Document généré le 14 juil. 2025 14:38

Revue du notariat

L'*AFFECTIO SOCIETATIS* EN TANT QUE CRITÈRE DE VALIDITÉ ET DE QUALIFICATION DES SOCIÉTÉS : L'ILLUSTRATION FRANÇAISE

Ivan TCHOTOURIAN

Volume 110, numéro 3, décembre 2008

URI : https://id.erudit.org/iderudit/1045327ar
DOI : https://doi.org/10.7202/1045327ar

Aller au sommaire du numéro

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)
2369-6184 (numérique)

Découvrir la revue

Citer cet article

TCHOTOURIAN, I. (2008). L'*AFFECTIO SOCIETATIS* EN TANT QUE CRITÈRE DE VALIDITÉ ET DE QUALIFICATION DES SOCIÉTÉS : L'ILLUSTRATION FRANÇAISE. *Revue du notariat*, *110*(3), 877–899. https://doi.org/10.7202/1045327ar

Tous droits réservés © Ivan Tchotourian, 2008

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

https://www.erudit.org/fr/

L'*AFFECTIO SOCIETATIS* EN TANT QUE CRITÈRE DE VALIDITÉ ET DE QUALIFICATION DES SOCIÉTÉS : L'ILLUSTRATION FRANÇAISE*

Ivan TCHOTOURIAN**

1. LES CONSÉQUENCES DE L'*AFFECTIO SOCIETATIS* AU PLAN DE LA VALIDITÉ DE LA SOCIÉTÉ 880

1.1 L'*affectio societatis*, source d'annulation d'une société 880

1.1.1 Une position jurisprudentielle... 880

1.1.2 ...Qui laisse place à des doutes 887

1.2 L'*affectio societatis*, clé de voûte de la fictivité d'une société 889

2. LES CONSÉQUENCES DE L'*AFFECTIO SOCIETATIS* AU PLAN DE LA QUALIFICATION DE LA SOCIÉTÉ 894

3. CONCLUSION 898

---

* Cet article est extrait de ma thèse de doctorat intitulée *L'affectio societatis, critère de validité et de qualification du contrat de société* et soutenue à l'Université Nancy 2, le 6 novembre 2007, sous la direction du professeur Yves Dereu en vue de l'obtention du grade de docteur en droit. Cette thèse sera publiée à la fin de l'année 2008 aux éditions *Lextenso* dans la collection Bibliothèque de droit privé.

** Docteur en droit privé, maître de conférences (Université de Nantes), chercheur associé à la Chaire en droit des affaires et du commerce international (Université de Montréal) et ancien titulaire de la Bourse de recherche Lavoisier (EGIDE).

« L'esprit d'association, né avec l'homme, s'est développé à mesure que ses besoins ont grandi : l'homme isolé est capable de peu de choses ; mais s'il unit son activité, son intelligence, ses forces à celles de ses semblables, il accomplira des prodiges. » La formule de Guillouard de 1891 conserve aujourd'hui son lustre. La personne de l'associé demeure au cœur du mécanisme de la société – notamment des sociétés de personnes –, malgré l'évolution qui tend indéniablement à une certaine déshumanisation et à une personnification toujours plus grande du groupement. Ainsi, la personne humaine ne saurait être négligée et, avec elle, tout ce qui la caractérise notamment l'idée maîtresse qui l'a motivée à s'associer et à sortir de sa bulle individualiste. C'est dans ce cadre que s'inscrit cette recherche sur le rôle de cette intention de s'associer et de collaborer[1] si particulière qu'est l'*affectio societatis*. Partant du postulat de l'impossibilité de rejeter toute influence humaine dans les groupements de personnes, il convient de se demander de quelle manière cet élément psychologique est susceptible de faire sentir sa présence sur la validité et sur la qualification des sociétés. L'*affectio societatis* étant présente dans la législation québécoise, il semble pertinent d'offrir aux juristes nord-américains une approche transatlantique en exposant sa perception en France relativement aux structures dans lesquelles elle se fait le plus intensément ressentir : la société de personnes.

Cette recherche s'organisera autour de deux pôles. Le premier pôle a trait au rôle de l'*affectio societatis* comme critère de validité du contrat de société. Dans ce cadre, seront évoquées les sociétés nulles, les sociétés fictives et les sociétés en sommeil (1.). Le deuxième pôle concerne le rôle de critère de qualification de l'*affectio societatis*. Les sociétés dépourvues de personnalité morale (sociétés en participation, sociétés créées de fait et sociétés en formation) seront détaillées. Plus précisément, les développements seront centrés sur la notion de société créée de fait en raison d'une actualité jurisprudentielle particulièrement riche sur cette thématique (2.).

1. *Lexique des termes juridiques*, 13e éd., Paris, Dalloz, 2001, p. 24.

1. LES CONSÉQUENCES DE L'*AFFECTIO SOCIETATIS* AU PLAN DE LA VALIDITÉ DE LA SOCIÉTÉ

L'étude de la jurisprudence et de la doctrine françaises révèle que l'*affectio societatis* est prise en compte lorsque sont évoqués les thèmes de la nullité et de la fictivité[2]. Il est fait appel à cet élément constitutif du contrat de société (et à son absence) pour établir qu'une société existe entre des partenaires ou, au contraire, n'existe pas (1.1 et 1.2).

1.1 L'absence d'*affectio societatis*, source d'annulation d'une société[3]

Une série de positions des juges du fond et de la Cour de cassation fait du défaut d'*affectio societatis* une cause de nullité relative (1.1.1). Toutefois, un certain nombre d'interrogations demeure (1.1.2).

1.1.1 Une position jurisprudentielle...

À côté de la doctrine qui se montre majoritairement favorable à la nullité en cas de défaut d'*affectio societatis*[4], plusieurs décisions

---

2. Sur la validité des « sociétés créées mises en sommeil » : LAMY, *Sociétés commerciales*, Paris, 2003, nº 475, p. 205 ; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 14e éd., Paris, Litec, 2001, nº 557, p. 200 ; A. BOUGNOUX, « Dissolution des sociétés : Causes de dissolution communes à tous les types de sociétés », *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 30-10, 2002, nº 23. Malgré la validité traditionnellement admise de la « société créée en sommeil », la présence de l'*affectio societatis* est plus que critiquable. Seuls deux composants de l'*affectio societatis* autorisent la validité d'une « société créée en sommeil » : celui de l'organisation collective et celui du parallélisme des intérêts. Au contraire, les autres composants de l'*affectio societatis* sont antinomiques avec le fait qu'une « société créée en sommeil » puisse être valide. La relation entre la « société créée en sommeil » et l'*affectio societatis* est donc spécifique par rapport aux solutions classiquement admises en matière de validité de groupement collectif. Si l'attitude globale veut qu'une société ne soit valide qu'en présence de tous les éléments constitutifs du contrat de société (dont l'*affectio societatis*), une société créée en sommeil est valable bien que les preuves de l'existence d'une *affectio societatis* soient difficiles à rapporter.
3. J. HÉMARD, F. TERRÉ et P. MABILAT, « La réforme de la réforme des sociétés commerciales (suite...) », D. 1970.chr.57, nº 3.
4. P. LE CANNU, *Droit des sociétés*, Paris, Montchrestien, 2002, nº 181, p. 95 ; P. MERLE, *Droit commercial : Sociétés commerciales*, 9e éd., Paris, Dalloz, 2003, nº 68, p. 95 ; D. VIDAL, *Droit des sociétés*, 3e éd., Paris, L.G.D.J., 2001, nº 273, p. 130 ; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *supra*, note 2, nº 194, p. 72 ; M. DE JUGLART et B. IPPOLITO, *Cours de droit commercial : Les sociétés commerciales*, vol. 2, 8e éd., Paris, Montchrestien, 1988, nºs 441 et s., p. 467 et s. ;

(à suivre...)

confirment les conséquences rattachées à la carence d'*affectio societatis*[5].

