



POUVOIR JUDICIAIRE

C/12339/2018

ACJC/850/2021

ARRÊT**DE LA COUR DE JUSTICE****Chambre civile****DU MARDI 29 JUIN 2021**

Entre

1) **Monsieur A**_____, domicilié _____ [GE],2) **Monsieur B**_____, domicilié _____ [GE],

recourants à l'encontre d'un jugement rendu par la 17^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 29 juin 2020, comparant tous deux par Me Yama SANGIN, avocat, Lexpro, rue Rodolphe-Toepffer 8, 1206 Genève, en l'Étude duquel ils font élection de domicile,

et

C_____ **SA**, ayant son siège _____, Genève, intimée, comparant par Me Urs SAAL, avocat, Budin & Associés, rue De-Candolle 17, case postale 166, 1211 Genève 12, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 1^{er} juillet 2021 ainsi qu'à l'Office des faillites pour information.

EN FAIT

A. Par jugement JTPI/8461/2020 du 29 juin 2020, le Tribunal de première instance a écarté de l'état de collocation de la masse en faillite de D_____ SA, EN LIQUIDATION, la créance de B_____ actuellement colloquée en 3^{ème} classe pour un montant de 111'641 fr. 80 (ch. 1 du dispositif) et la créance de A_____ actuellement colloquée en 3^{ème} classe pour un montant de CHF 111'641.80 (ch. 2), ordonné à l'Office cantonal des faillites de rectifier l'état de collocation de la masse en faillite de D_____ SA, EN LIQUIDATION en conséquence (ch. 3), mis les frais judiciaires, en 1'750 fr., à la charge de B_____ et A_____ (ch. 4 et 5) et condamné ceux-ci aux dépens de C_____ SA à hauteur de 2'500 fr. (ch. 6), les parties étant déboutées de toutes autres conclusions (ch. 7).

B. a. Par acte expédié au greffe de la Cour de justice le 4 septembre 2020, B_____ et A_____ ont interjeté recours contre ce jugement, qu'ils ont reçu le 6 juillet 2020. Ils concluent, sous suite de frais et de dépens, à son annulation, à ce que les actions en contestation de l'état de collocation de C_____ SA soient rejetées et à ce qu'il soit dit et constaté qu'ils sont créanciers de D_____ SA, EN LIQUIDATION, conformément aux montants colloqués.

Les pièces produites à l'appui du recours correspondent à celles déposées devant le Tribunal par les parties.

b. C_____ SA a conclu, sous suite de frais judiciaires et de dépens, au déboutement de B_____ et A_____ de l'ensemble de leurs conclusions.

c. Par écritures des 19 novembre et 14 décembre 2020, les parties ont persisté dans leurs conclusions.

d. Par avis de la Cour du 17 décembre 2020, les parties ont été informées de ce que la cause était gardée à juger.

C. Les faits pertinents retenus par le Tribunal sont les suivants :

a. D_____ SA, aujourd'hui D_____ SA, EN LIQUIDATION, est une société sise à Genève, dont le but social consistait en l'installation, l'exploitation, la gérance de tous cafés, restaurants, brasseries, tea-rooms bars et autres commerces similaires et notamment la création et l'exploitation de cafés restaurants à l'enseigne "D_____ SA" (ci-après également : la société faillie).

Elle a exploité un bar de nuit dancing (club) sous l'enseigne "Le D_____".

Depuis 2010, les frères B_____ et A_____ ont été inscrits au Registre du commerce en qualité d'administrateurs de D_____ SA (président pour le premier, secrétaire pour le second). Ils demeurent encore actuellement inscrits au Registre

du commerce en cette qualité. En 2013 (année pertinente en l'espèce), ils disposaient chacun d'un pouvoir de signature collective à deux.

b. C_____ SA est une société sise à Genève, dont le but consiste notamment en l'achat, la vente, l'administration et la gestion de participations dans des sociétés ou entreprises commerciales et financières en Suisse et à l'étranger.

Elle est l'unique actionnaire ainsi que créancière de D_____ SA (fait admis).

c. Par jugement du 3 avril 2017, le Tribunal de première instance a prononcé la faillite de D_____ SA.

d. A une date indéterminée, B_____ et A_____ ont chacun produit dans la faillite de D_____ SA une créance de 111'641 fr. 80 relative, selon l'état de collocation, à des "vacances non prises" et des "heures supplémentaires" effectuées. Une collocation en première classe était sollicitée.

e. Le 1er mai 2018, l'Office cantonal des faillites a déposé une première version de l'état de collocation dans la faillite de D_____ SA (faillite n° 1_____). Il en ressort que les productions précitées ont été colloquées intégralement en 3ème classe, soit "sans le privilège du salarié" vu la qualité d'organes de B_____ et A_____.

f. C_____ SA a effectué une production tardive dans la faillite de D_____ SA le 9 mai 2018, qui a ensuite été admise à l'état de collocation.

