



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

Poststrasse 25
3071 Ostermundigen
+41 31 633 43 60
hrabe@be.ch
www.hrabe.ch

Libération par compensation

1. Généralités et définition

On parle de libération par compensation lorsque la créance de la société vis-à-vis de la personne qui a souscrit des actions est compensée, pour la libération de l'apport, par une créance de cette personne contre ladite société. La libération par compensation («libération des apports par compensation avec une créance») est régie par l'article 634a CO. Cette disposition et les commentaires suivants s'appliquent également à la libération de bons de participation (art. 656a, al. 2 CO¹), d'actions d'une société en commandite par actions (art. 764, al. 2 CO¹) et de parts sociales d'une société à responsabilité limitée (art. 777c, al. 2, ch. 1 et 3 CO¹).

Lors d'une libération par compensation, des **fonds de tiers sont convertis en fonds propres** (échange de passifs). Les créances envers la société sont converties en capital sans que de nouvelles ressources ne lui soient attribuées.

Une libération par compensation intervient le plus souvent dans le cas d'**augmentations de capital**. Elle est toutefois aussi possible dans le cas d'une **libération ultérieure** d'actions («appel ultérieur d'apports relatifs aux actions non entièrement libérées») (voir l'art. 634b, al. 2 CO¹) et, parfois, dès le stade de la **fondation** d'une société. Dans ce cas, une libération par compensation peut avoir lieu lorsque la société reprend des biens comprenant des actifs et des fonds de tiers (p. ex. par contrat de transfert de patrimoine conformément aux art. 69 ss LFus²) et que des créancières et créanciers de l'ancienne entreprise souscrivent des actions, des bons de participation ou des parts sociales qu'ils libèrent par compensation avec leur créance.

La libération par compensation **n'est pas un apport en nature**. Il convient de distinguer l'apport d'une créance en tant qu'apport en nature de la libération par compensation. Cette dernière est une forme de libération indépendante, également qualifiée.

2. Droit général de compensation et particularités relevant du droit des sociétés

En principe, les règles générales sur la compensation s'appliquent à la libération par compensation (art. 7 CC³ en relation avec les art. 120 ss CO¹), mais il faut également tenir compte des particularités du droit des sociétés: alors que la compensation générale peut être déclarée unilatéralement, la libération par compensation est généralement un **acte juridique bilatéral** (le conseil d'administration ne peut déclarer unilatéralement la compensation avec la créance d'une ou d'un actionnaire que dans le cas d'une libération ultérieure). Une libération par compensation n'est jamais possible contre la volonté de la société. En outre, contrairement à ce que permet le droit général de la compensation, les **créances contestées ou prescrites** ne peuvent pas être compensées en vue de la libération de l'apport. De telles créances ne peuvent pas être imposées par voie judiciaire, ou du moins pas aisément, et la société ne tirerait aucun avantage de la compensation. Par ailleurs, une libération par compensation ne serait pas admissible si les créances avaient été constituées uniquement en vue d'une libération ultérieure du capital. Cela reviendrait à **contourner l'article 633, alinéa 1 CO¹**, qui prescrit le dépôt obligatoire auprès d'un établissement bancaire

des apports en espèces correspondant aux actions ou aux parts sociales. En règle générale, la compensation est interdite **en cas de faillite d'une société anonyme**. Les montants non entièrement libérés sur des actions ne peuvent être compensés avec des créances de faillite (art. 213, al. 4 LP⁴).

3. Existence de la créance et réalisation des conditions nécessaires à sa compensation

3.1 Existence de la créance

L'existence de la créance devant être compensée doit être présentée dans le **rapport de fondation ou d'augmentation** (cf. art. 635, ch. 2, art. 652e, ch. 2 et art. 777c, al. 2, ch. 3 CO¹). Pour cette raison également, une libération par compensation avec une créance contestée n'est pas possible.

La créance doit pouvoir être **réclamée en justice**. Les créances futures ou les simples expectatives ne peuvent être invoquées en compensation.

En revanche, la **garantie de la valeur** de la créance (Werthaltigkeit) n'est pas une condition préalable à la libération par compensation (art. 634a, al. 2 CO¹). Une libération par compensation peut donc également avoir lieu dans le but d'assainir une société, même avec une créance de rang inférieur. Les dispositions relatives à la menace d'insolvabilité, à la perte de capital et au surendettement (notamment les obligations d'annoncer du conseil d'administration ou de la direction) sont toutefois réservées.

