



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1483/2021-CS

DCSO/468/21

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre de surveillance
des Offices des poursuites et faillites

DU JEUDI 2 DECEMBRE 2021

Plainte 17 LP (A/1483/2021-CS) formée en date du 30 avril 2021 par A_____, élisant domicile en l'étude de Me Edouard Faillot, avocat.

* * * * *

Décision communiquée par courrier A à l'Office concerné
et par plis recommandés du greffier du _____
à :

- **A_____**
c/o Me FAILLOT Edouard
Faerus SA
Rue De-Candolle 16
1205 Genève.

 - **ADMINISTRATION SPÉCIALE DE LA
FAILLITE DE B_____ SA, EN LIQUIDATION**
p.a. REGO AVOCATS
Me P. PIRKL et M. D. GROSBETY
Esplanade de Pont-Rouge 4
Case postale
1211 Genève 26.
-

EN FAIT

A. a. B_____ SA a été déclarée en état de faillite le _____ 2020.

b. A_____, président du conseil d'administration de la faillie de 1^{er} janvier 2015 au 30 juin 2019, a produit une créance de 813'753 fr. 03 par courrier adressé le 14 septembre 2020 à l'Office cantonal des faillites (ci-après l'Office).

Ce montant représentait le solde impayé, entre 2017 et 2019, de sa rémunération convenue sous forme d'honoraires forfaitaires et de défraiement.

A l'appui, il a produit : un premier contrat signé entre les parties le 1^{er} juin 2016, fixant sa rémunération avec rétroactif au 1^{er} janvier 2015 à 100'000 fr. par an en espèces et 100'000 fr. en nature (remise de pièces de joaillerie), plus le remboursement de ses frais; un second contrat souscrit par les parties le 23 juin 2017, avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2017, arrétant la rémunération de l'intéressé à 200'000 fr. par an en espèces et 100'000 fr. par an en nature, plus le remboursement de ses frais.

A_____ précisait ne jamais avoir été actionnaire de la société ni avoir jamais été rémunéré par l'actionnaire de référence de la société, auquel il n'était pas lié.

c. La liquidation de la faillite a été confiée à une administration spéciale par la première assemblée des créanciers du 18 septembre 2020.

d. L'administration spéciale de la masse en faillite de B_____ SA, EN LIQUIDATION (ci-après l'administration spéciale) a inscrit la créance de A_____ à l'état de collocation, mais l'a rejetée par une décision mentionnée en marge, dont la teneur était la suivante : "*cf. art. 678 al. 2 et 679 CO*".

e. L'administration spéciale a communiqué à A_____ l'extrait de l'état de collocation le concernant, avec la décision susmentionnée, par courrier recommandé du 19 avril 2021.

f. L'état de collocation a été déposé le 20 avril 2021.

B. a. Par acte déposé le 30 avril 2021 au greffe de la Chambre de surveillance des Offices des poursuites et faillites (ci-après la Chambre de surveillance), A_____ a conclu à l'annulation de la décision de collocation du 19 avril 2021 relative à sa créance produite dans la faillite de B_____ SA – au motif qu'elle n'avait pas fait l'objet d'un examen préalable sérieux et n'était pas clairement motivée –, à ce que l'administration spéciale prenne et lui communique une nouvelle décision de collocation ayant fait l'objet d'un examen sérieux et motivée de manière à lui permettre de la contester.

A l'appui, il soutenait que les art. 678 al. 2 et 679 CO ne pouvaient s'appliquer concurremment de sorte que la motivation retenue pour écarter sa créance était incohérente. Par ailleurs, l'art. 679 CO ne pouvait trouver application puisqu'il ne visait que le versement de tantièmes; or, le plaignant était rémunéré sous la forme d'honoraires forfaitaires. Finalement, la décision de l'administration spéciale n'examinait pas du tout les conditions d'application de l'art. 678 al. 2 CO, soit la disproportion manifeste entre les services rendus et la rémunération requise ou la disproportion manifeste entre la prestation promise par la société et la situation économique de cette dernière; or, en l'occurrence, la liquidation de la société permettait non seulement de régler les créances admises à l'état de collocation, mais également de rembourser 3'000'000 fr. aux actionnaires, ce qui signifiait que la situation économique de la société ne permettait pas de soutenir une disproportion au sens de l'art. 678 al. 2 CO.

b. Dans ses observations du 18 mai 2021, l'administration spéciale a conclu à l'irrecevabilité de la plainte au motif que faute d'avoir déposé devant le juge une action en contestation de l'état de collocation dans les vingt jours suivant son dépôt, pour préserver ses droits, le plaignant était forclo pour contester l'état de collocation puisqu'il n'avait pas assorti sa plainte d'une requête d'effet suspensif.

