

Le règlement des litiges commerciaux dans un système sans tribunaux de commerce : l'expérience québécoise

Lubin Lilkoff

Volume 24, Number 3, 1983

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042559ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042559ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Lilkoff, L. (1983). Le règlement des litiges commerciaux dans un système sans tribunaux de commerce : l'expérience québécoise. *Les Cahiers de droit*, 24(3), 505–530. <https://doi.org/10.7202/042559ar>

Article abstract

Quebec's Civil Code acknowledges the existence of a dual regime including both civil and commercial juridical operations. This distinction, which is derived from French Law, also exists in Belgian and German Law. These countries have created specialized commercial courts or tribunals with jurisdiction over commercial matters. They are staffed with judges drawn from business.

One may ask how in fact a dualistic system of this nature functions in Quebec, given the absence of such special commercial tribunals. It may be noted that although there is no body of commercial law dealing exclusively with traders, there exists in fact a system of business law comprehensive enough to apply also to non-traders (Part I). In addition, the informal nature of the procedural rules, as well as the background of the judges who are selected mainly from the ranks of practising lawyers, permits one to discern a close resemblance between litigation before these courts and the conduct of trials before commercial tribunals (Part II).

Le règlement des litiges commerciaux dans un système sans tribunaux de commerce : l'expérience québécoise *

Lubin LILKOFF **

Quebec's Civil Code acknowledges the existence of a dual regime including both civil and commercial juridical operations. This distinction, which is derived from French Law, also exists in Belgian and German Law. These countries have created specialized commercial courts or tribunals with jurisdiction over commercial matters. They are staffed with judges drawn from business.

One may ask how in fact a dualistic system of this nature functions in Quebec, given the absence of such special commercial tribunals. It may be noted that although there is no body of commercial law dealing exclusively with traders, there exists in fact a system of business law comprehensive enough to apply also to non-traders (Part I). In addition, the informal nature of the procedural rules, as well as the background of the judges who are selected mainly from the ranks of practising lawyers, permits one to discern a close resemblance between litigation before these courts and the conduct of trials before commercial tribunals (Part II).

	Pages
Introduction	506
1. Le droit des affaires, n'étant pas exclusif à la classe des commerçants, ne requiert pas une juridiction spécialisée	509
1.1. Le régime dualiste du Code civil ne consacre pas l'autonomie du droit commercial	509
1.1.1. Caractère technique du régime d'exception	510
1.1.2. Les usages doivent être allégués et prouvés	513
1.1.3. Le droit commercial n'est pas le droit exclusif de la classe des commerçants	515

* Cet article a pour origine le rapport national présenté par l'auteur au III^e Colloque international de la Fondation Internationale pour l'Enseignement du Droit des Affaires, Bruxelles, Belgique, mai 1983.

** Professeur titulaire, Faculté de droit, Université Laval.

1.2.	L'unicité du régime des lois particulières et l'affirmation du droit des affaires	516
1.2.1.	Généralisation de l'emploi des effets de commerce	517
1.2.2.	Recours à la faillite par les non-commerçants	518
1.2.3.	L'apparence et l'équité comme fondements du droit des sociétés	522
2.	L'absence de formalisme procédural et les antécédents du juge permettent la réalisation des objectifs du droit des affaires	524
2.1.	<i>Fondement et objectifs du droit judiciaire privé</i>	525
2.1.1.	La procédure cherche à faire apparaître le droit	525
2.1.2.	Le laxisme de la pratique	526
2.2.	Les antécédents du juge et son comportement dans la solution des différends	527
2.2.1.	Les antécédents du juge et la pratique du droit	527
2.2.2.	Le comportement d'un esprit cartésien tempéré par le pragmatisme	529
	Conclusion	530

Introduction

Nous nous pencherons, dans le présent travail, sur le comportement, la manière d'agir des divers intervenants dans la solution des différends commerciaux. Notre sujet ne porte pas sur l'énoncé descriptif des normes juridiques, mais sur le fonctionnement pratique d'un système de droit. En effet, le terme clef du sujet dont nous traiterons est le mot « règlement » qui, certes, a plusieurs acceptions; dans le contexte, il signifie la manière de mettre fin à un différend avec l'acquiescement, bon gré mal gré, de chacune des parties.

Une telle approche répond non seulement à la maxime, vérifiée maintes fois dans le temps, qu'« un mauvais règlement vaut mieux qu'un bon procès », mais se place dans la ligne même des besoins spécifiques du droit commercial. Celui-ci requiert, d'une manière particulière, la rapidité et la rigueur d'exécution mais, aussi, des solutions basées sur le bon sens et les usages du commerce ¹.

1. Il faut rappeler que les divers colloques de la F.I.E.D.A. ont eu comme thèmes le fonctionnement pratique des normes dans le cadre d'un système juridique, plutôt que leur aspect descriptif. Car cette fondation internationale a « pour but le développement des relations entre universités, praticiens et entreprises de France et de l'étranger pour l'adaptation constante du contenu des enseignements en droit des affaires à la réalité juridique de la vie des affaires ».

Ainsi les affaires commerciales requièrent des procédés de règlement qui leur soient propres. D'où l'importance des règlements à l'amiable, de l'arbitrage et des clauses compromissaires conventionnelles. Les parties désirent se soustraire à une solution purement légale et tranchée d'un tribunal qui dit le droit.

Mais si, à défaut d'une solution à l'amiable, l'affaire est portée devant un tribunal et devient litige, n'est-il pas concevable, approprié et opportun que le tribunal prenne en considération la nature commerciale de l'affaire pour adapter son comportement aux besoins spécifiques du commerce ? Ne serait-il pas logique, dès lors, que les juges au procès soient issus de la classe même des commerçants, celle des parties au procès, afin que ces dernières soient jugées par leurs pairs, rompus aux affaires et étant les plus qualifiés à rendre une décision adaptée aux circonstances économiques ?

Telle est la solution rationnelle des systèmes français et belge qui ont une juridiction commerciale spécialisée. Les tribunaux de commerce furent créés au Moyen-Âge, au moment où le *jus nundinarum* a pris naissance et a commencé son essor. Il y a eu donc un lien direct entre le droit et la juridiction consulaire.

On doit donc se demander si, au Canada, l'absence de tribunaux de commerce n'est pas préjudiciable aux besoins propres des litiges commerciaux. Il est difficilement concevable que le même juge, magistrat de carrière, ait un comportement différent suivant qu'il s'agisse d'une affaire civile ou commerciale. À moins que, comme en Angleterre, le droit commercial n'ait pas d'autonomie propre et ne constitue pas une branche juridique particulière.

Précisons que nous traiterons de l'expérience « québécoise », le droit privé de cette province différant de celui des neuf autres provinces de la fédération².

Puisque Québec a le droit civil, au sens continental du terme, il n'est pas étonnant que son droit privé ait la dualité de régime des opérations civiles et commerciales³. Il s'ensuit qu'il a une théorie des actes de commerce qui

2. Suivant l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique* de 1867 qui comprend les dispositions constitutionnelles du partage des compétences entre le Parlement fédéral et les Législatures des provinces, ces dernières ont, chacune, une juridiction exclusive dans les limites de leur territoire sur « la propriété et les droits civils » (art. 92, par. 13).

3. Au Québec, la codification de 1866 est une consolidation du droit civil en vigueur, qui fut celui de la Nouvelle France avant la conquête de 1759. Cette continuité historique fut assurée par l'article 2613 du *Code civil*, lui-même prenant comme modèle formel le *Code Napoléon* de 1804. D'où l'importance des sources en droit privé québécois, fait qui fut maintes fois souligné par la doctrine : L. BAUDOIN, *Le droit civil de la province de Québec, modèle vivant de droit comparé*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953, p. 67, note 3 ; P.B.

énonce les critères de différenciation des opérations civiles ou commerciales. Cette théorie est une création jurisprudentielle, mais inspirée du droit français, car le Québec n'a pas un code de commerce distinct⁴.

La question posée plus haut s'applique donc au Québec, à savoir comment fonctionne un système ayant une dualité normative mais ignorant une juridiction distincte.

Pour répondre à cette question il faut, d'abord, déterminer la nature spécifique et le contenu du droit commercial québécois. En effet une juridiction spécialisée ne serait justifiée que s'il est autonome à l'égard du droit civil, au point de s'appliquer à une classe de personnes. En second lieu, il faut aussi bien décrire le fondement et les objectifs du système procédural québécois, que d'analyser le prototype du juge, personnage clé dans le fonctionnement du système.

En réalité, l'absence des tribunaux de commerce, avec ses conséquences positives ou négatives, n'a jamais été soulevée par la doctrine⁵. De même l'enseignement universitaire néglige cette question⁶.

