

LP 21 20

DÉCISION DU 8 SEPTEMBRE 2021

Autorité supérieure en matière de plainte

Bertrand Dayer, juge ; Yves Burnier, greffier

en la cause

X _____, recourant, représenté par Maître Aba Neeman

contre

OFFICE DES POURSUITES ET DES FAILLITES DU DISTRICT DE A _____,
intimé au recours, représenté par Maître Olivier Derivaz

et intéressant

Y _____ **SA**, tiers concerné, représenté par Maître Nicolas Capt

(contestation de l'état de collocation ; recevabilité de la plainte)

recours contre la décision rendue le 13 juillet 2021 par la juge itinérante pour le district de
A _____, en qualité d'autorité inférieure en matière de plainte (xxx LP 21 xxx)

vu

la décision du 28 août 2019 par laquelle la juge suppléante du district de A _____ a prononcé, à l'instance de B _____ SA, la faillite sans poursuite préalable de C _____ SA (ci-après : C _____ SA) ;

la lettre adressée le 19 septembre 2019 à l'office des poursuites et des faillites du district de A _____ (ci-après : l'office des faillites) dans laquelle Y _____ SA a fait valoir une créance de 11'224'686 fr. 65 (valeur au 28 août 2019) à l'encontre de la faillie ;

la décision du 9 mars 2020 par laquelle le juge de l'autorité de recours en matière de poursuite et de faillite a rejeté, dans la mesure de sa recevabilité, le recours formé par C _____ SA contre le prononcé de faillite du 28 août 2019 (TCV LP 19 36) ;

l'arrêt du 18 juin 2020 par lequel la cour de droit civil du Tribunal fédéral a rejeté, dans la mesure de sa recevabilité, le recours formé par C _____ SA contre cette décision (5A_288/2020) ;

la décision du 5 novembre 2020 par laquelle le juge du district de A _____ a autorisé la liquidation de la faillite de C _____ SA en la forme sommaire ;

l'appel aux créanciers publié par l'office des faillites dans la FOSC du xxx 2020 ;

l'écriture du 21 décembre 2020 par laquelle X _____ a produit dans la faillite une créance de 38'392'751 fr. 10, intérêt, par 4'504'335 fr. 27, compris ;

les lettres de Y _____ SA des 16 février, 27 avril et 25 mai 2021 ;

l'état de collocation (comprenant, pour en faire partie intégrante, l'état des charges des parcelles nos 777 et 778 de la commune de D _____, et 562 de la commune de A _____) déposé le 2 juillet 2021 à l'office des faillites ;

la plainte portée contre ledit état de collocation le 12 juillet 2021 par X _____ devant le tribunal du district de A _____ ;

la décision du 13 juillet 2021 par laquelle la juge itinérante pour le district de A _____, statuant comme autorité inférieure de surveillance, a déclaré cette plainte irrecevable (xxx LP 21 xxx) ;

le recours formé contre cette décision le 16 juillet 2021 par X _____, dont les conclusions sont ainsi libellées :

A titre préalable, soit d'urgence et jusqu'à droit connu sur la présente cause :

- I. L'effet suspensif est immédiatement accordé au présent recours.
- II. En conséquence, le délai de 20 jours de l'art. 250 LP pour ouvrir action en contestation de l'état de collocation et des états des charges déposés le 2 juillet 2021 par l'Office des poursuites et faillites de A _____ dans la faillite de la C _____ SA en liquidation est suspendu/interrompu jusqu'à droit connu sur le présent recours, respectivement sur le fond de la plainte déposée le 12 juillet 2021, en tant qu'il concerne X _____.

Au fond :

- I. Le recours est admis.
- II. En conséquence, la décision du 13 juillet 2021 du Tribunal du district de A _____ est réformée en ce sens qu'il est entré en matière sur la plainte LP déposée le 12 juillet 2021 et qu'ordre est donné à l'Office des poursuites et faillites de A _____ de radier sans délai de l'état de collocation et des états des charges dans la faillite de C _____ SA en liquidation toute mention selon laquelle les créances de X _____ sont subordonnées pour un quelconque montant au paiement d'une quelconque créance, d'une part, et qu'un nouveau délai de 20 jours à compter de l'entrée en force de la présente décision est imparti à X _____ pour introduire, le cas échéant, l'action en contestation de l'état de collocation et des charges dans la faillite de la C _____ SA en liquidation, d'autre part.
- III. Subsidairement, la décision du 13 juillet 2021 du Tribunal du district de A _____ est annulée. Le dossier est renvoyé à ladite autorité pour nouvelle décision dans le sens des considérants de l'arrêt à rendre.

