



Roman Aus der Au

Dr en droit, M.A. HSG in Law and Economics,
avocat
associé de de l'étude Kellerhals Carrard
Zurich KIG
www.kellerhals-carrard.ch

Révision du droit de la société anonyme

La libération par compensation selon le droit révisé de la société anonyme

Dans l'article ci-après, l'auteur met en lumière les nouveautés relatives à la libération par compensation («debt-equity swap») pour la société anonyme et analyse une sélection de problématiques pertinentes pour la pratique.

L'Assemblée fédérale a adopté en juin 2020 la révision du droit de la société anonyme. Le référendum n'a pas été demandé. À l'heure actuelle, on s'attend à ce que les normes révisées et les nouvelles normes entrent en vigueur le 1^{er} janvier 2023.¹ Entre autres points,² la révision affecte le droit de la libération par compensation. Bien que cela revête une importance considérable dans la pratique, les adaptations qu'entraîne cette révision n'ont suscité comparativement qu'un faible intérêt à ce jour. Le présent article a pour but de faire la lumière sur l'instrument qu'est la libération par compensation tel qu'il est précisé dans la révision du droit de la SA et d'informer les praticiens des derniers développements en la matière.

1. Nature de la libération par compensation

On parle de libération par compensation (selon le nouveau droit: «libération des apports par compensation avec une créance») lorsque la créance d'une société vis-à-vis du souscripteur, resp. de l'actionnaire, est compensée avec une créance opposée contre ladite société.³ Selon

la conception du droit suisse, la libération par compensation est considérée comme un type d'apport en capital distinct et autonome;⁴ et ce, à la différence du droit allemand qui, pour sa part, estime que l'introduction d'une créance doit être considérée comme un type d'apport en nature. En droit suisse, il ne faut emprunter la voie de l'apport en nature (moyennant le respect des règles y afférentes) qu'à condition que l'on produise une créance contre un tiers.⁵

Du point de vue juridique, en ce qui concerne la libération par compensation, il s'agit d'abord d'un cas d'application particulier d'une compensation au sens classique du terme selon les art. 120ss CO. Selon la règle précitée, la compensation de deux créances a pour effet que les deux créances sont alors toutes deux réputées éteintes (jusqu'à concurrence du montant de la plus faible). Toutefois, en dérogation à la règle qui précède, la libération par compensation est considérée comme un instrument distinct et autonome relevant du droit des sociétés. La différence essentielle entre ces deux cas de figure réside dans le fait que, dans le premier cas, nous avons affaire à un acte juridique consensuel, tandis que dans le deuxième cas, la compensation générale peut aussi être déclarée de manière unilatérale.⁶

De surcroît, à la différence de ce qui prévaut dans le droit régissant la compensation générale, il n'est pas licite de compenser des créances

contestées ou des créances prescrites aux fins de libération des apports. Des créances de ce genre ne sont pas exécutoires, resp. ne sont pas exécutoires sans autre devant les tribunaux. Leur compensation n'apporterait aucun avantage à la société, raison pour laquelle l'on ne saurait reconnaître ici que l'on est en présence d'un véritable apport en capital. On peut déjà le constater par le simple fait que tant les créances contestées que les créances prescrites ne sauraient être inscrites au passif du bilan de la société comme des créances normales.⁷

Si nous exprimons cela en termes économiques, la libération par compensation donne lieu à un «debt-equity swap», à savoir à une permutation des passifs dans le bilan de la société. Des dettes (à savoir des capitaux étrangers) sont converties en capitaux propres.⁸

2. Rétrospective

Déjà avant la révision du droit de la société anonyme, la libération par compensation était un mode distinct bien établi de libération des apports.⁹ Cette voie était toutefois semée d'embûches.

D'abord, il était difficile d'expliciter la libération par compensation dès lors qu'elle ne faisait l'objet que d'une norme de droit ponctuelle et qu'elle ne découlait qu'implicitement de la loi –

et ce, tant pour la libération ultérieure et l'augmentation conditionnelle de capital que pour les rapports de fondation et pour les rapports d'augmentation de capital.

Ensuite, la question était contestée de savoir si oui ou non la créance de compensation doit obligatoirement conserver sa valeur recouvrable, à savoir si le surendettement de la société devrait être licite ou non (voir plus loin).¹⁰ Une autre question, liée à cette dernière sur le plan économique, était également discutée: celle de savoir s'il est licite ou non de présenter des créances qui sont grevées d'une charge de cession de rang (postposition) aux fins de libération par compensation. Ces questions étaient problématiques parce qu'elles recelaient le risque de donner lieu à une libération non valide.

3. Droit de la société anonyme 2020

La révision du droit de la société anonyme règle de manière générale les modalités de la libération des apports aux art. 633ss COrév. Du point de vue de la systématique du droit, l'art. 634a al. 1 COrév est placé avant le versement en espèces et l'apport en nature. Cet article stipule que la libération peut aussi s'opérer «par compensation avec une créance». La licéité explicitement déclarée de la libération a posteriori d'apports par compensation a été conservée à l'art. 634b al. 2 COrév.¹¹ Partant, il est clair – resp. il a été clarifié au moyen des règles de renvoi – que la libération par compensation est mise à disposition dans toutes les situations de libération des apports.

