

# La place de la théorie de l'apparence en droit commercial : Le cas de l'absence de l'acte ou du titre

**Salaheddine MAATOUK**

Droit privé et enjeux de développement

Faculté des Sciences juridiques économiques et sociales

Université Sidi Mohamed Ben Abdellah –Fès–Maroc

**Rajae ZINE EL ABIDINE**

Droit privé et enjeux de développement

Faculté des Sciences Juridiques Économiques et Sociales

Sidi Mohamed Ben Abdellah- Fès- Maroc

---

**Résumé :** L'apparence est une notion connue en droit. Son existence sur la scène juridique est plus large que ce qui est communément appelé par les juristes français la théorie de l'apparence. La notion de l'apparence trouve son terrain d'élection et atteint sa pleine extension dans la vie commerciale. Ce que l'on dénomme communément et avec trop peu de précision la société de fait, en opposant celle-ci à la société de droit, n'est qu'une société apparente. La première partie de notre travail sera penchée sur le rôle de cette théorie en droit commercial. La seconde sera consacrée aux manifestations de la théorie de l'apparence en cas d'absence d'un acte ou du titre.

**Mots-clés :** Théorie de l'apparence, droit commercial.

---

**Digital Object Identifier (DOI):** <https://doi.org/10.5281/zenodo.10067036>



## 1. Introduction

« Qu'une chose puisse être réellement perçue par mes sens, et en même temps ne pas exister réellement, c'est pour moi une franche contradiction ; car je ne peux séparer ni abstraire, même en pensée, l'existence d'une chose de la perception qu'on en a<sup>1</sup>. »

L'apparence est une notion connue en droit. Son existence sur la scène juridique est plus large que ce qui est communément appelé par les juristes français la théorie de l'apparence.

La théorie de l'apparence a été créée par les tribunaux dans la première partie du XIX<sup>ème</sup> siècle. L'histoire du droit montre qu'elle a cependant des origines anciennes. En droit romain, dans le Digeste par la Lex Barbarius Philippus<sup>2</sup>, Ulpien fait le récit de l'aventure d'un esclave qui, ayant caché sa condition, fut élu préteur<sup>3</sup>. La réalité découverte, il fut décidé de ne pas annuler les actes auxquels cet esclave avait concouru. Ils furent validés sur le fondement de l'équité. La Lex Barbarius Philippus fut ensuite invoquée à plusieurs reprises par les parlements de l'Ancien Régime<sup>4</sup>. En 1807, le Conseil d'Etat en France a rendu un avis par lequel il a validé des extraits d'état civil délivrés sans pouvoir par des secrétaires de mairie aux motifs que

« l'erreur commune et la bonne foi » suffisent « pour couvrir dans les actes et même dans les jugements des irrégularités que les parties n'avaient pu ni prévoir, ni empêcher<sup>5</sup> ».

Une situation de fait, non conforme au droit, mais qui peut invoquer en sa faveur l'erreur commune, et, par conséquent, la bonne foi, a la même valeur que le droit lui-même. Telle est la règle importante qui se trouve condensée dans la formule proverbiale parmi les jurisconsultes : l'erreur commune fait le droit<sup>6</sup>.

La théorie de l'apparence est née de la rencontre du fait et du droit ; elle correspond à l'un des aspects de leur conflit<sup>7</sup>. L'état de fait qui se présente avec des caractéristiques extérieures si accusées qu'elles sont visibles pour tous, la situation juridique qui se manifeste extérieurement avec une telle évidence qu'elle s'impose à la connaissance de tous, sont un état apparent, une situation juridique apparente.

Cet aspect extérieur peut fort bien être trompeur. Il peut suggérer la confiance en un état de fait incertain dans sa nature ou son maintien, il peut faire croire à l'existence d'une situation juridique concrète et stable là où il n'y a qu'un précaire état de fait. Cependant, telle est la force de l'apparence qu'elle ne peut être toujours écartée et méconnue. Prise en considération par le droit, l'apparence même trompeuse la simple apparence, produire certains effets juridiques, et, parfois, d'elle seule, aussi bien que d'une situation juridique réelle et régulière naîtront des droits.

L'apparence entretient un lien permanent avec le réel. Elle constitue une production de la réalité. Elle est une apparition et correspond toujours à quelque chose de réel, de matériel.