En tout état de cause :

- IV. Sous suite de frais et dépens.

l'écriture du recourant du 20 juillet 2021 ;

le courrier adressé le 21 juillet 2021 à l'office des faillites dans lequel X _____ déclare « retire[r] partiellement sa production en tant qu'elle concerne la créance de Fr. 30'314'549.00 qui lui a été cédée par acte du 16 janvier 2017 », tout en précisant que « la créance résiduelle de Fr. 3'573'875.84 garantie par les gages dont [il] dispose [...] sur les parcelles nos xx1 de D _____ et xx2 de A _____ demeure » ;

la détermination du 22 juillet 2021 au terme de laquelle le mandataire de l'office des faillites a conclu au rejet du recours, avec suite de frais ;

l'écriture de l'office des faillites du 29 juillet 2021 ;

la lettre du mandataire dudit office du 20 août 2021 ;

la nouvelle écriture du recourant du 2 septembre 2021 ;

les actes de la cause ;

considérant

qu'en tant qu'autorité supérieure de surveillance (cf. art. 18 al. 1 LP), le Tribunal cantonal connaît des recours formés contre les décisions du juge de district statuant comme autorité inférieure en matière de plainte (art. 19 al. 1 et 4, et 20 LALP) ;

qu'aux termes de l'art. 18 al. 1 LP, toute décision de l'autorité inférieure peut être déférée à l'autorité cantonale supérieure de surveillance dans les dix jours à compter de sa notification ; que le recours doit être adressé par écrit au greffe du Tribunal cantonal (art. 26 al. 1 LALP) ;

qu'en l'espèce, remis à la poste respectivement le 16 et le 20 juillet 2021, le recours et son complément ont été déposés dans le délai légal de dix jours, qui a couru dès la réception par le mandataire du recourant - le 14 juillet 2021 - de la décision attaquée ;

que le mémoire de recours contient un exposé concis des faits, des motifs accompagnés des moyens de preuve ainsi que des conclusions ; qu'il est daté et signé par le recourant ou son mandataire (art. 26 al. 3 LALP) ; que de nouvelles conclusions, l'allégation de faits nouveaux (vrais et pseudo-*nova* : RVJ 2018 p. 185 consid. 1.3.2) et l'offre de pièces nouvelles sont recevables (art. 26 al. 4 LALP) ;

que la présente décision peut ressortir à un juge unique (art. 19 al. 1 3^e phr. LALP ; art. 20 al. 3 LOJ) ;

qu'aux termes de la lettre qu'il a adressée à l'office des faillites le 21 juillet 2021, le recourant n'a retiré que partiellement sa production (cf. arrêt 5A_709/2015 du 15 janvier 2016 consid. 4.1.1), soit à concurrence de 30'314'549 fr ; qu'il conserve donc un intérêt à ce qu'il soit statué sur son recours concernant le solde de ladite production ;

qu'il ne sera pas procédé à l'interrogatoire du recourant ; que l'on ne discerne en effet pas ce qu'un tel moyen de preuve pourrait avoir d'utile à la solution de la procédure de recours ; que l'écriture de recours est d'ailleurs totalement muette sur cette question ;

que l'autorité inférieure a relevé que le plaignant « mentionn[ait] que la subordination dont il [était] fait mention pour [s]es créances [...] prov[enait] d'un document datant de

bientôt 10 ans remis par la Y _____ SA en marge de sa production » ; que, d'après lui, « l'Office des poursuites et faillites de A _____ ne pouvait pas, sur cette base, s'écarter des répartitions des art. 219 al. 1 et 4 LP et 220 LP, ni considérer que la Y _____ SA ne renonçait pas à la subordination » ; que le recourant contestait ainsi « la validité d'une subordination, litige qui d[evait] être tranché dans la procédure judiciaire de contestation de l'état de collocation » ;

