



La commission de transport (XVI^e-XX^e siècle) : aux origines d'une qualification incertaine

Résumé : La commission de transport soulève aujourd'hui d'importantes difficultés de qualification. Si certains la rattachent encore à la figure du mandat, d'autres insistent au contraire sur ses particularités propres. Loin d'être strictement contemporaines, ces incertitudes semblent avoir constitué une difficulté pour l'ensemble des auteurs ayant écrit sur cette notion, depuis l'Ancien Régime. Dès lors, l'examen de cette longue controverse doctrinale entend apporter un éclairage sur les causes de ce désaccord persistant, sans pour autant chercher à déterminer la véritable nature de ce contrat.

Summary : Today, the freight forwarder status raises some legal classification troubles. While some still attach it to the figure of the mandate, others insist on the contrary on its own particularities. These uncertainties seem to have been a difficulty for all the authors who wrote about this notion since the XVIth century. Therefore, the examination of this long doctrinal controversy intends to shed light on the cause of this persistent disagreement.

Mots-clés : Commission, transport, qualification, droit commercial.

Key-words : Freight forwarder, haulage, legal classification, business law.

1. Parmi les outils juridiques intéressant l'acheminement des marchandises, la commission de transport occupe aujourd'hui une place centrale dans la vie des affaires. On dénombre en effet plus de 15 000 numéros SIRET attribués à des entreprises enregistrées au registre des commissionnaires de transport¹. Cet engouement des professionnels pour cette catégorie de commission s'explique notamment par la simplicité avec laquelle une entreprise peut s'adresser à un interlocuteur unique, chargé d'organiser l'ensemble des opérations de transport. Cette forme particulière de commission est traditionnellement conçue comme un contrat par lequel un commissionnaire s'engage envers un commettant à faire acheminer une marchandise d'un lieu à l'autre, en choisissant les voies et les moyens nécessaires au transport². Dans un arrêt du 16 février 1988, la chambre commerciale de la Cour de cassation a en effet défini la commission de transport comme la « convention par laquelle le commissionnaire s'engage envers le commettant à accomplir pour le compte de celui-ci les actes juridiques nécessaires au déplacement d'une marchandise d'un lieu à un autre »³. Elle rappelle en outre qu'elle « se caractérise non seulement par la latitude laissée au commissionnaire d'organiser librement le transport par les voies et les moyens de son choix, sous son nom et sous sa responsabilité, mais aussi par le fait que cette convention porte sur le transport de bout en bout ». Le commissionnaire de transport fait ainsi figure d'intermédiaire de commerce, chargé d'organiser, en son nom propre et de manière discrétionnaire, le transport de biens.

2. Dans leur célèbre *Traité du contrat de commission*, Louis-Emmanuel Delamarre et Joseph Le Poitvin comparaient déjà, au milieu du XIX^e siècle, ce type de définitions juridiques à « une rose de compas au

1 <https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/liste-des-entreprises-inscrites-au-registre-electronique-national-des-entreprises-transport-route-et> [Consulté le 4 février 2019].

2 Il s'agit notamment de la définition retenue par G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2018, v^{is} *Transport (Commission de)*, p. 1039a.

3 Cass. com., 16 février 1988, n° 10-10071 : *Bull. civ. IV*, n° 75.

moyen de laquelle on peut toujours s'orienter »⁴. Ces deux auteurs insistent d'ailleurs sur la nécessité des opérations de qualification, car « il est impossible de réglementer chaque chose, chaque personne, chaque situation ». Pour pallier ces défauts, il serait alors nécessaire d'« organiser un système de classification, en constituant des genres, des espèces, des subdivisions, sous lesquels les personnes et les choses vissent se coordonner par groupes, suivant des positions et des rapports, ou naturels, ou de convention »⁵. La qualification fait dès lors figure de procédé intellectuel par lequel les juristes classent des faits ou des actes juridiques dans des catégories préexistantes⁶. En outre, ces opérations présentent un indéniable intérêt pratique, puisqu'elles peuvent conduire le juge à appliquer à l'acte qualifié des règles issues du régime de la catégorie générale dont il dépend. Cette démarche qui consiste à rechercher la nature d'une opération juridique afin d'en déterminer le régime, se trouve ainsi parfaitement résumée par le doyen Carbonnier, pour qui « une étude pragmatique du droit recherche ce que font les choses et non ce que sont les choses, elle ne peut néanmoins accomplir sa tâche sans savoir au préalable ce que sont les choses »⁷.

3. Une partie des ouvrages généralistes consacrés au droit commercial présentent aujourd'hui la commission comme une variante du mandat⁸ dans laquelle le commissionnaire, à la différence du mandataire, s'engage en son nom propre pour le compte du commettant⁹. Certains manuels de droit des contrats spéciaux classent d'ailleurs le contrat de commission parmi les mandats sans représentation¹⁰, tout en relevant que ce dernier critère le distingue du mandat ordinaire¹¹. Une partie de la doctrine constate néanmoins que la commission s'écarte irrémédiablement de la figure du mandat, en ce que le commettant n'est en principe pas partie aux contrats conclus par son commissionnaire pour son compte¹².

4. Ces incertitudes sur la nature du contrat de commission résultent en partie de la rédaction équivoque du chapitre du code de commerce consacré à la commission. L'article L132-1 al. 2 dispose en effet que « les devoirs et les droits du commissionnaire qui agit au nom du commettant sont déterminés par le titre XIII du livre III du code civil » relatif au mandat. Toutefois, le code demeure muet quant aux règles applicables au commissionnaire qui s'engage en son nom propre. En matière de commission de transport, il était d'ailleurs traditionnellement admis que le commissionnaire ne pouvait jamais agir au nom du commettant, bien que la jurisprudence récente semble avoir contredit ce principe¹³.

5. En outre, plusieurs auteurs ont cherché à déduire la qualification de la commission de transport du régime juridique qui lui est applicable¹⁴. L'article L132-6 du code de commerce dispose par exemple que le commissionnaire de transport est garant des faits du commissionnaire intermédiaire auquel il adresse les marchandises. Cette disposition postule en effet une responsabilité du commissionnaire pour les faits de certains tiers avec lesquels il contracte. Dès lors, cette responsabilité peut être comparée à celle du

4 L.-E. Delamarre et J. LE Poitvin, *Traité du contrat de commission*, Paris, LGDJ, 1856, t. VI, p. 16.

5 L.-E. Delamarre et J. LE Poitvin, *Traité du contrat de commission*, *op. cit.*, t. VI, p. 9.

6 Sur la qualification du point de vue de la théorie du droit, voir X. Bioy, « Quelques lectures théoriques de la qualification ? », *Les affres de la qualification juridique*, dir. M. Nicod, Toulouse, PŪT, 2015, p. 11-28. Voir également C. Atias, *Épistémologie juridique*, Paris, Dalloz, 2002, p. 193 et s.

7 J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8^e éd., Paris, LGDJ, 1995, p. 36.

8 La question du rattachement de la commission au mandat est devenue un véritable *topos* de la littérature spécialisée. Voir notamment M. Tilche et A. Chao, « Le commissionnaire est-il un mandataire ? », *BTL*, 1993, p. 745 ; P. Delebecque, « Le commissionnaire de transport est-il un mandataire ? », *D.*, 1996, p. 290.

9 F. Dekeuwer-Défossez et É. Blary-Clément, *Droit commercial*, 11^e éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ Lextenso, 2015, n° 275 ; D. Houtcieff, *Droit commercial*, 4^e éd., Paris, Sirey, 2016, n° 1068.

10 Sur la représentation, voir P. Didier, *De la représentation en droit privé*, Paris, LGDJ, 2000. Sur le défaut de représentation dans la commission, voir également T. Genicon, « Mandat et représentation », *Le mandat en question*, dir. B. Remy, Bruxelles, Bruylant, 2013, spéc. n° 24 et s.