Une telle étude nous permet de dégager deux idées fondamentales. D'abord, malgré la dualité du régime, le droit commercial faisant partie du

MIGNAULT, *Le Code civil au Canada, Livre du centenaire*, 1905, pp. 725-727; W. JOHNSON, « The Law Cannot Stand Still » (1955-56) 2 *McGill L.J.* 11; P. CARIGNAN et A. MAYRAND, *Travaux de la semaine internationale de droit*, 1950, L'influence du Code civil dans le monde, Paris, Pedone, p. 783, p. 799. Il faut souligner que l'application de l'Édit de Charles IX de 1563 sur le commerce de terre, et de celui sur la marine de 1681, ont fait l'objet d'analyses approfondies en doctrine et en jurisprudence: A. PERRAULT, *Traité de droit commercial*, Montréal, Éditions Albert Lévesque, 1936, tome I, pp. 107-126.

Le rattachement aux sources du droit québécois tranche avec les codifications françaises qui ont expressément abrogé les règles de l'ancien régime: pour le *Code Napoléon*, c'est la loi du 30 ventôse l'An XII, art. 7; pour le *Code de commerce*, c'est la loi du 15 septembre 1807.

4. L'absence d'un Code de commerce n'est pas discutée par la doctrine commercialiste québécoise.
5. L'examen des ouvrages et des articles de revues ne décèle aucune préoccupation de l'absence de juridiction commerciale: A. PERRAULT, *supra*, note 3; L. BAUDOUIN, « Les structures fondamentales du droit commercial », dans *Les aspects généraux du droit privé dans la Province de Québec*, Institut de droit comparé de l'Université de Paris, Les Systèmes de droit contemporains XXI, Paris, Dalloz, 1967, p. 929 et ss.; E.-Fabre SURVEYER, *Rapport entre le droit commercial et le droit civil, Le droit français, Livre du souvenir* (rapport canadien), 1936, p. 585 et ss.
6. L. LILKOFF, *Cours de droit commercial*, Québec, Université Laval, 1965; N. L'HEUREUX, *Précis de droit commercial du Québec*, 1972, 2^e édit. 1975; A. BOHÉMIER et P.P. CÔTÉ, *Droit commercial général*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1975; N.N. ANTAKI et C. SAMSON, *Cours de droit commercial général*, Québec, Université Laval, 1982.

Code civil s'applique aux commerçants et aux non-commerçants ; il n'est donc pas exclusif à la classe des commerçants et, ainsi, ne requiert pas une juridiction spécialisée (Partie 1.). En second lieu, la procédure civile se caractérise par l'absence de formalisme ; les juges, enfin, ne sont pas issus d'une école de magistrature, mais sont nommés parmi les avocats ayant au moins dix années de pratique, ce qui ne manque pas de « colorer » le style et le contenu des décisions (Partie 2.).

1. Le droit des affaires, n'étant pas exclusif à la classe des commerçants, ne requiert pas une juridiction spécialisée

La dualité du régime entre les opérations civiles et commerciales n'existe qu'en matière contractuelle et obligationnelle, car les lois fondamentales — sur les effets de commerce, la faillite et les sociétés à responsabilité limitée — consacrent l'unicité du régime juridique.

L'ensemble de ces textes déborde les limites traditionnellement étroites du droit commercial, celui des actes de commerce et des commerçants. Il existe un droit des affaires véritable qui se définit par son objet — régler les opérations économiques — et non pas par les sujets de droit ⁷.

1.1. Le régime dualiste du Code civil ne consacre pas l'autonomie du droit commercial

Un droit est autonome s'il possède des sources particulières, un esprit propre et s'il est soumis à une technique spéciale. Un droit commercial

7. Il est remarquable de constater comment, en France, le droit commercial est défini en fonction de la notion de commerçant : J. ESCARRA, E. ESCARRA et J. RAULT, *Principes de droit commercial*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1934, p. 56, n° 39 ; G. RIPERT, 5^e éd. par R. ROBBOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1963, t. I, p. 6, n° 9 ; GIVERDON, « Le droit commercial, droits des commerçants », J.C.P. 1949, 1, 1770 ; J. CALAIS-AULOIS, « Grandeur et décadence de l'article 632 du Code de commerce (Considérations sur le domaine du droit commercial) », *Études de droit commercial à la mémoire de Henry Cabrillac*, Paris, Librairies Techniques, 1968, p. 37 ; G. LYON-CAEN, « Contribution à la recherche d'une définition du droit commercial », 1949 *R.T.D.C.* 577, où l'auteur arrive à la conclusion que le droit commercial est celui des « marchands ou bourgeois », p. 583 ; cependant J. Hamel est un des tenants de la théorie dite « objective », « Droit civil et droit commercial en 1950, Le droit privé français au milieu du XX^e siècle », *Études offertes à G. Ripert*, t. 2, p. 261, 1950 ; J. HAMEL et G. LAGARDE, *Traité de droit commercial*, Paris, Dalloz, 1954, t. 1, p. 169, n° 144. Même si la tendance actuelle est de substituer à la notion classique, celle du « droit des affaires », la notion de commerçant continue de peser lourdement dans les développements des ouvrages récents : Y. GUYON, *Droit des affaires*, Paris, Economica, 1980, p. 38 et ss.

autonome quant à sa nature et destiné à une classe sociale, justifierait l'existence d'un tribunal spécial. Or le régime dualiste consiste en une différence technique. Les usages du commerce, de leur part, ne sont pas une source autonome du droit. Il en résulte que le droit commercial du *Code civil* n'a pas l'autonomie requise pour constituer un droit des commerçants.

1.1.1. Caractère technique du régime d'exception

Le *Code civil* contient des règles qui diffèrent suivant la nature civile ou commerciale de l'acte. La liste des textes qui consacrent le régime d'exception est longue et la dualité porte sur des aspects importants du droit⁸.

La jurisprudence et la doctrine ont érigé des critères cohérents de différenciation et suppléent ainsi à la carence de critères législatifs. En effet, le *Code civil*, tout en consacrant la dualité du régime, ne contient pas les critères de différenciation. En créant de toutes pièces les critères de qualification de l'acte juridique, la jurisprudence et la doctrine ont joué un rôle éminent de créateurs du droit.

Cette théorie des actes du commerce est basée simultanément sur une conception objective et subjective. Un critère objectif, comme en droit français, est celui qui détermine la nature de l'acte en faisant abstraction de la qualité du sujet qui fait l'opération juridique. Ainsi un acte juridique peut être commercial par nature⁹, par la forme du document qui le constate¹⁰ ou par déclaration de la loi¹¹.

8. La preuve testimoniale est admise « de tout fait relatif à des matières commerciales » (art. 1233 al. 1); « Dans tout contrat de nature commerciale, où un terme est fixé pour l'accomplir, le débiteur est en demeure par le seul laps du temps » (art. 1069). La solidarité se présume aux « affaires de commerce » (art. 1105 al. 3). Les écrits « d'une nature commerciale » sont présumés avoir été faits au jour de leur date (art. 1226). La vente de la chose d'autrui est valide « s'il s'agit d'une affaire commerciale » (art. 1488). « ... en toutes matières commerciales », l'action se prescrit par cinq ans (art. 2260, par. 4). « En matières de commerce », la solvabilité d'une caution s'estime sur tous ses biens et non uniquement à l'égard de ses propriétés foncières (art. 1939). Les règles concernant le gage, « en matières commerciales », sont subordonnées aux lois et usages du commerce (art. 1978). Si elle est signée « par un non-commerçant dans les limites du district où il a sa résidence », l'élection du domicile est sans valeur quant à la juridiction des tribunaux (art. 85 al. 3). Les sociétés commerciales sont celles qui sont contractées pour toute « affaire d'une nature commerciale », (art. 1863). « Le mineur qui fait commerce est réputé majeur pour les faits relatifs à ce commerce » (art. 323).

9. *Casey c. Wilson*, [1952] C.S. 258; *Kruse Motors c. Beauchamp*, (1916) 50 C.S. 321; *Fortin c. Cimon*, (1930) 50 B.R. 242.

10. *Catelier c. Bélanger*, [1924] R.C.S. 436; *Vachon c. Poulin*, (1898) 7 B.R. 60; *Banque Canadienne Nationale c. Turcotte*, [1942] B.R. 383; *Banque Canadienne Nationale c. Labonté*,

Si on considère les critères subjectifs, un acte peut être commercial en vertu de l'accessoire s'il est fait par un commerçant dans l'exercice de son commerce¹². Dans cette dernière hypothèse, une opération juridique pourrait être mixte, c'est-à-dire commerciale à l'égard du commerçant mais civile à l'égard du non-commerçant¹³.

La notion même de commerçant est définie suivant des critères jurisprudentiels stricts et non pas suivant le sens courant du terme¹⁴. Il faut souligner le rôle progressiste de la jurisprudence en ce qui concerne la commercialité des immeubles¹⁵.

Pendant deux questions fondamentales se posent : le critère de la commercialité est-il essentiellement de nature objective ou subjective. Ensuite, et c'est l'aspect qui nous intéresse, le système, tel que décrit, constitue-t-il un droit autonome justifiant un système juridictionnel spécial.

