



Michel Storck
Professeur à la Faculté de Droit de Strasbourg
Directeur du Centre de droit des affaires

Société en formation. Compte courant. Indisponibilité des fonds correspondant aux apports en numéraire. Affectation de fonds à une acquisition. Violation de l'indisponibilité. Responsabilité de la banque

Cass. com. 19 mai 1998, Bull. Joly 1998, p. 952, note P. Serlooten ; JCP 1998, éd. E, p. 1696, note T. Bonneau ; Dalloz Affaires 1998, p. 1274, obs. M.B. ; RJDA 10/98, n° 1144.

Les fonds représentant le capital social d'une société sont indisponibles jusqu'à l'immatriculation de la société : la cour d'appel n'avait pas à rechercher si le gérant pouvait donner l'ordre au banquier dépositaire d'utiliser ces fonds pour payer une lettre de change. De même, une somme déposée par un associé sur le compte de la société en formation avec une affectation pour l'acquisition d'un fonds de commerce était conventionnellement indisponible pour toute autre affectation : la cour d'appel a pu retenir que la banque avait engagé sa responsabilité en la laissant utiliser à d'autres fins.

Une société en cours de formation est un client potentiel pour les banques, qui chercheront à nouer des relations avec ce nouveau partenaire le plus tôt possible. Toutefois, la démarche n'est pas sans risque, car la procédure de constitution n'aboutit pas toujours à une immatriculation de la société ; en outre, après l'immatriculation, les fondateurs qui ont agi pour le compte de cette société ne sont pas nécessairement investis des fonctions de direction, et leurs actes ne sont pas systématiquement repris par les associés. Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 19 mai 1998 permet d'attirer l'attention des banques sur les risques encourus lors de l'ouverture d'un compte au nom d'une société en formation.

Un compte courant a été ouvert auprès d'une banque par M. Richard, agissant au nom d'une SARL en cours de formation ; un associé de cette société, M. Pedelhez, a versé sur ce compte une somme de 100 000 francs destinée à constituer le capital social de la société, et une somme de 500 000 francs expressément affectée à l'acquisition d'un fonds de commerce par la société. Après ces dépôts de fonds et avant l'immatriculation de la société, M. Richard, nommé ultérieurement gérant de cette société, a donné ordre à la banque de débiter ce compte d'un montant de 750 000 francs en règlement d'une lettre de change. Après immatriculation de la société, M. Pedelhez, ayant succédé à M. Richard dans les fonctions de gérant de la SARL, a obtenu en appel la condamnation de la banque à réinscrire au crédit du compte de la

société les sommes de 100 000 et de 500 000 francs. A l'appui de son pourvoi, la banque invoquait, d'une part, le fait qu'elle ne pouvait se soustraire aux instructions du gérant de la société et d'autre part, le fait qu'une modification de l'affectation des fonds versés par l'associé résultait de l'ordre de paiement donné par le représentant légal de la société. Le pourvoi est rejeté au motif qu'«*en retenant, à bon droit, que les fonds représentant le capital social sont indisponibles jusqu'à l'immatriculation de la société, la cour d'appel n'avait pas à rechercher si le gérant pouvait en disposer*», et «*que retenant que l'autre somme versée par M. Pedelhez était conventionnellement indisponible pour toute autre affectation que celle prévue lors de son versement, la cour d'appel a pu retenir que la banque avait engagé sa responsabilité en la laissant utiliser à d'autres fins*».

Les fonds déposés par l'associé étaient soumis à deux formes d'indisponibilité, instituée par la loi pour la fraction correspondant aux apports en numéraire (I) et d'origine conventionnelle pour les sommes affectées à l'acquisition du fonds de commerce (II). Toutefois, c'est une même sanction qui est prononcée à l'encontre de la banque dépositaire pour la violation de l'obligation de bloquer les fonds frappés de cette indisponibilité d'origine légale et conventionnelle : la faute ainsi commise entraîne l'obligation de réinscrire au crédit du compte les sommes indûment utilisées pour le paiement de la lettre de change (III).