En premier lieu, un arrêt ancien de la Chambre commerciale du 2 janvier 1967[6] approuve une Cour d'appel d'avoir considéré « qu'il [le dirigeant d'une S.A.R.L.] avait créé une société de façade dont il était le maître absolu, [et] derrière laquelle il [avait] exercé son commerce ». L'appréciation de l'absence d'*affectio societatis* se fait à travers plusieurs éléments : le caractère douteux des apports, l'absence d'investissement dans la vie sociale et la conclusion d'un contrat de cession de parts en blanc. En ce qui concerne les apports effectués par chaque associé, les magistrats précisent que les apports en nature et en numéraire ont été financés par le dirigeant. En outre, l'absence de manifestation dans l'administration de la société est soulignée. Sur ce point, les conseillers d'appel remar-

(...suite)
G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 1, vol. 2, 18e éd. par M. GERMAIN, Paris, L.G.D.J., 2002, nº 1072, p. 57 ; J. ESCARRA, E. ESCARRA et J. RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial : Les sociétés commerciales*, t. 1, Paris, Sirey, 1950, nº 165, p. 191, nº 360, p. 416 ; P. LE CANNU, « Inexistence ou nullité des sociétés fictives », (1992) *Bull. Joly* 875, nº 9 ; B. SAINTOURENS, « Les causes de nullité des sociétés : l'impact de la 1re directive CEE de 1968 sur les sociétés, interprétée par la Cour de justice des Communautés européennes », (1991) *Bull. Joly* 123, 128.

5. Voir également : Com. 15 mai 1974, *Bull.civ.* IV, nº159 (la présence de « la volonté de se grouper pour mettre en valeur et gérer un patrimoine », justifie la position des juges du fond d'exclure la nullité d'une S.C.I.) ; C.A. Nîmes, 24 oct. 1973, (1975) *Bull. Joly* 596 ; (1975) *Quot. Jur.* 9 janvier (« Une société est nulle par manque d'« affectio societatis » dès lors, que non seulement, en fait, les clauses et conditions faisaient de l'un des associés le seul bénéficiaire de cette association, mais également parce que ledit associé n'a jamais eu l'intention de joindre ses efforts à ceux de son coassocié dans l'intention de faire prospérer la société qu'ils avaient créée ») ; C.A. Rouen, 6 juin 1973, (1974) *RTD civ.* 166 (« il résulte de tous ces éléments que Lavrut n'a été qu'un prête-nom pour permettre à Max Noël d'acquérir et d'exploiter le domaine des Planches sous le couvert d'une société civile ; qu'il n'y a eu ni volonté commune de s'associer, ni mise en commun d'apports, ni partage des bénéfices et des pertes ; que par suite la Société Civile Immobilière des Planches n'est qu'une société fictive ») ; C.A. Aix, 7 avril 1971, (1972) *R.S.* 576 (même si cette décision envisage le problème de la fictivité des sociétés (« Il y a lieu de constater que la société civile n'est qu'une façade trompeuse dissimulant une fraude à la loi »), les magistrats de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence prennent en compte l'absence d'*affectio societatis* pour déclarer la nullité d'une société civile immobilière. Les conseillers d'appel relèvent également le dessein du fondateur qui n'était que de soustraire un appartement à la masse successorale et la fictivité des apports des associés) ; T.G.I. Seine, 9 juillet 1962, (1962) *Quot. jur.* 20 octobre (alors qu'au travers de ce jugement le tribunal refuse l'annulation du groupement social, le rôle de l'*affectio societatis* se trouve établi au regard de la nullité).
6. Com. 2 janv. 1967, *Bull.civ.* IV, nº 1 ; (1967) *RTD com.* 682, note Houin.

quent qu'« [aucun des associés] ne s'est manifesté [...] dans l'administration de la société ». Liée à l'idée d'absence de contribution des associés à la réalisation de l'objet social et à leur désintéressement du fonctionnement interne de la société, aucun livre d'inventaire et aucun registre des délibérations n'a été tenu par la société. Pas plus la détermination des pouvoirs du gérant que sa rémunération n'ont été stipulées dans un éventuel contrat. Enfin, de la même manière que dans un arrêt du 6 octobre 1953[7], la cession de parts en blanc est relevée par la Chambre commerciale comme un indice de l'absence d'*affectio societatis* des associés[8].

En deuxième lieu, la décision de la Cour de cassation du 19 mai 1969[9] approuve la solution donnée par des conseillers d'appel[10] quelque temps auparavant qui ont refusé de prononcer la nullité d'une S.A.R.L. en indiquant que rien ne permettait de dire qu'au moment de la constitution de la société, il y avait eu un défaut d'*affectio societatis*. Premièrement, un des associés a montré son intérêt quant au fonctionnement et au devenir de la société au travers de lettres écrites à son coassocié et d'un procès-verbal d'huissier établi pour protester contre le projet de ce dernier de vendre un appartement de la société. Deuxièmement, ce n'est que postérieurement à la constitution de la société que l'un des associés s'est comporté comme maître de l'affaire, les magistrats précisant ainsi que seule la constatation du défaut d'*affectio societatis* au jour de la constitution de la société est susceptible d'entraîner la nullité du groupement social.

En troisième lieu, la Haute Cour met en lumière le rapport entre l'*affectio societatis* et la nullité d'une société dans une décision du 8 janvier 1975[11]. Même si cette position ne contribue pas à la formulation de règles jurisprudentielles en raison de l'appréciation souveraine à laquelle se livrent les juges du fond[12], celle-ci est à sou-

---

7. Com. 6 oct. 1953, (1954) D. Jurisp. 149, note Robert.
8. Est vérifiée l'affirmation de Y. Guyon (Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 1, 11e éd., Paris, Economica, 2002, nº 249, p. 347) selon laquelle les cessions en blanc « entraînent un risque de fictivité de la société ».
9. Com. 19 mai 1969, *Bull.civ.* IV, nº 182 ; (1969) *Bull. Joly* 683 ; (1970) *R.S.* 683.
10. « Qu'ainsi la cour d'appel [...] a pu statuer, comme elle l'a fait ». Par cette expression, la Cour de cassation affirme qu'existe une question de droit et approuve la solution rendue par les juges du fond (J. VOULET, « L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation », J.C.P. éd. G. 1970.I.2305, nº 13).
11. Civ. 3e, 8 janv. 1975, *Bull. civ.* IV, nº 2.
12. J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil : Introduction générale*, 4e éd., Paris, L.G.D.J., 1994, nº 528, p. 490 ; J. VOULET, *supra*, note 10, nº 9. En ce sens : Civ. 1re, 18 mars 1975, *Bull.civ.* I, nº 112.

ligner en raison de la limpidité de son attendu. La troisième chambre civile décide que « la nullité d'une société pour défaut d'*affectio societatis* entraîne l'inexistence de tout lien véritable d'association entre les pseudo-associés ». L'absence d'*affectio societatis* est donc considérée comme une source autonome de nullité d'une société. Dans cette affaire, l'absence de « volonté de chaque associé de contribuer à la réalisation de l'objet social »[13] est démontrée par le fait qu'un des partenaires était « dès l'origine, dépourvu de toute intention véritable de coopérer à une entreprise commune ». En d'autres termes, l'*affectio societatis* est entendue par les conseillers d'appel de Paris sous un aspect psychologique : « une intention de coopérer à une entreprise commune ». Or, la question se pose de savoir si les circonstances de conclusion du contrat de bail « dans des conditions gravement préjudiciables » ne devraient pas jouer un rôle dans la caractérisation de l'absence d'*affectio societatis*. L'absence d'intention de coopérer et la faible valeur du loyer relèvent cependant de domaines différents (la faible valeur du loyer est ainsi utilisée dans l'appréciation de la mauvaise foi du locataire). En outre, considérer le fait de « consentir le bail litigieux à un loyer inférieur à sa valeur et sans versement de « pas de porte », dans des conditions gravement préjudiciables à la société civile dont elle était cogérante » comme révélateur d'une absence d'*affectio societatis* tendrait à opérer une appréciation financière. Le risque serait alors de lier l'*affectio societatis* des associés à un résultat financier du groupement social. L'*affectio societatis* est avant tout une notion d'ordre psychologique[14] qui traduit la volonté de chaque associé de participer à l'œuvre social et qui est *a priori* détachée de toute vision capitaliste.

