



HAL
open science

L'affectio societatis à l'épreuve de la société unipersonnelle : enjeux et perspectives

Adama Sel Coulibaly, Saida Guenbour

► To cite this version:

Adama Sel Coulibaly, Saida Guenbour. L'affectio societatis à l'épreuve de la société unipersonnelle : enjeux et perspectives. *Revue internationale de droit et science politique / International Journal of Law and Political Science*, 2024, Vol. 3, N° 4 – Avril 2023, pp. 176-194. hal-04506478

HAL Id: hal-04506478

<https://hal.science/hal-04506478>

Submitted on 20 Mar 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



REVUE INTERNATIONALE DE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE

International Journal of Law and Political Science

ISSN : 2790 - 4830

R.I.D.S.P, Vol. 3, N°4 – Avril 2023



COMITE SCIENTIFIQUE

Pr Victor – Emmanuel BOKALLI

Agrégé des Facultés de Droit, Professeur, Université de Ngaoundéré ;

Pr. Najet BRAHMI

Professeur, Université de Tunis El Manar ;

Pr Athanase FOKO

Professeur, Université de Ngaoundéré ;

Pr. Eric DEWEDI

Agrégé des Facultés de Droit, Université de Parakou

Pr. Loth Pierre DIWOUTA AYISSI

Maître de Conférences, Université de Yaoundé II;

Pr. Thomas CLAY

*Agrégé des Facultés de Droit, Professeur à l'école de droit de la Sorbonne, (Université Paris 1),
Avocat au barreau de Paris ;*

Pr. MOKTAR ADAMOU

Agrégé des Facultés de Droit, Université de Parakou ;

Pr Maturin NNA

Professeur, Université de Ngaoundéré ;

Pr. Marie-Colette KAMWE MOUAFFO

Maître de Conférences, Université de Ngaoundéré ;

Pr. Jean Pierre CLAVIER

Professeur, Université de Nantes ;

Pr. Guy Florent ATANGANA MVOGO

Maître de Conférences, Université de Ngaoundéré ;

Pr. Victorine KAMGOUI KUITCHE

Maître de Conférences HDR, Université de Ngaoundéré ;

Pr. Nadège JULLIAN

Agrégé des Facultés de Droit, Professeur, Université Toulouse 1 Capitole ;

Pr Serge Patrick LEVOA AWONA

Agrégé des Facultés de Droit, Professeur, Université de Ngaoundéré ;

Pr Emmanuel D. KAM YOGO
Professeur, Université de Douala ;

Pr Emilia ONYEMA
Professor, SOAS University of London;

Pr Aron LOGMO MBELECK
Professeur, Université de Douala ;

Pr Maurice KOM KAMSU
Maître de Conférences, Université de Maroua

Pr VOUDWE BAKREO
Agrégé des Facultés de droit, Université de Ngaoundéré ;

Pr Ramses AKONO ADAM
Agrégé des Facultés de Droit, Université de Ngaoundéré ;

Pr Michel Aristide MENGUELE MENYENGUE
Maître de Conférences, Université de Douala ;

Pr. Sandie LACROIX-DE SOUSA
Maître de Conférences HDR, Université d'Orléans ;

Pr Nicolas Junior YEBEGA NDJANA
Maître de Conférences, Université de Ngaoundéré ;

Pr Fred Géremi MEDOU NGOA
Maître de Conférences, Université de Douala ;

Pr. MFEGUE SHE Odile Emmanuelle épouse MBATONGA
Maître de Conférences, Université de Yaoundé II ;

M. Maxime KALDJONBE
Magistrat, Juge et Juge d'instruction près le Tribunal de Grande Instance de la VINA ;

M. SABABA MAGAZAN
Magistrat, Juge et Juge d'instruction près le Tribunal de Grande Instance de la VINA et Juge d'instruction près le Tribunal Militaire de l'Adamaoua ;

M. David YINYANG
Magistrat, Substitut du Procureur près les Tribunaux d'Instance du FARO à POLI ;

Mme Sandrine DATSE
Avocate au Barreau de Paris, Conseil Adjoint devant la Cour Pénale Internationale.

Directeurs :
Dr. BAMANGA DAGA Guidakré
Dr. ETABA ABANA Rémi

COMITE DE REDACTION

Rédacteur en Chef

Dr. Timothée MANGA BINELI
Université de Yaoundé II.

Rédactrice en Chef Adjointe

Dr. Calice Cléopâtre MAINIBE TCHIOMBE
Université de Ngaoundéré.

Responsable en charge de la propriété intellectuelle : Dr. Job NZOH SANGONG

Coordonnateurs des rubriques

Coordonnateur rubrique Science Politique

Dr. Georges Francis MBACK TINA

Coordonnateur rubrique Droit

Dr. El-Kader Kadjoum ALI ABDEL

Coordonnateur rubrique English Law

Dr. Waraï Michael TAOYANG

Membres :

Dr. Josué DIGUERA
Dr. Alice TOUAIBA TIRMOU
Dr. Job Didier BAHANA
Dr. Eloi BAKARY
Dr. Gérard Müller MEVA'A
Dr. Sadjo ALIOU
Dr. Joceline Gaëlle ZOA ATANGANA
Dr. Deguia CHECK IBRAHIM
Dr. Issa Pave ABDEL NASSER
Dr Prosper Hugues FENDJONGUE
Dr ABOUKAR BANGUI AGLA
Dr Ange MESSI MBALLA
Dr. Linda DJARSOUMNA
Dr Djidjioua GARBA ISSA
Dr Norbert DOURGA
Dr. Josué Eric BOLNDO

Dr. Elie SAPITODEN
Dr. Franklin Kennedy ASSONJI FONGUE
Dr. WILLARBANG ZUINSSA
Dr. YAOUBA HAMADOU A.
Dr. Alexis BAAYANBE BLAMA
Dr. Ibrahima HALILOU
Dr. Raïssa PAYDI
Dr. Adama SALME
Dr. Dieu-Ne-Dort BADAWE KALNIGA
Dr. Bienvenu DOMBA
Mme Mbissa Valérie HAMBOA ZONGA
Dr. ARI HAMADOU GUY
Mme MOUANGA MOUSSEVOULA G.
M. Jacob Israël FIRINA
M. Benjamin DIGUIR DABOLE
M. ALI BOUKOUN ABDOULAYE

POLITIQUE DE REDACTION

La Revue Internationale de Droit et Science Politique est publiée par une équipe dynamique et professionnelle en la matière. Les articles sont disponibles sur le site internet de la Revue : www.revueridsp.com

Directives aux auteurs :

La Revue Internationale de Droit et Science Politique reçoit des textes en permanence pour publication dans l'un de ses numéros mensuels. Les auteurs qui soumettent leurs contributions doivent se conformer aux directives suivantes :

- Toute proposition d'article doit être rédigée en format Microsoft Word, en police *Times New Roman*, caractère 12, et en interligne 1,5. Elle comportera un résumé en français et en anglais, des mots clés en français et en anglais, une introduction, un développement contenant un plan à deux parties (I- II- pour les parties ; A- B- pour les sous-parties, et éventuellement des petits 1 et 2), une conclusion. L'ensemble de la contribution doit tenir sur quinze (15) pages au minimum et trente-cinq (35) pages au maximum.
- Chaque proposition d'article doit débiter, juste après l'intitulé de la contribution qui doit être en français et en anglais, par une brève notice biographique précisant l'identité du (des) auteur(s) : Noms et prénoms, titre ou grade universitaire ou profession pour les praticiens non universitaires, l'affiliation institutionnelle.

Références (sources) :

Les références (sources) sont obligatoires dans une proposition d'article. Elles doivent être présentées sur la base du modèle infrapaginale.

Dès lors les références (sources) doivent être présentées en bas de page (notes) selon le style suivant :

- **Pour un ouvrage :** Nom en Majuscule, Initiale du(es) prénom(s) du(es) auteur(s) entre parenthèses, intitulé de l'ouvrage en italique, Ville d'édition, Maison d'Édition, Année, page(s).

Exemples :

Page | v

Un auteur : ONANA (J.), *Gouverner le désordre urbain. Sortir de la tragique impuissance de la puissance publique*, Paris, L'Harmattan, 2019, p.6 ;

Deux auteurs : OST (F.) et VAN DE KERSHOVE (M.), *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du Droit*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint Louis, 2010, p. 103

Trois auteurs : BOUSSAGUET (L.) & al., *Dictionnaire des politiques publiques*, Paris, Presses de Sciences Po, 2014, p.6

- **Pour un article publié dans une revue :** Nom(s) en majuscule, Initiales du(es) Prénom(s), intitulé de l'article entre guillemets, nom de la revue ou de l'ouvrage collectif dans lequel il est publié en italique, numéro de la revue, Année de parution, pages ;

Exemple : BOKALLI (V.E.), « la protection du suspect dans le code de procédure pénale », *R.A.S.J.*, vol. 4, n° 1, 2007, p.6

- **Pour un chapitre d'ouvrage :**

LEVÊQUE (A.), « Chapitre 2 : La sociologie de l'action publique », in JACQUEMAIN (M.) & FRERE (B.), *Epistémologie de la Sociologie. Paradigmes pour le XXIe siècle*, De Boeck Supérieur, Collection « Ouvertures sociologiques », 2008, p.6

- **Pour un document internet :**

Exemple :

Organisation Mondiale de la Santé, Global status report on violence prévention, 2014, disponible en ligne sur http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/status_report/2014/en/

- **Pour tout document non publié (mémoire, thèse...) :**

Exemple : MINKOA SHE (A.), *Essai sur l'évolution de la politique criminelle au Cameroun depuis l'indépendance*, Thèse de Doctorat, Université des Sciences Juridiques, Politiques, Sociales et de Technologie de Strasbourg, 1987, p.6

Langue et style de rédaction :

Page | vi

- Chaque proposition d'article doit être rédigée en français ou en anglais
- L'usage des transitions et chapeaux est impérative

Soumission, examen des propositions et responsabilités :

- Les propositions d'articles doivent être soumises par courrier électronique à l'adresse électronique suivante : redactionridsp@gmail.com Tout texte soumis à la Revue Internationale de Droit et Science Politique fait l'objet d'une double évaluation aveugle (sous anonymat).
- Les contributions soumises à la Revue Internationale de Droit et Science Politique doivent l'être en toute exclusivité.
- Les opinions exprimées dans les contributions sont propres à leurs auteurs et n'engagent aucunement la responsabilité de la Revue Internationale de Droit et Science Politique. Les auteurs s'engagent, toutefois, à céder leurs droits à la Revue Internationale de Droit et Science Politique.

Le Rédacteur en Chef

Dr. Timothée MANGA BINELI
Université de Yaoundé II.

