

Le droit commercial dans l'Antiquité

Si les civilisations commerçantes de la Méditerranée ont préparé le droit commercial **(I)**, Rome se démarque par la mise en place d'une véritable organisation du commerce et la distinction qu'elle fait entre droit civil et droit commercial **(II)**.

I. Le droit commercial dans les civilisations méditerranéennes

Très tôt, sur les rives de la Méditerranée, des peuples se sont consacrés au commerce et une vie économique s'est organisée chez les Babyloniens, les Phéniciens **(1)**, les Grecs **(2)**. Si le marché amène le développement des villes, il suscite également l'apparition d'un droit propre aux gens de marché et au marché lui-même. Très vite, ce droit particulier acquiert des caractéristiques qui le différencient du droit de la cité **(3)**.

1. Les Babyloniens et les Phéniciens

Installés en Mésopotamie (emplacement de l'Irak et de la Syrie actuels) entre les deux fleuves, le Tigre et l'Euphrate, **les habitants de Babylone** (Bagdad) **sont tous commerçants**. Le **code du roi Hammourabi**, gravé sur d'immenses pierres de deux mètres de haut, comporte des dispositions de droit commercial. Il **décrit le prêt à intérêt** sous la forme de prêt de semences

Partie 1 – La genèse du droit commercial

(prêt à la production). Il mentionne **la commission** : une personne confie des fonds à une autre pour les faire fructifier moyennant le versement d'une rémunération (une sorte d'opération de banque). Ces premières techniques de droit commercial seront reprises par un autre peuple sémite, les Phéniciens.

Des Babyloniens, la tradition commerciale est passée aux **Phéniciens** qui sont avant tout de **grands navigateurs** sillonnant la Méditerranée à partir de deux grands ports, Tyr et Sidon (le Liban actuel). Ils **créent des comptoirs** le long des côtes de la Méditerranée occidentale, en particulier **Carthage** (l'actuelle Tunis) en 814 av. J.-C., au point de passage obligé entre les deux bassins de la Méditerranée. Puissance commerciale redoutable, Carthage **va se heurter à Rome, sa rivale**, qui lui dispute, dans les années 348-308 av. J.-C., le commerce méditerranéen et **qui l'anéantit en 146 av. J.-C.**

On a hérité des Phéniciens certaines techniques, encore utilisées aujourd'hui en droit maritime, notamment **l'avarie commune** : un navire transportant des marchandises appartenant à différents propriétaires se trouve en difficulté en mer. Pour alléger et sauver le navire, on est obligé de jeter à l'eau une partie de la cargaison. Une fois le navire parvenu sain et sauf dans le port, la perte doit être répartie entre les propriétaires de marchandises chargées. Les Phéniciens répartissent la perte en proportion du poids de la marchandise. Les Grecs, suivis par les Romains, répartissent la perte en proportion de la valeur des objets transportés. **Cette loi du jet à la mer** deviendra plus tard la théorie juridique des avaries communes qui sera reprise par le Code de commerce de 1807 jusqu'à la loi du 3 janvier 1967.

2. Les Grecs

Ils s'installent également sur le pourtour du bassin méditerranéen en fondant entre autres les ports de Naples en 750 av. J.-C. et de Marseille en 600 avant notre ère. Ils savent allier les aptitudes à la navigation et le sens des échanges.

Le droit commercial prend forme en dehors du droit civil grâce aux négociants étrangers, les métèques, qui vivent à l'écart des citoyens, dans un quartier du port. Ainsi, dans la cité d'Athènes, les métèques se regroupent au Pirée. **Entre commerçants** de nationalités différentes, **émerge un droit cosmopolite**, un droit pour les marchands, c'est-à-dire un droit commercial

spécifique différent du droit civil qui est exclusivement le droit des habitants de la cité, les citoyens. De même, comme ils ne sont pas citoyens, **ces commerçants métèques ont recours** non pas à la justice et aux tribunaux de la cité mais à **l'arbitrage** qui restera une des caractéristiques du droit commercial, et ils **créent**, pour eux commerçants, **des juridictions spéciales** qui pratiquent une procédure spéciale elle aussi, non formaliste et rapide. Le droit commercial grec a légué deux institutions, le prêt nautique et les sociétés.

