

## **BGE 127 IV 110**

Bundesgericht (BGE), 2000-10-23, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_127 IV 110](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_127_IV_110)

FR: ATF 127 IV 110

IT: DTF 127 IV 110

### **Regeste**

Regeste Art. 165 aStGB und Art. 729b Abs. 2 OR: leichtsinniger Konkurs, Pflicht der Revisionsstelle zur Benachrichtigung des Richters. Umfang der Pflicht der Revisionsstelle zur Benachrichtigung des Richters bei offensichtlicher Überschuldung der Gesellschaft; Begriff der offensichtlichen Überschuldung (E. 5a).

### **Erwägungen**

#### **E. 5**

Le recourant se plaint d'une violation de l'art. 165 aCP en soutenant que la Chambre pénale n'a pas constaté d'aggravation découlant de l'omission d'avertir le juge du surendettement. Ce grief est irrecevable dans la mesure où il se fonde sur un droit constitutionnel ou qu'il s'écarte de l'état de fait retenu par l'autorité cantonale. Au demeurant, il a été constaté dans le recours de droit public que l'insolvabilité de la société avait empiré du 31 mai 1993 au 20 décembre 1994, notamment, et que le comportement du recourant constituait l'une des causes naturelles de cette dégradation. Il reste à examiner de plus près les questions de droit soulevées, au moins implicitement, par le recourant, à savoir si le comportement incriminé constitue une grave négligence dans l'exercice de la profession de réviseur et s'il se situe dans un rapport de causalité adéquate avec l'aggravation de l'insolvabilité. a) Selon l'art. 725 al. 2 CO, s'il résulte du bilan intermédiaire soumis à la vérification de l'organe de révision que la société est surendettée, le conseil d'administration en avise le juge, à moins qu'une convention de postposition soit conclue dans la mesure de l'insuffisance BGE 127 IV 110 S. 113 de l'actif. D'après l'art. 729b al. 2 CO, en cas de surendettement manifeste, l'organe de révision avise le juge si le conseil d'administration omet de le faire. Ces dispositions ont pour but d'éviter que l'ouverture de la faillite soit retardée et de protéger les créanciers actuels ou futurs d'une augmentation de leurs pertes, notamment en empêchant que la société contracte de nouvelles dettes ou favorise illicitement certains d'entre eux (ALEXANDER DUBACH, Handlungsalternativen des Verwaltungsrates bei Überschuldung der AG, L'EC 1997 p. 53 ss, spéc. no 4.2 p. 55; GRAZIANO PEDROJA/ROLF WATTER, Commentaire bâlois, 1994, no 6 ad art. 729b CO; Message du Conseil fédéral concernant la révision du droit des sociétés anonymes du 23 février 1983, FF 1983 II 757 ss, spéc. p. 960). Elles sauvegardent également les intérêts collectifs, en s'opposant à ce que des personnes morales surendettées restent dans le circuit économique (ALEXANDER BRUNNER, Handlungsalternativen der Revisionsstelle bei Überschuldung, L'EC 1994 p. 927 ss, spéc. no B.III p. 930; BRUNO KISTLER, Perte de capital et surendettement, L'EC 1993, 1ère partie, p. 103 ss, spéc. no 2.1 p. 104). Des perspectives d'assainissement concrètes, réalisables à court terme, peuvent toutefois justifier selon les circonstances de renoncer à aviser immédiatement le juge, à l'exclusion d'expectatives exagérées ou de vagues espoirs (ATF 116 II 533 consid. 5a; DUBACH, op.

