

COUR CIVILE

Audience de jugement du 9 mars 2011

Présidence de M. MULLER, président

Juges : Mme Carlsson et M. Sauterel

Greffier : Mme Maradan

Cause pendante entre :

Charles FRIDERICI

(Me Lei Ravello)

et

BANQUE CANTONALE VAUDOISE

(Me Gross)

- Du même jour -

Délibérant immédiatement à huis clos, la Cour civile considère :

En fait :

1. Le demandeur A.H._____ et B.H._____ étaient les administrateurs de la société P._____ SA (devenue P._____ SA), dont le siège se trouve à [...].

La défenderesse R._____ était en relation d'affaires avec cette société.

2. Par jugement du 24 août 1999, faisant suite à une audience du 13 août 1999, la Présidente du Tribunal du district de Morges a prononcé la faillite de B._____ SA

Le jour de l'audience, la défenderesse, d'une part, le demandeur, A.H._____ et B._____ SA, d'autre part, ont conclu une convention prévoyant notamment ce qui suit :

"2.3 Pour leur part, B._____ SA et/ou ses administrateurs MM. H._____ en leur qualité d'actionnaires acceptent :

2.3.1 L'entrée immédiate et le maintien dans le conseil d'administration de B._____ SA d'une tierce personne choisie avec l'accord de la Banque, à qui il sera accordé la signature collective à deux avec MM. H._____, ces derniers ne pouvant signer entre eux.

2.3.2 De remettre à la Banque spontanément, subsidiairement à première demande, un état de situation régulier sur :

- l'état locatif (trimestriel),
- les mesures prises pour valoriser au mieux le patrimoine (trimestriel);
- situation comptable et bilantaire, auditée par un organe de révision (annuel).

2.3.3 La scission de la totalité des engagements de B._____ SA en deux tranches distinctes soit :

a) tranche de CHF 8'560'746.31 : La Banque s'engage à n'exiger le remboursement de cette somme que dans les cas mentionnés ci-dessous sous chiffres 2.3.8, 2.3.9 et 2.3.10, soit lors de l'encaissement des produits de la vente de l'immeuble, de la vente du capital-actions et résultant des procès et elle s'engage d'ores et déjà à abandonner le solde de cette tranche a) après les encaissements précités;

b) tranche de CHF 8'600'000,00 composée de plusieurs avances qui demeurent (cf. ch. 2.2.3)

(...)

2.3.8 La cession du produit de la vente de l'immeuble à la Banque dont le résultat ira, en cas de vente, en premier lieu, en réduction de la tranche b), à l'exclusion de l'avance C. 906.85.80, puis de la tranche a) au maximum du montant de CHF 8'560'746.31 et ensuite de l'avance C.906.85.80, puis en finalité, laissé à la libre disposition de B. _____ SA.

2.3.9 Le nantissement du capital-actions à la Banque dont le produit ira, en cas de réalisation, en premier lieu, en couverture de la tranche a)(cf. ch. 2.3.3), au maximum du montant de CHF 8'560'746.31, ensuite au remboursement des avances consenties à CET (tranche b) à l'exclusion de l'avance C. 906.85.80 et ensuite en couverture de cette dernière, puis en finalité laissé à libre disposition des actionnaires.

2.3.10 La cession du produit éventuel des procès (cf. ch. 1.2.1, 1.2.2, 1.2.4 et 1.2.5).

Les parties conviennent que B. _____ SA entreprendra toutes mesures utiles en vue de transiger et/ou poursuivre les procès en cours, jusqu'à droit connu, de la manière la plus diligente. La Banque, en sa qualité de cessionnaire, doit donner son accord préalable pour toutes décisions procédurales ou transactionnelles.

En sa qualité de cessionnaire du produit éventuel, pour autant que B. _____ SA ne puisse pas faire face aux coûts des procès, la Banque examinera la possibilité de financer B. _____ SA. En cas d'éventuel succès d'une demande reconventionnelle des parties adverses dans ces procès, les parties conviennent d'en rediscuter le moment venu afin d'examiner la manière dont B. _____ SA s'acquittera de son dû.

Le produit desdits procès ira, en premier lieu, en couverture de la tranche a) (cf. ch. 2.3.3), au maximum du montant de CHF 8'560'746.31, ensuite en remboursement des avances consenties à B. _____ SA (tranche b) à l'exclusion de l'avance C.906.85.80 et ensuite en couverture de cette dernière. En finalité, le surplus serait laissé à la libre disposition de B. _____ SA.

(...)."

Par avenant du 2 septembre 1999, les parties ont notamment prévu ce qui suit :

" Dans l'ordre chronologique, les modifications suivantes sont apportées à la dite convention, en précisant que les conditions préalables sont maintenues :

(...)

2.3.3 La scission de la totalité des engagements de CET en trois tranches distinctes soit :

a) tranche de CHF 2'000'000,00 : La Banque s'engage à n'exiger le remboursement de cette somme que dans les cas mentionnés ci-dessous sous chiffres 2.3.9 et 2.3.10, soit lors la vente du capital-actions et soit lors de l'encaissement des produits résultant des procès et elle s'engage dorés et déjà à abandonner le solde de cette tranche a) après les encaissements précités;

b) tranche de CHF 8'600'000,00 composée de plusieurs avances qui demeurent (cf. ch. 2.2.3);

c) tranche de CHF 6'510'746,31 sera abandonnée.

(...)

2.3.9 Le montant de la tranche a) s'élève à CHF 2'000'000.--, et non à CHF 8'560'746,31. Le reste du paragraphe est inchangé.

(...)

Pour le surplus, les dispositions de la Convention du 13 août 1999 demeurent applicables."