En quatrième lieu, le rapport entre l'absence d'*affectio societatis* et la nullité d'une société est souligné dans une décision du 10 février 1998[15]. La Chambre commerciale censure l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 7 juillet 1995[16] au motif que viole l'article 1832 du Code civil, l'arrêt qui annule les contrats de société en se

13. R. CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Paris, Litec, 2003, p. 18.
14. Deen GIBIRILA, « Société : Dispositions générales – Constitution de la société : contrat de société », *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 10, 2000, nº 120 ; J.-P. LEGROS, « Nullités des sociétés : Causes de nullité », *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 32-10, 2000, nº 155 ; *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, *ibid.*, p. 19 ; G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 4e éd., Paris, P.U.F., 2003, p. 36.
15. Com., 10 févr. 1998, *Bull.civ.* IV, nº 71 ; (1998) *Bull. Joly* 767, note Daigre ; *Juris-data*, nº 000524.
16. C.A. Paris, 7 juillet 1995, J.C.P. éd. E. 1996.I.117, nº 541, note Viandier et Caussain.

fondant sur l'absence d'*affectio societatis* parce que les contrats n'ont été conclus que pour permettre l'établissement des gérances et se sont fondés sur des raisons inhérentes aux motivations des parties, impropres à exclure leur volonté réelle de s'associer. En l'espèce, la Cour d'appel de Paris avait procédé à une recherche concrète de l'*affectio societatis* et avait estimé que « l'intention de s'associer dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité entre la société ED Le Maraîcher SA avec ses associés respectifs pour participer aux bénéfices comme aux pertes fait manifestement défaut [et] qu'en réalité la société ED Le Maraîcher SA et son associé poursuivaient chacun un objectif propre, la première cherchant à maintenir son contrôle sur le fonds de commerce, le second à accéder à l'activité de commerçant ». Cette décision de 1998 est riche d'enseignements car « la Cour de cassation vise l'article de loi dont l'application n'est pas justifiée [et] indique les circonstances de fait que les juges auraient dû rechercher avant de se prononcer »[17]. Premièrement, les magistrats de la Haute Cour soulignent l'impact de l'*affectio societatis* sur le domaine de la validité du contrat de société. En effet, son absence aurait pu justifier l'annulation des contrats de société conclus. Deuxièmement, l'article 1832 du Code civil, cité au visa de cet arrêt de la Chambre commerciale, est annoncé en tant que fondement de l'*affectio societatis*. Troisièmement, le rapprochement fait par la Cour de cassation entre l'*affectio societatis* et la « volonté réelle de s'associer » ne laisse pas indifférent. Tout d'abord, la formule de la Cour de cassation est proche de la vision des conseillers d'appel de Paris qui entendent l'*affectio societatis* comme « l'intention de s'associer dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité ». Ensuite, elle écarte une conception par trop subjective de cette condition du contrat de société[18], l'*affectio societatis* présente un caractère objectif qui ne doit pas être négligé[19]. Enfin, elle rappelle la nécessité de distinguer l'existence de cette condition particulière du contrat de société qu'est l'*affectio societatis* et les motifs subjectifs de la constitution d'une société. La recherche d'un intérêt particulier n'exclut pas la participation à une aventure commune[20]. L'*affectio societatis* a un caractère plus abstrait que le mobile concret qui pousse à le faire : « [a]lors que l'intention, qui n'est autre que la volonté consciente de s'associer est toujours la même, le mobile,

17. J. VOULET, *supra*, note 10, nº 24.
18. J.-J. DAIGRE, note sous Com., 10 févr. 1998, *supra*, note 15, 769, nº 1.
19. Par exemple : M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *supra*, note 2, nº 182 ; N. REBOUL, « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis* », (2000) *R.S.* 425, 431, nº 9.
20. J.-J. DAIGRE, note sous Com., 10 févr. 1998, *supra*, note 15, 770, nº 3.

c'est-à-dire l'intérêt ou le sentiment qui a déterminé la volonté de s'associer [...] est [...] variable avec les individus et les circonstances »[21]. À défaut d'une telle distinction entre *affectio societatis* et motifs subjectifs, « le juge recevrait le pouvoir d'assurer une police morale et sociale des contrats, voire économique, qui ne correspondrait nullement à l'état de notre droit et de notre société »[22].

Si le cœur du débat soumis à la Cour d'appel de Paris le 3 novembre 1998[23] est relatif au jeu de la prescription triennale s'appliquant aux actions en nullité, cet arrêt aborde la relation entre le défaut d'*affectio societatis* et le vice de consentement[24]. En effet, « les demandeurs fondent leur action en nullité sur une combinaison [...] entre l'absence d'*affectio societatis* et le vice de consentement »[25]. Alors que l'*affectio societatis* et le consentement sont des notions relativement proches, certains auteurs allant jusqu'à nier la notion d'*affectio societatis*[26], la majorité de la doctrine confirme

---

21. N. REBOUL, *supra*, note 19, 427, nº 2.
22. J.-J. DAIGRE, note sous Com., 10 févr. 1998, *supra*, note 15, 770, nº 3.
23. C.A. Paris, 3 novembre 1998, (1999) *Bull. Joly* 289, note Saintourens.
24. Cet arrêt est à souligner tant Moliérac (J. MOLIÉRAC, *Manuel des sociétés*, t. 1, Paris, Dalloz, 1956, nº 51, p. 44) indique qu'« on ne trouve pas d'exemple du vice de violence ». Dans le même sens : G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 3e éd., Paris, L.G.D.J., 1954, nº 624, p. 280.
25. B. SAINTOURENS, note sous C.A. Paris, 3 novembre 1998, *supra*, note 23, 293.
26. Sur la négation de l'*affectio societatis* et son assimilation au consentement : P. DIDIER, *Droit commercial*, 3e éd., t. 2, P.U.F., 1999, p. 32 et 36 ; G. RIPERT, *supra*, note 24, nº 622, p. 279 ; G. RIPERT et R. ROBLOT, *supra*, note 4, nº 1056-34, p. 22 ; J. ABEILLE, *La simulation dans les actes juridiques et particulièrement dans le droit des sociétés*, thèse Aix, 1938, p. 138. Voir l'exposé de cette opinion dans la thèse de madame Cutajar-Rivière : C. CUTAJAR-RIVIÈRE, *La société écran – essai sur sa notion et son régime juridique*, t. 292, Paris, L.G.D.J., 1998, nº 179, p. 134. Bien que, dès 1954, Ripert (G. RIPERT, *supra*, note 24, nº 622, p. 279) note que l'*affectio societatis* n'est pas « un caractère particulier du consentement », il indique que doit exister un *jus fraternitatis* selon lequel « les associés doivent se présenter au contrat non comme des adversaires discutant leurs intérêts, mais comme des collaborateurs animés d'un esprit de fraternité ». Relativement à la jurisprudence, l'arrêt de la Chambre commerciale du 6 octobre 1953 (Com., 6 oct. 1953, *supra*, note 7) pose un certain nombre de questions. Alors que les conseillers d'appel de Lyon avaient constaté « l'absence de consentement résultant du défaut d'affectio societatis chez l'un des associés », la Haute Cour rejette le pourvoi des demandeurs. Or, la formule employée par les juges du fond interpelle, puisqu'elle laisse entendre que de l'existence de l'*affectio societatis* dépend l'existence du consentement. Ces deux notions seraient donc similaires ou, à un degré moindre, dépendantes l'une de l'autre (le consentement dépendrait de l'*affectio societatis*) sans que les modalités de cette dépendance soient connues. Au-delà de cet arrêt, P. Diener (note sous Civ. 3e, 22 juin 1976, (1977) D. Jurisp. 619, 622, nº 14) remarque « qu'en jurisprudence *l'affectio societatis* s'identifie au consentement ».

l'existence de cette condition spécifique du contrat de société qu'est l'*affectio societatis* en l'analysant de manière spécifique[27]. Premièrement, ces deux notions constituent des causes distinctes de nullité des sociétés[28] et ce, bien que ces causes de nullité soient liées en certaines hypothèses[29]. Deuxièmement, « l'*affectio societatis* est plus que le consentement à un contrat instantané »[30]. Les associés doivent agir dans l'intérêt commun et, dans leurs relations, se témoigner une confiance mutuelle[31]. « Alors que le consentement se limite à une volonté de contracter exprimée lors de la constitution de la société et ne joue aucun rôle dans l'exécution du contrat, l'*affectio societatis* dépasse cette volonté »[32]. Troisièmement, ces deux catégories de causes de nullité ne se confondent pas nécessairement. L'absence d'*affectio societatis* peut résulter de circonstances traduisant l'existence d'un lien de subordination entre deux associés[33]. Or, un tel défaut dans la constitution de la société peut exister sans que cela résulte d'un quelconque vice du consentement. En revanche, quand le consentement à s'associer est vicié (erreur, dol, violence), ce sont les exigences propres à la caractérisation du vice invoqué qui doivent être respectées.