Le dividende prévisible pour les créanciers de 3ème classe a été estimé par l'Office à 1.41% (courrier de l'Office cantonal des faillites à C_____ SA du 14 mai 2018).

g. Par actes envoyés le 22 mai 2018 au Tribunal de première instance, C_____ SA a agi en contestation de l'état de collocation à l'encontre de B_____ et A_____. Elle a conclu à ce que les créances des deux frères colloquées en 3ème classe pour un montant de 111'641 fr. 80 chacun soient écartées de l'état de collocation de la masse en faillite de la société D_____ SA et à ce que l'état de collocation soit rectifié en conséquence.

C_____ SA a en substance fait valoir que B_____ et A_____ n'avaient jamais été employés de D_____ SA, de sorte qu'ils ne pouvaient prétendre à des indemnités pour vacances non prises ou pour des heures supplémentaires effectuées. Les créances qu'ils avaient produites devaient ainsi être écartées.

h.a. B_____ et A_____ ont répondu par écritures séparées du 28 septembre 2018. Ils ont conclu au rejet des actions et exposé, en substance, ce qui suit :

Ils avaient débuté leur activité liée au divertissement nocturne en 2008 et avaient repris l'exploitation de la société D_____ SA et de sa discothèque "Le D_____" en 2010. Employés de la société, leur rémunération pour la gestion de la discothèque, versée la majeure partie du temps en espèces, avait été jusqu'en 2013 de 10'800 fr. par mois. Ils s'étaient investis "corps et âme sans jamais compter les heures qu'il[s] passai[ent]". Une partie de leurs tâches consistait à négocier, rédiger, signer les contrats de travail des employés de la société, des agents de sécurité et des photographes, à gérer le planning et l'organisation des équipes, à négocier avec des fournisseurs et signer des contrats commerciaux, à gérer les réservations, à gérer l'équipement des employés, le matériel et le fonctionnement du club ainsi que le marketing du club.

En 2013, ils avaient chacun effectué 1'440 heures supplémentaires, n'avaient pris aucun des 25 jours de vacances auxquels ils pouvaient chacun prétendre et avaient tous deux travaillé six jours fériés sans jamais être compensés.

Compte tenu de ces éléments, de leur taux d'activité de 100% à raison de 42 heures par semaine selon contrat, ainsi que des majorations prévues par la loi sur le travail en cas de travail supplémentaire (ci-après : LTr), la société faillie leur devait à chacun un montant total de 138'087 fr. 82, se décomposant comme suit :

- 13'789 fr. 45 à titre d'indemnité pour vacances non prises en 2013, correspondant, selon leurs explications, à "10.64% x 129'600 fr.";
- 4'489 fr. 15 à titre d'indemnité pour les six jours fériés travaillés en 2013 (soit "59 fr. 38 x 1.5 x 6 jours");
- 85'507 fr. 20 pour les 1'440 heures supplémentaires effectuées en 2013 (soit 59 fr. 38 x 1'440);
- 15'199 fr. 60 à titre de "majoration pour le travail supplémentaire effectué en vertu de l'article 13 Ltr"; et
- 19'102 fr. 42 à titre d'intérêts moratoires.

Toutefois, ils n'avaient produit qu'un montant de 111'428 fr. 08.

B_____ et A_____ ont exposé qu'ils avaient eu de la peine à réunir les documents permettant de prouver leur statut de salariés de la société faillie, en raison des circonstances particulières suivantes : la comptabilité de la société était gérée par un comptable qui avait su gagner leur entière confiance et qui effectuait ainsi ses tâches sans requérir leur approbation. Le comptable en question était notamment en charge du paiement des salaires et des charges sociales auprès de E_____. Or, il s'était avéré que le comptable avait détourné "pendant plusieurs

années des fonds au détriment des sociétés du groupe dont notamment la société D_____ SA". Ils avaient déposé plainte pénale à l'encontre du comptable.

La demanderesse était de mauvaise foi lorsqu'elle contestait leur qualité d'employé. Dans le cadre de la procédure pénale consécutive à leur plainte, elle avait, par la voix de son administrateur F_____, expressément confirmé qu'ils percevaient un salaire mensuel de 10'000 fr.

h.b A l'appui de ses allégations, B_____ a versé à la procédure les documents suivants :

- une copie d'un contrat de travail entre lui-même D_____ SA daté du 1er janvier 2013 (cf. pce 2, déf.), qui mentionnait un salaire annuel brut de 69'600 fr., treizième salaire inclus (art. 7 du contrat); selon B_____, sa rémunération avait été plus importante : "en réalité, la rémunération des frères A/B_____ a été arrêtée depuis le début à environ 10'000 fr. par mois par établissement géré. C'est le régime qui a prévalu pour les années 2012 et 2013. Finalement, s'agissant de la société D_____ SA, Monsieur B_____ a déclaré percevoir CHF 10'800.- par mois";