11 Voir, par exemple, A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ Lextenso, 2015, n° 720-721.

12 C. Paulin, *Droit des transports*, Paris, LexisNexis, 2005, n° 525.

13 L. Guignard, *Sous-traitance et transport*, Paris, Litec, 2001, n° 770-779.

14 La méthode n'est d'ailleurs pas nouvelle, puisqu'elle avait déjà été employée au début du XX^e siècle par L. Josserand, « De la pluralité de voituriers et de la commission de transport envisagées spécialement au point de vue de la responsabilité des voituriers successifs », *Annales de droit commercial*, 1911, p. 170 et s.

mandataire prescrite par l'article 1994 du code civil¹⁵. La doctrine s'est alors interrogée sur la portée de l'obligation du commissionnaire de transport : s'agit-il d'une obligation de résultat, ou d'une simple obligation de moyen ? La première hypothèse a conduit certains auteurs contemporains à assimiler la commission de transport au contrat de transport ou au contrat d'entreprise, tandis que la seconde en a amené d'autres à affirmer qu'elle constituait un véritable mandat¹⁶. D'aucuns plaident encore en faveur de l'introduction de nouvelles catégories juridiques, comme la notion d'intermédiaire, qui seraient à même d'inclure la commission de transport¹⁷.

6. Quoiqu'il en soit, la doctrine semble aujourd'hui déchirée sur cette question de la qualification de la commission de transport, en raison des imprécisions de la loi et des errements de la jurisprudence. Toutefois, ces incertitudes résultent également du processus historique qui, dès l'Ancien Régime, conduit à forger cette figure contractuelle particulière. Derrière ce qui pourrait sembler n'être qu'un simple jeu intellectuel consistant à rattacher une pratique contractuelle à une catégorie dogmatique préexistante, apparaît également la méthode propre aux juristes spécialisés dans l'étude du droit commercial. Hormis l'intérêt juridique de la commission de transport, l'étude sur la longue durée des travaux de praticiens et, plus tard, d'universitaires sur un domaine aussi restreint que celui de la qualification du contrat de commission de transport¹⁸, permet assurément de mettre en lumière les modes de pensée propres à la doctrine commercialiste et les difficultés auxquelles celle-ci se heurte. La contextualisation intellectuelle de ces réflexions s'avère néanmoins particulièrement ardue, dans la mesure où il existe peu de travaux d'ampleur comparables à ceux réalisés sur la pensée juridique en matière de droit civil ou de droit administratif¹⁹. De même, aucune étude n'a encore été menée sur les implications économiques de la commission de transport et il resterait à quantifier le volume précis qu'elle occupe dans le domaine des transports aux époques moderne et contemporaine. Partant, cette étude n'a pas pour ambition de traiter de manière exhaustive du contrat de commission de transport, mais de frayer, au travers des difficultés techniques et théoriques entourant sa qualification, une voie pour de futures recherches sur cette figure juridique et, plus largement, sur la construction d'un discours doctrinal en matière de droit commercial.

7. En l'absence de matériaux bien établis comme peuvent l'être les compilations de Justinien pour l'ancienne doctrine civiliste, les commercialistes s'évertuent en effet à décrire des pratiques commerciales mouvantes, en cherchant parfois à les rattacher à des notions inhérentes au droit civil. En effet, on ne retrouve aucune mention d'une figure assimilable au contrat de commission dans l'Antiquité ou à l'Époque médiévale²⁰. Au contraire, la notion de commission semble avoir été forgée par la doctrine commercialiste de l'Époque moderne, probablement sous l'impulsion du développement du grand commerce en Europe qui entraîne dans son sillage d'importants bouleversements juridiques. Il faut toutefois attendre le XIX^e siècle, pour que la commission de transport soit véritablement consacrée par la

15 M.-P. Dumont, *L'opération de commission*, Paris, Litec, 2000, n° 127.

16 Sur ces débats doctrinaux, voir L. Guignard, *Sous-traitance et transport*, *op. cit.*, n° 571-574.

17 Par exemple, voir N. Dissaux, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Paris, LGDJ, 2007, p. 148-160.

18 Ce corpus d'auteurs s'avère par ailleurs relativement restreint. Pour le constituer, des dépouillements ont été opérés dans l'ensemble des principaux traités, manuels et dictionnaires de droit commercial rédigés entre le XVI^e et la première moitié du XX^e siècle. Ces dépouillements ont permis d'identifier une vingtaine d'auteurs qui ont consacré des développements substantiels et véritablement originaux à la question de la qualification du contrat de commission de transport. Sous l'Ancien Régime, ces développements sont toutefois encore peu fournis et principalement concentrés dans les écrits de L. Turquet de Mayerne, J. Savary, J. Savary Des Bruslons, J. Lemoine de L'Espine, Couchot, J.-F. Rogue, P.-J. Masson, J. Toubeau (sur ces auteurs, *cf. infra*, n° 8). La commission de transport est encore envisagée, de manière marginale, dans les répertoires de J.-N. Guyot et de J.-B. Denisart ou dans le traité manuscrit de de Lorme. Ce corpus d'auteurs s'étoffe à partir de l'époque contemporaine, même si certaines grandes figures du droit commercial comme J.-M. Pardessus se limitent à mentionner l'existence de la commission de transport, sans spécifiquement s'intéresser à la qualification de ce contrat. On a ainsi pu relever d'importants efforts de qualification dans les ouvrages de C.-E. Delvincourt, J.-J. Clamaregan, C. Lyon-Caen, L. Renault, A. Boistel, A. Wahl, L. Lacour, E. Thaller, J. Escarra, ou G. Ripert (sur ces auteurs, *cf. infra*, n° 16). En parallèle, cette question est abordée dans les premiers travaux consacrés spécifiquement à la commission (L.-E. Delamarre, J. Le Poitvin, ou R. Rodière) ou au droit des transports (L. Pouget, ou L. Sarrut).

19 Ces lacunes concernant l'étude de la doctrine commercialistes sont présentées plus en détail *infra*, aux notes 24, 27 et 55.

20 G. Sautel faisait remonter son histoire de la commission au proxénète grec, mais la filiation entre ces deux institutions semble bien douteuse (« L'histoire du contrat de commission jusqu'au code de commerce », *Le contrat de commission. Études de droit commercial*, dir. J. Hamel, Paris, Dalloz, 1949, p. 25).

codification commerciale. Dès lors, une partie des auteurs cherchent à qualifier ce contrat, à l'aune des dispositions du code de 1807.

