

*

* *

LA RECHERCHE ÉPERDUE DE L'*AFFECTIO* :

LA TORTUEUSE NAISSANCE D'UNE SOCIÉTÉ

Adrien PRADELS¹ | 7 septembre 2026

* *

*

§1. « Il est de certaines notions juridiques comme des bibelots qui nous entourent : une impression de déjà vu, de désuet. Le “souvenir de famille”, le “bon père de famille”, l’ “*affectio societatis*”, autant de concepts qui gravitent dans l’univers juridique, soulevant la question de leur utilité² ». Or, Anne MARMISSE D’ABBADIE D’ARRAST nous invite à un dépassement des préjugés³ à l’encontre de cette norme prétorienne, décrivant cette notion comme une illustration parfaite de la « synergie entre [...] théorie et application pratique⁴ ». Par conséquent, cette « expression d’une volonté spécifique⁵ » vise un but précis - à savoir la construction d’une œuvre commune, la société -, étant aussi nécessaire qu’omniprésente au sein de la vie sociétaire⁶. Sans la présence d’une *affectio societatis*, la société, sans se fonder sur un intérêt social, ne saurait être constituée valablement ; la question de sa nullité s’adressant ainsi. L’arrêt rendu par la chambre de commerce de la Cour de cassation le 3 mars 2021 se penche sur cette problématique, apportant un éclairage bienvenu quant à la validité d’une promesse de société ne satisfaisant pas cette volonté de collaboration commune⁷.

¹ EUROPEAN SCHOOL OF LAW & JOURNAL DE L’ÉCOLE EUROPÉENNE DE DROIT (JEED), ADRIEN . PRADELS@GMAIL . COM, [LINKEDIN](#). *Le JEED est un mensuel de géopolitique internationale multilingue. Il a pour objectif de promouvoir les doubles diplômes internationaux et les licences bilingues de l’European School of Law, implantée au sein de l’École de droit de l’université Toulouse Capitole. Le droit de l’Union européenne institue, quant à lui, une grille de lecture commune aux sujets traités.*

² A. MARMISSE D’ABBADIE D’ARRAST, « L’*affectio societatis*, pour le maintien d’un concept fonctionnel », *Rev. Sociétés*, 2020, p. 212.

³ J.-F. BARBIÈRI, Retour sur l’*affectio societatis*, une intention mal aimée, *Mél. P. Serlooten*, Dalloz, p. 286.

⁴ A. LAQUIÈZE, « Remarques sur une notion multiforme et fonctionnelle : l’indépendance des législations et des procédures dans la jurisprudence administrative », *Rev. adm.* 199, n° 308/309, p. 150.

⁵ A. MARMISSE D’ABBADIE D’ARRAST, *op. cit.*, p. 212.

⁶ J.-M. DE BERMOND DE VAULX, « Le spectre de l’*affectio societatis* », *JCP* 1994 ; D. GALLOIS-COCHER, « Encore l’*affectio societatis* », 2013.

⁷ Cass. com., 3 mars 2021, n° 19-10.693, *Rev. Sociétés* 2021. 430, note J. DELVALLÉE.

§1. En l'espèce, un gérant d'une société entre en pourparlers avec une autre société, représentée par son gestionnaire majoritaire. Ces derniers constituent par la suite une promesse de société, afin de créer deux sociétés⁸, destinées à l'acquisition puis à l'exploitation de biens immobiliers. Néanmoins, ledit gérant décide en fin de compte de ne pas donner suite au projet, n'honorant donc pas la promesse de société réalisée en amont. En réaction, la société de l'actionnaire majoritaire ainsi qu'une société tierce décident d'assigner en responsabilité le gérant et sa société.

§2. Suite à une décision en première instance, la juridiction de seconde instance saisie décide de débouter les demandes de dommages et intérêts, en retenant la nullité de la promesse de société, du fait d'une absence de communauté de vue vis-à-vis de l'objet social, démontrant un manque d'*affectedio societatis*. Les sociétés déboutées se pourvoient alors en cassation. Les parties déboutées invoquent d'une part les démarches entreprises tendant vers la constitution de futures sociétés (*détermination de la forme sociale, précision de l'importance des apports respectifs*). Ces derniers mettent notamment en avant l'acquisition de biens immeubles pour un usage de salles de vente comme prouvant la constitution d'un objet social, et qu'*a contrario*, les parties adverses auraient soutenu de mauvaise foi que cet emploi était contraire à l'objet social poursuivi.