SOMMAIRE

❖ **Droit Privé**

Les droits de l'homme à l'épreuve des enquêtes policières au Mali.....1	
<i>Mahamane COULIBALY & Amadou BOUARE</i>	
Les cyber-délits internationaux : la traversée d'un labyrinthe ?.....34	
<i>Stéphane Joële TECHE NDENO</i>	
Investissements agricoles et fiscalité en droit camerounais : couple d'amour ou de raison ?.....60	
<i>KOUNDE EBENE Princesse De Christ</i>	
L'émergence des droits fondamentaux de l'enfant au Mali.....84	
<i>COULIBALY Youssouf Z & DEMBELE Alpha Yaya & COULIBALY Alou</i>	
L'exécution des ordonnances frappées d'appel en matière civile en droit Camerounais.....104	
<i>BILLONG BILLONG Emmanuel</i>	
Le Télétravail au Maroc : entre vide juridique et pratique managériale des entreprises.....127	
<i>Hamza JABIR & Kamal LAGTATI</i>	
Spécificités des organismes caritatifs en Droits internes britannique et camerounais : un éclairage pour la diaspora africaine.....144	
<i>ENOGA Laurent François</i>	
L'affectio societatis à l'épreuve de la société unipersonnelle : enjeux et perspectives.....176	
<i>COULIBALY Adama Sel & GUENBOUR Saida</i>	
La nécessité d'une obligatorité de l'assurance de pollution.....195	
<i>ELOUNDOU MENOUNGA GASTON</i>	

Le sort des droits de la défense lors de la garde à vue devant les juridictions d'exception camerounaises.....210

AOUTA Justine

Le contrôle de l'activité des établissements de microfinance de la 1^{ère} catégorie en zone CEMAC.....230

SABOUA Daniel Wilfried

La complexité du domaine national au Cameroun : entre immobilité et évolution.....243

Eric FENDJU MONKIE

Le rôle de l'abus dans les sociétés commerciales OHADA.....263

WINNIE LAURE MGBOOBERBE

Soliloque sur la temporalité des juridictions pénales internationales : cas des TPI *ad-hoc* pour l'Ex-Yougoslavie et pour le Rwanda.....283

WIMANDAMI LIDAM Proté

Les règles d'appréciation de l'obligation de prudence à l'égard de soi-même.....311

Appolinaire DJONGAIBE

La protection de la vie privée sur les réseaux sociaux en droit pénal camerounais.....323

YOUNOUSSA Bouba & DINAMOU DAWA KOHLORO Constant

La cessation de paiements dans les établissements de crédit en droit CEMAC.....355

PAYDI RAISSA

Les particularités de la négociation dans la formation du contrat pétrolier.....373

OUMAR ALI

La problématique de la protection des investissements privés étrangers au Cameroun.....395

Olivier DJAOWE BASGA

L'indemnisation de la victime conductrice en droit congolais.....417

KALENGAYI KATANGA Valéry

❖ **Droit Public**

Le principe à un environnement sain en droit positif camerounais.....442

GARGA SADOU

L'asthénie des juridictions camerounaises en matière de contentieux extractif.....465

KANOOU NKEMTSOP Armando

Les heurts de la garantie juridictionnelle de l'environnement au Cameroun.....492

Hermann NGUEMEU DONGMO

Le sens du principe du dédoublement fonctionnel en droit congolais.....527

Kupani Gisenge Jean-Claude & Kumba Kwambanda Lepere

Les dispositions inopérantes de la constitution : recherches sur le constitutionnalisme
d'apparat.....553

Étienne KENFACK TEMFACK

De la portée relative du caractère inopérant de l'élément intentionnel dans les infractions
douanières en droit congolais.....575

Lwete Lwenkomba Freddy

La Responsabilité sociale des entreprises dans l'aménagement des rapports entre l'Etat d'accueil
et l'investisseur étranger.....592

Hadja KOULTCHOUMI AHMED

La notion de loi de finances de l'année en droit budgétaire camerounais.....610

BIKOGO Marie Albertine Fleur

Le droit du citoyen à la justice constitutionnelle en Afrique noire francophone.....627

WAPOUO BOUBA KADJOU

❖ **Science Politique**

Le discours de l'autorité traditionnelle dans la gestion de la crise de l'ex Southern-Cameroon :
entre sacralisation et désacralisation.....652

Elsa Destinée WANDJI

Page | x

La stratégie des acteurs humanitaires pour la préservation de la paix dans la zone d'intervention
humanitaire de MINAWAO à l'Extrême-Nord Cameroun.....677

KAPSENDE ZACHARIE WEFE

Décentralisation face à la gouvernance.....702

MBARGA Mathurin Désiré

❖ **English Law**

Private prosecution: practicability, challenges and reliability before the courts in Cameroon...713

Mbongwe Julius Palle

Recognising and Protecting Female Right in Cameroon: A Customary Experience in the
Violation of Women Right and Status.....751

Lidwina Dope Nyadjroh Gabsa



L'affectio societatis à l'épreuve de la société unipersonnelle : enjeux et perspectives

The affectio societatis in the test of the one-person company: issues and perspectives

COULIBALY Adama Sel

Page | 176

Doctorant en droit privé

Université Mohammed V de Rabat-FSJES-SOUISSI (Maroc)

Structure de recherche LARMODAD

Pr. GUENBOUR Saida

Enseignante-chercheur, Directeur de thèse

Université Mohammed V de Rabat- FSJES-SOUISSI.

Résumé :

La notion d'affectio societatis, intention de s'associer, ne figure pas formellement dans les articles 4 et 5 de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales (AUSC), mais la jurisprudence retient l'affectio societatis parmi les critères de formation de la société commerciale. En plus de son maintien durant le cycle de vie de la société.

Ainsi, l'absence d'affectio societatis entraînerait un dysfonctionnement au sein de la société. Dans les cas extrêmes, le défaut d'affectio societatis peut donner lieu à une exclusion d'associé, ou la dissolution judiciaire pour justes motifs en cas de paralysie du fonctionnement de la société. Cette analyse jurisprudentielle de l'affectio societatis est partagée par une majorité de spécialistes en droit des sociétés. Or, la définition prétorienne de l'affectio societatis paraît inadaptée à la société d'associé ou actionnaire unique.

Cela conduit à s'interroger sur l'existence d'une affectio societatis dans la société unipersonnelle et le fondement de la fictivité de cette structure sociale. C'est tout l'intérêt de la présente étude.

Mots clés : AUSCGIE, Société unipersonnelle, *Affectio societatis*, Société fictive.

Abstract:

The notion of affectio societatis, intention to associate, does not formally appear under the articles 4 and 5 of the Uniform act on commercial companies (AUSC), but case law considers affectio societatis to be one of the criteria for the formation of commercial company. In addition to its maintenance during the life cycle of the company.

Page | 177

Thus, the absence of affectio societatis would entail a dysfunction within the company. In extreme cases, the lack of affectio societatis could lead to the exclusion of shareholder, or to judicial dissolution for just causes in the event of paralysis of the company's operations. This jurisprudential analysis of affectio societatis is shared by a majority of specialists in corporate law. However, the jurisprudential definition of affectio societatis does not seem to be adapted to the company formed by a sole shareholder.

This leads to the question of the existence of an affectio societatis in a one-person company and the basis for its fictitiousness. This is the focus of the present study.

Keywords: AUSCGIE, One-person company, *Affectio societatis*, Fictive company.

Introduction

La société unipersonnelle est omniprésente dans le paysage sociétaire de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA). On n'y trouve la société anonyme unipersonnelle (SAU), la société par actions simplifiées unipersonnelle (SASU), la société à responsabilité limitée unipersonnelle (SARLU).

Page | 178

La forme unipersonnelle découle d'un acte unilatéral de volonté et non d'un contrat. Cela fait réagir certains auteurs qui estiment que la société unipersonnelle jette un discrédit évident sur la notion *d'affectio societatis*¹. Car la notion serait indissociable de l'idée du groupement de personnes et du contrat².

Cependant, la majorité de la doctrine considère *l'affectio societatis* comme un critère de validité de l'acte de société³. Il s'ensuit qu'elle doit également exister lors de la création de la société unipersonnelle⁴. En ce sens, pour Maurice Cozian, Alain Viandier et Florence Deboissy, *l'affectio societatis* existerait dans toutes les sociétés, y compris unipersonnelle⁵. Toutefois, ils estiment que son contenu varierait selon la forme de la société et les motivations des associés dans le pacte social⁶.

Concernant les articles 4 et 5 de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique (AUSCGIE), qui prévoient les modes de création de la société ; ils ne font aucune mention *d'affectio societatis*. Pourtant, la notion est bien connue des juristes de l'espace OHADA⁷. Puis que ce sont surtout la doctrine et la jurisprudence qui ont

¹ Cuisinier (V.), *L'affectio societatis*, LexisNexis Litec, 2008, n° 537. La locution *affectio societatis* serait féminin, note l'auteur (V. not., p.1, note infrapaginale n° 5.).

² *Ibid.*

³ TCHOTOURIAN (I.), *Vers une définition de l'affectio societatis lors de la constitution d'une société*, L.G.D.J., 2011, n° 979, p. 606.

⁴ Mouthieu-NJANDEU (M.A.), *L'intérêt social en droit des sociétés*, L'Harmattan, 2010, n° 332 ; même auteur, « *L'appréhension de l'affectio societatis à l'aune des articles 4 et 5 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique* », 4 MAI 2018 <https://www.actualitesdudroit.fr/browse/afrique/ohada/13339/l-apprehension-de-l-affectio-societatis-a-l-aune-des-articles-4-et-5-de-l-acte-uniforme-relatif-au-droit-des-societes-commerciales-et-du-groupement-d-interet-economique>: le 22/11/2021 ; Adjoua Marie-Hortense N'TAKPÉ, *La société anonyme unipersonnelle en droit OHADA, étude critique*, Thèse, Université de Bordeaux, 2016, n° 183, p. 93 ; Cujatar-Rivière (C.), *La société écran. Essai sur sa notion et son régime juridique*, LGDJ, 1998, n° 180, p. 138 ; même auteur, « *De l'EURL à la SASU ou du big-bang à la transfiguration du concept de société par l'unipersonnalité* », LPA, 15 sept. 2000, n°185, p. 52.

⁵ Cozian (M.), Viandier (A.), Deboissy (F.), *Droit des sociétés*, 26^e éd. LexisNexis, Litec, 2013, n° 149.

⁶ *Ibid.* ; Vidal (D.), *Droit des sociétés, Manuel*, 5^e éd. L.G.D.J. 2006, n° 63, p. 50.

⁷ Mouthieu-NJANDEU (M.A.) « *Notion de société commerciale* », *spéc.*, n° 23 à 25, p. 1264 et s. in *Encyclopédie du droit OHADA*, éd., Lamy, 2011, sous la direction de POUGOUE (P.-G.) ; POUGOUE (P.-G.), et KUATE TAMEGHE (S.-S.), (dir.), *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, éd. L'Harmattan, 2010, p. 277 ; Mouthieu-NJANDEU (M.A.), *op.cit.* ; Akam (A.A.), Bakreo (V.), *Droit des sociétés commerciales OHADA*, éd. L'Harmattan, 2017, n° 141, p. 85 et s.

conféré à l'*affectio societatis* ses lettres de noblesse⁸. Ils en font le troisième élément nécessaire à l'acte de société dans le silence du législateur⁹. D'où l'intérêt de la présente étude.