L'art. 634a al. 2 COrév stipule que la «compensation avec une créance» est également considérée comme une «couverture» lorsque «la créance n'est plus couverte par des actifs». Cette norme de droit rejette l'exigence contestée selon laquelle la créance à compenser doit conserver sa valeur recouvrable.

L'art. 634a al. 3 COrév postule ensuite la nouvelle obligation consistant à reproduire dans les statuts les libérations par compensation, et fixe le contenu de la publication.

4. La créance de compensation

La loi autorise la libération par compensation avec des créances dont l'existence et la réalisation des conditions nécessaires à sa compensation sont établis. Cela découle des normes de droit qui régissent l'établissement du rapport de reddition des comptes.¹² Des exigences supplémentaires, et en particulier la solvabilité de la société débitrice, ne sont pas requises.¹³

Dès lors, le motif légal de la créance n'est pas décisif aussi longtemps que, sur le plan comptable, elle peut être comptabilisée dans les capitaux étrangers du bilan. De ce fait, des créances en dommages-intérêts qui se fondent sur un arrêt exécutoire ou sur une transaction exécutoire sont elles aussi compensables.¹⁴ Sont également compensables des créances libellées dans une monnaie différente de celle du capital-actions.¹⁵ Ne sont pas compensables, en revanche, de futures créances, prescrites, contestées, voire fictives.¹⁶ Aussi longtemps que les cryptomonnaies ne sont pas (encore) des moyens de paiement reconnus par la loi, elles n'ont pas accès à la compensation, mais doivent au contraire être présentées en tant qu'apport en nature.¹⁷

5. Nouvelle publicité des statuts

La nouveauté qui est sans doute la plus importante concerne la publicité des statuts. Conformément au droit révisé, il y a lieu de divulguer dans les statuts les libérations par compensation comme suit: «Les statuts doivent indiquer le montant de la créance apportée en compensation, le nom de l'actionnaire et les actions qui lui sont dévolues. L'assemblée générale peut abroger les dispositions statutaires après dix ans¹⁸».¹⁹

Ces modalités de publicité des statuts n'étaient connues à ce jour que pour les apports en nature et les reprises de biens. Pour cette raison, la reprise de ces modalités de publicité semble (tout de même) cohérente. Surtout en raison du caractère public du registre du commerce, resp. en raison de la nouveauté selon laquelle les statuts sont rendus gratuitement accessibles sur l'Internet, cette publicité peut toutefois avoir un effet dissuasif.²⁰

En revanche, il y a lieu de se demander dans quelle mesure ces modalités de publicité des statuts sont praticables dans des situations comportant un grand nombre de créanciers qui procèdent à des compensations, comme c'est le cas, par exemple, des emprunts convertibles (négociés).²¹ Il faudra élaborer une méthode praticable dans des cas de ce genre. Une possibilité envisageable serait que tous les créanciers procèdent au préalable à une cession de créance à l'intention d'un agent fiduciaire, p. ex. d'une banque, qui procèdera ensuite à la compensation et qui souscrira aux actions.²² Plusieurs auteurs arguent que le nouveau concept de publicité selon le droit révisé de la SA ne serait pas applicable aux augmentations de capital à partir de capital conditionnel, et ils font valoir que, déjà selon le droit actuellement en vigueur, leur publicité serait réglementée de manière différente.²³

Les conséquences juridiques d'un défaut de publicité des statuts ne sont pas réglementées sur le plan légal. Il faut considérer que ce défaut de publicité entraîne des conséquences relevant du droit de la responsabilité, et qu'il n'y a lieu de constater la nullité de la compensation que dans des situations de fait particulières.²⁴

6. Un concept de protection qui a fait ses preuves

L'objectif consistant à endiguer l'utilisation abusive peut être considéré comme la ratio legis du droit de la libération par compensation. Sont envisageables l'abus visant un apport fourni insuffisant, l'abus visant à contourner des prescriptions de forme ainsi qu'une combinaison de ces motifs.²⁵ C'est dans ce contexte qu'il faut considérer les normes procédurales relatives à la libération de la compensation. Ces normes peuvent être qualifiées de concept de protection ayant pour but de garantir que ces apports sont effectivement fournis, et peuvent donc être considérées comme un abandon effectif de créances en faveur de la société, et cet abandon confère ainsi à la société une position plus avantageuse.

Le droit révisé ne change rien à ce concept procédural éprouvé qui réside en l'établissement d'un rapport écrit, et en une attestation de vérification établie par un réviseur. Hormis le cas de l'augmentation conditionnelle de capital, ce droit s'applique à tout type de libération par compensation. Font également partie de ce concept de protection l'établissement en la forme authentique et l'inscription au registre du commerce.

