiers juges (cf. jugement, consid. VI, pp. 31ss).

5.3.2 Aucune des parties – et en particulier pas l'intimé (cf. appel par voie de jonction, ch. 20, p. 6) – ne remet en cause le fait que le prix de vente figurant dans le contrat de remise de commerce était simulé et que le prix réel était celui de 120'000 fr., résultant de l'addition des 30'000 fr. figurant dans le contrat de remise de commerce et des 90'000 fr. figurant dans la reconnaissance de dette signée le jour même de la signature du contrat précité et renouvelée le 3 août 2018. Il en résulte que le prix de vente du fonds de commerce était bien de 120'000 francs.

5.3.3 Selon l'intimé, la simulation du prix de vente global n'impliquerait pas que la clause pénale, exprimée dans le contrat de remise de commerce sous forme de pourcentage (20 %) du prix de vente, porterait également sur ce montant global. Il appuie son point de vue par le fait que les parties n'avaient rien précisé de tel au moment d'établir les reconnaissances de dette. En second lieu, il se prévaut de l'annotation manuscrite figurant au bas du contrat de remise de commerce (cf. pièce 104), qui émanerait du représentant fiduciaire des appelants, lequel aurait calculé le montant de la clause pénale, soit 6'000 fr., résultant de l'application du pourcentage prévu (de 20 %) au prix de vente simulé (30'000 fr.) fixé dans le contrat de remise de commerce.

5.3.4 Comme le font valoir les appelants, le contrat simulé est nul en tout ou partie, tandis que le contrat dissimulé est valable si les dispositions légales régissant sa forme et son contenu ont été observées

(ATF 117 II 382 consid. 2a ; ATF 96 II 383 consid. 3a ; TF 4A_362/2012 du 28 septembre 2012 consid. 4.1).

a) Le contrat de remise de commerce n'est soumis à aucune exigence de forme, ni la clause pénale (pas même lorsqu'elle vise à compenser l'intérêt négatif résultant d'une *culpa in contrahendo* dans le cadre d'une vente immobilière soumise à la forme authentique : cf. ATF 140 III 200 consid. 5). Aucune exigence formelle ne s'oppose donc à ce que le prix dissimulé de 120'000 fr. soit valable, ni à ce que la clause pénale puisse porter sur ce montant.

b) Vu la signature concomitante, ou du moins le même jour, tant du contrat de remise de dette portant sur le prix simulé de 30'000 fr. que de la première reconnaissance de dette portant sur le prix complémentaire de 90'000 fr., et au vu des termes clairs – bien qu'exprimés dans un français hésitant – utilisés par les parties dans les reconnaissances de dette en lien avec la convention de remise de commerce, qui font état d'un complément au « prix d'origine » (de 30'000 fr.), « Lequel est donc au total fixé à 120'000 CHF (cent vingt mille francs) », il n'y a aucune raison de penser que les parties auraient voulu dissocier le régime des deux conventions. L'annotation dont se prévaut l'intimé, qui serait de la main du fiduciaire des appelants, n'est pas de nature à contrer cette appréciation puisque les reconnaissances de dette, vu leur français approximatif, n'ont manifestement pas été rédigées par le fiduciaire en question (l'intimé le conteste, mais cela n'a été ni allégué ni établi en première instance) – contrairement au contrat de remise de dette – et qu'il y a tout lieu de penser au contraire que le prix – dissimulé mais réel – de 120'000 fr. a été stipulé hors sa présence.

Lors de la signature de la reconnaissance de dette du 3 août 2018, les parties ont encore précisé que « Ces sommes précitées (soit celles définissant les modalités du paiement du prix complémentaire de 90'000 fr., réd.) sont en complément du prix de vente de la Convention de remise de commerce du D. _____ signée. Cela porte ainsi la transaction à

un total de CHF 120'000.- (cent vingt mille francs CH), plus reprise du crédit [...]».