§3. En conséquence, la Haute juridiction a dû se demander si l'absence de volonté commune de collaborer à cause de la mésentente des parties, qualifiant un défaut d'*affectedio societatis*, pouvait entraîner la nullité d'un contrat de société, malgré leurs attitudes proactives ?

§4. La chambre commerciale de la Cour de cassation répond par l'affirmative, dans un arrêt de rejet du 3 mars 2021, rejetant le pourvoi formé en considérant que la cour d'appel a légalement justifié son refus des demandes en dommages et intérêts. Si la Cour de cassation estime que le gérant de la société défenderesse au pourvoi n'a pas manqué à son devoir d'information au cours des négociations, notamment en communiquant à l'autre partie l'évolution de l'acquisition des locaux de la future société, et que la société demanderesse au pourvoi a également satisfait ses obligations en versant une partie du dépôt de garantie, elle retient cependant que la preuve de l'établissement d'une communauté de vues n'est pas rapportée. En effet, la Cour retient que les échanges menés entre les parties démontrent une absence de consensus quant à la constitution précise d'un objet social des futures sociétés, sans pour autant attester de la mauvaise foi de l'une des parties. De ce fait, la Haute juridiction rejette l'hypothèse d'une violation fautive de la promesse, et confirme un manque de clarification mutuelle, n'incarnant pas une « volonté non équivoque

⁸ L'une sera établie entre le gérant et la société tierce, tandis que l'autre sera composée de cette société nouvellement formée ainsi que de la société du gérant en question.

de tous les associés de collaborer ensemble et sur un pied d'égalité à la poursuite de l'œuvre commune, constituant l'objet de la société en vue de tirer profit de celle-ci », soit un manque d'*affectio societatis*. Or, sans cet élément essentiel quant à la preuve du consentement des associés, la société ne saurait être constituée valablement ; la promesse de société est donc considérée comme nulle.

§5. Afin de frapper cette promesse de nullité, l'implication effective des parties sans constituer une communauté de vue est soulignée, démontrant un défaut d'*affectio societatis*, **(I)**, afin de prouver que la psyché individuellement cloisonnée des parties, en ne permettant pas la construction du projet commun des sociétés futures, a vidé ladite promesse de sa substance **(II)**.

I. Une collaboration proactive sans finalité commune : une *societatis* en manque d'*affectio*

§6. La constitution d'une société valide, outre les considérations relatives au droit commun du contrat, se caractérise par le respect de dispositions spéciales du droit des sociétés, dont fait partie l'existence d'une volonté commune de collaborer également vers un but similaire : l'*affectio societatis*. Cette dernière notion peut sembler usitée à certains égards⁹, puisque s'il ne s'agit que de l'*intention de s'associer*¹⁰. De ce fait, il est possible d'y voir un concept superflu, étant implicitement dégagé avec l'accord des parties de participer aux bénéfices comme aux pertes¹¹. Cependant, l'*affectio societatis* ne se limite pas à une productivité économique, en nécessitant l'établissement d'un intérêt social entre les futurs associés. Il convient en outre de distinguer une absence de l'*affectio societatis*, qui serait due à la mauvaise foi ou à la mésestimation des parties d'un manque de cet élément résultant de volontés dissidentes entre les parties. Il s'ensuit qu'afin de caractériser le défaut de communauté de vues entre les parties **(B)**, il convient d'examiner la nature des démarches diligemment entreprises en vue de la constitution des futures sociétés **(A)**.

A. Une constatation formelle d'une *societatis* effective

§7. En établissant que le gérant de la société défenderesse au pourvoi « tenait au courant de l'avancement de ses démarches en vue de l'acquisition des biens immobiliers que les futures sociétés devaient exploiter, que la société [demanderesse au pourvoi] avait versé la moitié du dépôt de garantie et qu'un rendez-vous

⁹ P. SERLOOTEN, « L'*affectio societatis*, une notion à revisiter », *Mél. Y. GUYON*, Dalloz, p. 1007s.

¹⁰ La circulaire du ministère de la justice relative au vocabulaire juridique du 15 septembre 1977 précise ainsi que « Le code civil n'emploie aucune expression latine. Le législateur les évite lui aussi. Leur exemple doit être suivi d'autant mieux qu'elles peuvent toutes être remplacées par des expressions françaises sans perdre de leur valeur. La commission propose quelques exemples de traduction ; elle souhaite que chacun s'efforce de les améliorer », où l'*affectio societatis* est traduit par « l'intention de s'associer » (Journal Officiel, 24 sept. 1977, p. 677).