cit., no 6.10 p. 58; KISTLER, op. cit., 1ère partie, no 2.4.1 p. 106; critique: RICO A. CAMPONOVO, Aufgaben und Stellung der Revisionsstelle im Umfeld von Art. 725 OR, L'EC 1997 p. 765 ss, spéc. no 5.2 p. 768; ERIC HOMBURGER, Commentaire zurichois V/5b, 1997, nos 1256 ss ad art. 725 CO ). En cas de controverse entre le conseil d'administration et l'organe de révision sur la présence d'un surendettement, l'organe de révision n'est pas habilité à aviser le juge tant que cette divergence se situe dans les limites d'une marge normale d'appréciation (Manuel suisse d'audit 1998, no 3.14237 p. 56 s.; Message, p. 868). Il ne peut et ne doit informer lui-même le juge que si le surendettement est manifeste et si le conseil d'administration reste inactif ( art. 729b al. 2 CO ; KISTLER, op. cit., 2e partie, p. 209 ss, spéc. nos 2.5 et 3 p. 215; sur l'octroi au conseil d'administration d'un délai approprié à cet effet: Manuel, no 3.14237 p. 56; CAMPONOVO, Die Benachrichtigung des Konkursrichters durch die aktienrechtliche Revisionsstelle, RSDA 1996 p. 211 ss, spéc. no IV.3 p. 216 s.). Un surendettement est manifeste au sens de l' art. 729b al. 2 CO lorsqu'il n'est plus douteux que l'actif ne peut couvrir les engagements BGE 127 IV 110 S. 114 et qu'aucune postposition suffisante n'est accordée; il en va de même lorsque le surendettement apparaît de manière évidente à toute personne capable de discernement, ou encore lorsque son déni déborderait les limites d'une marge normale d'appréciation (CAMPONOVO, Wann ist die Überschuldung offensichtlich?, L'EC 2000 p. 67 ss, spéc. no 4.1 p. 69 s.; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 2e éd., Zurich 1996, no 1714a p. 915). Enfin, selon la définition du Conseil fédéral, le surendettement est manifeste lorsqu'il est indéniable en dépit d'une appréciation optimiste de la situation (Message, p. 868). Peu importe à cet égard que le surendettement soit important, si son évidence ressort d'autres circonstances (PEDROJA/WATTER, op. cit., no 5 ad art. 729b CO ). Encore doit-on préciser que l'on ne saurait exiger des réviseurs qu'ils procèdent à des investigations en cours d'exercice ( ATF 116 IV 26 ), même si la société s'achemine vers une situation d'insolvabilité (NIKLAUS SCHMID, La responsabilité pénale du réviseur, Zurich 1997, no 141 p. 118). Si le bilan montre un surendettement, sans que celui-ci soit manifeste, l'organe de révision n'est pas tenu d'exercer un contrôle continu sur la comptabilité afin de ne pas manquer le jour où le surendettement devient manifeste (CAMPONOVO, op. cit., 1996, no III.3 p. 215). On ne saurait donc lui reprocher de ne pas être intervenu en cours d'exercice, lorsqu'il ne pouvait connaître le surendettement manifeste (cf. KISTLER, op. cit., 2e partie, no 3b p. 215). b/aa En l'occurrence, il est fort douteux que le recourant ait violé ses devoirs résultant de l' art. 725 al. 2 CO , puisqu'il a vérifié le bilan intermédiaire et attiré l'attention du conseil d'administration - et de l'assemblée générale - sur le surendettement ainsi que sur l'obligation d'aviser le juge. La question peut toutefois rester indécise, dès lors que le recourant n'a de toute façon pas respecté l' art. 729b al. 2 CO . D'une part, le recourant savait, le 31 août 1993, que la société souffrait d'un surendettement manifeste depuis le 31 mai 1993. En effet, le bilan révélait que la société présentait un déficit important de 293'468 fr. 74, le "rapport de gestion pour l'année 1992-93" qualifiait d'"éclatante" la situation de faillite, et aucune convention de postposition de créance n'avait été conclue. D'autre part, le recourant ne pouvait ignorer que les mesures acceptées par l'assemblée générale le 30 novembre 1993 ne garantissaient pas un assainissement suffisamment efficace et rapide, dès lors que les revenus se limitaient à des mensualités de 12'000 fr., susceptibles de cesser à tout moment. Enfin, le recourant ne pouvait ignorer que ces mensualités avaient cessé, puisqu'il était l'administrateur unique de la BGE 127 IV 110 S. 115 société débitrice. En résumé, le recourant ne pouvait ignorer, en tout cas jusqu'à l'achèvement de son mandat à la fin 1994, que le surendettement manifeste

révélé le 31 août 1993 subsistait. En tant que réviseur, il devait donc veiller à ce que le juge soit avisé, conformément à l' art. 729b al. 2 CO . Par ailleurs, ce devoir n'a pas pris fin avec l'adoption du plan d'assainissement par l'assemblée générale, mais a perduré tant que le recourant savait que le surendettement restait manifeste et que le juge en demeurait ignorant, à savoir en tout cas jusqu'à l'achèvement de son mandat à la fin 1994. Enfin, une telle violation de l' art. 729b al. 2 CO constitue une négligence grave dans l'exercice de la profession au sens de l'art. 165 aCP. Certes, on ne saurait affirmer que toute violation d'une disposition impérative du code des obligations constitue une telle négligence (cf., s'agissant de l' art. 725 CO , KISTLER, op. cit., 3e partie, p. 424 ss, spéc. no 1.4 p. 427 s. et no 4b p. 432; MURIEL EPARD, La banqueroute simple et la déconfiture, thèse Lausanne 1984, no 2.4.1.4 p. 98). En l'espèce toutefois, le recourant a renoncé à avertir le juge en niant de façon irresponsable le risque d'aggravation de la situation, voire en prenant consciemment ce risque sans tenir compte des conséquences pour les créanciers. bb) Par ailleurs, il est dans le cours ordinaire des choses qu'un tel comportement conduise à une aggravation de l'insolvabilité d'une société, de sorte que le lien de causalité adéquate est également réalisé (cf., s'agissant du défaut d'aviser le juge conformément à l' art. 725 CO : arrêt de l'Obergericht thurgovien du 29 novembre 1988, Rechenschaftsbericht TG 1988 no 38). cc) En conclusion, le recourant s'est rendu coupable d'infraction à l'art. 165 aCP.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.