À la première question, il semble bien qu'une analyse de la jurisprudence permette de conclure que les juges ont une tendance à retenir le critère subjectif. Mais la notion juridique de « commerçant », qui est la base de ce critère, est définie en regard des critères objectifs¹⁶. Aussi a-t-on conclu au mythe de la commercialité objective et aux déficiences du critère subjectif¹⁷.

[1947] B.R. 415; L.J. DE LA DURANTAYE, « Le billet à ordre et la solidarité », (1946) 6 R. du B. 217; R. BEAUDET, « Interruption de la prescription en matière de billet », (1941) 1 R. du B. 193; A. PERRAULT, « Critique de l'arrêt *Banque Canadienne Nationale c. Turcotte* », (1942) 2 R. du B. 421.

11. *Baril c. Read Motors*, (1929) 46 B.R. 174; *Aluminium Company of Canada Limited c. Selig*, [1952] C.S. 455; *Naud c. Dolbec*, [1959] C.S. 120; Cette jurisprudence se base sur l'article 2260 par. 5 du *Code civil*.
12. *Blais c. Paradis*, (1933) 54 B.R. 495; *The Bell Telephone Company of Canada c. Dame Lefrançois*, [1952] B.R. 101; *Casey c. Wilson*, [1952] C.S. 258.
13. *Fréchette c. Bissonnette*, [1965] B.R. 813; *Colonia Development Corporation c. Belliveau*, [1965] B.R. 161.
14. *Roy c. Ellis*, (1898) 7 B.R. 222; cet arrêt est systématiquement cité par la jurisprudence subséquente.
15. *Gamma Realty Limited c. Brummer*, [1962] C.S. 607; *Cobetto c. Bélanger Bowling Alley and Restaurant Limited and Genser*, [1955] C.S. 301; J. GOULET, « Un nouvel inventaire des objets de commerce », (1965) 7 C. de D. 84; J. DURNFORD, « Can an Immoveable be the Object of a Commercial Operation? », (1965) II *McGill L.J.* 310; N.N. ANTAKI, « La commercialité des immeubles : une théorie en construction », (1978) 19 C. de D. 157; L. DUCHARME, « Les opérations immobilières et le droit commercial », (1978) 81 R. du N. 4.
16. « Balde disait (de const. : n° 8) : "Una mercantia non facit mercatorem, sed professio exercitium". Il y a donc deux éléments constitutifs de la qualité de commerçant. 1) Les actes de commerce. 2) La profession habituelle » : Juge en chef A. Lacoste, *Roy c. Ellis*, *supra*, note 14, p. 230.
17. L. LILKOFF, « Le Code civil et le critère jurisprudentiel de la commercialité », (1966) 26 R. du B. 534.

Un tel système, en second lieu, ne permet pas de conclure à une distinction de fond entre les règles du droit civil et celles du droit commercial. Or, ce n'est qu'une distinction de fond qui confère l'autonomie d'un régime juridique; autrement ce n'est qu'une distinction technique des règles du droit¹⁸.

On peut ajouter qu'un examen plus attentif permet de constater l'incohérence des règles commerciales. Ainsi, le principe de la preuve testimoniale admis en matière commerciale, qui paraît général et absolu, subit des exceptions importantes dans les articles qui suivent¹⁹.

D'autre part, les contrats dits commerciaux sont d'un formalisme minutieux et déconcertant. Ce sont des textes inclus subséquentement dans le *Code civil*, qui sont inspirés respectivement du droit anglais ou du droit français et n'ont que peu de liens avec la théorie de la commercialité. Tels sont le nantissement commercial²⁰, la vente en bloc²¹ et le nantissement agricole et forestier²².

Il est difficile aussi de trouver un dénominateur commun des contrats qui font partie du livre quatre du *Code civil* intitulé: « Lois commerciales ». Le titre a comme objet des dispositions relatives aux bâtiments marchands, à l'affrètement maritime, à l'assurance et même au prêt à la grosse²³.

On constate ainsi que la dualité du régime s'applique essentiellement en matière obligationnelle et qu'elle consiste en une distinction technique ou de forme. Ces textes ne consacrent pas l'autonomie du droit commercial²⁴ et ne s'appliquent pas exclusivement à la classe des commerçants. Cela explique et justifie l'absence d'un tribunal commercial.

-
18. H. BURIN DES ROZIERES, *La distinction du droit civil et du droit commercial et le droit anglais*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, (1959), p. 12 où, à la suite de R. David et Fisemann cet auteur démontre qu'un droit est autonome par ses fondements, son objet, son esprit et *ses sujets de droit* (c'est nous qui soulignons); l'autonomie n'est pas conférée par la seule différence technique.
19. Sauf si l'acheteur a accepté la marchandise ou a donné des arrhes, « tout contrat pour la vente d'effets », supérieur à \$800, doit se prouver par écrit « dans les matières commerciales », *Code civil*, art. 1235, par. 4.
20. *Loi relative au nantissement commercial*, S.Q. 1963, c. 57, art. 1979e et ss. du *Code civil*; R. COMTOIS, « Une nouvelle législation: le nantissement commercial », (1963) 66 *R. du N.* 155, à la p. 157.
21. Art. 1569a et ss. du *Code civil*; ces textes furent insérés au *Code civil* en 1910.
22. Art. 1979a et ss. du *Code civil*.
23. Dans l'ordre du texte: *Code civil*, art. 2355, 2407, 2468 et 2693; L. LALANDE, « Commercial Matters in Quebec — Contract of Affreightment — Whether Always Commercial », (1957) 35 *R. du B. Can.* 979. Ces textes sont désuets et plusieurs lois spéciales, fédérales ou provinciales, régissent ces contrats.
24. L. LILKOFF, « Le Code civil et l'autonomie du droit commercial », (1966) 44 *R. du B. Can.* 443.

Il reste à expliquer pourquoi les références aux usages, faites dans plusieurs articles du *Code civil*, ne militent pas en faveur d'un tribunal spécialisé.

1.1.2. Les usages doivent être allégués et prouvés

Pour justifier l'existence des tribunaux consulaires on invoque traditionnellement l'importance majeure des usages en droit commercial comme source de droit. Le *jus nundinarum* ne prend-il pas ses origines des usages pratiqués dans les foires ? De là découle la conclusion, logique, qu'il faut avoir des tribunaux spécialisés, ayant des juges élus parmi la classe des commerçants car ils sont seuls au fait de ces usages ; ainsi la justice serait rendue suivant les pratiques admises et, dans cette justice de classe, la connaissance des usages prime la connaissance du droit ²⁵.

Un bref examen des textes du *Code civil* nous indique l'importance que les codificateurs ont attribuée aux usages ²⁶. En ce qui concerne l'interprétation des contrats, les usages constituent des règles importantes d'interprétation ²⁷. Or l'usage, tel que conçu par la jurisprudence, n'est pas une source autonome en droit commercial. Il n'a pas, comme la coutume, qui est un usage impératif ou de droit, force obligatoire au même titre que la loi. D'ailleurs, la jurisprudence considère que les notions « usage » et « coutume » recouvrent la même réalité juridique et sont ainsi deux synonymes juridiques

25. « On a fait valoir en faveur de ces juridictions spécialisées que le jugement des litiges commerciaux nécessite plus la connaissance des usages professionnels que des règles juridiques et que seuls les commerçants sont au courant de ces usages » : Y. GUYON, *Droit des affaires*, supra, note 7, p. 709, n° 785. Nous estimons qu'il est inutile de référer à d'autres ouvrages qui exposent, sans exception, le même argument. Même si cette explication est critiquée par plusieurs auteurs, dont le professeur Guyon, il n'empêche que la pratique des usages dans le commerce reste une des raisons majeures du maintien de ces tribunaux.

26. « Les usages applicables spécialement aux matières de commerce priment les règles communes aux autres sociétés en ce qui concerne les sociétés commerciales » (art. 1864 *in fine*). Les règles énoncées dans le *Code civil* au chapitre du gage sont, « en matières commerciales, subordonnées aux lois et usages du commerce » (art. 1978). « Les usages du commerce » sont pris en considération dans l'ordre des privilèges concernant le gage maritime sur les bâtiments (art. 2387). Les frais de surestaries, qui ne sont pas arrêtés, « sont réglés par l'usage » (art. 2416). Concernant les bâtiments marchands, les articles qui suivent réfèrent aux usages : 2425, 2426, 2429, 2443, 2457, 2460, 2464. Mais il est significatif qu'en matière d'assurances, le législateur, par amendement, a enlevé la référence aux usages contenue antérieurement aux articles 2497, 2508, 2551 et 2557.

27. « Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé » (art. 1016). « On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées » (art. 1017).

parfaits. Il est dommage que la majorité de la doctrine entérine cette conception²⁸.

Mais l'usage, ou la coutume, ne peut être appliqué d'office par le juge, comme il le fait pour toute loi existante. Il faut que le justiciable allègue et prouve l'usage, afin que ce dernier soit pris en considération par le juge²⁹. Cette preuve, afin qu'elle soit probante, doit porter sur cinq qualités afin qu'une habitude devienne usage: il faut prouver qu'elle est uniforme, publique, générale, fréquente et ancienne³⁰.