I. L'émergence de la commission de transport dans l'ancien droit

8. En France, la commission semble avoir été entièrement ignorée par la législation royale jusqu'à la seconde moitié du XVII^e siècle. L'ordonnance sur le commerce de 1673 ne la mentionne d'ailleurs qu'à une seule reprise, afin d'en confier le contentieux aux juridictions consulaires²¹. Cette figure contractuelle est pourtant couramment utilisée par les marchands du royaume depuis le XVI^e siècle, notamment dans le cadre du grand commerce méditerranéen²². Si la naissance exacte du contrat de commission semble se perdre dans les limbes des usages commerciaux, plusieurs praticiens du droit décrivent cette pratique dans des traités juridiques qu'ils consacrent spécifiquement aux thématiques commerciales²³. De tels ouvrages généralistes apparaissent pour la première fois dans les dernières années du XVI^e siècle et la première moitié du XVII^e siècle, avec la publication de monographies comme le *Traicté des négoce et traffiques* (1599) de Louis Turquet de Mayerne, *Le marchand traictant des propriétés et particularitez du commerce ou négoce* (1607) de Voltaire, *L'instruction françoise contenant la vraye méthode de rédiger par escript avec facilité toutes promesses et lettres de change, sociétés des marchands [...] et autres en général* (1642) de Claude de Beaune, ou l'*Usance du négoce* (1656) d'Étienne Cleirac²⁴. Ce faisant, une première ébauche de doctrine commercialiste semble émerger en France, sous l'impulsion de praticiens et de marchands. Cette littérature juridique nouvelle connaît un véritable essor après la promulgation des édits sur le commerce de terre de mars 1673 et sur la marine d'août 1681. Alors que l'ordonnance de 1673 se révèle rapidement très lacunaire, Jacques Savary qui avait participé aux travaux entourant sa rédaction, publie son célèbre *Parfait négociant* qui connaît un immense succès dans les milieux d'affaires²⁵. Dans son sillage, plusieurs juges consuls comme Toubreau, Couchot ou Rogue publient à leur tour de volumineuses monographies consacrées aux questions commerciales. En outre, les ordonnances de 1673 et 1681 sont abondamment commentées par Philippe de Bornier, François de Boutaric, Daniel Jousse, Jacques-Antoine Sallé, Pierre Biarnoy de Merville, René-Josué Valin, ou Balthazar-Marie Émerigon²⁶. Ces juristes, auxquels s'ajoutent encore plusieurs spécialistes de droit cambiaire, forment ainsi un corps cohérent d'auteurs attachés à décrire et à analyser les outils propres au droit commercial d'Ancien Régime²⁷. Il convient toutefois de préciser que

21 *Ordonnance sur le commerce*, mars 1673, titre XII, art. 5 (éd. F.-A. Isambert et al., *Recueil général des anciennes lois françaises*, Paris, Belin-Leprieur, 1829, t. XIX, p. 106).

22 Sur ce point, voir V. Simon, *Les échelles du Levant et de Barbarie. Droit du commerce international entre la France et l'Empire ottoman (XVI^e-XVIII^e siècle)*, thèse dactyl., Université Panthéon-Assas (Paris II), 2014, p. 123-150.

23 Sur la description et l'analyse des usages commerciaux par ces auteurs, voir V. Simon, « L'inscription des usages commerciaux dans l'ordonnement juridique moderne », *RHD*, 2016/2, spéc. p. 294 et s.

24 Ces auteurs sont aujourd'hui très largement ignorés par l'historiographie française et n'ont encore fait l'objet d'aucune étude. Ils ne sont pas même mentionnés dans le *Dictionnaire historique des juristes français (XII^e-XX^e siècle)*, dir. P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen, 2^e éd., Paris, PUF, 2015. La présentation la plus complète de ces juristes a été réalisée par H. Coing, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, München, Beck, 1977, t. II/1 [*Neuere Zeit (1500-1800)*], p. 902-926.

25 Ce succès a notamment été souligné par O. Descamps et R. Szramkiewicz, *Histoire du droit des affaires*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2013, p. 184. Voir également C. Champaud, « Savary ou le Moïse du droit des affaires », *Liber amicorum. Commission Droit et Vie des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 67-92.

26 Sur l'ordonnance de 1673, voir : P. de Bornier, *Conférences des ordonnances de Louis XIV*, Paris, Samson, 1758 ; F. De Boutaric, *Explication de l'ordonnance de Louis XIV concernant le commerce*, Toulouse, Hénauld, 1743 ; D. Jousse, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance du commerce du mois de mars 1673*, Paris, Debure, 1761 ; J.-A. Sallé, *L'esprit des ordonnances de Louis XIV*, Paris, Samson, 1758. Sur l'ordonnance de 1681, voir : P. de Merville, *Ordonnance de la marine du mois d'août 1681 commentée et conférée sur les anciennes ordonnances*, Paris, Osmont, 1715 ; R.-J. Valin, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance de la marine du mois d'août 1681*, La Rochelle, Legier, 1760 ; B.-M. Émerigon, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance de la marine du mois d'août 1681*, Marseille, Mossy, 1780.

27 L'historiographie a longtemps insisté sur la pauvreté de la réflexion de ces auteurs, allant même jusqu'à nier l'existence d'un véritable travail doctrinal en matière commerciale sous l'Ancien Régime : J. Guyadier, « Existait-il une doctrine commercialiste dans l'Ancienne France ? L'exemple des sociétés : titre IV de l'ordonnance sur le commerce de terre du 23

l'importance de l'analyse du contrat de commission est très variable d'un auteur à l'autre. Pratiquement absente chez les auteurs du XVI^e et de la première moitié du XVII^e siècle ainsi que chez les commentateurs des ordonnances²⁸, elle occupe au contraire une place conséquente au sein de l'œuvre du père et du fils Savary, de Toubeau, de Couchot ou de Rogue.

9. Il semble pourtant que ce soit dans l'Italie du XVI^e siècle qu'une figure proche de la commission soit décrite pour la première fois dans la littérature juridique. Dans son célèbre *Tractatus de mercatura seu mercatore*, le jurisconsulte anconitain Benvenuto Stracca évoque en effet le recours régulier des négociants à la figure du mandat²⁹. Rappelant ses caractères essentiels, il affirme que ce contrat demeure gratuit et qu'à défaut, il doit être requalifié en contrat de louage³⁰. Toutefois, dans la pratique quotidienne des affaires, celui-ci serait dépourvu de représentation et dérogerait ainsi au droit commun³¹. L'auteur décrit en effet un mandat particulier obéissant aux usages commerciaux, en vertu desquels le mandataire achète une marchandise ou la fait transporter en son nom propre pour le compte de son mandant :

Disseruit enim super mandato ad emendum merces dato, et his emptis, ad quem periculum pertineat, et si navis his onerata sit, quod mandati forma observanda sit, et praesertim, cum mandatur nomine alicuius merces transmitti : tractat etiam illam mercatorum consuetudinem, ut aliena gerentes negotia nomine proprio possint experire³².

10. Dans son *Traicté des négoes et traffiques* publié en 1599, Louis Turquet de Mayerne décrit, semble-t-il pour la première fois en France, les obligations réciproques du commissionnaire et du commettant³³. À l'instar de Stracca, il assène que « telles commissions données par un marchand à l'autre [...], moyennant provision et salaire, sont proprement louages et conductions, et non mandats, estant l'œuvre et diligence des commissionnaires en ce fait louée, moyennant prix et paiement »³⁴. Dès lors, une première esquisse de la commission peut être distinguée et deux éléments de définition propres à ce contrat semblent affleurer : son caractère onéreux, inhérent à toute opération commerciale, et l'absence de représentation qui découle probablement du besoin des négociants de conserver le secret des affaires³⁵. La rémunération du commissionnaire par le commettant se heurterait au critère de gratuité du mandat et entraînerait par

mars 1673 », *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993, p. 77-111 ; S. Molinier-Potencier, « La naissance de la doctrine commercialiste en Italie et en France », *Méditerranées. Revue du Centre d'études internationales sur la romanité*, 2002/30/31 [*La pratique commerciale*], p. 119-138. De récents travaux tendent néanmoins à revaloriser le rôle de ces auteurs au sein de la pensée juridique moderne : A. Mages, « La doctrine commercialiste avant le Code de commerce », *Liber amicorum. Mélanges réunis en hommage au professeur Jean-Louis Thireau*, dir. A. Dobigny-Reverso, X. Prévost et N. Warembourg [à paraître].

28 À l'exception notable de Louis Turquet de Mayerne.

