SwissBoardForum 2 | 2024

Stefanie Meier-Gubser / juin 2024 (Traduction de la version allemande | M. Thiébaud)

Information du tribunal en cas de surendettement

AVIS DE SURENDETTEMENT (DÉPÔT DE BILAN) L'avis au tribunal en cas de surendettement fait partie des tâches intransmissibles et inaliénables du conseil d'administration. L'omission de l'avis de surendettement peut entraîner des conséquences tant civiles que pénales pour les membres du conseil d'administration.

Le présent article montre, dans le sens d'un guide d'action, comment procéder lors d'un avis de surendettement et ce à quoi il faut faire attention. Le conseil d'administration est toutefois déjà tenu d'agir explicitement en cas d'insolvabilité imminente, de perte de capital (bilan insuffisant) et de crainte fondée de surendettement.¹

Ces dispositions s'appliquent non seulement au conseil d'administration de la société anonyme, mais aussi, mutatis mutandis, aux organes de direction suprêmes de toutes les personnes morales.

Obligations d'agir en cas d'insolvabilité, de perte de capital et de surendettement

Il convient ici d'évoquer brièvement et en guise d'introduction les obligations d'agir en cas de menace d'insolvabilité, de perte de capital et de crainte fondée de surendettement :²

Le conseil d'administration doit surveiller la solvabilité de la société et, si celle-ci est menacée, prendre des mesures pour la garantir ou pour assainir la société, ou encore les proposer à l'assemblée générale. Si les comptes annuels font apparaître une perte de capital, le conseil d'administration est tenu de prendre des mesures pour l'éliminer et assainir la société ou de les proposer à l'assemblée générale. Enfin, s'il existe une crainte fondée de surendettement, le conseil d'administration doit immédiatement établir un bilan intermédiaire et le faire vérifier par l'organe de révision. S'il en ressort que la société est effectivement surendettée, le conseil d'administration doit en informer le tribunal qui ouvrira la faillite.

Attention : l'évolution négative de la situation financière de la société ne suit pas nécessairement cet ordre, de sorte qu'en pratique, le conseil d'administration ne doit pas compter sur la liquidation de chaque étape avant que le thème (crainte fondée) du surendettement ne soit abordé.

Surendettement

³Il y a surendettement lorsque *"les engagements de la société ne sont plus couverts par les actifs"*, la perte ne couvrant plus seulement l'ensemble des fonds propres, mais aussi une

¹ Art. 725 et suivants. CO

² plus détaillé Meier-Gubser, in : [SwissBoardForum 1|2023](#), Insolvabilité, perte de capital et surendettement

³ Art. 725b al. 1 CO

partie des fonds étrangers. Pour remédier à un surendettement, les immeubles et les participations peuvent être réévalués jusqu'à leur valeur réelle au maximum. Dans ce cas, l'organe de révision doit confirmer par écrit que les dispositions légales correspondantes ont été respectées.

En principe, le conseil d'administration doit faire établir un bouclage intermédiaire aux valeurs de continuation et un autre aux valeurs de liquidation en cas de crainte justifiée de surendettement. Il existe deux exceptions à cette règle:

1. Si l'hypothèse de la continuation de l'exploitation est donnée et que la clôture intermédiaire aux valeurs de continuation n'est pas surendettée, il est possible de renoncer à la clôture intermédiaire aux valeurs de liquidation.
2. Si l'hypothèse de la continuation de l'exploitation n'est pas donnée, une clôture intermédiaire aux valeurs de liquidation suffit.

Le conseil d'administration doit faire vérifier les comptes intermédiaires par l'organe de révision. Cela s'applique également en cas d'opting-out du contrôle restreint, c'est-à-dire dans les cas où la société n'a pas d'organe de révision. Dans ce cas, le conseil d'administration désigne un réviseur agréé pour contrôler les comptes intermédiaires.

Si la société est surendettée, tant selon le bouclage intermédiaire à la valeur de continuation que selon le bouclage intermédiaire à la valeur d'aliénation (ou selon le seul bouclage intermédiaire nécessaire), le conseil d'administration doit en informer le tribunal (déposer le bilan).

