

Les Cahiers de droit



La Constitution par l'histoire : portée et étendue de la compétence fédérale en matière de lettres de change et de billets à ordre

Jean Leclair

Volume 33, numéro 2, 1992

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043148ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043148ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Leclair, J. (1992). La Constitution par l'histoire : portée et étendue de la compétence fédérale en matière de lettres de change et de billets à ordre. *Les Cahiers de droit*, 33(2), 535–616. <https://doi.org/10.7202/043148ar>

Résumé de l'article

Dans le présent article, l'auteur tente de démontrer, par le moyen d'une approche historique, que la compétence exclusive attribuée en 1867 au Parlement fédéral en matière de lettres de change et de billets à ordre ne porte que sur le seul droit des effets de commerce au sens strict, soit les facettes purement techniques qui distinguent cette convention des autres contrats. L'histoire révèle qu'au cours de la période préconfédérale les législatures coloniales ont procédé à une uniformisation des pratiques relatives au droit des effets de commerce au sens strict, et ce par le moyen d'emprunts aux concepts du droit anglais. Le Bas-Canada n'a pas échappé à ce mouvement, ce qui a eu pour résultat d'écarter la presque totalité des sources du droit français des effets de commerce qui avaient été réintroduites dans la *Province of Quebec* en 1774. Le même souci d'uniformisation aurait été à la base de la dévolution au Parlement central en 1867 d'un pouvoir de légiférer en matière de lettres de change et de billets à ordre. L'auteur en déduit que la compétence fédérale ne dépasserait donc pas en étendue le champ occupé par les interventions législatives coloniales préconfédérales. *L'Acte des lettres de change*, adopté en 1890, vient conforter cette hypothèse. Cette loi, premier texte législatif fédéral d'importance sur les lettres de change et les billets à ordre, entendait « codifier » le droit canadien des effets de commerce. L'objectif était donc d'exercer pleinement la compétence allouée au Parlement central en vertu de l'article 91 (18). Or cette loi ne fera rien de plus que constater l'ensemble des règles propres au droit des effets de commerce au sens strict.

La Constitution par l'histoire : portée et étendue de la compétence fédérale exclusive en matière de lettres de change et de billets à ordre*

Jean LECLAIR**

Dans le présent article, l'auteur tente de démontrer, par le moyen d'une approche historique, que la compétence exclusive attribuée en 1867 au Parlement fédéral en matière de lettres de change et de billets à ordre ne porte que sur le seul droit des effets de commerce au sens strict, soit les facettes purement techniques qui distinguent cette convention des autres contrats. L'histoire révèle qu'au cours de la période préconfédérale les législatures coloniales ont procédé à une uniformisation des pratiques relatives au droit des effets de commerce au sens strict, et ce par le moyen d'emprunts aux concepts du droit anglais. Le Bas-Canada n'a pas échappé à ce mouvement, ce qui a eu pour résultat d'écarter la presque totalité des sources du droit français des effets de commerce qui avaient été réintroduites dans la Province of Quebec en 1774. Le même souci d'uniformisation aurait été à la base de la dévolution au Parlement central en 1867 d'un pouvoir de légiférer en matière de lettres de change et de billets à ordre. L'auteur en déduit que la compétence fédérale ne dépasserait donc pas en étendue le champ occupé par les interventions législatives coloniales préconfédérales. L'Acte des lettres de change, adopté en 1890, vient conforter cette hypothèse. Cette loi, premier texte législatif fédéral d'importance sur les lettres de change et les billets à ordre, entendait « codifier » le droit canadien des effets de commerce. L'objectif était donc d'exercer pleinement la compétence allouée au Parlement central en vertu de l'article 91 (18). Or cette loi ne fera rien de plus que constater l'ensemble des règles propres au droit des effets de commerce au sens strict.

* L'auteur tient à remercier très chaleureusement M. André Morel qui a lu et commenté les nombreuses ébauches du présent article. L'auteur assume toutefois l'entière responsabilité du contenu définitif de l'article.

** Professeur adjoint, Faculté de droit de l'Université de Montréal.

Within the purview of this article, the author attempts to show by means of an historical approach, how the exclusive jurisdiction granted in 1867 to the federal Parliament regarding bills of exchange and promissory notes only pertains strictly speaking to the law governing negotiable instruments, namely the purely technical facets that distinguish this agreement from other contracts. History shows that during the pre-confederation period, colonial legislatures had proceeded with the uniformization of practices narrowly relating to the law governing negotiable instruments and had done so by borrowing concepts from the English law. Lower Canada was not excluded from this movement, with the ultimate result of setting aside nearly all sources of French law relating to negotiable instruments which had been reintroduced into the Province of Quebec in 1774. The same concern for uniformization formed the basis for the transfer to the central Parliament in 1867 of power to legislate regarding bills of exchange and promissory notes. The author comes to the conclusion that the federal jurisdiction could not extend in scope beyond the area occupied by pre-confederation colonial legislative acts. The Bills of Exchange Act passed in 1890 supports this hypothesis. This statute—the first important federal legislative text pertaining to bills of exchange and promissory notes—was intended to « codify » Canadian law in the field of negotiable instruments. Hence the purpose was to fully exercise the jurisdiction granted to the central Parliament under Section 91 (18). Yet this statute would do nothing more than confirm the set of rules strictly belonging to the law governing negotiable instruments.

	<i>Pages</i>
1. Le droit des effets de commerce : une composante du droit privé	541
2. Le droit canadien des effets de commerce : l'héritage français	548
2.1 L'apport de l'ancien droit français au droit canadien des effets de commerce	552
2.1.1 Les sources françaises aux XVII ^e et XVIII ^e siècles	552
2.1.1.1 Les sources législatives	554
2.1.1.2 Les sources jurisprudentielles	557
2.1.1.3 Les sources doctrinales	558
2.1.2 L'introduction et l'application du droit français des effets de commerce au Canada	560
2.2 L'ère de la confusion : la mise en péril de l'héritage français	564
3. Vers une uniformisation du droit canadien des effets de commerce : la législation coloniale préconfédérale	573
3.1 Les premiers emprunts au droit anglais : la loi bas-canadienne de 1793 ...	573
3.2 Harmonie et uniformité : le droit des deux Canadas antérieur à 1866	582

	<i>Pages</i>
3.3 Une tentative de systématisation et de clarification : le <i>Code civil du Bas Canada</i>	593
4. La « codification » fédérale de 1890 : un exercice plénier par le Parlement fédéral de sa compétence exclusive	606
Conclusion	615

Toutes les étoiles du ciel et toutes les eaux de la terre, toute la poussée formidable de l'histoire et de la vie sont dans chacun de nos gestes. Il y a tout ce qui s'est passé derrière tout ce qui se passe.

Jean D'ORMESSON,
Dieu, sa vie, son œuvre, 1981.

Si complexe soit-il, un problème naît toujours d'une première difficulté, souvent déconcertante par l'apparente simplicité dans laquelle elle se drape. Le partage des compétences n'échappe pas à cette réalité. Quoi qu'il en soit des théories comme celles du pouvoir accessoire ou du pouvoir incident, le juriste est constamment aux prises avec la difficulté suivante : parvenir à accorder une définition à ces quelques mots qui, depuis près de 125 ans, alimentent le contentieux du partage des compétences ; ces quelques mots bien simples et pourtant bien obscurs dont la vocation consiste à traduire l'intention du constituant et qui apparaissent aux différents paragraphes des articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹. Le sens attribué à ces termes et expressions permettra ultimement de délimiter l'étendue et la portée des finalités législatives que peuvent poursuivre les législateurs fédéral et provinciaux en vertu de la Constitution. Or il nous apparaît que, examinés au travers du prisme de l'histoire, ces mots peuvent nous révéler une part de leur vérité.

Plus précisément, notre objectif consistera en une étude des finalités législatives que seul peut atteindre le Parlement fédéral en vertu de sa compétence en matière de lettres de change et de billets à ordre (article 91 (18) de la Constitution). Pour y parvenir, nous procéderons à un examen approfondi de l'évolution historique toute particulière qu'a connue le droit canadien des effets de commerce.

Nous tenterons de répondre à la question suivante : à l'époque de la Confédération et de l'adoption en 1890 de la toute première loi fédérale d'importance relative aux effets de commerce, quelle perception les juris-

1. *Loi constitutionnelle de 1867*, L.R.C. (1985), App. V.

tes canadiens entretenaient-ils quant à l'étendue et à la portée de la compétence conférée au Parlement central en matière de lettres de change et de billets à ordre ?

Nos recherches nous porteront à conclure, comme pourra le constater le lecteur, qu'en 1867 la compétence *exclusive* que l'on entendait conférer au Parlement fédéral était limitée à un pouvoir de légiférer à l'égard des facettes contractuelles qui distinguent les effets de commerce des contrats ordinaires, soit cet ensemble de règles de droit particulières qui font de la lettre de change un titre négociable, et qu'il est possible de regrouper sous le vocable de « droit des effets de commerce » au sens restreint — ou strict — de l'expression. À titre d'exemples, ces règles définissent à quelles conditions un effet peut être négociable ; elles fixent les modalités d'acceptation et de protestation ; elles énoncent les droits et obligations des diverses parties à un effet de commerce, etc.