6.1 Rapport de reddition des comptes à vérifier

Avant la libération de la compensation, les fondateurs ou le conseil d'administration (en cas d'augmentations de capital ou en cas de libérations ultérieures) sont tenus de rendre compte, dans un rapport écrit, de l'existence de la dette et de la réalisation des conditions nécessaires à la compensation.²⁶

Ce rapport doit être vérifié par un réviseur agréé qui est tenu d'attester par écrit que ce rapport est complet et exact.²⁷ On contrôle ainsi l'existence de la créance contre la société ainsi que la réalisation des conditions nécessaires à la compensation – mais pas la conservation de sa valeur recouvrable, ni la solvabilité de la société débitrice.²⁸

6.2 Établissement en la forme authentique et inscription au registre du commerce

Le concept de protection ébauché précédemment sera complété par des mécanismes de protection étatiques qui ont également pour but

de contribuer à la conformité au droit de la libération par compensation.

S'il y a lieu de libérer des apports par compensation, des décisions de l'assemblée générale, resp. des décisions des fondateurs ainsi que des constatations du conseil d'administration doivent faire l'objet de documents à établir en la forme authentique au niveau de différentes instances. Ce faisant, la personne chargée d'établir les documents en la forme authentique contrôle en priorité le respect des procédures formelles. Cette personne n'assume aucune responsabilité quant à la conformité absolue au droit, ni quant à l'exactitude matérielle des décisions et constatations précitées. Si toutefois des doutes fondés naissent de ces décisions et constatations, cette personne est tenue d'informer et de sensibiliser les parties aux conséquences juridiques correspondantes, de procéder à des clarifications supplémentaires et, le cas échéant, cette personne est tenue de refuser d'établir ces documents en la forme authentique.²⁹ Dès lors, il est usuel de présenter à la personne chargée de l'établissement en la forme authentique des pièces justificatives qui apportent la preuve de la conformité au droit de la libération par compensation (ce qu'on appelle des «attestations de compensation»).

Enfin, il y a lieu de faire inscrire au registre du commerce la libération par compensation. Par conséquent, le registre du commerce compétent contrôle également la transaction sous l'angle formel – à savoir, pour l'essentiel, les pièces justificatives.³⁰ Le pouvoir de cognition de l'autorité est certes contesté en doctrine, mais il devrait être évident qu'on ne saurait dénier à l'autorité un certain rôle lorsqu'il s'agit d'imposer l'application du droit, du moins dans le domaine des prescriptions contraignantes.³¹

7. Cas d'application

La compensation avec une créance est à disposition dans la totalité des cas de libération des apports.

7.1 Fondation

Comme l'indique déjà la nouvelle systématique de la loi, rien ne s'oppose à ce que la libération par compensation ait déjà lieu au moment de la fondation de la société.³² Il est même licite de prévoir une créance contre une SA qui est encore en cours de fondation.³³ Il est envisageable de prévoir, par exemple, qu'une entreprise soit transférée, avec les actifs et les passifs, dans une SA qui devra être nouvellement fondée. Dans ce cas, les actifs peuvent être utilisés en tant qu'apport en nature, et on peut faire appel aux passifs aux fins de libération par compensation.³⁴

7.2 Modifications du capital

La libération de l'apport par compensation avec une créance requiert désormais une décision de l'assemblée générale prise à la majorité qualifiée, à savoir l'approbation de deux tiers au minimum des voix représentées et de la majorité des valeurs nominales des actions représentées.³⁵ Ce rapprochement avec les exigences propres à l'apport en nature paraît objectivement justifié.

7.2.1 Augmentation ordinaire du capital

L'augmentation ordinaire du capital est décidée par l'assemblée générale. Si la libération doit se faire par compensation avec une créance, la décision doit contenir le montant de la créance apportée en compensation, le nom du créancier ainsi que les actions qui lui sont dévolues.³⁶

7.2.2 Marge de fluctuation du capital

Ce qu'on appelle la «marge de fluctuation du capital» est un nouvel instrument prévu par la loi. Il reprend les bases de l'augmentation de capital approuvée, et il les lie à une possibilité de délégation pour des réductions de capital.³⁷ Dans les statuts, il est possible d'habiliter le conseil d'administration à augmenter ou à réduire le capital-actions, dans les limites d'une fourchette de fluctuation, pendant une durée maximale de cinq ans.³⁸

Si le type de libération des apports n'a pas été limité dans les statuts, le conseil d'administration peut décider du type de libération des apports qui devra être appliqué.³⁹ Dans ce contexte, la libération par compensation est un moyen mis à disposition à cet effet.⁴⁰ En cas de réduction du capital, il est envisageable de prévoir une procédure inverse de libération par compensation.⁴¹