¹¹ B. DONDERO, *Droit des sociétés*, Dalloz, coll. « Hypercours », 9e éd., 2025.

avait été organisé chez le notaire pour discuter des statuts des sociétés dont la création était envisagée », et que « la preuve n'est pas rapportée d'un échange entre les parties sur leurs projets respectifs concernant la destination des biens immobiliers concernés, ni sur les modalités pratiques de leur occupation respective », les parties ont certes fait preuve de diligence, sans toutefois assurer un objet social clair et commun. L'usage des biens immeubles acquis - l'apport en nature principal - ne fut pas explicitement précisé entre les parties, ou du moins, le juge constate l'absence de preuves tangibles motivant une opinion contraire.

§8. Cette précision trouve son intérêt par rapport à la nature ambivalente de la société, devant obéir, entre autres conditions de validité, aux exigences du droit commun, dont le consentement libre et éclairé fait partie. En l'occurrence, il faut opérer une distinction entre le contrat de société et la promesse de société. En effet, les associés signant une promesse se mettent d'accord sur le principe de collaborer entre eux afin de constituer une société future en arrêtant les éléments essentiels de celle-ci (forme juridique, capital social, objet social, répartition des droits sociaux), sans pour autant créer une société. L'*affectio societatis* nécessite donc ce critère effectif afin de distinguer la société d'autres formes de contrats, tels que les prêts ou le mandat de travail, dépassant donc une simple volonté de production économique. Néanmoins, cette obligation de collaboration connaît une portée variable : en effet, ce « “coude à coude” - sinon le corps à corps - entre associés [...] peut finir en dos à dos¹² ». Autrement, et c'est une des limites de cette notion, la volonté de collaborer peut s'atténuer comme s'accroître au cours de la vie sociale, la participation effective aux affaires sociales ne pouvant donc être l'objet d'un engagement sanctionné au titre de la disparition de l'*affectio societatis*¹³.

§9. *La démonstration de cette attitude proactive évite ainsi aux parties la sanction d'une violation du devoir d'information, de loyauté ou de bonne foi, et permet dans le même temps la confirmation du défaut d'une communauté de vue.*

B. Une démonstration explicite de l'absence d'une communauté de vues

§10. En retenant par la suite que « le contenu du courriel [de la société défenderesse] démontre son ignorance des projets de [la société demanderesse] ainsi qu'une absence de communauté de vue sur l'usage de ces biens », « faisant ressortir que les parties ne s'étaient pas entendues sur l'objet des sociétés qu'elles envisageaient de constituer [et sur quoi] les biens à acquérir devaient servir à réaliser », il est démontré qu'un objet social mutuel ne fut pas dégagé. Cette précision est des plus notables, en ce qu'elle

¹² M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 33 éd., 2025.

¹³ Cass. com., 19 sept. 2006, n° 03-19.416, *Dr. sociétés* 2007, n° 42, obs. H. Lécuyer.

explicite non pas la *disparition* d'intérêts des parties quant à la constitution de sociétés, mais bien un défaut de but commun poursuivi.

§11. Cette ambivalence entre le caractère formel du contrat et l'enregistrement matériel de la volonté se trouve à l'article 1832 du Code civil : « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie [...] ». L'article 1833 du même Code précise en outre que « Toute société doit [...] être constituée dans l'intérêt commun des associés. La société est gérée dans son intérêt social [...] ». En somme, cet *intérêt social* tiers est supérieur à ceux des associés, individuels ; dès lors, au-delà d'une exigence légale, ce principe incarne une étoile du berger, guidant et structurant la vie sociale. Il est donc logique que l'*affectio societatis*, preuve de l'existence de ce même *intérêt*, soit réputé comme un « régulateur de la vie sociétaire », qui « irrigue la vie de l'associé et l'encadrement de la société¹⁴ ». Cette notion agit donc en tant que preuve de la réalité du consentement des associés à prendre part au pacte social, la force obligatoire s'en dégageant caractérise dès lors un « consentement à intention particulière¹⁵ ».