En effet, la lettre de change — et le billet à ordre — n'est rien de plus qu'une des multiples ententes contractuelles faisant partie de ce domaine beaucoup plus vaste que constitue le droit privé et à l'égard duquel les provinces exercent une compétence de principe en vertu de l'article 92 (13) de la Constitution. Le Parlement central jouit donc, en matière de droit privé, d'une compétence tout à fait exceptionnelle parce que limitée à certains domaines qui, pour la plupart, sont nommément désignés à l'article 91 de la Constitution (1.). Au Québec, le droit privé est de tradition française. C'est d'ailleurs le droit français qui constituera la source initiale de ce qui deviendra un jour le droit canadien des effets de commerce (2.). Or l'histoire nous révèle que, animées par un désir de garantir une circulation plus efficace des effets de commerce, les législatures coloniales de l'Amérique du Nord britannique, y compris le Bas-Canada, ont édicté des lois destinées à uniformiser le droit des lettres de change et des billets à ordre. Ces interventions législatives préconfédérales, nous pourrions le constater, n'ont jamais porté sur autre chose que le droit des effets de commerce au sens restreint. Au surplus, c'est par l'emprunt de concepts au droit anglais que l'on a procédé à l'uniformisation de ce domaine juridique, ce qui a eu pour résultat, au Bas-Canada, d'écarter presque entièrement les sources françaises du droit canadien des effets de commerce (3.). On observe aussi au cours de cette période les efforts déployés par les tribunaux bas-canadiens pour limiter l'application du droit anglais aux seules facettes de l'effet de commerce qui le distinguent des autres contrats. En dernier lieu, le chercheur est interpellé par le fait qu'un souci d'uniformité est également à la source de l'attribution au Parlement central d'un pouvoir exclusif en matière de lettres de change et de billets à ordre. C'est pour cette raison que nous nous sommes cru autorisé à conclure que l'étendue de la compétence du Parlement fédéral en cette matière se confondait avec

le champ d'intervention que s'étaient fixé les législatures coloniales au cours de la période préconfédérale. L'*Acte des lettres de change*² adopté en 1890 par le Parlement central vient d'ailleurs conforter notre hypothèse. Cette loi entendait « codifier » le droit des effets de commerce — on désirait donc exercer pleinement la compétence allouée au Parlement central en vertu de l'article 91 (18). Cette loi ne fait pourtant que constater l'ensemble des règles propres au droit des effets de commerce au sens restreint (4.).

Dans les pages qui suivent, nous examinerons en détail les différentes affirmations énoncées précédemment et qui, selon nous, viennent étayer notre conclusion, à savoir que la compétence exclusive attribuée au Parlement fédéral porte uniquement sur l'ensemble des facettes contractuelles qui distinguent les effets de commerce des contrats ordinaires.

La présente étude vise essentiellement à déterminer la portée et l'étendue du pouvoir fédéral telles qu'elles étaient perçues à l'époque de la Confédération et de l'adoption de l'*Acte des lettres de change*. Par conséquent, nous n'avons pas analysé l'important contentieux relatif à l'article 9 de la *Loi sur les lettres de change*³. En vérité, nous sommes d'avis que la qualification constitutionnelle d'une compétence doit toujours précéder l'interprétation législative d'une disposition contestée. Intervenir le processus s'avérerait dangereux puisque l'interprétation législative pourrait être appelée à déterminer l'étendue du champ d'application de la compétence constitutionnelle⁴.

Avant de poursuivre cependant, une question préliminaire mérite d'être abordée : l'histoire du droit constitue-t-elle un outil d'investigation efficace ? Dans son ouvrage intitulé *Penser la Révolution française*, le célèbre historien François Furet faisait remarquer :

Il n'y a pas d'interprétation historique innocente, et l'histoire qui s'écrit est encore dans l'histoire, de l'histoire, produit d'un rapport par définition instable entre le présent et le passé, croisement entre les particularités d'un esprit et l'immense champ de ses enracinements possibles dans le passé. Mais si toute histoire implique un choix, il ne s'ensuit pas qu'elle suppose une opinion sur le sujet traité. Pour que tel soit le cas, il faut que ce sujet mobilise chez l'historien et dans son

2. *Acte des lettres de change*, 53 Vict., c. 33.

3. *Loi sur les lettres de change*, L.R.C. (1985), c. B-4 (il s'agissait anciennement de l'article 10 (S.R.C. 1970, c. B-5 : voir *infra*, note 350). Cette disposition énonce ce qui suit : « Les règles de la *common law*, y compris en droit commercial, s'appliquent aux lettres, billets et chèques dans la mesure de leur compatibilité avec les dispositions expresses de la présente loi. »

4. Dans un prochain article (actuellement en préparation), nous examinerons minutieusement l'article de loi susmentionné ainsi que les diverses interprétations auxquelles il a donné naissance.

public une capacité d'identification politique ou religieuse qui ait survécu au temps qui passe⁵.

Traiter du problème posé par l'identification de l'intention véritable d'individus qui ne sont plus, en l'occurrence les constituants de 1867, n'est pas chose facile. Cela l'est encore moins dans le contexte particulièrement enflammé du fédéralisme canadien actuel. Prétendre découvrir, dans l'histoire, les réponses aux questions que l'on se pose aujourd'hui peut sembler audacieux ; prétendre pouvoir le faire de façon objective, téméraire et présomptueux. Qu'elle aboutisse à l'élaboration d'une théorie favorisant un fédéralisme décentralisé ou, au contraire, fortement centralisé, toute interprétation des faits historiques précurseurs de l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1867* sera destinée à provoquer un émoi considérable dans la communauté, juridique ou non. Quoi qu'il en soit des difficultés qui se présentent à celui qui interroge le passé, elles ne justifient pas le rejet de l'approche historique.

La Cour suprême a affirmé que l'historique d'une compétence législative était « rarement décisif⁶ ». Nous ne sommes pas sans le savoir. Elle a cependant déclaré qu'à tout le moins il pouvait fournir un « point de départ⁷ ». De plus, nous sommes conscient du fait que l'étendue d'un pouvoir législatif peut être appelée à varier avec le temps⁸. Il demeure cependant que les personnes appelées à rédiger le texte de loi constitutionnel de 1867 ont dû être grandement influencées par la perception qu'elles entretenaient de l'étendue des champs législatifs qu'elles ont elles-mêmes choisi de désigner par les expressions *Property and Civil Rights in the Province* et *Bills of Exchange and Promissory Notes*. Il entraînait certainement dans leur intention de forger un instrument législatif qui soit au diapason des réalités culturelles, sociales et économiques de leur propre société. Cet outil devait, bien sûr, pouvoir s'adapter à l'univers canadien en devenir. D'ailleurs, tout en reconnaissant que les conditions d'ouverture de la faillite n'étaient pas confinées à ce que prescrivait la législation en vigueur à l'époque de la Confédération⁹, le Conseil privé a maintes fois tenu compte de l'histoire législative antérieure à 1867 dans son analyse du sens à donner aux termes apparaissant à l'article 91 (21) de la Constitution. Cette approche a eu pour conséquence l'interprétation restrictive que connaissent aujourd'hui les mots « faillite » et « insolvabilité ». Il en est résulté que

5. F. FURET, *Penser la Révolution française*, coll. « Folio/histoire », Paris, Gallimard, 1978, pp. 13-14.

6. *Martin Service Station c. M.R.N.*, [1977] R.C.S. 996, 1006.

7. *Ibid.*

8. *Clark c. C.N.*, [1988] 2 R.C.S. 680, 703 ; *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295.

9. *A.G. for British Columbia v. A.G. for Canada (In re Farmer's Creditors Arrangement Act)*, [1937] A.C. 391, 402-403.

ni la cession volontaire de biens sans effet libératoire ni les effets civils de l'insolvabilité n'ont été réputés faire partie de la compétence exclusive du Parlement fédéral¹⁰. Nous constaterons aussi que sir Montaguë Smith, rédacteur des motifs rendus par le Conseil privé dans la très célèbre décision *Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons*¹¹, devait analyser la portée de l'article 92 (13) dans une perspective nettement historique.

Selon nous, le passage suivant des notes du juge Burton de la Cour d'appel de l'Ontario comporte une grande part de vérité. Appelé à délimiter l'étendue de la compétence conférée au Parlement en vertu de l'article 91 (23), il disait :

It is clear [...] that all that the Imperial Act intended to effect was to place the right of dealing with colonial copyright within the Dominion under the exclusive control of the Parliament of Canada, as distinguished from the Provincial Legislatures, in the same way as it has transferred the power to deal with banking, bankruptcy, and insolvency, and other specified subjects, from the Local Legislatures, and placed them under the exclusive control of the Dominion.

I entirely concur with the learned Vice-Chancellor in the opinion he has expressed, that under that Act *no greater powers were conferred upon the Parliament of the Dominion to deal with this subject than had been previously enjoyed by the Local Legislature*¹².

Quelle était, aux yeux de ceux qui ont vu à l'élaboration de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la portée des mots « lettres de change et billets à ordre » ? C'est en cherchant à définir le sens accordé à ces mots à l'époque de la Confédération qu'il nous sera possible de circonscrire l'étendue du champ législatif qu'on entendait leur voir couvrir.

1. Le droit des effets de commerce : une composante du droit privé

L'attribution au Parlement central d'une compétence en matière de lettres de change et de billets à ordre s'inscrit dans le contexte global du partage des pouvoirs établi par les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ainsi, il va sans dire qu'un chef particulier de compétence fédérale n'acquiert tout son relief qu'une fois mis en opposition aux compétences provinciales connexes. Il s'ensuit donc qu'avant même d'aborder l'étude des finalités législatives attribuées exclusivement au Parlement central relativement aux effets de commerce, il importe de connaître de quelle façon se départagent entre les deux ordres de gouvernement, aux termes des articles susmentionnés de la Constitution, les compétences en

10. P. CARIGNAN, « La compétence législative en matière de faillite et d'insolvabilité », (1979) 57 R. du B. can. 47, 52.

11. *Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons*, (1881-1882) 7 A.C. 96.

12. *Smiles v. Bedford*, (1876-1877) 1 O.A.R. 436, 442-443 ; l'italique est de nous.

matière de droit privé. On verra que si les provinces jouissent d'une compétence de principe en ce domaine, les pouvoirs du Parlement central, quant à eux, sont de nature exceptionnelle.

Lorsqu'en 1867, le constituant fait référence à l'expression *property and civil rights* à l'article 92 (13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il n'innove pas. Il en avait déjà usé lors de la rédaction de l'article 8 de l'*Acte de Québec*¹³ en 1774. Selon W.F. O'Connor, les lois britanniques relatives au Canada auraient beaucoup emprunté à la phraséologie propre au droit international, notamment l'expression en litige¹⁴.

Quoi qu'en puissent dire certains¹⁵, il faut s'en remettre à la tradition juridique anglaise pour élucider le sens des mots *property* et *civil rights*¹⁶. La Constitution de 1867 est avant tout une loi britannique. Elle doit donc être interprétée comme telle. La traduction de ces termes dans la version française de l'*Acte de Québec* que nous a laissée François-Joseph Cugnet en 1774 n'a qu'une valeur tout à fait officieuse.

Une loi anglaise de *property* porte sur un ensemble de matières qui excède en ampleur le concept fort limité que constitue la notion civiliste de propriété. Une loi britannique de ce genre réglemente les « modes d'acquisition, de conservation et de transfert de biens mobiliers et immobiliers (incluant la propriété)¹⁷ ». Quant à l'expression *civil rights*, elle devait faire l'objet d'une étude par le Conseil privé dans l'arrêt *Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons*¹⁸.

