

U n i d r o i t

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ

COMITÉ D'ÉTUDE EN MATIÈRE DE COMMISSION DE TRANSPORT

Note du Secrétariat

concernant la position juridique du commissionnaire

"ducroire" dans la commission de transport.

Rome, Avril 1956

I N D E X

1.	Avant-propos	Page	3
2.	La clause "ducroire" dans le mandat et dans la commission	"	5
3.	La clause "ducroire" dans la commission de transport	"	8
4.	Les conséquences de fait de "se porter ducroire" entre commettant et commissionnaire de transport	"	11

- - -

1. Avant - propos

La clause par laquelle quelqu'un qui gère les affaires d'autrui se porte garant vis-à-vis de cette personne pour la bonne fin des créances nées au cours de cette gestion, tire son origine de la pratique commerciale italienne et française où elle s'est développée après le XI^{ème} siècle; elle n'a pas de précédents en droit romain.

Une telle stipulation consiste en général en une clause, expresse ou implicite, d'un contrat de mandat ou de commission, mais elle peut également se présenter sous une forme indépendante. Cette clause nous porte sur un terrain juridique aussi difficile que controversé. Nul n'ignore, en effet, qu'à défaut de précédents dans le droit romain auxquels on puisse se référer en la matière, seule la doctrine juridique plus moderne est parvenue à distinguer avec clarté la représentation du mandat, le pouvoir ayant une efficacité externe de l'autorisation n'ayant qu'une efficacité purement interne. Il est tout aussi bien connu que certains auteurs et certains systèmes juridiques considèrent la commission comme une sous-variété du mandat, tandis que d'autres auteurs et d'autres systèmes en font un contrat à part, et, enfin, que, tant pour les uns que pour les autres, la commission produit certains effets identiques ou semblables à ceux de la représentation, même à défaut d'un pouvoir et d'une volonté de représentation qui les justifient.

A cette difficulté d'ordre - pour ainsi dire - général, vient s'en ajouter une autre, plus grave et étroitement liée au thème particulier qui nous occupe. La commission de transport est un contrat qui, en vertu de son double aspect d'activité juridique et d'activité industrielle - qui le rapproche d'une part du contrat de mandat (ou de commission) et d'autre part du contrat de transport - a été compris et réglementé dans les différents

systèmes de droit tantôt surtout sous le premier aspect et tantôt surtout sous l'autre aspect.

Enfin, comme si toutes ces difficultés ne suffisaient pas, il s'en ajoute encore une troisième, qui semble même, tout au moins en partie, être insurmontable, parce qu'elle dérive de ce que la doctrine comme la jurisprudence sont plutôt rares au sujet de la clause du croire dans la commission de transport: et cette insuffisance, sur le plan doctrinal et jurisprudentiel, rend risquée et sûrement erronée toute affirmation péremptoire en cette matière.

Pour le moment, nous pouvons dire qu'un système donné tend vers une direction donnée et qu'un autre système tend vers une direction différente; mais nous ne pouvons nullement affirmer quelle est la position prise par les différents systèmes sur toutes les questions auxquelles peuvent donner lieu la commission de transport et, en particulier, la clause du croire, même si l'examen ne se limite qu'à quelques systèmes de droit fondamentaux seulement. Cette dernière difficulté s'avère encore plus grave sur le terrain du droit comparé du fait qu'à toute évidence, le sens de la clause du croire ne peut être le même dans les systèmes de droit qui rapprochent la commission de transport du mandat et dans ceux qui la rapprochent du transport: ce qui a pour conséquence en réalité qu'on finit par employer un même terme dans deux sens différents en l'appliquant à des conceptions qui ne coïncident entre elles qu'en apparence et qui ne peuvent être comparées directement.

Si l'on réfléchit à ce qui précède, il apparaît clairement que, pour être sérieuse, une étude comparative devrait avoir une portée extrêmement vaste et qu'elle devrait comprendre en tout cas les problèmes fondamentaux de la représentation, du mandat, de la commission et de la commission de transport: il

n'est pas possible de donner une telle étendue ici à cette étude. L'exposé qui suit doit donc s'entendre à la lumière et dans les limites de ces prémisses. Il faudra avant tout tenir compte du fait que cet exposé part avant tout de la conviction que le lecteur est déjà au courant des différentes conceptions qui divisent le monde du droit dans les matières auxquelles se rattache d'une façon ou d'une autre, le ducroire.