L'étude revêt un double intérêt, pratique et théorique. D'un côté, une jurisprudence constante considère qu'il n'y a pas de société sans *affectio societatis*¹⁰. De l'autre, la doctrine enseigne que l'*affectio societatis* serait nécessaire au moment de la création de la société et se perpétuerait aussi longtemps que dure la société¹¹.

Il découle de ce qui précède, l'existence de l'*affectio societatis* dans toute société – unipersonnelle ou pluripersonnelle. Or, la doctrine est divisée sur l'existence de l'*affectio societatis* dans la société unipersonnelle. Cette situation met en lumière le problème de la réalité de l'*affectio societatis* dans la société unipersonnelle. Autrement dit : Existe-il une *affectio societatis* dans la société unipersonnelle ?

Une analyse critique permet d'apporter des éléments de réponse à notre problématique. Ainsi, notre analyse va porter successivement sur la notion d'*affectio societatis*, son rôle (I) et la controverse liée à son existence dans la société unipersonnelle (II). Nous signalons également que la présente étude, bien que portant sur le droit OHADA, nous allons faire recours à la jurisprudence française pour illustrer nos propos, en raison de la rareté de la jurisprudence OHADA en la matière.

⁸ TCHOTOURIAN (I.), *op.cit.*, n° 2, p. 1.

⁹ Guyon (Y.) « *Affectio societatis* » JCl. Sociétés Traité, Fasc. 20-10 Actualisé par Adrien Mairot (dernière mise à jour : 21 Septembre 2016), spéc., n° 32 - CA Paris, 16e ch. A., 10 mars 2004, n° 02-11.747, Perriot c/ Dhib Main Ben Hassine : *JurisData* n° 2004-237210 ; Dr. sociétés 2004, comm. 193, 1re esp., note J. Monnet ; RJDA août-sept. 2004, n° 1002, p. 914 ; Rev., sociétés 2004, p. 733, obs. I. Urbain-Parleani.

¹⁰ Cass. com., 16 juin 1998, n° 96-12.337 ; G. Gibrila, note sous Cass. com., 16 juin 1998, n° 96-12.337, Buffard c/Roidor : *JurisData* n° 1998-002766 ; Dr sociétés 1998 comm 122 ; JCP E 1998, pan p. 1383 ; JCP G 1998, IV, 2814 ; Bull. civ. IV, n° 203 ; Defrénois 1999, art. 36959, spéc. p. 420. – Cass. com., 27 juin 1966, n° 67-11.511, Lancien c/ Guérin : Bull. civ. 1966, III, n° 324. – Cass. com., 8 janv. 1969, n° 67-11.254, Rivière c/Bonneau : Bull. civ. 1969, IV, n° 11. – Cass. com., 19 mai 1969, n° 67-12.651, Lebufnoir c/ El Kedidi : Bull. civ. IV, n° 181. – Cass. 3e civ., 30 mai 1969, n° 67-12.723, Queret c/ Luyer : Bull. civ. III, n° 445 ; JCP G 1969, IV, 185. – Cass. com., 2 déc. 1969, n° 67-12.397, Lenoir c/ *Sté Friesche Plantaardappel Exporthandel* : Bull. civ. IV, n° 363. – Cass. com., 17 nov. 1970, n° 68-12.145, Sté Laurent-Bouillet c/ Banque populaire provençale : D. 1971, jurispr. p. 206 ; Rev. sociétés 1971, p. 533. – Cass. 1re civ., 9 juin 1971, n° 70-11.518, Roger Spitaels c/ André Spitaels : Bull. civ. 1971, I, n° 192 ; JCP G 1971, IV, 193. – Cass. 1re civ., 22 mars 1972, n° 71-10.127, Vidal c/ Pépin : Bull. civ. 1972, I, n° 95 ; JCP G 1972, IV, 118. – Cass. 1re civ., 28 juin 1972, n° 70-12.893, Ribot c/ Pezaud : *JurisData* n° 1972-000171 ; Bull. civ. I, n° 171. – Civ. 3^{ème} 8 janvier 1975, Rev., soc., p. 301, note Balesni (I.). – Cass. 1re civ., 13 oct. 1987, n° 86-14.729, SARL CESR c/ Bozzano : *JurisData* n° 1987-701713 ; Bull. Joly 1987, p. 796, § 329 ; Dr. sociétés 1988, comm. 8. – Cass. 1re civ., 4 nov. 1987, n° 85-14.455, R. Duchaussoy c/ Ponce : *JurisData* n° 1987-002012 ; Bull. civ. I, n° 283 ; Dr. sociétés 1988, comm. 296 ; Gaz. Pal. 1988, p. 631, note J. Massip ; Rev. sociétés 1988, p. 525. – Cass. 1re civ., 1er oct. 1996, n° 94-19.530, Couronne c/Szternberg : *JurisData* n° 1996-003622 ; Dr. sociétés 1996, comm. 225, note Th. Bonneau.

¹¹ Guyon (Y.) *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial général et société*, 12^e éd., Economica, 2003, n° 124, p. 132 ; PETIT (B.), *Droit des sociétés*, Litec, 5^e éd., 2010, n° 35, p. 26 ; HILARION Alain BITSAMANA, *Dictionnaire de droit OHADA*, Ohadata D-05-33 (V. *affectio societatis*) ; TCHOTOURIAN (I.), *op.cit.*, n° 6, p.9 et s.

I- L'AFFECTIO SOCIETATIS : UNE NOTION LIMITEE AUX SOCIETES PLURIPERSONNELLES

Les origines de la notion d'*affectio societatis* remonteraient à l'empire romain, notamment dans le « *Digeste* »¹², sous la plume de Ulpian¹³. Et signifierait « *l'intention de s'associer* »¹⁴. En ce sens, elle servait à distinguer la société commerciale des situations voisines, telle que l'indivision¹⁵. En plus, elle constituait une des conditions de recevabilité de l'*actio pro socio* (en qualité d'associé)¹⁶.

La locution latine *affectio societatis* serait mystérieuse ; une commission de modernisation du langage judiciaire préconisa de la remplacer simplement par l'expression « *intention de s'associer* »¹⁷.

La notion d'*affectio societatis* ne figure pas dans l'AUSC ; cela signifierait qu'elle n'a pas reçu une consécration formelle du législateur africain. Pourtant, la tradition juridique en fait un élément de l'acte de société. Mais que signifie *l'affectio societatis* dans le droit positif actuel pour la jurisprudence et pour la doctrine ? Et quelle est son utilité ?

En effet, d'un point de vue purement prétorien, la notion d'*affectio societatis* semble conceptualisée. Mais *l'affectio societatis* demeure discutée au sein de la doctrine¹⁸. Nonobstant, la majorité des auteurs font du groupement un critère central de la notion (A). Ce faisant, les conséquences tirées de cette situation semblent limitées aux sociétés pluripersonnelles (B).

A- L'*affectio societatis* et l'idée du groupement de personnes

L'idée du groupement est fondamentalement liée à la notion d'*affectio societatis*. On pourrait asserter que *l'affectio societatis* et l'idée du groupement sont les deux faces d'une seule

¹² Cuisinier (V), *op.cit.* n° 5, p. 10 ; Le *Digeste* est un recueil d'avis et de solutions doctrinales élaborées par les plus prestigieux juristes du IIIème siècle après Jésus Christ, et figurant parmi les compilations justiniennes.

¹³ *Ibid.* *Digeste*, Livre XVII, Titre II, « 31. Ulpianus lib. 30 ad. Sabinum », p. 508.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.* : « Dans le droit justinien, on exige que les contractants aient expressément, et non tacitement, manifesté la volonté de constituer un contrat de société, à défaut de quoi il y aurait un simple état d'indivision. Cette « *animus contrahendae societatis* », autrement dit cette intention de conclure un contrat de société, est surtout requise en raison des effets particuliers du contrat de société. A la différence des autres contrats, celui-ci a pour effet de faire naître des obligations équivalentes au profit et à la charge de tous les associés, dont l'inexécution est sanctionnée par une action unique, l'*actio pro socio* (en qualité d'associé). ».

¹⁶ *Ibid.*, note infrapaginale n° 45 : « L'action *pro socio* présente certains caractères particuliers liés à la gravité de l'inexécution : en raison des relations fraternelles qui existe entre associés, celui qui n'exécute pas ses obligations commet un acte contraire à l'honneur, et s'il est condamné, il encourt l'infamie. La bonne foi est le fondement de cette action, elle-même appartenant à la catégorie des actions de bonne foi reconnues par le droit romain ».

¹⁷ Guyon (Y.) « *Affectio societatis* » JCl. Sociétés Traité, Fasc. 20-10 Actualisé par Adrien Mairot (dernière mise à jour : 21 Septembre 2016), spéc., n° 3, où il est fait allusion à la circulaire du 15 septembre 1977 de la commission de modernisation du langage judiciaire.

¹⁸ TCHOTOURIAN (I.), *op.cit.* n° 3 et 4, p. 2 et. S. ; GALLOIS-COCHET (D.), « *Affectio societatis* - Encore *l'affectio societatis* ! » - *Droit des sociétés* n° 12, déc. 2013, repère 11 ; Akam (A.A.), Bakreo (V.), *op.cit.*, n° 142.

et même médaille. Cela ressort clairement de l'appréhension doctrinale (1) et jurisprudentielle de la notion (2).

1- La définition doctrinale de l'*affectio societatis*

Il est classique de distinguer au sein de la doctrine les conceptions classique et moderne de l'*affectio societatis*. De nos jours, la tendance consisterait à les jumeler en raison de leur complémentarité¹⁹.

Ainsi, dans l'approche classique, qualifiée d'objective, l'*affectio societatis* consisterait pour les associés à collaborer de manière volontaire et active, intéressée et égalitaire²⁰. Alors que dans la conception moderne, qualifiée de subjective, l'*affectio societatis* est réduite à un élément psychologique et strictement individuel²¹. En ce sens l'*affectio societatis* se résumerait à un esprit d'union (intéressé) et une acceptation des risques liés à l'activité sociale²².

Il convient toutefois de préciser qu'on retrouve au sein de la doctrine plusieurs définitions de l'*affectio societatis*²³. Cependant, toutes ces définitions prennent en considération l'idée du groupement que nous considérons comme le critère essentiel de l'*affectio societatis*.