➔ **Le prêt à la grosse aventure** : connu sous son vocable latin *nauticum foenus* (le prêt nautique), pratiqué à propos du commerce maritime du blé, l'intérêt est de 12 à 15 % en cas de réussite ; en cas de naufrage ou d'avarie, l'emprunteur ne doit rien. Dans ce « prêt à la grosse », on trouve l'origine de deux institutions qui existent encore dans le droit maritime actuel, la commandite et le contrat d'assurance ; **les Grecs ont inventé l'assurance maritime.**

➔ **Les sociétés commerciales** : société pour le commerce maritime, société bancaire pour accorder des prêts, société de crédit ou d'assurance, **les Grecs sont les premiers à poser le principe** selon lequel chaque associé participe aux bénéfices et aux pertes proportionnellement à sa part dans la société. **La répartition** ne se fait pas par tête ou par égalité mais **au prorata des apports**. La société repose sur la *philia* (amitié), principe repris par les Romains qui parlent de l'*intuitus personae*.

3. L'esprit du droit commercial

Le droit commercial présente les caractères suivants :

➔ **un droit international** : le grand commerce étant toujours fait par des gens de nationalité différente installés dans des villes étrangères ;

➔ **un droit individualiste** : la notion des droits individuels prime celle des droits du groupe ;

➔ **un droit laïc** : parce qu'il naît du besoin vital de consommation et parce qu'il est international, les commerçants de nationalités différentes n'honorant pas les mêmes dieux ne peuvent pas faire appel à des références religieuses ;

➔ **un droit conventionnel** : il repose sur le contrat ;

➔ **un droit non formaliste** : à la différence du **droit civil qui est solennel, oral et formaliste** c'est-à-dire **avec usage de gestes solennels et de paroles**

rituelles ; en cas d'erreur dans le geste et/ou la parole, le contrat est nul, le procès perdu. Le **droit commercial utilise l'écrit** qui est **perçu dans l'Antiquité comme une simplification**. Plus tard, il sera considéré comme une gêne, l'écrit disparaîtra, le simple accord de volonté suffira à condition qu'on puisse le prouver.

Toutes les caractéristiques du droit commercial s'accroissent sous la civilisation romaine, puis dans notre droit moderne.

II. L'apport de Rome

De 509 à 27 av. J.-C., Rome se lance à la conquête du bassin méditerranéen qui deviendra « *Mare Nostrum* ». Cette politique d'expansion territoriale assure la grandeur et la richesse de Rome. Plus l'Empire romain s'étend (on passe de la cité aux sept collines à la domination universelle), plus il devient le lieu d'une circulation intense de populations, de marchandises, de capitaux. Il parvient à faire régner pendant cinq siècles la *pax romana* dans un territoire s'étendant jusqu'aux limites du monde alors connu. Ce cadre permet le développement d'échanges commerciaux qui sont centralisés sur la Ville (19 voies terrestres entrent dans Rome). Dans tout l'Empire, on ne fait usage que d'un système de poids et mesures, le latin et le droit romain s'y diffusent. C'est Rome qui dirige le commerce, c'est vers elle qu'affluent marchandises d'Orient et d'Occident : métaux d'Espagne, laine de Gaule, étain d'Angleterre, ambre d'Allemagne, soie d'Orient, coton d'Inde, froment et huile d'Égypte et, amenés de partout, les troupeaux d'esclaves indispensables à une économie sans source d'énergie ni de machines. L'émergence d'une bourgeoisie d'affaires (1) donne un élan décisif au droit commercial (2) et pousse à la mise au point de certaines notions juridiques (3).

1. L'apparition d'une bourgeoisie d'affaires, les chevaliers-publicains

La conquête territoriale entraîne des bouleversements économiques et des conséquences sociales, en particulier **l'émergence d'une bourgeoisie riche**. Les chevaliers-publicains constituent un groupe important dans les classes possédantes où ils représentent un certain « capitalisme » financier. Cette

bourgeoisie d'affaires **se spécialise dans trois activités**, le négoce maritime, la banque et la collecte d'impôts.

À elle, le grand négoce maritime appuyé sur une foule de *negatiores* qui trafiquent du blé numide, des produits de luxe de l'Orient, des esclaves d'un peu partout, qui exportent aussi les produits de l'Italie vers l'Occident. **À elle, le prêt aux provinciaux** aux taux les plus usuraires, car il est limité en Italie à 12 % en principe. **À elle, surtout, les *publica*, les marchés avec l'État** : fournitures aux armées, prise en adjudication des travaux publics, ferme des impôts provinciaux. Tous ces revenus sont acquis par l'intermédiaire de **grandes sociétés composées de publicains** (terme issu du mot romain désignant le trésor public, le *publicium*). L'organisation de ces sociétés est perfectionnée, **avec capital réuni par actions** négociables et transmissibles **et conseil d'administration** avec un *magister* entouré des *decumani*. La Ferme générale du XVIII^e siècle en France n'est qu'une résurrection de la société des publicains.