que le recourant fait valoir, en résumé, que l'office des faillites a méconnu une « règle de procédure ayant des conséquences sur le droit matériel pouvant être examinée dans le cadre d'une plainte déposée à l'encontre de l'état de collocation » en « ten[ant] compte [d'office] d'une subordination [de ses] créances [...] en faveur de la Y _____ SA » ; qu'en effet, celle-ci « n'a pas invoqué de subordination dans ses productions » ; que c'est, partant, à tort que l'autorité inférieure n'est pas entrée en matière sur la plainte du 12 juillet 2021 ;

que l'état de collocation dans la faillite peut être contesté par la voie de la plainte (art. 17 LP) ou par celle de l'action en contestation de l'état de collocation (art. 250 LP) ; que la voie de la plainte est ouverte lorsque l'état de collocation est imprécis, inintelligible ou entaché de vices de forme (lorsque, p. ex., il n'indique pas les motifs de rejet d'une créance) ou encore lorsque certaines prescriptions de procédure avec incidence de droit matériel n'ont pas été observées ; qu'ainsi, lorsqu'une décision a été prise en faveur d'une créance non produite ou insuffisamment établie, ou lorsqu'aucune décision n'est intervenue à propos d'une prétention produite ou inscrite au registre foncier ; que l'action porte, elle, sur le fond ; qu'elle a pour but de déterminer si et dans quelle mesure la créance litigieuse doit participer à la liquidation de la faillite ; que doit être invoqué par la voie de la plainte le fait que la décision de collocation a été prise sans qu'il ait été procédé aux vérifications nécessaires ; qu'en revanche, il n'appartient pas aux autorités de surveillance de statuer sur les litiges portant sur la qualification d'une dette comme obligation de la masse ou obligation du failli, mais à l'autorité compétente pour statuer sur le fond de la prétention en cause, à savoir le juge civil ou les autorités ou les juridictions administratives suivant la nature du contentieux (arrêt 5A_329/2012 du 5 septembre 2012 consid. 4.4.1 et 4.4.2 et les réf. citées ; cf., ég., arrêts 5A_27/2016 du 28 juin 2016 consid. 4.1.2 ; 5A_709/2015 du 15 janvier 2016 consid. 4.1.2) ;

que la subordination (ou postposition) de créance est la clause légale, conventionnelle ou unilatérale qui dispose que la créance subordonnée ne sera payée qu'une fois qu'un, plusieurs ou tous les autres créanciers - dits prépositifs - du débiteur commun auront été complètement désintéressés (JAQUES, Le "rang" des créances dans l'exécution forcée :

Le cas des subordinations de créance [postpositions], thèse, Lausanne 1999, n. 853) ; que, « techniquement », elle se présente comme une renonciation par le créancier subordonné (ou l'engagement de renoncer) au rang prévu par la loi pour sa créance (JAQUES, *op. cit.*, n. 880) ; que la subordination de créance peut être générale, lorsqu'elle est accordée en faveur de tous les autres créanciers existants et futurs ; qu'elle est particulière quand elle ne doit profiter qu'à un ou à un cercle déterminé de créanciers prépositifs (GILLIÉRON, Commentaire de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, 2001, n. 115 ad art. 219 LP) ;

que, selon une partie de la doctrine, l'administration de la faillite doit tenir compte d'office d'une subordination particulière dont elle a connaissance (HIERHOLZER, Basler Kommentar, 2^e éd., 2010, n. 30 ad art. 247 LP ; HOLD, Das kapitalersetzende Darlehen im schweizerischen Aktien- und Konkursrecht, thèse, St-Gall 2000, p. 194 sv. et npd 19 p. 195 ; GILLIÉRON, *op. cit.*, n. 118 ad art. 219 LP ; WITMER, Der Rangrücktritt im schweizerischen Aktienrecht, thèse, St-Gall 1999, p. 264 ; apparemment du même avis : MEIER, Konkursrecht, Neuerungen des revidierten Rechts und aktuelle Fragen aus Lehre und Praxis, in : RDS 115/1996 I, p. 306) ; que, pour certains auteurs en revanche, l'administration de la faillite n'a pas à s'en préoccuper du tout (STÖCKLI/POSSA, in : Hunkeler [édit.], Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Kurzkommentar, 2^e éd., 2014, n. 39a ad art. 219 LP ; LORANDI, Basler Kommentar, 2^e éd., 2010, n. 334 ad art. 219 LP) ; que, d'après un autre avis de doctrine, l'administration de la faillite ne peut mentionner une subordination particulière que si le failli lui en fait part dans l'interrogatoire ou si le ou les créanciers prépositifs l'allèguent, puisqu'il s'agit pour eux d'une sorte de privilège qui n'est pas légal, à l'instar d'un droit de gage (JAQUES, *op. cit.*, n. 1414) ;