- copie d'un document à l'entête de la caisse de pension E_____ comprenant la liste des salaires annoncés par D_____ SA pour le 3ème et le 4ème trimestre 2013, qui mentionne un salaire brut AVS (arrondi au franc) de 10'800 fr. par mois pour B_____;

- diverses factures G_____ à l'attention de D_____ SA, correspondant au téléphone de service de B_____;

- un tableau intitulé "Contrôle des présences et du travail", daté du 2 mars 2018, aux termes duquel B_____ avait effectué, en 2013, 120 heures supplémentaires chaque mois, n'avait pris aucune vacance et avait travaillé six jours fériés. En bas de ce tableau, à la suite de la date manuscrite du "2 mars 2018" figurent sous les rubriques "Signature de l'employé" et "Signature de l'employeur" les signatures de B_____ d'une part, et de A_____ d'autre part;

- une copie caviardée d'un procès-verbal d'audition de F_____, administrateur de C_____ SA, établi dans le cadre d'une procédure pénale;

- une copie caviardée d'un procès-verbal d'audition de H_____, laquelle était selon les défendeurs l'administratrice de I_____ HOLDING SA, actionnaire à 20% de C_____ SA. Dans les extraits non caviardés du procès-verbal, cette dernière indique notamment ce qui suit :

"Les administrateurs ne touchaient pas de rémunération. Il n'était pas question de jetons de présence ou d'honoraires. Au moment de la création de C_____,

A_____ et B_____ touchaient déjà 10'000 fr. par mois chacun de D_____ SA sous forme de salaire ou d'honoraires. Le 14 janvier 2014, B_____ a envoyé un email aux actionnaires I_____ et J_____ pour évoquer leurs rémunérations. Il indique que des charges fixes de 10'000 fr. par administrateur et par établissement risquent de peser lourd sur les exploitations à venir. Il propose aux actionnaires de passer à une rémunération qu'il qualifie tantôt de salaire, tantôt d'honoraires, à 8% du chiffre d'affaires en 2014, 9% en 2015 et 10% en 2016. [...] I_____ HOLDING n'a jamais validé ce système de rémunération. Nous pensions quant à nous à l'époque que D_____ SA et K_____ pouvaient se permettre des charges de gérances de 20'000 fr. par mois chacune en faveur des frères A/B_____ "

h.c A_____ a versé à la procédure, en plus de certains documents déjà fournis par son frère, les documents suivants :

- copie d'un courrier de la caisse E_____ Caisse de compensation lui transmettant à fin août 2011 son nouveau certificat d'assurance AVS/AI (cf. pce 2, déf.);
- copies d'une "feuille-accident LAA" et d'une "feuille de pharmacie LAA" à l'entête de l'assurance L_____, aux termes desquelles A_____ est désigné comme employé de D_____ SA. Ces documents ne sont ni datés ni signés;
- copie de l'autorisation que le Service du commerce de la République et Canton de Genève lui avait délivré le 6 septembre 2010, l'autorisant à exploiter le dancing "Le D_____";
- des pièces visant à démontrer qu'il était bel et bien actif au sein de D_____ SA;
- un tableau intitulé "Contrôle des présences et du travail", en tout point identique à celui versé par son frère, si ce n'est que sa signature figurait cette fois-ci à l'emplacement "Signature de l'employé" et celle de son frère sous la rubrique "Signature de l'employeur".

i. Lors de l'audience du 29 novembre 2018, le Tribunal a ordonné la jonction des deux causes, C/12339/2018 et C/2_____/2018, sous le numéro de cause C/12339/2018.

Le conseil commun des frères A/B_____ a versé à la procédure un nouveau bordereau de pièces contenant, notamment, le courriel du 14 janvier 2014 évoqué par H_____ lors de son interrogatoire. Celui-ci, rédigé par B_____, se lit comme suit :

"Le groupe s'agrandit et nos rémunérations fixes risquent de peser lourd sur des exploitations à venir au CA inférieur du D_____ restaurant et D_____ Club.

Nous vous rappelons qu'il a été convenu 10'000.- chf brut par administrateur par établissement, soit CHF 40'000 chf par mois pour les deux.

Nous vous proposons de les adapter en fonction du CA généré sur l'année comptable et ce à hauteur de 8% pour 2014, de 9% pour 2015, de 10% pour 2016.