2. L'apparition d'un droit spécifique, le *jus gentium*

En distinguant le *jus civile* propre aux citoyens romains du *jus gentium*, droit que tout individu détient en dehors de sa cité d'origine, applicable à tous les sujets de l'empire non-citoyens romains — jusqu'à ce que l'édit de Caracalla étende en 212 le droit de cité aux étrangers ou pèlerins (mot qui a donné le terme de pèlerin) — **le droit romain annonce la distinction entre droit commercial et droit civil** que la France connaîtra sous l'Ancien Régime, alors que **Rome n'a pas en soi développé un droit professionnel spécifique aux commerçants.**

Par définition, **les citoyens romains jouissent de différents droits privés** : celui d'épouser des Romaines (*jus conubii* ou *conubium*), celui d'effectuer des actes juridiques selon le mode romain (*jus commercii* ou *commercium*, de *cum* : avec et *merx* : marchand), celui d'introduire des instances selon la procédure romaine de la *legis actio* (*jus legis actionis*) qui compte cinq modes procéduraux distincts. On est reconnu romain dès l'instant que l'on peut justifier sa filiation légitime par rapport à un père romain ou sa filiation naturelle par rapport à une mère romaine. La qualité de citoyen romain se perd à la suite de la vente comme esclave.

Les relations commerciales entre les Romains et les pérégrins sont régies, non par le droit civil réservé aux citoyens romains parce qu'il est le droit de la cité romaine, mais **par un droit commun à tous les peuples, le *jus gentium* ou le droit des gens** (aujourd'hui, l'expression ne désigne plus le droit commun à tous les hommes, mais seulement les règles qui gouvernent les rapports entre États). Le *jus gentium* est appliqué à Rome par le préteur pérégrin, c'est-à-dire le magistrat au sens romain du terme, l'homme politique qui a en charge l'organisation des procès spécialisés dans les litiges entre Romains et pérégrins. **Le *jus gentium* est la seule législation accessible aux étrangers et devient aussi le droit commun pour le Romain qui ne veut pas se servir du droit civil.**

Au cours du III^e siècle, avec l'extension du territoire, l'afflux d'étrangers de plus en plus nombreux dans la Ville (Rome) et le développement de l'activité économique surgissent de **nouveaux types de litiges** que la vieille procédure des « actions de la loi » ne permet plus de résoudre. Il fallut donc l'assouplir et, ce faisant, la transformer profondément. Ce fut le rôle du **préteur qui élabore des procédures nouvelles, les actions prétorienne**s, puisqu'à Rome l'action précède le droit. En effet, la règle n'est pas un *a priori*. Ce n'est pas une norme préétablie qu'il faut imposer à la réalité. Ainsi, quand le préteur pérégrin veut que certains étrangers puissent plaider au même titre qu'un citoyen romain, il invite le juge à faire « comme si » l'étranger en question est un citoyen romain et à le faire bénéficier de la solution du droit civil. **Les actions prétorienne**s les plus significatives sont les actions dites « fictives » car fondées sur une fiction. C'est un raisonnement par lequel on suppose vrai un fait qui ne l'est pas en vue de produire un effet de droit. Le droit prétorien assure, à côté du droit civil proprement dit, un renouvellement du droit romain.

Le *jus gentium* est :

- ➔ **synchrétique**, car il fusionne des mœurs juridiques différentes ;
- ➔ avant tout **un droit des affaires**, car sa vocation est née de celle-ci ;
- ➔ en conséquence, il **repose sur la simplicité, la bonne foi et l'équité.**

3. La mise au point de certaines notions juridiques

Très tôt, la notion de **représentation** acquiert sa modernité : le mandant prenant tout de suite la responsabilité de l'acte passé par son mandataire. De même,

la notion de **solidarité** est largement développée chez les banquiers, les armateurs où elle est présumée.