Dans cette affaire, sir Montaguë Smith a déclaré que l'article 92 (13) devait recevoir une interprétation libérale. D'après lui, l'expression en litige était suffisamment large pour embrasser « in their fair and ordinary meaning, rights arising from contract¹⁹ ». À l'appui de cette affirmation, le juge faisait remarquer qu'aucune rubrique apparaissant à l'article 91 de la Constitution ne mentionnait expressément les contrats. Au contraire, disait-il, l'attribution spécifique au Parlement d'une compétence en ma-

13. *An Act for making more effectual Provision for the Government of The Province of Quebec in North America*, (1774) 14 Geo. III, c. 83 (R.-U.), L.R.C. (1985), App. II.

14. W.F. O'CONNOR, « Property and Civil Rights in the Province », (1940) 18 R. du B. can. 331, 334.

15. F.P. WALTON, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, Toronto, Butterworths, 1980, pp. 4-5 (introduction de Maurice TANCELIN). Cet ouvrage avait été publié une première fois en 1907.

16. P. CARIGNAN, *loc. cit.*, note 10, 50.

17. A. TREMBLAY, *Les compétences législatives au Canada et les pouvoirs provinciaux en matière de propriété et de droits civils*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1967, p. 52.

18. *Citizens Insurance Compagny of Canada v. Parsons*, précité, note 11.

19. *Id.*, 110.

tière de lettres de change et de billets à ordre aurait été superflue « if authority over all contracts and the rights arising from them had belonged to the dominion parliament²⁰ ».

L'article 94 de la Constitution autorise le Parlement à légiférer dans le but d'uniformiser les droits ontarien, néo-brunswickois et néo-écossais en matière de propriété et de droits civils. Cependant, les dispositions édictées en vertu de ce pouvoir n'entrent en vigueur qu'une fois adoptées par les provinces elles-mêmes. Tel que l'affirme le juge Smith, le Québec n'est pas mentionné « for the obvious reason that the law which governs property and civil rights in Quebec is in the main the French law as it existed at the time of the cession of Canada, and not the English law which prevails in the other provinces²¹ ».

L'appelante prétendait en outre que la compétence des provinces en matière de *civil rights* se limitait à la création de droits dont la source ne pouvait être que législative. L'adoption, par le Conseil privé, de cette interprétation restrictive l'aurait dès lors forcé à reconnaître au Parlement la faculté d'uniformiser, en vertu de son pouvoir résiduaire, le droit relatif aux contrats, et ce à travers tout le Canada. Ce faisant, le Parlement central aurait été habilité à modifier les dispositions du *Code civil du Bas Canada*. Le Conseil privé s'est refusé à avaliser une telle lecture de l'article 92 (13) de la Constitution. En dernier lieu, sir Montaguë Smith en est venu à la conclusion que les termes *property* et *civil rights*, employés par le législateur britannique au moment de la rédaction de l'article 8 de l'*Acte de Québec*, avaient été « plainly used in their largest sense ; and that there [was] no reason for holding that in the statute under discussion they [were] used in a different and narrower one²² ». Vu son importance, il nous paraît essentiel de reproduire en entier le texte de cette disposition législative de l'*Acte de Québec*, disposition qui, notons-le, demeure toujours en vigueur :

And be it further enacted by the Authority aforesaid, That all His Majesty's Canadian subjects, within the Province of *Quebec*, the religious Orders and Communities only excepted, may also hold and enjoy their Property and Possessions, together with all Customs and Usages relative thereto, and all other their Civil Rights, in as large, ample, and beneficial Manner as if the said Proclamation, Commissions, Ordinances, and other Acts and Instruments, had not been made, and as may consist with their Allegiance to His Majesty, and Subjection to the

20. *Ibid.*

21. *Id.*, 111.

22. *Ibid.* P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1985, p. 455, définit comme suit l'expression *civil rights* : « The civil rights referred to in the Constitution Act, 1867 comprise primarily proprietary, contractual or tortious rights ; these rights exist when a legal rule stipulates that in certain circumstances one person is entitled to something from another. »

Crown and Parliament of *Great Britain* ; and that in all Matters of Controversy, relative to Property and Civil Rights, Resort shall be had to the Laws of *Canada*, as the Rule for the Decision of the same ; and all Causes that shall hereafter be instituted in any of the Courts of Justice, to be appointed within and for the said Province, by His Majesty, His Heirs and Successors, shall, with respect to such Property and Rights, be determined agreeably to the said Laws and Customs of *Canada*, until they shall be varied or altered by any Ordinances that shall, from Time to Time, be passed in the said Province by the Governor, Lieutenant Governor, or Commander in Chief, for the Time being, by and with the Advice and Consent of the Legislative Council of the same, to be appointed in Manner herein-after mentioned.

O'Connor partage l'opinion du Conseil privé, à savoir que les termes en litige doivent recevoir une interprétation libérale :

I construe the words « *other* their civil rights » in the above citation as an indication that property rights (using the word « *property* » adjectivally) were, *inter alia*, regarded as and called civil rights and that the Canadians were to enjoy (a) their property, (b) their property rights and (c) all *other* their civil rights. That is to say, I construe the first division of the above quotation as dealing with *property and civil rights*, and in a wide sense of the term²³.

Jusqu'à présent, cette approche libérale a permis d'affirmer que les contrats relèvent de la compétence des provinces. Néanmoins, nous n'avons pas encore tenté de délimiter la portée virtuelle de l'article 92 (13) de la Constitution. Au dire des auteurs, cette disposition aurait pour effet d'accorder aux provinces une compétence de principe en matière de droit privé. Le professeur Hogg définit l'expression *property and civil rights* de la façon suivante : « a compendious description of the entire body of private law which governs the relationships between subject and subject, as opposed to the law which governs the relationships between the subject and the institutions of government²⁴ ». En somme, cette expression désigne la totalité des règles de droit existantes, exception faite des règles de droit criminel et de celles qui régissent l'exercice de la souveraineté du roi d'Angleterre²⁵. En matière criminelle, l'article 11 de l'*Acte de Québec* avait continué l'application des règles du droit anglais²⁶. Quant à ce que l'on peut appeler, par commodité, le droit public anglais, il était entré en vigueur du seul fait de la Conquête en 1760²⁷.

23. W.F. O'CONNOR, *loc. cit.*, note 14, 337. Voir aussi W.R. LEDERMAN, « Unity and Diversity in Canadian Federalism: Ideals and Methods of Moderation », (1975) 53 *R. du B. can.* 597, 601-603.

24. P.W. HOGG, *op. cit.*, note 22, p. 454.

25. A. TREMBLAY, *op. cit.*, note 17, p. 30.

26. Les règles du droit criminel anglais avaient été introduites par la Proclamation royale de 1763. Néanmoins, celle-ci ayant été abrogée par l'article 4 de l'*Acte de Québec*, il a fallu voir à leur maintien, d'où l'article 11.

27. *Ruding c. Smith*, (1822) 161 E.R. 774, 777 ; voir aussi J.E. CÔTÉ, « The Reception of English Law », (1977) 15 *Alta L. Rev.* 29, 49.

Divers documents législatifs et constitutionnels viennent confirmer l'interprétation généreuse donnée par la doctrine à l'expression *property and civil rights*. Par exemple, la toute première loi adoptée par l'Assemblée législative du Haut-Canada, intitulée *An Act to introduce the English Law, as the Rule of Decision in all matters of Controversy, relative to Property and Civil Rights*²⁸, édictait en son article 3 que « [from] and after the passing of this Act, in all matters of controversy relative to property and civil rights, resort shall be had to the Laws of England as the rule of decision of the same ». Aucune autre disposition n'a été jugée nécessaire pour garantir la complète introduction de cette partie du droit anglais qui correspond au domaine du « droit privé ». Qui plus est, l'article 6 énonçait expressément exclusion de cette introduction les lois d'Angleterre sur la mendicité (*maintenance of the poor*) et la faillite (*bankrupts*). Par conséquent, en l'absence de cette dérogation explicite, ces deux matières auraient été présumées incorporées dans l'appellation *property and civil rights*.

Nous verrons aussi dans la section 2. que les « Instructions » envoyées au gouverneur Carleton et renouvelées à ses successeurs par les autorités de Londres attestaient clairement de l'incorporation du droit commercial, y compris du droit des effets de commerce, dans cette matière un peu nébuleuse que constitue le *property and civil rights*²⁹.

L'indubitable introduction du droit de la faillite et des effets de commerce dans l'acception des termes *property and civil rights* permet d'écarter une théorie chère à Laskin³⁰. Les matières énumérées à l'article 91 de la Constitution, prétendait-il, ne seraient que des illustrations du pouvoir général de légiférer détenu par le Parlement en vertu du paragraphe introductif de cette même disposition³¹. En réalité, n'eût été de leur attribution spécifique et exceptionnelle au Parlement central en conformité des

28. *An Act to introduce the English Law, as the Rule of Decision in all matters of Controversy, relative to Property and Civil Rights*, S.U.C., 15 oct. 1792, c. 1 ; devenu : *The Property and Civil Rights Act*, R.S.O. 1980, c. 395.

29. *Infra*, notes 137 et 194.

30. B. LASKIN, « « Peace, Order and Good Government » Re-examined », (1947) 25 *R. du B. can.* 1054, 1057.

31. Le préambule de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note 1, énonce ce qui suit : « Il sera loisible à la Reine, sur l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des Communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par le présent acte exclusivement assignés aux législatures des provinces ; mais, pour plus de certitude, sans toutefois restreindre la généralité des termes plus haut employés dans le présent article, il est par les présentes déclaré que (nonobstant toute disposition du présent acte) l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés [...] ».

articles 91 (2), (15), (16), (18-19), (21-23) et (28), les matières suivantes auraient été du ressort des provinces en vertu de l'article 92 (13) de la Constitution³² : la réglementation des échanges et du commerce, les banques, la constitution des banques, les caisses d'épargne, *les lettres de change et les billets à ordre*, l'intérêt de l'argent, la famille et l'insolvabilité, les brevets d'invention et de découverte, les droits d'auteur et, enfin, l'établissement, le maintien et l'administration des pénitenciers. Le passage suivant des notes du juge Chouinard dans l'arrêt *Triglav c. Terrasses Jewellers Inc.* vient confirmer cette affirmation :

À mon avis le procureur général du Canada a raison de qualifier l'assurance maritime de matière relevant à proprement parler de la propriété et des droits civils mais qui a néanmoins été confiée au Parlement comme partie de la navigation et des expéditions par eau. Il en va de même par exemple des lettres de change et des billets promissaires qui sont matières de propriété et de droits civils, mais au sujet desquelles la compétence a été attribuée au Parlement par le par. 18 de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*³³.