Cette proposition est faite sur une base inférieure au salaire versé actuellement compte tenu des nouvelles charges et notre volonté de répondre à un remboursement de créances d'actionnaires rapidement".

j. A l'audience du Tribunal du 13 février 2019, A_____ a expliqué que lorsque lui-même et son frère avaient repris l'établissement en 2010 [soit la discothèque le D_____], celui-ci était fermé depuis deux ans. Il avait donc fallu refaire tout un travail de reconstruction d'image. C'était un travail de longue haleine car le fait de reconstruire la clientèle impliquait de leur part d'être présents à des cocktails ou à des galas, comme le festival de Cannes ou encore Monaco, ce aux fins de faire prospérer la marque et de ramener de la clientèle. Il leur était arrivé de participer à des évènements, par exemple à des anniversaires organisés par leurs clients, voire pour leurs enfants. Ils commençaient leur travail entre 8h30 et 9h30 pour le terminer aux alentours de 20 heures / 21 h du lundi au mercredi. La pause de midi était prise avec les clients. Les week-ends, soit du jeudi au samedi, ils enchaînaient les heures de bureau avec une présence sur place jusque vers cinq à six heures du matin. Il était exact qu'ils avaient le dimanche de libre. Ils travaillaient les jours fériés et ne prenaient pas de vacances. Il s'agissait d'un sacrifice dans la mesure où il fallait tout rebâtir ces premières années.

Lui-même et son frère ne chronométraient pas leurs heures, mais ils savaient qu'ils effectuaient entre 12 et 14 heures par jour. Si, sur les tableaux intitulés "Contrôle de présences et du travail", le nombre d'heures supplémentaires par mois était toujours le même (120 heures; le tribunal précise), c'était en raison du fait qu'il s'agissait d'une moyenne. C'était au moment où ils avaient connu leur planning qu'ils avaient décidé du nombre de 120 heures. Cela devait être à la fin de l'année 2012, car ils connaissaient alors leur présence sur les différents sites. Pour leurs activités à l'extérieur, notamment au festival de Cannes ou au Grand prix de Monaco, ils calculaient le même nombre d'heures de travail que celles passées à Genève, étant précisé qu'il s'agissait d'une activité de représentation.

Il était exact qu'ils recevaient leur salaire en espèces. C'était là le système qu'avait mis en place leur comptable. C'était le même comptable qui avait commis des détournements d'argent. A_____ ne savait pas si leurs prétentions avaient été inscrites en son temps au bilan de la société faillie. Ils n'avaient pas payé les charges sociales sur leur créance.

Pour B_____, les tableaux intitulés "Contrôle de présences et du travail" que lui-même et son frère avaient versés à la procédure avaient été remplis au fur et à mesure en 2013. S'ils n'avaient été signés qu'en 2018, c'était en raison, d'une part, des désordres administratifs causés par l'ancien comptable qui avait détourné plusieurs millions de la société et, d'autre part, afin d'éviter de confectionner un faux dans les titres. Il était exact que lui-même et son frère avaient chacun signé le tableau relatif à l'autre. Si les tableaux étaient strictement identiques (même nombre d'heures supplémentaires, mêmes vacances à récupérer), c'était en raison du fait qu'ils travaillaient toujours ensemble arrivant ensemble sur le lieu de travail, rencontrant ensemble les clients et repartant ensemble du lieu de travail. Il était exact que lui-même et son frère remplissaient les tableaux au fur et à mesure, mais de manière irrégulière. Cela pouvait être chaque mois, puis plus rien pendant 3 mois. Le fait que le nombre d'heures supplémentaires par mois indiquées dans les tableaux était toujours identique tenait au calcul suivant : en prenant en compte les horaires décrits par son frère, on arrivait à 87 heures par semaine, soit un total de 4'524 heures travaillées sur l'année (52 semaines). Sur celles-ci, 2'184 heures avaient été payées sur la base du contrat de travail qui prévoyait 42 heures de travail hebdomadaires. Restait un solde de 2'340 heures, dont ils avaient retranché 900 heures consacrées à d'autres activités sur d'autres sites. Restait un solde de 1'440 heures pour l'année, soit 120 heures par mois. Il s'agissait d'une moyenne.

Il était exact que lui-même et son frère occupaient une fonction dirigeante. S'il n'avait pas réclamé le montant figurant aujourd'hui à l'état de collocation avant la faillite de la société, cela tenait à ce qu'ils entretenaient encore entre 2013 et 2016 des relations aimables avec leurs ex-partenaires. Au moment de la faillite, ils avaient toutefois estimé qu'il n'était pas juste qu'ils ne soient pas rétribués et avaient décidé de procéder dans les règles de l'art en annonçant leur créance à l'Office des faillites. Le montant exact qu'il estimait lui être dû pour les heures supplémentaires et les vacances non prises se chiffrait à 96'013 fr., à savoir 111'641 fr. 80 avec les intérêts.