Aussi, les partisans de l'*affectio societatis* en font l'expression du consentement des parties dans l'acte de société. Ils en font également un moyen pour distinguer l'acte de société des notions voisines²⁴. Ils y voient enfin, la traduction d'une obligation de bonne foi dans les

¹⁹ TCHOTOURIAN (I.), *op.cit.*, n° 981, p. 610 ; Shyyab (F.), *La société unipersonnelle*, Thèse, Université de Grenoble, 2012, p. 92 ; KESSER (G.), « L'objectivation de l'*affectio societatis* », *D.* 2004, p. 1305 ; El Mernissi (M.), *Traité marocain de droit des sociétés*, LexisNexis, coll. Mena, 2020, n° 168, p. 61 et s.

²⁰ THALLER (E) et PERCEROU (J.), *Traité élémentaire du droit commercial*, éd. Rousseau et Cie 8^e éd., 1931, n° 232 et s. l'*affectio societatis* « une collaboration volontaire et active, intéressée et égalitaire » ; HAMEL (J.), « L'*affectio societatis* », *RTD civ.* 1925, p. 761 ; MERLE (Ph.) et FAUCHON (A), *Droit commercial. Société commerciale*, 22^e éd, Dalloz, 2018/2019, n° 57, *Affectio societatis* « La volonté des associés de collaborer ensemble sur un pied d'égalité au succès de l'entreprise commune » ; Cuisinier (V), *op.cit.*, n° 269, p. 235 rapporte les éléments retenus par le professeur Guyon comme critère de l'*affectio societatis* à savoir : « la volonté de collaborer, la participation à la gestion, le parallélisme des intérêts et l'absence de subordination » ; TCHOTOURIAN (I.), *op.cit.*, n° 981, p. 610 ; Shyyab (F.), *op.cit.*, n° 97, p. 91 ; Guyon (Y.) « *Affectio societatis* » *JCl. Sociétés* *Traité*, Fasc. 20-10 Actualisé par Adrien Mairot, *op.cit.*, spéc., n° 8.

²¹ Vidal (D.), *op.cit.*, n° 62, p. 49 ; De DERMOND (J.-M), « *Le spectre de l'*affectio societatis** », *JCP E* 1994, I 346, p. 183 ; Adjoua Marie-Hortense N'TAKPÉ, *op.cit.*, n° 176 p. 90 ; Christophe (V.), *L'*affectio societatis**, DEA de droit des affaires, Université Robert Schuman Faculté de droit, de sciences politiques et de gestion de Strasbourg, 2002-2003.

²² Vidal (D) : « *Affectio societatis et partage du risque d'entreprise* », *Rev., huiss.* 1993, 3 ; TCHOTOURIAN (I.), *op.cit.*, n° 982, p. 610 : « l'*affectio societatis* est 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. ».

²³ Guyon (Y.) « *Affectio societatis* » *JCl. Sociétés* *Traité*, Fasc. 20-10 Actualisé par Adrien Mairot, *op.cit.*, n° 12 ; TCHOTOURIAN (I.), *op.cit.*, n° 980, p. 609.

²⁴ *Ibid.* spéc., n° 8, La conception classique de l'*affectio societatis* par ses composants, notamment « Le caractère volontaire et actif permet de distinguer la société des états subis et non voulus, comme certaines indivisions et des divers contrats avec participation aux bénéfices où l'une des parties se borne à recevoir son pourcentage sans prendre aucune initiative. Le caractère intéressé fournit le critère de distinction de la société et de l'association, car

relations sociales²⁵. La considération de la bonne foi a suffi pour que la jurisprudence s'intéresse à la notion.

2- La définition jurisprudentielle de *l'affectio societatis*

La jurisprudence a forgé sa propre conception de *l'affectio societatis* de manière claire et constante²⁶. Cependant, pour éviter l'écueil de compilation d'arrêts. Nous évoquerons deux arrêts de principe pour illustrer la définition prétorienne de *l'affectio societatis*. Il s'agit entre autres, et respectivement des arrêts du 25 juillet 1949 et du 3 juin 1986 de la chambre commerciale de la Cour de cassation française.

Dans un premier temps, dans son arrêt du 25 juillet 1949 la Cour précise que « *le contrat de société exige comme conditions essentielles de sa formation, l'intention des parties de s'associer, les apports réciproques faits en vue de la constitution d'un fonds social, et la participation de chacun des associés aux bénéfices et aux pertes de l'entreprise* »²⁷.

Dans un deuxième temps, dans son arrêt du 3 juin 1986, elle retient que *l'affectio societatis* suppose que « *les associés collaborent de façon effective à l'exploitation dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité, chacun participant aux bénéfices comme aux pertes* »²⁸.

Il ressort clairement dans ces deux arrêts que *l'affectio societatis* suppose au moins deux personnes. En plus, les notions d'égalité et de collaboration constitueraient des critères fondamentaux dans les définitions tant jurisprudentielles que doctrinales²⁹.

De ce qui précède, on peut affirmer que *l'affectio societatis*, du moins dans sa conception classique, est à tout point de vue limitée aux sociétés pluripersonnelles. Cette remarque est aussi

on peut se grouper dans un but autre que le partage des bénéfices. Enfin, le caractère égalitaire s'oppose à l'existence d'un lien de subordination entre associés. Envisagé comme une égalité de droit par le tribun Bouteville, ce caractère est simplement pris en compte comme une égalité dans la collaboration économique. ».

²⁵ Amiaud (A.), « *L'affectio societatis* », Mélanges Simonius, 1955, p. 1, pour l'auteur *l'affectio societatis* exige des associés « une obligation de bonne foi renforcée, une sorte de fraternité ».

²⁶ La formulation la plus courante de la jurisprudence serait la « *volonté de collaborer activement, sur un pied d'égalité, à la réalisation d'un projet commun* » Cass. 1^{ère} civ. 28 févr. 2006, pourvoi n° 04-15116 ; observation de Le CANNU (P.) et DONDERO (B.), Le CANNU (P.) et DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2009, n° 98, note 4, p. 60.

²⁷ Cass. com. 25 juillet 1949, JCP. 1950, II, note D. Bastian. Bien qu'elle n'ait pas expressément fait référence à *l'affectio societatis*, son ombre se profile indéniablement derrière l'expression « intention des parties de s'associer » utilisée par la Cour de cassation dans cet arrêt. V. Cuisinier (V), *op.cit.*, note infrapaginale n° 59.

²⁸ Cass. com. 3 juin 1986, Rev. Soc. 1986, p. 585, note Guyon (Y.), plus précisément, la chambre commerciale de la cour de cassation a sensiblement modifié cette définition en assimilant *l'affectio societatis* à une « intention de collaborer sur un pied d'égalité à la réalisation d'un projet commun », V. Cass. com. 24 juin 2004, Rev. Soc. 2005, p. 131, note F.-X Lucas ; Bull Joly 2005, p. 295, § 49, p. 297, § 50, p. 297, § 52, note commune J. Vallassan ; Dr. sociétés 2004, comm. 163, obs. F.-G Trébulle ; Dr. et patrimoine 2004, p. 96, obs. D. Porrachia.

²⁹ Cuisinier (V), *op.cit.*, n° 269 ; TCHOTOURIAN (I.), *op.cit.*, n° 12, note 81 « dans la jurisprudence, les juges du fond et de la Cour de cassation (...) parlent volontiers d'« intention de s'associer », de « volonté de s'associer » ou encore de « volonté de collaborer sur un pied d'égalité ».

valable pour la définition prétorienne. Dans cette perspective, *l'affectio societatis* n'existe pas dans une société constituée par un seul et unique associé ou actionnaire³⁰. En plus, son existence est évanescence dans certaines sociétés pluripersonnelles³¹. Quant à la conception moderne, il faut noter que la société est toujours créée dans un but intéressé, la recherche du profit social. Enfin, le risque est inhérent à toute activité en société. Il s'ensuit que *l'affectio societatis* en tant que but intéressé et acceptation de risque d'activité sociale n'ajoute rien à l'acte de société.

Ainsi, après avoir donné un aperçu sur la définition doctrinale et prétorienne de *l'affectio societatis* ; il convient d'analyser ses applications.

B- Le rôle de *l'affectio societatis* dans les sociétés pluripersonnelles

Les articles 4 et 5 de l'AUSCGIE ne font aucune mention expresse de *l'affectio societatis*. Pourtant, elle est bien connue des juristes, qui lui attribuent plusieurs incidences³². En ce sens, la doctrine et la jurisprudence font de *l'affectio societatis* un critère d'existence ou de validité de la société³³ (1). De sorte que l'absence d'*affectio societatis* serait une cause de fictivité de la société (2).

1- L'*affectio societatis*, critère d'existence ou de validité de la société

La tradition juridique fait de *l'affectio societatis* un troisième élément nécessaire à l'acte de société. Autrement dit, pas de société sans *affectio societatis*³⁴. En ce sens, *l'affectio societatis*

³⁰ Dans la société unipersonnelle « il y a apport sans mise en commun de biens ; il y a attribution des résultats sans partage ; il n'existe pas non plus de volonté de collaborer ensemble sur un pied d'égalité. » Legros (J.-P.), « Nullité des sociétés » JCl, Sociétés, Fasc. 32-10, (mise à jour : 12 Mai 2016), n° 26 ; dans le même sens MOBIO (Ch. H.), *Réflexions sur la Société Commerciale Unipersonnelle dans le Droit OHADA*, Mémoire de DEA, Université catholique de l'Ouest, 2007 (partie 1, chap. 1.).

³¹ Guyon (Y.) « *Affectio societatis* » JCl Sociétés Traité, Fasc. 20-10 Actualisé par Adrien Mairot, *op.cit.*, spéc., n° 8. Le CANNU (P.) et DONDERO (B.), *op.cit.*, n° 111, p. 68 ; Frédéric Teffo, *L'influence des objectifs gouvernementaux sur l'évolution du droit des sociétés*, Charley Hannoun (préf.), Dalloz, 2014, n° 494, p. 213 et s ; RIPERT (G.), *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1951, n° 39, p. 94.

³² Guyon (Y.), « *Affectio societatis* » JCl. Sociétés, Fasc. 20-10, Actualisé par Adrien Mairot, *op.cit.* n° 31 ; TCHOTOURIAN (I.), *op.cit.*, n° 7 ; Reboul (N.), « *Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'affectio societatis* », Rev. Sociétés 2000, n° 3 p. 425. Pour Le CANNU (P.) et DONDERO (B.) *l'affectio societatis* rempli aujourd'hui trois fonctions ; essentiellement : la détermination de l'existence de la société (pluripersonnelle), son opposabilité, la distinction du contrat des sociétés des notions voisines (tels que les contrats comportant une participation aux bénéfices produit par leur objet : la vente, la location, le prêt ou le dépôt ; la fiducie, le contrat de travail).

³³ TCHOTOURIAN (I.), « *L'affectio societatis en tant que critère de validité et de qualification des sociétés : l'illustration française* », 2008. Revue du notariat, 110(3), 877-899.