De plus, compte tenu de la décision rendue par le Conseil privé dans *Procureur général du Canada c. Procureur général de l'Ontario*³⁴, il est incontestable que la compétence fédérale en matière d'assurance-chômage relèverait du pouvoir des provinces relatif à la propriété et aux droits civils, n'eût été de son attribution au Parlement fédéral en 1940³⁵. Enfin, du libellé des articles 41 (15) et (18) des Résolutions de Londres, dispositions qui allaient subséquemment devenir les articles 92 (13) et (16) de la Constitution, il appert clairement que la compétence fédérale en matière de droit privé était de nature exceptionnelle :

41. The Local Legislatures shall have power to make the following laws respecting the following subjects :

(15) Property and civil rights (including the solemnization of marriage), excepting portions thereof assigned to the General Parliament.

[...]

(18) And generally all matters of a private or local nature *not assigned to the General Parliament*³⁶.

32. P.W. HOGG, *op. cit.*, note 22, pp. 454-455.

33. *Triglav c. Terrasses Jewellers Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 283, 292. Voir aussi *Clark c. C.N.*, précité, note 8, 710-711.

34. *Procureur général du Canada c. Procureur général de l'Ontario*, [1937] A.C. 355.

35. Dans cette décision, le Conseil privé avait déclaré *ultra vires* la loi fédérale sur les placements et les assurances sociales au motif qu'elle portait atteinte au pouvoir détenu par les provinces en vertu de l'article 92 (13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cependant, à la suite d'une modification constitutionnelle, l'assurance-chômage a été ajoutée à l'article 91 (2A) de la Constitution (*Acte de l'Amérique du Nord britannique*), (1940), 3 & 4 Geo. VI, (R.-U.), c. 36, art. 1).

36. J. POPE, *Confederation : Being a Series of Hitherto Unpublished Documents Bearing on the B. N. A. Act*, Toronto, Carswell, 1895, p. 106; l'italique est de nous. Les Résolutions de Québec (*id.*, 47) comportaient des dispositions identiques.

Ainsi, la disposition nonobstant apparaissant au paragraphe introductif de l'article 91 viserait à spécifier que les chefs de compétence énumérés, dans la mesure où ils relèvent de la propriété et des droits civils, sont réputés être retirés de la portée historique de l'article 92 (13)³⁷. Le professeur Lederman affirme avec raison que : « the federal list was not just superfluous grammatical prudence, it was compelled by historical necessity and has independent standing³⁸ ». D'aucuns prétendent même que l'élaboration de la théorie du pouvoir accessoire aurait été la résultante de cette interprétation large donnée par les tribunaux et la doctrine à la compétence provinciale en matière de *property and civil rights*³⁹.

Bref, tout comme en 1774, l'expression en litige se doit d'être interprétée généreusement. L'article 92 (13) autorise les interventions législatives provinciales dans tout domaine de droit privé. Les provinces jouissent donc d'une compétence de principe en cette matière. Elles ne peuvent cependant poursuivre les fins législatives exceptionnellement et spécifiquement attribuées au Parlement fédéral. Elles restent néanmoins détentrices du pouvoir d'élaboration du « droit commun privé », soit « un corps donné de normes [qui] s'applique sauf dérogation expresse⁴⁰ » en matière privée. La notion de droit commun privé exprime une réalité fort changeante⁴¹. Par exemple, les sources du droit privé en vigueur à l'époque de l'adoption de l'*Acte de Québec* ne sont pas nécessairement les mêmes qu'aujourd'hui. La raison s'en trouve aussi dans le fait que, en 1774, la notion de *property and civil rights* ne comprenant pas l'ensemble des matières qui ressortissent maintenant à ce que l'on désigne par l'expression « droit privé »⁴². Quoi qu'il en soit, il ne fait aucun doute que les contrats, ce qui inclut les effets de commerce, étaient parties à cette définition :

[Rien] n'est plus évident que le fait que les deux catégories de matières, « property and civil rights », aient une extension dans le droit britannique (l'Acte de Québec de 1774 est une loi du Parlement britannique) du milieu du XVIII^{ème} siècle qui ne

37. W.R. LEDERMAN, *loc. cit.*, note 23, 601-603 ; K.M. LYSYK, « Constitutional Reform and the Introductory Clause of Section 91 : Residual and Emergency Law-making Authority », (1979) 57 *R. du B. can.* 531, 539-541.

38. W.R. LEDERMAN, *loc. cit.*, note 23, 603.

39. F. CHEVRETTE et H. MARX, *Droit constitutionnel*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1982, p. 307.

40. J.E.C. BRIERLEY, « La notion de droit commun dans un système de droit mixte : le cas de la province de Québec », dans *La formation du droit national dans les pays de droit mixte*, Aix-en-Provence, Les Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1989, p. 103, à la page 104.

41. *Ibid.* Voir aussi : J.E.C. BRIERLEY, « Quebec's "Common Laws" (*Droits communs*) : How Many are There ? », dans *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 109.

42. A. LAJOIE, *Contrats administratifs : jalons pour une théorie*, Montréal, Éditions Thémis, 1984, p. 50.

coïncide pas nécessairement avec la totalité de ce que nous inclurions aujourd'hui dans le droit privé. Que les deux concepts demeurent également flous au surplus, voilà l'une des affirmations les moins risquées que l'on puisse faire dans ce domaine. Pourtant, il est non moins certain que, quelles que soient les définitions respectives que l'on donne de « property and civil rights » et de « droit privé », les contrats sont une matière qui peut sans difficulté se ranger sous l'extension des deux termes⁴³.

Une province est donc investie du pouvoir de légiférer sur toute forme de contrats, sauf quant à leurs aspects qui relèvent de la compétence exclusive du Parlement fédéral⁴⁴. Il s'ensuit que ce dernier, quant à lui, ne possède, en matière de droit privé, qu'une compétence à caractère exceptionnel. Ce trait particulier du partage canadien des pouvoirs qu'imposent l'économie et le libellé de la *Loi constitutionnelle de 1867* doit être pris en considération lorsqu'on tente de circonscrire l'étendue des finalités législatives que le Parlement, en 1867, a été autorisé à poursuivre de façon exclusive en matière de lettres de change et de billets à ordre.

2. Le droit canadien des effets de commerce : l'héritage français

Antérieurement à 1867, les diverses colonies de l'Amérique du Nord britannique sont intervenues sur le plan législatif en matière de droit des effets de commerce. Or le constituant de 1867 n'est pas resté insensible aux enseignements de l'histoire, et plus particulièrement de l'histoire législative coloniale. Au contraire, selon nous, l'étendue du pouvoir qu'il a conféré au Parlement central en matière de lettres de change et de billets à ordre correspond exactement au champ occupé par les interventions législatives coloniales (4.) Les législations coloniales, nous le verrons, variaient d'une colonie à l'autre. Cependant, nos recherches démontrent qu'en ce qui a trait aux règles techniques propres au droit des effets de commerce (négociabilité, droits et obligations du détenteur et du souscripteur, etc.) les législatures coloniales, y compris celle du Bas-Canada, ont eu tendance à uniformiser ces pratiques en adoptant des lois empruntant au droit anglais (3.). Au Bas-Canada, cette tendance a eu pour conséquence d'écarter presque entièrement le droit français des effets de commerce que l'*Acte de Québec* avait réintroduit en 1774. Il importe donc de connaître les

43. *Ibid.*

44. Rappelons que le Code civil s'avère aujourd'hui l'expression la plus indéniable du droit commun privé du Québec. D'ailleurs, le préambule de la *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, L.Q. 1987, c. 18 (sanctionnée le 15 avril 1987) et le *Code civil du Québec* (devenu loi le 18 décembre 1991) énoncent : « Le Code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au Code ou y déroger. »

composantes et les particularités du droit français des effets de commerce implanté au Canada au ^{xvii}^e siècle, et ce pour être en mesure d'évaluer, de quantifier l'étendue de l'intrusion du droit anglais en matière de lettres de change et de billets à ordre qu'avalisera la législation bas-canadienne au cours des deux siècles suivants. En outre, en tant que source initiale du droit canadien des effets de commerce, le droit français mérite certainement que l'on s'y arrête un instant. Au préalable, cependant, quelques notions fondamentales sur les origines des effets de commerce méritent d'être rappelées⁴⁵.

À l'instar de tout autre outil humain, les lettres de change et les billets ont été patiemment et habilement façonnés au cours des âges. L'état actuel du droit canadien en cette matière est enfant de cette lente évolution.

La lettre de change, dans sa forme primitive, c'est-à-dire le contrat de *cambium*, était déjà en usage sur le continent européen à la fin du ^{xii}^e siècle⁴⁶. Elle visait initialement à l'exécution de contrats de change. Par la suite, les marchands s'en servirent pour opérer des transferts de fonds d'une foire commerciale à une autre ou d'un pays à un autre. La lettre de change permettait d'obvier aux dangers et aux frais qu'emportait généralement à l'époque le transport de numéraire. À l'origine effets non négociables, les lettres de change en vinrent, au cours du ^{xvii}^e siècle⁴⁷, à pouvoir être cédées par le moyen de l'endossement⁴⁸. Le droit qui leur était

45. Pour une étude plus exhaustive, on peut consulter : J. MILNES HOLDEN, *The History of Negotiable Instruments in English Law*, Londres, The Athlone Press, 1955 et « Bills of Exchange during the Seventeenth Century », (1951) 67 *Law Q. Rev.* 230. Voir aussi W.S. HOLDSWORTH, « The Origins and Early History of Negotiable Instruments », (1915) 31 *Law Q. Rev.* 12, 173 et 376 et (1916) 32 *Law Q. Rev.* 20 ; J.J. RABINOWITZ, « The Origins of the Negotiable Promissory Note », (1956) 104 *U. Pa. L. Rev.* 927 ; D.R. COQUILLETTE, « Legal Ideologies and Incorporation IV : the Nature of Civilian Influence on Modern Anglo-american Commercial Law », (1987) 67 *B. U. L. Rev.* 876 ; J.D. SAMSON, « Lord Mansfield and Negotiable Instruments », (1988) 11 *Dalhousie L. J.* 931 ; F.K. BEUTEL, « The Development of Negotiable Instruments in Early English Law », (1938) 51 *Harv. L. Rev.* 813, « Colonial Sources of the Negotiable Instruments Law in the United States », (1939) 34 *Ill. L. Rev.* 137 et « The Development of State Statutes on Negotiable Paper Prior to the Negotiable Instruments Law », (1940) 40 *Colum. L. Rev.* 836 ; F. READ, « The Origin, Early History, and Later Development of Bills of Exchange and Certain Other Negotiable Instruments », (1926) 4 *R. du B. can.* 440 et 665 ; E. JENKS, « On the Early History of Negotiable Instruments », (1893) 9 *Law Q. Rev.* 70 et « A Note on the Early History of Negotiable Instruments », (1928) 44 *Law Q. Rev.* 285 ; et, enfin, H.R. WEINBERG, « Commercial Paper in Economic Theory and Legal History », (1980-81) 70 *Ky. L. J.* 567.