3. B._____ SA a recouru contre le jugement de faillite du 24 août 1999, par acte déposé le 3 septembre 1999. La convention du 13 août 1999 et son avenant du 2 septembre 1999, qui avaient été passés dans le cadre de l'assainissement de la société, ont été produits dans le cadre de la procédure de recours.

Par jugement du 16 décembre 1999, la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal a admis le recours, notamment en raison de la conclusion de l'avenant, et prolongé l'ajournement de la faillite au 16 février 2000.

Le 17 février 2000, le Président du Tribunal du district de Morges a prononcé la clôture de la procédure d'ajournement ensuite d'assainissement de la société B._____ SA.

4. La faillite de B._____ SA a finalement été prononcée par le Président du Tribunal d'arrondissement de la Côte le 27 mars 2007, l'ouverture de la faillite datant du 26 avril 2007.

Le délai pour la production des créances et autres droits a été fixé au 25 juin 2007 par l'administration de la masse en faillite représentée par l'office des faillites de Morges-Aubonne (ci-après l'office).

5. Le 11 juillet 2007, l'office a invité les administrateurs de la faillie à se déterminer sur les créances produites, totalisant un montant de 8'205'147 fr. 60 pour les créances garanties par gage, un montant de 36'095 fr. 45 pour les créances de 1^{ère} et 2^{ème} classes et un montant de 35'675 fr. 27 pour les créances de 3^{ème} classe.

L'état de collocation, dont l'état des charges de l'immeuble de la faillie sis à [...] faisait partie intégrante, a été déposé le 24 août 2007. Y étaient admises une créance d'un montant de 10'796 fr. 35 en 3^{ème} classe, en faveur de A.H._____ et une créance d'un montant de 10'822 fr. 75 en faveur de BHL._____ SA. Un dividende de 100 % était prévu pour les créances de 3^{ème} classe. B.H._____ n'a produit aucune créance dans la faillite de P._____ SA.

6. Le 10 août 2007, la défenderesse a produit tardivement une créance complémentaire d'un montant de 1'789'965 fr., invoquant comme titre de la créance "montant dû au 26 avril 2007, jour du prononcé de faillite, en vertu du crédit no 906.85.80, selon convention du 13 août 1999 et avenant du 2 septembre 1999". Une copie de cette convention et de son avenant étaient jointes à ce courrier.

Par courrier du 23 août 2007 adressé à l'office, J._____, ancien administrateur de P._____ SA, a exposé ce qui suit :

"Monsieur le Substitut,

La production de R._____ citée en référence (CHF 1'789'965.00) doit être entièrement contestée.

Premièrement, le crédit No. 906.85.80 a été intégralement remboursé en date du 4 décembre 2001 par un versement de CHF 600'000.00 du Groupe [...] SA (voir en annexe copie du relevé R. _____ au 31.12.2001).

Deuxièmement, le montant produit (CHF 1'789'965.00) n'est en aucun cas exigible auprès de la société " P. _____ SA".

C'est la convention du 13 août 1999 et son avenant du 2 septembre 1999 qui fixent le statut de ces créances. Pour en faciliter la lecture, je joins à la présente une copie de cette convention, incluant les éléments de son avenant. On y constate qu'une tranche de CHF 2'000'000.00 (la tranche "A") demeurait conditionnellement ouverte et ne pouvait devenir exigible que dans deux cas :

- sur le produit de la réalisation des actions de la société (donc exigible auprès des actionnaires, MM. A.H. _____ et BHL. _____ SA et non auprès de la société),
- sur le produit des procès ouverts contre le Groupe F. _____,

Or, en date du 4 décembre 2001, une transaction définitive est intervenue avec le Groupe F. _____ (sous les auspices et avec l'accord de R. _____). Il en est résulté un versement du dit Groupe d'un montant total de CHF 800'000.00.

Comme vu plus haut, ce montant a d'abord couvert le crédit 906.85.80, pour lequel R. _____ avait en son temps requis le cautionnement de [...] SA, filiale du Groupe F. _____ (CHF 600'000.00 ch. 1.3.4 de la convention).

Le solde de CHF 200'000.00 a été imputé sur la tranche "A" selon la convention. Au gré de quelques autres petites opérations où R. _____ a récupéré ultérieurement quelques fonds, cette tranche "A", s'est réduite au montant de CHF 1'789'965.00.

Aujourd'hui, reste donc ouvert l'éventuel produit de la réalisation des actions de P. _____ SA, mais ce produit ne peut pas être exigible auprès de la société elle-même.

(...)."

Il est admis par les parties que l'hypothèse prévue à l'art. 2.3.10 de la convention, soit la cession des produits éventuels des procès, s'était déjà réalisée et n'entraîne plus en considération.

Par ailleurs, au jour du dépôt de la demande, ni la vente du capital-actions, ni la réalisation du gage de la défenderesse n'étaient intervenues. Cette vente n'aurait toutefois eu aucune influence sur la situation financière de la société, qui ne s'en serait pas trouvée plus appauvrie ou enrichie.

7. Par courrier du 31 octobre 2007, l'office a écrit au demandeur notamment ce qui suit :

"L'état des charges de l'immeuble a été déposé le 24.08.2007; actuellement, il est passé en force.

Toutefois, une production complémentaire dans l'état des charges a été demandée par R. _____ de l'ordre de Frs. 1'789'965.00 après le dépôt de l'état de collocation.

Sur la base de dires de MM. J. _____ et A.H. _____ (anciens administrateurs de la société en faillite) l'administration a contesté la créance de R. _____ par avis du 11.10.2007; un délai pour intenter action contre notre décision a été fixé au 02.11.2007."

Ni les comptes annuels audités de la faillie, approuvés par les assemblées générales pour les différentes années suivant l'assainissement (dès 2000 au jour de l'ouverture d'action), ni les annexes de ces comptes, ne contiennent au passif cette créance, pas plus que quelque provision que ce soit à ce titre. Les décisions importantes de la société devaient être communiquées à R. _____.