En tenant compte du prix dissimulé de 120'000 fr., vu en outre la simultanéité de la signature du contrat de remise de commerce et de la première des reconnaissances de dette prévoyant ce prix simulé, ainsi qu'au vu du caractère éminemment préventif et répressif de la clause pénale stipulée (cf. *supra* consid. 5.1.2 let. a et b), il faut constater que la volonté commune des parties était de renforcer leurs engagements en se soumettant à une clause pénale ayant un caractère dissuasif. Ce qui précède permet de retenir une volonté des parties de se lier par une clause pénale dissuasive fonction du prix de vente, quel qu'il soit et y compris le prix de 120'000 fr. dissimulé. L'argument de l'intimé selon lequel les parties auraient libellé le montant amendé de la clause pénale pour tenir compte du prix dissimulé dans les reconnaissances de dette si elles en avaient eu l'intention peut tout aussi bien être retourné : en stipulant une clause pénale exprimée en pourcentage du prix de vente, les parties ont fait un choix, qu'elles auraient amendé en fixant un montant précis à la clause pénale si elles avaient voulu que le prix dissimulé reste sans incidence à cet égard et que la clause pénale ne soit plus fonction de ce prix.

Une interprétation objective ne parviendrait pas à un autre résultat vu la simultanéité du contrat de remise de commerce et de la première des reconnaissances de dette.

Le grief est rejeté et le montant de la clause pénale de 24'000 fr. (20 % de 120'000 fr.) retenu par les premiers juges doit être confirmé.

5.4

5.4.1 Reste à déterminer si les appelants sont fondés à invoquer un dommage supplémentaire.

5.4.2 Il faut tout d'abord relever, avec l'intimé, que le dommage supplémentaire ne peut porter que sur la somme dudit dommage dépassant le montant de la peine conventionnelle stipulée, le cumul

n'étant pas autorisé (cf. *supra* consid. 5.1.1 let. e). Il conviendra le cas échéant d'imputer le montant de la clause pénale sur le montant total du dommage reconnu.

5.4.3 L'intimé relève l'absence de légitimation de l'appelant personnellement pour revendiquer tout dommage supplémentaire.

Or cette question, qui faisait l'objet de l'appel principal, a été abordée ci-dessus et la légitimation active tant de l'appelant personnellement que de l'appelante est reconnue, ce qui scelle le sort de ce grief.

5.4.4 L'intimé fait ensuite (cf. pp. 8ss réponse et appel-joint) valoir qu'en tout état de cause, ce dommage ne serait pas aussi conséquent que celui invoqué par les appelants (cf. appel, ch. 8, p. 9).

5.4.5 Le tribunal établit sa conviction par une libre appréciation des preuves administrées (art. 157 CPC). L'appréciation *in concreto* de la valeur probante d'une expertise ressortit au fait. Le juge n'est en principe pas lié par le résultat d'une expertise judiciaire. S'il apprécie librement la force probante d'une expertise, le juge du fait ne peut toutefois s'écarter des conclusions de l'expert sur des éléments ressortissant de sa compétence professionnelle que pour des motifs importants qui doivent être indiqués. Il lui appartient dès lors d'examiner, au regard des autres preuves et des observations des parties, si des objections sérieuses mettent en doute le caractère concluant de l'expertise sur des points essentiels. En d'autres termes, le juge qui ne suit pas les conclusions de l'expert n'enfreint pas l'art. 9 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101) lorsque des circonstances bien établies viennent en ébranler sérieusement la crédibilité (ATF 138 III 193 consid. 4.3.1 ; ATF 136 II 539 consid. 3. ; ATF 133 II 384 consid. 4.2.3 ; ATF 132 II 257 consid. 4.4.1 ; ATF 130 I 337 consid. 5.4.2 ; TF 4A_51/2019 du 14 mai 2019 consid. 5.1). Des justes motifs pour s'écarter de l'expertise peuvent être réalisés lorsque l'expertise ne satisfait pas aux exigences de qualité imposées par la loi, notamment lorsqu'elle est

lacunaire, peu claire ou insuffisamment motivée (TF 4A_177/2014 du 8 septembre 2014 consid. 6.2). Le juge peut notamment s'écarter d'une expertise lorsque celle-ci contient des contradictions, lorsqu'une détermination de son auteur vient la démentir sur des points importants, lorsqu'elle contient des constatations factuelles erronées ou des lacunes, voire lorsqu'elle se fonde sur des pièces dont le juge apprécie autrement la valeur probante ou la portée (ATF 110 Ib 42 consid. 2 ; ATF 101 Ib 405 consid. 3b/aa).