---

27. Mémento F. LEFEBVRE, *Sociétés civiles*, 2003, p. 73, nº 1600 ; C. HOUPIN et H. BOSVIEUX, *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, 6e éd., t. 1, Paris, Sirey, 1927, nº 49, p. 64 ; E. THALLER, *Traité général théorique et pratique de droit commercial : Des sociétés commerciales*, par P. PIC, t. 1, Paris, Rousseau, 1908, nº 65, p. 69 ; F. ARTHUYS, *Traité des sociétés commerciales*, 3e éd., t. 1, Paris, Sirey, 1916, nº 58, p. 69 ; J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, *Traité de droit commercial*, 2e éd., t. 1, vol. 2, Paris, Dalloz, 1980, nº 408, p. 50 ; M. DE JUGLART et B. IPPOLITO, *supra*, note 4, nos 386 et s., p. 71 et s. ; J. ESCARRA, E. ESCARRA et J. RAULT, *supra*, note 4, nº 132, p. 155 ; J. ESCARRA, E. EACARRA et J. RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial : Les sociétés commerciales*, t. 2, Paris, Sirey, 1951, nº 758, p. 249 ; M. DE JUGLART et B. IPPOLITO, *Traité de droit commercial : Les sociétés*, 3e éd., vol. 2, Paris, Montchrestien, 1980, nº 365-4, p. 181 ; Y. CHAPUT, *Droit des sociétés*, Paris, P.U.F., 1993, nos 38 et s., p. 33 et s. ; LAMY, *supra*, note 2, nº 316, p. 134 ; M. JEANTIN, *Droit des sociétés*, 2e éd., Paris, Montchrestien, 2001, nº 35, p. 24 ; C. ATIAS, « Consentement des parties », *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 7-20, 2004, nº 8, p. 3.
28. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 10 mai 1995 est pertinent sur cette distinction : C.A. Paris, 10 mai 1995, J.C.P. éd. N. 1996.I.225, note Viandier et Caussain.
29. Il en est ainsi en présence du vice de violence.
30. Y. GUYON, *supra*, note 8, nº 124, p. 127.
31. Com., 27 févr. 1996, *J.C.P.* éd. G. 1996.II.22665.
32. D. GIBIRILA, *supra*, note 14, nº 120, p. 32.
33. Pour un exemple jurisprudentiel : Com., 3 juin 1986, *Bull.civ.*IV, nº 116 ; (1986) *R.S.* 585, note Y. G. ; (1986) *Bull. Joly* 764. Pour une illustration en doctrine : G. RIPERT et R. ROBLOT, *supra*, note 4, nº 1056-34, p. 23.

Au vu de ces décisions judiciaires, il s'avère que l'absence de l'« élément constitutif d'ordre psychologique »[34] est loin d'être sans conséquences. Le défaut de l'*affectio societatis* justifie l'annulation d'une société. Cette prise en compte de l'*affectio societatis* ne doit pas étonner tant elle s'inscrit dans une conception individuelle du droit des affaires qui se refuse à soumettre une volonté individuelle à la volonté d'un groupe dont elle a permis l'éclosion[35]. Une société, quelle que soit sa forme, n'a-t-elle pas été constituée par et dans l'intérêt des associés[36] ?

1.1.2 ...Qui laisse place à des doutes

La construction de la jurisprudence se révèle source de multiples interrogations sur divers thèmes : nature de la nullité (nature qui rejaillit sur les personnes susceptibles d'agir en justice), identification des règles en matière de prescription (identification qui pose la question du caractère continu ou discontinu de la carence d'*affectio societatis*), proportion des associés qui doivent être dépourvus d'*affectio societatis*, conditions de régularisation de la nullité (modalités de régularisation qui conduisent à appréhender la notion d'exclusion d'un ou plusieurs associés) et influence du droit communautaire[37]. Face à ces difficultés, il est envisageable d'en solutionner certaines. Il en est ainsi de la nature relative de la nullité frappant le groupement, de la suffisance du défaut d'*affectio societatis* auprès d'un seul associé[38] et du caractère discontinu du vice

34. *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, *supra*, note 13, p. 19.
35. Voir : C. LAPOYADE-DESCHAMPS, « La liberté de se retirer de la société », (1978) D. Chron. 123, 123.
36. T. HASSLER, « L'intérêt commun », (1984) *RTD com.* 593, 634.
37. Si les conséquences du défaut d'*affectio societatis* sur la validité de la constitution d'une société sont âprement discutées au plan du droit communautaire, un tel défaut entraîne, encore aujourd'hui, l'annulation de la société. L'arrêt du 28 janvier 1992 s'inscrit dans cette droite ligne, tant « la Chambre commerciale opère un véritable rétablissement en matière de sanction des conditions de validité de la société » (J. PAGÈS, note sous Com., 28 janvier 1992, (1993) D. Jurisp. 23).
38. De l'étude des auteurs traitant en détail de la société de fait et de ses conséquences, il apparaît qu'aucun d'eux ne fait référence à une quelconque proportion dans l'*affectio societatis* (J. ESCARRA, E. ESCARRA et J. RAULT, *supra*, note 4, nº 181, p. 211 ; J. HAMEL et G. LAGARDE, *Traité de droit commercial*, t. 1, Paris, Dalloz, 1954, nº 459, p. 557 ; J. MOLIÉRAC, *supra*, note 24, nº 69, p. 58 ; J. HÉMARD, « Les sociétés de fait en droit français », dans *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XI, Paris, Dalloz, 1957, p. 131 et 134). Si la position de la doctrine ne permet de répondre qu'imparfaitement à une telle interrogation, celle

(à suivre...)

d'absence d'*affectio societatis*[39]. À l'opposé, d'autres difficultés semblent insolubles. Les facultés de régularisation prévues par le législateur (qu'elles soient préventives, dérogatoires ou *in extremis*)[40] et destinées à contrecarrer les inconvénients d'une annulation d'un groupement sont une cote mal taillée au problème du défaut d'*affectio societatis*. Le recours éventuel à des règles de droit tirées d'autres branches juridiques ne permet pas plus une résolution satisfaisante de ces difficultés. D'une part, si l'exclusion de l'associé qui n'est pas animé de « cette intention [...] de collaborer sur un pied d'égalité »[41] peut être envisagée, sa légalité est critiquable[42]. D'autre part, le droit de retrait pourrait constituer un fondement pertinent pour éviter la nullité, mais celui-ci de par sa nature demeure entre les mains de l'associé qui pose précisément problème[43].

(...suite)
des magistrats de la Cour de cassation et du fond doit être détaillée. Ceux-ci refusent de prendre en compte la situation de la majorité des associés lorsqu'ils sanctionnent un défaut d'*affectio societatis* (C.A. Paris, 3 novembre 1998, *supra*, note 23 ; Civ. 1re, 23 mai 1977, (1978) D. Jurisp. 89, note Jeantin ; Com., 19 mai 1969, pré., note 9 ; Com., 6 octobre 1953, *supra*, note 7. *Contra. :* C.A. Paris, 5 févr. 1979, *R.J. com.* 1979.226, note Brunet. En conséquence, les magistrats fondent la nullité d'une société sur le défaut de cette « intention initiale et continue de s'associer », que celui-ci soit constaté auprès de l'ensemble, de la majorité, de la minorité ou d'un seul associé.

39. À propos du point de départ du délai de prescription de l'action en nullité de la société pour défaut d'*affectio societatis*, la première Chambre civile relève le 20 novembre 2001 (Civ. 1re, 20 nov. 2001, *Bull.civ.* I, no 286) que « la nullité pour perte de l'affectio societatis était encourue en 1970, année où l'arrêt situait cette perte ». En d'autres termes, le défaut d'*affectio societatis* est considéré comme un vice discontinu.

40. Trois hypothèses de régularisation mettent obstacle à l'action en annulation : la « régularisation préventive » des articles 1839 du Code civil et L. 210-7 alinéa 2 du Code de commerce visant l'inaccomplissement de toute formalité de constitution, la régularisation « dérogatoire » concernant la nullité fondée sur une incapacité ou un vice du consentement et la régularisation *in extremis* propre aux irrégularités génératrices de nullités et qui « suppose le bon vouloir des dirigeants ».

41. *Lexique des termes juridiques*, *supra*, note 1, p. 24.