I Dans les SARL et dans les sociétés par actions en formation, les apports en numéraire effectués par les associés doivent être déposés pour le compte de la société à la Caisse des dépôts et consignations, chez un notaire ou dans un établissement de crédit (D. n° 67-236, art. 22 et 62). A cette fin, les établissements de crédit ouvrent un compte spécial au nom de la société en formation ; un chéquier ne pourrait notamment pas être remis aux fondateurs de la société pour effectuer des mouvements sur ce compte. Les fonds déposés sont bloqués et ne peuvent être retirés tant que l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés n'est pas intervenue (L. 24 juill. 1966, art. 39 al. 1^{er} et art. 83) : le retrait ne peut être effectué par le mandataire de la société que sur présentation d'un certificat du greffier attestant l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés (D. n° 67-236, art. 23 et 70).

Si la société n'est pas constituée dans le délai de six mois à compter du dépôt du projet de statuts au greffe, tout souscripteur peut demander en justice la nomination d'un mandataire chargé de retirer les fonds pour les restituer aux

souscripteurs, sous déduction des frais de répartition. Pour la restitution des fonds apportés, le souscripteur ne peut agir qu'à l'encontre de la banque dépositaire des fonds et non à l'encontre des autres souscripteurs qui n'ont pas agi au nom de la société en formation (1).

Le dépositaire ne peut faire jouer une compensation pour s'opposer à cette restitution : il a été jugé que les fonds correspondant aux apports de numéraire ne peuvent faire l'objet d'une compensation avec une créance de l'établissement bancaire dépositaire, alors même que ladite créance résultait d'une faculté de découvert consentie aux cofondateurs de la société en formation (2) ; cette compensation ne peut jouer non plus avec un compte destiné à enregistrer les opérations passées au nom de la future société (3). Si le dépositaire a violé l'interdiction légale de débloquer les fonds représentant les apports de numéraire avant l'immatriculation de la société et si par ce fait le remboursement des apports ne peut être effectué au profit des souscripteurs de parts, ceux-ci peuvent se retourner contre le dépositaire en invoquant la faute ainsi commise et le préjudice résultant de ce non-remboursement.

En l'espèce, le souscripteur n'a pas demandé le remboursement des fonds apportés par suite de la non-constitution de la société. La société a bien été constituée et immatriculée, et c'est après l'accomplissement de cette formalité que l'apporteur, nommé gérant, a poursuivi la banque à raison de la faute commise par le déblocage prématuré des apports de numéraire : la requête portait non pas sur une restitution à un associé d'un apport de numéraire, mais sur la réinscription au crédit du compte de la société du montant des apports utilisés pour le paiement de la lettre de change. Ni le fondateur de la société, ni les associés ne pouvaient dispenser la banque dépositaire de l'obligation de bloquer les fonds correspondant à des apports de numéraire jusqu'à l'immatriculation de la société. Cette obligation est une obligation légale (4), d'ordre public, destinée à protéger les souscripteurs contre les risques liés à un retard ou à un défaut de constitution effective de la société. La Cour de cassation rappelle ce principe en relevant que la cour d'appel n'avait pas à rechercher si le gérant pouvait disposer des fonds représentant le capital social avant l'immatriculation : l'indisponibilité est absolue.

En revanche, pour la seconde somme déposée par l'associé, avec une affectation spéciale, l'indisponibilité était de nature conventionnelle et pouvait donner lieu à des aménagements.

II Avant l'immatriculation d'une société, les fondateurs et les associés accomplissent de nombreux actes nécessaires à la création de cette société. Pendant cette période de formation, la société n'a pas encore de personnalité morale ni de patrimoine. Toutefois, pour faciliter la réalisation de ces actes les établissements bancaires ouvrent généralement un compte au nom de cette société en formation ; ce compte est alimenté par des versements supplémentaires des associés ainsi qu'éventuellement par une ouverture de crédit consentie par la banque (5).

Le compte ouvert au nom de la société en formation n'a en réalité pour titulaires que les associés qui en ont demandé l'ouverture (6). Pour éviter que des tiers puissent être induits en erreur par l'existence d'un tel compte, les établissements bancaires font généralement apparaître dans l'intitulé du compte et sur les formules de chèques que la société est en formation (7).

En l'espèce, la banque ne pouvait porter sur un même compte courant les apports de numéraire de l'associé et les

fonds affectés à l'acquisition d'un bien. Ce sont deux comptes distincts qui devaient être ouverts au nom de la société : un compte de dépôt spécial bloqué jusqu'à l'immatriculation de la société, et un compte pouvant enregistrer toute opération de dépôt ou de retrait. La banque a également été négligente en réalisant les opérations d'ouverture de compte et de règlement sur les seules instructions du fondateur de la société : à défaut de reprise de ces opérations par la société après immatriculation, les actes litigieux n'ont engagé que le fondateur et non les autres associés ni la société.

