Direction de l'intérieur et de la justice
Office du registre du commerce du canton de Berne

Poststrasse 25
3072 Ostermundigen
+41 31 633 43 60
hrabe@be.ch
www.hrabe.ch

Libération par compensation (règles de base)

1. Définition

La libération par compensation (libération des actions ou parts sociales au moyen de créances [créances à l'égard de la société et non pas envers les actionnaires ou les associés]) est une **conversion de fonds étrangers en fonds propres** (échange de passifs). Dans le cadre d'une libération par compensation, des créances sont converties en capital sans apport de nouveaux fonds. Le **passage du statut de créancier au statut de sociétaire** n'est pas possible sans autre formalité mais présuppose en règle générale une augmentation de capital. Toutefois, la libération par compensation est également possible lors de fondations de sociétés. L'apport de capitaux par compensation ne s'effectue généralement dans le cadre de fondations que lorsqu'une société reprend des biens comprenant des actifs et des fonds étrangers (p. ex. par contrat de transfert de patrimoine conformément à l'art. 69 ss LFus) et que des créanciers de l'entreprise existante souscrivent des actions ou des parts sociales qu'ils libèrent par compensation avec leur créance. Tant en cas d'augmentation du capital qu'en cas de fondation, la compensation ne doit pas être inscrite dans les statuts **mais elle doit être déclarée et publiée**. La libération par compensation n'est pas un apport en nature. Il convient de la distinguer de l'apport d'une créance en tant qu'apport en nature. La libération par compensation est une forme de libération indépendante et qualifiée.

2. Conditions de la compensation

2.1 Créances de même espèce

Deux créances ne peuvent être compensées que si elles portent sur des prestations **de même espèce**, ce qui est souvent le cas pour des dettes en argent. En cas de compensation, les deux créances doivent être des créances de sommes d'argent. Il suffit que les créances soient de même espèce **au moment de la compensation**. Les deux créances ne doivent pas nécessairement résulter de la même relation juridique, en d'autres termes une **connexité des deux créances n'est pas nécessaire**.

2.2 Réciprocité des créances, identité des parties

La compensation ne peut en outre avoir lieu que si deux personnes sont débitrices l'une envers l'autre de prestations de même espèce; il en découle la condition de la **réciprocité** des créances. Ceci signifie d'une part que **celui qui exerce la compensation** doit être débiteur ou débitrice de la créance principale et créancier ou créancière de la créance compensante et que, d'autre part, **la personne compensée** doit être créancière de la créance principale et débitrice de la créance compensante. À défaut, la **déclaration de compensation reste sans effet**. Dans le cadre de la **libération par compensation du droit de la société anonyme,** il ne peut être renoncé à l'**exigence de la réciprocité (= identité)** des créances à compenser (art. 120, al. 1 CO). Il doit donc exister **deux créances entre les mêmes parties** et chaque partie doit être créancière et débitrice de l'autre. C'est le point de vue **juridique (donc formel, de droit réel**) et non économique qui est déterminant pour répondre à la question de savoir qui est partie du rapport d'obligation.

2.3 Disponibilité des créances

Les créances doivent être librement disponibles, ce qui signifie qu'elles ne doivent être **ni contestées (non liquides = non reconnues) ni prescrites**. Le débiteur ou la débitrice doit jouir d'un plein pouvoir de disposition sur la créance compensante.

2.4 Exigibilité de la contre-créance

La contre-créance avec laquelle le débiteur ou la débitrice veut exercer la compensation doit être **exigible au moment de la déclaration de compensation**. Elle doit toutefois être encore existante, **non périmée**, car la péremption entraîne la caducité de la créance. Une dette n'est notamment **pas exigible** lorsque le créancier ou la créancière a déclaré à son sujet une « postposition » illimitée et, ce faisant, a signé comme d'ordinaire en contrepartie de la reconnaissance de dette écrite, un sursis de paiement des intérêts et du capital.

2.5 Exécutabilité de la créance

La créance que le débiteur ou la débitrice veut acquitter par compensation **ne doit pas nécessairement être exigible**, mais uniquement exécutable. Elle doit cependant encore exister, elle ne peut être déjà exécutée.

2.6 Possibilité de la faire valoir en justice

La contre-créance avec laquelle le débiteur ou la débitrice veut exercer la compensation doit pouvoir être **réclamée en justice**. Par conséquent, on doit pouvoir faire valoir la **créance principale en justice**. Les créances **futures** ou les simples **expectatives** ne peuvent être invoquées en compensation.