Selon M. Jean-Marie Auby, « on peut dire d'un acte ou d'une situation juridique qu'ils sont apparents lorsqu'ils se présentent avec des caractères qui ne correspondent pas à leur nature réelle et peuvent entraîner une méprise sur celle-ci. La théorie de l'apparence consiste à donner à ces actes, moyennant certaines conditions, les mêmes effets juridiques qu'auraient les actes réguliers dont ils ne sont qu'une imitation<sup>8</sup>. »

Les applications de la théorie de l'apparence sont nombreuses. En droit civil, elles concernent, en particulier, le droit des personnes, des biens, des successions et des obligations. Une fois la recherche de la vérité s'avère trop difficile, le juge reconnaît aux tiers la faculté d'invoquer cette théorie. En droit public, elle le conquiert

timidement, dès lors qu'on cherche à l'illustrer en droit administratif et en droit fiscal. En ce domaine, comme en droit civil, la logique exigerait de faire passer la réalité avant l'apparence trompeuse. La théorie de l'apparence en matière pénale marque une hésitation en raison du principe de la légalité et soulève des difficultés particulières propres au droit pénal et à la procédure pénale. Il n'est pas question de nier que bien des facteurs sont favorables à une large application de la notion d'apparence par ces disciplines. Si l'on prend l'exemple de l'abus de confiance commis à l'occasion d'un contrat nul, le réalisme du droit pénal conduira à faire abstraction de la rétroactivité de l'annulation et à retenir la simple apparence de contrat<sup>9</sup>, alors que l'analyse de l'intention révélera par ailleurs que le délinquant, ignorant du vice affectant le contrat, l'a cru valable, et serait curieux de trouver un motif d'impunité dans une nullité qu'il n'a pas connue.

De même, la théorie de l'apparence en procédure pénale pourrait permettre de consolider une enquête de flagrance, a priori, compromise s'il venait à se révéler que l'infraction que les enquêteurs avaient crue flagrante ne l'était pas en réalité, une enquête dont les résultats permettraient en conséquence aux autorités de poursuite, puis de jugement, de demander des comptes aux coupables comme si les opérations avaient été parfaitement régulières<sup>10</sup>.

La notion de l'apparence trouve son terrain d'élection et atteint sa pleine extension dans la vie commerciale. En effet, ce droit accepte bien souvent de sacrifier la réalité à l'apparence pour obéir aux exigences et à la sécurité du crédit<sup>11</sup>. Le crédit et la rapidité des transactions, que ne connaît pas le droit civil, justifient la plupart des solutions admises sur le fondement de l'apparence. Ce que l'on dénomme communément et avec trop peu de précision la société de fait, en opposant celle-ci à la société de droit, n'est qu'une société apparente<sup>12</sup>. Dès qu'il résultera d'un ensemble de circonstances concordantes que deux ou plusieurs personnes exercent en commun une activité commerciale, les tiers de bonne foi pourront prétendre que tout se passe vis-à-vis d'eux comme s'il existait entre ces personnes une société de droit commun, c'est-à-dire une société en nom collectif. Les associés apparents prétendront vainement que leurs rapports ne relèvent point du contrat de société s'ils ont créé l'apparence d'un pareil contrat. Le droit commercial a retenu les effets de l'apparence dans les domaines les plus divers, depuis le mandat et d'autres contrats, jusqu'aux effets de commerce et aux sociétés<sup>13</sup>.

Dans cet article, nous allons nous pencher sur le rôle de de cette théorie en droit commercial (Partie 1) et comment elle se manifeste en cas d'absence d'un acte ou du titre (Partie 2).

## **2. Titre 1 : Le rôle de la théorie de l'apparence en droit commercial.**

Les besoins toujours plus pressants de la vie des affaires ont provoqué, au cours du XIX<sup>ème</sup> et du XX<sup>ème</sup> siècle un épanouissement de la théorie de l'apparence dans son acception classique. Pour susciter l'activité juridique, la jurisprudence n'a pas hésité, dans de nombreuses hypothèses, à faire passer l'apparence avant la réalité : ainsi notamment s'est développée la théorie des sociétés de fait de même que celle du mandat apparent<sup>14</sup>. Les solutions jurisprudentielles en sont venues à dépasser le cadre étroit de l'adage « error communis facit jus ». ce n'est plus seulement l'erreur collective et, dès lors, invincible qui est protégée ; c'est aussi l'erreur de la personne qui, pressée par la rapidité des transactions, n'a pas eu le temps de procéder aux investigations nécessaires.

De là, ressort l'importance accordée par le droit commercial à la théorie de l'apparence<sup>15</sup>. C'est ce droit qui, de façon générale, a permis aux tiers de s'en tenir à ce qu'ils ont vu, et d'ignorer ce qu'ils n'ont pas eu le temps de rechercher. Deux inséparables besoins sont ainsi satisfaits :

-D'une part, celui de crédit, car la sécurité conférée par la théorie de l'apparence, sécurité dynamique, pousse le plus grand nombre de personnes à agir.

-D'autre part celui de rapidité, car les investigations sont réduites à ce qui se voit d'un premier coup d'œil.