2. La clause "ducroire" dans le mandat et dans la commission

Le "ducroire" (star del credere) naquit en Italie comme un moyen de défense pour le commettant qui, selon la pratique italienne, n'acquerrait jamais une action directe contre le commissionnaire. C'est ainsi que le ducroire ne garantissait pas tant la solvabilité du débiteur qu'avant tout la ponctualité du recouvrement de la créance qu'il était sinon impossible, pour le commettant, d'exiger d'une autre manière. Du reste, il semble que la jurisprudence française se soit également orientée aujourd'hui dans un tel sens (cf. GORÉ, Le commissionnaire ducroire, dans Le contrat de commission, Paris 1949, p. 297). Le "promittens star del credere assumit in se omne periculum", notait déjà CASAREGIS (Dist. 56, n° 20), en d'autres termes qu'il n'assume pas seulement le risque de l'insolvabilité du tiers contractant, mais celui de toute autre éventualité qui pourrait empêcher ce dernier de s'acquitter ponctuellement de sa dette: "solent mercatores alienas merces recipientes cum mandato vendendi ad tempus, certa mercede constituta promittere: star delle dette et credere, et addunt se praestatueros pecunias et ut vulgari sermone dicitur: far boni affari" (STRACCHIA, cit. in GRÜNHUT, Das Recht des Commissionshandels, Wien 1879, p. 346).

Le droit moderne affirme au contraire (sauf l'exception susmentionnée de la France et l'opinion opposée de quelques auteurs) en général qu'au commettant peuvent être opposées par le commissionnaire les exceptions qui pourraient être opposées à ce dernier par le tiers contractant (c'est ainsi que s'exprime textuellement le § 394, al. 2, du HGB) parce qu'on part du principe que la responsabilité du commissionnaire ne doit pas aller au-delà de son devoir normal de prudence dans le choix des personnes avec lesquelles il entend contracter dans l'intérêt du commettant (cf. aussi, récemment, MINERVINI, Il mandato, la commissione, la spedizione, dans VASSALLI, Trattato di diritto civile italiano, Torino 1942, n° 45). Ceci signifie, en substance, que le fait de se porter du croire fait naître à charge du commissionnaire une obligation fidéjussive (GRÜNHUT, op.cit., p. 350; SRAFFA, Del mandato commerciale e della commissione, Milano, sans date, 205) et telle est la doctrine la plus répandue dans les systèmes allemand et italien, nonobstant l'objection bien connue d'après laquelle le commettant n'est pas en réalité le titulaire d'une créance vis-à-vis du tiers qui puisse lui être garantie.

Il est en effet facile de répondre à cette objection que la créance garantie n'appartient au commissionnaire que d'un point de vue formel, tandis que dans les rapports internes entre commissionnaire et commettant, elle appartient à ce dernier. D'ailleurs, les auteurs qui ne se contentent pas de cette réponse finissent ensuite par affirmer que le fait de se porter du croire crée un rapport semblable au rapport de fidéjussion (cf. DÜRINGER-HACHENBURG, Das Handelsgesetzbuch, vol. 5 - BING et LEHMANN, Mannheim, 1932, § 394, II), ce qui évidemment n'est guère différent.

Pour compléter ce qui vient d'être dit, il faut remarquer, ce qui est évident en soi, que le commissionnaire ne jouit pas du bénéfice de discussion puisque, vis-à-vis du commettant, il n'existe qu'un seul débiteur, c'est-à-dire lui-même.

Dans le système français, par contre, vu la tendance portant à couvrir par le ducroire tout risque quelconque du commettant, on préfère concevoir la clause en question comme un cas d'assurance (assurance du crédit), quand on ne va pas jusqu'à affirmer (tout récemment GORÉ, op.cit., p. 302) qu'elle constitue une institution juridique sui generis, ce qui ne sert d'ailleurs pas à résoudre le problème mais suffit à mettre en évidence les graves difficultés qu'il présente ainsi que l'incertitude qui règne à ce sujet dans la doctrine.