§12. Ces considérations doctrinales sont confirmées par la jurisprudence, précisant que les associés puissent collaborer de façon effective - active ou non -, mais d'égale manière, dans la vue d'un but commun¹⁶. Par conséquent, la volonté de travailler ne peut se suffire à elle-même, et nécessite la poursuite d'une finalité commune : cette *intention participative* est propre au contrat de société¹⁷. L'objet social, soit l'ensemble des activités économiques que les associés se proposent de réaliser dans le cadre sociétaire, est un indice permettant l'objectivation de l'intérêt social. En l'occurrence, il n'avait pas été convenu de façon mutuelle entre les parties, ce qui légitime l'hypothèse d'un intérêt social inexistant. La Haute juridiction se montre par ailleurs exigeante sur son contenu : pour que l'objet social soit reconnu, il faut que les parties se soient accordées sur les modalités concrètes de l'exploitation de la société afin de le satisfaire, par exemple vis-à-vis de l'usage final et à long terme des biens, et non sur un vague projet immobilier¹⁸. Or, il s'agit précisément d'une problématique rencontrée en l'occurrence, la destination des biens immobiliers acquis divergeant selon les parties - *ab initio*, devant constituer des salles de ventes -, l'une d'entre elles invoquant même la mauvaise foi de la partie adverse.

¹⁴ A. MARMISSE D'ABBADIE D'ARRAST, « L'*affectio societatis*, pour le maintien d'un concept fonctionnel », *Rev. Sociétés*, 2020, p. 212.

¹⁵ N. REBOUL, « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis* », *Rev. Sociétés* 2000. 425.

¹⁶ « la volonté de collaborer sur un pied d'égalité à la réalisation d'un projet commun », Cass. com., 3 juin 1986, *Bull. civ.* IV, n° 116 ; *Rev. Sociétés* 1986. 585, note Y. GUYON.

¹⁷ « une intention de collaborer sur un pied d'égalité à la réalisation d'un projet commun », Cass. com., 23 juin 2004, *Rev. Sociétés* 2005. 131, note F.-X. LUCAS.

¹⁸ Cass. com., 9 mars 2022, n° 20-14.773.

§13. Il s'ensuit que si la productivité économique seule ne caractérise pas l'*affectio societatis*, le simple intérêt financier non plus : l'intention psychologique de s'unir au sein de la collaboration est nécessaire¹⁹, notamment dans une perspective d'égalité entre les associés.

II. Un dépassement de la nature psychique : une modernisation méliorative de l'*affectio societatis*

§14. « “Quand les mystères sont très malins, ils se cachent dans la lumière” disait GIONO. L'*affectio societatis* est une notion mystérieuse qui se cache en pleine lumière, celle des manuels de droit des sociétés, des amphithéâtres et des prétoires²⁰ ». En effet, la mouvance de ce concept en raison de la forme sociale choisie - tant dissuasive pour une société fictive que superficielle pour une société unipersonnelle - rend sa caractérisation délicate. Pourtant, l'*affectio societatis* permet la sauvegarde de l'intérêt social par la concrétisation absolue de la psyché des parties (A), tout en incarnant un puissant outil prétorien d'assainissement du milieu sociétal, frappant de nullité un contrat constitué en son absence (B).

A. Une notion séculaire redéfinie entre puissance annihilatrice et force créatrice

§15. De l' « absence [de] volonté de collaborer ensemble et sur un pied d'égalité²¹ à une œuvre commune » fut déduite « l'absence d'*affectio societatis* ». En d'autres termes, cette notion nécessite bien une intention des parties, qui dans le cas présent, est élargie vers une collaboration mutuelle, égale, en vue d'un intérêt commun. Dès lors, l'*affectio societatis* s'adapte au droit contemporain, le simple désir des parties ne suffisant plus à caractériser leur consentement explicite : leur psyché doit se moduler et tendre vers la consécration d'un intérêt social, d'une communauté de vues.

§16. Il convient de revenir sur la sémantique de l'*affectio societatis*, à savoir « l'intention des parties de s'associer, une chose mise en commun et la participation aux bénéfices et aux pertes de l'entreprise²² ». Cette adaptation est en l'espèce bienvenue, les deux parties ayant fait preuve, diligemment, de leur intention de s'associer. En outre, si ce concept s'inscrit dans l'établissement d'un intérêt social tiers de celui des parties, il n'intègre pas pour autant les mobiles personnels des parties. Par conséquent, quels que

¹⁹ Cass. com., 19 fév. 1990, n° 89-16.590.