³⁴ Cuisinier (V.), *op.cit.*, n° 130, p. 114 et s. ; Le CANNU (P.) et DONDERO (B.), *op.cit.*, n° 101 ; TCHOTOURIAN (I.), *op.cit.*, n° 10.

serait une des conditions de formation (validité) de l'acte de société³⁵. En tant que telle, elle serait l'élément révélateur de l'existence de la société et de la qualité d'associé³⁶.

D'ailleurs, c'est pour cette raison que *l'affectio societatis* est utilisée par la jurisprudence pour qualifier les sociétés créées de fait³⁷. Elle est alors un moyen de preuve pour celui qui invoque l'existence d'une société créée de fait³⁸, ou en participation³⁹, contre la volonté de tout, ou partie des associés⁴⁰. Il s'ensuit que *l'affectio societatis* est pour le juge un outil idéal pour qualifier la société en cas de doute, et écarter les notions voisines⁴¹. Au-delà, elle serait pour le juge un moyen pour déterminer la réalité ou la fictivité d'une société⁴².

Il convient toutefois de noter que *l'affectio societatis* peut disparaître au cours de la vie sociale. Cela se manifesterait par un dysfonctionnement de la société dû à une mésentente entre associés⁴³. Cette situation dans certains cas donne lieu à la nomination d'un administrateur provisoire par le juge lorsque la crise peut être surmontée⁴⁴. Elle peut aussi aboutir à la condamnation de l'associé fauteur de trouble au sein de la société à des dommages-intérêts ou à son exclusion lorsque cela est prévue par les statuts⁴⁵.

³⁵ Le CANNU (P.) et DONDERO (B.), *op.cit.*, n° 99, p. 61 et s. CHAVERIAT (A.), COURET (A.), ZABALA (B.), MERCADAL (B.), Memento pratique, Sociétés commerciales, éd., Francis Lefebvre 2014, n° 3400, p. 82 et s. - Cass. civ. 1, 24 octobre 1978, Bull. civ. I, n° 318 ; JCP 1979, éd. G, IV, p. 7.

³⁶ Guyon (Y) : « *Affectio societatis* » JCI Sociétés, Fasc. 20-10, Actualisé par Adrien Mairrot, *op.cit.*, n° 31 ; POUGOUE Paul-Gérard (dir), et al. *Encyclopédie du droit OHADA*, *op.cit.*, n° 73, p. 374.

³⁷ Art. 864 AUSCGIE : « Il y a société créée de fait lorsque deux (2) ou plusieurs personnes physiques ou morales se comportent comme des associés sans avoir constitué entre elles l'une des sociétés reconnues par le présent Acte uniforme. ». Ainsi, selon l'article 868 AUSCGIE « Lorsque l'existence d'une société créée de fait ou d'une société de fait est reconnue par le juge, les règles de la société en nom collectif sont applicables aux associés. ». TCHOTOURIAN (I.), *op.cit.*, n° 684, p. 412 à 416.

³⁸ TCHOTOURIAN (I.), *op.cit.*, n° 11, p. 15. Cass. com. 3 nov.2004, pourvoi n° 02-21637. ; Cass., civ. 1^e, 3 février 2016, 15-14.227.

³⁹ Article 854 AUSCGIE : « La société en participation est celle dans laquelle les associés conviennent qu'elle n'est pas immatriculée au registre du commerce et du crédit mobilier. Elle n'a pas la personnalité morale et n'est pas soumise à publicité. L'existence de la société en participation peut être prouvée par tous moyens » - CA Ouagadougou, Chambre civile et commerciale (Burkina Faso), Arrêt n° 57 du 20 mai 2005, Société togolaise de travaux publics (STTP) c/ SAS sa et SOMDA Jean de Dieu, Ohadata J-09-17.

⁴⁰ Dondero (B.), *Droit des sociétés*, HyperCours, 6^e éd. Dalloz, 2019, n° 74.

⁴¹ Akam (A.A.), Bakreo (V.), *op.cit.*, n° 141, spéc., p. 87 ; Mestre (J.) et Pancrazi (M.-E.), *Droit commercial, Droit interne et aspect de droit international*, 27^e éd. LGDJ - E.J.A., 2006, n° 307.

⁴² *Ibid.*

⁴³ FENEON (A.), « la mésentente entre associés dans les sociétés anonymes Ohada : prévention et mode de règlement » Rev. Penant 848 ; Cozian (M), Viandier (A), Deboissy (F.), *op.cit.* n° 480, p. 264 ; Canin (P.), « La mésentente entre associés, cause de dissolution judiciaire anticipée des sociétés », Dr. sociétés 1998, p. 4.

⁴⁴ GUIDAKRE (B.D), « Le juge et le contrat de Société en droit OHADA, Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat de société face à l'emprise du juge ? » IMJST, ISSN: 2528-9810 Vol. 5 Issue 7, July, 2020, n° 2, p. 1196 et s.

⁴⁵ V. not. DIOUF (M.), *Le contentieux sociétaire en droit OHADA*, Sire OHADA éd., 2021, n° 948, p. 332 et s. ; CHAVERIAT (A.), COURET (A.), ZABALA (B.), MERCADAL (B.), *op.cit.*, n° 3412, p. 83 ; Vidal (D.), *op.cit.*, spéc., n° 85, pp. 57 à 65 ; DARIOSECQ (S.), METAIS (N.), « Les clauses exclusion, solution à la mésentente entre associés », *BJS sept. 1998*, n° JBS-1998-286, p. 908 ; YAV & ASSOCIATES « Au nom de l'Affectio societatis, dissoudre une société ou en exclure l'associé ou l'actionnaire ? » : <https://www.legavox.fr/blog/yav-associates/affectio-societatis-dissoudre-societe-exclure-8790.pdf>: Consulté le 29/10/2022.

Dans les cas extrêmes, la disparition de l'*affectio societatis* entrainerait une paralysie du fonctionnement de la société⁴⁶. C'est seulement à cette condition que la disparition de l'*affectio societatis* justifierait une dissolution de la société pour justes motifs⁴⁷.

Cela dit, faut-il continuer à professer que le défaut d'*affectio societatis* est synonyme de fictivité ?

2- Le défaut d'*affectio societatis*, critère de fictivité de la société

La doctrine soutient que le défaut d'*affectio societatis* permet de caractériser la fictivité d'une société⁴⁸. Pour certains auteurs, deux éléments permettent de caractériser la société fictive⁴⁹. L'absence d'*affectio societatis* chez les associés et le fait pour l'entité-personne morale, de ne pas poursuivre son intérêt propre⁵⁰.

Pour d'autres, le défaut d'une pluralité d'associés (dans les sociétés pluripersonnelles) serait une cause autonome de fictivité⁵¹. Dans cette conception, est fictive la société dans laquelle la pluralité d'associés ne serait qu'apparente, et non réelle. En ce sens, la fictivité résulterait du fait qu'il y a un seul maître d'affaires⁵². Les autres associés étant qualifiés d'hommes ou de femmes de paille et dépourvus de toute *affectio societatis*⁵³. Le défaut d'*affectio societatis* serait

⁴⁶ Cass. Civ. 3^{ème}, 16 mars 2011, 10-15.459, Publié au bulletin 2011, III, n° 42 ; Guyon (Y) : « *Affectio societatis* » JCI Sociétés, Fasc. 20-10, Actualisé par Adrien Mairiot, *op.cit.*, n° 94.

⁴⁷ CCJA, arrêt n° 201 du 29 décembre 2016, Recueil de Jurisprudence de la CCJA, n° 26, juillet-décembre 2016, p. 188 et s. ; sur la nécessité d'une paralysie du fonctionnement de la société (V. not. DIOUF (M.), *op.cit.* n° 1099, p. 382 et s.); Donald (Th.) TOBOSSI (A.), « *L'intervention du juge dans le droit des sociétés commerciales OHADA* » Ohadata D-17-14, p. 26 et s. Cass. civ. 3^e, 17 Nov. 2021 n° 19-13255 ; note Elsa Guégan « *Dissolution pour justes motifs : ne pas confondre dysfonctionnement et paralysie* », BJS -2022, n°02 – p. 29 ; Cozian (M), Viandier (A), Deboissy (F.), *op.cit.*, n° 478, p. 264 et s. ; Le CANNU (P.) et DONDERO (B.), *op.cit.*, n° 103, p. 63 ; Frédéric Teffo, *op.cit.* n° 495, p. 214. La demande de la dissolution pour justes motifs est une action attirée, en ce sens, seul un associé à la qualité pour agir en dissolution pour justes motifs (V. not. art. 200 – 5 AUSCGIE).

⁴⁸ Magnier (V), *Droit des sociétés*, 10^e éd. Dalloz, 2022, n° 81, p. 59 ; TCHOTOURIAN (I.), *op.cit.* n° 137, p. 8 et s.

⁴⁹ Magnier (V), *op.cit.* n° 81, p. 59.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ MERLE (Ph.) et FAUCHON (A), *op.cit.*, n° 62 ; Shyyab (F.), *op.cit.*, n° 186, p.173 ; Mzoughi (Ch.), « *De la fictivité en Droit Qatarien des Sociétés Commerciales* », *International Review of Law, Volume 11, Regular Issue 1*, 2022, p. 277 ; Martin-Serf (A.), « *Consentement des parties, Sociétés fictives et frauduleuses* », JCI. Sociétés Fasc. 7-40 (mise à jour : 18 déc. 2019) n° 21.

⁵² Cass. com., 23 juin 1954 : Bull. civ. III, n° 232 ; RTD com. 1954, p. 874, obs. R. Houin. – Cass. com., 19 avr. 1961 : Bull. civ. III, n° 180. – Cass. com., 18 mars 1963 : Bull. civ. III, n° 159. – Cass. com., 8 févr. 1994 : Rev., sociétés 1995, p. 100, note A. Honorat et A.-M. Romani. – CA Chambéry, ch. com., 18 déc. 2007 : Gaz. proc. coll. 2008, n° 4, p. 42, note F. Reille (cité par Martin-Serf (A.), *op.cit.* n° 21).

⁵³ MOUTHIEU-NJANDEU (M.A), obs. CCJA, arrêt n° 18 du 31 mars 2005, société Afrique construction et financement dite AFRICOF et monsieur Z.c/Société générale de banque en Côte d'Ivoire dite SGBCI, in *Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA*, *op.cit.*, p. 175 et s. sous la direction de POUGOUE (P.-G.), et KUATE TAMEGHE (S.-S) ; Cozian (M), Viandier (A), Deboissy (F.), *op.cit.*, n° 157, p. 84 et s. ; CHAVERIAT (A.), COURET (A.), ZABALA (B.), MERCADAL (B), *op.cit.*, n° 2440, p. 51 et s.; Le CANNU (P.) et DONDERO (B.), *op.cit.*, n° 104, p. 64 ; Martin-Serf (A.), *op.cit.* n° 21 ; Vidal (D.), *op.cit.*, n° 288, p. 143.

alors le critère de la fictivité. A noter que la fictivité relèverait de l'ordre exceptionnel⁵⁴. Et lorsque la fictivité d'une société est retenue par les juges, elle a pour conséquence sa nullité sans rétroactivité⁵⁵.