C'est la qualification de l'erreur qui l'originalité de la théorie de l'apparence en droit commercial : il suffit que cette erreur soit légitime. En montrant comment cette légitimité soit est appréciée, nous marquerons l'importance du rôle assigné par le droit commercial aux règles de l'apparence.

Il recouvre toutes les hypothèses dans lesquelles une erreur légitime est créatrice de droit<sup>16</sup> : les tiers de bonne foi peuvent considérer ce qu'ils ont cru comme si cela été réellement. On retrouve dans la nature du droit créé le principe d'une distinction entre toutes les applications que fait le droit commercial de la théorie qui nous occupe :

-Tantôt, ce droit est celui qui serait résulté de la réalité si celle-ci avait été conforme à l'apparence trompeuse. Ainsi, les tiers qui traitent de bonne foi avec un mandataire apparent peut agir contre le faux mandant exactement comme si celui-ci avait véritablement donné pouvoir le représenter. Aussi, une société inexistante ou nulle peut être apparente si elle a été publiée comme une société régulière.

Dans de telles hypothèses, il s'agit de la théorie classique de l'apparence, de celle qui joue à titre subsidiaire puisqu'elle crée un droit dans le cas exceptionnel où celui ne peut être issu de la réalité. L'apparence se substitue donc à la réalité.

-Tantôt le droit commercial pousse encore plus loin les conséquences de l'apparence : celle-ci crée un droit autonome, dont la nature ne dérive nullement de la réalité sous-jacente. Il en est ainsi dans les titres de crédit et spécialement dans les effets de commerce, qui permettent aux tiers de bonne foi d'exercer les recours cambiaires. L'apparence ne joue plus à titre accessoire, mais à titre principal, puisqu'un droit autonome dérive de la forme, quelle que soit la conformité de celle-ci avec la réalité. Dans cette hypothèse, l'apparence crée un droit autonome<sup>17</sup>.

Telles sont les deux catégories de solutions dictées en droit commercial par la théorie de l'apparence.

### **3. L'absence de l'acte ou du titre, composante de l'infraction, et l'apparence d'élément matériel.**

Dans une optique destinée à illustrer l'importance du rôle que l'on a voulu conférer à la théorie de l'apparence trompeuse en droit pénal, nous allons constater qu'on ne fera état que de certaines infractions supposant l'existence d'un acte, un titre ou un préjudice.

L'intérêt de ce développement est de fournir une illustration du rôle prétendu de la théorie de l'apparence trompeuse, loin d'établir sa valeur réelle ou supposée. Nous allons exposer les hypothèses où l'apparence de l'acte ou titre a été prise en compte à la place du titre ou acte réel.

### 3.1 Le détournement d'objets saisis : l'apparence de saisie

L'infraction est constituée lorsque le débiteur dispose intentionnellement des biens saisis sans autorisation du créancier ou sans avoir obtenu mainlevée de la saisie, dans le but de porter atteinte aux droits dudit créancier.

La question est de savoir si on peut condamner pour détournement d'objets saisis, sur le fondement de l'article 400, alinéa 3 ou 4 du code pénal, l'individu qui détourne ses propres objets, ainsi placés sous-main de justice, lorsqu'on constate que l'opération de saisie a été irrégulière ? A la première inspection, il ne fait aucun doute que la jurisprudence n'hésite pas à répondre par l'affirmative, pour peu que les irrégularités commises n'ont pas été telles que la procédure n'a pas eu les apparences d'une saisie véritable.

Elle a eu l'occasion de prononcer des condamnations alors que les saisies, ou les séquestres étaient affectés des irrégularités les plus diverses, de fond ou de forme<sup>18</sup>.

Pour les irrégularités de fond, on cite, par exemple, que le mari poursuivi pour avoir détourné les biens saisis invoque le fait que la dette en vertu de laquelle l'acte de saisie a eu lieu ait été une dette personnelle à sa femme séparée de biens<sup>19</sup>, ou le saisissant n'a pas été réellement créancier<sup>20</sup>.

En ce qui concerne les irrégularités de forme, à titre d'exemple, que le procès-verbal de la saisie n'a pas encore été notifié au débiteur saisi au jour où le détournement a été commis<sup>21</sup> ; peu importe, semblablement, qu'en cas de mise sous séquestres, les objets ne sont pas encore inventoriés et que le gardien désigné par le juge n'a pas encore accepté sa mission<sup>22</sup> ou qu'il n'a pas encore pris possession des objets<sup>23</sup> ; bien plus, le fait que l'acte de saisie a été pratiqué par un officier public incompetent ne fait pas obstacle à la condamnation du débiteur indélicat<sup>24</sup>.