Dans la common law, l'expression "del credere" apparaît pour la première fois vers la fin du XVIII^{ème} siècle (cf. CHORLEY, Del credere dans LQR, XLV (1929), p. 221, où l'auteur suit pas à pas l'évolution jurisprudentielle de cet institut juridique), et la clause qui porte ce nom ne semble pas se rattacher directement à celle que nous venons d'examiner en droit italien. Aux fins de la présente étude, il convient toutefois de mettre en relief, d'une part, le fait que selon la common law, le commissionnaire "del credere" répond uniquement de l'insolvabilité du débiteur, et d'autre part, que le contenu de son obligation correspond toujours à une somme d'argent (cf. BOWSTEAD, A Digest of the Law of Agency, London 1944, p. 3). Ce dernier caractère de cette institution juridique anglaise exclut qu'elle puisse s'appliquer directement à la commission de transport - que la doctrine anglaise n'a traitée que dans une mesure fort limitée - tandis que l'existence de cette institution n'exclut pas, au contraire, que, même en droit anglais, on puisse introduire une responsabilité du commissionnaire qui ne se différencierait guère de celle du commissionnaire de transport français dont il est question au paragraphe suivant.

3. La clause "ducroire" dans la commission de transport

Les divergences existant entre les différents systèmes au sujet de la clause ducroire ne sont donc pas fort graves d'un point de vue pratique; et en substance, elles se limitent à ce que l'on tend à élargir dans le système français la responsabilité du commissionnaire (ou du mandataire) qui s'est porté garant pour le tiers contractant, tandis que dans les autres systèmes on tend à restreindre cette même responsabilité.

Ces divergences apparaissent toutefois plus graves et changent surtout d'aspect lorsque l'on étudie le ducroire en relation avec la commission de transport.

Avant d'examiner ces divergences, il est opportun en tout cas de rappeler encore une fois que sur cette question, la doctrine, la jurisprudence et même les sources législatives sont insuffisantes et permettent mal de connaître avec exactitude la position des différents systèmes. Ceci démontre - et il est utile de le souligner - qu'en pratique, le problème ne se présente pas.

Aucune difficulté particulière ne surgit pour les systèmes (Allemagne, Italie, etc.) où la commission de transport est considérée comme une véritable sous-variété du mandat, et où s'appliquent par conséquent les règles du mandat, sauf les dérogations prévues par la loi et par le contrat. Dans ces systèmes, la clause ducroire, lorsqu'elle est appliquée à la commission de transport, devrait avoir pour effet de rendre le commissionnaire garant de l'activité du transporteur: le seul point sur lequel une discussion pourrait naître est celui de savoir si cette clause de garantie, n'ayant pas pour objet une obligation pécuniaire, peut-être ou non assimilée entièrement au "del credere" selon sa configuration traditionnelle (cf. aussi n° 2 in fine). Cette question ne peut être discutée ici car elle exige d'être posée

sur une base théorique bien plus vaste, et par contre ne présente presque aucun intérêt sur le plan pratique parce que, pour autant que nous ayons pu le constater, le ducroire est bien loin d'être fréquent dans la commission de transport.

En matière d'expédition, en effet, dans les systèmes qui viennent d'être mentionnés, les deux situations plus fréquentes sont les suivantes :

- ou bien celui, qui reçoit la marchandise pour en procurer le transport au bénéfice de quelqu'un, agit comme mandataire, et alors il se limite à conclure les contrats nécessaires en son nom propre mais pour le compte de l'envoyeur;

- ou bien encore celui qui reçoit la marchandise se charge de la faire arriver à destination, en en assumant lui-même la responsabilité, sans qu'il dispose cependant nécessairement de moyens de transport propres, ce qui lui confère la figure juridique d'un entrepreneur de transports et l'assujettit aux règles relatives au contrat de transport; en d'autres termes, il est un transporteur.

Par contre, dans le système français, nul ne l'ignore, la loi (C. Comm. art. 97, 98, 99) rend le commissionnaire responsable en tout cas du transport. La majorité de la doctrine interprète ces dispositions dans le sens que la commission de transport comprendrait implicitement une clause ducroire, justifiée par la circonstance que l'envoyeur n'est pas à même de contrôler le transporteur, ou les différents transporteurs auxquels la marchandise sera successivement confiée. Il ne faut pas oublier cependant que certains auteurs particulièrement autorisés (THALLER et PERCEROU, Traité élémentaire de droit commercial, Paris 1931, n° 1229; JOSSERAND, Les transports, Paris 1926, n° 735) se rapprochent de très près de la thèse qui l'emporte dans les autres systèmes, et soutiennent que, pour le droit français, le

commissionnaire de transport est, à proprement parler, un entrepreneur de transport, un entrepreneur comme l'est, dans sa sphère d'action, l'entrepreneur de constructions.