29 B. Stracca, *Tractatus de mercatura, seu mercatore* : « Mandata, quae ex officio atque amicitia originem trahunt, ut iurisconsultus Ulpianus inquit in L. 1 § mandatorum non minus, quam sponsiones inter mercatores frequentantur : in usu enim quotidiano valde sunt, idcirco praetermissis vulgaribus nonnulla quotidiana ac utilissima » (éd. Lugduni, Sebastianum de Honoratis, 1558, p. 164a). Sur cet auteur, voir V. Piergiovanni, « Stracca, Benvenuto », *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, dir. I. Biocchi, E. Cortese, A. Mattone et M. N. Miletti, Bologna, Mulino, 2013, t. II, p. 1920a-1922a. Sur l'influence de la doctrine italienne sur les commercialistes français, voir enfin J. Hilaire, « Droit du commerce et influence européennes dans le système juridique français », *Droits*, 14, 1991, p. 39 et s.

30 B. Stracca, *Tractatus de mercatura, seu mercatore* : « Mandatum enim nisi gratuitum nullum est ; et interveniente pecunia, res ad locationem, et conductionem potius respicit » (éd. cit., p. 164a).

31 Sur l'affirmation de l'effet représentatif du mandat à partir de l'Époque médiévale, voir J.-L. Gazzaniga, « Mandat et représentation dans l'ancien droit », *Droits*, 1987/6 [*La représentation*], spéc. p. 28-30 ; L. Pfister, « Un contrat en quête d'identité. Jalons pour une histoire de la qualification du mandat », *Le mandat. Un contrat en crise ?*, dir. N. Dissaux, Paris, Economica, 2011, n° 15 et s.

32 B. Stracca, *Tractatus de mercatura, seu mercatore*, op. cit., p. 167a-167b.

33 La vie de Louis Turquet de Mayerne est encore méconnue. Originaire d'une famille piémontaise, il s'établit à Lyon où il épouse la fille d'Antoine Le Masson, trésorier des troupes de François I^{er} et d'Henri II. Turquet de Mayerne y exerce probablement une profession liée au commerce ou à la banque, sans qu'il ait encore été possible d'en déterminer la nature exacte. Converti au protestantisme, il est contraint de fuir à Genève au lendemain du massacre de la Saint-Barthélemy. Sur cet auteur, voir R. Mousnier, « L'opposition politique bourgeoise à la fin du XVI^e siècle et au début du XVII^e siècle. L'œuvre de Louis Turquet de Mayerne », *La plume, la faucille et le marteau*, Paris, PUF, 1970, p. 57-75.

34 L. Turquet de Mayerne, *Traicté des négoes et traffiques*, Genève, Jacques Chouet, 1599, p. 74.

35 Sur la notion de secret des affaires dans l'ancien droit, voir É. Richard, « Quelques aspects tenant au secret des affaires en droit commercial (XVII^e-XIX^e siècles) », *RHD*, 76, 1998, p. 371-407.

conséquent sa requalification en *locatio conductio*. Toutefois, on trouve encore peu de développements substantiels sur ce point chez les auteurs français du XVI^e siècle et de la première moitié du XVII^e siècle. En effet, l'analyse de la commission se développe principalement dans les années qui suivent la promulgation de l'ordonnance sur le commerce de 1673, alors qu'émerge une véritable doctrine commercialiste sous la plume de praticiens du droit et d'acteurs de la vie des affaires.

II. Sans vraiment fournir de définition générale, Jacques Savary décrit minutieusement la pratique de la commission dans son *Parfait négociant* publié en 1675. À cette occasion, il forge une typologie des contrats de commission en fonction de leur objet. Savary distingue alors cinq catégories de commissionnaires : le commissionnaire d'achat, le commissionnaire de vente, le commissionnaire de banque, le commissionnaire d'entrepôt et le commissionnaire des voituriers. Si les commissionnaires des voituriers désignent de simples auxiliaires des transporteurs chargés de les assister dans leur tâche³⁶, les commissionnaires d'entrepôt occupent une place centrale dans le domaine du transport de marchandises. Il s'agit en effet des « personnes demeurantes dans des lieux où les marchandises se déchargent par les voituriers, tant par eau que par terre, qui les y amènent et qui ne passent pas outre, pour les recharger ensuite pour d'autres endroits »³⁷. Ceux-ci sont notamment tenus de conserver et de prendre soin des marchandises dans leurs magasins jusqu'à leur expédition, de négocier les meilleurs tarifs avec les transporteurs et d'informer leurs commettants des arrivés et des départs de marchandises³⁸. Par ailleurs, ceux-ci résident en principe dans les villes d'entrepôt qui présentent un indéniable intérêt économique en ce qu'elles permettent de concentrer la circulation des marchandises autour de grands axes de communication, ainsi que le relate Savary :

Il n'y a rien qui facilite tant le commerce que les villes d'entrepôt, si l'on considère l'avantage qu'en reçoivent les marchands, car il est certain que les voitures seroient plus chères s'il falloit envoyer les marchandises par terre directement d'un lieu en un autre. Par exemple, s'il falloit envoyer directement de Nantes à Paris, ou en Champagne, sur des charrettes, les marchandises qui viennent d'Espagne, Portugal et autres païs estrangers, il en coûteroit davantage de voiture que si on les envoyoit par eau dudit lieu à Orléans, et de ladite ville à Paris par terre, parce que les voitures sont moins chères par eau que par terre.³⁹

12. Cette typologie sera par la suite reprise par certains auteurs postérieurs, comme Savary des Bruslons, Le Moine de L'Espine, Couchot ou Rogue⁴⁰. La qualification du contrat de commission demeure toutefois encore très incertaine. Dans son traité manuscrit sur les usages commerciaux de Marseille⁴¹, de Lorme relève qu'« il n'y a entre le mandat et la commission autre différence, si ce n'est que le mandat est gratuit et sans salaire, parce qu'il tire son origine de l'amitié et du bon office et la commission dont on use dans le commerce a un salaire limité par la coutume, car quant à l'effet du mandat et de la commission, il est égal en toutes choses »⁴². Si le commissionnaire est motivé par « l'espérance du proffit », il est également souvent mû par « la considération du sang de l'alliance et de l'amitié »⁴³ avec ses relations d'affaires, trahissant ainsi le caractère hybride de la commission. Jean-François Rogue qui exerce les fonctions de procureur agréé à plaider devant la juridiction consulaire d'Angers, assimile quant à lui entièrement la

36 J. Savary, *Le parfait négociant* : « La cinquième sorte ou espèce est des personnes qui sont facteurs ou commissionnaires des voituriers, qui prennent le soin, quand ils sont arrivez, de livrer les ballots et caisses de marchandises aux marchands à qui elles appartiennent, de recevoir leur argent, procurer aux voituriers d'autres marchandises pour leur retour, afin qu'ils ne fassent point plus grand séjour aux lieux où ils sont arrivez que celui qui est nécessaire pour leur repos et celui de leurs chevaux » (éd. Paris, L. Billaine, 1675, t. II, p. 176-177).

37 J. Savary, *Le parfait négociant*, op. cit., t. II, p. 176-177.

38 J. Savary, *Le parfait négociant*, op. cit., t. II, p. 178-179.

39 J. Savary, *Le parfait négociant*, op. cit., t. II, p. 177.

40 J. Savary des Bruslons, *Dictionnaire universel de commerce*, Amsterdam, Jansons, 1726, t. I, col. 1325 ; J. Le Moine de L'Espine, *Le négoce d'Amsterdam*, Amsterdam, P. Brunel, 1710, p. 216-240 ; Couchot, *Le praticien des juges et consuls*, Paris, Mouchet, 1742, p. 31-34 ; J.-F. Rogue, *Jurisprudence consulaire et instruction des négociants*, Angers, A. J. Jarvier, 1773, t. II, p. 278-295.

41 Prenant la forme d'un recueil d'usages commerciaux des négociants marseillais, ce traité a été commandé par Colbert en 1680 en vue de préparer la rédaction de l'ordonnance de la marine d'août 1681. Sur ce point, voir J. Chadelat, « L'élaboration de l'ordonnance de la marine d'août 1681 », *RHD*, 1954, p. 236-237.