42. Absence de textes, impossibilité pour les juges de prononcer une telle décision, peu de chances d'avoir des statuts prévoyant une exclusion des associés dépourvus d'*affectio societatis*, telle est la situation de l'exclusion au regard de l'*affectio societatis*. Même si l'exclusion permet la survie de la société, évite le prononcé d'une nullité, ne fait rester au sein du groupement social que des gens « sains » et motivés, et constitue de ce fait un remède efficace et, peut-être, le remède le plus adéquat, sa reconnaissance de manière générale se heurte à trop d'obstacles pour pouvoir être admise.

43. Non seulement la portée du droit de retrait est limitée (ce droit ne vise que certains types de sociétés et le recours judiciaire n'est institué que pour les sociétés civiles : article 1869 du Code civil), mais encore la survie de la société présente de

(à suivre...)

Synthèse : Si l'annulation concerne en théorie l'intégralité des groupements[44] (qu'ils soient nationaux ou internationaux)[45], la nécessité de préserver le point de vue individuel et l'intérêt collectif doit conduire à des règles « ni trop simples, ni trop brutales »[46]. Or, les faits attestent de cet équilibre puisque l'annulation n'apparaît qu'exceptionnelle. Le droit positif, pris entre l'individualisme et les impératifs commerciaux, s'efforce de ne pas autoriser la survivance de sociétés dont les associés n'auraient pas une « intention [...] de collaborer sur un pied d'égalité »[47], mais ne reconnaît pas facilement la carence d'*affectio societatis*.

1.2 L'absence d'*affectio societatis*, clé de voûte de la fictivité d'une société[48]

En dépit d'une frontière pour le moins discutable, la catégorie des sociétés fictives ne saurait être réduite à celle des sociétés nulles. Tout d'abord, alors qu'il est reconnu que la nullité est une sanction des conditions de formation du contrat de société, la fictivité concerne le contrat de société[49] et la personnalité morale[50]. Par ail-

(...suite)
fortes chances d'être laissée entre les mains de l'associé qui n'est pas animé d'une « intention initiale et continue de collaborer » (H. ROLAND et L. BOYER, *Locutions latines et adages du droit français contemporain*, vol. I, Paris, L'Hermes, 1997, p. 37) et de laisser les autres partenaires démunis, le « retrait-régularisation » n'existant pas sauf à être qualifié d'exclusion.

44. Pour éviter la nullité, un fondement peut être trouvé dans l'évolution contemporaine du droit des sociétés attestant que le monde né de la révolution industrielle du XIXe siècle disparaît et qu'un nouveau monde apparaît (J. PAILLUSSEAU, « Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ? », (1999) D. Chron. 157, 158, nº 6).
45. Pour une distinction des sociétés : L. CONVERT, *L'impératif et le supplétif dans le droit des sociétés : Étude de droit comparé Angleterre – Espagne – France*, t. 374, Paris, Bibliothèque de droit privé, 2003, nº 399, p. 433 ; A. VIANDIER, *La notion d'associé*, thèse Paris, L.G.D.J., 1978, nº 86, p. 87 ; A. VIANDIER, « Le droit des sociétés, demain », (2000) J.C.P. éd. E. Actualité 3, 3.
46. J. DERRUPPÉ, préface à la thèse de B. CAILLAUD (*L'exclusion d'un associé dans les sociétés*, thèse, Paris, Sirey, 1966, p. VI).
47. *Lexique des termes juridiques*, *supra*, note 1, p. 24.
48. C. CUTAJAR-RIVIÈRE, *supra*, note 26, nº 180, p. 138.
49. Pour Ripert et Roblot (G. RIPERT et R. ROBLOT, *supra*, note 4, nº 1056-37, p. 24), la fictivité est définie comme l'hypothèse dans laquelle « le consentement des associés n'est qu'apparent [...] pour dissimuler une exploitation personnelle ». Voir aussi : J.-J. DAIGRE, *Société fictive*, Paris, Répertoire Dalloz Sociétés, 1999, nº 8, p. 2 ; Y. GUYON, « Preuve des sociétés », *J.-Cl.*, fasc. 27-20, 2004, refondu par S. MOISON-CHATAIGNER, nº 12, p. 4.
50. L. Comanges (« Le dangereux paradoxe de la nullité des sociétés fictives », (2003) *Bull. Joly* 12, 20, nº 16) note que « la fictivité concerne la personne morale plus

(à suivre...)

leurs, la Cour de cassation a rappelé récemment que « le caractère fictif d'une société ne se déduit pas nécessairement de sa nullité »[51]. Enfin, la « fictivité » a une acception plus large qui ne se cantonne pas aux seules conditions de formation d'un acte juridique et ce, au contraire de la « nullité ».

En parallèle aux multiples décisions des juges du fond[52], la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer un certain nombre de fois concernant la relation entre fictivité et *affectio societatis*[53].

(...suite)
directement que la société ». Avec la fictivité, « il s'agit de considérer que la personne morale ne produit plus son effet protecteur. C'est-à-dire que l'écran qu'elle offre est devenu transparent ». À propos de la fictivité perçue comme un abus de la personnalité morale : J.-J. DAIGRE, *Société fictive*, *supra*, note 49, nº 17, p. 3 ; J.-P. LEGROS, « Nullités des sociétés : Présentation générale », *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 32-10, 2000, nº 103, p. 17 ; N. FADEL-RAAD, *Les abus de la personnalité morale en droit privé*, t. 214, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 214 ; LAMY, *Sociétés commerciales*, *supra*, note 1, nº 456, p. 199 ; J. MOLIÉRAC, *supra*, note 24, nº 52, p. 44 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les effets de la confusion des patrimoines et de la fictivité des sociétés en redressement judiciaire », dans *Mélanges M. Jeantin*, Paris, Dalloz, 1999, p. 451, p. 456, nº 6 ; P. ROUAST-BERTIER, *infra*, 735 et s., nºs 15 et s. ; B. SOINNE, « Identité ou diversité des notions de fictivité et de confusion des patrimoines », (1995) *P.A.* 6 décembre 12, 18, nº 10 ; R. LEGEAIS, « L'extension de la faillite sociale. Une mesure contre les abus de la personnalité morale des sociétés », (1957) *RTD com.* 289, 294, nº 7.

51. Com., 12 novembre 1996, Légifrance, Pourvoi nº 94-14.640.
52. La présentation de la jurisprudence du fond atteste que l'*affectio societatis* joue un rôle quant à la constatation de la fictivité d'une société. De plus, ces décisions font apparaître l'existence d'une « fictivité *a posteriori* », fictivité postérieure à la création de la société, et fondée également sur le défaut d'*affectio societatis*. Par conséquent, non seulement il est tenu compte de la disparition de l'*affectio societatis* (démontrée à travers les conditions de fonctionnement de la société), mais encore cette disparition postérieure à la constitution de la société est une cause de fictivité de la société et, depuis les arrêts du 16 juin 1992 et du 22 juin 1999, une cause de nullité. Par exemple : C.A. Toulouse, 8 oct. 1998, *Juris-data*, nº 049499 ; C.A. Paris, 26 févr. 1981, *Gaz. Pal.* 1981.2.668 ; C.A. Paris, 5 févr. 1979, *R.J. com.* 226, note Brunet ; C.A. Paris, 23 déc. 1975, *Gaz. Pal.* 1976.2.376, note L. C. ; C.A. Aix-en-Provence, 29 oct. 1975, sur pourvoi Civ. 1re, 23 mai 1977, *supra*, note 38 ; C.A. Rouen, 6 juin 1973, *RTD.civ.* 1974.166, note Cornu. Malgré ces décisions, l'implication de l'*affectio societatis* au regard de la fictivité semble distante. D'un côté, si l'*affectio societatis* ressort de quelques décisions, celles-ci ne s'avèrent pas nombreuses. D'un autre côté, aucun des arrêts ne propose de définition de l'*affectio societatis* et la synthèse de ces indices est difficile, les magistrats utilisant des formules trop générales.
53. En plus des décisions évoquées par la suite : Crim., 25 juin 2002, Légifrance, Pourvoi nº 01-88.388 ; Com., 19 févr. 2002, J.C.P. éd. E. 2002.1677, note Legros ; Civ. 1re, 24 oct. 1978, *Bull.civ.* I, nº 316 ; (1979) *Rép. Def.* art. 32038, note Champenois ; Civ. 1re, 23 mai 1977, *supra*, note 38 ; Civ. 3e, 22 juin 1976, *supra*,
(à suivre...)