k. Lors de l'audience du 18 avril 2019, F_____, administrateur de C_____ SA, a indiqué qu'il ne pouvait pas dire si les frères A/B_____ avaient été employés de la société D_____ SA. Il avait effectivement été convenu qu'ils perçoivent une rémunération en tant qu'administrateurs, opérateurs de l'établissement, sans qu'il puisse dire sous quelle forme. Les modalités avaient été décidées par les intéressés. Lui-même n'avait jamais vu de document écrit, de contrat de travail. F_____ a confirmé avoir tenu les déclarations suivantes (effectuées dans le cadre d'une procédure pénale) :

- "S'agissant de la rémunération, à l'époque, en 2009, la rémunération était de CHF 10'000.- par mois pour B_____ et CHF 10'000.- par mois pour A_____ qui étaient payés par D_____ SA. Ils étaient soumis aux charges sociales usuelles. Ils avaient droit à CHF 120'000.- chacun par année [...] A ma

connaissance, il n'y a pas eu de changement de rémunération lorsque C_____ SA a été créée en août 2012. Une fois que le D_____ restaurant a ouvert, ils ont eu une rémunération identique pour gérer le D_____ restaurant, soit CHF 120'000,- chacun et par année pour gérer cet établissement."

- "Tout au départ, avant que C_____ ne soit créé, B_____ et A_____ percevaient un salaire de CHF 10'000.- par mois chacun, pour la gestion de D_____ SA. A l'intégration du K_____ dans C_____, pour cet autre établissement, ils ont touché la même rémunération, soit CHF 10'000 chacun pour le D_____ RESTAURANT. Il n'y a pas eu de grande discussion à ce sujet, cela a été accepté tant par les H_____ que par mon frère et moi. Nous avons besoin d'un investissement à 200% dans l'activité. Dans un premier temps, leur rémunération a été fixée ainsi. Sur question, nous n'avons jamais vu de document au sujet de leur rémunération. C'est eux qui nous ont proposé cela et les H_____ et nous l'avons validé oralement. Pour mon frère et moi, il s'agissait de salaires versés par D_____ SA et par K_____. Sur question, il va de soi que les cotisations sociales devaient être retenues sur ces montants."

l.a. M_____, entendu comme témoin par le Tribunal le 29 août 2019, avait été le directeur de C_____ SA de juillet 2012 à avril 2015. Il avait été engagé par les frères A/B_____, qui lui avaient dit, lorsqu'il avait négocié son salaire, que le leur était de l'ordre de 10'000 fr. Les frères A/B_____ étaient présents "tout le temps" du lundi au samedi et même parfois le dimanche, même si le club était fermé. Ils étaient là plus souvent que lui-même, qui était quand même le directeur général de la société. S'il devait quantifier le nombre d'heures supplémentaires effectuées par les frères A/B_____, il dirait que leur nombre était très important avec des journées de travail de l'ordre de 12 à 15 heures, voire 16 heures. Le nombre de 1'440 heures supplémentaires pour la seule année 2013 lui paraissait possible. Il ne les avait jamais vu prendre de vacances. Il était exact que les employés rapportaient leurs heures de travail dans un fichier Excel. Les employés y répertoriaient tous les jours travaillés. C'était lui qui remplissait ce fichier, mais uniquement pour les employés et pas pour ses patrons.

Au sujet des horaires de travail, M_____ a indiqué que les frères A/B_____ avaient forcément accumulé des heures supplémentaires puisque lui-même arrivait vers 9h00 et ses patrons entre 8h30 et 09h30. Ils restaient jusque vers 20h00 - 21h00, et bien plus tard les jeudis, vendredis et samedis lorsque le club était ouvert. La soirée pouvait durer jusque vers 05h00 06h00 le lendemain matin. Il avait lui-même effectué des heures supplémentaires, qu'il avait récupérées en jours de congé, étant précisé qu'il était remplacé à ces occasions par les frères A/B_____.

l.b Le témoin N_____, entendue le 13 novembre 2019, avait été engagée au D_____ en tant que cheffe de rang en décembre 2010. Elle y travaillait à 50%

mais ses horaires de travail étaient désormais de 11h à 15h (elle travaillait au restaurant). Elle rendait toujours compte aux frères A/B_____.

De 2010 à 2017, elle avait travaillé au club, qui était le premier établissement du groupe, du jeudi au samedi, traditionnellement de 22h00 à 05h00 du matin. A_____ et B_____ géraient tout dans la mesure où il n'y avait ni "management" ni directeur. Ils étaient présents environ 15 à 18 heures par jour. Elle ne les avait jamais vu prendre de vacances, étant précisé qu'elle ne pouvait pas se prononcer pour les périodes où elle-même était en vacances. Elle ne pensait pas qu'ils prenaient des jours fériés, car il leur était arrivé de travailler ensemble le soir de Noël. Elle ne savait pas si les frères A/B_____ avaient ou non le statut d'employés. Pour elle, il s'agissait de ses patrons. Elle ne savait pas s'ils rendaient des comptes à quelqu'un de hiérarchiquement supérieur.