Exceptions à l'obligation de déposer le bilan

La juridiction ne doit pas être informée si

1. s'il existe des subordinations des créanciers de la société qui englobent le montant dû ainsi que les intérêts à recevoir pendant la durée du surendettement, ou
2. tant qu'il existe des raisons fondées de remédier au surendettement dans un délai raisonnable (au maximum dans les 90 jours suivant la présentation des comptes intermédiaires vérifiés).

Attention : dans ces cas, la société reste surendettée. En particulier, les déclassements ne constituent pas une mesure d'assainissement. Seule l'obligation d'informer le tribunal est supprimée. Le conseil d'administration reste dans l'obligation de prendre des mesures pour éliminer le surendettement et assainir la société, respectivement de les proposer à l'assemblée générale.

Digression sur l'obligation de révision des comptes intermédiaires

Dans la pratique, de nombreux tribunaux renoncent, dans certains cas, à l'examen des comptes intermédiaires par l'organe de révision, respectivement à la présentation des rapports de révision correspondants, notamment lorsque le surendettement est évident et prouvé.⁴ Il est donc recommandé, dans certaines circonstances, de demander au tribunal compétent si un rapport de révision sur la vérification des comptes intermédiaires est nécessaire ou non.

⁴ Cf. par exemple l'enquête de janvier 2024 de Michael Krampf, *Gerichte grosszügiger als der Gesetzgeber*, in : *Plädoyer* 2/2024

La notification au tribunal

Tribunal compétent

Le tribunal des faillites du siège de la société surendettée est compétent pour le dépôt du bilan. Celui-ci doit être informé et l'avis de surendettement doit être déposé auprès de lui.⁵

Avis de surendettement

La notification doit contenir un avis explicite de surendettement et la proposition ou la requête juridique d'ouvrir une procédure de faillite à l'encontre de la société pour cause de surendettement. Elle doit être signée par au moins un membre du conseil d'administration autorisé à signer. Elle peut en outre contenir des explications complémentaires et/ou des justifications.

En règle générale, les documents suivants (classés et numérotés dans un répertoire) doivent être joints à l'avis de surendettement :

- **décision** valable **du conseil d'administration** concernant la notification du surendettement (extrait de procès-verbal valablement signé)
- un **bouclément intermédiaire actuel** aux valeurs de continuation et de liquidation (valablement signé par le conseil d'administration)
- **rapport de l'organe de révision ou**, en cas d'opting-out, **d'un réviseur agréé** sur la vérification des comptes intermédiaires (en cas de surendettement manifeste, les tribunaux renoncent parfois à cette exigence)
- **un extrait** récent **du registre du commerce** de la société surendettée
- **Déclaration** indiquant si la société est **propriétaire** ou non **de biens fonciers** (immeubles, propriété par étage, droits de construction, etc.) (peut être faite dans la déclaration de surendettement). Si la société est propriétaire d'un terrain, une **liste des terrains appartenant à la société** et de leurs emplacements doit être fournie avec la déclaration de surendettement.

Le tribunal ne peut examiner l'avis de surendettement et ouvrir la faillite que si tous les documents nécessaires lui sont remis. Si des documents ou des informations manquent, le tribunal les demandera généralement à la société surendettée pour qu'elle les fournisse ultérieurement. S'ils ne sont pas remis ultérieurement, le tribunal ne peut pas entrer en matière sur la requête d'ouverture de la faillite.

Agir avec l'urgence qui s'impose

En cas d'insolvabilité imminente, de perte de capital et de crainte (justifiée) de surendettement, le conseil d'administration et l'organe de révision impliqué doivent toujours agir avec la "diligence requise" pour des raisons de protection des créanciers.

En d'autres termes, la société en difficulté financière est une priorité absolue pour le conseil d'administration. Il doit se ménager sans délai les ressources en temps nécessaires et prendre immédiatement les mesures qui s'imposent, faute de quoi il manquera à son devoir (de diligence) et pourra voir sa responsabilité engagée.

L'omission de la déclaration de surendettement

L'omission de l'avis de surendettement par le conseil d'administration constitue - tout comme le fait d'agir sans la diligence requise - une violation des obligations du conseil d'administration et peut entraîner sa responsabilité.