8. La défenderesse a ouvert action en contestation de l'état de collocation devant la Cour civile par demande du 1^{er} novembre 2007, concluant à l'annulation de la décision du 11 octobre 2007 de la masse en faillite et à la modification de l'état de collocation en ce sens que sa créance à hauteur de 1'789'965 fr. est admise.

La défenderesse a retiré la demande déposée le 1^{er} novembre 2007 par courrier adressé le 8 novembre 2007 au Juge instructeur de la Cour civile.

Par avis spécial du 6 novembre 2007, l'office a suspendu la créance litigieuse jusqu'à la réalisation de l'immeuble, sans en aviser les créanciers disposant de créances admises à l'état de collocation, dont l'accord n'avait d'ailleurs pas été requis au préalable.

9. Par avis du 19 novembre 2007, l'office a adressé à la défenderesse une copie de la publication de vente de l'immeuble de la faillie, l'informant que cette publication paraîtrait le 23 novembre 2007 dans les journaux officiels. Puis, par avis rectificatif du 22 novembre 2007, remplaçant l'avis précédant, il a communiqué à la défenderesse que la publication officielle serait remplacée par un appel d'offres publié dans les FAO et FOSC du 30 novembre 2007.

Par courrier du 5 décembre 2007, l'office a informé le demandeur du déroulement de la procédure après l'échéance de l'appel d'offres.

Dans une circulaire n° 2, du 3 janvier 2008, adressée au demandeur, l'office a notamment mentionné que l'état de collocation passé en force comprenait un état des charges d'un montant total de 10'067'590 fr. 57, la créance de la défenderesse, d'un montant de 1'789'965 fr. en faisant partie.

10. L'immeuble de la faillie a été vendu aux enchères le 31 janvier 2008, à l'office, pour un montant de 8'820'000 fr., montant qui aurait permis de désintéresser l'intégralité des créanciers admis à l'état de collocation du 24 août 2007.

La créance de la défenderesse est restée suspendue dans l'attente de la décision de la masse en faillite.

11. Par requête adressée le 28 mars 2008 au président du Tribunal de l'arrondissement de la Côte, les actionnaires et administrateurs de la faillie ont conclu à la révocation de la faillite prononcée le 27 mars 2007.

La masse en faillite a alors informé les requérants des circonstances dans lesquelles la créance litigieuse avait été suspendue.

Le 14 avril 2008, le demandeur et B.H._____ ont adressé une plainte LP au Président du Tribunal d'arrondissement de la Côte, tendant à

faire constater la nullité, respectivement à annuler la décision de suspension de cette créance.

Tant cette plainte que la requête de révocation de la faillite ont été rejetées par prononcé du Président du Tribunal d'arrondissement de la Côte du 22 juillet 2008.

12. Par courrier du 1^{er} septembre 2008, le conseil de la défenderesse a adressé les déterminations suivantes à l'office :

"Faillite Littoral Stockage SA, Etoy - Banque Cantonale Vaudoise

Monsieur le Substitut,

Agissant au nom de R. _____ dans le délai que vous lui avez imparti par lettre recommandée du 26 août 2008, reçue le lendemain, j'expose ce qui suit :

1.- Le compte crédit n° [...] a été clôturé en février 2002. La faillite de P. _____ SA ayant été ouverte que le 26 avril 2007, R. _____ ne peut pas produire le relevé de ce compte pour l'année qui précède l'ouverture de la faillite.

2.- La créance de 1'789'965 fr. produite par R. _____ (cf. pièce 1) n'est pas conditionnelle.

La Banque a utilisé les termes « *créance conditionnelle* » de manière impropre. En réalité, elle voulait exprimer non pas que sa créance était conditionnelle mais que le montant à prendre en compte le moment venu pour le calcul et le paiement des dividendes ne serait connu qu'après la réalisation du capital-actions de P. _____ SA nanti auprès de R. _____.

C'est ce qui ressort des chiffres 2.3.3 de la convention du 10 août 1999 et 2.3.3 de l'avenant du 2 septembre 1999.

3.- Le nantissement en garantie de la créance de R. _____ a été effectué par les actionnaires de P. _____ SA. Il s'agit de tiers. Il n'y a donc pas lieu d'appliquer l'art. 219 al. 1 LP qui prévoit la collocation des créances par préférence sur le produit des gages réalisés.

4.- A défaut de remplir les conditions pour être colloquée en première ou en deuxième classe (art. 219 al. 4 LP), la créance de 1'789'965 fr. produite par R. _____ ne peut l'être qu'en troisième.

5.- Les pièces 1 à 4 produites en annexe établissent le nantissement des actions de P. _____ SA auprès de R. _____.

Ma mandante avait déjà produit ces pièces à l'appui de sa production de créance du 10 août 2007.

(...)."

13. Par courrier du 1^{er} octobre 2008, la défenderesse a déclaré annuler et remplacer sa production du 10 août 2007 par une "production 2", de la même créance. Contrairement à la première production, la seconde ne fait mention d'aucun numéro de compte, le compte en question ayant été clôturé.

En revanche, à l'appui de sa créance, la défenderesse a produit, outre la convention du 2 septembre 1999 et son avenant du 13 août 1999, un extrait du compte désigné sous S 0399.48.72, pour la période du 30 juin au 31 décembre 2000. Ce compte, qui n'est mentionné ni dans la convention ni dans son avenant, correspond à l'engagement litigieux. Il était déjà ouvert dans les livres de la défenderesse au nom de P._____ SA au mois de juillet 1999.