L'administration spéciale concluait subsidiairement au rejet de la plainte sur le fond, considérant que la motivation du rejet de la créance produite par le plaignant était suffisante au vu des réquisits des art. 58 al. 2 et 68 OAOF, le texte des dispositions légales citées étant accessible sur internet.

c. Le plaignant a répliqué le 19 mai 2021 et allégué avoir déposé une action en contestation d'état de collocation devant le Tribunal de première instance (ci-après le Tribunal) le 10 mai 2021, preuves à l'appui. Il a par ailleurs contesté que la plainte soit irrecevable. Pour le surplus, il persistait dans l'argumentation d'ores et déjà développée.

d. Le greffe la Chambre de surveillance a informé les parties par courrier du 3 juin 2021 que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

- 1. 1.1.1** La Chambre de surveillance est compétente pour statuer sur les plaintes formées en application de l'article 17 al. 1 LP (art. 13 LP; art. 125 et 126 al. 2 let. c LOJ; art. 6 al. 1 et 3 et 7 al. 1 LaLP) contre les mesures de l'Office ne pouvant être contestées par la voie judiciaire. L'autorité de surveillance doit par ailleurs constater, indépendamment de toute plainte et en tout temps (ATF 136 III 572 consid. 4), la nullité des mesures de l'Office contraires à des dispositions édictées dans l'intérêt public ou dans l'intérêt de personnes qui ne sont pas parties à la procédure (art. 22 al. 1 LP).

1.1.2 La plainte doit être déposée, sous forme écrite et motivée (art. 9 al. 1 et 2 LaLP; art. 65 al. 1 et 2 LPA, applicable par renvoi de l'art. 9 al. 4 LaLP), dans les dix jours de celui où le plaignant a eu connaissance de la mesure entreprise (art. 17 al. 2 LP). Elle peut également être déposée en tout temps en cas de nullité de l'acte contesté (art. 22 al. 1 LP).

La plainte contre l'état de collocation doit être déposée dans les dix jours dès la publication de son dépôt (JAQUES, Commentaire Romand, Poursuites et faillite, 2005, n° 60 ad art. 247 LP, n° 19 et 21 ad art. 250 LP).

1.1.3 En application de l'art. 248 LP, l'état de collocation indique les créances qui ont été écartées et les motifs de cette mesure. Aux termes de l'art. 58 al. 2 OAOF, la décision de l'Office sur une production figurant dans l'état de collocation est sommairement motivée.

1.1.4 La voie de la plainte est ouverte à tout créancier contre un état de collocation imprécis, inintelligible, ou entaché de vices de forme ou encore lorsque certaines prescriptions de procédure gouvernant l'établissement de tels actes n'ont pas été observées, avec incidence de droit matériel (ATF 103 III 13 consid. 2 = JdT 1979 II 34; arrêts du Tribunal fédéral 5A_709/2015 du 15 janvier 2016 consid. 4.1, 5A_329/2012 du 5 septembre 2012 consid. 4.4; REY-MERMEY, Commentaire Romand, Poursuite et faillite, 2005, n° 1 et 2 ad art. 148 LP).

Les décisions en matière de collocation qui ne sont pas claires et univoques, soit celles qui ne permettent pas de savoir si une créance produite est admise ou non, sont entachées de nullité – invocable en tout temps (art. 22 al. 1 LP) par le biais d'une plainte – car elles créent une incertitude sur le point de savoir qui devrait, le cas échéant, ouvrir action en contestation de l'état de collocation et, en outre, elles ne constituent pas une base suffisante pour procéder à la distribution des deniers (ATF 103 III 13 consid. 2 = JdT 1979 II 34; 99 III 66 consid. 2 = JdT 1975 II 22; 96 III 74 consid. 2 = JdT 1971 II 2; ATF 85 III 93 consid. 2, JdT 1959 II 114; JAQUES, *op. cit.*, n° 60 ad art. 247 LP, n° 21 ad art. 250 LP). De même, l'absence de décision sur un droit à colloquer d'office ou qui résulte des registres ou encore le refus durable de statuer sur une production (déli de justice ou retard injustifié – art. 17 al. 3 LP) ouvrent la voie à la plainte (JAQUES, *op. cit.*, n° 21 ad art. 250 LP). A titre d'exemple, la motivation "*la prétention est écartée car infondée*" a été jugée insuffisamment explicite et nulle (ATF 38 I 228 consid. 3).