Dans un arrêt du 28 juin 1967[54], la Haute Cour renvoie à la notion d'*affectio societatis*. Rappelant que l'appréciation du caractère fictif relevait du pouvoir souverain d'appréciation de la Cour d'appel, la Haute juridiction mentionne que « l'*affectio societatis* existe et [...] le but réel des associés a été la constitution d'une société » et retient « qu'il était parfaitement licite de stipuler que les apports en numéraire soient versés au fur et à mesure de ses besoins sur la demande qui en sera faite par le conseil d'administration ». Cet arrêt du 28 juin 1967 opère une distinction claire entre les conditions de validité que sont l'*affectio societatis* et les apports, comme en témoigne l'utilisation de la conjonction de coordination « et ». Même si l'*affectio societatis* existe en l'espèce (puisque « le but réel des associés a été la constitution d'une société », le respect de l'exigence d'apports se trouve vérifié. En outre, cette décision confirme la définition de l'*affectio societatis* proposée par les conseillers d'appel de Colmar qui la comprennent comme « le but réel des associés ».

Bien que plus discrète sur la place de l'*affectio societatis*, la décision de la Chambre commerciale du 19 janvier 1970[55] est intéressante. La fictivité d'une S.A.R.L. est reconnue parce que « le défaut d'accomplissement des formalités exigées par la loi était, dans l'esprit des promoteurs, lié à leur volonté « de constituer une société qui serait entachée de simulation et demeurerait purement fictive » ». La volonté animant les partenaires est donc prise en considération pour statuer sur la réalité d'un groupement. Or, force est de constater que cette volonté est la volonté de constituer une société, formule souvent reprise par les juges[56] et la doctrine[57] (et ce, malgré les critiques)[58] pour présenter l'*affectio societatis*.

Par un arrêt du 3 février 1998[59], la Chambre commerciale rappelle l'importance de l'*affectio societatis* dans la caractérisation de la

---

(...suite)
note 26 ; Civ. 1re, 20 oct. 1971, *Bull.civ.* I, nº 270 ; Com., 19 mai 1969, *Bull.civ.* IV, nº 182 ; (1970) *R.S.* 683 ; (1969) *Bull. Joly* 683 ; Com., 6 oct. 1953, *supra*, note 6.

54. Civ. 1re, 28 juin 1967, *Bull.civ.* I, nº 244.
55. Com., 19 janv. 1970, (1970) D. Jurisp. 479.
56. À titre d'illustration : Com., 7 nov. 1970, (1971) D. 206.
57. Par exemple : C. HOUPIN et H. BOSVIEUX, *supra*, note 27, nº 49, p. 64 ; P. DIDIER, *supra*, note 26, p. 32 ; C. HOULETTE-BIZÉ et J. THIS, *S.C.I. : théorie et pratiques*, Paris, Les éditions du siècle, 2004, p. 163.
58. F. ARTHUYS, *supra*, note 27, nº 58, p. 69. Récemment : P. SERLOOTEN, « L'*affectio societatis*, une notion à réviser », dans *Mélanges Y. Guyon*, Paris, Dalloz, 2003, p. 1007 et 1008.
59. Com., 3 février 1998, *Bull.civ.* IV, nº 54 ; (1998) *Bull. Joly* 654, note Daigre.

fictivité d'une société. À la prétention du liquidateur invoquant la fictivité d'une S.C.I., les magistrats répondent que l'établissement de la fictivité dépend principalement de la démonstration de l'absence d'*affectio societatis*. Ainsi, « [j]ustifie légalement sa décision d'écarter la fictivité d'une société, [...] la cour d'appel qui relève [...] qu'il n'était pas démontré ni même soutenu que les associés n'avaient pas effectué les apports prévus dans les statuts, qu'ils n'avaient pas partagé les bénéfices et les pertes et qu'il n'y avait pas eu d'*affectio societatis* ». Cette décision reprend une définition classique de la fictivité perçue comme l'absence d'un élément fondamental du contrat de société (en l'espèce l'*affectio societatis*).

Enfin, la Cour de cassation propose, le 22 juin 1999[60], une vision quelque peu différente de l'*affectio societatis*. « En approuvant les seconds juges d'avoir déduit [...] l'absence de réalité de la société Baltcy de ces éléments, la Cour de cassation confirme que ce critère classique conserve toute sa force, en dépit des critiques qui ont pu lui être adressées »[61]. Amenée à se prononcer sur la validité d'un groupement (la société Baltic), la Haute juridiction estime que « la société Baltic a pour seul coassocié, à concurrence de 0,01 % des parts formant un capital insignifiant, un secrétaire d'avocat établi à Limassol, qui n'est qu'un prête-nom ». La société est fictive (en partie pour défaut d'*affectio societatis*)[62] puisque n'existe, dans le groupement social dont l'existence est débattue, que deux associés dont l'un est un prête-nom. En d'autres termes, l'*affectio societatis* se trouve déterminée en fonction de la participation d'un des associés dans le capital social[63], cette participation formant un « capital insignifiant ». Cette décision s'inscrit en droite ligne d'une jurisprudence qui considère que le caractère massivement majoritaire d'un associé peut révéler un défaut d'*affectio societatis* lorsqu'il se trouve complété par la preuve de la complaisance des autres associés. Cependant, cette vision de l'*affectio societatis* est détachée de toute approche subjective basée sur le for intérieur des autres membres de la société. Le risque est grand de ne raisonner que de manière systématique en considérant qu'une faible participation entraîne ou, du moins, fait présumer une absence d'*affectio societatis*.

60. Com., 22 juin 1999, (1999) *RTD com.* 824, note Constantin ; (1999) *D. Aff.* 16 septembre 1336, note M. B.
61. A. CONSTANTIN, note sous Com., 22 juin 1999, *ibid.*, 829, nº 5.
62. Le débat d'une confusion des patrimoines et des activités n'est pas évoqué.
63. Dans cette affaire, cette participation est de 0,01 %.

L'*affectio societatis* dépendrait alors d'un critère relativement flou[64] détaché de la personnalité des associés. Par ailleurs, les tribunaux ne semblent pas disposés à abandonner l'étude de la réalité des sociétés dans leur analyse de l'*affectio societatis*[65]. Les juges de la Haute Cour notent que la société dont la fictivité est invoquée ne dispose d'aucune structure pour fonctionner et que l'activité qu'elle s'attribue ne correspond à aucune réalité. Toutefois, si l'absence de fonctionnement régulier des organes sociaux ou d'activité économique réelle vient habituellement à l'appui du critère de l'absence d'*affectio societatis*[66], cette source de fictivité se détache de l'étude de l'*affectio societatis* dans l'arrêt de la Chambre commerciale pour devenir une source autonome de fictivité. Par conséquent, cet « élément intentionnel du contrat de société »[67] semble être perçu d'une manière objective et perdre de son influence au regard de la fictivité[68].

Synthèse : L'étude de la jurisprudence établit que la « [v]olonté d'union [...] [et] d'accepter délibérément certains risques »[69] est une cause de fictivité de la société. Confirmant ce sentiment, une position récente de la Cour de cassation n'hésite pas à lier fictivité de la qualité d'associé et *affectio societatis*[70]. L'ensemble de ces décisions démontre que l'*affectio societatis* est une des causes de la fictivité des sociétés et que son défaut est pris en compte au même titre que d'autres critères[71]. La doctrine française adopte une position proche de celle de la jurisprudence. Si quelques auteurs n'abordent pas l'*affectio societatis* dans le domaine des sociétés fictives, une majorité ne la néglige pas et lui consacre des développements conséquents. En écho à la jurisprudence, la doctrine oscille donc entre

64. Il en serait ainsi de la fixation, de manière impérative, d'un seuil de participation dans le capital social d'une société au-dessous duquel la constatation d'une *affectio societatis* serait impossible. La reconnaissance de l'*affectio societatis* dépendrait des magistrats et de leur appréciation de l'insignifiance du capital possédé.
65. Voir l'abondante jurisprudence citée par A. CONSTANTIN, note sous Com., 22 juin 1999, *supra*, note 60, 831 et s., n°s 9 et s.
66. A. MARTIN-SERF, « Consentement des parties : Sociétés fictives et frauduleuses », *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 7-40, 2004, n° 19, p. 6. Voir aussi : A. CONSTANTIN, note sous Com., 22 juin 1999, *supra*, note 60, 833, n° 10.
67. A. AMIAUD, « L'*affectio societatis* », dans *Mélanges Simonius*, Bâle, 1955, p. 1.
68. Ce mouvement est approuvé par certains auteurs en raison de l'incertitude qui entoure la notion d'*affectio societatis* (P. ROUAST-BERTIER, « Société fictive et simulation », (1993) *R.S.* 725, 732, n° 12).
69. J. HAMEL, « L'affectio societatis », (1925) *RTD civ.* 761, 775.
70. Com., 25 avril 2006, (2006) 17 *B.R.D.A.* n° 2.
71. Voir : Com., 3 févr. 1998, *supra*, note 59.

faire de l'« intention, qui doit animer les associés, de collaborer sur un pied d'égalité »[72] l'élément central de la définition des sociétés fictives[73] ou, seulement, l'un des éléments de leur définition[74].