La défenderesse a notamment inscrit au crédit de ce compte un montant de 331'239 fr. 25 et un montant de 5'926'475 fr. 70, un montant de 5'400 fr. le 29 août 2001, un virement bancaire de F._____ d'un montant de 199'988 fr. le 6 décembre 2001 ainsi qu'un versement de 4'646 fr. 85 le 19 décembre 2001.

Par lettre du 2 octobre 2008, l'office a interpellé les anciens administrateurs de la société faillie afin qu'ils se déterminent sur la production de la défenderesse.

Par courrier du 7 octobre 2008, J._____, s'est déterminé comme il suit :

"Monsieur le Substitut,

Je fais suite à votre lettre du 2 octobre 2008 et vous confirme que je conteste entièrement cette production, comme je l'ai déjà fait par mon courrier du 23 août 2007.

Je vous renvoie donc à ce courrier et précise encore ceci :

C'est le chiffre 2.3.3 de la convention du 13 août 1999 amendée le 2 septembre 1999 qui fixe le statut de la tranche "A" des crédits accordés par R._____. Il y est précisé que **"La Banque s'engage à n'exiger le remboursement de cette somme (tranche "A" de CHF 2'000'000) que dans les cas mentionnés sous chiffres 2.3.9 et 2.3.10, soit lors de la vente du capital (donc auprès des actionnaires qui détiennent ce capital-actions), et soit lors de l'encaissement des**

produits résultant des procès” (ce qui a été fait à hauteur de CHF 200'000 lors de la transaction avec le groupe [...] SA le 04.12.2001) **et elle s'engage d'ores et déjà à abandonner le solde de cette tranche a) après les encaissements précités.**

Le montant qui fait l'objet de cette production de R. _____ n'est donc pas une dette de la société P. _____ SA, mais tout au plus une dette conditionnelle de ses actionnaires MM. A.H. _____ et B.H. _____, éventuellement due sur le produit de la vente de leurs actions.

(...)."

Par lettre commune du 15 octobre 2008, le demandeur et B.H. _____ se sont déterminés comme suit :

"Monsieur le Substitut,

Le signataire de gauche, au nom de M. B.H. _____, et le signataire de droite, au nom de M. A.H. _____, viennent communément se déterminer sur votre lettre du 2 octobre 2008.

En premier lieu, nous observons que nous sommes en présence d'une nouvelle production de créance tardive présentée le 1 octobre 2008 par R. _____, annulant et remplaçant la précédente du 10 août que vous aviez rejetée dans un premier temps, avant de la suspendre dans un second dans des circonstances déjà débattues.

En d'autres termes, R. _____ procède à une nouvelle production près de seize mois après le délai pour les productions fixé au 25 juin 2007 sans même décrire et partant prouver les raisons qui l'ont empêchée de produire cette prétendue créance complémentaire aux cotés des autres en temps utile.

Aucune raison ne justifie donc d'admettre la tardivité de cette créance pour des motifs excusables.

La confrontation des deux productions démontre qu'elles ne sont absolument pas identiques, sous la seule réserve du montant. La 1^{ère} se réfère expressément à une créance conditionnelle/ Crédit no [...], la seconde ne mentionne plus le compte précité, pas plus qu'il ne mentionne d'ailleurs un quelque compte débiteur de la société qui serait en relation avec la prétendue créance.

Cela n'est pas le fruit de l'hasard ou dû à une inadvertance.

En effet, le compte crédit no 905.65.60, d'ailleurs garanti par un cautionnement solidaire de [...], a été remboursé à fin d'année 2001, comme vous l'avait déjà signalé M. J. _____ à l'appui de son courrier du 23 août 2007 contestant la production tardive No. 2 de R. _____.

R. _____ vous a produit en annexe le relevé daté du **18 septembre 2008** (?) du compte S 0399.48.72 pour la période 30 juin 2000 au 31 décembre 2000 pour preuve de l'existence de ladite créance conditionnelle dans ses livres.

A la lecture de la convention du 13 août 1999 et son avenant du 2 septembre 1999, vous pourrez constater qu'ils ne font nullement référence à ce compte.

Cela dit, R. _____ s'est bien gardée de vous mentionner que l'administrateur J. _____ s'est refusé à délivrer le bien trouvé de ce compte à deux reprises dès sa remise à la société, soit le 1^{er} avril et le 2 août 2001 selon lettres qui vous sont annexées. R. _____ n'est plus revenue à la charge par la suite.

Qui plus est, il ressort des comptes annuels de la société à partir de 2001 jusqu'au dernier établi avant l'ouverture de la faillite, - que votre Office est en possession -, que la prétendue créance conditionnelle n'a jamais figuré ni au passif, ni dans l'annexe aux comptes. Ces comptes annuels étaient systématiquement adressés à R. _____ chaque année puisque la société était pratiquement sous son joug.

L'examen de ce relevé démontre notamment des opérations survenues dès le 15.11.2000, valeur 30.12.1999, qui ne sont pas le fait de la société mais reposent sur des opérations typiquement et purement propres à la comptabilité interne de R. _____. Il ne saurait donc fonder à titre de preuve l'existence de cette créance contestée.

Ces moyens suffisent déjà en soi à rejeter cette nouvelle production.

Quant au fond, R. _____ se réfère toujours au montant dû selon convention du 13 août 1999 et son avenant du 2 septembre 1999.

Je vous prie de vous référer aux procédures que j'avais déposées (Plainte LP et Requête de révocation de faillite) qui contiennent toutes les précisions qui ont présidé à la conclusion de ces convention.

Elles ont été passées dans le cadre d'un assainissement judiciaire de la société B. _____ SA, devenue ensuite P. _____ SA. C'est sur la base de celles-ci, en particulier de son avenant que la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal a révoqué la décision de faillite prononcée en 1^{ère} instance et accepté la poursuite de l'ajournement de faillite.