Parmi les contrats, deux sont d'usage courant dans le domaine commercial. **Le prêt**, de simple dépôt au départ, devient prêt à intérêt à la fin, avec gage possible. **La vente** (*emptio-venditio*) : à la différence du droit actuel, la convention achat-vente **n'opère pas le transfert de la propriété de la chose vendue**. Elle n'engendre qu'une obligation de livrer. C'est par la remise matérielle de la chose que l'acheteur en devient propriétaire. La vente de la chose d'autrui est donc valable ; en droit français, elle est nulle depuis 1599. L'achat-vente présente trois caractères. Il s'agit **d'un contrat consensuel** (accord de volonté sur la chose et sur le prix), **de bonne foi** et **synallagmatique**. **Les effets de la vente sont doubles** :

➔ **l'acheteur doit** payer le prix et le vendeur qui doit livrer la chose doit assurer à l'acheteur la libre et durable possession de la chose vendue. Au nom de la bonne foi, ces obligations doivent être exécutées simultanément. Prévaut le principe *Res perit emptori* (l'acheteur subit la perte de la chose) selon lequel la perte fortuite de la chose libère le vendeur mais pas l'acheteur qui doit payer l'intégralité de la somme due dans le cas de détérioration partielle de la chose, règle reprise en droit français (a.1182) ;

➔ **le vendeur doit** indemniser l'acheteur si celui-ci est évincé, c'est-à-dire s'il se trouve privé de la chose (la garantie d'éviction). De même, incombe au vendeur la garantie des vices quand la chose vendue est entachée de vices qui rendent la chose impropre à son usage ou en diminuent la valeur.

La faillite : il a fallu cinq siècles pour mettre au point cette institution qui **passé d'une pratique barbare, la vente du débiteur**, à une pratique juridique, **la vente de ses biens**, la *venditio bonorum*. L'exécution sur les biens du débiteur entraîne son infamie (pénalités de droit public) : celui qui ne paie pas ses dettes est rayé de la vie publique, il ne peut plus être élu ni même électeur. **La vente aux enchères du patrimoine du débiteur est globale** et elle substitue au débiteur l'acheteur des biens (*emptor bonorum*). **Le prix de vente est réparti entre les créanciers par le syndic** dans l'ordre suivant : les créanciers **hypothécaires**, puis les **privilegiés**, enfin les **chirographaires**. **Au Bas Empire**, s'impose la **cession des biens** (*cessio bonorum*) qui est réservée aux

seuls débiteurs qui peuvent prouver que leur insolvabilité est due à un cas de force majeure. Le droit romain met au point une procédure plus douce, **la distraction des biens, qui permet de ne saisir que certains biens et de les faire vendre au détail au plus offrant** jusqu'à ce que la dette soit éteinte. **La procédure de la faillite romaine ne distingue pas entre commerçants et non-commerçants.** La *venditio bonorum* s'applique à tout le monde.

Le droit romain régleme **les opérations de banque**. Les banquiers commencent par des **opérations de change** rendues nécessaires par la multitude des monnaies des pays conquis. Ensuite, ils pratiquent la **comptabilité en partie double**. Puis, ils font des opérations plus complexes, en particulier le *receptum argentarium*, pacte par lequel les banquiers s'engagent à payer les dettes de leurs clients.

Dans le domaine maritime, les Romains se contentent d'adopter les institutions phéniciennes (la *lex Rhodia de jactu* où est décrite l'avarie commune) et grecques (le prêt à la grosse aventure).

Au III^e siècle, l'Empire romain traverse **une crise sans précédent** : les difficultés politiques et les incursions sans cesse plus dangereuses des Barbares vont désorganiser l'économie, paralyser les transports, « gripper » les échanges, ralentir l'activité commerciale. Pour conjurer le déclin économique, le pouvoir décide **une politique d'interventionnisme** pour assurer la bonne marche de certains secteurs vitaux pour l'État. La pratique du monopole d'État est établie dans les industries de transformation, la fabrication des armes, les transports publics. Puis en 301, Dioclétien prend le fameux **édit du Maximum** qui fixe de façon autoritaire par l'État le prix maximum auquel les denrées et les produits pourront être vendus. Cet édit inspirera les révolutionnaires français de la Convention qui, à l'initiative de Robespierre, prendront en 1793 le « Maximum général » qui fixe, lui aussi, un plafond à tous les prix et salaires. **L'État romain devient lui-même banquier, fabricant, commerçant** et finit par figer la société commerciale par une politique corporatiste, d'abord imposée aux métiers les plus nécessaires au ravitaillement des villes (boulangier, boucher, transporteur d'eau), puis à tous les métiers qui deviennent ainsi héréditaires, enfin sur tous les marchands qui doivent être immatriculés. L'État prélève une taxe professionnelle annuelle évaluée en fonction de leurs bénéfices.