2. LES CONSÉQUENCES DE L'*AFFECTIO SOCIETATIS* AU PLAN DE LA QUALIFICATION DE LA SOCIÉTÉ : LA « FORCE CRÉATRICE » DU LIEN PSYCHOLOGIQUE

À côté de cette dichotomie entre validité et non-validité, l'*affectio societatis* est utilisée par les magistrats et les auteurs pour caractériser le contrat de société et le distinguer d'autres formes conventionnelles ou collaboratives. C'est au vu de sa présence qu'une situation de fait sera qualifiée de société. À l'inverse, son absence exclura la qualification même de société. D'une part, le recours à l'*affectio societatis* apparaît nettement dans les domaines des sociétés sans personnalité morale que sont les sociétés en participation, les sociétés créées de fait et les sociétés en formation. D'autre part, l'*affectio societatis* ressort de décisions et d'écrits distinguant la société *stricto sensu* d'autres formes de groupements (indivision, G.I.E., association) ou de collaboration (contrat de travail, contrat de bail, contrat de mandat par exemple). Dans le cadre de ces développements, nous détaillerons trois décisions rendues récemment à l'aune de l'*affectio societatis* dans le domaine des sociétés créées de fait.

La première Chambre civile a refusé, dans un arrêt du 12 mai 2004[75], de déduire l'existence d'une société créée de fait de la « mise en commun d'intérêts inhérents à la vie maritale ». Pour retenir l'existence d'une société créée de fait entre les concubins et recon-

72. *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*, note 42, 24.
73. A. MARTIN-SERF, *supra*, note 66, nº 4, p. 4 ; J.-P. LEGROS, *supra*, note 50, nº 113, p. 19 ; M. DE JUGLART et B. IPPOLITO, *supra*, note 27, nº 365-4, p. 180 ; M. DAGOT, *La simulation en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1967, p. 66 ; C. CUTAJAR, « La franchise hôtelière à l'épreuve de la fictivité », (2002) *R.J.D.A.* 1, 3, 4 ; C. CUTAJAR, « Le montage société civile immobilière/société d'exploitation à l'épreuve de l'extension jurisprudentielle de la procédure collective », (1999) *Bull. Joly* 1057, 1062 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *supra*, note 50, 456, nº 6 ; D. TRICOT, A. MARTIN-SERF et J.-P. GASTAUD, « Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives », Journée nationale d'études organisée par le Centre de recherche sur les aspects juridiques, économiques et financiers de droit privé, (2002) *P.A.*, 9 janvier, 63 et s.
74. P. MERLE, *supra*, note 4, nº 46, p. 74 ; G. RIPERT et R. ROBLOT, *supra*, note 4, nº 1056-37, p. 24 ; Mémento Francis LEFEBVRE, *Sociétés commerciales*, 2002, nº 472, p. 471 ; Mémento Francis LEFEBVRE, *supra*, note 27, nº 1600, p. 73 ; P. SERLOOTEN, *supra*, note 58, p. 1014.
75. Civ. 1re, 12 mai 2004, (2004) D. 1672 ; (2004) D.S. comm. nº 143, note Lucas ; (2005) *Bull. Joly* 260, note Dereu.

naître au demandeur le droit de prétendre à la moitié de la maison et des biens mobiliers, les juges du fond relèvent que la situation créée correspondait à une totale mise en commun des revenus, que les concubins avaient profité ensemble de l'immeuble litigieux et réalisé des travaux à frais communs. Le raisonnement des juges du fond est censuré par la Cour de cassation. D'un côté, cette décision est cassée pour manque de base légale et non pour violation de la loi[76]. Par conséquent, la première Chambre civile confirme sa jurisprudence antérieure admettant que la simple communauté de vie constitue une entreprise commune au sens de l'article 1832 du Code civil[77]. En d'autres termes, l'entreprise commune n'implique pas nécessairement la poursuite d'une activité économique mais peut consister en un simple projet commun. D'un autre côté, la première Chambre civile définit l'*affectio societatis* de manière « très générale »[78] comme « une intention de s'associer ». Si les magistrats de la première Chambre civile se rapprochent par cette formule d'une des définitions[79] proposées de l'*affectio societatis*, elle y apporte un élément positif. En se référant à la simple « intention de s'associer », la Cour de cassation ne fait aucune référence à une éventuelle intention de participer aux bénéfices et aux pertes et rompt avec les solu-

76. Sur les interprétations des arrêts de rejet : J. VOULET, *supra*, note 10, n°s 18 et s.
77. Civ. 1re, 26 juin 2001, (2002) *Droit de la famille* mars 15, note Lécuyer ; (2002) *RTD civ.* 489, note Hauser ; (2002) *P.A.* 15 juillet 24, note Bouchard ; Civ. 1re, 11 févr. 1997, J.C.P. éd. G. 1997.II.22820, note Garé ; (1997) *Bull. Joly* 472, note J. Vallansan ; (1997) D.S. avril 10, nº 56, note H.L. ; (1997) *P.A.* 7 juillet 18, note Gibirila ; (1997) *Rép. Def.* art. 36620 923, note Milhac ; (1997) 5 *R.J.D.A.* 430, nº 648.
78. F.-G. TRÉBULLE, note sous Com., 23 juin 2004, Com., 23 juin 2004, Civ. 1re, 12 mai 2004, (2004) D.S. juillet 12, 15.
79. Pour l'utilisation de cette définition dans des décisions plus anciennes de la même formation : Civ. 1re, 18 juillet 1995, *Bull.civ.* I, nº 320 ; (1995) J.C.P. 1995.IV.305 ; (1995) *RTD com.* 776, note Champaud et Danet ; (1995) D.S. 5 nº 207, note Bonneau (« [...] volonté de s'associer [...] ») ; Civ. 1re, 5 mars 1985, *Bull.civ.* I, nº 85 ; J.C.P. éd. G. 1985.IV.182 (« volonté de s'associer ») ; Civ. 1re, 27 avril 1978, *Gaz. Pal.* 1978.2.254 (« intention de s'associer ») ; Civ. 3e, 4 nov. 1976, *Bull.civ.* III, nº 380 (« intention de s'associer »). Des décisions de la première Chambre civile ont une approche plus précise de l'*affectio societatis* : « volonté des intéressés de participer sur un pied d'égalité à l'exploitation commune avec l'intention de partager les bénéfices et en cas de déficit à supporter les pertes » (Civ. 1re, 15 oct. 1996, *Bull.civ.* I, nº 357 ; (1997) *P.A.* 5 septembre 15, note Enama ; (1997) D. Som. 177, note Libchaber ; (1997) *RTD civ.* 102, note Hauser ; (1997) *Rép. Def.* 923, note Milhac ; J.C.P. éd. N. 1996.1641, « volonté d'exploiter les commerces sur un pied d'égalité, de partager les bénéfices, et, en cas de déficit de contribuer aux pertes » (Civ. 1re, 23 juin 1987, (1987) *Rép. Def.* 987, 1329, note Honorat), « intention de créer une entreprise à but lucratif » (Civ. 1re, 20 avril 1982, (1982) *Bull. Joly* 601 ; *Gaz. Pal.* 1982.359).

tions rendues dans le passé qui, lorsqu'elle envisageait l'*affectio societatis* comme une volonté de s'associer, ajoutaient l'intention de participer aux résultats sociaux. Par ailleurs, cette définition de l'*affectio societatis* témoigne de la vision moins précise de l'*affectio societatis* qu'a la Chambre civile contrairement à celle de la Chambre commerciale qui comprend ce lien comme « l'intention de collaborer sur un pied d'égalité à la réalisation d'un projet commun »[80]. Enfin, au travers de la formulation des magistrats, ceux-ci privilégient l'expression d'une volonté de s'associer par rapport à la manifestation d'un comportement. Par conséquent, ils adoptent une conception subjective de l'*affectio societatis*[81].