La convention initiale décrivait sous 2.3.3 la totalité des engagements de la société qu'elle scindait en 2 tranches distinctes a) et b). En fait, R. _____ ne procédait pas formellement à l'abandon de la tranche a), mais acceptait de se contenter du produit de trois hypothèses conditionnelles exhaustivement mentionnées. C'est justement pourquoi le Président du Tribunal de district de Morges a refusé de prolonger l'ajournement et a prononcé la faillite de la société.

L'avenant du 2 septembre 1999 a été passé dans le cadre de la procédure de recours et a été produit au dossier de la cause auprès de la Cour des poursuites et faillites. Il vous suffit de parcourir l'arrêt rendu le 16 décembre 1999 pour constater que l'admission du recours repose sur le contenu de cet avenant. A cette occasion, la tranche a) initiale a été scindé en 2, soit tranche a) réduite à Frs. 2'000'000.- et tranche c) nouvelle à hauteur de Frs 6'510'746,31 qui a été définitivement abandonnée.

L'art. 2.3.3. lit a) de l'avenant se distingue encore de sa version de base du 13 août 1999 puisqu'elle ne contient plus la mention que les produits de la vente de l'immeuble étaient également visés, la référence à l'art. 2.3.5 ayant été supprimée.

La condition prévue à l'art. 2.3.10, soit la cession du produit éventuel des procès, n'entre plus en considération.

Seule subsiste l'art. 2.3.9, soit lors de la vente du capital actions de la société.

Il n'est pas contesté que ces actions appartiennent à MM. A.H. _____ et B.H. _____; la faillite de la société n'a eu aucun effet sur leur existence.

Il ne faut pas être un expert en droit des sociétés pour admettre que le produit de la vente des actions revient dans la poche de l'actionnaire vendeur et que cela n'affecte d'aucune manière la situation financière de la société.

Par surabondance, la condition résiduelle de l'art. 2.3.3 n'est pas réalisée et ne saurait être admise comme telle par le simple fait de l'ouverture de la faillite déclenchée d'ailleurs par R. _____.

Nous vous renvoyons pour le surplus aux dernières déterminations de M. J. _____, ainsi qu'à nos divers moyens exposés jusqu'ici sur cette question.

MM. A.H. _____ et BHL. _____ SA contestent à nouveau formellement cette production tardive de créance que nous vous demandons de rejeter.

Pour conclure, nous vous rappelons que vous l'aviez déjà rejetée avant de décider de la suspendre dans l'attente du résultat de la vente de l'immeuble, alors même que cela n'avait aucune incidence sur le sort de celle-ci pour toutes les raisons qui précèdent.

(...)."

Par courrier du 20 octobre 2008, l'office a informé la défenderesse que sa créance était portée à l'état de collocation qui serait déposé le 24 octobre 2008. La FAO de cette date contient la publication correspondante, qui précise que le délai pour intenter l'action en opposition est fixé au 13 novembre 2008.

14. En cours d'instance, une expertise a été confiée à Yves Marguerat, expert fiduciaire diplômé, qui a rendu son rapport le 2 juin 2010.

L'expert a confirmé que la défenderesse avait passé plusieurs opérations par le compte [...], notamment d'abandon de créances, en exécution de la convention du 13 août 1999 et de son avenant du 2 septembre 1999. Il a précisé que ces opérations avaient bien été enregistrées dans les livres de R. _____ et qu'à la suite de ces opérations, le solde - exact - du compte S 0399.48.72 s'élevait à 2'000'000 fr. au 31 décembre 2000 et à 1'789'965 fr.15 au 31 décembre 2001.

15. Par demande du 10 novembre 2008, A.H._____, B.H._____ et BHL._____ SA ont conclu, avec suite de frais et dépens, à ce qu'il plaise à la Cour civile du Tribunal cantonal prononcer :

- I. Que la présente demande est admise;
- II. Que la décision rendue le 20 octobre 2008 par l'administration de la masse en faillite de P._____ SA d'admettre à l'état de collocation, en troisième classe, sous numéro 18, la production tardive 2 faite le 1^{er} novembre 2008 par R._____ à hauteur de Frs 1'789'965.15 (un million sept cent huitante-neuf mille neuf cent soixante-cinq francs et quinze centimes) est annulée, dite créance étant définitivement retranchée de l'état de collocation du 17 août 2007.
- III. Que la demanderesse P._____ SA n'est donc pas la débitrice de la défenderesse R._____ de la somme de Frs 1'789'965.15 (un million sept cent huitante-neuf mille neuf cent soixante-cinq francs et quinze centimes)."

Dans sa réponse du 17 février 2009, la défenderesse a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet des conclusions de la demande.

Par convention des 11 et 12 janvier 2009, B.H._____ et BHL._____ SA ont passé expédient, sans dépens, sur les conclusions de la défenderesse. Cette transaction a été ratifiée pour valoir jugement le 18 janvier 2009, le procès se poursuivant uniquement entre A.H._____ et R._____.

En droit :

I. a) Le demandeur exerce l'action en contestation de l'état de collocation de l'art. 250 al. 2 LP (loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.1). Il entend obtenir le retranchement de la créance de 1'789'965 fr. 15 produite par la défenderesse à l'état de collocation de la faillite de P._____ SA.