⁵ Art. 46 al. 2 LP

⁶⁷Si le surendettement est manifeste et que le conseil d'administration omet de le signaler, l'organe de révision ou le réviseur agréé doit déposer l'avis de surendettement auprès du tribunal des faillites compétent.

L'ouverture de la faillite

Le tribunal examine s'il existe effectivement un surendettement et, le cas échéant, ouvre d'office et sans délai la faillite de la société.⁸ S'il ressort de cet examen qu'il existe des indices d'un assainissement immédiat ou de la conclusion d'un concordat, le tribunal peut également suspendre la décision de faillite et engager la procédure concordataire, respectivement transmettre les dossiers au tribunal du concordat.

Alternative à l'avis de surendettement : Sursis concordataire

⁹Depuis le nouveau droit des sociétés anonymes, le conseil d'administration peut explicitement déposer une demande de sursis concordataire à la place de l'avis de surendettement, dans la mesure où il existe une perspective d'assainissement de la société ou de concordat et que cela est prouvé en conséquence dans la demande avec un bilan actuel (bilan et compte de résultat), une planification des liquidités et un plan d'assainissement.¹⁰

En déposant une demande de sursis concordataire, le conseil d'administration a rempli son obligation d'avis. Si le tribunal du concordat parvient à la conclusion qu'il existe une perspective d'assainissement de la société ou de conclusion d'un concordat, il accorde le sursis provisoire pour une durée maximale de quatre mois et prend d'autres mesures si nécessaire.¹¹ Dans le cas contraire, il ouvre d'office la faillite.¹²

Alternative à la déclaration de surendettement : Déclaration d'insolvabilité

¹³Comme alternative à l'avis de surendettement, l'ouverture de la faillite peut également être demandée au moyen d'une déclaration d'insolvabilité, le conseil d'administration déclarant la société insolvable. La déclaration d'insolvabilité doit être accompagnée, entre autres, d'une décision de l'assemblée générale constatée par un acte authentique qui

- constate l'insolvabilité de la société et
- a chargé le conseil d'administration de demander au tribunal des faillites la dissolution de la société pour cause d'insolvabilité.

En outre, une avance sur les frais de justice doit être versée dans le cadre de cette procédure.

⁶ Art. 728c al. 3 CO (pour le contrôle ordinaire), art. 729c CO (pour le contrôle restreint)

⁷ Art. 725b al.5 CO

⁸ Art. 192 LP

⁹ Art. 716a al. 1 ch. 7 CO

¹⁰ Art. 293 lit. a LP

¹¹ Art. 293a al. 1 et 2 LP

¹² Art. 293a al. 3 LP

¹³ Art. 191 LP

Saisie de la faillite et obligation de coopérer

Avec l'ouverture de la faillite, la société perd le droit de disposer de son patrimoine. Les actes juridiques portant sur des biens faisant partie de la masse de la faillite ne sont pas valables à l'égard des créanciers de la faillite après l'ouverture de la faillite (ce qu'on appelle la saisie de la faillite).¹⁴ Les pouvoirs d'administration et de disposition sont exercés exclusivement par l'administration de la faillite.

Le débiteur, c'est-à-dire la société en faillite, n'a plus de rôle actif dans la faillite. Toutefois, la société ou ses organes (conseil d'administration et, le cas échéant, direction) ont un devoir de coopération pendant toute la durée de la procédure de faillite.¹⁵ Le débiteur est tenu, sous peine de sanction, de se tenir à la disposition de l'administration de la faillite pendant toute la durée de la procédure de faillite et de fournir les informations ou l'assistance nécessaires. Il doit également déclarer par sa signature que l'inventaire dressé par l'administration de la faillite est complet et exact.¹⁶

Responsabilité du conseil d'administration

Outre la responsabilité civile du conseil d'administration pour l'omission ou le manque de diligence dans l'exercice de ses tâches et obligations, la responsabilité pénale des personnes impliquées peut également être pertinente en cas de surendettement de la société. On pense ici en premier lieu aux délits de faillite (faillite frauduleuse¹⁷, préjudice aux créanciers¹⁸, mauvaise gestion¹⁹, omission de tenir une comptabilité²⁰, préférence accordée à un créancier²¹, corruption lors de l'exécution forcée²², disposition de biens saisis²³, obtention frauduleuse d'un concordat judiciaire²⁴), la désobéissance du débiteur dans la procédure de faillite²⁵, la tenue irrégulière des livres de comptes²⁶ ou la violation des obligations de rapport²⁷.