3.2 Réalisation des conditions nécessaires à la compensation de la créance

3.2.1 Créances de même espèce

Deux créances ne peuvent être compensées que si leur objet est de la même espèce. En cas de compensation à des fins de libération, les deux créances doivent porter sur **des 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 principe, les créances libellées dans des monnaies **différentes** sont également considérées comme similaires, pour autant qu'il existe un taux de conversion entre les monnaies et que la libre convertibilité soit assurée. Même espèce ne signifie pas même valeur: la compensation de créances de montants différents est également possible. Dans ce cas, les deux créances s'éteignent à hauteur du montant de la plus petite.

3.2.2 Réciprocité des créances, identité des parties

Les créances à compenser doivent être opposées l'une à l'autre. Les rôles de partie créancière et de partie débitrice doivent être **croisés**. Ainsi, la société, en tant que créancière de la dette d'apport, doit être opposée à la partie souscriptrice, en tant que débitrice, et la partie souscriptrice, en tant que créancière de la créance compensatoire, doit être opposée à la société, en tant que débitrice. La réciprocité peut également être obtenue volontairement a posteriori en vue d'une compensation.

3.2.3 Exigibilité ou exécutabilité de la créance

Si la compensation est ordonnée unilatéralement, la créance concernée doit être **exigible**. La contre-créance, en revanche, doit simplement exister et pouvoir être **exécutée**. La question de savoir quelle créance doit remplir quel critère dépend donc de la personne qui ordonne la compensation, le caractère exécutable étant dans tous les cas l'exigence minimale. Dans le cas de la libération par compensation, la société et sa ou ses débitrices / son ou ses débiteurs sont généralement d'accord sur la compensation. L'exigibilité et l'exécutabilité des créances font partie du consensus sur la compensation.

4. Prescriptions formelles

4.1 Acte authentique relatif à la décision d'augmentation de capital

Si, lors d'une augmentation ordinaire du capital d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité limitée, les apports doivent être effectués par compensation, l'acte authentique relatif à la décision d'augmentation prise par l'assemblée générale ou l'assemblée des associés doit mentionner le **montant des créances à compenser**, le **nom de la créancière ou du créancier** et les **actions, bons de participation ou parts sociales** qui lui reviennent (art. 650, al. 2, ch. 5 et art. 781, al. 5, ch. 1 CO¹).

4.2 Statuts

En cas de libération par compensation, les statuts doivent mentionner le **montant de la créance à compenser**, le **nom de la créancière ou du créancier** et les **actions, bons de participation ou parts sociales** qui lui reviennent. L'assemblée générale ou l'assemblée des associés peut abroger la disposition statutaire après dix ans (art. 634a, al. 3 et art. 777c, al. 2, ch. 1 CO¹).

Si une libération par compensation a lieu lors de la fondation, les statuts fondateurs définis par les fondatrices et fondateurs doivent contenir une disposition à cet égard. En cas de libération ultérieure ou d'augmentation de capital avec compensation, le conseil d'administration ou la direction est responsable de l'adaptation des statuts.

4.3 Rapport et attestation de vérification

Le rapport de fondation ou d'augmentation doit rendre compte de l'**existence** de la créance et des **conditions nécessaires à sa compensation** (art. 635, ch. 2, art. 652e, ch. 2, art. 777c, al. 2, ch. 3 et art. 781, al. 5, ch. 4 CO¹).

Une **réviseuse** ou un **réviseur agréé** doit vérifier le rapport et **attester par écrit** qu'il est **complet** et **exact** (art. 635a, art. 652f, al. 1, art. 777c, al. 2, ch. 3 et art. 781, al. 5, ch. 4 CO¹).

4.4 Registre du commerce

Le **montant de la créance à compenser**, avec indication des **actions, des bons de participation ou des parts sociales** échangés sont inscrits au registre du commerce (art. 45, al. 2, lit. c, art. 48, al. 2, art. 54, al. 4, art. 59b, al. 2, art. 60, art. 73, al. 2 et art. 76, al. 2 ORC⁵).

¹ Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) (CO; RS 220)

² Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (Loi sur la fusion, LFus; RS 221.301)

³ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC; RS 201)

⁴ Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP; RS 281.1)

⁵ Ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce (ORC; RS 221.411)