L'action au sens de l'art. 250 al. 2 LP a pour but de faire admettre par le juge que la prétention dont la collocation est contestée n'aurait pas dû être admise au passif (Gilliéron, Commentaire de la loi

fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Articles 159-270, n° 44 ad art. 250 LP). Elle ne sert pas à faire constater par le juge l'existence ou l'inexistence d'une prétention produite ou inscrite d'office, car elle ne vise pas à établir le rapport d'obligation entre failli et intervenant, mais uniquement à déterminer si la prétention litigieuse doit être prise en considération dans la liquidation de la masse (ibidem). Certes, le juge constate l'existence et le montant ou l'inexistence de la prétention, mais il le fait à titre préjudiciel et sa décision sur ce point n'est qu'un motif de son jugement dans l'action en contestation de l'état de collocation. Un tel jugement ne sortit d'ailleurs d'effet que dans la liquidation de la faillite en cours et n'est pas opposable au failli qui n'est pas partie à la procédure judiciaire (CCIV 14 octobre 1998/414, Gilléron, op. cit., n° 44 ad art. 250 LP; Jaques, Commentaire Romand, Poursuite et faillite, n° 1 ad art. 250; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, § 46 n^{os} 47 et 62).

L'examen de la régularité, sous l'angle procédural, des décisions de l'office des poursuites n'incombe en revanche pas au juge de l'action en contestation de l'état de collocation. Il est du ressort de l'autorité de surveillance, saisie le cas échéant d'une plainte. Cette voie est en effet ouverte pour tout vice de forme ou de procédure constaté lors de la collocation de la production, tardive ou non (Jaques, op. cit., n° 14 ad art. 250 LP et n° 16 ad art. 251 LP).

L'exercice de l'action en contestation de l'état de collocation au sens de l'art. 250 al. 2 LP suppose que la prétention de l'intervenant demandeur ait été admise au passif, en tout ou en partie (Gilliéron, op. cit., n° 106 ad art. 250 LP). C'est le cas en l'espèce, puisque la créance du demandeur, d'un montant de 10'796 fr. 35 a été admise à l'état de collocation de la faillite de P. _____ SA.

Aux termes de l'art. 250 al 2 LP, le créancier qui conteste une créance ou le rang auquel elle a été colloquée, dirige l'action contre le créancier concerné (Jaques, op. cit., no 10 ad art. 250 LP). La

défenderesse, dont la production a également été admise à l'état de collocation de la société faillie, a ainsi la légitimité passive.

Le délai de vingt jours pour ouvrir action (art. 250 al. 1 LP) court du premier jour du dépôt de l'état de collocation; le dies a quo est la date de parution (date de publication, date qui figure sur le numéro de la FOSC dans lequel est publié le dépôt), mais on ne compte le premier jour que dès le lendemain, conformément à l'art. 31 al. 1 LP (Gilliéron, op. cit. no 97 ad art. 250 LP). Ouverte le 10 novembre 2008, l'action du demandeur contestant l'état de collocation déposé le 24 octobre 2008 respecte le délai de l'art. 250 al. 1 LP.

L'action est donc recevable et les parties sont légitimées activement et passivement.

b) A l'appui de ses conclusions, le demandeur invoque la nullité de la décision de l'administration de la masse en faillite du 6 novembre 2007 de suspendre la collocation de la créance de la défenderesse jusqu'à la réalisation de l'immeuble de la faillie. Il considère, en substance, qu'au moment où cette décision a été prise, l'état de collocation du 24 août 2007, qui ne comprenait pas la créance de la défenderesse, était entré en force de chose décidée. Pour la même raison, la nouvelle production de la défenderesse du 1^{er} octobre 2008, annulant et remplaçant la précédente, n'aurait pas de portée. Le demandeur fait également valoir que la créance de la défenderesse ne pouvait de toute manière pas être colloquée à l'état de collocation publié le 24 octobre 2008 dès lors qu'elle a été éteinte par le prononcé de la faillite de P. _____ SA. Enfin, il soutient que cette créance ne serait plus exigible, la condition de son exigibilité, soit la vente du capital-actions, n'étant plus envisageable.

La défenderesse estime au contraire que sa production, bien que tardive, doit être admise. Selon elle, sa créance existe encore, seul le principe de l'abandon de créance ayant été mis à néant par le prononcé de la faillite.

II. a) La modification de l'état de collocation est soumise à des exigences différentes selon le moment et les étapes de la procédure. Durant le délai d'opposition de vingt jours de l'art. 250 al. 1 LP (Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite, RS 281.1), l'administration de la faillite ne peut modifier les décisions prises dans l'état de collocation qu'aussi longtemps qu'une action n'a pas été intentée à la masse ou à un autre créancier (art. 65 al. 1 OAOF [Ordonnance sur l'administration des offices de faillite, RS 281.32]). Toute modification doit être publiée (art. 65 al. 2 OAOF). Ensuite, pendant le procès en collocation, si l'administration de la faillite ne souhaite pas laisser juger la contestation introduite contre la masse, mais veut reconnaître en tout ou en partie les prétentions du demandeur, elle ne peut le faire que sous réserve des droits des créanciers de la faillite de contester l'admission à l'état de collocation de la créance ou son rang, à teneur de l'art. 250 LP (art. 66 al. 1 OAOF). A cet effet, l'administration doit déposer et publier un état de collocation modifié (art. 66 al. 2 OAOF). Enfin, les décisions de collocation qui n'ont pas été attaquées dans le délai fixé par la loi acquièrent autorité de chose jugée (recte : décidée) et ne sont plus susceptibles d'être attaquées, même pour cause d'erreur, sous réserve de collocations causées par des actes illicites, de décisions nulles et de modifications de rapports juridiques fondant les décisions de collocation. La force de chose décidée ne s'étend pas aux créances qui ont été annoncées postérieurement à l'établissement de l'état de collocation, par une production tardive antérieure à la clôture de la faillite (Jacques, op. cit., nos 50 à 61 ad art. 247 LP, Peter, Edition annotée de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, no I/C ad art. 251 LP et les références citées). De telles productions ne sont pas constitutives d'un abus de droit (Jacques, op. cit. no 6 ad art. 251 LP et les références citées). Elles doivent être admises dans la mesure où elles ne portent pas sur une prétention ayant déjà fait l'objet d'une production qui avait donné lieu à une décision judiciaire ou administrative ou encore à examen d'office (Jacques, op. cit. no 3 ad art. 251 LP).

b) En l'espèce, la validité de la décision de l'administration de la masse en faillite du 6 novembre 2007 de suspendre la créance de la

défenderesse jusqu'à la réalisation de l'immeuble de la faillie ne se heurte pas à la force de chose décidée de l'état de collocation du 24 août 2007. En effet, la production de cette créance est intervenue le 10 août 2007, soit postérieurement à l'échéance du délai fixé au 25 juin 2007 pour produire les créances colloquées à l'état du 24 août 2007, et même postérieurement au délai fixé aux créanciers au 20 juillet 2007 pour se déterminer sur ces productions.