2.7 La déclaration de compensation

La compensation doit être déclarée. Elle ne se produit pas automatiquement en cas d'existence de créances réciproques. La déclaration de compensation peut être donnée en tout temps, sans respecter une forme ni une procédure particulières. Cependant, en droit des sociétés, les déclarations de compensation doivent être faites **par écrit**. La compensation requiert en principe une déclaration de volonté unilatérale du débiteur compensant à l'égard de son créancier (art. 124, al. 1 CO). Le débiteur qui tarde à se prévaloir de la compensation et ne l'invoque qu'au moment où le créancier lui réclame son dû profite de l'effet rétroactif de la compensation jusqu'au moment où les deux créances pouvaient être compensées (**effet rétroactif selon l'art. 124, al. 2 CO**). En présence de plusieurs créances réciproques pouvant être compensées, la déclaration du débiteur doit indiquer avec quelles contre-créances la compensation doit avoir lieu. S'il omet de le spécifier, la **règle de l'article 87 CO peut être appliquée par analogie**.

3. Fondement de la créance compensante et article 633, alinéa 1 CO

En principe, au vu de l'article 633, alinéa 1 CO, les créances invoquées en compensation ne doivent pas avoir été fondées **dans la perspective de la libération totale ou partielle (ultérieure) du capital**. Ceci reviendrait en effet à contourner l'article 633, alinéa 1 CO, qui prescrit le dépôt obligatoire des montants en espèces correspondant aux actions ou parts sociales auprès d'un établissement bancaire. Un tel fondement **illicite** de la créance doit en règle générale être présumé lorsque qu'il s'est écoulé **un court intervalle de temps** entre la fondation de la créance et la date de la compensation. La « violation de normes (**bien entendu impératives**) dans l'intérêt de tiers, avant tout de l'ensemble des règles de protection du capital au sens large dans l'intérêt des créanciers », est **nulle**. L'examen correspondant a lieu dans le cadre de la délivrance d'un **certificat de compensation**.

4. Exclusion de la libération par compensation

Généralement, la compensation est en principe admissible (art. 120 CO), pour autant qu'elle ne soit pas **exclue par la loi (art. 125 CO) ou une convention (art. 126 CO)**.

- Une éventuelle **rémunération de fondateur** ou **commission de fondation** ne peut être compensée avec la créance de libération. En ce qui concerne les frais d'organisation et de fondation, en revanche, une compensation est admissible.
- L'article 120, alinéa 2 CO (compensation avec une **créance contestée**) et alinéa 3 CO (compensation avec une **créance prescrite**) ne sont pas applicables en lien avec la libération par compensation.
- Une libération par compensation contre la volonté de la société, question qui se pose avant tout en lien avec la libération ultérieure, est exclue.
- La loi interdit la compensation dans le cadre de la faillite de la société anonyme, ce qui implique que les montants non entièrement libérés sur des actions (« non versés ») ne peuvent être compensés avec des créances de la masse en faillite. L'interdiction de la compensation des montants d'actions en souffrance par des créances contre la SA s'applique par analogie dans la procédure de concordat par abandon d'actifs. Cette règle énonce une interdiction de compensation pour les contributions au substrat de responsabilité de la SA, protégeant ainsi le capital social dans l'intérêt des autres créanciers. L'interdiction impérative de compensation prévue par la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) s'applique également par analogie en cas de **libérations par compensation de la dernière heure**, c'est-à-dire **lorsqu'une société n'est certes pas en faillite mais en liquidation, ou sans domicile et qu'elle présente un tel surendettement que la faillite aurait en réalité déjà dû être ouverte** mais qu'elle n'a pas pu l'être, pour une raison quelconque.

La monnaie WIR (avoirs auprès de la banque WIR à Bâle) n'est pas considérée comme de l'argent. La monnaie WIR n'est pas un moyen de paiement légal. Une dette en monnaie WIR est une dette en nature. Un paiement (en espèces) au sens de l'article 84, alinéa 1 CO est impossible. Les avoirs comptables WIR (créances de droit des obligations) ne peuvent pas faire l'objet de compensations mais peuvent être apportés à la société en tant qu'apports en nature. Lorsqu'un crédit WIR est apporté en tant qu'objet d'un apport en nature, il convient d'établir si la monnaie WIR doit être comptabilisée à sa valeur nominale ou à une valeur inférieure.