Cependant, la motivation des décisions à travers les formules diverses, laisse parfaitement apercevoir ce qui, aux yeux des juges, justifie ces solutions : la théorie de l'apparence trompeuse. Les juges du fond, quant à eux, ne balancent pas pour s'y référer expressément. Alors que la Cour de Cassation a employé des formules aussi claires et explicites comme

« l'apparence de la légalité <sup>25</sup> » ou « les apparences d'une saisie<sup>26</sup> » ou bien encore qu'il suffit que « l'acte présente le caractère extérieur d'une saisie<sup>27</sup> ».

C'est de cette manière que la doctrine l'interprète sans hésitation, pour affirmer qu'en ce qui concerne cette infraction, les juges appliquent la théorie de l'apparence<sup>28</sup> : « l'article 400 est donc applicable dès que l'acte envisagé offre les apparences normale d'une saisie ».

### 3.2 Le détournement d'objets remis en gage : L'apparence de gage

Le délit consiste de réprimer l'atteinte au droit du créancier gagiste, commise par le débiteur resté propriétaire de la chose et qui ne saurait, à ce titre, être considéré comme auteur d'un vol, d'un abus de confiance ou d'une escroquerie<sup>29</sup>. Il faut donc distinguer soigneusement le détournement d'objets remis en gage de l'abus de confiance imputable au créancier gagiste lui-même lorsqu'il dissipe ou détourne l'objet gagé qui lui a été remis. Relativement au détournement d'objets remis en gage, infraction visée par l'article 400, alinéa 5 du code

pénal, l'irrégularité éventuelle du gage crée une difficulté tout à fait comparable à celle que l'on vient de rencontrer avec la saisie irrégulière par rapport au détournement d'objets saisis, et se pose dans les mêmes termes. L'ancien code pénal n'envisageait le gage qu'en tant que contrat réel accompagné de dépossession. Mais postérieurement à la loi de 1863, le législateur avait multiplié les gages d'origine légale, sans dépossession ; en l'absence d'incriminations spécifiques prévues par ces textes particuliers, la chambre criminelle de la Cour de cassation n'avait pas hésité à faire application de l'art 400, alinéa 5 de l'ancien Code pénal, étendant même la solution aux gages sans dépossession d'origine conventionnelle, les considérant comme simplement nuls<sup>30</sup>. Or, c'est avec cette irrégularité du gage, qui entraîne sa disparition, que va paraître possible l'éventuelle application de la théorie de l'apparence trompeuse<sup>31</sup>. Le caractère civil ou commercial du gage est évidemment indifférent ; il en est de même de sa nullité éventuelle, y compris si le vice qui la provoque est grave et confine à l'existence. La doctrine rend parfois compte de ces solutions en faisant appel à la théorie de l'apparence : c'est l'apparence de contrat qui justifie la condamnation<sup>32</sup>. En réalité, ce qui explique ce fondement, outre l'origine du gage, c'est le fait que le gage sans dépossession, n'aurait pas l'apparence d'un gage.

C'est ici que la théorie de l'apparence trompeuse se manifeste avec réticence<sup>33</sup> dans l'esprit des magistrats pour justifier la condamnation : Il ne s'agit pas de savoir si un gage sans dépossession peut avoir un semblant d'existence, mais si le délinquant s'est cru engagé dans les rapports d'un contrat de gage. De la même manière qu'en matière de détournement d'objets saisis et au cas de saisie irrégulière, ce qui importe c'est que l'opération ne soit déroulée dans des circonstances telles que le délinquant a cru à une saisie<sup>34</sup>, en cas de gage irrégulier, ce qui compte, c'est qu'au vu des circonstances dans lesquelles ce gage a été conclu -élément matériel de l'apparence-, le délinquant quant ait cru à l'existence d'un gage -élément psychologique de l'apparence-.

Peu importe que le gage soit irrégulier ou le délinquant a cru à sa validité, les auteurs rattachent expressément les solutions jurisprudentielles à l'application de la théorie de l'apparence trompeuse<sup>35</sup>.

### 3.3 L'abus de confiance : l'apparence de contrat

L'article 547 du Code pénal définit l'abus de confiance comme étant le fait par « quiconque de mauvaise foi détourné ou dissipe au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs, soit des effets, des deniers ou marchandises, soit des billets, quittances, écrits de toute nature contenant ou opérant obligations ou décharges et qui lui avaient été remis à la condition de les rendre ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé, est coupable d'abus de confiance et puni de l'emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 200 à 2000 dirhams<sup>36</sup>. »