46. W. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, t. 8, Londres, Methuen, 1926, p. 128.

47. *Id.*, p. 144 ; T.F.T. PLUCKNETT, *A Concise History of the Common Law*, 5^e éd., Boston, Little & Brown, 1956, p. 667.

48. W. HOLDSWORTH, *op. cit.*, note 46, pp. 140-146.

applicable émanait directement des usages élaborés par les marchands européens. Cette « Coutume des marchands », désignée en anglais par l'expression *law merchant*, se composait d'un ensemble cosmopolite de droit commercial et maritime reconnu à la fois sur le continent européen et en Grande-Bretagne⁴⁹. Avec le temps, des distinctions locales sont venues circonvenir le tronc principal de cet ensemble de règles commerciales internationalement acceptées⁵⁰.

Bien connues des marchands anglais avant le xvi^e siècle, ce n'est qu'au début des années 1600 que les lettres de change s'imposèrent au monde juridique britannique⁵¹. Les tribunaux de common law acceptèrent alors d'intégrer les principes reconnus par la Coutume des marchands dans le corps du droit anglais (*English law*)⁵². Initialement, cette ponction s'est effectuée sans même que soit remis en question, voire discuté, le bien-fondé de ces règles⁵³.

En Angleterre, la *law merchant* n'est plus aujourd'hui un système indépendant mis en application par des tribunaux spécialisés. Elle est fondue au même creuset que la common law et l'*equity*. Les mêmes cours de justice l'administrent. Pareille systématisation n'annihile pourtant pas la nature distincte de l'ensemble constitué par les règles juridiques en

49. T.F.T. PLUCKNETT, *op. cit.*, note 47, pp. 657-659; B. CRAWFORD et J.D. FALCONBRIDGE, *Banking and Bills of Exchange*, 8^e éd., t. 2, Toronto, Canada Law Book, 1986, p. 1167. Le lecteur qui désire étudier plus en détail le concept de *law merchant* peut consulter les articles qui suivent : F.M. BURDICK, « What is the Law Merchant ? », (1902) 2 *Colum. L. Rev.* 470; J.S. EWART, « What is the Law Merchant ? », (1903) 3 *Colum. L. Rev.* 135; C. KERR, « The Origin and Development of the Law Merchant », (1928-29) 15 *Va. L. Rev.* 350; H.S. BAKER, « The Rise of the Lex Mercatoria and its Absorption by the Common Law of England », (1917) *Ky. L. J.* 20; J.D. FALCONBRIDGE, « The Law Merchant in Canada », (1913) 49 *Can. L. J.* 637 et, en particulier, les articles de L.E. TRAKMAN, « The Evolution of the Law Merchant : Our Commercial Heritage », (1980-81) 12 *J. Mar. L. & Com.* 1 et 153 et de J.H. BAKER, « The Law Merchant and the Common Law before 1700 », [1979] *Cambridge L. J.* 295.

50. L.E. TRAKMAN, *loc. cit.*, note 49, 20-24.

51. W. HOLDSWORTH, *op. cit.*, note 46, p. 146; T.F.T. PLUCKNETT, *op. cit.*, note 47, pp. 668-669.

52. Cette réception ne s'est pas faite sans quelques difficultés. Au début du xvii^e siècle, les procédures judiciaires devaient faire état de tous les faits relatifs à la transaction de la lettre, et surtout les règles coutumières sur lesquelles était fondée l'action devaient être expressément alléguées. Cette formalité devait être abandonnée avant la fin du siècle. Voir T.F.T. PLUCKNETT, *op. cit.*, note 47, pp. 668-669.

53. W. HOLDSWORTH, *op. cit.*, note 46, pp. 167-168.

matière commerciale ; d'où cette volonté des juristes de n'en pas vouloir abandonner le vocabulaire particulier⁵⁴.

Le droit des lettres de change est avant tout un droit international des marchands. Cette caractéristique mérite d'être mise en évidence puisqu'on s'en autorisera pour recourir aux solutions étrangères dans l'éventualité où notre propre droit serait avare de réponses. Cette harmonie des principes explique l'affirmation de Chalmers qui disait qu'en 1720, année de la rédaction par Beawes de sa *Lex Mercatoria*, « the law or practice of both nations [France et Angleterre] on this subject [les lettres de change] was uniform⁵⁵ ». Devant les tribunaux anglais, Pothier, en fait d'autorité, ne cède le pas qu'aux seuls précédents judiciaires. C'est ce qu'en 1822 affirmait lord Bess, juge en chef de la Court of Common Pleas⁵⁶. En 1908, le juge Duff n'hésitera pas à affirmer que les grands principes de la *law merchant* étant fondamentalement les mêmes dans tous les pays, recours pouvait être

54. Par exemple, l'article 9 de la *Loi sur les lettres de change*, précitée, note 3, ainsi que le paragraphe 97 (2) de *An Act to codify the Law relating to Bills of Exchange, Cheques, and Promissory Notes*, (1882) 45 & 46 Vict., (R.-U.), c. 61 (communément appelé *Bills of Exchange Act, 1882*) renvoient tous deux aux « rules of the common law [...] including the law merchant » (l'italique est de nous). Notons toutefois que ce renvoi n'est pas apparent dans la version française de l'article 9 qui fait simplement référence au « droit commercial ». Les célèbres propos tenus par le juge en chef Cockburn dans *Goodwin c. Roberts*, (1875) L.R. 10 Exch. 337 (confirmé par 1 App. Cas. 476 (Ch. des lords)) soulignent la particularité de la *law merchant* (p. 346) : « It is true that the law merchant is sometimes spoken of as a fixed body of law, forming part of the common law, and as it were coeval with it. But as a matter of legal history, this view is altogether incorrect. The law merchant thus spoken of with reference to bills of exchange and other negotiable securities, though forming part of the general body of the *lex mercatoria*, is of comparatively recent origin. It is neither more nor less than the usages of merchants and traders in the different departments of trade, ratified by the decisions of Courts of law, which, upon such usages being proved before them, have adopted them as settled law with a view to the interests of trade and the public convenience, the Courts proceeding herein on the well-known principle of law that, with reference to transactions in the different departments of trade, Courts of law, in giving effect to the contracts and dealings of the parties, will assume that the latter have dealt with one another on the footing of any custom or usage prevailing generally in the particular department. By this process, what before was usage only, unsanctioned by legal decision, has become engrafted upon, or incorporated into, the common law, and may thus be said to form part of it. « When a general usage has been judicially ascertained and established, » says Lord Campbell, in *Brandao v. Barnett*, [(1846) 12 Cl. & Fin. 187, 805, 8 E.R. 1622], « it becomes a part of the law merchant, which Courts of justice are bound to know and recognize. » » Voir aussi *Edelstein c. Schuler & Co.*, [1902] 2 K.B. 144, 154-155.

55. M.D. CHALMERS, *A Digest of the Law of Bills of Exchange, Promissory Notes, Cheques, and Negotiable Securities*, 4^e éd., Londres, Stevens & Sons, 1891, p. liv.

56. *Cox c. Troy*, 5 B. & Ald. 474, 480-481 ; 106 E.R. 1264, 1266 ; voir aussi les propos tenus par lord Blackburn dans *McClean c. Clydesdale Banking Co.*, [1883] 9 A.C. 95, 105.

fait « to the law of other commercial countries⁵⁷ ». Il puisa alors à même la jurisprudence américaine le sens à donner au terme *overdue* apparaissant aux articles 56 et 70 de la *Loi sur les lettres de change*⁵⁸.

À l'instar de l'Angleterre, la France a elle aussi procédé, au cours du xvii^e siècle, à l'intégration de la Coutume des marchands dans son droit commercial national⁵⁹. Cependant, comme nous le verrons au point 2.1, à l'inverse de ce qui s'est produit en droit anglais, les tribunaux n'ont pas été les principaux instigateurs de cette insertion de la Coutume des marchands dans l'ordre juridique français. Un inventaire des différentes sources du droit français des effets de commerce tel qu'il existait aux xvii^e et xviii^e siècles (2.1.1) nous permettra en outre d'identifier une partie des outils juridiques qui seront appelés au cours de notre histoire à façonner le corps du droit canadien des effets de commerce (2.1.2).

2.1 L'apport de l'ancien droit français au droit canadien des effets de commerce

2.1.1 Les sources françaises aux xvii^e et xviii^e siècles

En Angleterre, les tribunaux ont été les principaux responsables de l'intégration du droit international des effets de commerce à leur droit national⁶⁰. En France, l'évolution du droit commercial repose plutôt sur une intervention autoritaire du pouvoir royal⁶¹. Cet interventionnisme étatique ne s'exerçait toutefois pas dans le mépris des opinions entretenues par la communauté commerçante. Au contraire, une tradition issue de l'époque médiévale imposait au roi le devoir de faire précéder tout exercice de son pouvoir législatif en matière commerciale d'une consultation des marchands. Cet usage avait acquis un caractère plus institutionnel avec la création en 1601 du Conseil du commerce (éclipsé en tant que centre décisionnel par le Bureau du commerce créé en 1722) et l'avènement en 1701 des chambres de commerce.