Ainsi, comme toute clause conventionnelle ou fait juridique, l'usage doit être prouvé. Au procès, lors de l'enquête, le juge de fond décide si la preuve de l'usage est faite³¹. Cette preuve doit donc être formelle et elle est faite par témoins qui œuvrent dans la même activité économique³².

Donc le juge ne prend judiciairement connaissance de l'usage que par la preuve qui en est faite au procès. La connaissance préalable et personnelle de l'usage n'est pas requise. Mais, puisque le procès est « le fait des parties », suivant les règles de procédure le juge doit s'abstenir de tenir compte de tout fait dont il a connaissance mais qui n'est pas allégué par les parties. Il doit ignorer dans son jugement un usage dont il connaît l'existence, mais qui n'est pas invoqué par une partie.

On comprend ainsi pourquoi, au Québec, personne n'a voulu référer aux usages comme argument en faveur de l'instauration d'une juridiction spécialisée. Il n'est pas nécessaire de faire appel à des juges élus parmi la classe des commerçants.

Cette classe, d'ailleurs, n'a pas les mêmes cohésion et homogénéité ni, surtout, le même esprit de classe, qui caractérisent les commerçants des pays européens.

28. « Reste maintenant à voir comment et quand la coutume ou l'usage servira à interpréter une convention » : G. TRUDEL, *Traité du droit civil de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1946, t. 1, p. 290. « Mais il faut bien admettre qu'alors la coutume ou l'usage empruntera... » : P. AZARD, « Le problème des sources du droit civil dans la province de Québec », (1966) 44 *R. du B. Can.* 417, p. 429.

29. F. LANGELIER, *Cours de droit civil de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1907, p. 417. A. NADEAU et L. DUCHARME, *Traité de droit civil de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1965, t. 9, p. 33, n° 49.

30. *Beaudouin c. Giguère*, [1963] B.R. 398, p. 404.

31. La preuve de l'usage fut jugée insuffisante dans : *Canadian Casket Co. Ltd. c. Giroux et Fils*, [1966] B.R. 398. Par contre, la preuve de l'usage fut concluante dans : *Beaudoin c. Cliche*, [1963] B.R. 408 ; *Salmon c. Hargraves Inc.*, [1963] R.L. 239.

32. *The Provincial Insurance of Canada c. Connolly*, (1880-81) 5 R.C.S. 258.

1.1.3. Le droit commercial n'est pas le droit exclusif de la classe des commerçants

La notion juridique québécoise de commerçant est similaire à celle du droit français. Cependant la réalité sociologique est toute autre.

Le point de convergence entre les deux droits est la définition du commerçant et le critère subjectif des actes de commerce.

Le *Code civil* emploie à plusieurs reprises le terme « commerçant »³³. Parfois, on y trouve des expressions équivalentes³⁴. Mais la définition du concept, comme en droit français, est basée sur les actes de commerce objectifs³⁵.

Cependant d'importantes dissemblances différencient l'exercice de la profession commerciale au Québec et en France. Ainsi, au Québec, le libre accès aux professions commerciales est exercé dans sa plénitude. Pour devenir commerçant, la nationalité canadienne n'est pas requise ni, même, une résidence permanente. Un étranger, admis au pays avec un visa touriste, peut, théoriquement, ouvrir boutique sans aucune autorisation administrative particulière³⁶.

L'enregistrement au registre de commerce, chez le protonotaire de la Cour supérieure, n'est qu'une mesure de publicité à l'égard des tiers. Un tel enregistrement, ou le défaut de s'enregistrer, n'a aucune incidence sur le droit de faire commerce ou de se qualifier comme commerçant. D'ailleurs plusieurs commerçants négligent cette inscription qui n'est sanctionnée que par une amende symbolique³⁷.

Enfin, en regard de la capacité d'exercice, sauf évidemment pour les interdits, il n'existe non plus aucune restriction. Ainsi « le mineur qui fait

33. Par exemple aux articles 1005 et 2260 par. 5.

34. « ... qui fait commerce... » (art. 323).

35. *Roy c. Ellis, supra*, note 16.

36. Les autorités administratives que nous avons contactées ont semblé surprises du fait même qu'on s'interroge sur une réglementation éventuelle concernant l'exercice de la profession commerciale par les aubains. La seule exigence est de ne pas établir son commerce dans une zone résidentielle, cette information étant obtenue du service d'urbanisme de la municipalité où on veut s'établir. La municipalité évalue la valeur locative du local et le « commerçant » doit payer une taxe d'affaires sur la valeur locative. Nous faisons abstraction de la nécessité de certains permis qui sont requis à cause de la nature du commerce : pour la vente d'alcool dans une épicerie, pour opérer une entreprise de transport, etc. Il va de soi qu'il faut payer scrupuleusement ses impôts, ou les taxes de vente perçues par le commerçant car le fisc, fédéral ou provincial, « a le bras long » et ne fait pas de quartier.

37. *Code civil*, art. 1834; *Loi sur les déclarations des compagnies et sociétés*, L.R.Q. 1977, c. D-1, art. 9. À remarquer que la pénalité n'est jamais appliquée.

commerce est réputé majeur pour les faits relatifs à ce commerce »³⁸. L'émancipation ou un âge minimal ne sont pas requis.

Cette facilité d'accès à la profession commerciale incite chaque année des milliers de personnes à « essayer » une activité quelconque. Le nombre de ceux qui abandonnent annuellement leur activité commerciale, volontairement ou à la suite d'une faillite, est sensiblement similaire. Il existe donc une rotation constante dans la composition de la couche sociale qui s'adonne à des activités de commerce. Les commerçants n'ont pas, comme en France, ce fort sentiment d'appartenance à une classe sociale ayant ses traditions, usages, éthique professionnelle et esprit de corps³⁹.

Il est difficilement concevable par conséquent d'organiser une juridiction consulaire. Un commerçant canadien ne consentira pas, non plus, à consacrer deux, trois ou plusieurs années de sa vie à servir sa profession comme juge, gratuitement. Ni l'hypothétique prestige qui pourrait en être retiré, ni l'intérêt intellectuel d'une telle activité ne seront, à coup sûr, déterminants. Comment peut-il y avoir une juridiction de classe si l'esprit de corps fait défaut ?

Ainsi, pour conclure sur le droit commercial contenu dans le *Code civil*, la dualité de régime, l'appel aux usages et la notion de commerçant ne constituent pas un droit des commerçants spécifique et, en conséquence, ce dernier ne requiert pas un tribunal de classe. Si, maintenant, nous envisageons les autres lois économiques, la même conclusion s'impose.

1.2. L'unicité de régime des lois particulières et l'affirmation du droit des affaires

Les lois qui, traditionnellement, s'identifient au droit commercial pour en déterminer le caractère et la nature, sont les lois sur les effets de

38. *Code civil*, art. 323.

39. Les Chambres de commerce — régionales, provinciales ou nationales — ne constituent pas des organismes propres aux commerçants. Chaque année, on lance « une campagne de recrutement » et la sollicitation s'adresse indifféremment aux commerçants, aux membres des professions libérales, au public en général et même aux étudiants. Ces groupements sont plutôt des clubs sociaux et leur objectif est de promouvoir les intérêts de la libre entreprise. Leurs mémoires annuels, faits à l'intention des divers gouvernements, mettent, en général, le législateur en garde contre des mesures jugées étatiques. Au nom du « bien commun », on se prononce contre la fiscalité commerciale, jugée écrasante, contre les « abus du syndicalisme », mais les Chambres sont pour une réglementation freinant la hausse des salaires. Par contre, le « Conseil du patronat du Québec » est plus agressif ; à titre d'exemple, voir la manchette intitulée : « La partie patronale somme la Commission de la santé et de la sécurité du travail de revoir son budget de 1983 », *Les Affaires*, 16 avril 1983, pp. 2 et 3.

commerce, sur la faillite et sur les sociétés⁴⁰. Elles illustrent le fondement du droit commercial basé sur la rapidité des opérations commerciales, le besoin de crédit et la rigueur d'exécution⁴¹.

Ces lois connaissent l'unicité du régime juridique. En pratique les non-commerçants y ont recours aussi fréquemment que les commerçants eux-mêmes.

1.2.1. Généralisation de l'emploi des effets de commerce

La *Loi sur les lettres de change* régleme les principaux effets de commerce qui sont les chèques, les billets promissoires et les lettres de change. C'est le droit par excellence qui applique la notion de l'apparence, qui est une des caractéristiques du droit commercial; ainsi, la nature des droits exorbitants du détenteur régulier ne dérive pas de la réalité sous-jacente, mais de la foi du tiers de bonne foi de ce qu'il apparaît. Cette protection basée sur l'apparence permet la négociation de l'effet (idée de circulation) et la rigueur d'exécution (on ne peut invoquer à l'égard du détenteur régulier les moyens de défense dits personnels).