5.4.6 En premier lieu, l'intimé plaide que le manque à gagner (ou marge brute) reconnu par l'expert [...] à hauteur de 31'295 fr. 30 dans le cadre du complément d'expertise ordonné (cf. jugement, ch. 8.2, p. 16) couvrirait les postes de charges telles le loyer, de sorte que le loyer et les charges communes ne pourraient être revendiqués par les appelants en sus (cf. réponse et appel joint, p. 8). Il invoque le compte de pertes et profits de l'appelante pour les années 2017 et 2018, dont la lecture étayerait son propos (cf. annexe B1, équivalente à la pièce complémentaire reçue de l'expert et produite à l'audience de plaidoiries finales du 21 juin 2023). Sur cette question, les appelants ne se sont pas prononcés dans leur réponse sur appel joint (mais ils ont invoqué le cumul dans leur appel principal) et le jugement ne l'a pas tranchée puisqu'il a nié la légitimation de l'appelant quant au dommage invoqué - tout en estimant que lui seul était partie à la convention de remise de commerce.

Or s'il ressort de l'expertise que le manque à gagner calculé par l'expert l'a été en fonction de la marge bénéficiaire brute I, il ressort tout aussi clairement des comptes de pertes et profits 2017 et 2018 de l'appelante - et des normes usuelles en matière de comptabilité commerciale (cf. art. 959b CO, relatif à la structure minimale du compte de résultat) - que cette marge brute ne tient compte que des coûts d'achat de marchandises - sous déduction le cas échéant des escomptes, rabais etc - ainsi que de la variation du stock de marchandises, tandis que les charges indirectes - telles les salaires, le loyer et les autres frais généraux - doivent encore être soustraites pour aboutir au résultat d'exploitation.

L'expert a certes pris position sur les charges de salaire éventuellement économisées par l'appelante pour la période considérée (cf. jugement, p. 17), mais non sur la question du loyer et des charges, question qui ne lui a apparemment pas été posée et qui ne se pose de toute façon pas dans les mêmes termes : si les salaires ont pu être économisés durant un laps de temps restreint durant les mois d'été, il n'en va pas de même de la charge de loyer, laquelle persiste même si l'établissement est temporairement fermé, ce aussi longtemps que le bail n'est pas résilié. Dans le cas d'espèce, il y a donc bien lieu de déduire la charge de loyer nette par 7000 fr. 50 (cf. jugement, ch. 6.6, p. 10) et les autres charges communes liées à ces locaux (cf. jugement, *ibidem*), par 1'577 fr. 40 ($[2'366.10 / 3 \text{ mois}] \times 2 \text{ mois août et septembre}$) de la marge brute I telle que définie par l'expert, en lien avec la fermeture de l'établissement durant les mois d'août et septembre 2018. On s'écartera donc de l'expertise sur ce point, pour les motifs précités.

5.4.7 Ensuite, l'intimé fait valoir que le coût de l'abonnement [...] de 340 fr. – selon le jugement, ch. 6.5, p. 10, non expressément contesté sur ce point par les appelants qui invoquent un chiffre de 468 fr. 85 (cf. appel, ch. 8., p. 9) – n'équivaut pas à un poste du dommage supplémentaire susceptible d'être reconnu, dès lors que cet abonnement a vraisemblablement pu être rétabli et que l'appelant ne prouverait pas l'inverse.

Dès lors qu'il ressort du jugement que le montant de 340 fr. correspond aux redevances dues à la date d'échéance du contrat, dont la durée minimale n'était pas encore échue à la date de la résiliation, du 15 août 2018 (cf. jugement, ch. 6.5, pp. 9-10), on admettra le montant correspondant comme un dommage induit par le désistement de l'intimé, qui aurait dû reprendre la ligne existante, et on ne spéculera pas plus longtemps sur la remise en fonction hypothétique de la ligne, hypothèse qui n'est pas abordée par le jugement attaqué, sans que son état de fait ait été valablement critiqué à cet égard. On observe au surplus que ni l'une ni l'autre des parties ne tente un calcul différent de celui arrêté par

le jugement pour ce poste du dommage, de sorte que l'on s'en tiendra au montant précité de 340 francs. Le grief est rejeté.

5.4.8 En définitive, le dommage encouru par les appelants comprend le manque à gagner tel qu'arrêté par l'expertise (31'295 fr. 30), sous déduction du loyer et des charges communes pour les mois d'août et septembre 2018 (- [7'000.50 + 1'577.40]), adjonction faite de la redevance [...] liée à la résiliation induite (+ 340 fr.) et enfin des honoraires de [...] facturés le 15 octobre 2018 (cf. pièce 23/1), par 5'500 fr., reconnus comme justifiés par l'expertise (les parties s'accordent à dire que seul ce montant d'honoraires est justifié). Au total, le dommage, y compris le gain manqué, encouru par les appelants s'élève à 28'557 fr. 40.