57. *Union Investment Co. c. Wells*, [1908] 39 R.C.S. 625, 638.

58. *Loi sur les lettres de change*, S.R.C. 1906, c. 119.

59. Les appellations « droit commercial » et « législation commerciale » se sont substituées, au tout début du xix^e siècle, à l'expression « législation du commerce ». Comme l'affirme J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, Paris, PUF, 1986, p. 85 : « La nuance traduisait une évolution du concept ; ainsi s'éliminait l'ambiguïté traditionnelle — liée au corporatisme — autour du *commerce* qui désignait jusqu'alors la communauté des marchands autant que le négoce. Il s'agissait désormais, de manière plus individualiste, du commerçant et de l'activité commerciale encore que cet élargissement des perspectives, effectif, demeurât cependant limité. »

60. *Supra*, p. 550.

61. J. HILAIRE, *op. cit.*, note 59, p. 64.

Le pouvoir royal constate parfois expressément l'importance du rôle joué par les praticiens dans l'évolution du droit commercial et, plus particulièrement, du droit des effets de commerce. Dans un édit du mois de mai 1716⁶², le roi avait prohibé l'usage des billets et des lettres de change payables au porteur. Il devait cependant revenir sur sa décision en 1721⁶³, l'expérience démontrant « qu'un grand nombre de personnes se [portaient] plus facilement à prêter leur argent par cette voie, que par aucune autre⁶⁴ ». Le rétablissement de cet usage était le fruit des pressions exercées par la communauté commerciale. En effet, l'autorité royale souligne qu'elle avait « jugé à propos de suivre le vœu commun de ceux qui ont le plus d'expérience dans le commerce⁶⁵ ».

Hilaire affirme que, quoi qu'il en soit de l'influence qu'ont pu avoir la pratique et la jurisprudence sur l'évolution du droit français des effets de commerce, il n'en demeure pas moins que c'est du législateur qu'étaient attendus les changements majeurs ou les orientations nouvelles :

[La] pratique demeure tributaire d'une autorité, celle du législateur, à laquelle elle fera appel tôt ou tard, ne serait-ce que pour se prémunir contre ses propres débordements. Sans doute la jurisprudence s'interpose entre la pratique et le législateur, mais elle-même en définitive ne fait qu'orienter vers cet ultime recours ; et chambres de commerce et juridictions consulaires unissent leurs efforts dans ce sens⁶⁶.

Cependant, Lévy-Bruhl ne partage pas cette opinion. Selon lui, le rôle de la jurisprudence s'est avéré « presque aussi important⁶⁷ » que celui de la législation. Il affirme que certains arrêts du Conseil du roi, de même que certaines décisions du Parlement de Paris, avaient « une autorité égale à celle de telles lettres patentes ou de telle déclaration royale⁶⁸ ».

On peut à tout le moins affirmer sans se tromper que la législation constitue, avec la jurisprudence, la principale composante du droit français des effets de commerce aux XVII^e et XVIII^e siècles (2.1.1.1 et 2.1.1.2). Les usages, mêmes illégaux, comme le rappelle Lévy-Bruhl⁶⁹, s'ajoutent à ces

62. *Édit concernant les lettres ou billets et lettres de change, ou autres billets payables au porteur*, Paris, mai 1716 : M. ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. 21, Paris, Belin-Leprieur, 1825, pp. 114-116.

63. *Déclaration pour rétablir l'usage des lettres ou billets payables au porteur*, Paris, le 21 janvier 1721 : M. ISAMBERT, *op. cit.*, note 62, pp. 190-191.

64. *Id.*, p. 191.

65. *Ibid.*

66. J. HILAIRE, *op. cit.*, note 59, p. 79.

67. H. LÉVY-BRUHL, *Histoire de la lettre de change en France aux XVII^e et XVIII^e siècles*, Paris, Sirey, 1933, p. 11.

68. *Ibid.*

69. *Id.*, p. 7.

deux premières sources. En effet, la coutume s'avère, particulièrement en matière commerciale, une source importante de droit⁷⁰. Enfin, on verra qu'existaient déjà à cette époque certains ouvrages de doctrine portant sur le droit des effets de commerce (2.1.1.3).

2.1.1.1 Les sources législatives

Dans son célèbre recueil⁷¹, Isambert compile la presque totalité des sources législatives du droit des effets de commerce⁷². Au nombre de ces dernières, on compte des arrêts de règlement du Parlement de Paris⁷³, un arrêt du Conseil⁷⁴, des déclarations⁷⁵, un édit⁷⁶ et, enfin, ce monument du droit français des temps modernes, le Code Savary ou, plus simplement, l'Ordonnance du commerce de 1673⁷⁷. Rappelons en outre que toutes les règles de preuve commerciale élaborées par la pratique avaient été compilées dans le titre XXXIV (« De la décharge des contraintes par corps ») de

70. Nous ne tenterons pas de dénombrer les nombreux usages qui sont venus enrichir le corps des règles du droit français des effets de commerce. Cette entreprise dépasse largement le cadre de notre article. À ce sujet, lire H. LÉVY-BRUHL, *op. cit.*, note 67.

71. M. ISAMBERT, *op. cit.*, note 62.

72. Quant aux autres, H. LÉVY-BRUHL, *op. cit.*, note 67, p. 9, nous signale que Daniel JOUSSE en fait état dans un recueil spécial, publié en 1757, composé de trois volumes et intitulé : *Recueil chronologique des ordonnances, édits et arrêts de règlement cités dans les nouveaux commentaires sur les ordonnances des mois d'avril 1667, août 1669, août 1670 et mars 1673*.

73. *Arrêt de règlement du Parlement de Paris portant défenses aux négocians et à tous autres de se servir de promesses ou billets qui ne seroient pas remplis des noms des créanciers et des causes, à peine de nullité, et attribuant aux juges-consuls la juridiction desdites promesses ou billets faits de marchand à marchand, et pour fait de marchandises, et la connoissance aux juges ordinaires de toutes autres promesses ou billets*, 16 mai 1650 : M. ISAMBERT, *op. cit.*, note 62, t. 17, p. 217 et *Arrêt du Parlement portant que les lettres de change à jour préfixe, seront exigibles le jour de l'échéance et présentées le lendemain, sinon que le recours sera perdu*, Paris, le 2 juillet 1777 : M. ISAMBERT, *op. cit.*, note 62, t. 25, p. 53.

74. *Arrêt du Conseil qui défend de commercer les lettres de change et autres papiers, autrement qu'en nouvelles espèces*, Marly, le 27 février 1726 : M. ISAMBERT, *op. cit.*, note 62, t. 21, p. 299.

75. *Déclaration sur le fait et négoce des lettres de change*, Paris, le 9 janvier 1664 : M. ISAMBERT, *op. cit.*, note 62, t. 18, pp. 28-32 ; *Déclaration qui ordonne que tous porteurs de lettres et billets de change, ou de billet aux porteur, seront tenus d'en faire demande aux débiteurs dans les dix jours de l'échéance ; sinon qu'ils seront tenus des diminutions que subiront les espèces en exécution des arrêts du conseil*, le 16 mars 1700 : M. ISAMBERT, *op. cit.*, note 62, t. 20, pp. 354-355 ; *Déclaration concernant les billets ou promesses causés valeur en argent*, le 22 septembre 1733 : M. ISAMBERT, *op. cit.*, note 62, t. 21, pp. 379-380 ; voir aussi la *Déclaration* du 21 janvier 1721, précitée, note 63.

76. Voir l'*Édit* de mai 1716, précité, note 62.

77. On peut en consulter le texte dans D. JOUSSE, *Commentaire sur l'Ordonnance du commerce*, Poitiers, Mesdames Lorient, 1828, pp. 1-26.

l'Ordonnance civile touchant la réformation de la justice de 1667⁷⁸, communément appelée l'Ordonnance sur la procédure civile.

L'Ordonnance du commerce—ou *Code marchand*— adoptée en mars 1673 constituera la pièce maîtresse du droit des effets de commerce français jusqu'à ce qu'elle soit remplacée, en 1807, par le *Code de commerce*. Les codificateurs eux-mêmes reconnaîtront la profonde influence qu'elle a exercée sur leur travail⁷⁹. Un souci de conférer une plus grande cohérence et une plus profonde unité au droit commercial français était à la source de la décision prise par l'autorité royale d'entreprendre la confection de cette ordonnance⁸⁰. Il est nécessaire d'en examiner attentivement le contenu puisque nous serons appelé maintes fois, au cours de notre étude, à la comparer avec le droit anglais des effets de commerce.

Le titre V de l'Ordonnance du commerce, intitulé « Des Lettres et Billets de Change, et promesses d'en fournir⁸¹ », comporte une série de 33 articles. Le premier énonce que la lettre de change doit contenir sommairement le nom de celui qui l'a fournie et de celui auquel le contenu devra en être payé. Elle doit en outre préciser le moment et la manière dont elle doit être acquittée. L'article 2 dispose que les acceptations verbales ne seront plus valides et que, en conséquence, seront seules reconnues légales les acceptations écrites. Une fois protestée, une lettre de change pourra être acquittée par toute autre personne que celle sur qui elle a été tirée (art. 3). L'article 4 édicte que le porteur d'une lettre acceptée est tenu de la faire payer ou protester dans les dix jours qui suivent l'échéance. Le cinquième article fixe à 30 jours les usances pour le paiement des lettres, encore que les mois aient plus ou moins de 30 jours—le délai d'usage est un terme de paiement que fixait la coutume. L'article 6 identifie les jours computés dans le calcul du délai de protestation, tandis que l'article 8 rappelle que seul sera valide le protêt rédigé par deux notaires ou un notaire et deux témoins. Les articles 9 à 12 portent sur certains aspects techniques du protêt. L'article 7, quant à lui, vise spécifiquement les modalités de paiement de certains types de lettres de change dans la ville de Lyon. Les articles 13 et 14 fixent les délais qui doivent être respectés par ceux qui poursuivent les endosseurs s'ils ne veulent pas voir s'éteindre leur recours contre ces derniers (art. 15, 16 et 17). La perte d'une lettre payable à un particulier et non au porteur ou à ordre n'empêche pas que le paiement puisse en être poursuivi, et ce, en vertu d'une seconde lettre qui aurait été

78. H. LÉVY-BRUHL, *op. cit.*, note 67, p. 299. Pour ce qui est du texte même de cette ordonnance, voir M. ISAMBERT, *op. cit.*, note 62, t. 18, pp. 103-180.