L'utilisation des instruments de crédit n'est pas l'apanage exclusif des commerçants. L'utilisation du chèque comme instrument de paiement par les consommateurs pour leurs achats courants est tellement fréquent qu'il est inutile d'insister. Tout paiement à l'administration ou fait par elle, se fait par chèque qui sert, après l'encaissement, comme moyen de preuve du paiement⁴².

L'usage des chèques par les consommateurs est tel que le législateur a établi en 1970 une certaine protection concernant les achats de biens de consommation payés par chèque⁴³.

40. *Loi sur les lettres de change*, S.R.C. 1970, c. B-5; *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, c. B-3; *Loi sur les compagnies*, L.R.Q. 1977, c. C-38; *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*, 1974-75-76, c. 33.

41. Nous ferons abstraction des autres lois commerciales importantes, à commencer par la Loi sur la concurrence qui détermine la structure économique du Canada et la réglementation des ententes et des fusions: *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, c. C-23. Cependant, les observations faites en regard des trois lois examinées dans le texte s'appliquent à toutes les autres lois, fédérales ou provinciales, ayant un régime unitaire.

42. À titre d'exemple, voici le contenu d'une dépêche de l'Agence de presse canadienne: « Les remboursements d'impôts fédéraux parviendront aux bénéficiaires à compter de la semaine prochaine, a annoncé lundi un porte-parole du ministère du Revenu. Les fonctionnaires du Revenu Canada posteront les 650 000 chèques déjà dressés dès la fin de la présente semaine », *Le Soleil*, 20 avril 1983. Malheureusement, il fallait s'y attendre, il existe de véritables réseaux de fraudeurs et, selon le directeur adjoint du service de sécurité de la Banque Nationale du Canada, six fraudeurs sur dix au Québec se font par chèque.

43. *Loi modifiant la Loi sur les lettres de change*, S.C. 1969-70, c. 48.

L'usage des billets promissoires par les non-commerçants est aussi fréquent. Ainsi, lors d'un prêt bancaire, outre le contrat qui constate les conditions du prêt, l'emprunteur doit signer un billet promissoire. Cela permet à la banque, en cas de non remboursement, d'intenter une poursuite sur billet qui est plus rapide, plus efficace et moins onéreuse. De même les banques consentent une ouverture de crédit après la signature d'un billet payable à demande.

Enfin l'utilisation des lettres de change est aussi généralisée. Jusqu'en 1980 tout retrait d'une caisse populaire ne pouvait se faire que par lettre de change. Certains gouvernements payent leurs fonctionnaires avec des lettres de change. La pratique de ces documents est ainsi généralisée et ne se cantonne pas à la classe des commerçants. Remarquons qu'en France, suivant le *Code de commerce*, une lettre de change confère la commercialité par la forme à l'égard de toutes les parties signataires; nul doute que le législateur de 1807, peut-être pour des motifs historiques, a estimé que ce document est intimement lié à un financement ou paiement commercial⁴⁴.

Ainsi, au Québec, en regard des effets de commerce, aucun motif rationnel ne milite en faveur d'un tribunal de classe. Cela se vérifie aussi en matière de faillite.

1.2.2. Recours à la faillite par les non-commerçants

Dans les pays latins, la faillite est considérée comme une institution exclusivement commerciale. Aussi, en France, la loi de 1967 sur les liquidations judiciaires, maintient-elle l'exclusion des matières civiles du domaine d'application de la loi⁴⁵; ainsi une personne physique, non commerçante, ne peut faire une faillite personnelle civile. Le titre deux de la loi, intitulé « Faillite personnelle et autres sanctions » est quelque peu trompeur, mais son contenu indique que ce titre s'applique aux personnes physiques qui ont un poste de dirigeant d'une personne morale. Dans la loi française, la notion de faillite personnelle n'est pas l'équivalent de faillite civile.

Le législateur français, logique avec lui-même, a confié aux tribunaux de commerce une compétence expresse et exclusive en matière de faillite⁴⁶. Même s'il y a eu une cascade de lois au cours des années qui ont amendé la

44. *Code de commerce*, art. 632, al. dernier. Le régime du chèque confirme cependant l'aspect subjectif de la théorie des actes de commerce en France; en effet, son caractère est déterminé « selon la qualité de celui qui l'émet », Y. GUYON, *supra*, note 25, p. 49, n° 53.

45. Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967.

46. Loi du 13 juillet 1966, art. 5.

compétence d'attribution des tribunaux de commerce, le législateur n'a pas modifié leur compétence historique sur les liquidations judiciaires.

Il y a donc, en France, une interdépendance, un lien logique, entre la faillite, institution propre aux commerçants et le tribunal de commerce, qui est une juridiction de classe.

La doctrine française approuve cet état de choses. Le fondement de l'application exclusive de la faillite à la classe des commerçants tire ses origines de la *rigor nundinarum* du Moyen-Âge. Comme les autres institutions commerciales, la faillite fut créée par les pratiques des foires ; elle permettait le renforcement du crédit par la rigueur d'exécution contre le commerçant défaillant. C'était, et elle le demeure en France, suivant l'expression de Thaller, une institution du « droit des forts ». Actuellement, malgré l'altération du caractère originaire répressif, ce fondement subsiste. Des juristes éminents estiment que « la principale utilité de la faillite reste l'effroi qu'elle inspire aux commerçants. C'est parce qu'elle a un caractère répressif qu'elle est une institution préventive »⁴⁷.

Il semble qu'une telle conception soit fortement ancrée dans les esprits. Si les diverses propositions faites au Parlement français d'étendre l'application de la faillite aux débiteurs civils n'ont pas réussi, cela est dû à la valeur des arguments, apparemment irréfutables, exposés plus haut. Mais, outre ces motifs, on prétend que la cessation des paiements par un commerçant est néfaste pour toute la communauté commerciale ; en effet, un défaut de paiement entraîne une réaction en chaîne, chacun comptant sur le paiement de ses débiteurs pour payer ses créanciers.

Or, on n'a pas de telles conséquences catastrophiques si un non-commerçant cesse ses paiements. De plus, lors d'une faillite, généralement un non-commerçant n'a aucun actif à distribuer : pourquoi le soumettre à une procédure pour liquider le néant ? Enfin, dit-on, le dessaisissement du débiteur de ses biens l'assimilera à un incapable, sans qu'il y ait une publicité suffisante de cette situation ; en conséquence « ce serait une complication sans profit : le régime des incapacités ne pèse déjà que trop lourdement sur nos institutions civiles »⁴⁸.

Ce rappel du droit français, sur lequel nous ne portons pas de jugement de valeur, nous permettra de mieux situer le droit canadien. La loi sur la faillite s'applique indifféremment aux commerçants, individus ou sociétés commerciales et aux personnes physiques non commerçantes. On peut donc

47. G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 5^e éd. par R. ROBLOT, 1964, t. 2, p. 287, n^o 2718.

48. G. RIPERT et R. ROBLOT, *supra*, note 47, vol. 2, p. 285, n^o 2712.

à juste titre s'interroger sur le fondement et le fonctionnement du système canadien.

La réponse est simple et claire : le fondement de la faillite en droit canadien est à l'opposé de celui du droit français. Notre loi vise non pas à punir ou terroriser un commerçant défaillant, ou sur le point de l'être, mais à permettre à un malheureux en affaires, par ailleurs honnête débiteur, de se décharger de ses dettes. Cette loi n'a donc pas un caractère répressif, elle n'a pas pour but d'écraser un présumé coupable. Au contraire, elle permet la libération du poids écrasant des dettes afin que, reprenant son souffle, le commerçant puisse redevenir un citoyen utile et productif⁴⁹.

Le nouveau projet de loi en matière de faillite et d'insolvabilité reprend le même fondement. Il permet, bien sûr, aux créanciers de se partager les biens du débiteur suivant leurs droits. En revanche, le projet « libère le débiteur de ses dettes et lui donne ainsi l'occasion de prendre financièrement un nouveau départ ». Dans la réalisation de ce double objectif, il est essentiel de maintenir l'équilibre entre les besoins et croyances de notre société et les exigences d'une économie basée sur le crédit⁵⁰.

Pour ce même motif, une personne physique peut faire faillite en matière civile. Car, en réalité, en ce qui concerne le recours au crédit, le consommateur utilise le crédit pour ses achats courants aussi souvent que le commerçant pour ses affaires. L'usage des cartes de crédit, des comptes à crédit rotatif ou des prêts à la consommation par les institutions financières est généralisé. Il en résulte un accroissement énorme de la dette globale des Canadiens. Rappelons les tactiques subtiles, ou la publicité directe, des prêteurs afin d'inciter les consommateurs à recourir au crédit. Nous sommes sollicités presque quotidiennement à emprunter. En conséquence, pour l'individu imprévoyant, le désastre financier est proche si, leurré par un niveau de vie réalisé à crédit, il succombe sans discernement à l'appel de sollicitations constantes⁵¹.