Selon les termes de la loi

Aperçu des dispositions centrales du droit de la société anonyme et du droit de la faillite relatives au surendettement.

Attention : les dispositions correspondantes du droit des sociétés anonymes s'appliquent mutatis mutandis à la société en commandite par actions²⁸, à la société à responsabilité limitée²⁹, à la société coopérative³⁰, à l'association avec obligation d'inscription au registre du commerce³¹ et à la fondation³² (dans ce cas, en cas de surendettement, ce n'est pas le tribunal mais l'autorité de surveillance qui doit être informée).

¹⁴ Art. 204 al. 1 LP

¹⁵ Art. 229 al. 1 LP

¹⁶ Art. 228 LP

¹⁷ Art. 163 StGB

¹⁸ Art. 164 StGB

¹⁹ Art. 165 StGB

²⁰ Art. 166 StGB

²¹ Art. 167 StGB

²² Art. 168 StGB

²³ Art. 169 StGB

²⁴ Art. 170 StGB

²⁵ Art. 323 StGB

²⁶ Art. 325 StGB

²⁷ Art. 325^{ter} StGB

²⁸ Art. 764 Abs. 2 OR

²⁹ Art. 820 OR

³⁰ Art. 903 OR

³¹ Art. 69d ZGB

³² Art. 84a ZGB

Art. 716a CO Tâches intransmissibles [du conseil d'administration]

¹ Le conseil d'administration a les attributions intransmissibles et inaliénables suivantes :

1. [...]
7. le dépôt d'une demande de sursis concordataire et l'information du tribunal en cas de surendettement.
8. [...]

² [...]

Art. 725b CO Surendettement

¹ S'il existe des raisons de craindre que les actifs ne couvrent plus les engagements de la société, le conseil d'administration établit sans délai une clôture intermédiaire aux valeurs de continuation et une autre aux valeurs d'aliénation. Il est possible de renoncer à la clôture intermédiaire aux valeurs de réalisation si l'hypothèse de la continuation de l'exploitation est donnée et si la clôture intermédiaire aux valeurs de continuation ne présente pas de surendettement. Si l'hypothèse de la continuation de l'exploitation n'est pas donnée, une clôture intermédiaire aux valeurs d'aliénation est suffisante.

² Le conseil d'administration fait vérifier les comptes intermédiaires par l'organe de révision ou, à défaut, par un réviseur agréé ; il nomme le réviseur agréé.

³ Si, selon les deux bilans intermédiaires, la société est surendettée, le conseil d'administration en informe le juge. Celui-ci ouvre la faillite ou procède conformément à l'article 173a [sursis concordataire ou d'urgence] de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite.

⁴ La notification au tribunal peut être omise :

1. lorsque les créanciers de la société prennent rang derrière tous les autres créanciers dans la mesure du surendettement et reportent leurs créances, pour autant que la subordination porte sur le montant dû et les intérêts à payer pendant la durée du surendettement ; ou
2. tant qu'il existe une perspective fondée que le surendettement pourra être éliminé dans un délai raisonnable, mais au plus tard 90 jours après la présentation des comptes intermédiaires vérifiés, et que les créances des créanciers ne seront pas davantage menacées.

⁵ Si la société ne dispose pas d'un organe de révision, les obligations d'annonce de l'organe de révision soumis à un contrôle restreint incombent au réviseur agréé.

⁶ Le conseil d'administration et l'organe de révision ou le réviseur agréé agissent avec la diligence requise.

Art. 192 LP Ouverture de la faillite sans poursuite préalable d'office

La faillite est ouverte d'office, sans poursuite préalable, si la loi le prévoit.