m. Pour le Tribunal, il n'était pas nécessaire de déterminer si A_____ et B_____ avaient été liés à la société faillie par un contrat de travail. En effet, les intéressés n'avaient pas été en mesure d'expliquer leurs prétentions, en articulant un calcul permettant de soutenir leurs prétentions, et n'avaient pas établi, ne serait-ce que de manière approximative, le nombre d'heures effectuées. En particulier, les tableaux "contrôle des présences de travail" avaient été signés par les intéressés eux-mêmes, cinq ans après la période litigieuse et après l'ouverture de la faillite de la société. De plus, A_____ et B_____ avaient déclaré en audience que les heures indiquées sur ces tableaux correspondaient à une moyenne forfaitaire (identique pour les deux frères), de sorte que ces pièces n'étaient pas probantes.

Les intéressés n'avaient pas fourni des indications claires et précises sur leur emploi du temps et il résultait des pièces au dossier que leur rémunération était de 20'000 fr. par mois chacun pour une activité déployée au sein de deux établissements, de sorte qu'ils ne travaillaient pas uniquement pour la faillie.

EN DROIT

- 1.** **1.1** Dans les affaires patrimoniales, l'appel est recevable contre les décisions de première instance si la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 et 2 CPC). Le recours est recevable contre les décisions de première instance qui ne peuvent pas faire l'objet d'un appel (art. 319 let. a CPC).

Dans l'action en contestation de l'état de collocation, la valeur litigieuse n'équivaut pas au montant de la créance à colloquer. En effet, elle se détermine en fonction du dividende probable qui devrait revenir à la prétention litigieuse, soit en fonction du gain possible du procès (ATF 138 III 675 consid. 3.1; 135 III 545 consid. 1). L'estimation du dividende probable, déterminé par l'administration de

la faillite, lie le juge saisi de l'action en contestation de l'état de collocation (ATF 138 III 675 consid. 3.2.2).

En l'espèce, le dividende prévisible afférent aux créances contestées (2 x 1.41% de 111'428 fr. 08) ne dépasse pas 10'000 fr., de sorte que seule la voie du recours est ouverte.

Interjeté dans le délai de trente jours et suivant la forme prévue par la loi (art. 130, 131 et 321 al. 1 et 3 CPC), le recours est recevable.

1.2. Dans le cadre d'un recours, la Cour doit conduire son raisonnement juridique sur la base des faits retenus par le premier juge et ne peut s'en écarter que s'ils ont été établis de façon manifestement inexacte, ce qui correspond à la notion d'arbitraire (art. 320 CPC). Autrement dit, l'appréciation des preuves par le premier juge ne peut être revue par la Cour que si le juge n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, s'il a omis, sans raison sérieuse, de tenir compte d'un fait important propre à modifier la décision attaquée ou encore si, sur la base des éléments recueillis, il a fait des déductions insoutenables (ATF 137 I 58 consid. 4.1.2; 136 III 552 consid. 4.2).

Il appartient dès lors au recourant de motiver en droit son recours et de démontrer l'arbitraire des faits retenus par l'instance inférieure (HOHL, Procédure civile, tome II, 2010, n° 2513 à 2515; CHAIX, Introduction au recours de la nouvelle procédure fédérale, in SJ 2009 II p. 264 et 265, n° 16 et 20).

- 2.** **2.1** L'action en contestation de l'état de collocation selon l'art. 250 LP est une action de droit des poursuites avec effet réflexe de droit matériel (ATF 133 III 386, cons. 4.3.3, et les références citées). Elle a pour but de déterminer la masse passive, c'est-à-dire celle des créances qui participent à la répartition du patrimoine du débiteur failli, en fonction de leur existence, de leur montant, de leur rang et d'éventuels privilèges. L'action en contestation de l'état de collocation a pour seul but de corriger l'état de collocation et n'a pas davantage d'effet de chose jugée en dehors de la procédure de faillite que l'état de collocation lui-même. Le rapport d'obligation en tant que tel - entre le débiteur et le créancier - n'est ainsi pas déterminé de manière définitive. L'existence d'une créance est certes soumise à l'appréciation du juge, mais n'est pas l'objet d'un jugement définitif (ATF 133 III 386, cons. 4.3.3, et les références citées). Ce n'est qu'à titre préjudiciel que la question de l'existence et de l'étendue de la créance concernée fait l'objet d'un examen au fond fondé sur le droit matériel (Jaques, Commentaire romand, Poursuite pour dettes et faillite, 2005, n° 1 ad art. 250 LP).

Qu'elle soit dirigée contre la masse (al. 1) ou contre un intervenant (al. 2), l'action en contestation permet la modification de la collocation des droits inscrits dans l'état de collocation ou des charges, tant du point de vue de leur montant que de leur rang ou - pour les créances garanties par un gage immobilier - de leur

exigibilité. La contestation doit viser une question de droit matériel (Jaques, *op. cit.*, n° 2 ad art. 250 LP).