42 De Lorme, *Traité sur la marine. Usage et coutumes du commerce de Marseille*, 1680 (Paris, BNF, Cinq cents de Colbert, 200, f° 137r°).

43 De Lorme, *Traité sur la marine. Usage et coutumes du commerce de Marseille*, 1680 (Paris, BNF, Cinq cents de Colbert, 200, f° 123r°).

commission au mandat en assénant que « mandant ou commettant sont synonymes », tout comme « mandataire ou commissionnaires sont synonymes »⁴⁴. La même opinion est encore défendue par l'auteur de la notice sur le commissionnaire insérée dans le *Répertoire universel* de Guyot, pour qui « les commissionnaires ne sont que les mandataires des commerçans », dans la mesure où ils sont tenus de « se conformer aux maximes tracées dans le droit pour tous les mandataires »⁴⁵. Ainsi, pour ces juristes, le caractère onéreux de la commission ne semble pas contredire le principe de gratuité du mandat, pourtant martelé par la doctrine civiliste⁴⁶. Dans les dernières années de l'Ancien Régime, cette contradiction est d'ailleurs relevée dans la *Collection de décisions* de Jean-Baptiste Denisart qui considère que la rémunération du commissionnaire « distingue cette espèce de contrat du mandat qui est essentiellement gratuit »⁴⁷.

13. D'autres auteurs affirment au contraire que la commission se rapprocherait du courtage ou du factorage. Dans son *Instruction des négocians*, Philibert-Joseph Masson constate ainsi que « le nom de commissionnaire est synonyme en bien des lieux avec celui de courtier et de facteur »⁴⁸, tout comme Jean Toubeau pour qui « les courtiers sont ordinairement payez au prix qu'ils travaillent, qu'ils agissent pour plusieurs et ne le font qu'autant qu'on leur donne commission »⁴⁹. Ces positions sont toutefois relativement isolées au sein d'une doctrine qui s'attache principalement à décrire les rapports entre commission et mandat. Une partie des auteurs conviennent d'ailleurs que la commission ne saurait être entièrement assimilée à ces contrats. Pour Toubeau, le facteur n'est qu'un domestique des marchands, tandis que le commissionnaire jouit d'une pleine liberté pour mener ses négociations⁵⁰. À l'occasion des travaux préparatoires du projet Miromesnil, l'avocat et député de la Chambre de commerce de Marseille Guillaume-Antoine-Marie Rostagny rappelle quant à lui que les courtiers ne peuvent prétendre au statut de commissionnaire, car il leur est défendu « de faire aucun trafic en leur nom »⁵¹, en vertu de l'ordonnance sur le commerce de 1673⁵².

14. Sous l'Ancien Régime, la qualification du contrat de commission demeure donc très mouvante. Sur cette question, les auteurs ne parviennent en effet jamais à dégager une véritable *communis opinio*. Par ailleurs, les tâtonnements de la doctrine commercialiste se prolongent après la promulgation du code de commerce. Loin de résoudre l'ensemble des questions soulevées par les auteurs, les dispositions du code de 1807 ravivent au contraire la controverse doctrinale entourant la nature de la commission de transport.

II. La codification commerciale et les tentatives de qualification doctrinale

15. Dans les premières années du XIX^e siècle, les codificateurs reprennent partiellement la typologie forgée par Savary en considérant l'opportunité de dispositions spécialement consacrées aux commissionnaires chargés d'organiser le transport de marchandises. Les auteurs du projet Gorneau préconisent ainsi l'introduction d'une section relative aux *Commissionnaires pour le roulage et la navigation intérieure*⁵³. Dans leur *Discours préliminaire au Projet de code*, ils précisent d'ailleurs que les « droits et les devoirs du

44 J.-F. Rogue, *Jurisprudence consulaire et instruction des négociants*, op. cit., t. II, p. 279.

45 J.-N. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, v^o Commissionnaire, Paris, Visse, 1784, t. IV, p. 160a.

46 L. Pfister, « Un contrat en quête d'identité. Jalons pour une histoire de la qualification du mandat », loc. cit., n^o 6 et s.

47 J.-B. Denisart, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, v^{is} Commission, commissionnaire, Paris, Desaint, 1786, t. IV, p. 678a.

48 P.-J. Masson, *Instruction des négocians*, Blois, P.-J. Masson, 1748, p. 8-9.

49 J. Toubeau, *Les institutes du droit consulaire*, Paris, N. Gosselin, 1700, t. II, p. 124.

50 J. Toubeau, *Les institutes du droit consulaire*, op. cit., t. II, p. 138.

51 G.-A.-M. Rostagny, *Mémoire des députés du commerce sur les courtiers*, 1779 (éd. H. Lévy-Bruhl, *Un projet de code de commerce à la veille de la Révolution : le projet Miromesnil (1778-1789)*, Paris, Imprimerie nationale, 1932, p. 88).

52 *Ordonnance sur le commerce*, mars 1673, titre II, art. 2 (éd. cit., t. XIX, p. 95).

commissionnaire qui agit en vertu d'un mandat spécial, sont déterminés par le droit civil »⁵⁴. Cette solution est finalement reprise par les rédacteurs du code de commerce de 1807 qui consacrent, en outre, une section entière aux *Commissionnaires pour les transports par terre et par eau*.

16. Ces dispositions nouvelles suscitent rapidement d'abondants commentaires d'une partie de la doctrine commercialiste. En effet, cette littérature juridique particulière se développe considérablement après la promulgation du code de commerce en 1807, même si l'historiographie semble avoir très largement occulté ce pan de la pensée juridique qui demeure encore aujourd'hui en grande partie une *terra incognita* de la recherche en histoire du droit⁵⁵. Entre 1808 et 1810, trois commentaires du code de commerce sont pourtant publiés par Jean-Baptiste Delaporte, Jean-Guillaume Locré et Claude-Étienne Delvincourt, sur le modèle des commentaires du code civil caractéristiques de la conception exégétique⁵⁶. À partir de 1810, la discipline acquiert une véritable reconnaissance universitaire avec la création de la chaire de droit commercial à la faculté de Paris, occupée par Jean-Marie Pardessus qui publie plusieurs ouvrages fondateurs, comme le *Traité du contrat et des lettres de change* (1809), les *Éléments de jurisprudence commerciale* (1811) ou son célèbre *Cours de droit commercial* (1814-1816). Dans ses écrits, Pardessus rompt par ailleurs avec la méthode du strict commentaire pour se montrer beaucoup plus critique que ses prédécesseurs vis-à-vis du code de 1807, à l'aide d'arguments historiques ou de droit comparé⁵⁷. Dans son sillage, une doctrine commercialiste émerge pour la première fois de l'Université, sous la plume d'auteurs comme Pierre Bravard-Veyrières, Victor Molinier, Joseph Le Poitvin, Alphonse Boistel, Charles Lyon-Caen ou Louis Renault⁵⁸. Au XIX^e siècle, ces travaux académiques cohabitent toutefois encore avec d'importantes monographies publiées par des praticiens. Plusieurs grands traités de droit commercial sont ainsi rédigés par des avocats tels Frémery, Jassuda Bédarride ou Jean-Baptiste Paris, et des magistrats comme Emmanuel Delamarre ou Gabriel Massé. À partir des premières années du XX^e siècle, cette littérature de praticiens tend néanmoins partiellement à se tarir, au profit d'une domination toujours plus forte des écrits universitaires, avec de prestigieuses figures du droit commercial comme Edmond Thaller, Léon Lacour, Albert Wahl, Georges Ripert, Jean Escarra, Joseph Hamel ou René Rodière⁵⁹.