7.2.3 Augmentation de capital à partir de capital conditionnel

En recourant à une augmentation conditionnelle de capital, la société peut créer du capital-actions «en réserve». Au besoin, à partir de ce «capital conditionnel», il est possible d'émettre continuellement de nouvelles actions afin de couvrir des droits, émis au préalable, à la souscription d'actions. Ces droits peuvent revêtir la forme de droits d'option ou de conversion.⁴²

À la différence des autres procédures d'augmentation de capital, l'augmentation à partir de capital conditionnel peut consister en de nombreuses augmentations de capital individuelles. En raison de ce caractère continu, le concept de protection procédural usuel à partir de rapports de reddition des comptes préalablement contrôlés qui doivent être suivis par l'établissement ultérieur de documents en la forme authentique est une procédure peu praticable.⁴³ En lieu et place de ce mode de faire, après expiration de l'année d'exercice ou sur instruction

du conseil d'administration, un expert-réviseur agréé contrôle si l'émission des nouvelles actions était conforme aux dispositions légales et aux statuts. Le conseil d'administration prend ensuite la décision de constatation usuelle et procède à la modification des statuts.⁴⁴

Les emprunts obligataires avec droits de conversion (emprunts obligataires convertibles) constituent un cas d'application important de l'augmentation de capital à partir de capital conditionnel. Ils permettent aux créanciers de ces emprunts de renoncer, sous certaines conditions, au remboursement de l'emprunt et d'acquérir des actions de la société en lieu et place de ce remboursement. Malgré l'absence du concept de protection précité, la libération par compensation est applicable dans de tels cas.⁴⁵

Des augmentations conditionnelles de capital conviennent également aux options de collaborateurs qui permettent à l'employeur de transformer le salaire retenu en actions de la société. Ici également, la libération par compensation est licite à cet effet. En raison de l'absence de concept de protection adéquat, la libération par compensation n'est licite que pour de telles options de collaborateurs, mais elle n'est pas licite pour d'autres types de droits d'option.⁴⁶ La révision du droit de la SA n'apporte aucune modification substantielle à l'augmentation de capital à partir de capital conditionnel. La seule différence est qu'il n'est plus obligatoire d'impliquer une banque étant donné que la compensation ne doit plus se faire «auprès» d'une banque.⁴⁷

7.3 Libération ultérieure

Également sous le nouveau droit, le capital-actions ne doit pas être libéré dans son intégralité.⁴⁸ Dans ce cas, le souscripteur de l'action ne fournit d'abord qu'une partie de la valeur nominale par action. Le souscripteur peut aussi continuer de fournir a posteriori la part des non-versés qui a été reportée dans le temps au moyen d'une compensation avec une créance.⁴⁹

La décision de souscrire au non-versé est dévolue de manière contraignante et indélégalable au conseil d'administration.⁵⁰ La question se pose de savoir si la compétence consistant à déterminer le mode de la libération ultérieure est également liée à cette décision. Si l'assemblée générale qui a créé le capital-actions partiellement libéré a également déterminé le mode de la libération ultérieure, cette décision est déterminante pour le conseil d'administration. Si aucune décision de ce genre n'a été prise, le conseil d'administration est habilité à faire usage de la libération par compensation. Dans ce cas, en dérogation à la pratique notariale largement répandue, la déclaration unilatérale de libération par compensation par le conseil d'administration devrait être également licite.⁵¹

8. Assainissement

La libération par compensation permet de réduire les dettes et d'accroître simultanément les capitaux propres. Partant, il s'agit d'un moyen efficient et important de stabiliser le bilan et de combattre le surendettement.⁵² Dès lors que la libération par compensation n'apporte pas de nouveaux fonds à la société, et qu'elle laisse inchangée la colonne des actifs du bilan, il est évident que cela n'atténue pas pour autant les problèmes de liquidité. La société profite uniquement du fait que ses capitaux étrangers sont ainsi réduits.

Parvenir à un accord entre les différents créanciers, en particulier entre les banques bailleuses de fonds, est une entreprise qui peut s'avérer problématique.⁵³ En revanche, le fait que l'assainissement soit considéré comme un motif important de limitation ou d'annulation du droit de souscription permet de simplifier les choses. Cela a toutefois pour effet que les actionnaires existants (à savoir les actionnaires qui ne procèdent pas à des compensations) subissent ainsi une dilution de leur statut de détenteurs et que, le cas échéant, il peut y avoir ainsi un transfert du contrôle sur la société au profit des créanciers.⁵⁴

Une solution possible d'aménagement de l'assainissement au moyen de la libération par compensation peut consister à émettre les nouvelles actions avec un *agio*.⁵⁵ Dans ce cas, la valeur nominale de la créance compensée est plus élevée que la valeur nominale des actions émises. La différence (l'*agio*) pourra ensuite être compensée avec un éventuel report de pertes.