79. H. LÉVY-BRUHL, *op. cit.*, note 67, p. 9 ; J. HILAIRE, *op. cit.*, note 59, p. 286.

80. J. HILAIRE, *op. cit.*, note 59, p. 68.

81. D. JOUSSE, *op. cit.*, note 77, pp. 9-15.

accordée pour la même somme en guise de précaution (art. 18). Dans l'éventualité de la perte d'une lettre au porteur ou à ordre⁸², aucun paiement ne pourra être exigé, à moins d'une ordonnance accordée par un juge-consul et du dépôt d'une caution (art. 19). L'article 20 s'intéresse aux problèmes posés par ces dernières, alors qu'en son vingt et unième article, l'Ordonnance expose que les lettres et billets de change seront réputés acquittés après cinq ans de cessation de demandes et poursuites, à compter du lendemain de l'échéance, du protêt ou de la dernière poursuite⁸³. Ce délai de prescription s'applique aussi aux mineurs et aux absents qui s'engagent par le moyen de tels effets (art. 22)⁸⁴. Les articles 23, 24 et 25 énumèrent les conditions de forme que doit épouser l'endossement et les conséquences qui s'attachent au défaut de s'y conformer. Quant à l'article 26, il interdit d'antidater les ordres. Les six dispositions qui suivent (art. 27 à 32) portent spécifiquement sur les billets de change. Le dernier article déclare que les personnes qui auront apposé leur aval sur un effet de commerce seront tenues solidairement avec les tireurs, endosseurs, prometteurs et accepteurs, encore qu'il n'en soit fait aucune mention dans l'aval. Enfin, soulignons que l'Ordonnance comporte un titre VI qui s'intitule « Des Intérêts du Change et Rechange » et dont les dispositions s'appliquent aussi aux lettres de change et aux billets.

82. Une lettre à ordre autorise « celui au profit de qui elle est tirée à céder ses droits à un tiers, et en passer l'ordre au profit de ce tiers, et ce tiers au profit d'un autre... » : *id.*, p. 66.

83. Signalons que cette disposition ne vise que les lettres et les billets de change. Il s'ensuit qu'un délai de 30 ans continue à s'appliquer aux billets et aux lettres payables au porteur ou à ordre : *id.*, pp. 110-111. Jousse rappelle la distinction qui existe entre billet de change et lettre de change (*id.*, pp. 66 et 69) : « Une lettre de change est une cession ou transport d'une somme d'argent que le tireur de la lettre fait à celui au profit duquel il la tire, ou à l'ordre de ce dernier, pour être payée par le correspondant de ce tireur dans un autre lieu que celui d'où la lettre est tirée. Cette cession ou transport se fait au moyen de la valeur que celui à qui la lettre est fournie en donne au tireur, soit en argent, soit en marchandises, ou autres effets [...] On entend par billets de change ceux qui se font pour lettres de change fournies, ou qui portent promesse d'en fournir. S'ils ne sont faits pour l'une ou pour l'autre de ces causes, ils cessent d'être billets de change [...] Ces billets diffèrent des lettres de change en ce que les lettres de change sont ordinairement payables en un autre endroit que celui d'où elles sont tirées, et par un autre que celui qui les a tirées, au lieu que le billet de change est payable par celui qui le fait, et ordinairement dans le lieu où il est fait. [...] »

Il faut bien prendre garde de confondre les billets de change avec ceux qui ne sont pas de change, tels que sont les billets dont la valeur a été payée en deniers ou en marchandises. Ceux-ci ne sont que de simples promesses ; ils peuvent néanmoins être négociés, ainsi que les billets de change, quand ils sont payables à ordre ou au porteur. »

84. Il ne court point cependant à l'encontre des mineurs et absents qui ont signé des lettres ou des billets payables au porteur ou à ordre : *id.*, pp. 110-111.

Il est nécessaire, avant d'aborder la description des autres sources juridiques du droit français des effets de commerce, de relever les déficiences qui, dès son origine, ont marqué l'Ordonnance de 1673. Ces lacunes s'attachaient tout à la fois au fond et à la forme de cette loi. Selon Hilaire, la personnalité de celui qui l'avait rédigée, Jacques Savary, expliquerait l'existence de ces imperfections. En effet, faute de connaître le latin, ce dernier n'a pu s'inspirer de la doctrine italienne⁸⁵ dont la qualité, sur le plan de la réflexion, surpassait de beaucoup celle que l'on produisait alors en France. Le *Code marchand* ne présentait ainsi aucune innovation sur le plan juridique. Au surplus, Savary étant avant tout un praticien, il n'a pas su donner à l'Ordonnance cette facture particulière caractéristique des grandes œuvres de codification. La loi n'était pas libellée en termes de principes généraux et, qui plus est, elle ne tendait pas à l'exhaustivité⁸⁶ ; il s'agissait plutôt d'une description circonstanciée de certains usages alors en vigueur. Du reste, l'Ordonnance allait très vite se révéler inapte à résoudre les problèmes nouveaux auxquels allaient devoir faire face les praticiens du XVIII^e siècle.

2.1.1.2 Les sources jurisprudentielles

Nous avons fait mention antérieurement de la divergence d'opinions entre certains auteurs relativement au statut à accorder aux sources jurisprudentielles dans la hiérarchie normative du droit français des effets de commerce. Cet aspect de la question ne retiendra pas notre attention. Nous croyons suffisant d'affirmer que la jurisprudence a joué un rôle de première importance dans l'évolution de ce domaine juridique. De plus, nous n'avons pas l'intention de brosser un tableau des multiples modifications apportées par les tribunaux français en matière d'effets de commerce au cours des XVII^e et XVIII^e siècles.

L'utilité d'une source juridique, quelle qu'elle soit, repose avant tout sur son accessibilité, sur sa disponibilité. La présente étude s'intéressera plus particulièrement au problème posé par la nécessité de localiser les solutions offertes par la jurisprudence (et la doctrine) avant de pouvoir y recourir. Si elle était susceptible d'occasionner des difficultés en France, on comprendra que la localisation des sources jurisprudentielles devait en soulever de plus complexes encore au Canada. Cet aspect du problème, quant à lui, sera examiné dans la section 2.1.2. Contentons-nous pour l'instant d'inventorier les ouvrages qui, dans la France de la fin de l'Ancien Régime, avaient pour fonction de colliger les arrêts rendus par les tribunaux du royaume en matière d'effets de commerce.

85. J. HILAIRE, *op. cit.*, note 59, pp. 68-69.

86. *Id.*, p. 68.

En France, les juridictions consulaires créées à partir de 1563 s'étaient vu attribuer compétence pour entendre les litiges en matière d'effets de commerce⁸⁷. De nombreuses décisions étaient aussi rendues par les parlements ou autres cours souveraines. Lévy-Bruhl signale que les principales décisions en matière d'effets de commerce ont été imprimées dans des recueils, alors que d'autres sont restées à l'état de feuilles volantes imprimées à l'occasion des procès. Les grands recueils ou répertoires systématiques des XVIII^e et XIX^e siècles rapportent donc un grand nombre de décisions qui viennent compléter la législation relative au droit français des effets de commerce et conférer à ce dernier son génie particulier. Entre 1725 et 1820, six ouvrages de cette nature verront le jour : le *Dictionnaire des arrêts, ou jurisprudence universelle des parlements de France, et autres tribunaux* par Pierre Jacques Brillon, la *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle* de J.B. Denisart, le *Répertoire universel de jurisprudence* de P.J. Guyot, le *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* de Merlin, le *Dictionnaire de jurisprudence et des arrêts* par Prost de Royer et, enfin, le *Répertoire de la nouvelle législation* de Favard de Langlade⁸⁸. Il sera intéressant d'examiner, comme nous le ferons plus loin, si les juristes canadiens étaient en mesure de consulter ces répertoires.

2.1.1.3 Les sources doctrinales

Avant d'examiner la qualité de la doctrine produite en France antérieurement à l'entrée en vigueur, en 1807, du *Code de commerce*, il importe de dénombrer les ouvrages portant sur ce sujet particulier que constitue le droit des effets de commerce. On n'en compte que trois pour ce qui est de la période antérieure à l'adoption de l'Ordonnance de 1673⁸⁹.

Avec l'avènement du *Code marchand*, la production doctrinale s'intensifie. Jacques Savary⁹⁰, Philippe Bornier⁹¹, François de Boutirac⁹² et

87. L'histoire de ces tribunaux est marquée, comme l'est d'ailleurs celle de plusieurs cours d'exception, par l'opposition féroce qu'ils rencontrèrent de la part des tribunaux de droit commun. H. LÉVY-BRUHL, *op. cit.*, note 67, p. 293 et suiv., relate les événements marquants de cette lutte.

88. Pour un aperçu général des sources de l'ancien droit français, lire G. LEPOINTE, *Petit précis des sources de l'histoire du droit français*, 2^e éd., Paris, Éditions Domat-Montchrestien, 1949.

89. J. TRENCHANT, *L'arithmétique, déparée en trois livres ensemble un petit discours des changes avec l'art de calculer aux jetons*, 1561; MARESCHAL, *Traité des changes et rechanges licites et illicites et moyens de pourvoir aux fraudes des banqueroutes*, 1625; et CLEIRAC, *Usance du négoce, ou commerce de la banque des lettres de change*, 1659.

90. J. SAVARY, *Le parfait négociant*, 1675.

91. P. BORNIER, *Ordonnance de Louis XIV sur le commerce*, 1749.

92. F. de BOUTIRAC, *Explication de l'ordonnance de Louis XIV concernant le commerce*, 1743.

surtout Daniel Jousse⁹³ commentent de façon systématique et exhaustive l'Ordonnance de 1673. De plus, le droit des lettres de change est analysé par Toubeau dans ses *Institutes du droit consulaire* (1700), par Rogue dans *La jurisprudence consulaire* (1742) et tout particulièrement par deux auteurs ayant fait montre d'une grande habileté à analyser les problèmes juridiques soulevés par ces effets de commerce, Dupuy de la Serra⁹⁴ et Pothier⁹⁵. Lévy-Bruhl énumère également un certain nombre d'ouvrages qu'il qualifie de compilations effectuées au profit des marchands et qui, en conséquence, ont un caractère presque exclusivement pratique⁹⁶. Signalons simplement que figure dans cette liste le *Dictionnaire universel de commerce*⁹⁷ de Jacques Savary des Bruslons, fils du rédacteur de l'Ordonnance.