²⁰ V. CUISINIER, *L'affectio societatis*, LexisNexis, coll. « Fédération Nationale pour le Droit de l'Entreprise », 2008.

²¹ Cette situation d'égalité entre les parties s'oppose au lien de subordination du contrat de travail, l'*affectio societatis* faisant donc du contrat de société un contrat spécial. La recherche de sa preuve est ainsi des plus importantes, en permettant la qualification effective de la promesse de société.

²² Req., 8 janv. 1872, *Journ. Trib. Comm.*, t. 21, 1872, p. 583 s. La chambre commerciale conserve cette définition au fil des arrêts, en l'affinant progressivement : « 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 » (Cass. com., *op. cit.*, 3 juin 1986) ; « une intention de collaborer sur un pied d'égalité à la réalisation d'un projet commun » (Cass. com., *op. cit.*, 23 juin 2004).

soient les motifs ou des désirs des futurs associés (les mobiles des époux notamment²³), il suffit d'identifier ce consentement afin de caractériser l'*affectio societatis*²⁴. Pour autant, un manque crucial de cohésion de leurs actions respectives fut souligné, ce qui ne permit pas une expression d'un consentement éclairé vis-à-vis de la constitution de futures sociétés. Cette nuance est corroborée par le rôle de taille de l'*affectio societatis* dans l'annihilation des sociétés fictives : ce type de société ayant été constituée, généralement, dans une optique de fraude, ne dispose pas de cette notion de manière consubstantielle. Pour autant, des buts communs tels que l'évasion fiscale ou encore le blanchiment d'argent sont recherchés, via une collaboration effective comme pour le cas en l'espèce. Cependant, l'intérêt social en question ne conduit pas à la constitution d'une future société valide, celle-ci constituant une coquille vide. Dénuée de tout consentement de ses pseudo-associés, elle pourra être frappée de nullité²⁵.

§17. *A contrario*, l'*affectio societatis* présente également une force créatrice, notamment par la reconnaissance d'une société créée de fait²⁶. Cette notion, si décriée, consacre alors une véritable fiction juridique, et via une extraordinaire autosuffisance, devient prépondérante sur les autres éléments formels légalement nécessaires. De ce fait, l'adoption d'un comportement correspondant aux éléments constitutifs du pacte social²⁷ - en tant que dirigeant²⁸ ou commerçant de fait - permet la reconnaissance de la société sur le plan juridique²⁹. Dans le cas des sociétés créées de fait, l'*intention* inhérente suffit, se traduisant de façon pratique via des apports numéraires, en industrie et en nature (main d'œuvre, mise en communs de biens), un partage des bénéfices et une contribution aux pertes. Ladite société est donc créée *malgré la volonté* des individus, ce qui suppose une décision effective, conforme à une intention. Cette dichotomie illustre le cas en l'espèce : l'effectivité ne peut prévaloir sur le souhait intrinsèque de l'individu. Ou encore, concernant les sociétés unipersonnelles, il est délicat de mettre en avant une *societatis* notable. En revanche, l'*affectio* - ici, l'intention de participer *seul* à un contrat de société - est marquée d'une intensité

²³ Cass. com., 21 sept. 2022, n° 19-26.203 : *BJS* janv. 2023, p. 31, note E. NAUDIN.

²⁴ Cass. com., 10 fév. 1998 : *BJS* 1998, p. 767, note J.-J. DAIGRE.

²⁵ Cass. com., 2 janv. 1967 : *RTD*, p. 862, obs. R. HOUIN.

²⁶ La banque n'a pas, sauf anomalie apparente, à s'immiscer dans les affaires de son client : pour des paiements en carte bancaire : Cass. com., 1er juill. 2003, n° 00-18.650 ; pour des chèques : Cass. com., 30 oct. 1984, n° 83-12.997 et Cass. com., 9 févr. 2016, n° 14-22.576 ; pour des virements : Cass. com., 4 nov. 2021, n° 19-23.368.

²⁷ Un associé ne peut prétendre être salarié de l'autre tout en étant sur un pied d'égalité d'une entreprise commune, les ingrédients de la société ayant été réunis en amont, Ca. Paris, 23 mars 2017, n° 15 / 17091 : *RJDA* 7/17, n° 456.