La question se pose lorsque le contrat est irrégulier, pour une raison ou pour une autre, et donc nul ? La réponse ne semble pas faire de doute : si l'apparence de saisie ou l'apparence de gage suffisent à justifier la répression, l'apparence de contrat devrait semblablement satisfaire aux exigences du principe de la légalité. L'abus de confiance consiste à tromper la confiance de l'auteur de la remise de la chose, la loi pénale n'entend pas, en réprimant l'abus de confiance, voler au secours du contractant menacé : elle veut protéger la confiance accordée qui, il faut le reconnaître, est la même, que le contrat soit valable ou nul<sup>37</sup>. C'est du détournement que procède le préjudice, non de l'inexécution en tant qu'elle, du contrat. Ce que le code pénal protège, ce n'est pas le contractant, c'est le propriétaire, qui subit un préjudice bien réel en raison du détournement. La loi punit dans l'abus de confiance, comme dans le vol, une atteinte à la propriété d'autrui<sup>38</sup>. Selon une doctrine désormais

consensuelle, l'attitude jurisprudentielle trouve à s'expliquer par le recours à la théorie de l'apparence. Ainsi transposée au contrat, ladite théorie permettrait d'expliquer la spécificité pénale présentée en posant que le droit pénal se contenterait, pour intervenir, d'une apparence de contrat. Cependant, le législateur, en visant expressément un contrat dans les composantes de l'infraction<sup>39</sup>, impose aux juges un cadre contractuel impératif, qui doit donc être constaté. L'apparence trompeuse pourrait fournir le seuil à partir duquel le contrat, sans être régulier, emporterait la caractérisation de l'élément contractuel : une opération contractuelle ayant l'apparence trompeuse d'un contrat suffirait ainsi à son constat.

### **3.4 Les infractions en matière de chèque : l'apparence de chèque.**

Création de la pratique bancaire, le chèque n'a été régi pendant longtemps que par les usagers commerciaux. En France, la première loi en cette matière est du 14 juin 1865<sup>40</sup>. Instrument de retrait de fonds, simple procédé de paiement au comptant, le chèque ne doit pas être confondu avec la lettre de change qui est un instrument de crédit, un ordre de paiement différé. C'est un écrit dont le signataire appelé tireur ordonne à un banquier, le tiré, de verser, sans aucun délai, une somme d'argent à une personne, à l'ordre de celle-ci, ou au porteur<sup>41</sup>.

Les rôles principaux rendus par le chèque dans la vie des affaires sont en nombre de deux : d'abord il permet au client de retirer les fonds mis à disposition par le banquier ; en outre, il représente une créance liquide et exigible contre le banquier, et en conséquence peut devenir un instrument pratique pour le règlement des créances entre les commerçants et entre les particuliers. Il joue ainsi, de ce dernier fait, le rôle d'une véritable monnaie -monnaie scripturale- en circulant entre les mains des différents porteurs. Il devient donc un succédané du billet de banque, et son existence est étroitement liée à la vie économique<sup>42</sup>.

De nombreuses opérations juridiques sont réalisées au moyen de titres juridiques. Des documents écrits donnent ainsi droit à une somme d'argent, à des marchandises, à des parts sociales. Ils matérialisent le droit qui y a incorporé. Parmi ces titres, on retrouve le chèque. La lecture de ce titre révèle la nature et l'objet de l'opération qu'il constate ainsi que l'identité des personnes engagées. Des droits subjectifs sont créés par une apparence formelle, sans lien avec la réalité cachée.

La répression des différentes fraudes commises à l'aide d'un chèque est un problème lancinant<sup>43</sup> du droit pénal. A l'origine, la sanction pénale n'intervient qu'en présence de comportements suffisamment graves pour relever de la qualification d'escroquerie. La notion pénale de chèque ne correspond intégralement à son équivalent commercial. Le formalisme du droit commercial conduit en effet à refuser cette qualification à l'écrit qui ne comporte pas certaines mentions à savoir une somme déterminée, le nom du tiré, l'indication du lieu où le paiement doit s'effectuer, la date où le chèque est créé et la signature du tireur.

Les plus célèbres procédés de l'utilisation malhonnête du chèque sont l'émission d'un chèque dénué de provision suffisante, le retrait ou le blocage de la provision, la contrefaçon ou la falsification de chèque, l'usage ou la tentative d'usage d'un chèque contrefait ou falsifié, l'acceptation ou l'endossement d'un chèque contrefait ou falsifié... Toutes ces infractions possèdent des éléments constitutifs qui leur sont propres ; mais elles ont toutes en commun un écrit qui respecte la forme du chèque. Néanmoins, certaines exigences de forme ne sont que secondaires, dans la mesure où il est possible de suppléer à leur absence : à défaut d'indication du lieu où le paiement s'effectuer, est réputé comme lieu du paiement ; de même, à défaut d'indication du lieu de sa création, le chèque est réputé souscrit dans le lieu désigné à côté du nom du tireur. En revanche, les autres

mentions doivent obligatoirement figurer sur le titre, lequel, à défaut, « ne vaut pas comme chèque » ou qu'il soit « inexistant<sup>44</sup> », comme c'est le cas lorsqu'il n'est pas signé.