8.1 Conservation de la valeur recouvrable

Sous l'ancien droit de la SA, il était contesté en doctrine de savoir si oui ou non la créance qui doit être apportée en compensation contre la société doit obligatoirement conserver sa valeur recouvrable. Une minorité (importante) d'auteurs soutenait le point de vue selon lequel il est obligatoire que la créance contre la société conserve sa valeur recouvrable, resp. que l'augmentation de capital d'une SA surendettée réalisée au moyen d'une compensation est contraire au droit.⁵⁶ En revanche, parmi ces auteurs, une majorité prépondérante estimait au contraire que la libération par compensation confère également une position plus avantageuse aux créanciers restants si la créance ne conserve pas sa valeur recouvrable, raison pour laquelle la libération par compensation est licite.⁵⁷

Le droit révisé instaure désormais la clarté requise puisqu'il stipule explicitement que «la compensation avec une créance» est également considérée comme une couverture «lorsque la créance n'est plus couverte par des actifs»⁵⁸.

Dès lors, il devient évident que la compensation s'opère à la valeur nominale de la créance. Cette clarification de la situation de droit doit être saluée, et elle renforce ainsi la libération par compensation en tant qu'instrument d'assainissement. Or c'est précisément dans des situations d'assainissement que la sécurité du droit est d'un grand avantage. En effet, selon l'ancienne situation du droit, et au vu de cette dispute doctrinale, le créancier procédant à la compensation se voyait confronté au risque d'être condamné à fournir une nouvelle fois l'apport concerné.⁵⁹

8.2 Postposition

Si un créancier remet une déclaration de postposition (cession de rang, appelée également «subordination»), il renonce ainsi à exiger l'acquittement de sa créance par la société débitrice, et ce, jusqu'au moment où tous les autres créanciers auront été satisfaits. En d'autres termes, il postpose sa créance envers la société. Une telle déclaration de postposition est un instrument important pour les sociétés dont les capitaux étrangers ne sont plus couverts par des actifs et qui, par conséquent, sont surendettées. Si une société surendettée parvient à se procurer des déclarations de postposition (y compris des demandes de délai) en proportion et pour la durée du surendettement, elle n'est alors pas tenue d'en aviser le tribunal.⁶⁰ On gagne ainsi du temps pour un assainissement.⁶¹ Certes, du point de vue formel, la créance avec postposition reste un capital étranger, mais du point de vue économique, on a ainsi créé des «quasi-fonds propres».⁶² La question se pose de savoir s'il est licite qu'une créance de ce genre puisse faire l'objet d'une compensation.

Si, aux fins de libération par compensation, on fait appel à une créance grevée d'une postposition, cette créance devient, tant du point de vue formel que matériel, un capital propre à part entière. Le bilan de la société est ainsi stabilisé dès lors que les créanciers sont désormais devenus des actionnaires de la société, et qu'en cas de faillite, ils ne devront intervenir définitivement qu'en dernier lieu. Pour cette raison, une grande partie de la littérature considère qu'il est licite de prévoir la compensation avec des créances grevées d'une postposition.⁶³

Le législateur s'est abstenu de réglementer de manière explicite la libération par compensation avec des créances qui sont assujetties à une postposition. Toutefois, si l'on étudie la situation sous l'angle économique, la nouvelle licéité explicite de la compensation avec des créances non recouvrables⁶⁴ peut être également transférée, à certains égards, aux créances avec postposition. Car en dernière analyse, une créance avec postposition est aussi une créance dont la valeur recouvrable est inférieure.

9. Droit transitoire

Comme ce fut déjà le cas lors de révisions antérieures du droit de la société anonyme, des questions de droit transitoire entre l'ancien et le nouveau droit se posent également pour la révision 2020. D'une part, il existe un intérêt à préserver autant que possible les situations qui ont pris naissance sous l'ancien droit et, d'autre part, les nouvelles règles devraient s'appliquer sans restriction, ce qui signifie que les sociétés seront tenues de s'adapter.⁶⁵ Les dispositions transitoires figurant dans le droit révisé de la SA ont pour but de répondre à ces questions. En l'espèce, ce sont les dispositions transitoires concernant les statuts qui nous intéressent en priorité.

Il y a lieu de se demander si des sociétés dont le capital-actions a été du moins partiellement libéré par compensation sont tenues de le publier a posteriori dans les statuts. Compte tenu de la règle de droit intertemporel de la non-rétroactivité, il faut répondre par la négative à cette question. Certes, les nouvelles dispositions seront applicables à la date d'entrée en vigueur du nouveau droit. Cela signifie qu'à partir de cette date, il sera obligatoire de reproduire les libérations par compensation dans les statuts.⁶⁶ Toutefois, même ultérieurement, les effets juridiques de faits qui sont survenus avant l'entrée en vigueur de cette loi devront être également appréciés selon le droit qui était en vigueur au moment de la survenance de ces faits.⁶⁷ ■

Le présent article est un résumé remanié de la thèse de l'auteur qui a été publiée en juin 2021: Roman Aus der Au, Die Verrechnungslieferung bei der AG. Die Leistung der Einlage durch Verrechnung mit einer Forderung nach dem revidierten Aktienrecht, thèse, Zurich, Zurich/St-Gall 2021.