²⁸ Dans le cas d'un couple de concubins - exploitant ensemble un fond de commerce -, en cas de séparation, l'un des concubins peut mettre en avant un enrichissement injustifié, pouvant lui octroyer le versement de dommages et intérêts. Cette demande peut être refusée au motif que « l'intention de s'associer en vue d'une entreprise commune ne peut se déduire de la participation financière à la réalisation d'un projet immobilier et est distincte de la mise en commun d'intérêts inhérents au concubinage », - Cass. civ. 1^{re}, 20 janv. 2010, n° 08-13.200 -, ou encore que « l'intention des concubins de collaborer sur un pied d'égalité à un projet commun n'était pas établie » - Cass. civ. 1^{re}, 20 janv. 2010, n° 08-13.400.

²⁹ La responsabilité civile (voire pénale en cas de banqueroute ou d'abus de bien sociaux) du fautif pourra même être engagée en cas de faillite, alors même que l'individu n'a souscrit à aucun contrat de société, contrevenant ainsi au principe de l'effet relatif du contrat, seulement opposables, usuellement, aux parties l'ayant signé.

particulière. En d'autres termes, la motivation inhérente de l'associé, bien qu'il soit unique, forme tout de même une société valide.

§18. *Une analogie pouvant être réalisée avec l'arrêt en question : les deux parties démontrent une affectio certaine, ne s'inscrivant pourtant pas dans une societatis commune. L'intention de s'associer est donc, paradoxalement, satisfaite en l'espèce ; or, un dépassement de cette notion requiert que cette psyché s'exerce dans le cadre d'un but commun, sous peine de nullité de l'acte constitué en son absence.*

B. Une nullité justifiée pour une promesse de société vidée de sa substance

§19. « [L]' absence d'*affectio societatis* » entraîne, « par voie de conséquence, la nullité de la promesse de société ». Il apparaît en effet délicat qu'une société puisse être valablement constituée sur la base d'intérêts divergents. Cette approche semble légitimer la nullité de la promesse de société si l'*affectio societatis* lui fait défaut.

§20. Cependant, la promesse de société connaissant un contentieux peu abondant, les éléments essentiels à sa validité sont complexes à caractériser. Cette difficulté est renforcée par la supplétivité des dispositions légales afférentes, ce qui justifie une interrogation quant à l'inclusion de la notion hautement subjective de l'*affectio societatis*. Une réponse est apportée par une partie de la doctrine, en ce que ce concept serait paradoxalement l'un des seuls éléments fiables de la promesse en étant extériorisé par d'autres³⁰. Autrement dit, l'*affectio societatis* est objectivable via des indices prétoriens, tel l'existence d'un projet commun³¹. Ce dernier permettrait dès lors une distinction entre des éléments de communauté trouvés au sein de la promesse de société d'éléments d'échange, du contrat synallagmatique classique : l'affaire étudiée semble davantage se rapprocher de la première hypothèse. La chambre commerciale de la Cour de cassation a pu corroborer cette hypothèse, en relevant que l'intention de s'associer caractérisait la promesse de société, sans mentionner s'il était autosuffisant à cette dernière³². L'enjeu encouru par la validité de la promesse pourrait alors répondre à ce dernier questionnement.

§21. Dans le cas présent, le projet social est complexe, visant une collaboration intergroupes par la constitution d'une société de sociétés, composée d'une société incluant les deux parties. Bien que ces dernières puissent s'avérer productives individuellement, ces structures ne pourront pas perdurer faute d'union des forces de leurs associés respectifs. C'est donc plus qu'une simple valorisation de la notion d'*affectio societatis* qui est entreprise en l'espèce, mais bien un assainissement du milieu social,

³⁰ BÉNAC-SCHMIDT, note sous Cass. com., 28 avr. 1987, *Rev. Sociétés* 1988. 59.

³¹ Cass. civ. 1^{re}, 1er fév. 2012, n° 11-11.084, *Bull.*

³² Cass. com., 11 juin 1979, *Bull. civ.* IV, n° 193.

préservant les futurs sociétés d'être frappées d'une nullité en cascade. Les conséquences qui en découlent seraient en effet bien plus notables, tant pour les associés que pour les tiers, la chute de l'une entraînant celle de l'autre, selon le modèle des strates successives évoqué. Ainsi, la présence de l'*affectio societatis* adopte une importance décuplée, le but d'une telle promesse étant précisément d'assurer le consentement des parties à la création d'une future société. En son absence, la promesse ne peut qu'être nulle, étant vidée de sa « substantifique moelle³³ ». En ce sens, selon l'article 1103 du Code civil³⁴, la violation de cette promesse est susceptible d'entraîner une responsabilité contractuelle. Dans cette affaire, il était tout à fait *nécessaire* de ne pas donner suite à la promesse de société en question, celle-ci était nulle *ab initio*, du fait d'un manque de l'un de ses constituants fondamentaux - l'*affectio societatis* -, viciant donc le consentement des parties. L'appréciation de ce concept se trouve cependant limitée si la promesse poursuit d'autres finalités juridiques, notamment au jour de sa formation en ce qui concerne la cession de droits sociaux³⁵.