que c'est par la voie de l'action en contestation de l'état de collocation (art. 250 LP) que les créanciers peuvent faire juger les questions de droit matériel touchant à la postposition, telle que l'existence, la validité ou l'étendue de celle-ci (GILLIÉRON, *op. cit.*, n. 118 ad art. 219 LP ; WITMER, *op. cit.*, p. 263 ; JAQUES, *op. cit.*, n. 1570 ; MEIER, *op. cit.*, p. 306 ; cf., ég., LORANDI, *op. cit.*, n. 329 ad art. 219 LP) ;

qu'en l'espèce, le contrat cadre de crédit hypothécaire conclu le 16 janvier 2012 entre Y _____ SA et C _____ SA, en qualité d'emprunteur, comporte la « [c]lause de subordination » suivante :

Le prêt à hauteur de CHF 30'314'549.00 consenti par l'actionnaire [i.e. X _____] est assorti d'une clause de subrogation. Le prêteur s'engage par une déclaration de subordination vis-à-vis de la banque à renoncer à faire valoir sa créance aussi longtemps que le crédit octroyé par la banque n'aura pas été complètement remboursé.

que, le 2 avril 2012, X _____ a signé un document à l'en-tête de Y _____ SA, intitulé « Déclaration de subordination », qui est ainsi libellé :

1. Je/Nous soussigné(s), X _____ détien(nen)t au 31 décembre 2012, une créance de CHF 30'314'549.00 contre C _____ SA.
2. Le(s) soussigné(s) s'engage(nt) irrévocablement vis-à-vis de la Y _____ SA à ne pas faire valoir cette créance tant et aussi longtemps que C _____ SA n'aura pas intégralement remboursé à la Y _____ SA les crédits que celle-ci lui a accordés, engagements conditionnels compris. Demeure réservée la renonciation de la Y _____ SA à cette déclaration de subordination.
3. Le(s) soussigné(s) s'engage(nt) vis-à-vis de la Y _____ SA à ne pas exiger ni accepter de la part de C _____ SA des paiements ni d'autres libéralités ou sûretés propres à améliorer ou garantir sa créance. De même, le(s) soussigné(s) renonce(nt) irrévocablement, à hauteur de sa(leur) créance précitée, à exercer tout droit de compensation actuel ou futur contre C _____ SA.
4. Si, contrairement aux termes de la présente convention, les soussignés devaient recevoir ou accepter de C _____ SA des paiements, d'autres libéralités ou sûretés, il(s) devra(ont) les recevoir pour le compte de la Y _____ SA et les lui transférer immédiatement. Entre la réception d'un paiement, d'une libéralité ou d'une sûreté et son transfert à la Y _____ SA, une dette de même montant est contractée de plein droit par le(s) soussigné(s) envers la Y _____ SA.

[...]

que, dans la lettre qu'elle a adressée à l'office des faillites le 27 avril 2021, Y _____ SA a indiqué ce qui suit (p. 6) :

2 Clause de subrogation de la créance actionnaire de X _____

Y _____ confirme qu'elle entend se prévaloir de la clause de subrogation.

Selon le Contrat cadré Y _____ pour un crédit hypothécaire du 16 janvier 2012, « *le prêt à hauteur de CHF 30'314'549.00 consenti par l'actionnaire est assorti d'une clause de subrogation. Le prêteur s'engage par une déclaration de subordination vis-à-vis de la banque à renoncer à faire valoir sa créance aussi longtemps que le crédit octroyé par la banque n'aura pas été complètement remboursé* ».

A cet égard, malgré nos demandes réitérées, l'Office ne nous a pas fourni les éléments comptables permettant de comprendre comment la créance actionnaire a évolué dans le temps. Dès lors, Y _____ n'est pas en mesure de se déterminer de manière définitive sur les conséquences concrètes de l'application de cette clause dans le cas d'espèce.