Art. 293 Sursis concordataire - Introduction

La procédure concordataire est introduite par :

- a. une demande du débiteur accompagnée des pièces suivantes : un bilan actuel, un compte de résultats et un plan de trésorerie ou des documents équivalents faisant apparaître la situation actuelle et future du débiteur en matière de patrimoine, de revenus ou de bénéfices, ainsi qu'un plan d'assainissement provisoire ;
- b. une requête d'un créancier qui serait en droit de déposer une demande de faillite ;

- c. le transfert du dossier conformément à l'article 173a, alinéa 2 [suspension de la décision de faillite en cas d'indices d'un assainissement immédiat ou de la conclusion d'un concordat].

Modèle simple d'avis de surendettement

Le modèle simple d'avis de surendettement d'une société anonyme présenté ci-après doit être adapté et complété en fonction du cas concret. Il doit être considéré comme un guide et n'a pas la prétention d'être exhaustif.

[Raison sociale de la société]

[Personne déposante]

[Adresse]

[NPA lieu]

[Téléphone]

Lettre recommandée

[tribunal compétent en matière de faillite]

[Adresse]

[NPA lieu]

[Lieu, date]

Avis de surendettement de [la raison sociale de la société]

Mesdames et Messieurs

Par la présente, nous vous informons, en application de l'art. 716a al. 1 ch. 7 CO en relation avec l'art. 2525b du Code des obligations, que la société a été liquidée. art. 725b al. 3 CO et vous informons du surendettement de [raison sociale de la société] IDE [n° IDE]. Nous vous prions, sur la base de l'article 191 LP en relation avec l'art. de l'article 725b al. 3 CO, d'ouvrir la faillite de [la raison sociale de la société].

Demande juridique

Il convient d'ouvrir une procédure de faillite à l'encontre de [la raison sociale de la société].

Formulaire

[La raison sociale de la société] a son siège à [lieu]. Le tribunal des faillites saisi est compétent territorialement, matériellement et fonctionnellement.

Annexe : extrait du registre du commerce

Justification

1. Le bouclage intermédiaire de [la raison sociale de la société] aux valeurs de continuation du [DATE] et le bouclage intermédiaire aux valeurs de liquidation du [DATE] ont montré que les dettes de la société ne sont plus couvertes par les actifs et que la société est surendettée.

Annexes : états financiers intermédiaires

2. Le conseil d'administration a soumis les comptes intermédiaires le [DATE] à l'organe de révision ordinaire [nom de l'organe de révision] pour vérification. Le rapport de contrôle de l'organe de révision du [DATE] confirme le surendettement de [raison sociale de la société].

Ou en cas d'opting-out : la société [nom de la société] ne dispose pas d'un organe de révision. Le conseil d'administration a donc désigné le [DATE] le réviseur agréé [nom du réviseur agréé] et lui a soumis les comptes intermédiaires pour vérification le [DATE]. Le rapport d'audit du réviseur agréé du [DATE] confirme le surendettement de [raison sociale de la société].

Annexe : Rapport de révision

Le cas échéant : justification de la possibilité de renoncer à l'examen des comptes intermédiaires et du rapport de révision dans un cas concret.

3. Il n'y a pas de déclaration de cession de rang et il n'y a pas de perspective d'assainissement. Le conseil d'administration de la [raison sociale de la société] a donc décidé à l'unanimité, lors de sa réunion extraordinaire du [DATE], de déposer une demande d'inscription au registre du commerce en vertu de l'art. 725b al. 3 en relation avec l'art. 725b al. 2. Art. 716a al. 1 ch. 7, de déposer un avis de surendettement et de requérir l'ouverture de la faillite auprès du tribunal des faillites.

Annexe : Extrait du procès-verbal de la réunion du CA (signé)

4. La [raison sociale de la société] ne dispose d'aucune propriété foncière.

Ou dans le cas où il existe une propriété foncière : La [raison sociale de la société] dispose de la propriété des immeubles selon la liste séparée.

Annexe : liste des immeubles appartenant à [raison sociale de la société] (indication du numéro d'immeuble et du lieu de situation / n° de feuillet du registre foncier)

[Signature(s) juridiquement valable(s)]

[Prénom, nom]
Président(e) du conseil d'administration

[Nom, prénom]
Membre du conseil d'administration

Annexes selon liste séparée