Par ailleurs, une affectation conventionnelle des fonds déposés à l'acquisition d'un fonds de commerce par la société titulaire du compte a été acceptée par la banque dans le cadre d'un compte de fonctionnement. L'affectation conventionnelle n'est pas une modalité du dépôt réalisé par le client : elle résulte d'un mandat conféré au banquier de ne disposer des fonds que pour la destination convenue. Dans quelles conditions ce mandat pouvait-il être révoqué ? La révocation ne pouvait intervenir qu'avec l'accord du déposant, donneur d'ordre. L'affectation ayant été stipulée au profit d'un tiers, vendeur du fonds de commerce acquis par la société, l'accord de ce tiers devrait également être requis pour toute modification de cette affectation (8).

Le banquier a engagé sa responsabilité dès lors qu'il a admis une modification de cette affectation conventionnelle des fonds, émanant d'une personne autre que l'associé déposant.

III Tout dépositaire doit être en mesure de justifier que les opérations effectuées pour le compte du déposant l'ont été dans la limite des pouvoirs valablement conférés par ce déposant et dans le respect des dispositions légales.

Les fautes commises par la banque dans le non-respect de l'indisponibilité légale et conventionnelle des fonds entraînent obligation de réparation par une remise des choses en l'état, consistant en une réinscription au crédit du compte de la société des sommes de 100 000 francs et de 500 000 francs utilisées pour le paiement de la lettre de change.

La banque n'a pu en l'espèce se prévaloir d'une reprise par la société des actes accomplis pour son compte avant son immatriculation, les conditions prévues pour cette reprise par l'article 5 de la loi de 1966 (reprise décidée par l'assemblée générale des associés) n'ayant pas été réunies en l'espèce : le fondateur de la société, qui a donné l'ordre à la banque de payer la lettre de change, est seul et indéfiniment tenu des effets de l'acte ainsi accompli.

En de telles circonstances, la banque devait pour préserver ses intérêts ouvrir deux comptes. Un compte spécial, frappé d'une indisponibilité légale, alimenté par le dépôt de fonds correspondant aux apports en numéraire ; un compte ouvert au nom de la société en formation destiné à permettre la conclusion d'opérations pour le compte de la société en formation. Pour ce second compte, une reprise ultérieure par les associés de la société est toujours aléatoire. Sachant qu'à défaut de reprise, seul le fondateur qui a demandé l'ouverture du compte et qui l'a fait fonctionner engage sa responsabilité, il était préférable d'ouvrir un compte collectif : la banque pouvait exiger un engagement solidaire de tous les associés de la société lors de l'ouverture d'un compte collectif, fonctionnant sur les signatures de tous les associés fondateurs ou de certains d'entre eux disposant d'une procuration irrévocable. Ce compte pouvait par ailleurs être affecté d'une destination particulière, telle que l'acquisition d'un fonds de commerce (9).

- (1) Cass. com., 23 mars 1982 : D., 1982, IR p. 355 ; *Rev. sociétés*, 1983, p. 558, note Hémard.
- (2) CA Paris, 15^e ch. 30 nov. 1976, *Gaz. Pal.* 1977, I, p. 314, note Vasseur.
- (3) CA Paris 23 sept. 1982, *BRDA* 1982, n° 24 p. 18.
- (4) L. 24 juill. 1966, art. 39 al. 1^{er} et art. 83 préc.
- (5) V. Baudelet, «Les banques et l'activité de la société en formation», *banque* 1986, n° 457 p. 66.
- (6) Cass. com., 31 mai 1988 : *Rev. sociétés*, 1989, p. 39, note J. Stoufflet ; Cass. com., 6 février 1990 : *Rev. sociétés*, 1990, p. 237, note J. Stoufflet ; Cass. com., 24 mars 1992 : *Dr. sociétés*, 1992, n° 128, obs. Th. Bonneau.
- (7) En ce sens, J. Mestre, *Lamy Sociétés commerciales*, 1998, n° 360 et n° 362.
- (8) V. F. Grua, «Contrats bancaires, T1, Contrats de services», *Economica* n° 95.
- (9) V. en ce sens, J. Mestre, *Lamy Sociétés commerciales* 1998, n° 361.