Le fait que la défenderesse ait retiré une première demande en contestation portant sur cet état de collocation ne change rien à cette analyse, car ce retrait est intervenu immédiatement après la décision de suspension de la masse en faillite. En retirant sa demande, la défenderesse n'a donc pas admis l'état de collocation initial qu'elle contestait; elle a uniquement accepté la suspension de sa créance.

Le même raisonnement conduit à l'admission de la validité de la décision de modification de l'état de collocation publié le 24 octobre 2008, faisant suite à la production de la défenderesse du 1^{er} octobre 2008, annulant et remplaçant sa propre production du 10 août 2007. Cette production, dont il n'est pas allégué que sa tardiveté serait manifestement abusive, est intervenue avant la clôture de la faillite. Elle ne porte pas sur une prétention ayant donné lieu à une décision judiciaire ou administrative ni à un examen d'office. De plus, l'état de collocation modifié qui l'inclut a fait l'objet d'une publication permettant aux créanciers de la contester.

III. Comme énoncé, le demandeur conteste l'exigibilité de la créance litigieuse au motif que la condition de cette exigibilité, soit la réalisation des actions de P. _____ SA, n'est plus possible. Il soutient également que la créance est éteinte en raison de l'ouverture de la faillite, le montant à colloquer dépendant de l'impossible réalisation des actions et correspondant dès lors à un montant nul.

a) La créance dont la collocation est litigieuse trouve son fondement dans la convention du 19 août 1999, qui lie P._____ SA à la défenderesse telle que modifiée par l'avenant du 2 septembre 1999.

Il s'agit d'interpréter cet édifice contractuel. A cette fin, le juge doit procéder à l'interprétation des dispositions sur lesquelles la créance se fonde. Il s'efforce dans un premier temps de déterminer la volonté concordante des parties, au-delà des expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la véritable nature de leur convention (art. 18 al. 1 CO). Lorsque cette volonté ne peut être déterminée, il doit rechercher leur volonté présumée, en interprétant les déclarations de volonté selon le principe de la confiance. Le sens objectif d'un texte clair prévaudra ainsi en principe contre les autres moyens d'interprétation. Le juge peut toutefois également prendre en considération d'autres éléments tels que le comportement des parties, y compris leurs déclarations avant, pendant et après la conclusion de la convention, de même que les projets, la correspondance échangée, les usages régnant dans le commerce et les affaires, ainsi que le but du contrat pour les deux parties (Winiger, Commentaire romand, nos 32 ss ad art. 18 CO; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht : Allgemeiner Teil, 9^{ème} éd., nos 1212 ss, p. 275).

b) Le chiffre 2.3.3 a de la convention du 19 août 1999, telle que modifiée par l'avenant du 2 septembre 1999, a la teneur suivante :

"tranche a CHF 2'000'000,00 : La Banque s'engage à n'exiger le remboursement de cette somme que dans les cas mentionnés ci-dessous sous chiffre 2.3.9 et 2.3.10, soit lors de la vente du capital-actions et soit lors de l'encaissement des produits résultant des procès et elle s'engage d'ores et déjà à abandonner le solde de cette tranche a) après les encaissements précités."

En vertu du chiffre 2.3.9 de la convention, le produit de la réalisation du capital-actions de P._____ SA doit couvrir en premier lieu la tranche a) mentionnée au point 2.3.3, puis d'autres avances consenties

aux actionnaires, le solde étant laissé à leur libre disposition. Cette disposition prévoit également le nantissement du capital-actions de la société à la défenderesse, en garantie de sa créance.

Le chiffre 2.3.10 de la convention stipule que le produit des procès en cours auxquels la société est partie sera cédé à la défenderesse.

Cette convention et son avenant ont donc eu pour but et effet de définir les modalités de remboursement, respectivement d'abandon, d'une créance existante au moment de leur signature.

Par ailleurs, rien ne permet de retenir que les parties auraient eu l'intention de constituer une nouvelle dette, en remplacement de la précédente. La novation ne se présume pas (art. 116 al. 1 CO). Elle ne résulte en particulier pas sans autre de la constitution de sûretés (Piotet, Commentaire romand, no 6 ad art. 116 CO), donc, en l'espèce, notamment pas du nantissement du capital-actions de P. _____ SA.

c) Au moment du dépôt de la demande, les procès mentionnés au chiffre 2.3.10 de la convention étaient terminés et leur produit avait été imputé sur la "tranche a" de la créance de la défenderesse à l'encontre de P. _____ SA, ainsi réduite à un montant de 1'789'965 francs. Selon le chiffre 2.3.3 de l'avenant du 2 septembre 1999, cette somme doit encore être restreinte au produit de la vente du capital-actions.