Les objections qui ont été faites récemment contre cette théorie (BAILLY, La commission de transport dans Le contrat de commission, Paris 1949, p. 265) ne semblent pas ailleurs guère convaincantes, car on voudrait, grâce à elles, même soutenir l'impossibilité d'une configuration juridique de l'entrepreneur de transport, qu'au contraire des Codes récents, tel l'italien, ont expressément prévue (C.Civ. it. art. 1741), tandis qu'il est clair par ailleurs que la nature et les effets du contrat ne peuvent dépendre des moyens dont les parties disposent pour l'exécuter. L'erreur théorique de Josserand provient, le cas échéant, de ce qu'il envisage l'entrepreneur de transports comme une espèce de mandataire, c'est-à-dire de ce qu'il ne reconnaît pas que pour être transporteur, il n'est nullement nécessaire de disposer de moyens de transport propres; en effet, l'entrepreneur exécute précisément son obligation en se servant de moyens de transport appartenant à d'autres personnes dont il s'assure les services en stipulant avec elles les contrats nécessaires.

Ceci est d'ailleurs clairement mis en lumière dans le traité de Thaller revu par Percerou. C'est ainsi que, selon cette opinion fort autorisée, dans le système français, on se trouverait ainsi tout simplement en présence d'une inversion technico-législative par rapport aux systèmes allemand et italien: tandis que dans ces derniers le commissionnaire n'assume le risque du transport que lorsqu'il en fait expressément la déclaration, dans le système français, il assume ce risque sauf stipulation contraire. Toutefois, avant d'affirmer qu'il existe dans les systèmes allemand et italien un contrat de commission de transport, il faut examiner de près les faits pour voir si les parties

n'ont pas conclu au contraire un contrat de transport pur et simple. Et l'on peut donc dire que substantiellement tous les systèmes coïncident, sauf que certains considèrent comme normal le cas qui pour d'autres présente au contraire un caractère exceptionnel, ce qui n'a cependant aucune incidence sur la notion juridique correspondante. Si l'on prend les différents systèmes, on constate que le "del credere" ou bien n'est pas pris en considération expressément ou bien est utilisé comme un instrument logique pour expliquer la réglementation législative.

4. Les conséquences du fait de "se porter ducroire" entre commettant et commissionnaire de transport

Etant donné cette position de la doctrine juridique dans les différents systèmes de droit, il est sans intérêt de rechercher quels sont les effets, entre commettant et commissionnaire de transport, de l'éventuelle clause expresse de "del credere", que les parties auraient insérées dans le contrat. Nous avons vu plus haut (cf. n° 2) que le système français a une conception plus vaste du fait de se porter ducroire que les autres systèmes. Mais, étant donné qu'en général une telle clause - comme clause expresse - ne se rencontre guère dans la commission de transport et par conséquent n'a pas fait l'objet d'études particulières dans les différents systèmes, il n'est pas possible de préciser les effets qu'elle y produit. En pratique, en effet, le résultat du fait de se porter ducroire dans le mandat et dans la commission en général, peut être atteint, en matière de transport, soit au moyen de la responsabilité particulière établie par le code français soit grâce à la possibilité reconnue au commissionnaire par d'autres systèmes de se faire transporteur et d'assumer la responsabilité correspondante même lorsqu'il ne dispose pas de moyens de transport propres.

La conséquence en est qu'à notre avis, il n'est pas opportun de traiter du "del credere" dans la Convention sur la commission de transport. Et cela pour deux raisons :

Avant tout, il est impossible de savoir comment les différents systèmes de droit réagiraient vis-à-vis d'une clause "del credere" n'ayant pas pour objet une somme d'argent. Peut-être rencontrerait-on même dans la common law des difficultés pour la faire admettre, mais en tout cas, même dans les autres systèmes, cette clause constituerait en substance une innovation.

En second lieu, dès que l'on part de l'idée de réglementer deux types de contrat - c'est-à-dire d'une part l'expédition conçue comme un mandat pur et simple pour la conclusion des contrats de transport et, d'autre part, l'expédition conçue comme forme mixte de mandat et de transport - on se trouve avoir déjà prévu et réglementé une position du commissionnaire de transport semblable à celle que l'on pourrait imaginer si, dans l'expédition conçue comme un simple mandat, on introduisait la clause "del credere". Le système français (cf. supra, n° 3) nous en fournit la preuve, où la responsabilité particulière du commissionnaire, établie par les articles 97, 98 et 99 du Code de Commerce, est comprise par la majorité de la doctrine comme une clause implicite de se porter dueroire.