5.4.9 Le cumul du dommage avec le montant de la peine conventionnelle n'étant pas autorisé, le montant de celle-ci, par 24'000 fr., doit être imputé sur le montant total du dommage reconnu ci-avant, ce qui revient à allouer aux appelants, à titre de dommage supplémentaire, outre le montant de 24'000 fr. à titre de peine conventionnelle, la somme de 4'557 fr. 40 (28'557 fr. 40 - 24'000 fr.).

5.4.10 Il n'y a pas lieu de se pencher sur le chef de responsabilité contractuel soulevé à titre superfétatoire par les appelants (cf. appel, pp. 11-12), la légitimation active de l'appelante ayant été reconnue.

5.5 L'intimé se prévaut de son offre de verser le montant de la peine conventionnelle telle que calculée par ses soins, formulée dans sa réponse du 11 novembre 2019, pour limiter le cours de l'intérêt moratoire, ainsi que les dépens (cf. réponse et appel joint, let. D et E, p. 9).

On rejettera ces griefs, dès lors que l'intimé succombe bien plus largement que ce qu'il a offert en procédure, y compris sur le principe et l'allocation d'une partie du dommage supplémentaire revendiqué par les appelants, au point que l'offre formulée n'était pas de nature à influencer sur le cours du procès et donc sur la répartition des frais.

L'intérêt moratoire courra donc dès la date de la demande, au 2 février 2019, *dies a quo* sur lequel s'entendent les parties, tandis que la répartition des frais de première et de seconde instance sera fonction du sort du litige (cf. ci-après).

6.

6.1 En définitive, les appelants voient leur appel principal admis partiellement, le chiffre I du jugement étant réformé en ce sens que l'intimé est le débiteur des appelants, créanciers solidaires, de la somme de 28'557 fr. 40, avec intérêt à 5 % l'an dès le 2 février 2019.

L'appel joint est rejeté dans son intégralité.

6.2

6.2.1 Si l'instance d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais – soit les frais judiciaires et les dépens (art. 95 al. 1 CPC) – de la première instance (art. 318 al. 3 CPC).

Les frais sont en principe mis à la charge de la partie qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). Lorsqu'aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, les frais sont répartis selon le sort de la cause (art. 106 al. 2 CPC). Cette disposition suppose une répartition des frais judiciaires et des dépens en fonction de l'issue du litige comparé avec les conclusions prises par chacune des parties (TF 5D_108/2020 du 28 janvier 2021 consid. 3.2) ; le poids accordé à ces conclusions peut être apprécié d'après divers critères : leur importance dans le litige, ce qui a été alloué ou le travail occasionné (TF 5D_84/2023 du 23 février 2024 consid. 4.3). Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation (parmi d'autres : TF 5D_84/2023 précité consid. 4.3 ; TF 5D_108/2020 précité consid. 3.1).

6.2.2

6.2.2.1 Les appelants, lesquels réclamaient la somme de 69'837 fr. 05, obtiennent gain de cause à environ 40 % (28'557 fr. 40 ÷ 69'837 fr. 05 × 100 %), contre 60 % pour l'intimé. Les appelants supporteront par

conséquent 60 % des frais de première et de deuxième instance, et l'intimé 40 %.

Ainsi, les frais judiciaires de première instance, arrêtés à 16'424 fr. 40, y compris l'émolument de la conciliation préalable, seront mis à la charge des appelants, solidairement entre eux, par 9'854 fr. 65 (60 % de 16'424 fr. 40) et à celle de l'intimé par 6'569 fr. 75 (40 % de 16'424 fr. 40). L'intimé doit rembourser aux appelants, créanciers solidaires, la somme de 6'569 fr. 75 à titre de restitution partielle de leur avance de frais judiciaires de première instance et de frais de conciliation (art. 111 al. 1 et 2 aCPC).

Il y a lieu de fixer la charge des dépens de première instance pour les deux parties à 16'000 fr. au total, compte tenu du tarif et des difficultés de la cause (art. 105 al. 2 CPC ; art. 4 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; BLV 270.11.6]). Compte tenu du sort de la cause, après compensation, l'intimé devrait avoir droit à des dépens réduits. Toutefois, dans la mesure où l'intimé a expressément conclu dans sa réponse et appel joint à ce qu'il soit astreint à verser à l'appelant la somme de 1'000 fr. à titre de dépens de première instance, il sera fait droit à cette conclusion, étant relevé que les dépens ne sont pas alloués d'office mais seulement sur requête et que, faute de conclusion correspondante, l'octroi de dépens viole l'art. 105 CPC (ATF 140 III 444 consid. 3.2.2 ; ATF 139 III 334 consid. 4.3, RSPC 2014 p. 115 note Tappy).