Cependant, en dehors de *l'affectio societatis*, d'autres critères permettent de caractériser la société fictive⁵⁶. Ainsi, le critère basé sur l'absence d'activité réelle est retenu par la jurisprudence⁵⁷. En plus, le critère de la fictivité de la société varierait selon les cas d'espèce⁵⁸.

D'ailleurs, la consécration de la société d'associé unique met en exergue les limites de la fictivité tirée de la simulation, traduisant un défaut *d'affectio societatis*⁵⁹. Puisque de toute évidence, une société pluripersonnelle peut devenir unipersonnelle⁶⁰ et inversement. Dès lors, ne faut-il pas limiter *l'affectio societatis* aux sociétés dans lesquelles l'unipersonnalité est proscrite. A l'instar des sociétés de personnes caractérisées par un fort sentiment de fraternité entre associés. Même si ces dernières peuvent devenir temporairement unipersonnelles sans être dissoutes automatiquement⁶¹.

En résumé, *l'affectio societatis* (dans les sociétés pluripersonnelles) serait indispensable lors de la création de la société et devrait demeurer autant que dure la société. Il s'ensuit que *l'affectio societatis* permet au juge de vérifier l'existence d'une société pluripersonnelle, sa fictivité, son bon fonctionnement ou l'inverse.

⁵⁴ Shayhab (F), *op.cit.*, n° 183, « (...) la déclaration de fictivité demeure exceptionnelle ; elle suppose la réunion d'un faisceau d'indices concordants. ». - Cass. com., 10 oct. 1953 : S. 1954, I, p. 149, note J. Robert ; JCP CI 1955, 55505. - Cass. com., 2 janv. 1967 : Bull. civ. III, n° 1. - Cass. com., 7 mars 1972, n° 69-13.451 : JurisData n° 1972-097084 ; Rev., sociétés 1973, p. 339, note J.-P. Sortais. - CA Paris, 8 mars 1966 : Bull. Joly 1967, p. 25, § 16. - CA Aix-en-Provence, 7 avr. 1970 : JCP G 1970, II, 16466 ; Rev., sociétés 1971, p. 576, note D. Schmidt. ⁵⁵Cass. com., 16 juin 1992, n° 90-17.237, arrêt Lumale : JurisData n° 1992-001326 ; Bull. civ. IV, n° 243 ; D. 1993, jurispr. p. 508, note L. Collet ; Dr. sociétés 1992, comm. 178, obs. Th. Bonneau ; Bull. Joly 1992, p. 960, § 313 ; - Cass. com., 22 juin 1999, n° 98-13.611 : JurisData n° 1999-002640 ; Dr. sociétés 1999, comm. 143, note Th. Bonneau ; Bull. civ. IV, n° 136 ; D. 1999, IR p. 195 ; D. affaires 1999, p. 1336, obs. M. B. ; D. 2000, somm. p. 234, obs. J.-C. Hallouin ; D. 2000, somm. p. 389, obs. S. Piedelièvre ; RJDA 10/1999, n° 1077 ; JCP E 2000, p. 181, note C. Cutajar ; Rev. sociétés 1999, p. 824, note crit. A. Constantin ; JCP G 2000, II, 10266, note M. Menjucq ; LPA 22 juill. 1999, p. 8, note P.M. ; Bull. Joly 1999, p. 978, § 229, note A. Couret ; Defrénois 1999, art.37061, p. 1195, obs. H. Hovasse ; BRDA 14 /1999, p. 3 ; RTD com. 1999, p. 903, obs. Y. Reinhard.

⁵⁶ CHAVERIAT (A.), COURET (A.), ZABALA (B.), MERCADAL (B.), *op.cit.*, n° 3402, p. 83. Pour ces auteurs, la nullité de la société fictive ne découle pas du défaut *d'affectio societatis* mais d'une « série d'indices distincts de *l'affectio societatis* » ; TCHOTOURIAN (I.), *op.cit.*, n° 405, p. 234 et s.

⁵⁷ Cass. com. 14 juin 2016, n° 14-18671, Bull. Joly, oct. 2016, 593, note Legros (J.-P.).

⁵⁸ Rouast-Bertier (P.), *Société fictive et simulation : Rev., sociétés 1993, n° 141.* - Martin-Serf (A.), *op.cit.* n° 28.

⁵⁹ NEMEDEU (R.), « *Société unipersonnelle du droit OHADA* », in Encyclopédie du droit OHADA, sous la direction de POUGOUE (P.-G.), éd. Lamy, spéc., n° 2, p. 2049 et s.

⁶⁰ *Ibid.*, n° 8 ; Bastian (D.), *La réunion de toutes les actions entre les mains d'une seule personne : Journ., sociétés 1933, p. 65.* Leblond (J.), *De la réunion de toutes les parts ou actions d'une société entre les mains d'une seule personne : RTD com. 1963, p. 417.*

⁶¹ Article 60 AUSCGIE.

Cela dit, dans la société unipersonnelle qui est une société créée ou comprenant un seul et unique associé ou actionnaire ; peut-on parler d'*affectio societatis*.

I- L'AFFECTIO SOCIETATIS DANS LA SOCIÉTÉ UNIPERSONNELLE

Page | 187

Parmi les auteurs, les uns estiment que l'*affectio societatis* n'existe pas dans la société unipersonnelle⁶². Ils en font un mythe⁶³ ou une comédie juridique⁶⁴ dans cette structure. Les autres y voient un vrai enjeu⁶⁵. Ils s'efforcent à l'adapter à la structure unipersonnelle. Dans cette quête d'*affectio societatis* dans la société unipersonnelle, on distingue deux perspectives. D'un côté, la conception originale et minimaliste de l'*affectio societatis* (A). De l'autre, l'émergence d'une culture de « *desaffectio societatis* »⁶⁶ en faveur de critères objectifs de la fictivité, applicable à la société unipersonnelle et pluripersonnelle (B).

A- La conception originale et minimaliste de l'*affectio societatis*

La thèse selon laquelle l'absence d'*affectio societatis* signifierait inexistence de société (société fictive) entraîna une quête d'adaptation de la notion à la société unipersonnelle (2). En ce sens, il a été soutenu, que l'*affectio societatis* aurait un caractère original dans la société unipersonnelle⁶⁷ (1).

1- L'originalité de l'*affectio societatis* dans la société unipersonnelle

Le critère de pluralité d'associés étant fondamental pour caractériser l'*affectio societatis*, du moins, dans sa conception classique. Le professeur Guyon propose, dans le cas de la société unipersonnelle, d'exclure de la définition de l'*affectio societatis*, la *volonté de collaboration*.

Il propose alors de reconnaître à l'*affectio societatis* un caractère original⁶⁸ dans la société unipersonnelle. Ce faisant, l'*affectio societatis* consisterait pour l'associé unique de rechercher une limitation de son obligation au passif⁶⁹. C'est-à-dire la volonté de l'associé unique de ne

⁶² Mestre (J.) et Pancrazi (M.-E.), *op.cit.*, n° 292, p. 233 ; Magnier (V.) *op.cit.*, n° 8, spéc., p.62.

⁶³ Cuisinier (V.), *op.cit.*, n° 539, p. 447. V. aussi, p. 450, où l'auteur préconise de classer la notion parmi « *les faux problèmes* ».

⁶⁴ Shyyab (F.), *op.cit.*, n° 99, p. 95.

⁶⁵ RONDRIGUEZ (K.), « *Réflexion sur la société anonyme unipersonnelle* », Bull. Joly 2006, p. 16 ; PERROT (A), *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée : la société unipersonnelle*, thèse Paris I, 1990, n° 201, p. 216.

⁶⁶ Cuisinier (V.), *op.cit.*, spéc., n° 170, le terme « *desaffectio societatis* » serait emprunté à (Speth (F.), *La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne*, thèse, Liège-Paris 1957, n° 214).

⁶⁷ Guyon (Y.), *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial général et société.*, *op.cit.*, n° 125, p.133.

⁶⁸ *Ibid.*, n° 125, « L'*affectio societatis* a aussi un caractère original dans les sociétés unipersonnelles. Toute volonté de collaboration étant exclue par hypothèse, l'associé ne peut que rechercher une limitation de son obligation au passif » p.133.

⁶⁹ *Ibid.*

pas assumer personnellement, et dans son propre patrimoine, les dettes nées de l'activité exercée par la société unipersonnelle.

Cette conception originale de *l'affectio societatis* nous semble insatisfaisante. Puis que la finalité de l'exploitation d'une entreprise en société est de limiter son obligation au passif⁷⁰. Cependant, elle a ouvert la voie vers une adaptation de la notion à la société unipersonnelle.

En ce sens, des auteurs, bien qu'admettant l'inexistence d'*affectio societatis* dans la société unipersonnelle pour défaut d'une pluralité d'associés, soutiennent que l'associé unique doit avoir un comportement similaire à celui d'un membre d'une personne morale⁷¹. En cela, il doit éviter toute confusion de patrimoines⁷².

Il convient ici de noter que l'absence de confusion de patrimoines n'est pas synonyme d'*affectio societatis*. D'ailleurs, la confusion de patrimoines est une notion autonome⁷³ et distincte de *l'affectio societatis*. En plus, le respect de la séparation des patrimoines est un principe dans toute société-entité personne morale⁷⁴. D'autant plus que la société doit être gérée dans son propre intérêt.

Le défaut de pluralité d'associés a aussi conduit à réduire *l'affectio societatis* à une définition minimaliste et unitaire.

2- La conception minimaliste de *l'affectio societatis* dans la société unipersonnelle

Dans la perspective unitaire et minimaliste, *l'affectio societatis* est vue comme la volonté de constituer une société⁷⁵ ou l'acceptation des risques nés de la création de la société⁷⁶.

Ainsi, en tant que volonté de création d'une société, *l'affectio societatis* consisterait pour l'associé unique de faire vivre la société, d'avoir le comportement d'un membre d'une personne

⁷⁰ NEMEDEU (R.), *op.cit.*, n° 3, p. 2050, La société unipersonnelle a été créée pour permettre à l'associé unique de limiter sa responsabilité aux biens qu'il entend affecter à son exploitation.

⁷¹ MERLE (Ph.) et FAUCHON (A.), *op.cit.*, n° 57.

⁷² *Ibid.*, RONDRIGUEZ (K.), *op.cit.*, p. 16 ; dans le même sens, PERROT (A.), *op.cit.*, n° 201, p. 216.

⁷³ Pour une étude approfondie sur la confusion de patrimoine V. not. Reille (F.), *La notion de confusion des patrimoines, cause d'extension des procédures collectives*, LexisNexis Litec, 2006.