¹ En même temps que les modifications qui ont été apportées à l'ordonnance sur le registre du commerce (ORC).

² Une vue d'ensemble sur cette thématique figure dans l'ouvrage de Dieter Gericke/Andreas Müller/Daniel Häusermann/Nina Hagmann, Neues Aktienrecht: Tour d'Horizon, GesKR 2020, p. 1 ss. Les ouvrages standard ci-après déjà parus traitent le sujet de manière approfondie: Jean Nicolas Druey/Eva Druey Just/Lukas Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, ouvrage fondé par Theo Gühl, 12^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2021; Peter Forstmoser/Marcel Küchler, Schweizerisches Aktienrecht 2020. Mit neuem Recht der GmbH und der Genossenschaft und den weiteren Gesetzesänderungen, Berne 2021; Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, 2^e éd., Berne 2020.

³ La libération par compensation est également possible pour la contribution au capital initial pour la Sàrl (art. 777c al. 2 ch. 1 COrév).

⁴ Il est licite de combiner la compensation avec une libération en liquide et/ou avec un apport en nature. La décision de l'assemblée générale peut aussi prévoir une autre formulation, et accorder ainsi une marge de manœuvre au conseil d'administration (Alexander Vogel, Orell Füssli, Kommentar zur Handelsregisterverordnung, Zurich 2020, art. 47, N 19).

⁵ Cf. von der Crone (nbp 2), ch. marg. 636.

⁶ La compensation unilatérale est uniquement envisageable lors de la libération ultérieure (Roman Aus der Au: Die Verrechnungslieferung bei der AG. Die Leistung der Einlage durch Verrechnung mit einer Forderung nach dem revidierten Aktienrecht, thèse Zurich, Zurich/St-Gall 2021, ch. marg. 345 ss).

⁷ Cf. sur l'ensemble: Aus der Au (nbp 6), ch. marg. 237 ss/310 ss avec d'autres renvois.