Le juge répressif peut-il alors, en présence d'un tel titre, dépourvu de la qualité de chèque, prononcer cependant une condamnation du chef d'une des infractions mentionnées ? la question se pose de la même manière lorsque le chèque est nul pour une raison de forme que pour une raison de fond. Refuser, dans ces hypothèses, toute possibilité de condamnation, n'est-ce pas adopter un raisonnement conforme au principe « nullum crimen sine lege » qui gouverne le droit pénal ?<sup>45</sup>. Visiblement, ce n'est pas l'opinion de la jurisprudence qui considère que l'irrégularité qui affecte le chèque n'est pas un obstacle à la répression. C'est là une solution qu'elle a affirmée à maintes reprises, notamment à l'occasion de l'émission de chèque sans provision, mais aussi, et logiquement, lorsqu'elle en a eu l'occasion, à propos d'autres infractions en matière de chèque<sup>46</sup>, et ce, sans distinguer selon l'origine de cette irrégularité, de fond<sup>47</sup> ou de forme<sup>48</sup>. La question est alors de savoir comment la jurisprudence a justifié cette solution. A l'évidence, le juriste ne peut que difficilement se satisfaire d'une telle démonstration, lorsqu'il s'agit d'infliger les peines de l'escroquerie. C'est pourquoi il faut se féliciter de ce que la Cour de cassation ait adopté une justification nouvelle, dans un arrêt célèbre en date du 9 octobre 1940 à propos d'une affaire où l'argumentation exégétique dont on s'était à tort contenté jusque-là était d'ailleurs sans utilité<sup>49</sup> puisque la mention qui faisait défaut était...la dénomination de chèque<sup>50</sup>. Or, cette justification nouvelle, c'est la théorie de l'apparence trompeuse : à la cour d'appel qui avait prononcé la relaxe de la personne poursuivie, la chambre criminelle rétorque qu'il lui appartenait « de rechercher si le titre visé par la poursuite présentait toutes les apparences d'un chèque et s'il avait été remis et accepté comme tel » et « qu'en se fondant exclusivement sur la constatation du vice de forme, elle n'a pas suffisamment justifié la décision de relaxe<sup>51</sup> ». Cette jurisprudence ne s'est d'ailleurs jamais démentis depuis lors, la chambre criminelle ne s'est plus expressément référée à la théorie de l'apparence trompeuse, et a adopté des formules moins explicites – telles que celles affirmant que malgré l'irrégularité qui l'affecte, l'écrit n'a pas été « dépouillé de son caractère véritable de chèque<sup>52</sup> » ou « a conservé néanmoins le caractère de chèque<sup>53</sup> »- mais que la doctrine continue de rattacher à la théorie de l'apparence trompeuse.

L'application de cette théorie a eu un grand mérite puisqu'elle permet de fournir une justification technique, là où, bien souvent, les auteurs ont eu tendance à invoquer que des arguments de politique criminelle<sup>54</sup> ou à procéder par de simples affirmations de principes, bien insuffisants, les uns ou les autres, lorsqu'il s'agit de justifier une condamnation, et l'affliction d'une peine, au regard du principe de la légalité.

C'est donc possible de pallier l'absence réelle d'acte ou de titre par le recours à la théorie de l'apparence pour qu'une condamnation puisse intervenir.

#### 4. Conclusion

La théorie de l'apparence est née de la rencontre du fait et du droit. Elle correspond à l'un des aspects de leur conflit. L'état de fait qui se présente avec des caractéristiques extérieures si accusées qu'elles sont visibles pour tous, la situation juridique qui se manifeste extérieurement avec une telle évidence qu'elle s'impose à la connaissance de tous, sont un état apparent, une situation juridique apparente.

Elle est une situation de fait, non conforme au droit, mais qui peut invoquer en sa faveur l'erreur commune, et, par conséquent, la bonne foi, a la même valeur que le droit lui-même.