Des problèmes de droit matériel liés à l'existence, au montant, au rang, ou à l'exigibilité d'un droit porté à l'état de collocation sont en principe irrecevables dans le cadre d'une plainte, ces griefs devant être soumis au juge par l'action en contestation de l'état de collocation de l'art. 250 LP, qu'elle soit dirigée contre la masse (al. 1) ou contre un intervenant (al. 2) (cf. ATF 105 III 122 consid. 4,

JdT 1981 II 75 et les réf.; 93 III 84 consid. 2, JdT 1968 II 39; JAUQUES, *op. cit.*, n° 2, 14-15 ad art. 250 LP).

1.1.5 L'art. 678 al. 1 et 2 CO (titre marginal : "*E. restitution de prestations, I. En général*"), les actionnaires et membres du conseil d'administration, ainsi que les personnes qui leur sont proches, qui ont perçu indument et de mauvaise foi des dividendes, des tantièmes, d'autres parts de bénéfice ou des intérêts intercalaires sont tenus à restitution (al. 1). Ils sont également tenus de restituer les autres prestations de la société qui sont en disproportion évidente avec leur contre-prestation et la situation économique de la société (al. 2).

Selon l'art. 679 CO (titre marginal : "*II. Tantièmes en cas de faillite*"), en cas de faillite de la société, les membres du conseil d'administration doivent restituer les tantièmes qu'ils ont reçus au cours des trois ans précédant l'ouverture de la faillite, à moins qu'ils ne prouvent que les conditions posées par la loi et les statuts pour la distribution des tantièmes étaient remplies et en particulier que cette distribution était fondée sur un bilan établi avec prudence.

L'art. 679 CO règle spécifiquement la restitution des tantièmes perçus par l'administrateur dans les trois ans précédant la faillite de la société. Elle constitue à ce titre une loi spéciale qui l'emporte sur l'art 678 CO dont la portée est plus large. L'art. 679 CO vise exclusivement les tantièmes, à l'exclusion de toute autre forme de participation au bénéfice ou de rémunération sous forme d'honoraires, fixes ou variables. Seuls les tantièmes déclarés comme tels sont concernés, à l'exclusion des tantièmes occultes qui tombent sous le coup de la disposition générale de l'art. 678 al. 2 CO. Si la portée de la norme est ainsi très restreinte, son impact est renforcé par l'introduction d'un renversement du fardeau de la preuve sous la forme d'une présomption du caractère suspect des prélèvements opérés peu avant la faillite de la société. L'administrateur est soumis à restitution même s'il n'est plus enrichi (CHENAUX/GACHET, Commentaire Romand, CO II, n° 5 ad art. 678 CO et n° 1, 3, 4 ad art. 679 CO).

Le but de l'art. 678 CO est de protéger les fonds propres de la société contre les distributions illicites à l'actionnaire, à l'administrateur ou à leurs proches. La notion de "prestation" au sens de cette norme doit être comprise largement. Elle couvre tout acte de disposition ou d'abstention du patrimoine de la société par lequel le bénéficiaire perçoit un avantage appréciable en argent au détriment de la société, qui se trouve ainsi appauvrie. Il en va notamment ainsi de rémunérations inusuelles et d'indemnités de licenciement excessives entamant le capital-actions et les réserves légales. L'étendue du devoir de restitution est controversée et le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte. Il faut admettre qu'il ne porte que sur la partie de la prestation qui est en disproportion manifeste avec la prestation reçue (CHENAUX/GACHET, *op. cit.*, n° 14, 15 ad art. 678 CO).

L'art. 678 al. 1 CO vise les distributions ouvertes ou apparentes de bénéfice, soit les prestations déclarées comme telles par la société. L'art. 678 al. 2 CO sanctionne la distribution de dividendes occultes (CHENAUX/GACHET, *op. cit.*, n° 3 ad art. 678 CO).

1.2.1 En l'espèce, la question – soulevée par l'administration spéciale – de savoir si la plainte doit être déclarée irrecevable parce que le plaignant n'aurait pas préservé ses droits au fond par le dépôt d'une action en contestation de l'état de collocation n'a pas à être examinée, une telle action ayant bien été déposée, dans le délai légal, par le plaignant.

1.2.2 A la forme, la plainte est recevable pour avoir été déposée dans le délai de dix jours dès le dépôt de l'état de collocation et selon la forme prévue par les normes susmentionnées. De surcroît, le plaignant dispose d'un intérêt à agir.

1.2.3 Reste à examiner la question de savoir si le grief soulevé par le plaignant, à savoir l'examen et la motivation insuffisants de sa prétention par l'administration spéciale pour décider de l'écartier de l'état de collocation, est en l'occurrence recevable dans le cadre d'une plainte au sens de l'art. 17 LP ou s'il relève de l'action en contestation de l'état de collocation.

A cet égard, il ressort des développements en droit figurant ci-dessus que la sanction de la nullité d'une décision de collocation découlant d'une activité déficiente de l'administration de la faillite ne découle pas du seul fait que cette décision serait mal ou faussement motivée. Dans ce cas, c'est l'action en contestation de l'état de collocation qui est ouverte puisqu'il s'agit de déterminer l'existence et la quotité de la créance inscrite. Ce n'est que lorsque la décision, telle que formulée par l'administration de la faillite, n'est pas compréhensible – à savoir que l'on ne comprend pas si la créance est admise ou rejetée – qu'elle doit être annulée. Or, en l'espèce, il ressort de la décision figurant à l'état de collocation que la créance est rejetée et la motivation consiste en un renvoi à deux dispositions légales qui indiquent à quelles conditions une rémunération n'est pas due par la société anonyme à ses actionnaires ou administrateurs. La décision est par conséquent clairement énoncée et elle est motivée, certes sommairement mais de manière compréhensible. Le plaignant a d'ailleurs pu déposer une action en contestation de collocation et développer une argumentation pour contester que les conditions d'application des art. 678 al. 2 et 679 CO soient réunies en l'espèce. Il développe, du reste, des arguments similaires dans la présente procédure. Il s'agit toutefois de griefs portant sur le fond de la créance et non sur la manière dont l'administration spéciale a déployé son activité et ils ne sont donc pas recevables dans le cadre d'une plainte. Quant à considérer que l'administration spéciale aurait pris sa décision sans aucun examen préalable, la Chambre constate que l'application des art. 678 al. 2 et 679 CO fait appel à une certaine appréciation dans l'évaluation de la disproportion et le montant très important de la

rémunération du plaignant – pour une activité d'administrateur qu'il ne décrit nulle part – pouvait susciter la décision prise par les administrateurs spéciaux. Finalement, savoir si la rémunération litigieuse du plaignant entre bien dans les catégories que visent les art. 678 al. 2 et 679 CO et si l'administration spéciale ne serait pas trompée en les appliquant au cas d'espèce, relève de l'examen du fond de la créance et par voie de conséquence de l'action en contestation de l'état de collocation.

Il découle de ce qui précède que la plainte est irrecevable, les griefs développés par le plaignant ne relevant pas l'autorité de surveillance saisie en application de l'art. 17 LP, mais du juge civil saisi en application de l'art. 250 LP.

4. La procédure de plainte est gratuite (art. 20a al. 2 ch. 5 LP; art. 61 al. 2 let. a OELP) et ne donne pas lieu à l'allocation de dépens (art. 62 al. 2 OELP).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre de surveillance :**

A la forme :

Déclare irrecevable la plainte déposée le 30 avril 2021 par A_____ contre l'état de collocation dans la faillite de B_____ SA, EN LIQUIDATION déposé le 20 avril 2021.

Siégeant :

Monsieur Jean REYMOND, président; Madame Natalie OPPATJA et Monsieur Anthony HUGUENIN, juges assesseurs; Madame Christel HENZELIN, greffière.

Le président :

Jean REYMOND

La greffière :

Christel HENZELIN

Voie de recours :

Le recours en matière civile au sens de l'art. 72 al. 2 let. a de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110) est ouvert contre les décisions prises par la Chambre de surveillance des Offices des poursuites et des faillites, unique autorité cantonale de surveillance en matière de poursuite pour dettes et faillite (art. 126 LOJ). Il doit être déposé devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, dans les dix jours qui suivent la notification de l'expédition complète de la présente décision (art. 100 al. 1 et 2 let. a LTF) ou dans les cinq jours en matière de poursuite pour effets de change (art. 100 al. 3 let. a LTF). L'art. 119 al. 1 LTF prévoit que si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire. Le recours doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, en quoi l'acte attaqué viole le droit et les moyens de preuve, et être signé (art. 42 LTF).

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