2.1.2 Le fardeau de la preuve incombe au titulaire du droit qui fait l'objet de la contestation (art. 8 CC) : le demandeur dans l'action contre la masse (art. 250 al. 1 LP), le défendeur dans celle opposant deux intervenants (art. 250 al. 2 LP). L'action en contestation de l'état de collocation est donc une action provocatoire (ou "de jactance").

2.2.1 La qualification juridique d'une relation comme contrat de travail n'est pas laissée à la libre appréciation des parties mais dépend des circonstances matérielles et objectives de la relation contractuelle (CAPH/128/2005 du 6 juin 2005).

Selon l'article 320 CO, le contrat de travail n'est soumis à aucune forme spéciale, sauf disposition contraire de la loi.

Par le contrat de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur, et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni. Le contrat de travail est ainsi caractérisé par les quatre critères suivants : la prestation personnelle de travail, la rémunération, la mise à disposition par le travailleur de son temps pour une durée déterminée ou indéterminée, et l'existence d'un rapport de subordination (AUBERT, CR-CO, n° 1 ad art. 319 CO).

La relation juridique liant un membre du conseil d'administration d'une société anonyme à cette dernière peut être qualifiée, selon les cas, de contrat de travail, de contrat de mandat, ou de contrat innomé analogue au mandat (ATF 121 I 259 c. 3a).

La distinction dépend alors essentiellement des critères suivants : le contrôle économique exercé ou non sur la personne morale, l'existence d'un rapport de subordination juridique, le temps de travail convenu (à temps complet, à temps partiel ou à la tâche), et le mode de rémunération (CAPH/128/2005 du 6 juin 2005).

2.2.2 En droit du travail, il incombe au travailleur de prouver qu'il a effectué les heures supplémentaires au sens de l'art. 321c CO et de prouver la quotité des heures dont il demande la rétribution (art. 8 CC; ATF 129 III 171 consid. 2.4; arrêts du Tribunal fédéral 4A_28/2018 du 12 septembre 2018 consid. 3; 4A_482/2017 du 17 juillet 2018 consid. 2.1). S'il n'est pas possible d'établir le nombre exact d'heures effectuées, le juge peut, par application analogique de l'art. 42 al. 2 CO, en estimer la quotité. Si l'art. 42 al. 2 CO allège le fardeau de la preuve, il ne dispense pas le travailleur de fournir au juge, dans la mesure raisonnablement exigible, tous les éléments constituant des indices du nombre

d'heures supplémentaires accomplies (ATF 133 III 462 consid. 4.4.2; 122 III 219 consid. 3a; arrêt du Tribunal fédéral 4A_482/2017 précité consid. 2.1). La conclusion selon laquelle les heures supplémentaires ont été réellement effectuées dans la mesure alléguée doit s'imposer au juge avec une certaine force (arrêt du Tribunal fédéral 4A_484/2017 du 17 juillet 2018 consid. 2.3 et les références citées).

2.2.3 Selon la jurisprudence, à défaut d'une réglementation expresse du temps de travail, les cadres supérieurs ne peuvent prétendre à une indemnisation des heures supplémentaires effectuées que lorsqu'ils se voient confier des tâches excédant leur cahier des charges, ou lorsque l'ensemble du personnel a dû fournir un nombre conséquent d'heures supplémentaires pendant une certaine durée. Cela étant, l'art. 321c CO s'applique aussi aux cadres supérieurs dans la mesure où leur horaire a été expressément défini par le contrat (ATF 129 III 171 consid. 2.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A_172/2012 du 22 août 2012 consid. 4.3.2).

En principe, un cadre dirigeant ne peut donc prétendre à la rémunération des heures supplémentaires, car il a la liberté de répartir son travail et le surcroît de travail est compensé par un salaire de base plus élevé. Cette règle ne vaut cependant pas lorsque, dans le contrat de travail, les parties ont expressément prévu une indemnisation des heures supplémentaires ou une durée déterminée de travail, pour autant que, dans ce dernier cas, les parties n'aient pas exclu par écrit la rémunération des heures supplémentaires, conformément à l'art. 321c al. 3 CO. Selon la doctrine, il faut dénier à un cadre qui dispose non seulement d'une autonomie dans la gestion de son temps, mais également de la responsabilité d'organiser le travail et les horaires au sein de la structure, la possibilité de réclamer des heures supplémentaires; en raison de la délégation ou de l'attribution de pouvoir d'organiser le temps de travail au sein de leur équipe, ils doivent également organiser leur propre travail de manière à ne pas effectuer d'heures supplémentaires (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4ème éd. 2019, p. 144 et suivantes).