**NOTES DE BAS DE PAGE :**

- 1 Berkeley, Trois dialogues entre Hylas et Philonous, 1713, troisième dialogue.
- 2 Loi III, Digeste, Livre 1, Titre 14, De officio praetorum cité par Edmond. Valabregue, De la maxime error communis facit jus, 1890, Revue critique, p.30
- 3 Magistrat judiciaire qui avait le pouvoir de faire exécuter et d'interpréter la loi. Le Nouveau Petit Robert, 1993, v° préteur.
- 4 E. Valabregue, op.cité
- 5 Op.cité, Avis du Conseil d'Etat du 2 juillet 1807 sur les extraits des registres de l'état civil délivrés par des employés de mairie qualifiés de secrétaires.
- 6 Alexandre Algiu, Etude sur la règle error communis facit jus, thèse, p.7, Paris 1912
- 7 Jonesco, Les effets juridiques de l'apparence en droit privé, thèse Strasbourg, 1927, p.113
- 8 Jean-Marie Auby, L'inexistence des actes administratifs. Etude de contentieux administratif, Thèse Paris, Pedone, 1951, p.236
- 9 Robert Vouin et Jacques Léauté, Droit pénal et criminologie, « le réalisme du droit pénal, dit-on, ne s'arrête pas à la technique de la loi civile, commerciale ou administrative. L'apparence créée par l'acte irrégulier vaut une réalité. » p.130
- 10 Michel Vasseur : Des effets en droit pénal des actes nuls ou illégaux d'après disciplines, Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparé N°1, 1951
- 11 Henri Cabrillac, Préface Essai sur la notion d'apparence en droit commercial par Jean Calais Auloy, 1959 12 Pierre De Harven, Étude sur la notion de l'apparence en droit privé, extrait de la revue de droit Belge 1938 13 Henri Cabrillac, Préface Essai sur la notion d'apparence en droit commercial par Jean Calais Auloy, 1959
- 14 Op.cité, p.17
- 15 Ripert, Traité de droit commercial, n°68
- 16 Jean Calais Auloy, Essai sur la notion d'apparence en droit commercial p :53
- 17 Op cité, p.53
- 18 Philippe Conte, Garçon, p.789 La jurisprudence française a interprété de façon extensive les termes de l'article 400, alinéa 3 et 4 du Code pénal, en affirmant que cette disposition est applicable non seulement aux saisies stricto sensu, mais, également, à tous les procédés par lesquels des objets sont placés sous-main de justice.
- 19 Cass. Crim 29 octobre 1957, trib corr toulouse, 19 nov 1970 jcp 1971 IV 152
- 20 Cass. Crim 7 juillet 1916, N° 149, P 263
- 21 Cass Crim 18 mars 1852
- 22 C A BORDEAUX 1 JANVIER 1894 ET SUR POURVOI CASS CRIM 8 NOV 1894
- 23 CASS CRIM 10 JANVIER 1903 B N 20 P 32
- 24 CASS CRIM 4 NOV 1921.
- 25 C A ALGER 15 OCTOBRE 1881
- 26 Trib corr seine 10 AVRIL 1965, JCP, 1966 IV 140
- 27 C A LYON 18 AVR 1958
- 28 J. Borricand, JURIS PENAL ART 400 AL 3 à 6.
- 29 Philippe Conte, DROIT PENAL SPECIAL 6<sup>ème</sup> édition, 2019
- 30 droit pénal spécial leconte P526
- 31 Philippe Conte, L'apparence en matière pénale, p.58
- 32 J.Larguier, p 153 « le contrat nul... Et qui, normalement, ne devrait produire aucun effet peut tout de même servir de fondement à une condamnation pour abus de confiance : l'apparence de contrat suffit »
- 33 Philippe Conte, L'apparence en matière pénale, P.62
- 34 Philippe Conte, p. 62, Cassa. Crim., 4 novembre 1921, la jurisprudence n'a pas hésité à admettre l'existence d'une saisie apparente quand bien même le vice qui l'affectait était grossier, au point de ne pouvoir laisser subsister une apparence de saisie aux yeux d'une personne non avertie, ainsi lorsqu'elle a été pratiquée par un officier public incompetent.
- 35 R.Merle et A. Vitu, Traité de droit criminel, p.442
- 36 Code Pénal Marocain
- 37 J.Larguier, Droit pénal des affaires, 6<sup>ème</sup> éd. p.153
- 38 Garçon, P.174
- 39 Palvadeau , le contrat en droit pénal, p ;49, « Il est à noter que les infractions à l'occasion desquelles le juge s'est en premier prononcé sur l'indifférence à l'irrégularité du contrat prévoient la référence à un élément contractuel nommé. Les premiers arrêts ont en effet été rendus à propos de l'ancien délit d'abus de confiance dont le texte mentionnait une liste de contrats nommés et du détournement de gage pour lequel le texte requiert explicitement que l'objet détourné ait été « constitué en gage».
- 40 Jacques Bouteron : Le chèque, théorie et pratique, p.19, Dalloz 1924