17. Si bon nombre de ces auteurs s'interrogent sur les rapports qu'entretient la commission en général avec le mandat⁶⁰, la qualification de la commission de transport s'avère encore bien plus délicate. Dès 1810,

53 *Projet de code de commerce par la commission nommée par le gouvernement le 13 germinal an IX*, Paris, Imprimerie de la République, an X, p. 50-51.

54 *Discours préliminaire au Projet de code de commerce* (éd. *Projet de code de commerce par la commission nommée par le gouvernement le 13 germinal an IX, op. cit.*, p. XXI).

55 Ce manque a notamment été relevé par N. Hakim et F. Cherfouh, « Histoire de la pensée juridique contemporaine. Hétérogénéité et expansion », *Histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, dir. J. Krynen et B. d'Alteroche, Paris, Classiques Garnier, 2014, p. 124. Pour s'en convaincre, il suffit d'ailleurs de constater le faible nombre de travaux consacrés à cette thématique (*ibid.*, p. 136) ou l'absence de mention du travail des commercialistes dans les travaux portant consacrés à la doctrine (voir par exemple C. Jamin et P. Jestaz, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004). Cette occultation semble d'ailleurs consubstantielle de la démarche commercialiste, ainsi qui le relève Catherine Malecki : « La doctrine civiliste est quasiment la seule qui soit le plus souvent étudiée et citée, parce qu'elle est aussi, peut-être, la seule que entretient la tradition de l'hommage rendu à sa propre doctrine, alors que la plupart des traités de droit commercial, des sociétés, des liquidations judiciaires, bancaire, de droit financier n'évoquent même pas le terme de doctrine. Modestie excessive ou, plutôt, culture différente, voire indifférente ? » (C. Malecki, « La doctrine et le Code de commerce : entre émancipation et reconnaissance », *D'un Code à l'autre. Le droit commercial en mouvement*, dir. P. Le Cannu, Paris, LGDJ, 2008, p. 66). Pour une réflexion plus générale sur le processus de construction de ces identités doctrinales, voir également F. Terré, « La doctrine de la doctrine », *études offertes au doyen Philippe Simler*, Paris, Litec, 2006, p. 59-74.

56 Sur la naissance de la conception exégétique de l'interprétation du code civil, voir N. Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, Paris, LGDJ, 2002, p. 27 et s.

57 Sur la méthode de Pardessus, voir notamment J. Hilaire, « Pratique et doctrine au début du XIX^e siècle. L'œuvre de Jean-Marie Pardessus », *Figures de justice. Études en l'honneur de Jean-Pierre Royer*, dir. A. Deperchin, N. Derasse et B. Dubois, Lille, CHJ, 2004, p. 287-294 ; L. Moscatti, « Au-delà du Code de commerce : quelques réflexions sur l'apport de Jean-Marie Pardessus », *MSHDB*, 2008, p. 397-408.

58 À propos de ces différents auteurs, voir les notices du *Dictionnaire historique des juristes français (XII^e-XX^e siècle)*, *op. cit.*, p. 132, 172, 647-648, 681-682, 740 et 863.

59 *Dictionnaire historique des juristes français (XII^e-XX^e siècle)*, *op. cit.*, p. 876-877, 960, 1011.

60 Pour un bilan synthétique de ces réflexions, voir A. Ponsard, « Le contrat de commission dans le code de commerce et dans la doctrine postérieure », *Le contrat de commission. Études de droit commercial*, dir. J. Hamel, Paris, Dalloz, 1949, p. 55 et s.

Delvincourt affirme par exemple que les liens qui unissent le commettant au commissionnaire de transport forment « des contrats mixtes, c'est-à-dire qui participent de la nature de deux sortes de contrats : le louage et le dépôt nécessaire »⁶¹. Le commissionnaire dispose en effet d'un privilège sur les marchandises transportées⁶² comparable au privilège du bailleur sur les meubles garnissant le local loué tel qu'il est prévu par l'article 2102 du code civil de 1804. En outre, la commission de transport se rapproche du dépôt nécessaire⁶³, puisque le commissionnaire, à l'instar du dépositaire, engage en principe sa responsabilité en cas de perte de la chose ou d'avarie⁶⁴. Au milieu du XIX^e siècle, cette analyse est encore partagée par les auteurs du *Répertoire Dalloz*, pour qui la commission « qui a pour objet le transport, offre peu de choses du mandat ; c'est principalement un louage d'industrie qui tient aussi des principes du dépôt »⁶⁵. L'avocat spécialiste du droit des transports Louis Pouget explique ce rattachement de la commission au dépôt en précisant que le commissionnaire « est chargé pour un certain temps de la garde de la chose » et qu'« il en est dès lors dépositaire, et est soumis par conséquent à toutes les obligations résultant du dépôt »⁶⁶. Pour ces auteurs, la commission de transport semble ainsi irrémédiablement s'écarter de la figure du mandat qui constituait pourtant son creuset initial.

18. D'autres, comme l'avocat parisien Jean-Jules Clamageran⁶⁷, critiquent néanmoins ce rattachement de la commission au louage d'industrie en invoquant une différence fondamentale de nature, relative à l'objet respectif de chacun de ces contrats. Là où le locateur accomplit une tâche matérielle ou intellectuelle sans idée de représentation, le commissionnaire s'engage en effet à conclure des actes juridiques pour le compte du commettant⁶⁸. En l'espèce, le commissionnaire se limite donc à négocier avec les voituriers et à organiser les opérations de transport, sans intervenir matériellement dans celles-ci. Après avoir écarté toute parenté avec la *locatio-conductio*, Clamageran définit au contraire la commission comme une variante commerciale du mandat, suivant que les actes conclus portent sur « une opération civile ou une opération commerciale : dans le premier cas il y a mandat, dans le second cas commission »⁶⁹. Cette opinion est encore abondamment développée par Louis-Emmanuel Delamarre et Joseph Le Poitvin dans leur *Traité du contrat de commission*, où la qualification de cette figure contractuelle devient prétexte à un véritable plaidoyer en faveur de l'autonomie du droit commercial⁷⁰ :

Ainsi, droit civil et droit commercial. C'est une erreur de dire, comme on le répète si souvent, que celui-ci n'est qu'une exception de l'autre. Chacun d'eux est *sui generis*, quant aux affaires qui lui appartiennent. [...] Conséquemment aussi le mandat civil et le mandat commercial sont deux contrats *sui generis*, dont chacun, approprié à un ordre distinct d'affaires, et s'appliquant, dans cet ordre, à des cas divers, peut se diviser et se divise effectivement en diverses espèces. Mais, bien que par la nature spéciale de leur objet respectif, ils constituent deux genres distincts, ils n'en conservent pas moins des rapports communs, par cela seul qu'ils sont conventions de mandat. L'un et l'autre prennent leur source dans le besoin de remettre en des mains étrangères le soin d'une

61 C.-E. Delvincourt, *Institutes de droit commercial français*, Paris, Durand, 1810, t. I, p. 56.

62 C. com., art. 93 (éd. 1807).

63 Sur l'émergence de cette notion, voir J. Charriaud, *Le contrat de dépôt (XII^e-XVI^e siècle) : une figure contractuelle protéiforme*, thèse dactyl., Université Panthéon-Assas (Paris II), 2016, p. 91-99.

64 C. com., art. 98 (éd. 1807).

65 *Répertoire Dalloz*, v^o Commissionnaire (éd. Paris, BJG, 1848, t. IX, p. 85b).

66 L. Pouget, *Du transport par eau et par terre*, Paris, A. Durand, 1859, t. II, p. 4-5.

67 Sur cet auteur, voir R. Sanson, « Clamageran Jean-Jules (1827-1903) », *Les immortels du sénat (1875-1918). Les cent seize inamovibles de la Troisième République*, Paris, Publications de la Sorbonne, 1995, p. 279-283.