- ⁸ Rudolf Volkart/Alexander F. Wagner, *Corporate Finance. Grundlagen von Finanzierung und Investition*, 7^e éd., Zurich 2018, p. 757. Pour les implications fiscales, voir Stefan Oesterheld/Susanne Schreiber, *Forderungsverzicht und andere Debt-Equity-Swaps*, *Revue fiscale* 6/2020, p. 438ss.
- ⁹ Cf. Peter R. Isler/Evelyn Schilter-Heuberger, *Die Verrechnungslieferung als eigenständige dritte Art der Eigenkapitalbeschaffung*, in: R. Sethe/A. Heinemann/R. M. Hilty/P. Nobel/R. Zäch (édit.), *Kommunikation, Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag*, Berne 2011, p. 875ss.
- ¹⁰ Cf. sur l'ensemble: Aus der Au (nbp 6), ch. marg. 899ss.
- ¹¹ Auparavant: art. 634a al. 2 CO.
- ¹² Art. 635 chiffre 2 et art. 653e chiffre 2 CO.
- ¹³ Pour des explications détaillées à ce sujet: Peter Forstmoser/Hans-Ueli Vogt, *Liberierung durch Verrechnung mit einer nicht werthaltigen Forderung: eine zulässige Form der Sanierung einer überschuldeten Gesellschaft?*, *ZSR* 2003, p. 540ss.
- ¹⁴ Aus der Au (nbp 6), ch. marg. 213.
- ¹⁵ Aus der Au (nbp 6), ch. marg. 280; à l'avenir, il ne sera plus obligatoire de libeller le capital-actions en francs, raison pour laquelle, dans le présent contexte, des créances libellées en francs seront considérées comme des créances libellées en monnaie étrangère (art. 621 al. 2 COrév).
- ¹⁶ Aus der Au (nbp 6), ch. marg. 236ss/310ss.
- ¹⁷ Aus der Au (nbp 6), ch. marg. 122ss.
- ¹⁸ Et ce, à la majorité simple, resp. selon le quorum prévu dans les statuts.
- ¹⁹ Art. 634a al. 3 COrév.
- ²⁰ Art. 936 al. 2 CO; Moritz Maurer, *Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital, Übertragung von Aktiven, Forderungsverzicht, Genuss- und Besserungsschein*, in: T. Sprecher (édit.), *Sanierung und Insolvenz von Unternehmen X, Die aktienrechtliche Sanierung*, Zurich/Bâle/Genève 2020, p. 115.
- ²¹ Cf. sur l'ensemble: Aus der Au (nbp 6), ch. marg. 524; selon Forstmoser/Küchler (nbp 2), art. 653f, ch. marg. 6, la publication des statuts s'applique également aux droits de conversion.
- ²² Cette pratique est connue et trouve son origine dans l'apport en nature pour lequel on exige également la divulgation du nom de l'apporteur (p. ex. lors du projet de fusion entre Holcim et Lafarge en 2015).
- ²³ Du moins pour les emprunts convertibles: Druey/Druey Just/Glanzmann (nbp 2), 145, ch. marg. 45; Thomas Reutter/Annina Hammer, *Lediglich «Punktueller Anpassungen und Präzisierungen der Bestimmungen zum bedingten Kapital? Bedingt zutreffend!», SZW* 2021, les pages 302 et suivantes renvoient au message du Conseil fédéral selon lequel l'on conserverait en principe le concept de réglementation actuel d'augmentation de capital à partir de capital conditionnel, et qu'il ne faudrait apporter que des adaptations et précisions ponctuelles à ces dispositions (message du Conseil fédéral concernant la modification du Code des obligations (droit de la société anonyme) du 23 novembre 2016, FF 2017, p. 399ss, p. 501).
- ²⁴ Aus der Au (nbp 6), ch. marg. 545ss.
- ²⁵ Aus der Au (nbp 6), ch. marg. 759ss.
- ²⁶ Art. 635 ch. 2 et art. 652e ch. 2 CO; cf. aussi Aus der Au (nbp 6), ch. marg. 416ss.
- ²⁷ Art. 635a CO.
- ²⁸ Druey/Druey Just/Glanzmann (nbp 2), p. 145, ch. marg. 42.
- ²⁹ Aus der Au (nbp 6), ch. marg. 460ss.
- ³⁰ Les pièces justificatives requises sont régies par les dispositions de l'ordonnance sur le registre du commerce (fondation: art. 43; augmentations de capital: art. 46ss et libération ultérieure: art. 54). Il n'est pas nécessaire de déposer des pièces justificatives supplémentaires telles qu'extraits de compte, contrats de prêts, extraits de comptabilité, etc. (Alexander Vogel, Orell Füssli, *Kommentar zur Handelsregisterverordnung*, Zurich 2020, art. 46 N 65). Selon Clemens Meisterhans/Michael Gwelessiani, *Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung*, 4^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2021, art. 46 N 27. Toutefois, dans la pratique, il arrive souvent que des pièces justificatives supplémentaires de ce genre soient déposées, qui font présumer qu'il a fallu justifier l'existence – la dette dans la perspective de l'augmentation de capital; si l'on était en présence d'indices supplémentaires laissant à penser qu'il s'agit d'un contournement contraire au droit, l'office du registre du commerce serait tenu de procéder à des clarifications supplémentaires ou de faire attester qu'en l'occurrence, l'on n'est pas en présence de faits de ce genre constitutifs d'un contournement des règles.
- ³¹ Rino Siffert, *Commentaire bernois du Code des obligations – Le registre du commerce*, art. 927 à 943 CO, Berne 2021, art. 927 N 15.
- ³² Le message stipule ce qui suit à ce sujet: «Lors de la fondation, il va de soi qu'une compensation avec des créances non recouvrables continue à être illicite.» ([nbp 23], p. 493); cf. aussi Forstmoser/Küchler (nbp 2), art. 634a, ch. marg. 9. Cela convient à l'art. 634a al. 2 COrév dans la mesure où cet article postule que la «compensation avec une créance est également [considérée] comme une couverture lorsque la créance [n'est] plus couverte par des actifs».