La jurisprudence a également été amenée à se prononcer sur l'existence d'une société créée de fait en cas de construction ou de réalisation de travaux en commun. Deux décisions récemment rendues refusent d'admettre l'existence d'une telle société entre des concubins. Mais, alors que la première décision s'appuie sur l'absence des éléments constitutifs du contrat de société, la seconde justifie sa solution au regard de la seule absence d'*affectio societatis*.

En premier lieu, illustrant la prise en compte de l'*affectio societatis* dans l'invocation d'une société créée de fait pour dénouer la situation matérielle qu'occasionne le concubinage, l'affaire portée devant la Chambre commerciale le 23 juin 2004[82] doit être évoquée. Dans cet arrêt, la Cour de cassation censure la Cour d'appel de Fort-de-France d'avoir considéré que la participation financière de la concubine aux travaux de construction d'un logement commun suffisait pour établir l'existence d'une société créée de fait. Les conseillers d'appel ont retenu une conception de la société qui se satisfait uniquement d'un apport réalisé dans la circonstance d'un concubinage. Ainsi, il est reproché à la cour d'appel d'avoir déduit l'intention de s'associer de la simple participation financière et de ne pas avoir recherché l'existence d'une intention de participer aux résultats de l'entreprise commune. Les magistrats de la Haute Cour s'appuient sur le défaut d'intention de s'associer et sur celui d'intention de participer aux résultats de l'entreprise. En plus de faire sortir « l'intention de participer aux bénéfices ou aux économies ainsi qu'aux pertes éventuelles » de la sphère de l'*affectio societatis* et d'apporter une réponse à une question soulevant tellement de

80. Récemment : Com., 23 juin 2004, *supra*, note 79.
81. À propos de la critique de la conception objective de l'*affectio societatis* : G. KESSLER, note sous Com., 24 sept. 2003, (2004) 18 D. 1305.
82. Com., 23 juin 2004, Civ. 1re, 12 mai 2004, *supra*, note 78.

questions, deux remarques peuvent être faites quant à cette décision. D'une part, la Chambre commerciale entend l'*affectio societatis* comme l'intention de collaborer sur un pied d'égalité à la réalisation d'un projet commun et reprend une formule déjà usitée dans le passé[83]. D'autre part, elle indique que les éléments constitutifs d'une société doivent être établis séparément et ne peuvent se déduire les uns des autres.

En deuxième lieu, rappelant l'arrêt de la première Chambre civile en date du 12 mai 2004, la Chambre commerciale a été amenée à se prononcer sur l'*affectio societatis* dans deux décisions du 23 juin 2004[84]. Dans ces affaires, le concubinage s'est accompagné de l'édification d'un immeuble sur un terrain appartenant à l'un des concubins. La concubine fait valoir l'existence d'un compte courant commun ayant servi au remboursement de l'emprunt, la réalisation d'une piscine à ses frais et l'intervention matérielle de son frère. La Cour d'appel de Lyon et la Cour de cassation rejettent les prétentions de la concubine en relevant que celle-ci ne faisait pas la preuve de l'intention de s'associer pour la construction de l'immeuble. Tout d'abord, l'existence d'une société créée de fait nécessite la réunion des éléments caractérisant un contrat de société et notamment une « intention de collaborer sur un pied d'égalité à la réalisation d'un projet commun ». La Chambre commerciale définit donc précisément la notion d'*affectio societatis* en reprenant une formule déjà utilisée[85]. Cependant, cette formule de la Chambre commerciale lie directement l'existence d'une société entre concubins à la réalisation d'un projet commun et souligne que l'entreprise commune qui constitue l'objet de la société selon l'article 1832 du Code civil ne saurait se réduire à l'entreprise au sens économique du terme. En admettant que l'entreprise commune puisse être constituée par le projet commun consistant en la mise en commun des biens acquis au cours du mariage, cette décision restitue à la société sa dimension communautaire. Ensuite, la Chambre commerciale rappelle que ces éléments constitutifs sont cumulatifs. Chacun doit donc être nécessairement établi (apports, *affectio societatis* et intention de participer aux résultats de l'exploitation). Enfin, l'approche de la Chambre commerciale insiste avec force sur la nécessité de rapporter la preuve séparément des éléments constitutifs du contrat de société, ils « ne peuvent se déduire les uns des autres ».

---

83. Par exemple : Com., 9 nov. 1981, *Bull.civ.* IV, nº 385 ; (1981) *Bull. Joly* 1059 ; (1982) *Rép. Def.* 565, note Honorat ; (1983) *R.S.* 91, note Chartier.
84. Com., 23 juin 2004, Civ. 1re, 12 mai 2004, *supra*, note 78.
85. Pour un exemple : Com., 9 nov. 1981, *supra*, note 83.

Synthèse : À travers ces arrêts du 12 mai 2004 et du 23 juin 2004, la Cour de cassation exige l'existence d'une intention de collaborer sur un pied d'égalité à la réalisation d'un projet commun, les éléments cumulatifs du contrat de société devant être établis séparément et ne pouvant se déduire les uns des autres (des apports, une intention de collaborer à la réalisation d'un projet commun sur un pied d'égalité et une volonté de profiter des bénéfices et de supporter les pertes). Cette attitude est fondamentale au regard de l'*affectio societatis*, car elle met un terme à la tendance que les auteurs[86] ont appelée la « méthode du groupement d'indices »[87] qui consistait à déduire l'existence de l'*affectio societatis* de circonstances étrangères à la perspective sociétaire[88].

3. CONCLUSION[89]

Au-delà de rappeler que toute la construction d'un système de droit (y compris celui du droit des sociétés) part de l'homme et revient à l'homme[90], l'*affectio societatis* se trouve placée au devant de la scène depuis peu. Outre l'arrêt du 3 juin 1986[91] souvent invoqué pour la clarté de son attendu, les décisions du 12 mai 2004 et du 23 juin 2004 confirment cette observation et offrent à l'*affectio societatis* un regain d'intérêt indéniable. L'*affectio societatis* est une notion utile et à contenu variable[92] pour laquelle la jurisprudence et la doctrine reconnaissent une flexibilité[93]. Intégrant des éléments tant subjectifs (une « intention de s'associer » dans le mécanisme de qualification du contrat de société ou de la qualité d'associé) qu'objectifs (une collaboration active à la poursuite d'un objectif commun, une participation égalitaire à la gestion des affaires sociales et un certain but économique), les définitions tendent à combiner

86. G. KESSLER, note sous Com., 24 sept. 2003, *supra*, note 81, 1307, nº 6.
87. Pour le commentateur des arrêts du 23 juin 2004 à la *Semaine juridique* (Com., 23 juin 2004, J.C.P. éd. E. 2004.1636), il convient de rechercher les éléments objectifs pouvant constituer le signe, voire seulement l'indice, de l'*affectio societatis*.
88. F.-G. TRÉBULLE, note sous Com., 23 juin 2004, Civ. 1re, 12 mai 2004, *supra*, note 78, 13.
89. J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Paris, Sirey, 1967, p. 45.
90. J. PAILLUSSEAU, « Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit », (1997) J.C.P. éd. E. *Cah. dr. ent.* 22 mai 5, 6 nº 4.
91. Com., 3 juin 1986, *Bull.civ.* IV, nº 116 ; (1986) *R.S.* 585, note Y. G. ; (1986) *Bull. Joly* 764.
92. V. FORTIER, « La fonction normative des notions floues », (1991) *R.R.J.* 3 755, 757, nº 3.
93. Récemment : N. REBOUL, *supra*, note 19, 431, nº 9.

ces deux aspects. La caractéristique malléable de l'*affectio societatis* n'empêchant pas nécessairement de la circonscrire[94], celle-ci peut être vue comme la volonté d'intégrer un groupement, doté ou non de la personnalité juridique, et dans lequel chacun collaborera activement avec les autres membres ou organes à la marche de l'affaire, à la réalisation d'un objectif économique nouveau et commun, en même temps que chacun contribuera aux risques de l'entreprise.

94. P. ORIANNE, « Les standards et les pouvoirs du juge », dans *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, (1988) *R.R.J.* 4 1055, 1066.