Le projet a toutes les sollicitudes à l'égard des personnes physiques non commerçantes : il vise la réhabilitation de celles-ci qui ont le choix entre la

49. HOULDEN et MORAWETS, *Bankruptcy Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1960, p. 2; A. FRANÇON, « Réflexions sur la loi fédérale de la faillite », (1962) 43 *Thémis* 161; *I.A.C. et Eaton c. Lalonde*, [1952] 2 R.C.S. 109.

50. *Document explicatif du Projet de loi concernant la faillite et l'insolvabilité*, Ottawa, Consommation et Corporation Canada, 1979, p. 12.

51. « Étant donné les tactiques agressives auxquelles ont recours certaines compagnies prêteuses pour promouvoir leurs activités, il n'est pas étonnant qu'un nombre sans cesse croissant de consommateurs soient leurrés par l'attrait facile du crédit et finissent par être écrasés sous un fardeau de dettes qu'ils ne peuvent plus payer, surtout si quelque catastrophe imprévue les frappe » : *Document explicatif, supra*, note 50, p. 18.

faillite et le concordat, le fondement et les buts de la loi actuelle étant maintenus⁵².

Les innovations du projet portent sur l'amélioration des procédures administratives⁵³. Mais le domaine d'application est identique à la loi actuelle⁵⁴. La définition de « débiteur » demeure inchangée : c'est « une personne insolvable et toute personne qui, à l'époque où elle a commis un acte de faillite, résidait au Canada et y poursuivait ses affaires » (art. 2). Un incapable peut aussi faire faillite et il agit dans les procédures par son curateur⁵⁵. La faillite est donc une législation de droit privé⁵⁶.

Les statistiques indiquent que les personnes physiques se prévalent largement des dispositions de la loi. Les faillites dites « personnelles », dépassent largement le nombre des faillites commerciales⁵⁷.

Il importe de décrire le fonctionnement du tribunal en matière de faillite.

Au Québec la Cour supérieure est le tribunal de droit commun qui a, sauf certaines matières conférées spécialement à d'autres tribunaux, juridiction en toute matière, dont la faillite⁵⁸. Mais, pour des motifs d'efficacité, la *Loi sur la faillite* autorise expressément le juge en chef à désigner un ou plusieurs de ses collègues pour siéger, pendant un temps déterminé, à la

52. « En incitant le consommateur débiteur à conclure un concordat plutôt qu'à déclarer faillite, le projet de loi favorise la réhabilitation du débiteur en matière budgétaire en le forçant de mieux planifier ses affaires. De plus le projet de loi enjoint à l'Administrateur de faillite de veiller sur le débiteur et de le conseiller, afin qu'il se réhabilite financièrement et qu'il apprenne à s'acquitter de ses obligations financières. Le cas échéant, l'Administrateur de faillite mettra le débiteur en contact avec des agences sociales susceptibles de l'aider. Comme autre mesure de réhabilitation, s'il est d'avis que le débiteur est désormais apte à gérer ses propres affaires, l'Administrateur de faillite pourra autoriser le débiteur, lorsqu'un concordat aura été en vigueur durant au moins 6 mois, à effectuer lui-même ses paiements directement aux créanciers », *Document explicatif, supra*, note 50, p. 21.

53. *Loi concernant la faillite et l'insolvabilité*, Bill C-12 (première lecture), 16 avril 1980.

54. *Loi concernant la faillite*, S.R.C. 1970, c. B-3.

55. *Reinhard c. Chevalier*, (1940) 21 C.B.R. 228 ; Une personne physique ou société domiciliée à l'étranger est assujettie à la *Loi sur la faillite* si elle poursuit ses affaires au Canada et y a une résidence : *National Shipbuilding Corporation* (1921) 1 C.B.R. 430.

56. A. BOHÉMIER, *La faillite en droit constitutionnel canadien*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1972, p. 61.

57. En janvier 1983, il y a eu dans la province de Québec 669 faillites civiles et 332 faillites commerciales. Cette tendance est accentuée dans la province de l'Ontario où, pendant la même période, on a enregistré 1 081 faillites civiles et seulement 239 faillites commerciales : *Bulletin de statistiques de faillites* pour le mois de janvier 1983, publié par le bureau du surintendant des faillites.

58. *Code de procédure civile*, art. 31.

« division de faillite » (art. 155). Ce texte ne crée pas un tribunal spécialisé, mais permet la spécialisation des juges.

En ce qui concerne la procédure, le législateur fait montre d'un libéralisme extrême. Outre le rappel, superflu, que le tribunal n'est soumis « à aucune restriction provenant d'une ordonnance d'un autre tribunal », la loi édicte que toute ordonnance du juge siégeant en faillite est exécutoire. Le formalisme est exclu. Ainsi, par exemple, « un vice de forme ou une irrégularité n'invalide pas les procédures en faillite », à moins qu'il en résulte une injustice grave. Le tribunal peut prolonger les délais, ou en imposer d'office ; il peut permettre d'omettre la présentation des pièces, etc. (art. 157).

La spécialisation du juge lui confère une grande autorité auprès des justiciables. L'absence de formalisme permet un déroulement du procès basé sur le droit et l'équité.

On peut donc constater que, d'une part, le nombre considérable de faillites personnelles (civiles) exige l'attribution de compétence à la juridiction du droit commun. Quant aux faillites commerciales, la spécialisation du juge, par le maniement constant des dossiers d'affaires, en fait un magistrat ayant une expérience pratique qu'on peut comparer avantageusement à celle du juge consulaire.

Il reste à vérifier si nous avons une situation similaire en matière de sociétés.

1.2.3. L'apparence et l'équité comme fondements du droit des sociétés

La législation québécoise en droit des compagnies étant en pleine évolution⁵⁹, nous limiterons nos observations à la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*⁶⁰.

59. *Loi sur les compagnies*, S.R.Q. 1977, c. C-38. Cette loi fut substantiellement amendée à deux reprises : *Loi modifiant la Loi des compagnies et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1979, c. 31 ; *Loi modifiant la Loi sur les compagnies et la Loi sur les déclarations des compagnies et sociétés*, L.Q. 1980, c. 28. Monsieur Jean-Marie Bouchard, sous-ministre au ministère des Consommateurs, coopératives et institutions financières, a annoncé que la révision de la loi se fera en trois étapes, deux étant franchies ; la dernière étape réalisera « la révision en profondeur de la législation » : J.-M. BOUCHARD, « La révision de la loi sur les compagnies du Québec », (1980) 2 *Rev. de planif. fisc. et successorale* 233, p. 234. D'autre part, le projet de loi n° 106, portant réforme au *Code civil du Québec* du droit des personnes, contient de multiples dispositions relatives à la personnalité morale, la constitution des personnes morales et leur fonctionnement (art. 314 à 399).

60. *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*, S.C. 1974-75-76, c. 33.

Cette loi, adoptée en 1975, fut fortement inspirée des lois des divers états des États-Unis, lesquelles reflètent les pratiques en cette matière. Elle intègre, d'autre part, la jurisprudence antérieure qui fut donc codifiée. Ainsi cette loi fédérale est-elle fortement basée sur les pratiques commerciales⁶¹.

La nouvelle loi sur les sociétés se caractérise par l'application constante de la théorie de l'apparence et par l'attribution d'une nouvelle vocation au juge dans la solution des différends.

On sait que les lois commerciales favorisent la notion d'apparence : elle permet la sécurité juridique et la protection des tiers⁶². La *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* applique systématiquement ce fondement. Il suffit de mentionner, entre autres, que la société ne peut alléguer, à l'encontre des tiers de bonne foi, que ses statuts ou règlements n'ont pas été observés, ou que les personnes présentées comme administrateurs ou dirigeants ne sont pas régulièrement élues ou nommées (art. 18). Les tiers ne sont pas présumés connaître le contenu des statuts constitutifs, même si ces derniers sont des documents publics (art. 17)⁶³.

Ce désir du législateur de favoriser la sécurité, aux dépens de la légalité, est exprimé par la mise en échec de la théorie de l'*ultra vires* ou des nullités. Ainsi une illégalité n'est pas sanctionnée par l'annulation de l'acte juridique, qui demeure valide, mais par une sanction pénale ou la dissolution de la société. Dès lors l'adoption d'un règlement n'est pas nécessaire pour conférer un pouvoir particulier à la société ou à ses administrateurs et « les actes de la société, y compris le transfert de biens, ne sont pas nuls du seul fait qu'ils sont contraires à ses statuts ou à la présente loi »⁶⁴.

En l'absence de sanctions civiles, la loi confère au juge un rôle nouveau, celui d'arbitrer, par voie d'ordonnance, les affaires internes et commerciales de la société. On peut dénombrer trente trois situations prévues dans la loi, où le recours au juge est permis afin qu'il règle un différend. La loi ne

61. Suivant un usage constant, tout projet de loi d'importance présenté par le gouvernement fédéral est basé sur un rapport *ad hoc*. Ces rapports sont élaborés et motivés ; ils constituent une mine précieuse de renseignements pour le commentaire de la loi. Dans l'espèce, la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* fut inspirée très fortement du rapport dit « Dickerson », du nom de son président : *Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes*, 2 vol., Ottawa, Information Canada, 1971.