⁷⁴ Cuisinier (V.), *op.cit.*, n° 538, spéc., p. 449.

⁷⁵ Mouthieu-NJANDEU (M.A.), *L'intérêt social en droit des sociétés*, *op.cit.*, n° 332. Pour l'auteur *l'affectio societatis* aurait un rôle négatif dans la société unipersonnelle se traduisant par une disqualification de la société lorsque l'associé unique « aurait poursuivi un autre but que de créer une société (...) l'obtention d'un statut fiscal ou social » ; - Adjoua Marie-Hortense N'TAKPÉ, *op.cit.*, n° 183, p. 192 et s. - SERLOOTEN (P.), MONSERIE (M.-H) et LIBERI (Y.), *Les sociétés unipersonnelles*, éd. Joly 2008, spéc., n° 63, p. 34 ; dans le même sens, SERLOOTEN (P.), « *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* », D. 1985, Chron., p. 187.

⁷⁶ Cujatar-Rivière (C.), *La société écran essai sur sa notion et son régime juridique*, *op.cit.*, p. 135.

morale⁷⁷. Dans cette optique, l'associé unique serait tenu au respect de l'objet social dans sa gestion quotidienne⁷⁸. Il aurait également l'obligation d'éviter toute confusion de patrimoines⁷⁹.

En tant que la volonté d'acceptation des risques inhérents à l'activité entreprise, *l'affectio societatis* serait opérationnelle tant dans la société unipersonnelle que pluripersonnelle⁸⁰. Cette position est défendue par Madame Cujatar-Rivière. Sa proposition consiste, d'une part, à analyser l'acceptation de risque social comme une cause subjective pour justifier *l'affectio societatis*⁸¹ (lors de la création de la société). D'autre part, elle fait de l'obligation de supporter les pertes une cause objective découlant de la loi⁸² (V. not. art. 4 AUSCGIE).

Toutefois, l'acceptation des risques, en tant que critère pour justifier *l'affectio societatis* se distingue difficilement de l'engagement des associés ou de l'associé unique de contribuer aux pertes⁸³. Puis que de toute évidence, en s'engageant à contribuer aux pertes, l'associé unique accepte nécessairement de courir les risques liés à l'activité sociale. Outre, cette conception paraît inopérante pour expliquer les applications pratiques de *l'affectio societatis* au cours de la vie sociale⁸⁴.

Ainsi, par rapport à un arrêt de la Cour de cassation française⁸⁵, M. Viandier note que *l'affectio societatis* serait inexistante lors de la création de la société unipersonnelle. Et n'apparaît qu'au moment où la société devient pluripersonnelle. Il s'ensuit que *l'affectio societatis* suppose la présence d'au moins deux personnes⁸⁶. D'où l'échec de la conception originale, unitaire et minimaliste de *l'affectio societatis* dans la société unipersonnelle.

Cela dit, faut-il abandonner *l'affectio societatis* en faisant table rase des conséquences tirées de la notion latine ?

⁷⁷ SERLOOTEN (P.), MONSERIE (M.-H) et LIBERI (Y.), *Les sociétés unipersonnelles*, *op.cit.*, n° 63.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.* (Cf. notre position sur le respect de la séparation des patrimoines)

⁸⁰ Cujatar-Rivière (C.), *La société écran. Essai sur sa notion et son régime juridique*, *op.cit.*, n° 180, p. 138 ; même auteur, « De l'EURL à la SASU ou du big bang à la transfiguration du concept de société par l'unipersonnalité », *op.cit.*, n° 185, p. 48.

⁸¹ *Ibid.*, n° 181, p. 139.

⁸² *Ibid.*, n° 181, p. 139, selon l'auteur l'obligation de supporter les pertes « doit s'apprécier objectivement et cela ne sera possible qu'après que la société aura fonctionné ».

⁸³ Frédéric Teffo, *op.cit.*, spéc., n° 507, p. 220 et s. ; Le CANNU (P.) et DONDERO (B.), *op.cit.*, n° 142, p. 89.

⁸⁴ Cuisinier (V.) *op.cit.*, n° 249.

⁸⁵ Cass. com. 8 mars 2005, Rev., sociétés 2005, p.817, obs. A. Viandier « promesse de cession de droit sociaux et *affectio societatis* », - Cass. com., 8 mars 2005 : *JurisData* n° 2005-027517, *Bull. Joly* 2005, § 233, p. 979, note T. Massart.

⁸⁶ B. PETIT, *Droit des sociétés*, Litec, 5^e éd., 2010, n° 31, p. 23 ; Dans le même sens, Le CANNU (P.) et DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 3^e éd., 2009, n° 101, p. 62.

B- La quête de nouveaux fondements de fictivité de la société

Certains auteurs estiment que la société unipersonnelle est une fictivité bénie du législateur⁸⁷. Etant donné que l'unipersonnalité d'une société ne constitue plus, en principe, une cause autonome de fictivité. Ce constat a conduit la doctrine à y voir un déclin de *l'affectio societatis*⁸⁸, (1) accompagné d'une quête de nouveaux fondements de fictivité de la société (2).

1- La société unipersonnelle et le déclin de *l'affectio societatis*

Pour une partie de la doctrine, la fictivité de la société déglacée du mécanisme de la simulation, et basée sur le défaut *d'affectio societatis* serait inadaptée⁸⁹. Cela, en raison du foisonnement de la société unipersonnelle, et le besoin des montages juridiques⁹⁰. En ce sens, la conception traditionnelle de la fictivité tirée du défaut *d'affectio societatis* serait une menace pour la sécurité juridique⁹¹.

En outre, émerge au sein de la doctrine, l'idée du maintien de la personne morale même en cas de disparition de *l'affectio societatis* au cours de la vie sociale⁹². Il s'ensuit que le défaut *d'affectio societatis* ne serait plus le critère de la fictivité⁹³. C'est le paroxysme de la *desaffectio societatis*, un rejet pur et simple de *l'affectio societatis*.

⁸⁷ Mzoughi (Ch.), *op.cit.*, p. 279; Martin-Serf (A.), *op.cit.*, n° 13.

⁸⁸ « Il importe simplement d'être lucide et de ne pas méconnaître cette transformation conceptuelle qui s'accomplit sous nos yeux, sous la pression des nécessités économiques. On change les règles, mais par contrecoup les concepts, eux aussi, voient leur contenu modifié (...) si on lie de la sorte la notion de société et celle d'entreprise, on accomplit une petite révolution juridique et les répercussions seront peut-être nombreuses. Par exemple, tant qu'on se demandera – et Dieu sait si la jurisprudence sur les sociétés fictives est abondante – quel est le critère de la société réelle et de la société fictive, ce n'est plus à la notion d'*affectio societatis* qu'on devra se référer c'est simplement à la notion d'unité de production, d'unité de gestion. Pour déterminer si une filiale est réelle ou fictive, pour déterminer si une société est réelle ou fictive – ce qui est très important au stade de la constitution -, on devra s'attacher non pas au contrat, non pas à *l'affectio societatis*, mais à la vérification par les juges de l'existence véritable d'une unité économique, d'une unité de gestion » (*Allocution de BEGUIN (M.) Vœux de la quatrième commission, In, « Le droit des sociétés au service de l'évolution des entreprises » : 64^{ème} Congrès des notaires de France, Royen 1966, P. 235, spéc., p. 242*) cité par Shyyab (F.), *op.cit.*, p. 174. – Sur la substitution de la théorie d'unité économique à celle des sociétés fictives, V. not. RAAD (N.-F) *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, éd. LGDJ. 1991, n° 160, p. 153.

⁸⁹ ROUAST-BERTIER (P.), « *société fictive et simulation* » : Rev., sociétés 1993, p. 725 : « la notion d'*affectio societatis*, notion psychologique au contenu mouvant autant qu'incertain, ne paraît guère en mesure de constituer un critère de la fictivité des sociétés procurant aux agents économiques (et en particulier aux créanciers comme aux associés des sociétés en cause) le minimum de sécurité juridiques requises ».

⁹⁰ *Ibid.*, n° 13, p. 732 : « l'assimilation du défaut de *l'affectio societatis* (c'est-à-dire, l'absence d'une réelle dimension contractuelle) à la fictivité d'une société conduirait logiquement à qualifier de fictive toutes les sociétés qui sont filiales à presque 100% d'une société mère. » ; MORTIER (R.), « *Des sociétés unipersonnelles conçues pour faire des ravages* », Droit des sociétés n° 6, Juin 2014, repère 6 ; GUENBOUR (S.), « *La société unipersonnelle : une création révolutionnaire en droit des sociétés* », International Social Sciences & Management Journal, ISSM, 04/2021, p. 15 ; Cozian (M), Viandier (A), Deboissy (F.), *op.cit.*, n° 505, sur « la mise en sommeil des sociétés », qui seraient des sociétés économiquement mortes mais juridiquement vivantes.

⁹¹ *Ibid.*, n° 14, p. 735.

⁹² Cuisinier (V) *op.cit.*, n° 170, p. 140 ; Le CANNU (P.) et DONDERO (B.), *op.cit.*, n° 103, p. 63 ; CHAVERIAT (A.), COURET (A.), ZABALA (B.), MERCADAL (B.), *op.cit.*, n° 3402, p. 82.

⁹³ *Ibid.*

Ainsi, le critère de la fictivité de la société se voit détacher de *l'affectio societatis* et de la simulation en faveur de critères plus objectifs et fonctionnels⁹⁴.

2- La fictivité de la société rattachée à des critères objectifs et fonctionnels

La fictivité de la société se voit désormais détachée de *l'affectio societatis* et rattachée à des critères objectifs et fonctionnels. Ainsi, pour abandonner *l'affectio societatis* et la simulation comme critère de fictivité de la société, deux hypothèses sont émises par rapport à la notion de simulation. Une restrictive, l'autre extensive. En ce sens, fait-on observer qu'il y a une conception technique, étroite de la simulation⁹⁵ ; et une plus large⁹⁶, caractérisée par une fausse apparence⁹⁷.

Ainsi, dans l'approche restrictive, doit être rejetée toute idée de simulation dans l'acte unilatéral (acte fondateur de la société unipersonnelle). Puis que, la simulation serait rattachée à la force obligatoire du contrat⁹⁸. Or, l'acte unilatéral est l'œuvre d'une seule personne.

Par contre, dans la conception extensive, la simulation dans l'acte unilatéral serait admise⁹⁹. Cette thèse est basée sur le mobile de l'associé unique, sa volonté déclarée¹⁰⁰. Dans cette perspective, la simulation ne résulterait pas de l'intention simulée ou cachée de l'associé unique ; mais le fait pour lui d'avoir, au vu et au su des tiers, confondu son patrimoine personnel avec le patrimoine social¹⁰¹. La simulation serait donc caractérisée par l'usage d'une société à

⁹⁴ Rouast-Bertier (p.) *op.cit.*, p. 725 ; Cuisinier (V) *op.cit.*, n° 171 ; Shyyab (F.), *op.cit.*, p. 177.