§22. Toutefois, cet anéantissement n'est pas automatique, puisque la belligérance n'est pas, *de facto*, une cause de révocation de l'*affectio societatis*. En effet, « si l'activité de [la] société se poursui[t] en dépit des conflits entre associés [...] », et qu'elle ne se trouve pas dans une « situation financière irrémédiablement compromise³⁶ », la société ne sera pas nulle. Pour ce faire, il faut que la mésentente des associés paralyse le fonctionnement des organes sociaux. En outre, la partie lésée pourrait rechercher une indemnisation ; une problématique dont s'est saisie la première chambre civile de la Cour de cassation. Ainsi, en cas d'échec d'un contrat de société, une partie ayant *laissé croire* à l'autre que l'intention de s'associer était réelle (soit caractérisant une faute au sein de la phase précontractuelle), alors qu'elle ne l'était pas dès le début des négociations, cette dernière peut être condamnée à des dommages et intérêts sur un fondement délictuel, selon l'article 1112, précité³⁷. Considérant la diligence dont les parties ont fait preuve en l'espèce, une telle qualification ne peut être retenue ; une communication opaque ayant entraîné un quiproquo malencontreux serait une explication plus adéquate. Se pose alors la question du contrat inexécuté : seul un comportement fautif (généralement, un manquement au devoir de bonne foi ou de loyauté) est susceptible d'engager la responsabilité civile classique du fautif, selon l'article 1240 du Code

³³ « C'est pourquoi faut ouvrir le livre et soigneusement peser ce que y est déduict. [...] Puis, par curieuse leçon et meditation frequente, rompre l'os, et sucer la substantifique moelle [...] » de F. RABELAIS, *La vie très horrible du grand Gargantua, père de Pantagruel, jadis composée par M. Alcofrabas abstracteur de quintessence. Livre plein de Pantagruélisme*, éd. de 1534, réimpr. Paris, Librairie de Firmin Didot Frères, 1857, p. 6.

³⁴ « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

³⁵ Cass. com., 11 juin 2013, n° 12-22.296, *Bull.* IV, n° 100 ; *JCP E* 2013.

³⁶ Selon l'article 1844-7, 5° du Code civil. En ce sens, voir Cass. civ. 1^{re}, 18 janv. 2023, n° 19-24671, *Bull.* ; *JCP E* 2023. 1112, notes B. MARPEAU et T. DAMOUR.

³⁷ Cass. civ. 1^{re}, 18 mai 1994, n° 93-15.771.

civil³⁸. Ce qui est intéressant, c'est que cette même faute peut être engagée même si l'acte juridique lui-même tombe³⁹ ; cette précision justifie alors l'argument de la mauvaise foi invoqué par la partie demanderesse au pourvoi.

§23. De ce fait, l'arrêt commenté consacre une véritable évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui avait antérieurement confirmé la validité d'une promesse de société, aux motifs que les échanges des pollicitants avaient dépassé « le stade de “simples pourparlers” ». Cependant, afin de motiver sa décision, la Haute juridiction n'avait attaché aucune importance à l'*affectio societatis*, en mettant en avant d'autres éléments plus rationnels, tels que l'« objet de la future société, [...] l'importance et la nature des apports respectifs de chaque associé [ainsi que] la forme de la nouvelle société⁴⁰ ». De ce fait, « même si l'usage du latin évoque quelque cérémonie religieuse, une société n'est pas un cercle mystique, et l'*affectio societatis* n'est pas la communion des fidèles⁴¹ ».

* *

*

³⁸ « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

³⁹ Cass. civ. 1^{re}, 28 fév. 2006, n° 04-15.116.

⁴⁰ Cass. com., 28 avril 1987, n° 85-18.062, *Bull. civ.* IV, n° 104 ; *Rev. Sociétés* 1988. 59, note F. BÉNAC-SCHMIDT.

⁴¹ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 33 éd., 2025.