62. J. CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1961.

63. L'article 18 de la loi codifie le principe jurisprudentiel, favorable aux tiers, de l'arrêt *Royal British Bank v. Turquand*, (1856) 6 E.B. 327, 119 E.R. 886. Par contre, par voie législative, l'article 17 change la règle jurisprudentielle dite de « la connaissance présumée », en établissant un régime avantageux aux tiers.

64. L.S.C.C., art. 16 par. 3.

contient aucun critère d'appréciation et le juge, ainsi, a un pouvoir discrétionnaire.

Quelques exemples permettent d'illustrer le rôle déterminant du juge : il peut établir la responsabilité respective des parties dans un contrat conclu pour la société avant son incorporation (art. 14) ; il peut ordonner la mesure qu'il estime opportune afin de redresser une situation en cas d'abus de la part des administrateurs ou des dirigeants (art. 234) ; il peut convoquer la tenue d'une assemblée, dispenser du *quorum* requis par les règlements, trancher tout différend relatif à l'élection d'un administrateur, enjoindre à un administrateur de s'abstenir d'agir (art. 139).

Suivant la jurisprudence constante antérieure, le juge devait s'abstenir de s'immiscer dans les affaires internes ou, à fortiori, dans les affaires commerciales de la société. La loi actuelle lui confère expressément ce pouvoir⁶⁵.

Le rôle du juge étant ainsi modifié, le magistrat devient un agent actif dans la vie sociale et le règlement des différends commerciaux. Il a le pouvoir de décider suivant sa propre conception de justice, d'équité et d'opportunité⁶⁶. N'est-ce point là la manière d'agir du juge consulaire ?

Consécration d'un droit des affaires véritable, nouvelle conception du rôle du juge, voilà les deux caractéristiques fondamentales du droit québécois en matière économique.

On peut se demander maintenant si, lors de la conduite d'un procès, le droit judiciaire privé répond aux besoins spécifiques du droit des affaires et si le juge a les qualités requises pour s'acquitter adéquatement de la nouvelle tâche qui lui est confiée par le législateur.

2. L'absence de formalisme procédural et les antécédents du juge permettent la réalisation des objectifs du droit des affaires

Le *Code de procédure civile* a été profondément remanié en 1966. Antérieurement, le droit judiciaire privé était imbu de formalisme. Actuellement, le « nouveau » Code est dépouillé du fatras des règles procédurales impératives.

65. Le juge peut donner « des directives sur la conduite des affaires tant commerciales qu'internes de la société... » (art. 139 par. 1 al. c) ; il peut « réglementer les affaires internes de la société en modifiant les statuts ou les règlements ou en établissant ou en modifiant une convention unanime des actionnaires » (art. 234 par. 3 al. c).

66. Le juge peut ordonner la liquidation et la dissolution d'une société « s'il constate le caractère juste et équitable de cette mesure » (art. 207, par. 1 al. C, sous al. ii).

Les juges, nommés par le pouvoir exécutif parmi les avocats de la pratique, ont une expérience personnelle des affaires qui leur permet de saisir les enjeux économiques des litiges.

2.1. Fondement et objectifs du droit judiciaire privé

Dès ses premières dispositions le *Code de procédure civile* « dévoile ses couleurs » en prenant résolument parti contre le formalisme.

2.1.1. La procédure cherche à faire apparaître le droit

La procédure n'a pas une fin en soi ; elle doit permettre de présenter adéquatement les prétentions des parties afin de pouvoir aboutir à une vérité juridique. Ainsi, en principe, l'inobservation d'une règle de procédure ne doit pas affecter le sort d'une demande, sauf si on n'a pas voulu y remédier alors qu'il était possible de le faire (art. 2). En 1966, conformément à l'avis des commissaires chargés d'élaborer le projet de loi, le législateur a réussi « à donner à la procédure l'orientation nouvelle souhaitée »⁶⁷.

Quelques exemples peuvent illustrer l'esprit du Code actuel : le droit substantif a toujours préséance sur la procédure⁶⁸ ; l'interprétation des textes doit être large et libérale⁶⁹ ; sauf de rares exceptions, on peut remédier aux vices de forme⁷⁰ ; d'une manière générale les règles procédurales doivent viser à « faciliter la marche normale du procès, plutôt qu'à la retarder ou à y mettre fin prématurément » (art. 2).

Le *Code de procédure civile* est un ensemble de textes, structuré et cohérent, concernant la procédure écrite et l'enquête à l'audience. Une omission ou une erreur n'est cependant pas déterminante pour la perte d'un droit.

Afin de mieux mettre en lumière certains aspects de la procédure, mentionnons que le droit d'amender un acte de procédure est, en principe, admis. Chaque partie au procès peut, en tout temps avant jugement, sans autorisation ni frais, amender tout acte de procédure produit par elle. Si la partie adverse a déjà répondu à une procédure, l'autorisation du tribunal est

67. H. REID et D. FERLAND, *Code de procédure civile annoté du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1979, vol. 1, p. 33.

68. *Hamel c. Brunelle*, [1977] 1 R.C.S. 147 ; *Ladouceur c. Howarth*, [1974] R.C.S. 1111.

69. *Denis-Cossette c. Germain*, [1978] C.A. 539 ; *Lagacé c. Dion Construction Ltée*, [1967] R.P. 30.

70. *Girard c. Desmeules*, [1974] R.P. 25 ; *United Motors Ltd. c. Marine Transport Co.*, [1968] C.S. 306.

requis ; le juge l'accorde « aux conditions qu'il estime nécessaire pour la sauvegarde des droits de la partie adverse » (art. 199). Un tel amendement peut rectifier ou compléter les énonciations de l'acte initial ; la partie peut aussi invoquer des faits survenus en cours d'instance (art. 202).

Une heureuse innovation est constituée par la conférence préparatoire. Elle permet d'accélérer la solution du procès. Cette conférence peut avoir lieu après qu'une cause ait été portée au rôle. Le juge peut la convoquer d'office ou s'il en est requis par l'une des parties. Elle a lieu au cabinet du juge et le but recherché est de simplifier le procès. « Les ententes et décisions prises à cette conférence sont rapportées dans un procès-verbal signé par les procureurs et contresigné par le juge » (art. 279). Ainsi le Code instaure une rencontre ultime propre à faciliter le règlement du litige.

Rappelons qu'à la conférence préparatoire, comme à l'audience, le décorum est de rigueur. L'atmosphère n'est pas celle des tribunaux de commerce ⁷¹.

Austère dans sa présentation extérieure, absence de formalisme quant au fonctionnement, tel est l'aspect de l'administration de la justice. Une affaire commerciale ne pourrait être jugée devant un forum plus approprié.

À cette procédure peu rigoureuse s'ajoute la tolérance réciproque des procureurs des parties.

2.1.2. Le laxisme de la pratique

Très rapidement, après leur admission à la pratique du droit, les jeunes avocats découvrent que le droit judiciaire privé appliqué est différent de celui qu'ils ont étudié à la Faculté ou, même, à l'année professionnelle du Barreau. Car la pratique est à la tolérance à l'égard de ses confrères, afin de bénéficier soi-même de la tolérance des autres. Le « procédurier » est vite repéré et, s'il persiste, on lui fait goûter « la même médecine ».

71. « Je ne sais pas si vous avez assisté à des audiences respectives des différentes juridictions françaises. L'atmosphère n'y est pas partout la même. Le climat dans lequel se plaident les affaires civiles n'est pas celui auquel sont soumises les affaires commerciales devant les tribunaux de commerce. Chez ces derniers, l'audience est beaucoup plus familière. Il y en a où tout le monde parle successivement, voire en même temps : les juges, les plaideurs, les avocats, les agréés. Et on sent, tout de suite, que le vent naturel y est — excusez le mot -, au marchandage, à l'arrangement, qui s'accommode à l'âme du commerce. Le procès est sans doute un procès ; et si on ne peut arriver à un arrangement, il se résoudra comme tout procès, par un jugement. Alors, cette affaire se discute entre les parties, au moment même où elle se plaide, d'une manière qui mêle étonnamment les lois des genres » : R. SAVATIER et J. SAVATIER avec le concours de J.M. LELOUP, *Droit des affaires*, Paris, Éditions Sirey, 1967, p. 35, n° 57.

La jurisprudence sacrifie souvent au même esprit de tolérance. Tel est l'arrêt par lequel la Cour d'appel a permis la signification d'une requête pour particularités après l'expiration des délais ; il s'agissait d'un moyen dilatoire dont les délais, cas rare, sont de rigueur (art. 170). Les juges motivent leur laxisme par l'« esprit » du Code tel qu'énoncé dans l'article deux ⁷².

Cet arrêt a permis à la doctrine de porter le débat à un niveau général. Après avoir discuté sur le fond de la procédure en question — la nature d'un délai de rigueur et la notion d'ordre public — l'auteur s'interroge sur le fondement des délais de procédure et la raison d'être des règles de procédure ⁷³. Mentionnons que les tribunaux ne sont pas systématiquement tolérants.