68 J.-J. Clamageran, *Du louage d'industrie, du mandat et de la commission* : « L'objet du louage d'industrie est un certain travail, un simple fait matériel ou intellectuel, un fait qui, par lui-même, n'a aucun caractère juridique, exclusif de toute idée de représentation d'une personne par une autre, exécuté pour celui qui le commande, mais non pour son compte et jamais en son nom. Au contraire, quand il s'agit du mandat ou de la commission, le fait promis est un *acte juridique*, une opération de droit, acte qui entraîne nécessairement des obligations de la part des tiers ou vis-à-vis d'eux, acte accompli au nom du mandant, quelquefois au nom du commettant, toujours pour le compte de l'un ou de l'autre » (éd. Paris, A. Durand, 1856, p. 411).

69 J.-J. Clamageran, *Du louage d'industrie, du mandat et de la commission*, Paris, A. Durand, 1856, p. 412.

70 Ces deux auteurs reprendront d'ailleurs ces arguments dans leur *Traité théorique et pratique de droit commercial*, ainsi que le relève A. Mages, « Le manuel de droit commercial : vecteur d'autonomie (XIX^e-milieu du XX^e siècle) », *Histoire des manuels de droit. Une histoire de la littérature juridique comme forme du discours universitaire*, dir. A.-S. Chambost, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, p. 158-159.

affaire que l'on ne veut pas, et que, le plus souvent, on ne peut conduire soi-même. Et tous deux reposent sur une confiance mutuelle dont la bonne foi doit être le premier, le plus sûr garant⁷¹.

19. En outre, la diversité des pratiques relatives au transport fait bien souvent obstacle à toute tentative de qualification rigoureuse. À la fin du XIX^e siècle, Charles Lyon-Caen et Louis Renault relèvent notamment qu'il est rare que le commissionnaire de transport s'en tienne désormais simplement à organiser le transport avec les voituriers⁷². Il devient en effet fréquent que le commissionnaire se charge lui-même d'une partie du transport. Cette confusion des activités se révèle même tout à fait courante dans le domaine du transport ferroviaire qui connaît un développement considérable depuis le milieu du XIX^e siècle⁷³. Lorsqu'une marchandise doit circuler sur le réseau de plusieurs compagnies de chemin de fer, chacune d'elles la transporte par exemple en qualité de voiturier sur ses propres lignes et en qualité de commissionnaire, lorsqu'il s'agit de la remettre à la compagnie suivante. De la même manière, il arrive également que le commissionnaire chargé de faire transporter des marchandises par rail s'occupe également de camionner lui-même les marchandises de son commettant jusqu'à la gare. Pour ces raisons, Lyon-Caen et Renault décident de séparer la commission en général de la commission de transport qu'ils choisissent de traiter dans un chapitre relatif au contrat de transport⁷⁴. Ils y relèvent d'ailleurs les différences qui distinguent les deux notions, notamment du point de vue de la rémunération du commissionnaire. Alors que tous les commissionnaires sont en principe rétribués par un droit de commission calculé sur le volume des marchandises qui transitent entre leurs mains, le commissionnaire de transport est au contraire rémunéré par un simple forfait⁷⁵. Bien qu'ils ne le formulent jamais en ces termes, Lyon-Caen et Renault semblent ainsi sous-entendre que la nature de la commission de transport serait plus proche du contrat de transport que de la commission.

20. Dans les mêmes années, cette conclusion radicale est expressément formulée par l'avocat nîmois Louis Sarrut, dans un ouvrage consacré au transport ferroviaire et préfacé par Lyon-Caen. Pour lui, la rémunération forfaitaire permet au commissionnaire de transport de spéculer sur le coût du transport, faisant ainsi de lui un véritable entrepreneur de transport et non un simple commissionnaire⁷⁶. La même thèse est encore soutenue par Alphonse Boistel, pour qui « les commissionnaires de transport ne sont pas des commissionnaires ». Selon lui, il s'agirait au contraire d'entrepreneurs de transport chargés d'opérer une entremise⁷⁷. Cette confusion avec le contrat de transport est également relevée par Léon Lacour ou Albert Wahl, au motif que la plupart des « commissionnaires de transports sont en même temps voituriers »⁷⁸ et que « les obligations des uns et des autres sont à peu près les mêmes »⁷⁹. Sous la plume de Wahl, la catégorie de la commission de transport semble même encore un peu plus se déliter, puisqu'il y inclue également les agences de voyages qui commencent à se développer dans les premières décennies du

71 L.-E. Delamarre et J. Le Poitvin, *Traité du contrat de commission*, Paris, N. Delamotte, 1840, t. I, p. 14-17.

72 C. Lyon-Caen et L. Renault, *Traité de droit commercial*, 2^e éd., Paris, Cotillon, 1891, t. III, p. 401.

73 F. Caron, *Les grandes compagnies de chemin de fer en France*, Genève, Droz, 2005, p. 15 et s.

74 C. Lyon-Caen et L. Renault, *Traité de droit commercial*, *op. cit.*, t. III, p. 308-309.

75 C. Lyon-Caen et L. Renault, *Traité de droit commercial*, *op. cit.*, t. III, p. 402.

76 L. Sarrut, *Législation et jurisprudence sur le transport des marchandises par chemins de fer* : « En fait le commissionnaire est presque toujours en même temps voiturier [...]. Il est résulté de là que les expéditeurs ont préféré traiter à forfait avec les commissionnaires. On donne au commissionnaire une somme déterminée moyennant laquelle il devra faire parvenir les marchandises à destination. À lui de s'arranger avec le voiturier ; il réalisera des bénéfices ou éprouvera des pertes suivant le prix que le voiturier lui prendra. Mais alors le commissionnaire ne touche pas un droit de commission, il est payé pour l'opération du transport, il spéculé pour son propre compte, il fait une entreprise de transport. On ne peut donc pas dire, en droit, qu'il soit commissionnaire : il est entrepreneur de transport » (éd. Paris, Imprimerie et librairie centrales des chemins de fer, 1874, p. 5).

77 A. Boistel, *Cours de droit commercial*, Paris, A. Fontemoing, 1890, p. 374-375.

78 A. Wahl, *Précis théorique et pratique de droit commercial*, Paris, Sirey, 1922, p. 421.

79 L. Lacour, *Précis de droit commercial*, Paris, Dalloz, 1912, p. 548.

XX^e siècle⁸⁰. Cette figure contractuelle semble ainsi pouvoir se dégager du strict transport de marchandises, pour être également appliquée au transport de personnes.

21. Ces théories formulées par Lyon-Caen, Renault, Boistel et, plus tard, par Lacour ou Wahl font l'objet de vives critiques à partir des dernières années du XIX^e siècle. Dans son *Traité élémentaire de droit commercial*, Edmond Thaller défend en effet un retour à une qualification plus classique, en insistant sur le rattachement de la commission de transport à la notion générale de contrat de commission⁸¹. Il définit en effet le commissionnaire de transport comme « un mandataire qui se charge de conclure un transport avec un voiturier pour le compte d'un commettant expéditeur »⁸². Tout en reconnaissant que la question de sa qualification n'a « qu'un médiocre intérêt dans la pratique »⁸³, il décrit néanmoins la commission comme un mandat salarié⁸⁴. En outre, Thaller développe pour la première fois une dimension réflexive dans son analyse en comparant les écrits de ses prédécesseurs, afin de les critiquer⁸⁵.