Le demandeur soutient toutefois que cette vente ne serait plus possible, en raison de l'ouverture de la faillite.

d) Les conséquences de l'ouverture de la faillite pour une société anonyme sont régies par les dispositions du Code des obligations du 30 mars 1911 (RS 220). Celles-ci prévoient que l'ouverture de la faillite dissout la société anonyme (art. 736 ch. 3 CO), qui entre en liquidation (art. 738 CO). Chaque actionnaire a droit, sauf disposition contraire des statuts, à une part proportionnelle du produit de la liquidation (art. 660 al. 2 CO). Cette répartition de l'actif résiduel intervient après paiement des

dettes (art. 745 al. 1 CO). La valeur des actions après le prononcé de la faillite n'est donc pas automatiquement nulle; elle est liée au montant des actifs nets de la société anonyme, à l'issue de sa liquidation.

L'ouverture de la faillite de P._____ SA n'empêche dès lors pas, en soi, la réalisation des actions nanties auprès de la défenderesse. La réalisation forcée de ce capital-actions reste possible, même si les actions sont la propriété des actionnaires et non pas de la faillie. En effet, l'art. 206 al. 1 *in fine* LP permet la poursuite en réalisation de gages appartenant à un tiers durant la liquidation de la faillite. Les poursuivis sont alors le failli personnellement – non la masse – et le tiers propriétaire du gage (ATF 121 III 28 consid. 2b, JT 1997 II 29; Peter, Loi fédérale sur la poursuite et la faillite, p. 895, et les références citées). La défenderesse peut dès lors obtenir la réalisation du capital-actions par ce biais.

L'ouverture de la faillite de P._____ SA n'a ainsi pas rendu impossible la réalisation des actions nanties et n'a pas privé la défenderesse de la faculté d'intenter à cette fin une poursuite en réalisation du gage mobilier en question.

e) Cela étant, la réalisation du gage présente ici la particularité, en raison de l'abandon éventuel de la créance qu'elle déclenche si son produit devait être inférieur à 1'789'965 fr., de déterminer le montant définitif de la créance.

Il s'agit donc d'une créance – dont l'existence n'est pas conditionnelle (cf. supra chiffre III let. b) – qui est assortie d'une remise de la part du montant de la dette dépassant le produit de la réalisation des actions. Les parties ont convenu, dans cette mesure, d'une remise de dette.

Dès lors que le montant exact de la créance n'est pas définitivement connu tant que les actions n'ont pas été réalisées, il se justifie de traiter cette créance dans la faillite de la même manière qu'une créance conditionnelle (ou à terme incertain). Ces créances peuvent,

conformément à l'art. 210 al. 1 LP, être intégralement produites, mais le créancier ne perçoit le dividende y afférent que lorsque la condition (ou le terme incertain) est réalisé. Dans l'intervalle, le cas échéant jusqu'à la prescription de la créance, ou l'écoulement du délai de dix ans de l'art. 269 al. 2 LP, ce dividende est déposé à la caisse des dépôts et consignations (art. 82 al. 2 OAOF; art. 264 al. 3 in fine LP 1; Jeandin/Casonato, Commentaire Romand, Poursuite et faillite, nos 11 ss ad art. 264 LP; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, § 42 no 19; Gilléron, Commentaire LP, n° 22 ad art. 264; le même, Poursuite pour dette, faillite et concordat, nos 1720 et 2082).

On ne saurait inférer de la convention des parties de remise de l'éventuel solde de la créance non couvert par le produit de réalisation des actions que cette créance ne devrait pas être colloquée : cette créance existe et la défenderesse a le droit de faire réaliser le gage qui l'assortit, préalablement à la détermination de l'éventuel dividende afférent à la créance.

Les conclusions prises par le demandeur doivent dès lors être rejetées.

IV. a) En vertu de l'art. 92 CPC-VD (Code de procédure civile du 14 décembre 1996, RSV 270.11), des dépens sont alloués à la partie qui obtient gain de cause. Ceux-ci comprennent principalement les frais de justice payés par la partie, les honoraires et les débours de son avocat (art. 91 let. a et c CPC-VD). Les frais de justice englobent l'émolument de justice ainsi que les frais de mesures probatoires. Les honoraires d'avocat sont fixés selon le tarif des honoraires d'avocat dus à titre de dépens du 17 juin 1986 (TFJC, RSV 270.11.5). Les débours consistent dans le paiement d'une somme d'argent précise pour une opération déterminée (timbres, taxes, estampilles).

b) En l'espèce, les conclusions du demandeur, auxquelles la défenderesse s'était opposée, sont rejetées.

Obtenant gain de cause, la défenderesse R. _____ a droit à de pleins dépens, à la charge du demandeur A.H. _____, qu'il convient d'arrêter à 27'644 fr. (vingt-sept mille six cents quarante quatre francs), savoir :

- a 12'00 fr à titre de participation aux honoraires de
) 0 . son conseil;
- b 600 fr pour les débours de celui-ci;
) .
- c) 15'04 fr en remboursement de son coupon de
4 . justice.

**Par ces motifs,
la Cour civile,
statuant à huis clos,
prononce :**

- I.** Les conclusions prises par le demandeur A.H. _____ contre la défenderesse R. _____, selon demande du 10 novembre 2008, sont rejetées.
- II.** Les frais de justice son arrêtés à 10'251 fr. 50 (dix mille deux cent cinquante-et-un francs et cinquante centimes) pour le demandeur et 15'044 fr. (quinze mille quarante-quatre francs) pour la défenderesse.
- III.** Le demandeur versera à la défenderesse le montant de 27'644 fr. (vingt-sept mille quarante-quatre francs) à titre de dépens.

Le président :

P. Muller

La greffière :

C. Maradan

Du

Le jugement qui précède, dont le dispositif a été communiqué aux parties le 28 mars 2011, lu et approuvé à huis clos, est notifié, par l'envoi de photocopies, aux conseils des parties.

Les parties peuvent faire appel auprès de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal dans les trente jours dès la notification du présent jugement en déposant un appel écrit et motivé. La présente décision doit être jointe à l'appel.

La greffière :

C. Maradan