Un tel esprit de tolérance dans la pratique du droit, parfois encouragé par les tribunaux, ne nous rapproche-t-il pas de l'esprit qui préside devant les tribunaux judiciaires. N'a-t-on pas justifié leur existence, aussi, par la nécessité de simplifier les règles de procédure ?

Nous devons terminer en brossant à grands traits les caractéristiques du juge qui joue le rôle déterminant dans la solution du litige.

2.2. Les antécédents du juge et son comportement dans la solution des différends

Le comportement du juge ne peut être adéquatement compris que si on fait l'esquisse de son profil social. Car sa manière d'agir dépend de ses antécédents et de son expérience professionnelle comme avocat.

2.2.1. Les antécédents du juge et la pratique du droit

Les juges de la Cour supérieure, tribunal de droit commun, sont nommés par le gouvernement fédéral après diverses consultations, dont celle du Barreau canadien. Les candidats doivent être des avocats, ayant exercé la profession pendant au moins dix ans.

72. *Dame Lecompte c. Bernier*, [1973] C.A. 24.

73. « Le jour où on enlèvera tout caractère formaliste à la procédure, on reviendra au règne de l'arbitraire des plaideurs et des juges. Nous ne voulons pas pour autant évoquer l'idée d'un formalisme tatillon, désuet qui a trop longtemps sclérosé nos lois de procédure mais, entre la loi du laisser faire et celle intransigeante de "La forme emporte le fond", il existe une marge et il y a une place pour l'article 2 de notre Code. Que les lois de la procédure tiennent compte du milieu social et économique soit mais elles ne doivent pas pour autant permettre à un plaideur de cacher son ignorance, de masquer son incompétence ou de dissimuler sa négligence » : R. SAVOIE, « Rigorisme ou laxisme », (1973) 33 *R. du B.* 305.

La plupart des juges accèdent au banc après une vie professionnelle où l'activité proprement juridique se combine avec une implication étroite aux affaires et, très souvent, une certaine activité politique. Parfois de hauts fonctionnaires, sous-ministres généralement ou conseillers juridiques ayant un rang élevé dans l'administration, « montent sur le banc », suivant la formule consacrée. Depuis quelques années s'est établie une pratique, assez timide, de nommer comme magistrats, des professeurs de droit qui sont membres régulièrement inscrits sur le tableau de l'Ordre et qui répondent aux autres critères de nomination.

Les juges de la Cour provinciale sont nommés par le gouvernement provincial suivant un système analogue. Il n'existe pas d'école de magistrature.

Ainsi les juges accèdent au banc après une longue pratique professionnelle. Puisque la pratique du droit est souvent associée aux affaires, les juges ont une profonde connaissance du milieu d'affaires et des pratiques commerciales. L'activité politique antérieure leur a permis de connaître intimement les grandeurs et les misères de l'âme humaine⁷⁴.

L'opinion publique classe les juges à un niveau élevé dans la hiérarchie sociale⁷⁵. Leur prestige est indiscutable même si, à cause de l'érosion des valeurs traditionnelles, ils sont sujets à critique. Mais leur rôle demeure déterminant pour l'avancement du droit et la protection de l'individu⁷⁶.

Il n'est donc pas surprenant de constater que le choix des juges est une question majeure⁷⁷. Souvent on fait l'éloge de juges éminents qui ont profondément marqué l'évolution du droit⁷⁸. Aussi, les antécédents du juge conditionnent-ils son comportement.

74. Quelques études ont tracé le profil du juge : G. BOUTHIÉ, « Profil du juge de la Cour supérieure », (1977) 55 *R. du B. Can.* 430; du même auteur, « Matériaux pour une analyse politique des juges de la Cour d'appel », (1971) 6 *Thémis* 563.

75. Les avocats sont placés à un niveau inférieur et les professeurs d'universités n'ont pas encore, dans l'opinion publique, le prestige des avocats.

76. J. DESCHÈNES, « Le pouvoir judiciaire dans la société moderne », [1979] *Les Plateaux* 83; B. DICKSON, « The role and function of judges », (1980) 14 *Gazette* 138; E. HALL, « Law reform and the judiciary's role », (1972) 10 *Osgoode H.L.J.* 399; S. SHETREET, « On assessing the role of courts in society », (1980) 10 *Man. L.J.* 355; E. HAINES, « The judges role in changing society », (1976) 10 *Gazette* 103.

77. J. DESCHÈNES, « Le choix des juges », (1978) 38 *R. du B.* 567.

78. F. VAUGHAN HALL : « Emmett Matthew The activist as justice », (1972) 10 *Osgoode Hall L.J.* 411; E. POLLOCK, « Mr. Justice Rand a triumph of principle », (1975) 53 *R. du B. Can.* 519. Les juristes européens connaissent l'éloge fait par H. C. Gutteridge, éminent professeur à l'Université de Cambridge, de Lord Mansfield qui fut un juge prestigieux : « Lord Mansfield a comparative jurist of the 18th century », *Études Geny*, Paris, Sirey, 1934, t. III, p. 239.

2.2.2. Le comportement d'un esprit cartésien tempéré par le pragmatisme

On connaît la fameuse boutade d'un juge maintenant décédé qui affirmait qu'il décidait d'abord en faveur de quelle partie il allait rendre jugement pour, ensuite, motiver juridiquement sa décision. C'est, certes, la manifestation du flair, de l'intuition et de l'esprit d'équité qui président au difficile processus de rendre jugement.

Ce serait une grave erreur de croire, cependant, que l'équité et le sentiment personnel priment le respect des normes juridiques. Mais la décision du juge est la résultante d'une méthode juridique qui est la synthèse de la méthode civiliste et de celle de la common law.

Le style des jugements, qui se présentent sous forme de dissertations parfois d'une longueur démesurée, permet au juge de faire une analyse complète des faits, en reproduisant parfois de longs extraits de la preuve testimoniale ou écrite. Le droit à la dissidence permet l'expression d'une opinion personnelle qui, parfois, est mieux motivée que celle de la majorité⁷⁹. On suit, ainsi les traditions anglaise et américaine⁸⁰.

Les faits sont toujours examinés d'une manière minutieuse et sont déterminants pour l'issue du procès. La technique qui consiste à distinguer les faits de l'espèce (*distinguishing*) de décisions antérieures, affaiblit considérablement l'autorité des précédents⁸¹. Cette importance des faits n'a pas échappé à un observateur étranger qui estime que « le jugement paraît souvent motivé non en droit mais en fait, comme si le passage du fait au droit n'impliquait pas l'existence d'une règle juridique »⁸².

Un tel comportement nous rappelle, dans une certaine mesure, celui du juge consulaire.

79. Ce droit ne peut évidemment pas s'exercer en Cour supérieure, où siège un juge unique, mais les rapports judiciaires de la Cour d'appel ou de la Cour suprême, dont le banc est composé de 3,5 ou 9 juges, sont truffés d'opinions dissidentes.

80. N.N. ANTAKI, « La réaction de la doctrine à la création du droit par les juges », *Travaux de l'Association H. Capitant*, tome XXXI, Paris, Economica, 1980, 241, p. 242 (rapport canadien).

81. Un exemple d'une distinction subtile des faits est celui des deux arrêts célèbres de la Cour suprême concernant les contrats entre non-présents: *Auger c. Magann*, (1902) 31 R.C.S. 186; *Baril c. Charlebois*, [1928] R.C.S. 88.

82. N.J. MAZEN, « Le juge civil québécois, Approche comparative d'un système de droit mixte », (1982) 24 *Rev. int. de dr. comp.* 375, p. 402. Cet auteur conclut: « Ainsi, l'extrême souplesse et le pragmatisme de l'esprit britannique viennent-ils se superposer à la rigueur et au cartésianisme de l'esprit français. Cela est vraisemblablement un élément d'enrichissement et un gage d'évolution » (p. 403).

Conclusion

En guise de conclusion générale nous voudrions rappeler que, dans le domaine social, comme en physiologie, le besoin crée l'organe. Puisque le tribunal de droit commun satisfait pleinement aux besoins spécifiques du droit des affaires, on comprend aisément pourquoi une juridiction spécialisée n'a pas sa raison d'être.

Les observations qui précèdent sont confirmées par le nouveau projet gouvernemental de restructuration des tribunaux. En effet, le 7 juin 1983, s'adressant aux délégués à la première Conférence mondiale sur l'indépendance de la justice, le ministre provincial de la Justice a annoncé son intention de regrouper les trois tribunaux provinciaux en une seule « Cour du Québec ». Elle sera « composée de quatre Chambres, touchant individuellement les domaines criminel et civil, de même qu'une Chambre de la jeunesse et une Chambre administrative »⁸³. On constate, sans regrets, l'absence d'une Chambre commerciale.

83. Le ministre « a dit croire qu'on trouvera en elle (la Cour du Québec) une utilisation plus rationnelle de l'expertise de chacun des juges dans un secteur particulier de droit », *Le Devoir*, 8 juin 1983, p. 8.