⁹⁵ Legros (J.-P), *op.cit.*, n° 66. La conception technique de la simulation suppose l'existence d'une contre-lettre qui paralyse ou modifie les effets de l'acte ostensible.

⁹⁶ Vidal (M. et Legros (J.-P), *op.cit.*, n° 63.

⁹⁷ Dagot (M.), *La simulation en droit privé*, LGDJ, 1967, n° 26 s. ; Legros (J.-P), *op.cit.*, n° 62.

⁹⁸ Legros (J.-P), *op.cit.*, n° 67 ; TCHOTOURIAN (I.), *op.cit.*, n° 378.

⁹⁹ JOSSERAND (L.), « *Les mobiles dans les actes juridiques de droit privé*, Paris, Dalloz, in « Essai de téléologie juridique » II, 1928, n° 192, p. 240 ; - Martin-Serf (A.), *op.cit.*, n° 14, l'auteur insiste sur la simulation dans la société unipersonnelle : « il ne faut pas écarter l'éventualité d'une EURL ou d'une SASU simulée (V. par ex., Cass. com., 2 juill. 2013, n° 12-23.743 : BJS 2003, p. 665, note I. Parachkévova : fictivité de l'EURL et dans la même affaire extension de procédure au conjoint du fait des relations financières anormales. – CA Paris, 3e ch. A, 13 juill. 1993 : D. 1993, somm. p. 368, obs. A. Honorat ; Rev., sociétés 1993, p. 874, note A. Honorat ; Bull. Joly 1993, p. 1250, § 375, note Le Nabasque (H.).

¹⁰⁰ Selon Le NABASQUE (H.), « la fictivité de l'EURL [société unipersonnelle] dépend exclusivement de la sincérité et de la consistance de l'acte unilatéral qui a pu l'instituer ; manière de dire que sa preuve dépend, logiquement, de l'analyse du seul comportement du maître de l'affaire (s'il est associé) » ; H. Le NABASQUE, note sous CA Paris, 13 juillet 1993, p. 1255. Ainsi, lorsque l'associé unique par son acte unilatéral (art. 5 AUSCGIE), manifeste sa volonté d'instituer une activité autonome et un patrimoine autonome. Il ne peut donc vouloir, en même temps, une chose et son contraire. Il pourrait néanmoins, « essayer de tromper son monde » (Shyyab (F.), *op.cit.*, p. 175).

¹⁰¹ Martin-Serf (A.), *op.cit.*, n° 14.

main unique de façade, destinée à masquer une affectation de patrimoine qui n'existe pas en réalité¹⁰².

Il s'ensuit que la société est une entreprise personnifiée¹⁰³ caractérisée par une activité autonome avec un patrimoine propre¹⁰⁴. Ainsi, le critère de la réalité de la société unipersonnelle ne réside pas dans *l'affectio societatis*. Mais il réside dans l'existence d'une autonomie d'activité et de patrimoine. Dans cette perspective, la fictivité de la société unipersonnelle est tirée de la confusion d'activités et de patrimoines¹⁰⁵.

Cette situation a conduit certains auteurs à distinguer la simulation et la fictivité¹⁰⁶. En ce sens, la fictivité de la société unipersonnelle résulterait du défaut d'activité réelle ou autonome et détachée de la personne de l'associé unique¹⁰⁷. Il s'agirait alors d'une fictivité par abus de la personnalité morale¹⁰⁸. Il en résulte une « fictivité économique »¹⁰⁹ par opposition à la « fictivité juridique »¹¹⁰.

¹⁰² *Ibid.* TCHOTOURIAN (I.), *op.cit.*, n° 414, p. 339 ; Shyyab (F.), *op.cit.*, spéc., n° 196 ; Vidal (D.), *op.cit.*, n° 287, p. 143 ; Le Cannu (P.), « L'EURL et les procédures collectives » : Bull. Joly 1986, p. 895 ; Maubru (B.), « Abus de droit et fictivité des sociétés à l'épreuve de l'EURL », JCP N 1986, I, 435.

¹⁰³ PAILLUSSEAU (J.), « Les fondements du droit moderne des sociétés », JCP N, n° 27, 5 Juillet 1985, 100740, n° 51 ; du même auteur, « Mais qu'est-ce que la personnalité morale ? », JCP E, n° 19, 9 Mai 2019, 1224.

¹⁰⁴ Vidal (D.) *op.cit.*, n° 139, p. 79.

¹⁰⁵ Rouast-Bertier (p.) *op.cit.*, n° 15 ; Cuisinier (V.) *op.cit.* p. 140 ; MAUBRU (B.), *op.cit.*, spéc., n° 5., pp. 435 à 436 ; dans le même sens, Le CANNU (P.), « L'EURL et les procédures collectives », Bull. Joly, 1986, p. 895 ; BAILLY-MASSON (C.), « La fictivité, une épée de Damoclès disparue ? », Petites affiches 24 janvier 2000, n° 16., p. 4 ; GISSEROT (F.), « La confusion des patrimoines est-elle une source autonome d'extension de la faillite », RTD com., 1979, p. 49.

¹⁰⁶ Cuisinier (V.) *op.cit.*, n° 171, p. 140.

¹⁰⁷ COMMANGES, « Le dangereux paradoxe de la nullité des sociétés fictives » Bull. Joly 2003, § 2, p. 12.

¹⁰⁸ DAIGRE (J.-J.), « Société fictive », Rép. Société Dalloz, 1999, n° 17 et s. – Cass. com. 21 novembre 1995, JCP éd. E, 1996, II, 852, « Notion de société fictive et extension du redressement judiciaire aux associés » - Comm. DAIGRE (J.-J.), La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 37, 12 Septembre 1996, 852 ; Cass. com., 21 novembre 1995 ; Mme Labesse c/ Pavec, ès qual. et a. [arrêt n° 1932 D] ; dans ses commentaires l'auteur insiste sur l'évolution de la notion de fictivité dans le cadre de cet arrêt : « le reproche fait au montage soumis à l'appréciation de la Cour de Paris et de la Cour de cassation n'était pas sa fictivité au sens où tous les éléments du contrat de société étaient réunis au jour de la constitution de la SNC, mais son caractère abusif, au sens où la personnalité morale de la société née de l'immatriculation avait été artificiellement créée et abusivement mise au service personnel des associés (...) Une société qui, financièrement, est sous la dépendance totale d'une autre activité et qui, contrairement à son objet social, n'a pas d'activité économique réelle, faute d'activité autonome et d'exploitation effective, est fictive ». Nous soulignons que cette vision a fait l'objet de critiques (V. not. Shyyab (F.), *op.cit.*, spéc., n° 193) cet auteur y voit un risque de confusion entre fictivité et abus de personnalité morale. Il reconnaît cependant, que la société fictive est incluse dans « l'abus de la personnalité morale » qui est une notion plus large et globalisante, comprenant plusieurs éléments : confusion de patrimoines, l'abus de pouvoir... (Pour une étude approfondie sur « l'abus de la personnalité morale », Voir RAAD (N.-F) *op.cit.*)

¹⁰⁹ *Ibid.*, n° 17, p. 4.

¹¹⁰ *Ibid.*, n° 7. La fictivité juridique correspond à la forme traditionnelle de fictivité fondée sur le contrat de société et ses éléments constitutifs. Il s'agit d'une fictivité de constitution se traduisant par l'absence de l'un ou de plusieurs des éléments constitutifs du contrat de société, de laquelle se déduit l'absence d'*affectio societatis*, critère ou vice fondant la fictivité. Alors que la fictivité économique se manifeste au cours de la vie sociale par un abus de la personnalité morale (V. not. Cuisinier (V.) *op.cit.*, note 566).

Malgré la démarche logique adoptée pour induire la fictivité de la société unipersonnelle. Il semble judicieux, de prendre en considération les cas dans lesquels la simulation et *l'affectio societatis* (conception classique) permettent d'induire la fictivité d'une société. Dès lors, l'on pourrait évoquer la fictivité économique en présence d'une société unipersonnelle, par opposition à la fictivité juridique dans les cas où l'unipersonnalité est proscrite.

En résumé, les partisans de la *desaffectio societatis*, adoptent une conception fonctionnelle de la fictivité. Ils prônent un détachement de la fictivité des notions de simulation et d'*affectio societatis* en faveur de critères objectifs et fonctionnels. L'approche fonctionnelle de la fictivité semble justifiée autant dans les sociétés unipersonnelles que pluripersonnelles.

Conclusion

Au terme de cette étude, il ressort que *l'affectio societatis* ne peut être niée lors de la création de sociétés pluripersonnelles, de même que son rôle pour établir la réalité d'une société occulte. Toutefois, l'importance de *l'affectio societatis* semble réduite dans les sociétés pluripersonnelles. Elle est variable selon le type de société pluripersonnelle et l'attitude des associés. En plus, la disparition de *l'affectio societatis* dans les sociétés pluripersonnelles au cours de la vie sociale, ne suffit plus à elle seule pour justifier une dissolution pour juste motif¹¹¹.

En revanche, la mise à l'épreuve de *l'affectio societatis* dans la société unipersonnelle met nettement en lumière ses limites. La notion perd son sens, et toute utilité pratique. En un mot, elle n'apporte rien dans cette structure, elle est inopérante. *L'affectio societatis* semble endormie dans la société unipersonnelle, et ne se réveille qu'au moment où celle-ci devient pluripersonnelle.

Enfin, les conséquences tirées du défaut d'*affectio societatis* sont amenuisées dans les sociétés pluripersonnelles qui peuvent devenir unipersonnelle. De même, et surtout, le critère de la fictivité se voit, sous l'empire de la société unipersonnelle, détaché de *l'affectio societatis* au profit de la confusion d'activités et de patrimoines.

Il en résulte une émergence de la fictivité économique, fondée sur des critères objectifs et fonctionnels, applicables à la société unipersonnelle et pluripersonnelle. Et il y a, à côté, la

¹¹¹ Cass. 3e civ., 16 mars 2011, n° 10-15.459, FS-P+B, Lefebvre c/ SCI LAJG : JurisData n° 2011-003904 ; Obs. COQUELET (M.-L), *Mésentente : la disparition de l'affectio societatis n'est pas une cause autonome de dissolution pour juste motif ; Droit des sociétés n° 6, Juin 2011, comm. 106.- Cass. 3e civ., 25 janv. 2018, no 17-10353, SCI Auyblon, F-D ; Obs. Dalmau (R.), La disparition de l'affectio societatis n'est pas à elle seule une cause de dissolution, BJS avril 2018, n° 118j7, p. 210.*

fictivité juridique, basée sur *l'affectio societatis*, l'idée du contrat de société et de pluralité d'associés.



R.I.D.S.P

REVUE INTERNATIONALE DE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE

Une revue mensuelle dédiée à la recherche approfondie