22. Les écrits de Thaller sont eux-mêmes partiellement repris par Jean Escarra qui considère que la commission de transport n'est pas assimilable au contrat de transport. Il rappelle que le commissionnaire de transport n'est qu'une partie au contrat de transport et que ses obligations vis-à-vis du commettant sont régies par les règles générales applicables à tous les contrats de commission⁸⁶. Malgré les critiques de certains auteurs⁸⁷, Georges Ripert estime lui-aussi que la « rédaction défectueuse » du code de commerce exercerait « une influence fâcheuse sur la doctrine » qui aurait « sans cesse confondu en France la commission de transport et le transport »⁸⁸. Loin de résoudre toutes les complexités inhérentes à la qualification de ce contrat, Ripert propose au contraire d'opérer une nouvelle distinction entre le commissionnaire chargé d'effectuer un transport de personnes et celui chargé d'un transport de marchandises. Alors que le premier serait pleinement un mandataire commercial, le second exercerait à la fois en qualité de commissionnaire et de transporteur puisqu'il se chargerait nécessairement d'une partie du transport⁸⁹. La confusion entre la commission et le contrat de transport qui serait le produit d'un « incroyable désordre de l'esprit » causé par une rédaction « déplorable »⁹⁰ du code, est encore dénoncée par le doyen Rodière. En principe, le commissionnaire de transport est en effet tenu d'accomplir des actes juridiques, tandis que le voiturier exécute des opérations matérielles⁹¹. Lorsque le commissionnaire se

80 A. Wahl, *Précis théorique...*, *op. cit.*, : « La personne désireuse d'obtenir le transport peut, pour faciliter l'opération, s'adresser à un professionnel qui, pour son compte, contractera : pour le transport de voyageurs, par exemple, quand le trajet est compliqué, des agences spéciales se chargent de faire dresser l'itinéraire en tenant compte des désirs des voyageurs. Elles font les démarches nécessaires dans ce but auprès des compagnies de chemin de fer. À cette commodité s'ajoute souvent celle d'avoir en même temps des indications d'hôtels, des chambres retenues, etc. Ces agences fonctionnent surtout pour les voyages de vacances et d'agrément. Elles sont des commissionnaires de transport. » (éd. cit., p. 421).

81 À propos de cet auteur, voir F. Garnier, « Edmond-Eugène Thaller (1851-1918) et les *Annales de droit commercial* », *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, dir. N. Hakim et F. Melleray, Paris, Dalloz, 2009, p. 159-196.

82 E. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, 1^{re} éd., Paris, Arthur Rousseau, 1898, p. 589-590.

83 E. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, *op. cit.*, p. 526.

84 E. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, *op. cit.*, p. 524.

85 E. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, *op. cit.*, p. 524-526.

86 J. Escarra, *Manuel de droit commercial*, Paris, Sirey, 1948, p. 644.

87 Les thèses développées par Thaller et reprises par Escarra ou Ripert sont en effet loin de faire l'unanimité au sein de la doctrine. Certains considèrent toujours que « la commission de transport est intimement liée au contrat de transport lui-même. Elle participe à sa nature. Le contrat de transports, comme l'ont constaté tous les auteurs, est doué d'une grande puissance d'attraction : il attire à lui un certain nombre d'opérations et de contrats annexes qui viennent se fondre dans son unité » (P. Bailly, « La commission de transport », *Le contrat de commission. Études de droit commercial*, dir. J. Hamel, Paris, Dalloz, 1949, p. 240).

88 G. Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1951, p. 913.

89 G. Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, *op. cit.*, p. 913-914.

90 R. Rodière, « Études sur la commission de transport », *RTDcom*, 1957, p. 6.

91 Ce critère sera notamment repris par L. Peyrefitte, pour qui « le transporteur promet d'acheminer la marchandise à destination par ses propres moyens, c'est-à-dire en accomplissant des actes matériels, alors que le commissionnaire de transport promet de faire parvenir la marchandise à destination en utilisant les services d'autres agents de transport » (« Le commissionnaire de transport et les autres auxiliaires de transport en droit français », *D.*, 1978, p. 214).

charge en personne d'une partie du transport, il serait néanmoins nécessaire d'opérer une distinction⁹². S'il est matériellement possible de dissocier les deux types d'opérations, Rodière estime qu'il existe deux contrats successifs : un contrat de transport et un contrat de commission. En revanche, lorsque les différentes activités sont si intimement entremêlées qu'il est impossible de les distinguer, il faudrait alors considérer que le principal l'emporte sur l'accessoire. Toutefois, Rodière refuse de rattacher la commission au mandat, en raison de la liberté laissée au commissionnaire par son commettant⁹³.

23. L'histoire de la qualification de la commission de transport semble ainsi relever d'un processus d'autonomisation progressive. Si ce contrat se rattache encore à la figure du mandat dans les écrits de Stracca, il s'en écarte sous la plume de Turquet de Mayerne, en raison de son caractère onéreux et de son absence d'effet représentatif. De la même manière, à la fin du XIX^e siècle, d'aucuns relèvent une différence de nature entre la commission de transport et le modèle général de la commission. Alors que la plupart des auteurs du XIX^e siècle blâment la médiocrité du code de commerce⁹⁴, ces difficultés de qualification s'expliquent également par les importantes mutations qui s'opèrent dans la pratique des commerçants. La nécessité d'avoir recours à un mandat onéreux paraît en effet indissociable du développement du commerce lointain sous l'Ancien Régime, en ce qu'il impose d'organiser des flux de marchandises de plus en plus complexes entre des opérateurs de plus en plus éloignés. De la même manière, la confusion entre la condition de commissionnaire de transport et celle de voiturier s'avère contemporaine de l'apparition de nouvelles pratiques dans le domaine des chemins de fer qui consistent à faire circuler une même marchandise sur les voies de plusieurs compagnies ferroviaires. De surcroît, la question de la commission de transport de personne s'avère tout à fait contemporaine de l'apparition des premières agences de voyage destinées au grand public.

24. La cacophonie doctrinale entourant la commission de transport pourrait ainsi simplement résulter de l'incapacité des auteurs à s'adapter à une pratique contractuelle en constante transformation, traduisant par là même un certain primat des considérations économique sur le strict raisonnement dogmatique en matière commerciale. Cette recherche éperdue de cohérence juridique et d'harmonie conceptuelle paraît en effet vouée à l'échec lorsqu'elle s'applique à une notion aussi mouvante⁹⁵. Ce phénomène est d'ailleurs parfaitement décrit par le doyen Roubier, pour qui « les efforts que les juristes se croient obligés de faire, en face d'un fait ou d'un acte original, pour le faire rentrer dans les catégories existantes, n'aboutissent souvent qu'à violenter la réalité, et doivent être en pareil cas abandonnés si l'on veut répondre aux besoins véritables de la vie économique »⁹⁶. En effet, force est de constater que plus de quatre siècles de controverse juridique n'ont jamais permis de lever le mystère de la prétendue nature de la commission de transport.

Victor SIMON

Université de Reims Champagne-Ardenne

CEJESCO

victor.simon@univ-reims.fr

92 R. Rodière, « Études sur la commission de transport », *loc. cit.*, p. 7-10.

93 R. Rodière, « Études sur la commission de transport », *loc. cit.*, p. 11.

94 J. Hilaire, *Introduction historique au droit commercial*, Paris, PUF, 1986, p. 123-125. Ces critiques formulées contre la codification commerciale sont par ailleurs sous-tendues par un ensemble d'arguments historiques. Sur ce dernier point, voir V. Simon, « Le récit des origines du droit commercial : la doctrine commercialiste et l'argument historique », *RTDcom*, 2018/2, p. 302 et s.

95 Cette difficulté a notamment été relevée par C. Atias, pour d'autres branches du droit : « aucune règle n'interdit de se livrer, sur le code de la consommation, au travail d'enrichissement analogique dont a bénéficié le code civil ; il semblerait pourtant hors saison, impropre, incongru et, en toute hypothèse, fort peu convaincant. Ces nuances ne s'apprennent guère. Elles se perçoivent à l'usage » (*Épistémologie juridique, op. cit.*, p. 197).

96 P. Roubier, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1951, p. 17.