- <sup>41</sup> Article 239 du code de commerce stipule : Le chèque contient: 1. la dénomination de chèque, insérée dans le texte même du titre et exprimée dans la langue employée pour la rédaction de ce titre 2. le mandat pur et simple de payer une somme déterminée 3. le nom du tiré 4. l'indication du lieu où le paiement doit s'effectuer 5. l'indication de la date et du lieu où le chèque est créé 6. le nom et la signature du tireur.
- <sup>42</sup> Joseph Hamel, Banque et opérations de banque, éd. Rousseau et Cie, p.689, 1933
- <sup>43</sup> Philippe Conte, Droit pénal spécial, 6<sup>ème</sup> éd. LexisNexis, p. 457
- <sup>44</sup> J.Larguier, La notion de titre en droit privé, thèse Montpellier 1951, p.159
- <sup>45</sup> Philippe Conte, L'apparence en matière pénale, p. 69
- <sup>46</sup> Par exemple, pour la contrefaçon et la falsification de chèque : C.A PARIS, 8 NOV 1950, pour le blocage de la provision : C.A NANCY 8 JUILLET 1952.
- <sup>47</sup> par exemple le chèque est destiné à payer une dette dont la cause est illicite, ou qu'il est tiré par un incapable.
- <sup>48</sup> c'est l'exemple du chèque non daté, ou un chèque tiré en blanc, simplement revêtu de la signature du tireur.
- <sup>49</sup> « le tireur qui émet un chèque ne portant pas l'indication du lieu de l'émission ou sans date, celui qui revêt un chèque d'une fausse date, celui qui tire un chèque que une personne autre qu'un banquier est passible d'une amende... »(art 64 de la loi 30 octobre 1935)
- <sup>50</sup> Philippe Conte, L'apparence en matière pénale, p : 71
- <sup>51</sup> La Cour de Cassation n'en prend pas moins la précaution, les considérations qu'elle invoquait auparavant, et reposant sur l'exégèse de l'article 64 du décret-loi du 30 octobre 1935 ; dans ses arrêts ultérieurs, cet argument exégétique n'a plus été reproduit. Les juges du fond, quant à eux, dès avant cet arrêt de la chambre criminelle, avaient recours à la théorie de l'apparence : C.A PARIS 14 janv 1925 (1<sup>er</sup> arrêt), Trib. Corr Chaumont, 25 octobre 1938.
- <sup>52</sup> Cass. Crim., 21 juillet 1955, B., n°357, p.633 ; Cass. Crim., 7 mai 1957.
- <sup>53</sup> Cass. Crim., 5 juin 1956, Cass. Crim., 15 oct 1958.
- <sup>54</sup> Philippe Conte, L'apparence en matière pénale, p.73, La doctrine a souvent fait valoir en effet qu'en assurant la répression même en présence de titres qui ne constituent pas des chèques au sens du droit commercial, les juges répressifs assuraient du même coup la protection du chèque véritable et qu'ainsi le droit pénal contribuait à donner à ce titre le rôle important que le droit commercial a voulu lui conférer, de telle sorte qu'en définitive, les deux disciplines, loin de se contredire, s'accordaient.

## REFERENCES

- [1] E. Valabregue, "De la maxime error communis facit jus", in, Revue critique, 1890, p. 30.
- [2] A. Algiu, "Etude sur la règle error communis facit jus", thèse, Paris, 1912, p. 7.
- [3] M. Drissi Alami Machichi, "Manuel de droit pénal général", éd. Maghrébines, p. 200.
- [4] B. Jonsco, "Les effets juridiques de l'apparence en droit privé", Strasbourg, 1927, p. 113.
- [5] J.-M Auby, "L'inexistence des actes administratifs: étude de contentieux administratif", Pedone, 1951, p. 236.
- [6] R. Vouin & J. Léauté, "Droit pénal et criminologie", PUF, 1956, p. 130.
- [7] J.-C Auloy, "La notion d'apparence en droit commercial", LGDJ, 1959, Préface.
- [8] M.Vasseur, « Des effets en droit pénal des actes nuls ou illégaux d'après disciplines », in, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1951, n°1.
- [9] G. Ripert, « Traité de droit commercial », LGDJ, 1968, p. 68.
- [10] J. Bouteron, « Le chèque, théorie et pratique », in, Dalloz, 1924, p. 19.
- [11] Ph. Conte, « La théorie de l'apparence en matière pénale », Grenoble, 1984, p. 789
- [12] Ph. Conte, « Droit pénal spécial », 5<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, 2019, p. 327
- [13] J. Larguier, « Droit pénal des affaires », 10<sup>ème</sup> éd., Armand Colin, 2001, p. 155.
- [14] E. Palvadeau, « Le contrat en droit pénal », Bordeaux, 2011, p. 49.
- [15] J. Hamel, « Banque et opérations de banque », éd. Rousseau et Cie, 1933, p. 689.
- [16] J.Larguier, « La notion de titre en droit privé », Montpellier, 1951, p. 159.
- [17] M.Lafrouji, « Code pénal », 4<sup>ème</sup> éd, 2018.