6.2.2.2 Dans le cadre de l'appel principal, les appelants ont réclamé 45'838 fr. 05 (69'837 fr. 05 - 24'000 fr.) de plus que ce que les premiers juges leur avaient alloué, de sorte que les appelants obtiennent en définitive 10 % de leurs conclusions d'appel environ. Partant, il y a lieu de répartir dans la même proportion les frais de l'appel principal, arrêtés à 1'458 fr. (art. 62 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; BLV 270.11.5]), soit 145 fr. 80 à la charge de l'intimé, qui en remboursera le montant avancé par les appelants, créanciers solidaires, le solde de 1'312 fr. 20 étant mis à la charge des appelants, solidairement entre eux (art. 106 al. 2 CPC).

Les frais judiciaires de l'appel joint, par 780 fr. (art. 62 TFJC), seront mis en totalité à la charge de l'intimé, qui succombe intégralement sur ses prétentions (art. 106 al. 1 CPC).

Au final, les appelants supporteront 1'312 fr. 20 de frais judiciaires de deuxième instance et l'intimé 925 fr. 80 (145 fr. 80 + 780 fr.). L'intimé remboursera en outre partiellement aux appelants leur avance de frais, par 145 fr. 80, comme déjà relevé.

Quant aux dépens de deuxième instance, dans la mesure où les appelants n'obtiennent au final que 40 % de leurs prétentions globales (soit 28'557 fr. 40 sur 69'837 fr. 05), tandis que l'intimé succombe entièrement sur celle objet de son appel joint, les dépens de deuxième instance peuvent être globalement compensés (art. 106 al. 2 CPC).

Par ces motifs,
la Cour d'appel civile
p r o n o n c e :

- I. L'appel est partiellement admis.
- II. L'appel joint est rejeté.
- III. Il est statué à nouveau comme suit :
 - I. dit qu'S._____ est le débiteur de D._____ et de J._____, créanciers solidaires, de la somme de 28'557 fr. 40 (vingt-huit mille cinq cent cinquante-sept francs et quarante centimes), avec intérêt à 5 % l'an dès le 2 février 2019 ;
 - II. met les frais judiciaires de première instance, arrêtés à 16'424 fr. 40, y compris l'émolument de la conciliation préalable, à la charge de D._____ et de J._____.

solidairement entre eux, par 9'854 fr. 65 (neuf mille huit cent cinquante-quatre francs et soixante-cinq centimes) et à la charge d'S. _____ par 6'569 fr. 75 (six mille cinq cent soixante-neuf francs et septante-cinq centimes) ;

III. dit qu'S. _____ versera à D. _____ et à J. _____, créanciers solidaires, la somme de 7'569 fr. 75 (sept mille cinq cent soixante-neuf francs et septante-cinq centimes) à titre de remboursement partiel de leur avance des frais judiciaires et de dépens réduits de première instance ;

IV. rejette toutes autres et plus amples conclusions.

IV. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 2'238 fr. au total pour l'appel principal et pour l'appel joint, sont mis par 1'312 fr. 20 (mille trois cent douze francs et vingt centimes) à la charge des appelants D. _____ et J. _____, solidairement entre eux, et par 925 fr. 80 (neuf cent vingt-cinq francs et huitante centimes) à la charge de l'intimé S. _____.

V. L'intimé S. _____ versera aux appelants D. _____ et J. _____, créanciers solidaires, la somme de 145 fr. 80 (cent quarante-cinq francs et huitante centimes) à titre de remboursement partiel de leur avance des frais judiciaires de deuxième instance liés à l'appel principal.

VI. Les dépens de deuxième instance, relatifs à l'appel principal ainsi qu'à l'appel joint, sont compensés.

VII. L'arrêt est exécutoire.

La présidente :

Le greffier :

Du

Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Nicolas Saviaux (pour D. _____ et J. _____)
- Me Baptiste Viredaz (pour S. _____)

et communiqué, par l'envoi de photocopies, au :

- Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne.

La Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), le cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :