Directive : Vérification des créances et collocation

Rubrique	Information
Numéro	DIR_04-01_V056
Domaine	Faillite
Direction	générale
Responsable	Directeur-trice
Approbateur	Crispin Olivier
Niveau de confidentialité	Public
Entrée en vigueur	01.12.2008
Dernière mise à jour	07.07.2026

Modifications, contrôles, approbation

Version	Date	Description, remarques	Nom

Définitions, acronymes et abréviations

Mot / Abréviation	Signification

Références, mots clés

Catégorie	Titre, source
Mots clés	
Bases légales	
Jurisprudence	
Doctrine	
Procédure	
Annexe	

Sommaire

1. Introduction 3
2. Qualification d'une production 4
3. Vérification des productions 4
3.1 Pièces justificatives 5
3.2 Intérêts 5

3.3 Frais 6
3.3.1 Frais d'ouverture et dépens 6
3.3.2 Frais de poursuite 7
3.3.3 Frais de représentation et 106 CO 7
3.4 Exigibilité 7
3.5 Représentation des parties 7
3.6 Naissance de la créance 7
3.7 Créance suite à une obligation du failli (et non d'un tiers) 7
3.8 Monnaies étrangères 8
3.9 Créance subordonnée à une condition suspensive 8
3.10 Créances de droit public 8
3.11 Obligations imparfaites 9
3.12 Objet illicite ou contraire aux mœurs 9
3.13 Procès en cours (art. 63 OAOF) 10
3.13.1 La masse renonce au procès 10
3.13.2 La masse décide de poursuivre le procès 11
3.14 Concurrence d'un droit de gage avec une revendication 12
3.15 Concurrence d'un droit de propriété ou de gage et la qualité de biens de stricte nécessité 12
3.16 Créances postposées 12
3.17 Compensation (art. 213 et 214 LP) 13
3.17.1 Principes juridiques 13
3.17.2 Différents cas de figure 14
3.17.3 Cas particulier : production des EMS 16
3.18 Cautionnement du failli (art. 215 LP) 18
3.19 Faillites simultanées (art. 216 LP) 19
3.20 Acompte payé par un coobligé du failli (art. 217 LP) 20
3.21 Faillites SNC et associés (art. 218 LP) 21
3.22 Droits de recours des masses (art. 216 - 218 LP) 22
3.23 Créance garantie par une caution (507 CO) 23
3.23.1 Définition 23
3.23.2 En pratique 23
3.23.3 Prêt COVID : droits de gage 24
4. Absence de production 25
5. Vérification des productions par le failli 25
5.1 Personne physique dont l'adresse est connue, en qualité de failli ou de représentant d'une personne morale 25
5.2 Succession répudiée ou personne physique en fuite (sans adresse connue), en qualité de failli ou de représentant d'une personne morale 25
6. Production tardive 26
6.1 Principe 26
6.2 Exception 26
7. Dividende - état de collocation 27
7.1 Préambule 27
7.2 Calcul du dividende 27
7.3 Masse active 27
7.4 Masse passive 27
7.5 Frais 27
7.6 Pratique 27
8. Modification et révision (reconsidération) de l'état de collocation 27
9. Productions de l'AFC Genève 28
9.1 Justification 28
9.2 Etendue de la production 28
9.3 Production « provisoire » 28
9.4 Production « définitive » 28

10. Productions des caisses AVS sur les salaires 30
10.1 Applicabilité 30
10.2 Problématique 30
10.3 Justification 30
10.4 Production « provisoire » 31
10.5 Production « définitive » 31
11. Productions de la TVA 32
11.1 Périodes fiscales et art 219 LP 32
11.2 Justification 32
11.3 Production « provisoire » 32
12. Productions du Service cantonal de la fourrière 32
13. Rentes AVS/AI/LPP 32
13.1 En cas de succession répudiée 32
13.2 Rétroactif d'une rente AI 33
14. Production de salaire 33
14.1 Base légale 33
14.1.1 Conditions 33
14.2 Cas particuliers : calculs 37
14.3 Intervention de la caisse de chômage 38
14.4 Charges sociales 39
15. Production des caisses d'assurance maladie 39
16. Production basée sur un acte de défaut de biens 40
16.1 Justificatif 40
16.2 Prescription 40
16.3 Cession des caisses d'assurance maladie 41
16.4 Communication à l'OP 41
16.5 Rang et collocation 41
16.6 Retour d'un ADB 41
17. Production contre un enfant mineur ou le conjoint du failli 41
18. Production du conjoint, partenaire enregistré ou enfant mineur (338 CO) 42
19. Production de loyer 42
19.1 Généralités 42
19.2 Production des établissements médico-sociaux (EMS) 43
19.3 Droit de rétention du bailleur 43
19.3.1 Conditions 44
19.3.2 Exercice du droit de rétention 47
19.3.3 En pratique 48
20. Production du légataire 50
21. Succession répudiée 52
21.1 Frais funéraires 52
21.2 Créance de l'exécuteur testamentaire, du liquidateur officiel, de l'administration d'office ou en cas de bénéfice d'inventaire 52
22. Production de l'actionnaire 53
23. Production d'une créance garantie par une cession de créances à titre de sûretés 53

1. Introduction

L'administration de la faillite enregistre les productions.

Tout envoi d'une production par voie postale ne pourra faire l'objet d'un accusé réception. Pour s'assurer du bon acheminement d'une production, le créancier peut la déposer aux guichets de l'OCF ou l'adresser par courrier recommandé.

2. Qualification d'une production

Avant de vérifier les productions, il y a lieu de déterminer ce qu'est précisément une production.

Si les productions ne sont soumises à aucune exigence de forme, une production doit contenir :

- le nom du créancier présumé
- le montant total réclamé
- la cause de la créance[1]
- la signature du créancier[2].

La participation à la faillite n'étant pas obligatoire pour les créanciers[3], il convient de déterminer si, selon le principe de la confiance dans l'interprétation du document, le créancier a eu l'intention de participer à la procédure de faillite.

L'intention de produire doit être écartée :

- lorsque l'expéditeur a envoyé une facture/un rappel auquel il a simplement remplacé l'identité et l'adresse du débiteur par celle de l'OCF,
- si l'expéditeur impartit un délai de paiement ou des menaces de frais de rappel en cas de retard, ou
- si son contenu s'adresse manifestement au débiteur plutôt qu'à l'OCF ("prestations à vous-même", "votre facture de primes", etc.).

En principe, le document reçu est classé dans le dossier sans suite.

L'intention de produire doit être admise :

- lorsque le terme "production" est employé, même si les conditions formelles ne sont pas réalisées – par exemple absence de signature ou de procuration valable. Ces situations sont traitées dans le cadre du chapitre "Vérification des productions".

3. Vérification des productions

Après l'expiration du délai fixé aux créanciers pour produire leurs créances, l'administration de la faillite examine les réclamations, fait les vérifications nécessaires et statue sur leur admission. Elle consulte le failli; mais n'est pas tenue par ses déclarations (art. 244 et 245 LP).

Chaque créance doit faire l'objet d'une collocation distincte et partant être facturée à raison de CHF 20.00 par collocation. En revanche, si une même créance doit être colloquée dans deux catégories distinctes (une partie en 1ère classe et une autre en 3ème), l'émolument de CHF 20.00 ne devra être prélevé qu'une seule fois.

La procédure de vérification des productions étant comparable à la procédure de mainlevée d'opposition, les moyens de preuve admissibles se résument, en principe, à la preuve littérale, à laquelle il faut ajouter la production de pièces détenues par des tiers ou une autorité.

Dans l'accomplissement de cette tâche, l'administration de la faillite doit procéder objectivement, à savoir statuer suivant le résultat de ses investigations, sans égard au

[1] DCSO/36/21.
[2] DCSO/209/06, consid. 3; Gilliéron, Commentaire LP, n° 7 ad art. 244 LP.
[3] cf. not. Jaques, CR-LP, n° 8 ad art. 244 LP.

fait que sa décision se révèle avantageuse ou non pour la masse; elle doit également tenir compte des intérêts du failli et ne peut admettre à l'état de collocation que les productions dont les auteurs sont "réellement créanciers"[4].

L'administration de la faillite doit examiner chaque production et vérifier l'existence, le montant précis (en capital, intérêts et frais) et le rang de la créance alléguée, ainsi que son appartenance au passif. La loi ne définit pas l'intensité des vérifications auxquelles doit procéder l'administration. En admettant ou en rejetant une production, l'administration de la faillite ne garantit ni ne compromet définitivement la production en cause, mais fixe seulement qui des autres intervenants ou du soi-disant créancier devra, le cas échéant, ouvrir action en contestation de l'état de collocation. L'administration de la faillite ne doit examiner les productions que sommairement et décider de l'admission ou du rejet de la production en fonction du critère de la vraisemblance, limité à la preuve littérale. Bien que sommaire, l'examen de la production ne pourra se limiter à l'enregistrement des déclarations de l'intervenant et/ou du failli (ATF 93 III 59/65, consid. 2a, JdT 1968 II 2/8), mais celles-ci devront faire l'objet d'une vérification sur la base des éléments objectifs à disposition de l'administration (pièces comptables, livres, correspondance du failli, documents produits, etc.). Elle ne saurait notamment écarter une production en se fondant sur la déclaration du failli qui prétend avoir payé sans rechercher une pièce établissant le paiement (art. 40 al. 1 OAOF; ATF 96 III 106 consid. 2, JdT 1971 Il 95;, 93 III 59 consid. 2a, JdT 1968 II 2; 64 III 65 consid. 2, JdT 1938 II 85; JAQUES, Cdmmentaire Rdmand, Poursuite et faillite, 2005, n° 7, 9 à 14 ad a art. 244 LP).

Pour cela, nous devons tenir compte des points suivants :

3.1 Pièces justificatives

Les productions doivent être justifiées au moyen de pièces écrites. Si la créance se base sur une reconnaissance de dette ou un acte de défaut de biens, l'original doit être fourni.

La production doit indiquer le montant "total" (cf. DCSO/36/21 op. cit.). Il incombe au créancier de chiffrer ses prétentions, et non à l'OCF de collecter les différentes factures qui pourraient avoir été reçues en une ou plusieurs fois.

La preuve de la créance s'étend au capital, aux intérêts et aux frais (art. 208 al. 1 LP).

A défaut, l'administration de la faillite peut écarter la production ou fixer au créancier, au moyen de la ***lettre ORFEE 4004***, un délai pour présenter d'autres moyens de preuve.

3.2 Intérêts

Les intérêts doivent être arrêtés à la date du jugement de la faillite (art. 209 al. 1 LP).

Il appartient au créancier de chiffrer les intérêts en indiquant la date de départ du calcul et le taux.

L'OCF peut vérifier si le calcul effectué par le créancier est exact. A cet effet, il utilise la feuille de calcul disponible sous : ***Formulaire 00_06***.

Selon l'art. 73 CO, le taux d'intérêts est de 5% l'an à moins que la loi, une convention ou l'usage ne prévoient le contraire. Si le créancier ne fournit pas les justificatifs, les intérêts seront admis au taux de 5%.

[4] BRACONI, La collocation des créances en droit international suisse de la faillite - contribution à l'étude des articles 172-174 LDIP, chapitre III, p. 66-67, p. 75-76.

Si le créancier produit des intérêts, mais ne les chiffre pas, il convient d'agir ainsi :

- Le taux et la date de départ de calcul sont indiqués, mais pas chiffrés :
  - cas simple (ex. : un seul montant, aucun acompte); l'OCF détermine lui-même le montant au moyen du ***Formulaire 00_06***;
  - cas complexe (ex. : plusieurs montants et acomptes, sommes parfois élevées avec identification de la naissance de la créance difficile) : l'OCF fixera au créancier, au moyen de la ***lettre ORFEE 4004***, un délai pour chiffrer les intérêts. Sans réponse du créancier dans le délai imparti, l'état de collocation mentionnera « *Les intérêts n'étant pas chiffrés, ils sont écartés.* ».
- Soit le taux soit la date de départ de calcul ne sont pas indiqués (ex : capital de CHF 100 + intérêts) : l'OCF fixera au créancier, au moyen de la ***lettre ORFEE 4004***, un délai pour chiffrer les intérêts. Sans réponse du créancier dans le délai imparti, l'état de collocation mentionnera « *Les intérêts n'étant pas chiffrés, ils sont écartés.* ».

En ce qui concerne les intérêts des créances garanties par gage (art. 209 al. 2 LP), ils pourront être admis à l'état de collocation jusqu'au jour de la faillite. Une mention sera inscrite à l'état de collocation au sujet des intérêts courants du jour de la faillite au jour de la réalisation : « *Intérêts du jour de la faillite au jour de la réalisation réservés (art. 209 al. 2 LP)* ».

3.3 Frais

3.3.1 Frais d'ouverture et dépens

Les frais d'ouverture de faillite comprennent :

- les frais et émoluments de prononcé de la faillite,
- les émoluments perçus pour la rédaction et la communication de la décision de faillite, ainsi que
- les frais de publication

(art. 176 et 232 al. 1 LP, 52 et 53 OELP, SchKG III - Staehelin, art. 262 N 6).

Les frais d'ouverture de la faillite que le requérant ayant obtenu la faillite a dû avancer, que ce soit à la requête du juge (art. 169 al. 2 LP) ou de l'OCF (art. 35 al. 1 OAOF), sont aussi remboursés comme dettes de masse (art. 85 § 3 OAOF), pour autant que les actifs de la masse soient suffisant à les couvrir. Si non, ils restent à la charge de l'intervenant qui les a payés (CR LP, Nicolas Jeandin/Niki Casonato, ad. art. 262 LP, N 14 ; Gilliéron, Commentaire III, art. 262, n° 11).

Lorsque ces frais peuvent être identifiés comme dette de masse sans ambigüité, ils doivent être admis d'office en dette de masse, même si le créancier ne le demande pas. Ils ne doivent être néanmoins payés que lorsque l'OCF dispose sur le compte de la faillite du disponible nécessaire.

Par analogie, cette règle vaut également pour les successions répudiées (art. 193 LP) et les liquidation pour carences organisationnelles (art. 731b CO).

Les dépens octroyés par le jugement de faillite en faveur du requérant ayant eu gain de cause (art. 62 al. 1 OELP; ATF 113 III 109 c. 3, JdT 1990 II 19) ne sont pas inclus dans les frais d'ouverture de la faillite et ne sont pas une dette de masse (CR LP, Nicolas Jeandin/Niki Casonato, ad. art. 262 LP, N 13). La créance de dépens doit en conséquence être produite aux fins de collocation (art. 232 al. 2 ch. 2 LP) par le créancier ayant obtenu la faillite (Gilliéron, Commentaire III, art. 262, n° 11 citant ATF 52 III 109-110, JT 1927 II 40-41; ATF 80 III 83-85, rés. JT 1955 II 31-32).

3.3.2 Frais de poursuite

Le créancier doit être en mesure de fournir les pièces établissant les frais de poursuite.

Cela dit, certains créanciers importants (administrations publiques, assurances maladie, etc.) disposent à l'office des poursuites de comptes qui sont automatiquement débités au fur et à mesure des opérations effectuées dans la poursuite ; il est dès lors difficile pour eux de justifier leurs frais sans déployer des recherches comptables et un travail administratif importants.

Ainsi, la production d'une copie du commandement de payer ou l'indication claire du n° de poursuite est suffisante, étant précisé que le chargé de faillite peut vérifier les frais de poursuite dans l'application OPUS. En cas de doute, le chargé de faillite peut requérir du créancier qu'il fournisse tout complément d'information.

3.3.3 Frais de représentation et 106 CO

Ne constituent pas des frais couverts par l'article 208 LP les frais de représentation, soit les frais d'un mandataire (exemple avocat) constitué avant ou après la faillite pour sauvegarder ses intérêts dans la procédure d'exécution forcée ainsi que les frais selon l'article 106 CO.

3.4 Exigibilité

L'ouverture de la faillite rend exigible les dettes du failli, à l'exception de celles garanties par des gages sur des immeubles appartenant au failli (art. 208 al. 1 LP).

Les créances non échues qui ne sont pas productives d'intérêt sont réduites d'un escompte au taux de 5% (art. 208 al. 2 LP).

3.5 Représentation des parties

Toute personne ayant l'exercice des droits civils peut pratiquer la représentation devant l'OCF, y compris les personnes morales (sociétés de recouvrement, assurances de protection juridique, etc.).

Une procuration doit être produite dans tous les cas.

A défaut, il y a lieu de réclamer une procuration au moyen de la ***lettre ORFEE 4005***.

Si, dans le délai imparti, la procuration n'est pas fournie, l'état de collocation sera déposé sans prendre en considération cette production. Aucune décision supplémentaire ne sera notifiée au mandataire et à son client.

3.6 Naissance de la créance

La créance doit prendre naissance avant le prononcé de la faillite (en cas de poursuite en réalisation de gages appartenant à un tiers, voir l'art. 61 OAOF).

Les créances nées après la faillite se continuent par voie de saisie ou de réalisation de gage durant la liquidation de la faillite (art. 206 al. 2 LP).

3.7 Créance suite à une obligation du failli (et non d'un tiers)

La créance produite doit résulter d'une obligation formulée par le failli ou son représentant.

3.8 Monnaies étrangères

Une prétention produite en monnaie étrangère doit être convertie en francs suisses au cours du jour de l'ouverture de la faillite. (ATF 110 III 106, c. 3 – rés. JdT 1987 II 89).

A réception d'une production libellée en monnaie étrangère, celle-ci sera enregistrée dans liste des productions, d'abord sans effectuer la conversion.

Ensuite, lors de l'établissement de l'état de collocation, l'OCF procèdera à la conversion en francs suisses, en utilisant l'outil de conversion figurant sur ORFEE. Il devra indiquer à l'état de collocation, sous « observations », le cours du jour au moment de l'ouverture de la faillite qui a été pris en considération par l'OCF.

En revanche, si le créancier a déjà effectué la conversion lors de sa production, l'OCF l'enregistrera directement en francs suisses. Il sera néanmoins nécessaire de vérifier lors de l'établissement de l'état de collocation si le cours prix en considération par le créancier est exact, en utilisant l'outil de conversion précité.

3.9 Créance subordonnée à une condition suspensive

Une créance subordonnée à une condition suspensive sera colloquée selon les mêmes règles qu'une prétention ordinaire. L'état de collocation mentionnera sous la colonne « observation » le texte suivant : « *La créance est colloquée en 3ème classe ; jusqu'à la réalisation de la condition suspensive, aucun dividende ne sera distribué pour cette créance (art. 210 et 264 al. 3 LP).*»

Ainsi, une fois la collocation devenue définitive, la créance sera portée au tableau de distribution. Cela dit, dans l'attente de l'avènement de la condition, aucune distribution ne pourra intervenir concernant cette créance dont le dividende sera déposé à la caisse de consignation; il appartient au créancier de prouver la réalisation de la condition.

L'administration de la faillite doit colloquer d'office, comme prétention subordonnée à une condition suspensive, la prétention, incontestée dans son principe, du défendeur à l'action révocatoire, prétention qui renaît au cas où il restitue ce qui lui avait été payé en vertu d'un acte révocable (art. 291 al. 2 LP, art. 59 al. 2 OAOF). L'état de collocation mentionnera sous la colonne « observation » le texte suivant : « *La créance est admise en 3ème classe à condition que l'action révocatoire diligentée contre le créancier arrive à la conclusion que le créancier doive restituer les objets afférents à un acte révocable; jusqu'à l'issue de l'action révocatoire, aucun dividende ne sera distribué pour cette créance (art. 210 et 264 al. 3 LP).*»

La créance ne peut pas naître lorsque la condition a pour objet de provoquer soit un acte soit une omission illicite ou contraire aux mœurs.

3.10 Créances de droit public

Les administrations publiques sont également soumises à l'obligation de justifier leurs créances que leur production se fonde sur une décision définitive ou non.

Lorsqu'une créance de droit public résulte d'une décision définitive d'une autorité, l'administration de la faillite doit l'admettre sans réserve à l'état de collocation. L'administration de la faillite ne peut l'écarter et aucun créancier ne peut la contester. Dans ce cas, le créancier doit remettre une copie de la décision définitive.

Cela dit, si la décision de l'autorité n'est pas définitive, il appartient à l'administration de la faillite d'examiner la décision qui lui est notifiée et, cas échéant, d'exercer les voies de recours. Si les voies de recours ne sont pas utilisées dans les délais prescrits, alors

la décision devient définitive. L'administration de la faillite peut néanmoins offrir la cession des droits de la masse 260 LP aux créanciers qui le souhaitent.

Lorsque la prétention de droit public n'est pas encore définitive au moment du dépôt de l'état de collocation (procédure de recours en cours au moment de l'ouverture de la faillite, recours initié par l'administration de la faillite contre une décision à lui signifiée), il sera fait application de l'art. 63 OAOF et l'administration de la faillite mentionnera pour mémoire la créance à l'état de collocation. Au préalable, l'administration de la faillite aura demandé la suspension de la procédure administrative selon l'art. 207 LP.

3.11 Obligations imparfaites

Aucune production ne peut être issue d'une obligation imparfaite, qu'il s'agisse :

- D'obligations prescrites

Soit notamment (cette liste n'est pas exhaustive ; il y a lieu de se référer à toutes dispositions légales applicables au cas rencontré) :

Art. 63 al. 2 CO

1. Ce qui a été payé pour acquitter une dette prescrite ou pour accomplir un devoir moral ne peut être répété.

Art. 127 CO

2. Toutes les actions se prescrivent par dix ans, lorsque le droit civil fédéral n'en dispose pas autrement.

Art. 128 CO

3. Se prescrivent par cinq ans:

> [1]Les loyers et fermages, les intérêts de capitaux et toutes autres redevances périodiques;
> [2]Les actions pour fournitures de vivres, pension alimentaire et dépenses d'auberge;
> [3]Les actions des artisans, pour leur travail; des marchands en détail, pour leurs fournitures; des médecins et autres gens de l'art, pour leurs soins; des avocats, procureurs, agents de droit et notaires, pour leurs services professionnels; ainsi que celles des travailleurs, pour leurs services.

- D'obligations naturelles réprouvées par la loi

1. Jeu et pari : 513-515 CO
2. Courtage matrimonial : 416 CO [pour les obligations contractées avant le 1er janvier 2000 date à laquelle cette disposition a été abrogée et remplacée par les art. 406a à 406h CO.]

- Du solde resté à découvert des créances pour lesquelles un concordat homologué est obligatoire lorsque ce concordat n'impose pas aux créanciers de renoncer à leurs créances (art. 314 al. 1 et 318 al. 1 ch. 1)

3.12 Objet illicite ou contraire aux mœurs

Une production ne peut avoir pour objet une prétention en répétition de ce qui a été donné en vue d'atteindre un but illicite ou contraire aux mœurs (art. 66 CO).

3.13 Procès en cours (art. 63 OAOF)

L'administration de la faillite ne doit pas statuer sur les créances litigieuses qui faisaient l'objet d'un procès au moment de l'ouverture de la faillite ; ces créances sont simplement mentionnées pour mémoire dans l'état de collocation (art. 63 OAOF).

Cela dit, l'administration de la faillite doit néanmoins décider si elle entend agir elle-même ou bien renoncer à poursuivre le procès. Dans les deux options, les créanciers doivent avoir l'occasion de se déterminer sur le sujet (même lorsque la faillite est liquidée en la forme sommaire)[5].

L'administration de la faillite doit donc, au plus tard au moment du dépôt de l'état de collocation et de l'inventaire, inviter les créanciers par voie de publication à se déterminer sur la décision de la masse (renoncer ou poursuivre le procès).

La décision au sujet de la reprise d'un procès et celle sur la classe dans laquelle la créance sera colloquée en cas de jugement favorable au créancier doivent être traitées **en même temps**. Il est vrai qu'une telle manière de faire peut entraîner plusieurs procédures en parallèle (le procès sur le fond de la créance et le procès en contestation au sens de l'art. 250 LP concernant le rang de la créance), mais ce problème peut être réglé par la suspension du second procès devant l'autorité de jugement jusqu'à droit jugé dans le premier.

En cas de faillite suspendue pour défaut d'actifs, il y a lieu d'aviser l'autorité judiciaire au moyen de la ***lettre ORFEE 4022 (mettre le failli en copie)*** quant au statut du dossier et les droits éventuels des tiers.

Le but de la suspension du procès au sens de l'art. 207 LP est de laisser le temps aux créanciers et à l'administration de la faillite de décider s'ils veulent ou non assumer, aux' frais de la masse, les procès en cours suspendus et les risques associés, ou si un ou des créanciers souhaitent se faire céder, cas échéant, le droit de conduire le procès en application de l'art. 260 LP. L'art. 63 OAOF précise comment l'OCF doit procéder et mentionner à l'état de collocation une dette du failli faisant l'objet d'un procès suspendu au sens de, l'art. 207 LP. Le mécanisme des art. 207 LP et 63 OAOF ne s'applique qu'aux procès pendants en. Suisse, à l'exclusion des procès à l'étranger ou des arbitrages internationaux, à moins que le juge étranger ou les arbitres n'acceptent une suspension de la procédure en se soumettant volontairement à l'art. 207 LP (ATF 141 III 382 consid. 4.2; 140 III 320 consid. 7.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A910/2019 du i mars 2021 consid. 3.10 et 3.12; WOHLFART, MEYER HONEGGER, Basler Kommentar, n° 5a ad art. 207 LP).

L'OCF se détermine sur la base des éléments communiqués par le créancier sans être lié par le procès à l'étranger[6].

3.13.1 La masse renonce au procès

Le texte suivant doit être inséré dans la FAO et la FOSC au plus tard lors de la publication relative au dépôt de l'état de collocation :

« La collocation de production(s) créance(s) est réservée (pour mémoire selon l'art. 63 OAOF) en raison de procédure(s) pendante(s) diligentée(s) contre le failli à savoir : 1) … (cause n°…) 2) … (cause n°). L'administration de la faillite décide de renoncer à poursuivre ce(s) procès. Les créanciers sont invités à faire connaître leur avis dans le délai de dix jours dès la présente publication étant entendu que ceux qui ne répondront

[5] Voir ATF 5A_178/2009.
[6] ATF 130 III 769; JdT 2006 II 137.

pas ou ne déclareront pas par écrit s'abstenir seront considérés comme approuvant la proposition de l'administration de la faillite. Dans le cas où la majorité des créanciers se rangerait au préavis de l'administration de la faillite, il est d'ores et déjà offert la cession des droits de la masse, à teneur de l'art. 260 LP, à ceux qui souhaiteraient soutenir le procès à leurs risques et périls. Cette demande devra être adressée par écrit à l'OCF dans les dix jours dès la présente publication. Le montant de la production sera colloqué définitivement si aucun créancier ne demande la cession des droits de la masse selon l'art. 260 LP dans le délai précité.»

Dans la colonne observation de l'état de collocation, il sera également mentionné le texte ci-dessus.

A l'issue du délai de dix jours, deux cas de figure peuvent se présenter :

- Aucun créancier ne demande la cession des droits de la masse : modifier l'état de collocation (admettre définitivement la collocation) et aviser le Tribunal au moyen de la ***lettre ORFEE 4019 (mettre le créancier en copie)***.
- Un créancier demande la cession des droits de la masse : établir l'acte de cession au moyen de la ***lettre ORFEE 5031 (à adapter)*** et aviser le Tribunal au moyen de la ***lettre ORFEE 4020 (mettre le créancier en copie)***.

Pour le surplus, les points suivants doivent cas échéant être appliqués :

- Si le créancier est admis à l'issue du procès que la masse ou que le créancier cessionnaire continuerait, le montant sera inscrit dans la 2ème colonne avec mention dans les observations de l'admission définitive par jugement (art. 63 al. 3 OAOF). Est réservée la contestation de la décision de l'administration de la masse concernant la classe (le créancier produit en 1ère classe alors que l'administration de la masse le colloque en 3ème classe). Dans ce cas de figure, il appartient au créancier d'agir par la voie de l'action en contestation de l'état de collocation dès publication de ce dernier.

- Si le prétendu créancier perd le procès contre la masse, la créance sera définitivement radiée de l'état de collocation (art. 63 al. 3 OAOF).

- Si un créancier continue le procès en vertu de l'art. 260 LP et qu'il le gagne, la prétention étant en principe écartée de l'état de collocation, la collocation subsistera quand même avec la mention que le dividende sera dévolu au créancier qui a conduit le procès en lieu et place du créancier colloqué pour mémoire et dans la mesure nécessaire à la couverture des frais de procès et de la créance du cessionnaire (art. 250 al. 2 LP – art. 63 OAOF – ATF 88 III 42 = JdT 1962 II 45 ; ATF 61 III 170 = JdT 1936 48).

- Enfin, si le procès n'est continué ni par la masse, ni par un créancier selon l'art. 260 LP, le créancier est inscrit dans la colonne de droite comme définitivement admis (art. 63 al. 2 OAOF). Est réservée la contestation de la décision de l'administration de la masse concernant la classe (le créancier produit en 1ère classe alors que l'administration de la masse le colloque en 3ème classe). Dans ce cas de figure, il appartient au créancier d'agir par la voie de l'action en contestation de l'état de collocation dès publication de ce dernier.

3.13.2 La masse décide de poursuivre le procès

Le texte suivant doit être inséré dans la FAO et la FOSC au plus tard lors de la publication relative au dépôt de l'état de collocation :

« La collocation de production(s) créance(s) est réservée (pour mémoire selon l'art. 63 OAOF) en raison de procédure(s) pendante(s) diligentée(s) contre le failli à savoir : 1) … (cause n°…) 2) … (cause n°). L'administration de la faillite décide poursuivre ce(s) procès. Les créanciers sont invités à faire connaître leur avis dans le délai de dix jours dès la présente publication étant entendu que ceux qui ne répondront pas ou ne déclareront pas par écrit s'abstenir seront considérés comme approuvant la proposition de l'administration de la faillite.»

Dans la colonne observation de l'état de collocation, il sera également mentionné le texte ci-dessus.

A l'issue du délai de dix jours, deux cas de figure peuvent se présenter :

- Aucun créancier ne s'oppose : aviser le Tribunal que la masse reprend le procès au moyen de la ***lettre ORFEE 4021 (mettre le créancier en copie)***.
- La majorité des créanciers s'oppose à la reprise du procès : modifier l'état de collocation (admettre définitivement la collocation) et aviser le Tribunal au moyen de la ***lettre ORFEE 4019 (mettre le créancier en copie)***.

Pour le surplus, les points suivants doivent cas échéant être appliqués :

- Si le créancier est admis à l'issue du procès que la masse ou que le créancier cessionnaire continuerait, le montant sera inscrit dans la 2ème colonne avec mention dans les observations de l'admission définitive par jugement (art. 63 al. 3 OAOF). Est réservée la contestation de la décision de l'administration de la masse concernant la classe (le créancier produit en 1ère classe alors que l'administration de la masse le colloque en 3ème classe). Dans ce cas de figure, il appartient au créancier d'agir par la voie de l'action en contestation de l'état de collocation dès publication de ce dernier.

- Si le prétendu créancier perd le procès contre la masse, la créance sera définitivement radiée de l'état de collocation (art. 63 al. 3 OAOF).

3.14 Concurrence d'un droit de gage avec une revendication

Voir l'art. 53 OAOF et les commentaires de Gilliéron, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, édition 2001, n°50 ss ad art. 242.

3.15 Concurrence d'un droit de propriété ou de gage et la qualité de biens de stricte nécessité

Voir l'art. 54 OAOF et les commentaires de Gilliéron, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, édition 2001, n° 55 ss ad art. 242.

3.16 Créances postposées

Il y a plusieurs types de postposition : *générale* ou *particulière*. On parle aussi de "subordination".

La postposition particulière ne profite qu'à un nombre déterminés de créanciers, voire d'un seul (par exemple pour une banque en garantie d'un prêt octroyé).

La postposition générale signifie qu'elle est donnée en faveur de tous les autres créanciers, y compris les futurs. C'est le cas lorsque l'opération de postposition a pour but d'éviter l'avis au Juge de l'article 725 al. 2 CO. Il est fréquent que ces créances postposées soient alors celles des administrateurs.

La question qui se pose est de savoir comment traiter une créance postposée dans la procédure de la faillite, notamment lors de l'établissement de l'état de collocation.

La solution retenue :

> Admettre la production et mentionner dans la colonne observation de l'état de collocation que cette production ne participera à la distribution que dans le cas où tous les créanciers admis à l'état de collocation sont couverts en totalité. Cela signifie qu'il faudra être particulièrement prudent lors de l'établissement du tableau de distribution.

Les créanciers postposés ont le droit d'ouvrir action en contestation de l'état de collocation au sens de l'article 250 alinéa 1 et 2 LP.

Il faut encore noter que les titulaires d'une créance postposée participent aux délibérations et peuvent recevoir les cessions des droits au sens de l'article 260 LP; ils recevront un acte de défaut de biens pour le montant resté à découvert.

3.17 Compensation (art. 213 et 214 LP)

3.17.1 Principes juridiques

La compensation doit être **revendiquée** par le créancier; ce dernier doit de toute manière annoncer sa dette envers le failli (art. 232 ch. 3 LP). Le créancier qui ne le fait pas lors de la production de créances restera libre de le faire ultérieurement (notamment lorsqu'il sera actionné par la masse ou les créanciers).

La compensation peut également être invoquée par l'administration de la masse, même si elle n'a pas intérêt à le faire d'un point de vue économique[7]. Une exception existe lorsque la créance en cause est garantie par gage ou jouit d'un privilège[8]. Cf. directive 09-01 lors de compensation demandée par un créancier-gagiste qui achète un immeuble.

La compensation ne peut intervenir qu'entre des **créances exigibles** (art. 120 CO), étant rappelé que la faillite rend toutes les dettes exigibles (art. 208 LP); elle est également possible si la créance du failli contre le tiers n'est pas échue[9].

Les deux prétentions doivent toutefois être nées antérieurement à l'ouverture de la faillite, même si elles devaient être exécutoires après celle-ci (art. 213 al. 2 LP)[10].

La compensation qui ne respecte pas les conditions temporelles de l'art. 213 al. 2 LP devra être **rejetée**.

Ne peuvent se compenser *ultérieurement* que les créances de l'OF avec celles de créanciers à concurrence du dividende qui leur est dû; un autre cas de compensation ultérieure est admis lorsque le failli est devenu/redevenu créancier de son débiteur

---

[7] En effet, pourquoi compenser une créance qui lui est due entièrement alors que son débiteur ne touchera lui que le dividende sur sa créance contre le failli

[8] Notamment lorsque l'adversaire de la masse n'est pas dans une bonne situation financière ou que des difficultés troublent le recouvrement. Cette façon de procéder évite à la masse de devoir payer le créancier pour ensuite procéder au recouvrement de sa propre créance; cf. ATF 109 III 112/JdT 1986 II 9

[9] ATF 39 II 393 cons. 2; ATF 42 III 276/6 cons. 5

[10] Par ex, la *créance en restitution de droits de douane payés en trop* est née au moment où la perception a été effectuée (ATF 107 Ib 376/JdT 1984 II 31; ATF 106 III 14/JdT 1982 II 147).

après la collocation (ou le contraire - par ex. créances cédées puis restituées par le cessionnaire)[11].

La compensation peut être **contestée** en cas de comportement dolosif (art. 214 LP) : lorsque le débiteur du failli a acquis, avant l'ouverture, une créance contre le failli tout en ayant connaissance de son insolvabilité[12].

La compensation doit se traiter au moyen d'une **décision au moment de la collocation[13]** :

- Dans un premier temps, la dette du créancier envers le failli doit être inventoriée[14] (montant calculé avant d'effectuer la compensation). Cet actif figurera sous "Créance litigieuse" et sera ensuite rayé de l'inventaire si les créanciers ont admis la compensation.
- La décision de compenser est provisoirement[15] admise dans l'état de collocation et la créance du créancier est réduite à due concurrence; le texte dans l'EC est le suivant : *"Votre créance est admise provisoirement. La compensation entre votre créance et le montant dû au failli est admise sous réserve du droit des autres créanciers du failli de contester la compensation en s'adressant par écrit à l'office dans les 10 jours (art. 260 LP)".*
- Le texte suivant doit être inséré dans la FAO et la FOSC lors de la publication du dépôt de l'état de collocation.
  "Une créance est admise provisoirement en raison de la compensation entre la créance et le montant dû au failli; la compensation est admise sous réserve du droit des autres créanciers du failli de la contester en s'adressant par écrit à l'office dans les 10 jours dès la publication (art. 260 LP)".

3.17.2 Différents cas de figure

1) Le créancier produit une somme inférieure au montant encore dû au failli

La compensation sera admise et l'état de collocation dressé comme indiqué plus haut. La différence sera réclamée au créancier et l'inventaire sera modifié pour indiquer le solde encore dû après l'admission de la compensation.

2) Le créancier produit sa créance mais sans invoquer la compensation

L'administration peut lui opposer en compensation la prétention du failli : dans ce cas, elle écartera la production du créancier de l'état de collocation et l'avisera du motif (i.e. compensation avec telle ou telle prétention du failli)[16].

---

[11] ATF 83 III/JdT 1957 II 901; JdT 1928 II 102

[12] Par exemple :
- X doit Fr. 10'000 au failli F
- Z a une créance de Fr. 10'000 contre le failli
- Suite à la faillite de F, X devrait en principe payer Fr. 10'000 à la masse et Z recevrait un dividende, imaginé à 10 %, soit Fr. 1'000
- Si X se fait céder la créance de Z, il pourrait invoquer la compensation et n'aurait ainsi plus rien à payer à la masse

[13] ATF 83 III/JdT 1957 II 93 ch. 3; ATF 103 III 8/JdT 1979 II 5/6; ATF 109 III 112/JdT 1986 II 3

[14] ATF 103 III 8 - JDT 1979 II 6 lit. B

[15] L'administration devra faire attention de ne pas donner l'impression d'avoir pris une décision définitive, car sa décision la lie mais pas les créanciers, qui peuvent demander la cession des droits au sens de l'art. 260 LP : cf. ATF 103 III 46/JdT 1978 II 120; ATF 103 III 8/JdT 1979 II 5 ch.3 litt. a et note.

[16] ATF 54 III 22/JdT 1928 II 104 ch. 2; ATF 83 III/JdT 1957 II 93 ch. 3

Si l'administration de la faillite ne compense pas lors du dépôt de l'état de collocation, elle perd le droit de compenser ultérieurement, sauf le cas exceptionnel où la compensation n'était pas encore possible au moment de l'état de collocation[17].

Si le créancier conteste la décision de compensation, il doit communiquer par écrit son opposition et l'administration de la faillite lui fixera un délai de 20 jours pour qu'il dépose une constatation de son droit au dividende afférent à la créance produite devant le tribunal compétent[18].

3) Le créancier produit sa créance mais l'administration de la faillite la rejette

Lors du dépôt de l'état de collocation, l'administration avisera le prétendu créancier du fait que sa créance est entièrement rejetée, ce qui exclut la compensation. Si la collocation est définitive (cf. art. 250 al. 1 LP), l'administration de la faillite continuera à réclamer le paiement de la dette que le "créancier" a envers le failli; elle précisera qu'elle (ou les créanciers admis) ouvrira action ultérieurement. Lorsqu'il sera actionné, le prétendu créancier conservera néanmoins le droit d'invoquer la compensation.

4) Le créancier produit sa créance mais l'administration de la faillite rejette le droit de compensation (art. 213 al. 2 LP)

La créance sera admise à l'état de collocation, avec la précision que la compensation invoquée par le créancier a été **rejetée** (art. 213 al. 2 LP) par l'administration. Le créancier en sera informé; on attirera son attention sur le fait que sa créance a été colloquée, le principe de la compensation n'ayant toutefois pas été admis; dès lors, la dette au failli reste due dans son intégralité. Ultérieurement, ce créancier sera actionné en recouvrement de ce qu'il doit au failli (par la masse ou éventuellement par les créanciers selon l'art. 260 LP).

5) Le créancier produit sa créance mais l'administration de la faillite conteste le droit de compensation (art. 214 LP)

La compensation peut aussi être **contestée** (art. 214 LP), lorsque le débiteur du failli avait acquis, avant l'ouverture, une créance contre le failli en ayant connaissance de l'insolvabilité du failli. Dans ce cas, la créance sera admise à l'état de collocation, avec la précision que la compensation invoquée par le créancier a été contestée (art. 214 LP) par l'administration. Le créancier en sera informé; on attirera son attention sur le fait que sa créance a été colloquée, le principe de la compensation n'ayant toutefois pas été admis.

Il s'agit toutefois d'un cas particulier par rapport à la situation précédente : l'administration de la faillite détient en effet une *prétention révocatoire* (art. 200, 287 et 288 LP) visant à faire *révoquer le transfert de créance*. Cette prétention devra être inventoriée.

De surcroît, si une action révocatoire est intentée, l'OCF doit *spontanément* (sans production de créance) colloquer *conditionnellement* une créance en faveur de la personne qui, avant la faillite, avait cédé au créancier sa prétention contre le failli, en violation de l'art. 214 LP[19].

6) Le créancier produit sa créance mais invoque la compensation avec une dette de masse

[17] Par exemple, le retour à la masse de créances cédées; cf. ATF 109 III 112/JdT 1986 II 9; JdT 1957 II 92/93
[18] DCSO/722/2005
[19] Circulaire no. 10 adoptée le 9 juillet 1915 par le Tribunal fédéral ; cf. LP annotée

Il est utile de rappeler ici la distinction entre les actes faits par le failli (dette *dans* la masse) et ceux accomplis par la masse (dette *de* masse).

Le créancier dont la prétention est reconnue peut compenser cette dernière avec une dette qu'il a envers la masse. Toutefois, cette compensation n'intervient qu'à concurrence de ce que la masse lui doit comme *dividende* afférent à sa créance.

La masse peut également invoquer cette compensation.

3.17.3 Cas particulier : production des EMS

Certains EMS détiennent des avoirs appartenant au défunt (compte pensionnaire, compte dépenses personnelles ou autres comptes similaires) tout en étant eux-mêmes créanciers de la succession.

Conformément à l'art. 213 LP, l'EMS peut invoquer la compensation entre sa créance et les avoirs qu'il détient pour le compte du défunt. Cette compensation doit être expressément revendiquée par l'EMS.

Dans la présente marche à suivre, l'ensemble des avoirs détenus par l'EMS au nom du défunt est désigné sous le terme de **« compte pensionnaire »**.

Lorsque la compensation est invoquée, la prétention de la succession à l'encontre de l'EMS demeure litigieuse jusqu'à ce que la compensation soit définitivement admise. Elle doit dès lors être inventoriée comme telle.

Cas 1 – L'EMS doit de l'argent à la succession

L'EMS :

- annonce un compte pensionnaire créditeur ;
- ne produit aucune créance à l'encontre de la succession.

Traitement :

→ inventorier le montant annoncé par l'EMS à l'inventaire.

Cas 2 – La succession doit de l'argent à l'EMS

L'EMS :

- produit une créance à l'encontre de la succession ;
- n'annonce aucun compte pensionnaire créditeur.

Traitement :

→ enregistrer la production de créance de l'EMS.

Cas 3 – Compensation invoquée : solde en faveur de l'EMS

L'EMS :

- annonce un compte pensionnaire créditeur ;
- produit une créance à l'encontre de la succession ;
- compense les deux montants et produit uniquement le solde en sa faveur.

Traitement :

→ inventorier provisoirement le montant du compte pensionnaire dans la catégorie « créance litigieuse » avec la mention :

« Prétention à l'encontre de [nom de l'EMS] correspondant au compte pensionnaire en faveur de feu [nom du défunt] selon le détail transmis par l'EMS. Compensation invoquée par [nom de l'EMS] dans le cadre de sa production de créance. »

→ enregistrer la production de créance de l'EMS ;

→ admettre provisoirement la créance à l'état de collocation avec la mention :

« Votre créance est admise provisoirement. La compensation entre votre créance et le montant dû au failli est admise sous réserve du droit des autres créanciers de la contester en s'adressant par écrit à l'office dans les dix jours (art. 260 LP). »

→ insérer dans la publication de dépôt de l'état de collocation (FAO/FOSC) la mention suivante :

« Une créance est admise provisoirement en raison de la compensation entre la créance et le montant dû au failli ; la compensation est admise sous réserve du droit des autres créanciers de la contester en s'adressant par écrit à l'office dans les dix jours dès la publication (art. 260 LP). »

→ lorsque la compensation est devenue définitive et que l'état de collocation est entré en force, modifier la ligne d'inventaire en indiquant :

« Compensation admise définitivement – ligne d'inventaire à supprimer. »
et ramener le montant à CHF 0.–.

Cas 4 – Compensation invoquée : solde en faveur de la succession

L'EMS :

- annonce un compte pensionnaire créditeur ;
- produit une créance à l'encontre de la succession ;
- compense les deux montants et verse à l'office le solde en faveur de la succession.

Traitement :

→ inventorier provisoirement le montant du compte pensionnaire dans la catégorie « créance litigieuse » avec la mention :

« Prétention à l'encontre de [nom de l'EMS] correspondant au compte pensionnaire en faveur de feu [nom du défunt] selon le détail transmis par l'EMS. Compensation invoquée par [nom de l'EMS] dans le cadre de sa production de créance. »

→ enregistrer la production de créance de l'EMS ;

→ admettre provisoirement la créance à l'état de collocation à 0.00 avec la mention :

« Votre créance est admise provisoirement. La compensation entre votre créance et le montant dû au failli est admise sous réserve du droit des autres créanciers de la contester en s'adressant par écrit à l'office dans les dix jours (art. 260 LP). »

→ insérer dans la publication de dépôt de l'état de collocation (FAO/FOSC) la mention suivante :

« Une créance est admise provisoirement en raison de la compensation entre la créance et le montant dû au failli ; la compensation est admise sous réserve du droit des autres créanciers de la contester en s'adressant par écrit à l'office dans les dix jours dès la publication (art. 260 LP). »

→ une fois la compensation devenue définitive et l'état de collocation entré en force, corriger la ligne d'inventaire en indiquant :

« Compensation admise définitivement – solde en faveur de la succession. »

et faire figurer le montant effectivement versé par l'EMS.

Cas 5 – Compensation non invoquée

L'EMS :

- annonce un compte pensionnaire créditeur ;
- produit une créance à l'encontre de la succession ;
- verse le montant du compte pensionnaire à l'office sans invoquer la compensation.

Traitement :

→ inventorier le montant reçu de l'EMS ;

→ enregistrer la production de créance de l'EMS.

⚠ **Attention :** dès lors que les avoirs sont versés à l'office sans compensation, celle-ci ne peut plus être invoquée ultérieurement.

Faillites suspendues pour défaut d'actif

Dans les faillites suspendues pour défaut d'actif, la correction de la ligne d'inventaire intervient à l'échéance du délai d'avance de frais pour les situations visées aux cas 4 et 5.

3.18 Cautionnement du failli (art. 215 LP)

Cautionnement (492 ss CO)

Contrat par lequel une personne s'engage à garantir le paiement de la dette contractée par le débiteur. Pour le cautionnement donné par des personnes physiques, la forme authentique est exigée dès Fr. 2'000. Le consentement du conjoint est nécessaire, sauf si la caution est une personne inscrite au RC comme chef d'une raison individuelle, membre d'une SNC, d'associé indéfiniment responsable d'une société en commandite, d'administrateur ou directeur d'une SA, administrateur d'une commandite par actions ou associé gérant d'une sàrl.

Cautionnement solidaire

La caution peut être actionnée si le débiteur est en retard dans le paiement avant ce dernier et avant la réalisation des gages immobiliers. Les gages sur les meubles et créances doivent être réalisés sauf convention contraire et sauf le cas où le débiteur est en faillite. S'il y a plusieurs cautions conjointes et solidaires, chaque caution répond de l'entier de la dette.

Caution simple
La caution ne peut être actionnée que si le débiteur a été déclaré en faillite, a obtenu un sursis concordataire, a été poursuivi par le créancier jusqu'à l'acte de défaut de biens ou encore est parti à l'étranger.

Par l'alinéa 1 de l'art. 215 LP, il faut entendre que l'administration de la faillite se prononce sur les créances produites en raison des cautionnements faits par le failli. Elle n'a donc pas à rechercher et à porter automatiquement à l'état de collocation tous les engagements pris par le failli en qualité de caution. Les cautionnements du failli sont portés au passif de la masse même s'ils ne sont pas échus. Il y a lieu de remarquer que, si la faillite rend échus les cautionnements du failli, elle n'avance pas la date d'échéance de la créance contre le débiteur principal. Dans cet ordre d'idées, la caution ne peut pas être contrainte de payer si le débiteur principal est en faillite et qu'à l'égard de ce dernier la créance est échue de par l'article 208 LP. Dans ce cas, la caution ne pourra être actionnée qu'à l'échéance de la créance (art. 210 LP).

Lorsque le failli s'est porté caution simple, le dividende ne sera remis au créancier que lorsque ce dernier aura prouvé qu'il n'a pas obtenu satisfaction de la part du débiteur principal ou que la réalisation des gages n'a pas suffi à désintéresser le créancier. Dans cette attente, le dividende sera consigné.

En cas de caution solidaire, la masse admettra la créance sans réserve. Elle devra payer les dividendes et faire valoir ses droits de recours. En effet, la masse est subrogée aux droits du créancier contre le débiteur principal et les autres coobligés en tant qu'elle a effectué des paiements.

3.19 Faillites simultanées (art. 216 LP)

Cette disposition légale traite des faillites simultanées de plusieurs coobligés, ce qui veut dire que les diverses procédures de faillite se déroulent dans un même temps et non que les faillites sont prononcées simultanément.

Les cas évidents sont ceux des débiteurs solidaires (art. 143 CO), des cautions solidaires (art. 496 CO), des cautions simples (art. 495 CO), et des cautions conjointes (art. 497 CO), dette divisible où chaque caution garantit sa part et est certificateur de caution pour la part des autres (caution simple pour la part des autres).

Autres cas :

- dommages causés par plusieurs (art. 50 et 51 CO)
- cession d'actif et passif. Responsabilité de celui qui vend et de celui qui acquiert (art.181 CO)
- engagement conjoint des associés (art. 544 al. 3 CO)
- associé d'une SNC, d'une sàrl ou d'une commandite tenue solidairement sur tous leurs biens (art. 568/9, 604, 764 CO)
- les auteurs de l'émission d'actions d'une SA (art. 644 CO)
- les responsables d'une SA ou d'une société coopérative (art. 759/918 CO)
- ceux qui ont tiré, accepté, souscrit, endossé ou avalisé un effet de change (art. 1044/1098/1143 CO)
- les membres de l'indivision (art. 342 CC)

- les héritiers (art. 603/639 CC).

Il est utile de relever que, tant que le créancier n'est pas payé du capital, des intérêts et des frais, les masses n'ont pas de droit de recours les unes contre les autres.

Il se peut que d'autres coobligés ne soient pas en faillite. La masse qui aurait alors payé plus que sa part aurait un droit de recours contre les coobligés qui ne sont pas en faillite, et ceci même si l'autre masse en faillite n'a pas produit un dividende équivalent à sa part. Les recours s'exercent conformément à l'art. 148 CO.

Exemple :
Nous avons quatre codébiteurs pour une créance de Fr. 80'000. Duruz et Guidoux sont en faillite. La masse Duruz offre un dividende de Fr. 11'000. La masse de Guidoux offre un dividende de Fr. 25'000. Les parts que devront payer les deux codébiteurs qui ne sont pas en faillite, normalement de Fr. 20'000 chacune, devront être augmentées du 1/3 de Fr. 9'000 chacune. Ils paieront ainsi Fr. 6'000 dont Fr. 2'000 reviendront à la masse Guidoux.

En attendant d'être payé par les codébiteurs qui ne sont pas en faillite, le créancier conserve l'entier des dividendes reçus des masses en faillite.

3.20 Acompte payé par un coobligé du failli (art. 217 LP)

Les coobligés définis à l'art. 216 LP sont les mêmes que ceux touchés par l'article 217 LP. On souligne que, pour trouver application de cet article, le failli doit être coobligé.

De cet article, il faut retenir essentiellement que le créancier est colloqué pour l'entier de sa créance, même si un autre coobligé a payé un acompte. Cet acompte est mentionné à l'état de collocation mais il n'est pas déduit, le droit de recours du coobligé étant également mentionné.

Le coobligé est subrogé aux droits du créancier, mais ceci seulement à concurrence de son droit de recours contre le failli. L'al. 3 a sa raison d'être du fait que, le créancier étant intervenu pour l'entier de sa créance, il est possible que le dividende ajouté à l'acompte du coobligé dépasse le total de la créance. C'est ce dépassement qui est utilisé pour payer le dividende revenant au coobligé subrogé, le surplus revenant à la masse.

A souligner que la créance récursoire de celui qui a payé une partie de la dette ne peut pas avoir droit à un dividende tant que le créancier principal n'est pas totalement désintéressé (ATF 64 III 45 - JDT 1938 II 101).

Le tiers propriétaire du gage est subrogé aux droits du créancier du failli lorsqu'il a, par la vente du gage ou d'une autre manière, payé un acompte sur la créance. Il est assimilé à un coobligé et a un droit de recours au sens de l'art. 217 al.3 LP sur la part de dividende qui excède la créance (ATF 110 III 112 - JDT 1987 II 13 / ATF 96 III 44 - JDT 1971 II 18 ch.2 B). (Pour la faillite simultanée du tiers propriétaire voir ATF 113 III 128 - JDT 1990 II 11 + notes Gilliéron).

Exemples :

1.	Créance	1000	
	./. acompte coobligé	700	
	Dû au créancier	300	

	Créance produite	1000	
	Dividende 40%	400	
	Dû par la masse au créancier	300	
	Disponible pour la masse	100	
	Droit de recours du coobligé	200	
	Div. 40% s/droit de recours	80	Versés par la masse au coobligé
	ADB au coobligé	120	
	Disponible pour la masse	20	

2.	Créance	1000	
	./. acompte coobligé	700	
	Dû au créancier	300	
	Créance produite	1000	
	Dividende 50%	500	
	Dû par la masse au créancier	300	
	Disponible pour la masse	200	
	Droit de recours du coobligé	200	
	Div. 50% s/droit de recours	100	Versés par la masse au coobligé
	ADB au coobligé	100	
	Disponible pour la masse	100	

3.	Créance	1000	
	./. acompte coobligé	400	
	Dû au créancier	600	
	Créance produite	1000	
	Dividende 70%	700	
	Dû par la masse au créancier	600	
	Disponible pour la masse	100	
	Droit de recours de la masse contre le coobligé	100	

3.21 Faillites SNC et associés (art. 218 LP)

La faillite d'une SNC n'entraîne pas la faillite des associés. Inversement, la faillite d'un associé n'entraîne pas celle de la société (art. 571 CO).

Les associés sont tenus des engagements de la société solidairement et sur tous leurs biens (art. 568 al. 1 CO), mais ils ne peuvent être recherchés personnellement pour les dettes sociales que dans les situations suivantes :

1.- Lorsqu'un associé est en faillite (art. 568 al. 3 CO et 218 al. 2 LP). Les créanciers de la société interviennent et la masse en faillite sera subrogée aux droits des créanciers personnels de la société jusqu'à concurrence du dividende payé par elle. On fera application de l'art. 215 LP. La masse de l'associé poursuivra la SNC et, si cette dernière ne paie pas, on aboutira à sa faillite puis à l'action contre les autres associés solidairement responsables, conformément à l'art. 215 LP.

2.- Lorsque la société est en faillite. L'art. 568 al.3 CO ne dit pas que l'on peut rechercher les associés dès que la société est en faillite. Il dit seulement qu'ils peuvent être recherchés si la société est dissoute ou a été l'objet de poursuites infructueuses. Cela voudrait dire que le découvert doit être constaté pour que l'on puisse s'en prendre aux associés. Ce n'est pas le cas. En effet, selon l'art. 574 CO, la société est dissoute par l'ouverture de sa faillite. Or, les associés peuvent être recherchés si la société est dissoute (art. 568 al.3 CO). En conséquence, les associés peuvent être recherchés dès que la société est déclarée en faillite sans attendre que le découvert soit déterminé.

3.- Lorsqu'une SNC et un associé se trouvent simultanément en·faillite (art. 218 al. 1 LP).
Nous sommes ici dans une position à peu près identique au cas 2 avec une précision qui peut aussi induire en erreur. Cet al. 1 dit en effet que les créanciers ne peuvent faire valoir dans la faillite de l'associé que la somme pour laquelle ils sont renvoyés perdants dans celle de la société. Comme dans le cas no 2 et pour les mêmes raisons, il faut admettre que les créanciers de la société peuvent intervenir immédiatement dans la faillite simultanée de l'associé.

Ils seront colloqués pour l'entier de leurs créances, sous réserve de réduction après fixation du dividende leur revenant dans la faillite de la société. Si la masse de l'associé fait la répartition avant celle de la société, l'administration retiendra le dividende jusqu'à répartition des deniers dans la faillite de la société. On s'inspirera de l'al. 1 de l'art. 210 LP (créance subordonnée à une condition suspensive). La ou les masses des associés et les associés non en faillite auront un droit de recours entre eux. Nous remarquerons toutefois que la masse de l'associé n'aura un droit de recours qu'à concurrence de ce qui dépasse sa quote-part et que, si tous les associés sont en faillite, les masses n'auront de recours entre elles que si le créancier est intégralement payé (art. 216 al. 3 LP).

Les associés sont, vis-à-vis des tiers, des codébiteurs solidaires avec la réserve qu'ils ne sont que subsidiairement responsables. Si tous ou plusieurs tombent en faillite, on appliquera l'art. 216 LP en ce sens que le créancier de la société pourra intervenir dans la faillite de chacun des associés pour toute la somme pour laquelle il est renvoyé perdant dans la faillite de la société. Si un associé non failli a payé un créancier, cet associé dispose d'un droit de recours contre la masse de la société puis, pour le découvert, contre les autres associés pour la somme qu'il a payée en trop. S'il n'a payé qu'une partie, il sera fait application de l'art. 217 LP.

Dans la faillite de l'associé, les créanciers sociaux ont les mêmes droits que les créanciers personnels.

3.22 Droits de recours des masses (art. 216 - 218 LP)

Ces droits sont réglés par les art. 148 CO et 216, 217 LP.

On peut dégager quelques principes qui seront valables non seulement en cas de faillites simultanées de divers membres d'une SNC, mais encore en cas de faillites simultanées de divers coobligés en général :

- Si les dividendes des masses en cause ne couvrent pas le créancier en capital, intérêts et frais, aucune égalisation ne peut avoir lieu entre les masses (art. 216 al. 3 LP). Le créancier conserve tous les montants et a encore le droit de réclamer aux coobligés qui ne seraient pas en faillite le solde non couvert de sa créance. Ce qui n'aura pas été récupéré des masses en faillites sera à charge des coobligés non en faillite à parts égales (148 al. 3 CO).

- Si l'ensemble des dividendes payés par les masses des coobligés en faillite est supérieur à ce qui est dû au créancier, l'excédent est dévolu aux masses qui ont attribué un dividende supérieur à la part dont elles étaient tenues à l'égard des coobligés (art. 216 al. 2 LP).

- Si une masse en faillite a payé au-delà de sa part et qu'une autre a payé un montant inférieur à sa part et que d'autres coobligés non en faillite assument leur part, la masse en faillite qui a trop payé pourra exiger des coobligés non en faillite qu'ils prennent en charge la couverture du montant non couvert par la deuxième masse de façon à restituer à la première masse une quote-part de ce qu'elle a payé en trop.

- Une masse d'un coobligé qui aurait payé au-delà de sa quote-part peut intervenir dans la masse en faillite d'un autre coobligé pour le total de ce qu'elle a payé conformément à l'art. 217 LP. Néanmoins, elle ne pourra pas recevoir davantage que ce qu'elle a payé en plus de sa quote-part.

3.23 Créance garantie par une caution (507 CO)

Il faut distinguer la faillite de la caution, faillite dans laquelle le créancier peut faire valoir sa créance et qui est réglée par l'art. 215 LP, de la faillite du débiteur principal cautionné dans laquelle le créancier est tenu de produire. C'est cette dernière situation que ce chapitre règle.

3.23.1 Définition

Le cautionnement est un contrat par lequel une personne s'engage envers le créancier à garantir le paiement de la dette contractée par le débiteur (art. 492 al.1 CO).

Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable. Une obligation future ou conditionnelle peut être garantie pour l'éventualité où elle sortirait effet (art. 492 al. 2 CO).

Si le débiteur est déclaré en faillite, le créancier est tenu de produire sa créance et de faire tout ce qui peut être exigé de lui pour sauvegarder les droits. Il doit porter la faillite à la connaissance de la caution dès qu'il en est lui-même informé. Si le créancier omet l'une de ces formalités, il perd ses droits contre la caution à concurrence du préjudice résultant pour elle de cette omission (art. 505 CO).

La caution est subrogée aux droits du créancier à concurrence de ce qu'elle lui a payé. Elle peut les exercer dès l'exigibilité de la dette (art. 507 al. 1 CO).

3.23.2 En pratique

A l'état de collocation, la créance du créancier principal sera colloquée en indiquant sous observation la caution qui y est liée pour autant que l'OCF en ait connaissance.

La décision de la collocation sera formulée ainsi :

la créance est admise sous réserve du paiement total ou partiel de la caution x.

Plusieurs cas de figure peuvent se présenter :

1. La caution paie en totalité le créancier:

   - la caution est subrogée dans les droits du créancier principal. A l'état de collocation, le nom du créancier principal est remplacé par celui de la caution quand bien même la caution ne s'est pas manifesté;
   - la caution peut obtenir la cession des droits de la masse (art. 260 LP).

2. La caution paie en partie le créancier :

   - s'il a produit, le créancier est porté à l'état de collocation;
   - la créance du créancier est alors réduite à concurrence du montant payé par la caution;
   - la caution est colloquée en qualité de subrogée (procédure "subrogation" comme pour un salaire subrogé par la LACI/ICI);
   - le solde de la créance est colloqué comme créance conditionnelle (art. 210 LP). En effet, la créance de la caution est subordonnée à une condition suspensive (art. 210 LP). Le dividende est consigné jusqu'à l'avènement de la condition, à savoir le paiement de la caution en mains du créancier;
   - la caution peut obtenir la cession des droits de la masse (art. 260 LP).

3. La caution ne paie pas le créancier. Peu importe si le créancier produit ou non dans la faillite. Pour préserver ses droits, la caution produit :

   - s'il a produit, le créancier est porté à l'état de collocation;
   - la caution est colloquée en qualité de subrogée (comme pour un salaire subrogé par la LACI/ICI);
   - la caution est colloquée à titre provisoire. En effet, la créance de la caution est subordonnée à une condition suspensive (art. 210 LP). Le dividende est consigné jusqu'à l'avènement de la condition, à savoir le paiement de la caution en mains du créancier.

3.23.3 Prêt COVID : droits de gage

Comment traiter le droit de gage réclamé par la caution d'un prêt COVID ?

La caution est subrogée aux droits du créancier à concurrence de ce qu'elle lui a payé. Elle peut les exercer dès l'exigibilité de la dette (art. 507 al. 1 CO).

Illustration : au jour de la faillite, le failli dispose d'un compte créancier (ex. 10'000 fr.) et d'un compte débiteur (ex. 500'000 fr.). Ce dernier se trouve en lien avec un prêt COVID garanti par une caution. Le compte créancier est inventorié dans les actifs de la faillite (le montant doit être versé en mains de l'OCF). Pour le compte débiteur (prêt COVID), la banque fait appel à la caution qui rembourse 500'000 fr. à la banque. La caution fait valoir un droit de gage sur le compte créancier. Le droit de gage sur le compte créancier est admis en faveur de la caution.

4. Absence de production

Lorsque, ensuite de la publication d'ouverture de la faillite avec appel aux créanciers, aucune production n'a été enregistrée, il ne sera pas établi d'état de collocation et le dossier sera mis en liquidation à l'instar d'une faillite suspendue pour défaut d'actif.

5. Vérification des productions par le failli

5.1 Personne physique dont l'adresse est connue, en qualité de failli ou de représentant d'une personne morale

A l'expiration du délai pour les productions, le failli doit être consulté sur chaque production conformément aux articles 244 LP et 55 OAOF. Il est également important de consulter le failli au sujet des productions tardives. Dans ce cas, la convocation devra être envoyée au moyen de la ***lettre ORFEE 4001*** (personne physique) ***et lettre ORFEE 4002*** (personne morale):

a) Si le débiteur ne se présente pas, il y a lieu d'indiquer, dans l'application « Faillites », que le failli reconnaît la créance. Dans cette hypothèse, l'acte de défaut de biens renfermera cette mention et ce document vaudra reconnaissance de dette au sens de l'article 82 LP.

b) S'il se présente et ne conteste aucune production, il devra en être fait mention dans l'application.

c) S'il se présente et conteste tout ou partie des productions, dans l'application, il y a lieu d'en faire mention. Sur la liste des productions, il faut indiquer les productions contestées.

5.2 Succession répudiée ou personne physique en fuite (sans adresse connue), en qualité de failli ou de représentant d'une personne morale

a) Dans ce cas, l'application « Faillites » doit interpréter que le failli n'a pu être consulté pour cette créance. Pour cela, il ne faut « rien faire ». Sur la liste des productions, il est nécessaire d'indiquer que le failli n'a pu être consulté en précisant la raison (débiteur décédé, en fuite, etc.).

b) En revanche, si après analyse des productions, l'OCF a un doute au sujet de l'intervention d'un créancier, et que les éléments au dossier ne lui permettent pas de prendre position en connaissance de cause, il a la faculté de convoquer une personne adulte de son ménage au moyen de la ***lettre ORFEE 4003***.

   Ces documents pourront être adaptés suivant les circonstances. Si ce tiers ne se présente pas et que par conséquent l'OCF n'est pas en mesure d'obtenir les indications au sujet des productions, il sera fait application des dispositions mentionnées sous 2. a) ci-dessus. En principe, le tiers ne peut être contraint par la force de se présenter.

c) Si le tiers se présente et conteste tout ou partie des productions, il devra en être fait mention dans l'application. Sur la liste des productions, l'OCF devra préciser les productions contestées et indiquer qui a été entendu, avec date et signature du représentant du failli et du chargé de faillites.

6. Production tardive

Les productions en retard sont admises jusqu'à la clôture de la faillite (art. 251 al. 1 LP). Par clôture, on entend jusqu'à ce que le jugement de clôture soit prononcé (ATF 138 III 437; JdT 2013 II 443).

Les frais occasionnés par le retard sont à la charge du créancier lequel peut être astreint à une avance (art. 250 al. 2 LP).

6.1 Principe

Lorsque l'état de collocation a déjà été déposé et publié et que l'OCF reçoit une production tardive, l'OCF doit, au moyen de la ***lettre ORFEE 4006***, requérir du créancier "tardif" le paiement des frais de CHF 126.80 correspondant à :

- 40.00 : frais de publication dans la FAO
- 15.00 : frais de publication dans la FOSC
- 5.00 : émolument de versement (frais FOSC)
- 40.00 : émolument de publication FAO et FOSC
- 21.80 : émolument et frais de port pour la lettre 4006 (2 pages)
- 5.00 : émolument d'encaissement pour les frais réclamés

1. Si, dans le délai imparti, le créancier n'a pas versé les frais, la production sera classée sans être traitée.
2. Si le créancier verse les frais, le chargé de faillites analyse la production et détermine si elle doit être admise. Le cas échéant, des pièces justificatives seront requises. De plus, le failli sera avisé au moyen de la ***lettre ORFEE 4008*** lui impartissant un délai pour qu'il se prononce sur la production. Sa détermination sera consignée conformément à la procédure décrite sous chapitre 4.
    a. Si la production est admise en totalité ou en partie (art. 69 OAOF), l'OCF doit procéder à la publication de la modification de l'état de collocation.
    b. Si la production est écartée, l'OCF notifie la décision au créancier après l'avoir inscrit à l'état de collocation. Aucune publication ne sera effectuée.

Si la créance paraît d'emblée devoir être rejetée (exemple : la production ne concerne pas la faillite), il appartient au chargé de faillites de prendre la décision de rejet sans demander les frais.

Dans le cas où le créancier produit entre la distribution des deniers et le jugement de clôture, l'OCF doit enregistrer la créance et suivre la procédure décrite dans ce chapitre. Ainsi, pour autant que la créance soit admise, le créancier recevra un acte de défaut de biens.

Si plusieurs créanciers produisent en retard, les frais seront réclamés à chacun d'entre eux.

6.2 Exception

Si, lors de la réception de la production tardive, l'état de collocation doit être déposé et publié à nouveau et que les frais de cette nouvelle publication sont mis à la charge de la masse en faillite (exemple : collocation suspendue selon 59 al. 3 OAOF, production complémentaire d'une caisse AVS), les frais ne seront pas réclamés au créancier ayant produit en retard.

7. Dividende - état de collocation

7.1 Préambule

Le dividende prévisible sert au calcul de la valeur litigieuse (*ratione valoris*) et doit figurer sur l'état de collocation et les avis y relatifs en pourcentage du montant de la production.

7.2 Calcul du dividende

Le montant du dividende peut être déterminé par la comparaison des masses active et passive. Ainsi, le montant des actifs, (après déductions des frais) selon l'estimation de l'inventaire, par rapport au montant du passif révélé par les productions déterminera le dividende en pourcentage de la production. (Exemple : Actif Fr. 50'000.00 (après déductions des frais) ; Passif Fr. 150'000.00 : Dividende prévisible 30 %).

7.3 Masse active

Dans le montant de l'actif pour le calcul du dividende, il y aura lieu de ne pas tenir compte des biens déclarés insaisissables, cf. art. 224 LP.

Par contre, les biens revendiqués, mais dont la revendication est contestée, entreront en ligne de compte pour déterminer le montant de l'actif. Les autres biens revendiqués ne seront pas pris en considération.

7.4 Masse passive

Dans la détermination du montant du passif, il devra être tenu compte de toutes les productions, même celles qui sont contestées par l'administration de la faillite (JdT 1940 II 120 ; JdT 1956 II 63). Il devra naturellement être tenu compte des privilèges des gages et des classes.

7.5 Frais

Les émoluments, débours et frais de la masse devront être estimés en fonction de la complexité de la faillite et des difficultés qui pourront être rencontrées dans la procédure de réalisation.

7.6 Pratique

Pour le calcul à proprement dit, il pourra être utilisé le ***Formulaire 00_06***.

8. Modification et révision (reconsidération) de l'état de collocation

Selon l'art. 65 OAOF, l'OCF peut revenir sur sa décision instrumentée dans l'état de collocation pendant le "délai d'opposition", soit pendant le délai durant lequel l'état de collocation est déposé et qu'un intervenant doit observer pour ouvrir une action en contestation de l'état de collocation sous peine de déchéance.

En dehors de ce cas, il n'est pas possible de modifier l'état de collocation.

Cela dit, la jurisprudence[20] a ouvert la voie de la révision (reconsidération) qui permet de remettre en cause un état de collocation passé en force lorsqu'il s'avère que :

- une prétention a été admise ou écartée manifestement à tort,
- un rapport de droit s'est modifié après la collocation,
- des faits nouveaux justifiant une révision sont établis.

[20] ATF 111 II 84; JdT 1985 I 578. Voir également Gilliéron, Commentaire LP, art. 250, n° 38.

Ce mode de procéder est toutefois réservé à des cas tout à fait particuliers et où existent des raisons graves le justifiant[21], les motifs de révision devant être connus ou réalisés après l'entrée en force de l'état de collocation[22].

9. Productions de l'AFC Genève

9.1 Justification

En application de l'article 59 OAOF, le créancier qui produit sa créance dans une faillite doit la justifier. Cette règle s'applique également à l'administration fiscale cantonale (ci-après : AFC). C'est pourquoi, en l'absence de justificatif, l'OCF fixera un délai de dix jours à l'AFC afin qu'elle présente ses moyens de preuve (décision de taxation [bordereau, sommation, etc.]) au moyen de la ***lettre ORFEE 4004.***

9.2 Etendue de la production

La faillite rend exigibles les dettes du failli (art. 208 LP). Ce principe s'applique aussi aux créances fiscales. Par conséquent, lorsque la faillite a été prononcée en cours d'année, l'OCF doit écarter la production correspondant à la période post- faillite. En principe, les productions de l'AFC doivent être établies sur la base de ce critère. A défaut, l'OCF devra lui signifier la décision d'écarter la partie de la créance post-faillite. Par mesure de simplification, l'OCF invitera l'AFC à corriger sa production et à la chiffrer exactement (voir ci-dessous chapitre 9.4, ***lettre ORFEE 4017***). Lorsqu'il s'agit d'une succession répudiée, l'élément déterminant pour arrêter la prétention qui devra être prise en considération est la date du décès.

9.3 Production « provisoire »

Lorsque la production de l'AFC est provisoire, l'OCF la colloquera à l'état de collocation dans son intégralité et il sera fait application de l'article 59 al. 3 in fine OAOF. Ainsi, une remarque sera insérée sous « observation », à savoir : « *Créance provisoire, susceptible de modification. En cas d'augmentation, l'état de collocation sera complété puis déposé et publié à nouveau, frais à charge du créancier - art. 59 al. 3 in fine OAOF* ».

9.4 Production « définitive »

Au plus tard au moment de la distribution des deniers, il y a lieu de demander au moyen de la ***lettre ORFEE 4017*** de faire parvenir dans un délai de 10 jours la production définitive. Puis :

1. si <u>avant la clôture de la faillite, c'est-à-dire avant la répartition du produit de réalisation</u>, la décision sur la production provisoire est connue, l'OCF devra agir comme suit :

   - <u>La somme définitive due à l'AFC est identique ou inférieure au montant produit</u> :

     Dans l'une ou l'autre de ces hypothèses, il n'y a pas lieu de publier un état de collocation complémentaire. Les sommes mentionnées sous « Montant produit » et « Montant admis » seront, suivant la décision de taxation définitive, soit maintenues, soit corrigées à la baisse (barrées). Une remarque sera inscrite sous la rubrique « observation » , à savoir : « *Créance maintenue à fr. …. [ou diminuée à fr…..], selon décision de taxation définitive du ……... . ».*

   - <u>La somme définitive due à l'AFC est supérieur au montant produit</u> :

[21] ATF 98 III 70, JdT 1973 II 5-6, c.3.
[22] ATF 102 III 159-160, c. 3, rés. JdT 1978 II 127.

- L'OCF devra informer l'AFC que l'état de collocation devra être modifié et publié à nouveau. Le versement d'un montant de CHF 126.30 devra être exigé à l'AFC afin de couvrir le coût relatif à ces opérations. Dans le courrier adressé à ce créancier (***lettre ORFEE 4011)***, il est utile de rappeler le dividende probable.

  Si l'AFC effectue le versement des frais :
  - Les sommes mentionnées dans les colonnes « Montant produit » et « Montant admis » devront être corrigées (barrées) et une remarque sera inscrite sous la rubrique « observation » , à savoir : « *Créance augmentée à fr. …., selon décision de taxation définitive du …… . Etat de collocation modifié le …. et publié le….. dans la FAO et la FOSC* » ;
  - le failli sera consulté au moyen de la ***lettre ORFEE 4012***. Pour le surplus, la directive n°18 s'applique.

  Si l'AFC **n**'effectue **pas** le versement des frais :
  - Les sommes mentionnées dans les colonnes « Montant produit » et « Montant admis » demeureront inchangées et une remarque sera inscrite sous la rubrique « observation » , à savoir : « *Malgré l'augmentation de la créance à fr. …., selon décision de taxation définitive du ……, l'état de collocation n'est pas modifié dès l'instant où le créancier y a renoncé ».*

2. si avant la clôture de la faillite, c'est-à-dire avant la répartition du produit de réalisation, la décision sur la production provisoire **n**'est **pas** encore connue, l'OCF devra consigner le dividende revenant à l'AFC et clôturer le dossier. Lors de la liquidation, une remarque dans ce sens sera inscrite sous la rubrique « observation », à savoir : « *Lors de la répartition du produit de réalisation, la décision de taxation définitive n'étant pas encore connue de l'OCF, le dividende de fr. …… revenant à ce créancier est consigné jusqu'à droit connu. ».* Après la clôture, lorsque la décision sur la production provisoire sera connue, les cas de figure suivants pourront se présenter :

   - La somme définitive due à l'AFC est identique ou supérieure* au montant produit :

     Dans l'une ou l'autre de ces hypothèses, le dividende consigné sera distribué à l'AFC et un acte de défaut de biens lui sera adressé pour son découvert. Les sommes mentionnées sous « Montant produit » et « Montant admis » seront maintenues quelle que soit la décision de taxation définitive. Une remarque sera inscrite sous la rubrique « observation » , à savoir : « *Créance maintenue à fr. ……. [ou augmentée à fr. ……..]*, selon décision de taxation définitive du ……. . Le dividende consigné est versé le …… à l'AFC et un acte de défaut de biens de fr. …. lui est adressé le …… pour son découvert. [Dès l'instant où la répartition du produit de réalisation a déjà eu lieu, la créance admise initialement à l'état de collocation n'est pas modifiée à la hausse]*».*

     Quand bien même la décision de taxation définitive porterait sur un montant supérieur à la somme produite initialement, en aucun cas l'AFC peut bénéficier du dividende sur cette différence dès l'instant où la faillite est déjà clôturée. L'acte de défaut de biens ne pourra également pas être modifié.

     Enfin, si la somme définitive due à l'AFC est supérieure au montant produit, le failli sera consulté au moyen de la ***lettre ORFEE 4012***. Pour le surplus, la directive n°18 s'applique.

- La somme définitive due à l'AFC est inférieure au montant produit :

  Dans cette hypothèse, le dividende devra être corrigé en fonction de la diminution de la créance due à l'AFC. Une remarque sera inscrite sous la rubrique « observation » , à savoir : « *Créance diminuée à fr. …., selon décision de taxation définitive du …… . Le dividende consigné a été corrigé. Il s'élève désormais à fr. …… et il est versé le ….. à l'AFC. Un acte de défaut de biens de fr. …. lui est adressé le …… pour son découvert ».*

  Pour le surplus, les règles applicables en matière de versement de dividende consigné, après la clôture de la faillite, sont applicables. Ainsi, lorsqu'il subsiste un disponible, il sera nécessaire de définir, de cas en cas, si une nouvelle répartition en faveur des autres créanciers devra intervenir. L'élément qui devra guider le praticien sera déterminé en fonction du coût engendré par une telle opération.

10. Productions des caisses AVS sur les salaires

Les créances AVS/AI/APG/AC doivent être colloquées en application des directives de la Confédération.

Cf. en particulier la directive DP sur la perception des cotisations dans l'AVS, AI et APG.

Aux termes de l'art. 16, al. 2, LAVS, les créances de cotisations pour lesquelles un acte de défaut de biens après poursuite ou après faillite a été délivré sont également atteintes par la prescription. Les art. 149a, al. 1, et 265, al. 2, LP ne sont pas applicables aux créances de cotisations.

10.1 Applicabilité

Cette directive est applicable aux caisses AVS.

Les principales caisses sur le canton de Genève sont : la Caisse cantonale genevoise de chômage (CCGC) et la Caisse interprofessionnelle AVS de la fédération des entreprises romandes (FER-CIAM), mais également aux trois caisses de deuxième pilier suivantes dont le contentieux est géré par la FER CIAM :

- Caisse inter-entreprise de prévoyance professionnelle ;
- Prévoyance professionnelle des métiers de la construction second œuvre
- Prévoyance professionnelle de l'industrie automobile.

10.2 Problématique

Les caisses doivent produire notamment pour la part employeur sur les salaires produits. Or, ce n'est que lors du dépôt de l'état de collocation – date à laquelle les salaires produits sont connus – que les caisses peuvent faire valoir définitivement leur production de créance. Pour éviter que l'OCF ne soit amené à déposer et publier un nouvel état de collocation à chaque fois que l'état de collocation est modifié sur les salaires produits, les caisses produiront dans un premier temps provisoirement, puis définitivement au moment de liquider.

10.3 Justification

En application de l'article 59 OAOF, le créancier qui produit sa créance dans une faillite doit la justifier. Cette règle s'applique également aux caisses.

A titre de pièces justificatives, les caisses produisent un relevé de compte qui doit être certifié conforme.

10.4 Production « provisoire »

Lorsque la production des caisses est provisoire, l'OCF la colloquera à l'état de collocation dans son intégralité et il sera fait application de l'article 59 al. 3 in fine OAOF. Ainsi, une remarque sera insérée sous « observation », à savoir : « *Créance provisoire, susceptible de modification. En cas d'augmentation, l'état de collocation sera complété puis déposé et publié à nouveau - art. 59 al. 3 in fine OAOF* ».

10.5 Production « définitive »

Au plus tard au moment de la distribution des deniers, il y a lieu de demander au moyen de la ***lettre ORFEE 4017*** de faire parvenir dans un délai de 10 jours la production définitive. Puis :

- La production définitive est identique ou inférieure au montant produit provisoirement :

  Il n'y a pas lieu de publier un état de collocation complémentaire. Les sommes mentionnées sous « Montant produit » et « Montant admis » seront, suivant la production définitive, soit maintenues, soit corrigées à la baisse (barrées). Une remarque sera inscrite sous la rubrique « observation » , à savoir : « *Créance maintenue à fr. …. [ou diminuée à fr…..] selon production définitive du ... . ».*

- La production définitive est supérieure au montant produit provisoirement :

  - Il y lieu de publier un état de collocation complémentaire.
  -
  - Aucune couverture de frais ne sera requise si l'augmentation concerne les salaires produits. Les frais sont donc supportés par la masse.
  -
  - Dans le cas où l'augmentation ne concerne pas les salaires produits, le versement d'un montant de CHF 126.30 devra être exigé aux caisses afin de couvrir le coût relatif à ces opérations. Dans le courrier adressé aux caisses (***lettre ORFEE 4009****)* (adapter la lettre si le destinataire est la CCGC), il est utile de rappeler le dividende prévisible.

  Si aucune couverture de frais n'est requise ou si la caisse effectue le versement des frais :

  - Les sommes mentionnées dans les colonnes « Montant produit » et « Montant admis » devront être corrigées (barrées) et une remarque sera inscrite sous la rubrique « observation » , à savoir : « *Créance augmentée à fr. …., selon production définitive du …… . Etat de collocation modifié le …. et publié le….. dans la FAO et la FOSC* » ;
  - le failli sera consulté au moyen de la ***lettre ORFEE 4010*** (adapter la lettre si le destinataire est la CCGC). Pour le surplus, le chapitre n°5 s'applique.

  Si la caisse **n**'effectue **pas** le versement des frais :

  - Les sommes mentionnées dans les colonnes « Montant produit » et « Montant admis » demeureront inchangées et une remarque sera inscrite sous la rubrique « observation » , à savoir : « *Malgré l'augmentation de la créance à fr. …., selon production définitive du ……, l'état de collocation n'est pas modifié dès l'instant où le créancier y a renoncé ».*

11. Productions de la TVA

11.1 Périodes fiscales et art 219 LP

Faillites ouvertes avant le 01.01.2014

Les créances fiscales nées jusqu'au 31 décembre 2009 sont colloquées en troisième classe. Celles qui ont pris naissance du 1er janvier 2010 au 31 décembre 2013 sont colloquées de manière privilégiée en deuxième classe.

Faillites ouvertes dès le 01.01.2014

Les créances TVA sont colloquées en 3ème classe quelle que soit la date de naissance de la créance.

11.2 Justification

En application de l'article 59 OAOF, le créancier qui produit sa créance dans une faillite doit la justifier. Cette règle s'applique également à la TVA.

A titre de pièces justificatives, la TVA produit un relevé de compte.

11.3 Production « provisoire »

La mention "provisoire" indiquée dans les productions TVA fait allusion à la terminologie fiscale issue de l'art. 86 LTVA. En effet, tant que l'année fiscale n'est pas entrée en force (5 ans), les périodes de décomptes y relatives (trimestres ou semestres) restent fiscalement provisoires. Toutefois, l'encaissement peut naturellement débuter sans attendre l'entrée en force. Il suffit au contribuable de contester le montant pour que l'encaissement ou la collocation définitive soient suspendus (art. 89 al. 2 LTVA).

Ainsi, la production TVA "provisoire" doit être considérée comme "définitive".

12. Productions du Service cantonal de la fourrière

Le Service cantonal de la fourrière (ci-après : SCF) doit faire valoir sa production pour toutes créances liées aux frais de mise en fourrière d'un véhicule dont le failli ou le défunt serait détenteur.

Peu importe la date de la mise en fourrière.

Faute de base légale, le SCF n'est au bénéfice d'aucun droit de gage mobilier. Le cas échéant, le droit de gage sera écarté.

13. Rentes AVS/AI/LPP

13.1 En cas de succession répudiée

Le droit à la rente (complémentaire) de vieillesse (AVS, LPP) et d'invalidité (AI) s'éteint à la fin du mois du décès de son bénéficiaire.

Les rentes (complémentaires) versées après le mois du décès jusqu'au jour de l'ouverture de la faillite entrent dans la masse active de la succession.

Les demandes en restitution des montants versés après le mois du décès sont traitées ainsi :

- **Rentes versées jusqu'à l'ouverture de la faillite** : la créance doit être inscrite à l'état de collocation. Toute demande de restitution à titre de dette de masse doit être refusée au moyen de la ***lettre ORFEE 1024***.

- **Rentes versées à partir de l'ouverture de la faillite** : La créance peut être admise en dette de masse, pour autant que le solde disponible sur le compte bancaire sur lequel les rentes ont été versées soit suffisant au moment du transfert sur le compte bancaire de l'OCF.

13.2 Rétroactif d'une rente AI

Suite à une décision sur l'octroi d'une rente invalidité (AI) intervenue avant le jugement de faillite, le rétroactif des rentes versées en faveur du failli/défunt est traité ainsi :

- **Faillite :** L'OCF doit laisser le rétroactif de la rente à la libre disposition du failli (art. 224 et 92 LP). Ce type de prestation échappe entièrement à la masse, laquelle ne peut en restreindre la disposition, que ce soit avant ou pendant la procédure de faillite.
  Par conséquent, l'OCF n'a pas à intervenir lorsqu'une cession de créance a été consentie par le failli en faveur d'un tiers (par exemple l'Hospice général) ayant octroyé des avances. Tout montant éventuellement reçu par l'OCF doit être reversé au failli, après information du tiers concerné.

- **Succession répudiée** :
  - **Rétroactif versé jusqu'à l'ouverture de la faillite** : La créance doit être portée à l'état de collocation. Le tiers ayant versé une avance et bénéficiant d'une cession de créance dispose d'un droit de gage mobilier, lequel doit être mentionné à l'état de collocation. Les justificatifs nécessaires (cession de créance) doivent être produits ; à défaut, la créance est écartée.

  - **Rétroactif versé à partir de l'ouverture de la faillite** : La créance du tiers ayant versé une avance et bénéficiant d'une cession de créance peut être admise en dette de masse, pour autant que le solde disponible sur le compte bancaire sur lequel les rentes ont été versées soit suffisant lors du virement sur le compte bancaire de l'OCF.

14. Production de salaire

14.1 Base légale

Les articles 219 al. 4 première classe litt. a, a^{bis} et a^{ter} LP disposent :

> *Art. 219, al. 4,*
> Les créances non garanties ainsi que les créances garanties qui n'ont pas été couvertes par le gage sont colloquées dans l'ordre suivant sur le produit des autres biens de la masse:
>
> *Première classe*
> a. les créances que le travailleur peut faire valoir en vertu du contrat de travail et qui sont nées ou devenues exigibles pendant les six mois précédant l'ouverture de la faillite ou ultérieurement, au total jusqu'à concurrence du montant annuel maximal du gain assuré dans l'assurance-accidents obligatoire;
>
> a^{bis}. les créances que le travailleur peut faire valoir en restitution de sûretés;
>
> a^{ter}. les créances que le travailleur peut faire valoir en vertu d'un plan social et qui sont nées ou devenues exigibles pendant les six mois précédant l'ouverture de la faillite ou ultérieurement.

14.1.1 Conditions

Pour pouvoir admettre le privilège de 1ère classe d'une créance salariale, les conditions suivantes doivent donc être remplies :

- **Travailleur** (14.1.1.1)

- **Créance salariale** (14.1.1.2) découlant d'un rapport de travail dont la cause est
- **Délai** (14.1.1.3) : née ou est devenue exigible dans une période de six mois avant la déclaration de faillite (sans compter les périodes de suspension) ou ultérieurement
- **jusqu'à concurrence du montant annuel maximal du gain assuré dans l'assurance-accidents obligatoire** (14.1.1.4)

14.1.1.1 Travailleur

Le terme de "travailleur" englobe les termes d'employés, d'ouvriers, d'apprentis, de représentants, etc. et il englobe aussi celui du travailleur à domicile.

Cette notion implique un rapport de subordination du travailleur à l'égard de son employeur.

Les dirigeants de l'entreprise (directeur, administrateur, gérant) ne se trouvent pas dans un rapport de subordination[23]. Le fait que le dirigeant joue un rôle d'homme de paille ou prétend ne pas avoir assumé dans les faits sa fonction d'organe n'est pas relevant. Leurs créances doivent donc être colloquées en 3ème classe.

En cas d'emploi dit temporaire, les employés concernés ont des prétentions de salaire à l'égard de la société de travail temporaire, mais pas à l'égard de la société qui fait appel à leur service. L'employé entretient des rapports de travail avec la société de travail temporaire et non pas avec le loueur de services.

14.1.1.2 Créance salariale

La notion de "salaire" découle de :

- contrat individuel de travail (art. 319 ss CO)
- contrat collectif (art. 356 ss CO)
- contrats dits "spéciaux" tels que
  - contrat d'apprentissage (art. 344 ss CO)
  - contrat d'engagement des voyageurs de commerce (art. 347 ss CO)
  - travail à domicile (art. 351 ss CO).

Les créances du mandataire dans le contrat de mandat ou de l'entrepreneur dans le contrat d'entreprise ne pourront donc être assimilés à un salaire ce qui les privera du privilège y relatif.

Sont considérés au titre de créances de salaire, les points suivants :

- les heures supplémentaires (art. 321*c* CO)
- le salaire en nature - entretien et logement - (art. 322 CO)
- la participation au résultat de l'exploitation (art. 322*a* CO)
- la provision (art. 322*b* CO)
- la gratification (art. 322*d* CO)
- le remboursement des frais résultant du fait que l'employé a fourni ses propres instruments et matériaux (art. 327 al. 2 CO)
- frais de repas "à l'extérieur" (art. 327*a* CO)
- frais d'utilisation du véhicule propre (art. 327*b* CO)
- créances découlant de la protection de la personnalité de l'employé (art. 328 CO)
- créances découlant du droit aux vacances et congés (art. 329 CO)
- la contre-valeur des sûretés fournies à moins que celles-ci puissent être valablement revendiquées et restituées (art. 330 CO)

[23] ATF 5C.83/2005

- la créance découlant d'une invention par l'employé (art. 332 al. 4 CO)
- l'indemnité pour résiliation abusive du contrat de travail (art. 336*a* CO)
- l'indemnité que l'employé pourrait demander si l'employeur n'est pas en mesure de lui fournir des sûretés à cause de son insolvabilité (art. 337*a* CO)
- les indemnités découlant de la résiliation immédiate du contrat de travail (art. 337*b* et 337*c* CO)
- créances de l'apprenti (art. 344 ss CO)
- créances du voyageur de commerce (art. 347 ss CO)
- créances du travailleur à domicile (art. 351 ss CO)
- les intérêts de la créance de salaire, ceux-ci étant des accessoires de la dette principale et qui suivent par là-même le sort de la créance de salaire
- les frais de poursuite y compris les frais éventuels de mainlevée.

En revanche, les frais d'un procès ordinaire et les frais de mandataire ne sont pas privilégiés.

14.1.1.3 Délais

14.1.1.3.1 Computation des délais

Il s'agit de déterminer la manière de calculer le semestre précédant l'ouverture de la faillite. Ce délai se calcule à partir du jour du prononcé de la faillite. Pour la computation des délais, c'est la règle de l'article 31 alinéa 2 LP qui s'applique :

> *Le délai fixé par mois ou par années expire le jour qui correspond, par son quantième, à celui duquel il court; s'il n'y a pas de jour correspondant dans le dernier mois, le délai expire le dernier jour dudit mois.*

14.1.1.3.2 *Naissance et exigibilité de la créance*

Depuis le 1er janvier 2005[24], l'art. 219 LP a été complété en ce sens qu'outre les **créances nées pendant le semestre précédant l'ouverture de la faillite**, les créances **devenues exigibles** pendant cette période jouissent également du privilège de la collocation en première classe.

Vacances

Une créance en espèces pour des vacances non prises naît dès l'ouverture de la faillite[25]. Elle doit donc être colloquée intégralement en 1ère classe.

13ème salaire

Le 13e salaire est généralement échu le 31 décembre de l'année courante. La faillite rendant les prestations pécuniaires exigibles, l'intégralité du 13e salaire *de l'année courante* doit ainsi être colloquée en 1ère classe même si la faillite est prononcée au cours du second semestre.

S'agissant du 13e salaire pour *l'année précédente*, le bénéfice de la première classe sera admis uniquement si la faillite a été prononcée au cours du premier semestre.

Voici quelques exemples illustratifs. On part du postulat que le 13e salaire, selon le contrat de travail, est exigible chaque année le 15 décembre :

[24] Tirés du message du Conseil fédéral http://www.admin.ch/ch/f/ff/2003/5811.pdf.
[25] Voir ATF 131 III 451.

- Si la faillite est ouverte **entre janvier et mi-juin**, le 13e salaire acquis par le travail jusque-là est privilégié, à savoir *pro rata temporis* pour la période s'étendant de janvier à l'ouverture de la faillite. A cela s'ajoute que la totalité du 13e salaire de l'année précédente est également privilégiée, ce dernier étant exigible le 15 décembre de l'année précédente et par là, dans le cadre des six mois déterminants. Cela a pour conséquence une «extension» du privilège à 18 mois

- Si la faillite est ouverte **fin juin**, cela ne change rien quant au résultat. Le privilège englobe le 13e salaire qui est né *pro rata temporis* de janvier à juin.

- Si l'ouverture de la faillite intervient **entre juillet et décembre**, la totalité du 13e salaire, qui a été acquise par le travail jusqu'à l'ouverture de la faillite, est colloquée en première classe – l'ouverture de la faillite entraînant l'exigibilité des créances. Le traitement privilégié ne se limite pas seulement aux six derniers mois.
  Cas : faillite prononcée le 1er octobre - Collocation du 13ème salaire de janvier au 1er octobre.

Gratification et bonus
En revanche, la gratification ou le bonus ne naît pas *pro rata temporis*, mais en totalité au moment convenu. Si ce moment intervient hors délai, le privilège de 1ère classe ne sera pas pris en considération.

14.1.1.3.3 *Suspension du calcul des délais*

Dans les délais fixés pour les créances de première et de deuxième classe, ne sont pas comptés (art. 219, al. 5 LP) :

1. la durée de la procédure concordataire précédant l'ouverture de la faillite;
2. la durée d'un procès sur le fond relatif à la créance (les procédures en mainlevée sont exclues);
3. en cas de liquidation d'une succession par voie de faillite, le temps écoulé entre le jour du décès et la décision de procéder à cette liquidation.

14.1.1.3.4 Effets de la faillite sur le contrat de travail (fiction de résiliation)

En principe, l'OCF n'entre pas dans le contrat de travail entre la personne en faillite et le travailleur. L'OCF adresse un courrier (***lettre ORFEE 3001***) à tous les travailleurs connus afin de les informer de leurs droits.

En application de l'art. 211a al. 1 LP, le travailleur pourra ainsi produire ses prétentions comme si le contrat avait été résilié le jour de la faillite :

> en cas de contrat de durée indéterminée : jusqu'au terme le plus proche de résiliation du contrat, ou

> en cas de contrat de durée déterminée : jusqu'à sa date d'expiration.

Le délai de congé doit être déterminé en fonction du contrat de travail, subsidiairement des CCT/CTT et du Code des obligations (cf. art. 337c CO et ss.).

Lors de la collocation, on imputera sur le montant de la production le montant que le travailleur a épargné par suite de la cessation du contrat de travail, ainsi que le revenu qu'il a tiré d'un autre travail ou le revenu auquel il a intentionnellement renoncé (art. 337c al. 2 CO).

Le travailleur peut se prévaloir de l'art. 337c al. 1 CO et produire ce qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient été résiliés le jour du prononcé de la faillite (art. 337c al. 1 CO), sous réserve des montants qu'il aura pu épargner du fait de la cessation des rapports de travail (art. 337c al. 2 CO).

Autrement dit, le salarié peut réclamer ce qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé ou à la cessation du contrat conclu pour une durée déterminée.

Si le salarié a retrouvé un emploi dans le délai de congé, il doit l'annoncer à l'OCF. Nous devons alors déduire de l'indemnité produite la période de retour à l'emploi.

14.1.1.4 Montant annuel maximal du gain assuré dans la LAA

L'article 219, al. 4, litt. a LP prévoit un montant maximal, jusqu'auquel les créances peuvent être privilégiées en première classe en cas de faillite. Ce montant correspond au gain annuel maximum assuré par l'assurance-accident obligatoire (art. 22 de l'ordonnance du 20 décembre 1982 sur l'assurance-accident, OLAA, RS 832.202), et correspond à un montant de **148'200 francs**.

Cette référence dynamique présente l'avantage d'éviter qu'il soit nécessaire de réviser périodiquement la LP pour adapter le revenu maximal privilégié à la hausse des prix. Cela se fera automatiquement grâce à la mise à jour régulière de l'art. 22 al. 1 OLAA par le Conseil fédéral.

Les articles a bis et a ter ont été créés pour exclure les prétentions qu'ils mentionnent du cadre de la limitation : restitution de sûretés et créances issues d'un plan social.

Le montant effectif du revenu de l'employé dans le cas concret d'application, ou le montant de son revenu assuré selon l'art. 22 OLAA ne joue aucun rôle pour la détermination du revenu maximal privilégié en cas de faillite. Ainsi, dans les deux cas extrêmes suivants, la créance sera admise en 1ère classe de cette manière :

- Production de 30'000 francs (3'000 mensuel) pour 10 mois de salaires non payés avant la faillite
  - Admis en 1ère classe : 18'000 francs
  - Admis en 3ème classe : 12'000 francs
- Production de 120'000 francs pour 1 mois de salaire non payé avant faillite :
  - Admis en 1ère classe : 120'000 francs

Il peut également être utile de préciser que la limitation concerne le salaire brut (comme c'est le cas pour les indemnités en cas d'insolvabilité selon l'art. 52 al. 2 LACI), c'est à dire que les contributions de l'employé à l'AVS et aux caisses de pension sont incluses.

Il convient par ailleurs de souligner que le travailleur n'est pas déchu de ses droits sur la part résiduelle de sa créance puisqu'il pourra toujours la faire valoir en tant que créance ordinaire de troisième classe. Ainsi si la créance de salaire venait à excéder le montant LAA, la différence serait traitée comme une créance de troisième classe, comme celles des autres créanciers.

14.2 Cas particuliers : calculs

Calcul du salaire dans la procédure de faillite

Exemple : ouverture de la faillite le 12 mars 2010

Salaire partiel (par ex. du 1er au 12 mars 2010)

Salaire brut mensuel ÷ jours civils effectifs du mois à faire valoir × jours dus

(exemple: CHF 5'000.- ÷ 31 jours = 161.30 × 12 jours = CHF 1'935.60)

Part du 13e salaire

Par mois entiers : Salaire mensuel brut ÷ 12 mois × mois dus

(exemple : CHF 5'000.- ÷ 12 mois = 416.65 × 2 mois = CHF 833.30)

Par fraction de mois (par ex. du 1er au 12 mars 2010) : montant dû par mois ÷ jours du mois × jours dus

(exemple : CHF 416.65 ÷ 31 jours = 13.44 ; 13.44 × 12 jours = CHF 161.30)

Montant relatif aux vacances

Total des vacances annuelles selon le contrat de travail ou le Code des obligations *(exemple : 20 jours)*

Calcul du facteur vacances par mois : total des vacances annuelles ÷ mois

(exemple : 20 jours de vacances ÷ 12 mois = 1,67 jour par mois)

Montant dû par mois : salaire mensuel brut ÷ jours travail × facteur vacances

(exemple : CHF 5'000.- ÷ 22[26] jours = 227.27 ; 227.27 × 1.67 = CHF 379.55)

Calcul du facteur vacances partiel par fraction de mois (par ex. du 1er au 12 mars 2010) :

facteur vacances ÷ jours de travail × jours de travail effectués *(exemple: 1,67 ÷ 22* jours = 0,0759 × 12 = 0,9)*

Montant dû par fraction de mois : salaire mensuel brut ÷ jours de travail x facteurs vacances partiel

(exemple CHF 5'000.- ÷ 22 jours = 227.25 × 0,9 = CHF 204.55)*

14.3 Intervention de la caisse de chômage

Selon la LACI, la caisse publique d'assurance chômage verse une indemnité au travailleur lorsque l'employeur est en faillite, pour les créances nées dans la période de 4 mois avant la fin des rapports de travail (art. 51). Pour la période après faillite, le travailleur bénéficie des indemnités journalières (art. 8 ss).

Les articles 29 (indemnité de chômage) et 54 (indemnité d'insolvabilité) prévoient que la caisse d'assurance-chômage est subrogée dans les droits du travailleur. Pour cela, la caisse intervient dans le cadre de la faillite en produisant une déclaration du travailleur indiquant la subrogation de la caisse pour les indemnités reçues.

[26] *Nombre de jours moyen par mois = 21.7 jours = 22 jours (arrondi)*

En résumé, lorsqu'un employé dont l'employeur est en faillite a produit une créance pour laquelle il a obtenu un ou des acomptes de la caisse, l'administration de la faillite doit, si les prétentions sont fondées en droit matériel :

- colloquer la créance de la caisse à concurrence de la créance de l'employé;
- colloquer la créance de l'employé pour le solde;
- verser à l'employé le dividende correspondant au solde de la créance pour lequel il a été colloqué;
- verser à la caisse le dividende correspondant à la créance pour laquelle elle a été colloquée.

Si l'employé ne produit pas sa créance, la créance de la caisse sera admise pour autant qu'elle soit dûment justifiée.

Pour le travailleur domicilié à l'étranger, la caisse de chômage de l'Etat de domicile n'intervient en principe pas dans la faillite. Dès lors, lors de l'analyse des productions, il appartient à l'OCF de demander au travailleur de fournir un justificatif permettant de prendre en considération une allocation chômage. Une telle allocation serait ainsi déduite du montant de la production dans la faillite. S'il ne perçoit aucune indemnité, le travailleur doit fournir un document établissant qu'il n'a pas droit aux allocations chômage de son pays (une attestation sur l'honneur peut être admise).

14.4 Charges sociales

Seules les cotisations sociales produites par les caisses peuvent être déduites des salaires produits[27]. Les caisses doivent pour cela établir un décompte des charges sociales pour chaque employé. Dans la mesure où les caisses doivent connaître le montant des salaires produits, ce décompte ne peut être fourni qu'une fois l'état de collocation déposé. Ainsi, A l'état de collocation, la créance du salarié sera colloquée avec la mention "sous réserve des éventuelles déductions sociales".

Nous pouvons rencontrer les cas suivants :

- l'employé produit une créance de salaire brut - pas de productions "charges sociales" : admettre la créance de salaire brut.

- l'employé produit une créance de salaire net - pas de productions "charges sociales" : admettre la créance de salaire net.

- l'employé produit une créance de salaire brut - avec productions "charges sociales" : admettre la créance de salaire brut après avoir déduit les charges sociales - admettre la créance "charges sociales".

- l'employé produit une créance de salaire net - avec productions "charges sociales" : admettre la créance de salaire net - admettre la créance "charges sociales".

15. Production des caisses d'assurance maladie

Les primes d'assurance maladie obligatoire (LAMal - RS 832) doivent être payées à l'avance et en principe tous les mois (art. 90 al. 1 OAMal - RS 832.102). Les primes sont admises pour autant que la créance ait pris naissance avant la faillite (art. 206 LP). Dès lors, à l'état de collocation, seront admises les primes du mois courant.[28]

[27] DCSO/419/05 (publiée).
[28] Voir ATF 110 III 105.

Le privilège dans la faillite existe pour les créances de primes et de participation aux coûts de l'assurance-maladie sociale et ne s'étend pas aux créances de frais de rappel et d'administration de l'assureur.

Il est pour le surplus précisé que les intérêts doivent être colloqués en 2ème classe.

Autrement dit :

- en 2ème classe :
  - la créance pour les primes et pour la participation aux coûts de l'assurance maladie obligatoire, les intérêts y relatifs
  - les frais de poursuite;
- en 3ème classe :
  - les créances de frais de rappel et d'administration de l'assureur, les intérêts y relatifs,
  - les primes pour l'assurance complémentaire (LCA).

Les frais de l'assureur seront admis en principe à concurrence de :
- frais de sommation : CHF 30.00 par prime mensuelle; ce montant comprend les frais de rappel de CHF 10.00;
- frais de réquisition de poursuite :
  - CHF 100.00 pour la première poursuite
  - CHF 50.00 pour les poursuites consécutives

16. Production basée sur un acte de défaut de biens

Un créancier peut produire sa créance sur la base d'un précédent acte de défaut de biens émis par l'office des poursuites (OP).

16.1 Justificatif

Le créancier doit en principe fournir l'original de l'acte de défaut de biens. A défaut, la procédure décrite sous 3.1 sera appliquée.

16.2 Prescription

La créance constatée par un acte de défaut de biens se prescrit par 20 ans à compter de la délivrance de l'acte de défaut de biens; à l'égard des héritiers du débiteur, elle se prescrit au plus tard par un an à compter de l'ouverture de la succession (art. 149a LP). Ce délai d'un an est suspendu pendant le délai de répudiation (art. 567 al. 1 CC; cf. Commentaire romand LP, Bâle 2005, ad art. 149a, n°4). En cas de répudiation, ce délai est suspendu jusqu'au jugement qui ordonne la liquidation de la succession selon les règles de la faillite. Ce délai d'un an peut ensuite être interrompu par l'un des moyens indiqués à l'art. 135 CO.

Exemple : X est décédé le 14 décembre 2016, décès dont Y, seul héritier légal, a eu connaissance le jour-même. Selon jugement du 30 avril 2017, le juge a ordonné la liquidation de la succession répudiée selon les règles de la faillite. L'appel aux créanciers est publié le 15 juillet 2018. Le créancier Z produit en date du 15 août 2018 une créance sur la base d'un acte de défaut de biens émis en 2012. Dans cette affaire, le délai de prescription d'un an a commencé à courir le 1er mai 2017. La prescription était donc acquise le 1er mai 2018 au plus tard. Le créancier Z n'a pas interrompu la prescription avant cette échéance. Donc, la créance de Z doit être écartée.

16.3 Cession des caisses d'assurance maladie

Les compagnies d'assurance maladie peuvent céder la totalité voire une partie seulement de créances basées sur un acte de défaut de biens au service d'assurance maladie. A Genève, c'est l'administration fiscale cantonale, service du contentieux, qui produit les créances.

Lorsque la cession est totale (montant ADB = montant produit), la créance est admise à l'état de collocation.

Lorsque la cession est partielle (montant ADB > montant produit), la créance doit être réduite à l'état de collocation.

16.4 Communication à l'OP

L'OP qui a émis l'acte de défaut de biens ne doit pas être avisé que le titre a été produit.

16.5 Rang et collocation

La délivrance d'un acte de défaut de biens laisse subsister le privilège qui était attaché à la créance[29].

Exemple : production d'une caisse d'assurance-maladie sur la base d'un acte de défaut de biens après saisie (privilège de 2ème classe); ce cas de figure devrait être rare dans la mesure où les assurances-maladie peuvent se faire rembourser (du moins en partie) auprès du canton;
dans la faillite : collocation en 2ème classe.

Le privilège dont bénéficie une créance subsiste pour autant que les conditions de temps fixées par l'article 219 LP soient respectées. Certaines créances ont en effet un privilège limité dans le temps (ex : créances salariale et d'aliments qui sont limités aux 6 mois qui précèdent l'ouverture de la faillite). Ainsi, lorsque l'acte de défaut de bien après saisie est délivré, le privilège n'existe en principe plus.

16.6 Retour d'un ADB

En cas de suspension pour défaut d'actifs, le créancier qui a produit par anticipation peut demander qu'on lui retourne l'acte de défaut de biens.

Dans la mesure où le document est numérisé, il y a lieu de procéder comme suit :

- Imprimer le document numérisé dans ORFEE
- Apposer le sceau de l'OCF
- Mentionner au-dessus du sceau : "Copie conforme à l'original"
- Dater
- Signer

Le créancier en a généralement besoin en vue de renouveler la poursuite auprès de l'OP.

17. Production contre un enfant mineur ou le conjoint du failli

Lorsqu'elle concerne les besoins courants de la famille au sens de l'art. 166 CCS, la créance contre un enfant mineur ou le conjoint du failli doit être admise dans la faillite de ce dernier.

Exemple : production d'une caisse d'assurance-maladie pour des cotisations d'assurance et des participations aux coûts (LAMal ou LAA)[30].

[29] ATF 81 III 20 = JdT 1955 II 96
[30] ATF 9C_660/2007

En ce qui concerne le mineur, les créances en rapport avec ses biens propres, notamment celles nées des actes accomplis au moyen du produit du travail doivent, en principe, être écartées (art. 318 et 323 CC).

18. Production du conjoint, partenaire enregistré ou enfant mineur (338 CO)

Selon l'art. 338 al. 2 CO, si le travailleur décède et laisse des survivants en faveur desquels il remplissait une obligation d'entretien, l'employeur doit verser un ou deux mois de salaire. Il s'agit d'une obligation de l'employeur pour éviter que les survivants ne tombent soudainement dans une situation financière difficile.

Les bénéficiaires sont : le conjoint, le partenaire enregistré, les enfants mineurs et toutes personnes en faveur desquelles le défunt remplissait une obligation d'entretien.

Les bénéficiaires ont un doit propre à obtenir le versement de ce salaire quand bien même il répudierait la succession.

Cette restitution dite "hors masse" est traitée en dehors de l'état de collocation.

Cela dit, le bénéficiaire doit impérativement revendiquer son droit dans le cadre de sa production. A défaut, l'OCF considérera que le bénéficiaire y a renoncé.

19. Production de loyer

19.1 Généralités

Les créances résultant de contrats de bail à loyer conclu par le failli avec des tiers doivent être traitées différemment selon la date à laquelle elles ont pris naissance[31] :

- Créances nées avant la faillite

  Les créances doivent être produites dans la masse en faillite et inscrites à l'état de collocation (dettes dans la masse).

  Une réduction de la créance de loyer peut tout au plus résulter de ce que l'on peut attendre du bailleur qu'il s'efforce à temps de relouer les locaux (pour peu qu'ils demeurent inoccupés).

- Créances nées après la faillite

  Le sort de ces créances diffère selon que l'OCF a repris ou non le contrat :

  - L'OCF a repris le contrat : il s'agit de dettes de la masse qui sont payées en priorité sur le produit de vente des biens, avant la répartition aux créanciers, à concurrence des fonds à disposition sur le compte de la masse en faillite[32]. Ces créances ne doivent pas être portées à l'état de collocation. En cas litige, la masse en faillite peut être poursuivie par voie de saisie ou par voie judiciaire (demande en paiement).

  - L'OCF ne reprend pas le contrat :

[31] P.-R. Gilliéron - Commentaire LP, art. 208 n° 14 ss.
[32] Sous réserve d'un dommage causé de manière illicite par l'office cantonal des faillites pour lequel le canton répond (art. 5 LP).

- **Bail commercial** : créance de loyers admise maximum 6 mois dès le prononcé de la faillite[33]. Si le bailleur entend faire valoir des loyers au-delà des 6 mois en vertu de son contrat de bail, sa créance devra être colloquée comme créance conditionnelle en application de l'article 210 LP. Il appartiendra alors à l'OCF de rendre attentif le bailleur qu'il devra prendre toutes les mesures utiles afin de réduire le dommage[34], lequel devra produire les pièces justifiant ses démarches. A défaut, seuls les loyers compris dans les 6 mois seront admis.
- **Habitation (succession)** : créance de loyers admise jusqu'à la remise des clés.
- **Faillite personnelle** : créance de loyers post faillite écartée.

Les frais de débarras, pour autant qu'ils soient raisonnables, sont admis à l'état de collocation sur présentation justificatifs.

19.2 Production des établissements médico-sociaux (EMS)

Généralement, les EMS libèrent la chambre occupée par le défunt dans le mois qui suit le décès, soit bien avant que la succession ne soit répudiée.

En langage clair, cela signifie que, lorsque le jugement qui ordonne la liquidation est prononcé, les biens sont entreposés dans une cave pour permettre à l'OCF d'inventorier et, cas échéant, libérer l'EMS de la garde des biens.

A l'état de collocation, sont admis :

- Frais d'entreposage dans une cave par exemple : admis jusqu'au jour du jugement qui ordonne la liquidation de la succession selon les règles de la faillite
- Frais de débarras : admis sur le base de justificatifs. Il est important de vérifier l'existence de ces justificatifs car, dans certains cas, l'EMS distribue les biens à d'autres pensionnaires ou à des associations caritatives.

19.3 Droit de rétention du bailleur[35]

A teneur de l'article 268 al. 1 CO :

> *« Le bailleur de locaux commerciaux a, pour garantie du loyer de l'année écoulée et du semestre courant, un droit de rétention sur les meubles qui se trouvent dans les locaux loués et qui servent soit à l'aménagement, soit à l'usage de ceux-ci. »*

Le droit de rétention naît de par la loi dès le moment où le preneur du bail a meublé les locaux loués. La plupart des baux commerciaux stipulent que le locataire s'engage à meubler suffisamment les lieux et à les maintenir meublés durant toute la durée du bail.

Dans le cadre de l'exécution forcée, le droit de rétention du bailleur est compris dans l'expression « gage mobilier[36] » qui, outre les autres droits de rétention, recense

---

[33] ATF124 III 41 = JdT 1999 II p. 114 (consid. 2b); Jdt 1980 II p. 98

[34] cf. art. 44 CO – *« Le droit de rétention du bailleur »,* Christophe Pommaz/Olivier Crispin, 2006.

[35] Extrait tiré de : Pommaz Christophe / Crispin Olivier - « Le droit de rétention du bailleur», JT (suppl. hors éd.) 2007, p. 55

[36] Art. 37 LP.

également le nantissement, l'engagement du bétail[37], le gage des créances et autres droits.

19.3.1 Conditions

19.3.1.1 Local commercial[38]

L'opinion selon laquelle toutes les choses qui ne servent pas de logement doivent être rangées dans la catégorie des locaux commerciaux ne peut être retenue. Il paraît conforme à l'esprit et au but de la loi de n'y intégrer que celles qui contribuent au développement de la personnalité privée ou économique du preneur.

Un bail pour locaux commerciaux peut être conclu par un preneur qui n'exerce pas une activité lucrative : collectivités publiques, fondations à but idéal, associations religieuses, politiques, scientifiques, artistiques, sportives ou autres.

Il appartient à la jurisprudence de marquer la limite entre les habitations[39], les locaux commerciaux et les autres locaux qui peuvent faire l'objet d'un bail. Le TF[40] a admis que la chose louée mise à la disposition d'une association de quartier afin de créer un point de rencontre et de permettre aux intéressés de suivre différents cours (porcelaine, gymnastique, tennis de table), d'assister à des conférences ou encore de se retrouver au sein de clubs de lecture et de bridge, peut être qualifiée de local commercial.

19.3.1.2 Créances assimilables aux loyers

19.3.1.2.1 Principe

La jurisprudence du TF assimile aux loyers certaines créances :

- l'indemnité pour occupation illicite des locaux;

  si, après la résiliation du bail, le preneur continue d'occuper les locaux loués ou ne les remet pas à la disposition du propriétaire, avec ou contre le gré du bailleur, l'indemnité due par le preneur doit être assimilée au loyer, car il existe une situation juridique analogue au contrat de bail. La prétention du bailleur ne peut donc pas être considérée comme une simple créance de dommages-intérêts[41].

- les prétentions qui ressortent directement aux rapports contractuels des parties et qui sont plus proches d'un loyer que d'une créance de dommages-intérêts :

les frais de chauffage;

les frais de poursuite et les frais nécessités par l'exercice du droit de rétention causés par le non-paiement du loyer aux termes fixés[42];

les frais de l'eau, du gaz, de l'électricité, y compris celle utile à l'éclairage des escaliers, au fonctionnement d'un frigidaire ou d'un ascenseur. Peu importe que le prix des prestations du bailleur à ce sujet soit compris dans le loyer ou doit être réglé à part, suivant la consommation[43];

---

37 Cf. OEnB.

38 Selon l'art. 253*a* CO.

39 Le bailleur de locaux d'habitation n'est plus protégé par le droit de rétention; droit qui a été supprimé le 1er juillet 1990 (RO 1990 802; FF 1985 I 1369). La réalisation de biens garnissant les locaux d'habitation ne permettait quoi qu'il en soit que rarement d'atteindre un résultat favorable susceptible de désintéresser le bailleur. Le produit de réalisation ne couvrait en effet souvent pas les frais de réalisation. La communauté des copropriétaires d'étages bénéficie quant à elle toujours du même droit de rétention qu'un bailleur (art. 712*k* CC) - confirmé selon lettre du TF du 5 décembre 1990.

40 ATF 124 III 108; ATF 113 II 406 - JdT 1988 I 380.

41 ATF 63 II 368 - JdT 1938 I 199.

42 ATF 63 II 368 - JdT 1938 I 199.

43 ATF 63 II 373 - JdT 1938 I 203; ATF 72 III 37 - JdT 1947 II 22; ATF 75 III 32 - JdT 1950 II 70.

- l'indemnité convenue dans le bail pour la remise en état des locaux[44].

19.3.1.2.2 Créances qui ne sont pas assimilables aux loyers

Ne peuvent pas être considérées comme des prétentions assimilables aux loyers :

- les frais des réparations urgentes durant le bail (art. 257*h* et 279 CO);
- l'indemnité due en cas de résiliation anticipée (art. 266*g* et 297 CO) ou en raison d'une violation du contrat;
- une créance en dommages-intérêts[45];
- les frais de l'agent d'affaires ou d'un autre représentant[46];
- les frais découlant de la procédure d'expulsion;
- les créances en prestation de sûretés du bailleur (garantie loyer).

Entrent aussi dans la catégorie des créances qui ne sont pas garanties par le droit de rétention, celles découlant de loyers échus depuis plus d'une année.

19.3.1.3 Calcul des délais

Doctrine et jurisprudence[47] sont d'accord pour interpréter la loi en ce sens que :

- l'année écoulée se calcule en remontant à partir du dernier terme échu;
- le semestre courant se calcule également à partir du dernier terme échu.

Il est sans importance pour la durée du privilège que le paiement doive s'effectuer *praenumerando* ou *postnumerando* en vertu du contrat.

19.3.1.4 Biens soumis au droit de rétention

19.3.1.4.1 Principe

Sont soumis au droit de rétention les meubles meublants, autrement dit les objets saisissables servant à l'aménagement ou à l'usage des locaux loués. Il appartient aux organes d'exécution forcée de déterminer si les actifs garnissant les locaux correspondent à cette définition.

Le droit de rétention porte également sur des véhicules situés sur un parking extérieur, qui sont dans une « *relation spatiale indéniable* » avec les locaux loués[48]. La relation spatiale doit présenter une certaine durabilité et ne pas être de nature purement fortuite, même si elle n'a pas à durer pendant tout le bail[49].

Une lecture attentive du contrat de bail permet d'identifier les locaux visés par la réquisition de prise d'inventaire et de déterminer en particulier si le bail inclut une place de parc ou un garage. Cette analyse est importante puisque le locataire peut être lié avec des bailleurs différents, en vertu de contrats distincts, dont les objets peuvent être, par exemple pour l'un, une surface commerciale et, pour l'autre, un garage.

---

44 ATF 80 III 128 - JdT 1955 II 162.

45 ATF 86 III 36 - JdT 1960 II 110.

46 Art. 27 al. 3 LP : « *Nul ne peut être contraint d'avoir recours à un représentant. Les frais de représentation ne peuvent être mis à la charge du débiteur* ».

47 JdT 1982 II 142; ATF 97 III 43 - JdT 1972 II 98, SJ 1981 245.

48 ATF 120 III 52 c. 8b - JdT 1966 II 130 - BlSchK 1995 19.

49 CR-LP, art 283 n° 17 *i. f.* - ATF 120 III 52 c. 8a; ATF 109 III 42 c. 2 - JdT 1985 II 35.

Le bailleur peut exercer son droit de rétention sur le produit de vente des meubles réalisés à son insu dans le cadre de précédentes saisies, tant que ce produit n'a pas encore été distribué[50].

19.3.1.4.1.1 Biens qui ne sont pas soumis au droit de rétention

D'une façon générale, les actifs qui ne servent pas à l'aménagement ou à l'usage des locaux loués ne sont pas soumis au droit de rétention. Il s'agit en particulier du mobilier qui se trouve dans les locaux fortuitement.

> Exemple : le vélo de l'employé parqué dans un local du magasin n'est pas soumis au droit de rétention, au même titre que les objets amenés par un visiteur ou un client du locataire.

19.3.1.4.1.1.1 Biens insaisissables

Tous les objets insaisissables sont soustraits au droit de rétention du bailleur. Il appartient aux autorités de poursuite d'en décider[51].

19.3.1.4.1.1.1.1 Biens sans valeur de réalisation suffisante[52]

En matière d'inventaire pour la sauvegarde du droit de rétention, la constatation de l'insaisissabilité visant les actifs pour lesquels il y a lieu d'admettre d'emblée que le produit de leur réalisation excéderait de si peu le montant des frais, revêt une importance particulière, dès l'instant où la mise sous main de justice d'actifs garnissant des locaux loués doit porter sur des objets dont on sait qu'ils permettront d'obtenir un produit de réalisation suffisant pour couvrir les frais de l'office des poursuites et des faillites (déménagement, publicité, préparation de la vente, etc.). Or, le produit de réalisation des biens garnissant les locaux ne dégage souvent qu'un faible disponible en faveur du bailleur.

> Exemple : un restaurant dans lequel le locataire a investi une centaine de milliers de francs en aménagement (tables, chaises, installation musicale, etc.) ne dégage souvent qu'un faible reliquat au profit du bailleur.

19.3.1.4.1.1.1.2 Biens nécessaires au débiteur pour l'exercice de sa profession[53]

Les outils, appareils, instruments et livres, en tant qu'ils sont nécessaires au débiteur et à sa famille pour l'exercice de leur profession, ne sont pas soumis au droit de rétention. Il est néanmoins important de déterminer si l'activité du locataire est considérée comme une profession ou une industrie. En effet, dans la première hypothèse et avant d'exclure cette catégorie d'actifs de l'exécution forcée, l'OCF doit vérifier si l'activité du débiteur est rentable[54]. Cela suppose, pour l'organe d'exécution, un travail d'investigation important, qui ne se limite pas à l'établissement de l'inventaire des biens du débiteur, mais qui implique aussi la détermination de ses revenus et ses charges, après analyse de sa comptabilité ou de toutes autres pièces probantes.

---

50 ATF 75 III 28 - JdT 1950 II 23.

51 ATF 82 III 77 - JdT 1956 II 108.

52 Art. 92 al. 2 LP.

53 Art. 92 al. 1 ch. 3 LP.

54 Si l'exercice d'une profession indépendante n'est pas productif parce que les frais qu'entraîne l'utilisation des instruments nécessaires ne sont pas en rapport avec le résultat d'exploitation, la raison d'être de l'existence économique du débiteur disparaît. L'art. 92 ch. 3 LP a en vue un métier rémunérateur qui peut être exercé de façon économique avec les outils et les instruments indispensables. Cela n'est pas le cas si l'exercice du métier est constamment déficitaire, au point que les recettes ne suffisent à couvrir ni les frais de l'entretien de l'intéressé ni la totalité des dépenses occasionnées par l'exercice du métier. Il ne doit pas lui être permis de poursuivre son activité aux frais de ses créanciers : ATF 76 III 33 - JdT 1951 II 39; ATF 80 III 110 - JdT 1955 II 39; ATF 84 III 20 - JdT 1958 II 79; ATF 86 III 47 - JdT 1961 II 7; ATF 88 III 53 - JdT 1962 II 86; ATF 89 III 34 - JdT 1963 II 86.

19.3.1.4.1.1.2 Biens du sous-locataire

Les biens qui appartiennent au sous-locataire, qui a payé ses loyers au locataire, ne font pas l'objet du droit de rétention, même si le locataire n'a pas payé le loyer au propriétaire[55]. L'OCF n'a donc pas à astreindre le sous-locataire qui s'acquitte de son loyer et dont aucun meuble n'est inventorié, à payer dorénavant les termes de sous-location en ses mains pour le compte du locataire en faillite.

En revanche, le droit de rétention du bailleur grève les meubles apportés par le sous-locataire dans la mesure où celui-ci n'a pas payé son loyer au locataire[56].

Lorsqu'un sous-locataire est désigné comme étant le titulaire des droits de propriété mobilière portés à l'inventaire, l'OCF renvoie le tiers revendiquant et le bailleur à régler le conflit en dehors de la procédure de faillite[57].

19.3.1.4.1.1.3 Accessoires ou parties intégrantes

L'OCF doit déterminer si les objets garnissant les locaux sont des parties intégrantes ou des accessoires[58] et, dans l'affirmative, il ne doit pas les faire figurer à l'inventaire.

Exemple : le bailleur qui loue des locaux bruts, dans lesquels le locataire a investi plusieurs dizaines de milliers de francs en installation de faux plafonds, de bars scellés dans le sol, de luminaires fixés dans les murs, etc. ne pourra pas se prévaloir de son droit de rétention sur ces aménagements, dès l'instant où ces objets sont devenus des accessoires ou des parties intégrantes de l'immeuble.

Dans l'exemple ci-dessus, le bailleur n'est pas pour autant prétérité puisque, selon le principe de l'adjonction et du mélange[59], il devient propriétaire de l'ensemble[60]. Demeurent réservées les dispositions prévues à l'article 260*a* CO[61].

19.3.1.4.1.1.4 Choses appartenant à des tiers

Les droits des tiers sur des choses dont le bailleur sait ou doit savoir qu'elles ne sont pas la propriété du locataire prévalent sur le droit de rétention. Lorsque le bailleur apprend seulement au cours du bail que des meubles apportés par le locataire ne sont pas la propriété de ce dernier, son droit de rétention sur ces meubles s'éteint s'il ne résilie pas le contrat pour le prochain terme[62].

Le propriétaire d'une chose destinée à garnir le local doit, s'il veut que son droit prime celui du bailleur, l'aviser au préalable. Il appartient au bailleur de désigner dans sa réquisition les biens sur lesquels il n'entend pas faire exercer son droit de rétention lorsqu'il sait qu'ils sont la propriété d'un tiers. A défaut d'indication, l'OCF portera à l'inventaire les objets dont la propriété est revendiquée.

19.3.2 Exercice du droit de rétention

Le bailleur doit impérativement revendiquer son droit de gage dans le cadre de sa production. A défaut, l'OCF considérera que le bailleur y a renoncé.

---

55 ATF 120 III 52 - JdT 1996 II 120.

56 Art. 268 al. 2 CO.

57 Art. 53 OAOF .

58 Art. 642 et 644 CC.

59 Art. 727 al. 2 CC.

60 Paul-Henri Steinauer, tome I, n° 1049.

61 Art. 260*a* CO : « *Le locataire n'a le droit de rénover ou de modifier la chose qu'avec le consentement écrit du bailleur. 2 Lorsque le bailleur a donné son consentement, il ne peut exiger la remise en état de la chose que s'il en a été convenu par écrit. 3 Si, à la fin du bail, la chose présente une plus-value considérable résultant de la rénovation ou de la modification acceptée par le bailleur, le locataire peut exiger une indemnité pour cette plus-value; sont réservées les conventions écrites prévoyant des indemnités plus élevées* ».

62 Art. 268*a* CO.

19.3.3 En pratique

Les loyers relatifs à un bail commercial produits dans une faillite sont portés sous la rubrique « droit de gage » de l'état de collocation[63], pour la période durant laquelle elle bénéficie du droit de rétention, à savoir pour l'année écoulée et le semestre courant. Durant la liquidation de la faillite, les créances de loyer nées après l'ouverture de la faillite doivent être traitées comme des créances de faillite dans la mesure du droit de rétention légal, que le failli soit une personne physique ou morale[64].

Le bailleur doit justifier sa créance en produisant, par exemple, une copie du bail à loyer, faute de quoi l'administration de la faillite peut l'écarter ou lui fixer un délai pour présenter ses moyens de preuves[65].

19.3.3.1 Loyer échu

Selon la jurisprudence, le loyer échu s'étend à l'année écoulée avant le dernier terme qui a précédé la déclaration de faillite, le semestre courant est calculé à partir de ce terme[66].

19.3.3.2 Loyer né dès le prononcé et avant la fin du semestre courant

Lorsque la créance de loyer produite correspond à une période de loyers nés après le prononcé de faillite et avant la fin du semestre courant, et que le bailleur n'a pas reloué l'objet en agissant en vertu de ses obligations, l'OCF des faillites doit-il colloquer sa créance en application de l'article 210 LP ? Dans la pratique, cette situation est rare puisque dès l'instant où la distribution des deniers intervient, dans les faits très souvent après l'échéance du semestre courant, l'état de collocation pourra être modifié avant le versement des dividendes, la créance de loyer étant définitivement arrêtée à cet instant.

19.3.3.3 Loyer né après la fin du semestre courant

Dans la mesure où le bailleur doit s'efforcer de trouver un locataire de remplacement, selon le principe qui veut que, d'une manière plus générale, le bailleur entreprenne toutes les mesures utiles afin de réduire son dommage (art. 44 CO)[67], la situation devra être analysée attentivement :

- si le bailleur n'a pas fait preuve de la diligence que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui, l'OCF devra écarter sa créance;
- si le bailleur fait preuve de diligence, sa créance sera acceptée, mais uniquement en 3ème classe car le droit de rétention ne garantit que le loyer et non des dommages-intérêts[68]. Une telle production n'est dès lors admissible que si le bailleur peut prouver un dommage[69]. Comme la situation peut être incertaine au moment de la collocation, le TF a déclaré que : « *Par analogie avec les créances soumises à condition suspensive, le droit du bailleur de percevoir un dividende de faillite peut être soumis à la condition que les locaux ne servent pas pour autre chose pendant la période pour laquelle une créance de loyer future devrait être admise.* »[70]

---

63 Formulaires n° 6 F & 6a F.

64 ATF 124 III 41 - JdT 1999 II 114 - BlSchK 1998 202.

65 Art. 59 al. 1 OAOF.

66 ATF 97 III 43 - JdT 1972 II 98.

67 David Lachat, n° 3.14 p. 454.

68 ATF 42 III 279 - JdT 1917, 258 - SJ 1917 39, 113; Carl Jäger, art. 211 5 b; Emile Taillens, § 307 p. 180.

69 P. ex. impossibilité de relouer au même prix.

70 ATF 104 III 84 - JdT 1980 II 98; voir art. 210 LP.

L'administration de la faillite doit également vérifier s'il s'agit de loyers produits alors que les locaux sont vides à la suite d'une résiliation anticipée et que le locataire sortant ne parvient pas à trouver un candidat de remplacement ou ne veut pas effectuer les recherches.

19.3.3.4 Tableau récapitulatif

	Productions[71]	Décision de l'OCF	Remarques
1.	Le bailleur produit des **loyers échus au jour de la faillite**.	L'OCF accepte la production à l'état de collocation sous la rubrique **gage mobilier**.	La créance doit être justifiée (art. 59 OAOF) et l'OCF doit s'assurer que le bailleur a entrepris toutes les mesures utiles afin de réduire son dommage (art. 44 CO).
2.	Le bailleur produit des **loyers nés après l'ouverture de la faillite** et **avant la fin du semestre courant**.	L'OCF accepte la production à l'état de collocation sous la rubrique **gage mobilier**.	La créance doit être justifiée (art. 59 OAOF) et l'OCF doit s'assurer que le bailleur a entrepris toutes les mesures utiles afin de réduire son dommage (art. 44 CO).
3.	Le bailleur produit des **loyers nés après la fin du semestre courant**.	L'OCF accepte cette production en **3ème classe**, uniquement si le bailleur peut prouver un dommage (p. ex. : impossibilité de relouer au même prix).	La créance doit être portée à titre de créance subordonnée à une condition suspensive (art. 210 LP).

Exemple : dans le cadre d'une faillite prononcée le 6 septembre 2006, le bailleur produit des loyers pour la période du 1er avril 2005 au 31 décembre 2006, à raison de CHF 1000.00 par mois, payables par trimestre d'avance, représentant une somme totale de CHF 21'000.00. (Le bailleur précise qu'il a reloué l'objet dès le 1er janvier 2007). L'OCF portera la créance de CHF 21'000.00, selon le détail ci-après :

Etat de collocation[72]

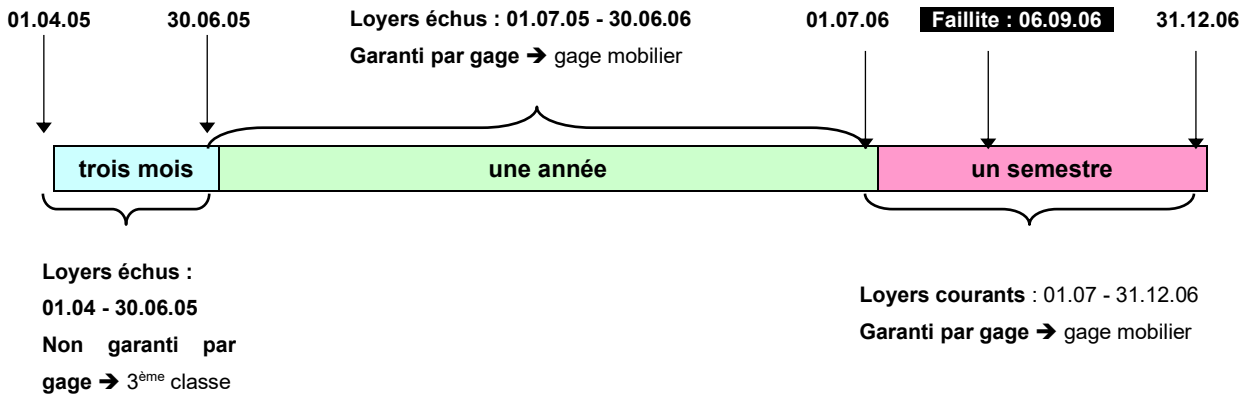
N° d'ordre	N° de la liste des produc-tions	Créanciers : cause de la créance	Montant admis		Observations
		A. Créances garanties par gage **1. Créances garanties par gage immobilier** Rapport aux états spéciaux des charges, lesquels font partie intégrante de l'état de collocation. **2. Créances garanties par gage mobilier**	Fr.	Ct.	

71 Concerne des loyers pour locaux commerciaux.

72 Depuis le 1er janvier 1997, date de la révision de la LP, le formulaire n° 6 F ne comprend plus la colonne : « Montant produit », mais uniquement la colonne « Montant admis ». Toutefois, la plupart des offices des faillites ont, dans un souci de lisibilité, conservé les deux colonnes.

1.	10.	Bailleur <u>Créance selon production</u> : Loyers pour la période du 1er avril 2005 au 31 décembre 2006, à raison de CHF 1'000.00 par mois, payables par trimestre d'avance, selon bail du …, représentant une somme totale de CHF 21'000.00. <u>Gage - Droit de rétention</u> : Biens n° 1 à 100, garnissant les locaux sis …, estimés à CHF ..., selon inventaire du …, déposé le … .	18'000	00	Créance admise en gage mobilier pour la période du : • 01.07.2005 au 30.06.2006 pour CHF 12'000.00, à titre de loyers échus • 01.07.au 31.12.2006 pour CHF 6'000.00, à titre de loyers courants, dont CHF …, à titre de créance subordonnée à une condition suspensive (art. 210 LP). Voir collocation n° 10.10
		1. **B. Créances non garanties** **1ère classe** … **2ème classe** … **3ème classe**			
10.	10.	Bailleur <u>Créance selon production</u> : Loyers pour la période du 1er avril 2005 au 31 décembre 2006, à raison de CHF 1'000.00 par mois, payables par trimestre d'avance, selon bail du …, représentant une somme totale de CHF 21'000.00. <u>Gage - Droit de rétention</u> : Biens n° 1 à 100, garnissant les locaux sis …, estimés à CHF ..., selon inventaire du …, déposé le … .	2. 3'000	00	Créance admise en 3ème classe pour la période du : • 01.04. au 31.06.2005 pour CHF 3'000.00, à titre de loyer échu, non garanti par le doit de rétention (plus d'une année). Voir collocation n° 1.10

Tableau explicatif complémentaire



20. Production du légataire

Le legs est l'attribution d'un avantage patrimonial par le défunt à un bénéficiaire (art. 484 al. 1 CC). Le légataire est un créancier de la succession. Contrairement aux

héritiers, il ne devient pas, à la mort du défunt, directement propriétaire du bien légué. Il n'est pas un successeur direct.

L'auteur de la succession peut désigner nommément le débiteur du legs; lorsque le débiteur n'est pas expressément désigné, le legs est dû par les héritiers.

N'importe quelle prestation destinée à procurer un avantage patrimonial peut être constituée en legs. Peuvent notamment faire l'objet d'un legs :

- l'attribution de choses mobilières ou immobilières déterminées;
- l'octroi d'une somme d'argent;
- la constitution d'un droit d'habitation;
- la cession d'une créance.

Un héritier de la 1e parentèle va être amené à se prononcer sur la succession. Si cet héritier est bénéficiaire d'un legs et que l'OCF traite le dossier, cela signifie qu'il a répudié la succession.

Un héritier de rang plus éloigné ou un héritier institué ou même une tierce personne bénéficiaire d'un legs n'aura pas été interpellé par la Justice de Paix pour savoir s'il accepte ou non la succession. Cette personne peut alors :

- réclamer la délivrance du legs à l'OCF
- produire la créance équivalente au legs

Dans tous les cas, il appartient au légataire de faire valoir son droit en adressant une production à l'OCF.

Dans le 1er cas, l'OCF n'a aucune obligation de délivrer ce legs. Si le bien est déclaré sans valeur de réalisation ou demeure invendu, l'OCF pourrait envisager de le donner au légataire (consultation des créanciers possible selon le bien). En revanche, si tous les créanciers sont payés, l'OCF devra délivrer le legs (remise du bien ou paiement s'il s'agit d'une somme d'argent).

Dans le 2e cas, le légataire, comme tout créancier, doit produire sa créance d'un montant correspondant à la valeur du bien légué[73]. La créance du légataire sera colloquée en postposition après la 3ème classe (cf. art. 564 CC). Ainsi, le légataire recevra son legs (ou une partie) si tous les créanciers et les frais de l'OCF sont payés.

Ainsi, en cas de paiement de la totalité du passif et des frais de l'OCF et si l'OCF reçoit la production d'un légataire mentionné dans un testament, il doit procéder aux paiements de ces legs, proportionnellement si besoin, avant de remettre cas échéant le reliquat à la Justice de Paix. Dans cette hypothèse, l'OCF avisera la Justice de Paix des legs qui auront été exécutés.

Le paiement de créances à des légataires implique un autre volet : les impôts sur les successions. Il appartient au légataire de s'annoncer spontanément à l'administration fiscale cantonale qui sera également avisée par l'OCF.

73 P.-R. Gilliéron, Commentaire LP, n° 19 ad. art. 193.

21. Succession répudiée

21.1 Frais funéraires

Les frais funéraires, au sens large, sont admis sur présentation de justificatifs à concurrence de CHF 8'000.00.

La créance sera colloquée en 3ème classe.

Lorsqu'un règlement communal prévoit la gratuité d'une partie des frais funéraires, il en sera tenu compte lors de la collocation.

Si les frais funéraires ont été payés au moyens des actifs du défunt (exemple : par le débit du compte bancaire appartenant au défunt ou du compte courant ouvert dans l'EMS), le tiers qui a procédé au paiement est considéré comme s'étant immiscé dans la succession (art. 571 al. 2 CCS). Ce tiers devient alors débiteur de la succession. Une prétention à son encontre sera inscrite à l'inventaire (voir directive 02-01). Dès l'instant où le tiers a remboursé, le montant sera porté à l'état de collocation.

Les frais d'obsèques d'un résident en EMS ne peuvent pas être payés par le compte courant ouvert dans l'EMS. Dans la mesure où ils sont garantis par les communes (art. 4 de la Loi sur les cimetières – K 1 65), ces frais doivent être produits par les pompes funèbres, voire par la commune du dernier domicile si cette dernière en a fait l'avance auprès des pompes funèbres. Si l'EMS utilise les actifs pour payer les obsèques, une prétention sera inscrite à l'inventaire et l'EMS en sera avisé (***lettre ORFEE 2022***).

21.2 Créance de l'exécuteur testamentaire, du liquidateur officiel, de l'administration d'office ou en cas de bénéfice d'inventaire

Pour les honoraires d'**exécuteur testamentaire (art. 517 ss CC)**, soit pour la personne désignée par le de cujus dans son testament pour administrer la succession et exécuter ses dispositions pour cause de mort : sauf s'ils sont trop élevés, les honoraires d'un exécuteur testamentaire sont des dettes de masse.

Pour les **mesures conservatoires de la succession (art. 551 ss CC)**, soit les mesures ordonnées d'office par l'autorité compétente chaque fois que la loi le prévoit (cf. art. 553 CC) pour garantir le transfert intégral de la succession aux héritiers en empêchant que des biens ne disparaissent et pour permettre d'identifier les héritiers :

- l'apposition de scellés
- l'inventaire
- l'ouverture de testaments
- dépôt et communication de testament

Ces frais des mesures de sûretés sont des dettes de masse (qu'ils aient été engagés par une autorité cantonale ou par un héritier).

Pour **l'administration d'office de la succession (art 554 ss CC)**, soit la mesure ordonnée d'office pour conserver la substance de la succession lorsque la gestion ordinaire par les héritiers présenterait un risque particulier (gestion conservatoire) : les frais d'une administration d'office sont des dettes de masse.

Pour le **bénéfice d'inventaire (art. 580 ss CC)**, soit l'acquisition de la succession qui fait que la responsabilité des héritiers est limitée aux dettes inventoriées, étant précisé que les héritiers répondent de ces dettes sur tout leur patrimoine : les frais de l'inventaire

préalable sont des dettes de masse (art. 85 3ème tiret OAOF, cf. aussi l'art. 116 al. 3 LaCC). Si l'héritier requiert lui-même (cas rare) du juge la liquidation de la faillite après avoir requis le bénéfice d'inventaire, il répond des frais de la procédure de faillite de la succession répudiée si les deniers dans la masse en faillite ne sont pas suffisants. Tel n'est pas le cas si c'est le Juge de paix qui informe par la suite le juge de la faillite, sans déclaration de répudiation des héritiers (art. 566 al. 2 CC et 193 al, 1 ch. 1 deuxième phrase LP – présomption de répudiation).

Si le Juge de Paix met les émoluments à la charge de la succession, la créance d'émoluments est alors une dette de masse comme la créance principale dont elle est accessoire (et pour autant qu'elle n'a pas déjà été réglée avant que le dossier n'arrive à l'OCF) (cf. ATF 36 I 448, qui parle de "frais de la procédure", la notion de frais étant englobée dans la catégorie générale des émoluments (ATF 135 I 130), et art. 116 al. 3 LaCC).

Pour la **liquidation officielle (art. 593 ss CC)**, soit l'acquisition de la succession qui fait que la responsabilité des héritiers n'est pas limitée aux dettes inventoriées, étant précisé que les héritiers ne répondent en aucun cas au-delà du montant qu'ils ont reçu : les frais d'un inventaire public préalable par le liquidateur officiel sont une dette de masse (art. 85 3ème tiret OAOF). En revanche, tous les autres frais d'une liquidation officielle (p.ex. les frais liés à la gestion d'un actif) sont des dettes dans la faillite (et non des dettes de masse, contra JAEGGER). Si l'héritier requiert lui-même du juge la liquidation de la faillite de la succession répudiée après avoir requis la liquidation officielle (cas rare), il répond des frais des frais de la procédure de faillite si les deniers dans la masse en faillite ne sont pas suffisants. Tel n'est pas le cas si le juge de la faillite prononce la liquidation de la succession selon les règles de la faillite sans déclaration de répudiation des héritiers (art. 566 al. 2 CC et 193 al, 1 ch. 1, deuxième phrase LP – présomption de répudiation).

22. Production de l'actionnaire

La créance de l'actionnaire concernant sa participation dans l'actionnariat de la société en faillite ne doit pas être colloquée. Ainsi, la cession selon l'art. 260 LP et la délivrance d'un acte de défaut de biens est exclue pour un actionnaire[74].

En revanche, si l'actionnaire détient une créance ordinaire contre la société qui n'a pas de rapport avec le capital action (exemple : prêt), sa créance doit être portée à l'état de collocation.

23. Production d'une créance garantie par une cession de créances à titre de sûretés

Le créancier qui produit une créance garantie par une cession de créances à titre de sûreté (voir directive 02-01) doit procéder au recouvrement des créances cédées (factures des débiteurs).

Ainsi, le montant recouvré a pour effet de réduire le montant de la créance produite.

Le montant à admettre à l'état de collocation dépend donc du résultat des encaissements effectués par le créancier. Or, au moment de la production et du dépôt de l'état de collocation, la procédure de recouvrement initiée par le créancier n'a bien souvent pas abouti.

74 Cf. DCSO/441/11 du 24.11.2011.

C'est pourquoi, la créance produite doit être admise sous condition du résultat du recouvrement des créances cédées (art. 210 LP).

A l'état de collocation, la décision prise sera la suivante :

> Votre créance est admise pour le montant de CHF sous condition du résultat du recouvrement des créances cédées à titre de sûreté (210 LP). Cas échéant, le dividende sera consigné (art. 264 LP).

Aussi longtemps que dure le recouvrement par le cessionnaire, aucun acte de défaut de biens n'est délivré.

Une fois le recouvrement terminé, le montant de la créance sera définitivement colloqué : la créance sera réduite en fonction du montant recouvré. Le dividende consigné ayant été déterminé sur la base de la créance admise sans tenir compte du résultat du recouvrement, un nouveau calcul du dividende sera nécessaire ce qui aura pour effet de laisser un solde à verser sous forme de répartition complémentaire à tous les créanciers.

Par ailleurs, le montant de l'acte de défaut de biens sera adapté en fonction du dividende final versé.