[...]

qu'à la dernière page de ce courrier, cet établissement bancaire rappelle encore audit office qu'il « entend se prévaloir de la clause de subrogation, laquelle lui donne le droit d'être remboursée sur tous les actifs de C _____ SA avant X _____ (ou ses successeurs à quelque titre que ce soit) ».

que la créance de X _____ admise en troisième classe de l'état de collocation (23'837'034 fr. 34), ainsi que ses créances figurant dans les états des charges respectifs des parcelles nos xx1 de la commune de D _____ (4'000'000 fr.) et xx2 de la commune de A _____ (7'000'000 fr.) sont assorties de la mention suivante :

Créance subordonnée jusqu'à concurrence de CHF 30'314'540.00 au paiement de la créance de la Y _____ SA, productions nos 2 - 32 et 36. [...]

que, dans l'état des charges de la parcelle no xx3 de la commune de D _____, il est mentionné que les créances de Y _____ SA (admises à concurrence de respectivement 9'871'232 fr. 88, 658'082 fr. 19 et 777'070 fr. 92) sont « prépositive[s] à concurrence de CHF 30'314'540 à la créance, production no xxx, de X _____ selon déclaration de subordination du 02.04.2012 » ;

qu'il appert de ce qui précède que, contrairement à ce que soutient le recourant, Y _____ SA, dans la lettre qu'elle a adressée le 27 avril 2021 à l'office des faillites intimé, s'est bel et bien prévalu de la subordination de créance que l'intéressé lui a octroyée par déclaration écrite du 2 avril 2012 ; que tombe dès lors à faux la totalité de l'argumentaire développé dans l'écriture de recours et qui se fonde sur le postulat que ledit office a méconnu une « règle de procédure ayant des conséquences sur le droit matériel pouvant être examinée dans le cadre d'une plainte déposée à l'encontre de l'état de collocation » en tenant compte d'office de ladite subordination ;

que la question de la validité de la subordination litigieuse et celle de savoir si elle concerne ou non les créances du recourant garanties par des droits de gage grevant les parcelles nos xx1 de la commune de D _____ et xx2 de la commune de A _____ (cf. l'écriture d'appel, p. 11) doivent être tranchées dans le cadre de la procédure judiciaire de contestation de l'état de collocation (art. 250 LP) ;

que c'est, partant, à juste titre que l'autorité inférieure n'est pas entrée en matière sur la plainte du recourant ;

qu'au surplus, une éventuelle violation du droit d'être entendu de celui-ci par l'autorité inférieure, au motif qu'elle n'a pas discuté son grief portant sur le fait que l'office des faillites intimé a tenu compte, « de son propre chef », de la subordination - ce qui, comme on vient de le voir, est inexact -, serait de toute manière réparée par l'autorité de céans, qui dispose d'une pleine cognition en fait et en droit (cf. arrêt 5A_596/2018 du 26 novembre 2018 consid. 5.4) ;

qu'il en va de même du moyen tiré de ce que ledit office n'a pas laissé au recourant la possibilité de « s'expliquer » avant de statuer, qui se fonde, lui aussi, sur la prémisse erronée que la subordination « n'avait pas même été revendiquée par Y _____ SA » (cf. l'écriture complémentaire du 20 juillet 2021, p. 2) ; que, quoi qu'il en soit, l'administration de la faillite doit baser sa décision (art. 245 LP) sur les pièces produites par le créancier à l'appui de sa production (art. 232 al. 2 ch. 2 LP), sur l'interrogatoire du failli (art. 244 LP et 37 OAOF) et sur les recherches dans ses livres (art. 246 LP) (JAQUES, *op. cit.*, n. 1411) ; qu'elle n'a donc pas à interpellier le ou les créancier(s) postposé(s) avant de mentionner la subordination dans l'état de collocation (cf. art. 60 OAOF) ;

qu'il suit de l'ensemble des développements qui précèdent que le recours doit être rejeté ;

que cette issue rend sans objet la requête d'effet suspensif présentée par le recourant ;

qu'il n'est pas perçu de frais judiciaires (art. 20a al. 2 ch. 5 LP ; art. 61 al. 2 let. a OELP), ni alloué de dépens (art. 62 al. 2 OELP) ;

Par ces motifs,

prononce

1. Le recours est rejeté.
2. Il n'est pas perçu de frais judiciaires ni alloué de dépens.

Sion, le 8 septembre 2021