2.3 En l'espèce, avec le Tribunal, il convient de retenir que la question de savoir si les recourants étaient liés à la société faillie par un contrat de travail ou pas souffre de rester indécise. En effet, quand bien même l'existence de rapports de travail devait être admise, force est de constater que les recourants occupaient au sein de l'entreprise une fonction dirigeante élevée, comme ils l'ont eux-mêmes reconnu. En plus d'être membres du conseil d'administration de la société, avec signature collective à deux, les recourants n'étaient pas soumis à un horaire de travail fixe et avaient le pouvoir d'organiser leur activité. Ils étaient d'ailleurs considérés les patrons, de sorte que pour cette raison déjà ils ne sauraient prétendre à une indemnisation des heures supplémentaires.

Les recourants n'ont produit ni des documents écrits fiables formalisant les contours de leur activité, ni des fiches ou attestations de salaire. Le contrat produit, intitulé contrat de travail, fait référence à l'activité d'administrateur d'un des deux frères et mentionne une rémunération de moins de 6'000 fr. par mois, laquelle est largement inférieure à celle que l'intéressé affirme avoir reçue (de l'ordre de 10'000 fr. par mois), de sorte que cette pièce n'est pas probante.

Les recourants n'ont pas non plus fourni des indices suffisants permettant de déterminer, ne serait-ce que de manière approximative, leurs horaires de travail effectifs et le nombre d'heures supplémentaires qu'ils auraient accomplies en 2013 pour le compte de la société faillie. Leur allégation selon laquelle ils auraient accompli chacun exactement 120 heures supplémentaires par mois, ne repose sur aucun élément concret. Il est par ailleurs très improbable que les deux frères aient eu le même emploi du temps.

Les tableaux "contrôle des présences et du travail", datés du 2 mars 2018, sont largement postérieurs à 2013 et ont été signés par les recourants eux-mêmes alors que la faillite de la société avait déjà été prononcée, de sorte qu'ils ne sont pas probants.

Selon les éléments du dossier, en 2013, les recourants étaient actifs aussi bien au sein du club, appartenant à la faillie, qu'au sein du restaurant, ayant la même enseigne mais appartenant à une autre société (K_____). Ils étaient censés être rémunérés pour les deux activités, à raison de 10'000 fr. chacun par mois et par établissement.

Aussi, quand bien même les recourants auraient effectivement travaillé 12 à 14 heures par jour, comme ils l'ont allégués devant le premier juge, rien n'établit qu'ils l'auraient fait exclusivement pour le compte du club et non pas du restaurant, leur rémunération identique suggérant qu'ils étaient censés s'investir de manière équivalente dans les deux exploitations.

Eu égard à ces considérations et alors qu'ils ont le fardeau de la preuve, les recourants n'ont pas fourni d'indices suffisants permettant d'établir, même de manière approximative, le nombre d'heures supplémentaires qu'ils auraient accomplies, de sorte que, même sous l'angle de l'art. 42 al. 2 CO, leurs prétentions doivent être rejetées, ce raisonnement valant aussi pour les autres prétentions.

Le jugement entrepris sera donc confirmé en tant qu'il a écarté de l'état de collocation les productions des recourants.

Mal fondé, le recours sera ainsi rejeté.

3. Les frais judiciaires du recours, arrêtés à 1'200 fr. (art. 95 al. 1 et 2, 104 al. 1, 105 et 106 al. 1 CPC; art. 17 et 35 RTFMC), seront mis à la charge des recourants qui

succombent (art. 106 al. 1 CPC) et partiellement compensés avec l'avance de frais de 600 fr. effectuée par eux, qui reste acquises à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC). Les recourants seront ainsi condamnés à verser 600 fr. à l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire, à titre de frais judiciaires de recours.

Ils seront aussi condamnés, solidairement entre eux, aux dépens de recours de leur partie adverse, arrêtés à 2'000 fr., TVA et débours compris (art. 85 et 88 RTFMC; art. 25 et 26 LaCC).

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre civile :**

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté le 4 septembre 2020 par A_____ et B_____ contre le jugement JTPI/8461/2020 rendu le 29 juin 2020 par le Tribunal de première instance dans la cause C/12339/2018.

Au fond :

Le rejette.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires du recours à 1'200 fr., les met à la charge A_____ et B_____, solidairement entre eux, et dit qu'ils sont partiellement compensés par l'avance effectuée, laquelle demeure acquises à l'Etat.

Condamne A_____ et B_____, solidairement entre eux, à verser 600 fr. à l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire, au titre de frais judiciaires de recours.

Condamne A_____ et B_____, solidairement entre eux, à verser à C_____ SA la somme de 2'000 fr. à titre de dépens de recours.

Siégeant :

Madame Jocelyne DEVILLE-CHAVANNE, présidente; Madame Verena PEDRAZZINI RIZZI, Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, juges; Madame Jessica ATHMOUNI, greffière.

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF inférieure à 30'000 fr.