- ³³ Druey/Druey Just/Glanzmann (nbp 2), p. 116, ch. marg. 45.
- ³⁴ Von der Crone (nbp 2), ch. marg. 247/p. 636 avec d'autres renvois.
- ³⁵ Art. 704 al. 1 ch. 3 en relation avec l'art. 704 al. 1 COrév.
- ³⁶ Art. 650 al. 2 ch. 5 COrév.
- ³⁷ Benjamin Büchler, *Das Kapitalband*, thèse Zurich, Zurich/Bâle/Genève 2012, ch. marg. 2.
- ³⁸ Art. 653s al. 1 COrév.
- ³⁹ Art. 653t al. 1 ch. 3 COrév; voir Urs Schenker, *Das Kapitalband – Flexibilisierung des Kapitals mit Gefahren für Aktionäre und Gläubiger*, in: L. Forrer/M. P. A. Müller/F. Zuur (édit.), *Das Aktienrecht im Wandel*, Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Zurich/St-Gall 2020, p. 177.
- ⁴⁰ Art. 653u al. 5 en relation avec l'art. 652c CO en relation avec l'art. 634a al. 1 COrév; cf. Dieter Gericke/Daniel Madani, *Das Kapitalband* (art. 653s à 653v P-CO), *SJZ* 2021, p. 744.
- ⁴¹ Art. 653u COrév; cf. Aus der Au (nbp 6), ch. marg. 640.
- ⁴² Aus der Au (nbp 6), ch. marg. 679.
- ⁴³ Aus der Au (nbp 6), ch. marg. 703.
- ⁴⁴ Aus der Au (nbp 6), ch. marg. 712ss.
- ⁴⁵ Von der Crone (nbp 2), ch. marg. 636; voir aussi: Aus der Au (nbp 6), ch. marg. 687.
- ⁴⁶ Aus der Au (nbp 6), ch. marg. 692ss.
- ⁴⁷ Comme l'indiquait la teneur de l'ancien art. 653e al. 2 CO; Aus der Au (nbp 6), ch. marg. 39/706.
- ⁴⁸ Art. 632 COrév.
- ⁴⁹ Art. 634b al. 2 COrév.
- ⁵⁰ Art. 634b al. 1 COrév; cf. Roland Müller/Lorenz Lipp/Adrian Plüss, *Der Verwaltungsrat. Ein Handbuch für Theorie und Praxis* (vol. I), 5^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2021, ch. marg. 3.781.
- ⁵¹ Aus der Au (nbp 6), ch. marg. 345ss.
- ⁵² Un exemple figure dans: Urs Schenker, OC Oerlikon: *Eine komplexe, aber erfolgreiche Restrukturierung*, *GesKR* 2010, p. 542ss.
- ⁵³ Volkart/Wagner (nbp 8), p. 757.
- ⁵⁴ Art. 652b al. 2 COrév.; cf. Maurer (nbp 20), p. 113.
- ⁵⁵ Urs Schenker, *Möglichkeiten zur privatrechtlichen Sanierung von Aktiengesellschaften*, *SJZ* 2009, p. 493.
- ⁵⁶ Notamment in: Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht. Mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und Abschlussprüfung in neuer Fassung; unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts*, 4^e éd., Zurich 2009, p. 244ss, ch. marg. 127ss.; dans la mesure où la mention de cette question est visible pour la première fois in: Peter Mosimann, *Die Liberierung von Aktien durch Verrechnung*, thèse Bâle, Bâle 1978, p. 67ss.
- ⁵⁷ En lieu et place de nombreuses références: Lukas Glanzmann, *Verrechnungslieferung. Absage an die Werthaltigkeitstheorie*, *GesKR* (numéro spécial) 2008, p. 15ss. Certes, le Tribunal fédéral a approuvé une fois l'exigence de conservation de la valeur recouvrable, mais ce point de vue doit être qualifié d'obiter dictum auquel on ne saurait attribuer une importance décisive (Arrêt du TF 2A.169/2002, du 11 juillet 2002, consid. 6).
- ⁵⁸ Art. 634a al. 2 COrév.; cf. à ce sujet également: Rashid Bahar/Martin Peyer, in: L. Handschin/P. Jung (édit.), *Zürcher Kommentar: Die Aktiengesellschaft, Rechte und Pflichten der Aktionäre*, art. 660–697m OR, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2021, art. 680 N 24.
- ⁵⁹ Hans Caspar von der Crone/Linus Cathomas, *Das Aktienkapital im Entwurf zur Aktienrechtsrevision*, *SZW* 2017, p. 605.
- ⁶⁰ Art. 725b al. 4 ch. 1 COrév; selon le nouveau droit, y compris les intérêts qui courent pendant la durée du surendettement (Druey/Druey Just/Glanzmann [nbp 2], p. 134, ch. marg. 140).
- ⁶¹ Pour des explications plus détaillées à ce sujet: Thomas Rohde, *Der Rangrücktritt – eine Tour d'Horizon*, in: T. Sprecher (édit.), *Sanierung und Insolvenz von Unternehmen X, Die aktienrechtliche Sanierung*, Zurich/Bâle/Genève 2020, p. 75ss.
- ⁶² Nous parlons ici du «capital mezzanine». Du point de vue économique, une postposition peut tout à fait être assimilée à un abandon de créances (Ines Pöschel/Rolf Watter, *Die Zulässigkeit einer deklarativen Kapitalherabsetzung bei durch Rangrücktritt gemilderter Überschuldung, Umgang mit Pro-forma-Bilanzen. Besprechung eines neueren Entscheides des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich*, *REPRAX* 2005, p. 10); les auteurs Druey/Druey Just/Glanzmann (nbp 2), p. 133, ch. marg. 139, parlent ici de la «quatrième classe de faillite».
- ⁶³ Par exemple: Rohde (nbp 61), p. 85, et Vogel (nbp 31), art. 46, N 63; il en va toutefois autrement lorsque la postposition n'est déclarée qu'envers un seul cocréancier (Aus der Au [nbp 6], ch. marg. 824ss).
- ⁶⁴ Art. 634a al. 2 COrév.
- ⁶⁵ Comme le relevait déjà Fritz von Steiger in: *Die Anpassung der Aktiengesellschaft an das neue Recht*, Zurich 1937, p. 8.
- ⁶⁶ Au surplus, les sociétés disposent d'une période de deux ans pour adapter leurs statuts.
- ⁶⁷ Art. 1 al. 1 des dispositions transitoires du COrév en relation avec l'art. 1 al. 1 Tit. fin. CC; cf. sur l'ensemble: Aus der Au (nbp 6), ch. marg. 530ss.