Cette doctrine pouvait-elle être qualifiée de scientifique ? Était-elle de nature à répondre aux questions susceptibles de se présenter à l'esprit du praticien ? Hilaire ne le croit pas. Il prétend plutôt que l'apport à la pratique de la doctrine rédigée entre les XVI^e et XVIII^e siècles était « très mince⁹⁸ ». Cette situation s'explique, selon lui, en raison du fait que les

traités de pratique commerciale ne contenaient guère de précisions juridiques (...) [En] dehors du *Parfait négociant* de Savary ou du *Dictionnaire du commerce* de Savary des Bruslons [...] des commentaires de l'ordonnance ou de traités spécialisés concernant essentiellement le change, il [s']agissait d'ouvrages plus généraux faits pour un public plus large et pas toujours très « pratiques » : ils ne [comportaient] guère de formules, ce qui est le critère de l'utilité pratique⁹⁹.

Il est assez étonnant de constater que Hilaire ne fait aucune mention des ouvrages de Dupuy de la Serra et Pothier que Lévy-Bruhl considère pourtant comme étant « deux ouvrages où se manifeste l'effort scientifique le plus sérieux pour approfondir les questions juridiques soulevées par la lettre de change¹⁰⁰ ».

Si le juriste français des XVII^e et XVIII^e siècles dispose, comme on vient de le voir, d'un certain nombre d'instruments lui permettant de résoudre les litiges en matière d'effets de commerce, qu'en est-il du juriste canadien ? Les sources métropolitaines du droit des effets de commerce lui étaient-elles accessibles ? Si oui, dans quelle mesure ?

93. D. JOUSSE, *Commentaire sur l'ordonnance du Commerce du mois de mars 1673*, 1755.

94. D. DE LA SERRA, *Art des lettres de change*, 1680 et reproduit par D. JOUSSE, *op. cit.*, note 77, pp. 223-322.

95. POTHIER, *Traité des lettres de change*, 1743.

96. H. LÉVY-BRUHL, *op. cit.*, note 67, pp. 15-16.

97. J. SAVARY DES BRUSLONS, *Dictionnaire universel de commerce*, Paris, 1724.

98. J. HILAIRE, *op. cit.*, note 59, p. 78.

99. *Ibid.*

100. H. LÉVY-BRUHL, *op. cit.*, note 67, p. 14.

2.1.2 L'introduction et l'application du droit français des effets de commerce au Canada

En droit français, tout comme en droit anglais, le colon qui s'expatriait pour aller s'établir dans une colonie de peuplement était réputé apporter son droit avec lui¹⁰¹. Ainsi, dans la mesure où les circonstances locales n'en empêchaient pas l'application, le droit français des effets de commerce a été introduit en droit canadien. Gardons-nous toutefois de croire que le droit canadien n'était rien de plus qu'un simple reflet du droit métropolitain. Dès leur implantation, les règles de droit introduites se sont peu à peu adaptées à la situation particulière du pays. En outre, comme nous le verrons en examinant les problèmes relatifs à l'applicabilité des sources législatives métropolitaines, l'étendue même de cette introduction initiale n'était pas aisée à quantifier.

En ce qui a trait aux sources jurisprudentielles et doctrinales, un problème majeur se posait, soit celui de leur accessibilité. Nous l'avons vu précédemment, divers recueils d'arrêts et un certain nombre d'ouvrages de doctrine avaient été publiés en France au cours des XVII^e et XVIII^e siècles. Ces ouvrages, les juristes canadiens en connaissaient-ils l'existence ? Pour le savoir, un inventaire détaillé des bibliothèques possédées par les juristes de l'époque serait nécessaire. Cette tâche n'a pourtant jamais été entreprise.

Dans son ouvrage sur *Les bibliothèques canadiennes, 1604-1960*¹⁰², Drolet s'attache à repérer les principaux propriétaires de bibliothèques ainsi que le nombre de volumes que l'on pouvait y trouver. Malheureusement, il n'en décrit que partiellement le contenu. Son étude n'en reste pas moins fort intéressante. Par exemple, en ce qui concerne la période antérieure à 1760¹⁰³, l'auteur note qu'après les livres à caractère religieux, ce sont les ouvrages de droit qui priment¹⁰⁴. L'importance de certaines bibliothèques particulières comme celle de François-Étienne Cugnet (1688-1751, membre du Conseil supérieur ; il possédait 309 volumes de droit) et de Guillaume Verrier (1690-1758, procureur général au Conseil supérieur ; 458 ouvrages juridiques) explique en partie cette prédominance des ouvrages de droit. L'inventaire des livres détenus à cette époque par

101. A. MOREL, *Histoire du droit. Sources et formation du droit*, 10^e éd., Montréal, Coop Droit, 1990, p. 38.

102. A. DROLET, *Les bibliothèques canadiennes, 1604-1960*, Montréal, Cercle du livre de France, 1965.

103. Nous limiterons notre investigation à cette période, car le dépouillement des inventaires des bibliothèques détenues par les juristes canadiens du XIX^e siècle s'avère une tâche qui, à elle seule, pourrait faire l'objet d'un article.

104. A. DROLET, *op. cit.*, note 102, p. 42.

certain juriste canadien est assez révélateur. Ainsi, Joseph-Étienne Nouchet (1724-1758, membre du Conseil supérieur) avait en sa possession *Le parfait négociant* de Savary ainsi qu'un *Dictionnaire de commerce* en trois volumes (vraisemblablement celui de Savary des Bruslons)¹⁰⁵. L'ouvrage de Savary père était aussi détenu par Jacques-François Cugnet, le fils de François-Joseph (avocat, cosecrétaire et cotraducteur avec son père auprès du gouverneur et du Conseil législatif en 1768)¹⁰⁶. Jacques-François Cugnet possédait en outre un *Recueil d'arrêts du Parlement de Paris* (en deux volumes) et un ouvrage intitulé *Juridiction consulaire*. Alexandre Dumas, avocat, aurait été propriétaire d'un *Dictionnaire d'arrêts* (sans doute celui de Brillouin) et d'un *Recueil de jurisprudence*¹⁰⁷; Guillaume Gaillard (1669-1729, membre du Conseil supérieur) possédait *Le conseil sur le commerce de Savary*¹⁰⁸, alors que Jessé Leduc (décédé en 1710; procureur général au Conseil supérieur) détenait *Le commerce des lettres*¹⁰⁹.

Ces maigres données ne nous permettent pas bien sûr d'affirmer que la connaissance de ces ouvrages s'étendait à un grand nombre de juristes. Cela nous autorise tout au plus à déclarer qu'au cours de la période antérieure à 1760 quelques juristes canadiens avaient en main certains recueils de jurisprudence française. La même conclusion peut s'appliquer aux ouvrages de doctrine portant sur les effets de commerce. Quant à la présence de l'ouvrage de Savary père dans les bibliothèques canadiennes, elle ne surprend guère, compte tenu de son grand renom au cours des xvii^e et xviii^e siècles. En outre, même si les grands répertoires systématiques et les ouvrages de doctrine mentionnés dans la section précédente ne semblent pas figurer dans les quelques inventaires que nous avons examinés, on ne peut conclure pour autant qu'ils étaient inconnus des juristes canadiens.

Pour la période antérieure à la Conquête, la diffusion de la doctrine française en matière d'effets de commerce semble avoir été limitée aux ouvrages qui, tels celui de Savary, avaient connu en France un important

105. « La bibliothèque de Joseph-Étienne Nouchet », *Bulletin des recherches historiques*, vol. 24, 1918, p. 286.

106. « La bibliothèque de Jacques-François Cugnet », *Bulletin des recherches historiques*, vol. 42, 1936, p. 10. L'ouvrage en question est répertorié sous le titre suivant : *Œuvres de Savary ou parfait négociant* en deux volumes.

107. « Catalogue de la bibliothèque d'Alexandre Dumas, Avocat », *Bulletin des recherches historiques*, vol. 41, 1935, p. 62.

108. « Catalogue de la bibliothèque de Guillaume Gaillard, conseiller du Conseil supérieur », *Bulletin des recherches historiques*, vol. 41, 1935, p. 208.

109. « Catalogue des livres de M. Jessé Leduc », *Bulletin des recherches historiques*, vol. 32, 1926, p. 131.

succès de librairie. Ce qui ne veut pas dire qu'il était impossible à celui qui le désirait de faire la commande d'ouvrages spécialisés à un libraire métropolitain. Verrier en était la preuve vivante¹¹⁰.

En ce qui concerne les sources législatives métropolitaines, leur accessibilité ne semble pas poser de véritable problème. En avril 1663, Louis XIV établissait le Conseil souverain de Québec et attribuait à ce dernier le pouvoir « de connaître de toutes les causes civiles et criminelles, pour juger souverainement et en dernier ressort selon les loix et ordonnances de notre royaume¹¹¹ ». Les édits et déclarations adoptés antérieurement à avril 1663 — et mentionnés précédemment — étaient ainsi rendus en principe applicables au Canada. Au surplus, il ne fait aucun doute que l'Ordonnance de 1673 a été appliquée par les tribunaux canadiens. Des décisions rendues par le Conseil souverain¹¹² et par la Prévôté de Québec¹¹³ l'invoquent expressément. À ce titre, l'Ordonnance fait partie intégrante du bouquet fourni des sources juridiques applicables au Québec avant 1760. Néanmoins, après la Conquête, certains ont prétendu que cette loi ne pouvait être appliquée en territoire canadien au motif qu'elle n'avait jamais été enregistrée à Québec par le Conseil supérieur, bien qu'un tel enregistrement auprès du Conseil ne constituât pas une formalité préliminaire impérative à la mise en vigueur des ordonnances de cette nature¹¹⁴.

110. A. DROLET, *op. cit.*, note 102, p. 32.

111. *Édits, ordonnances royaux, déclarations et arrêts du Conseil d'État du Roi concernant le Canada*, t. 1, Québec, E.R. Fréchette, 1854, p. 37.

112. Citons, à titre d'exemples, les arrêts du 25 avril 1704 et du 15 mars 1706 dans *Jugements et délibérations du Conseil souverain de la Nouvelle-France*, t. IV, Québec, Imprimerie A. Côté, 1888, p. 1010 et *Jugements et délibérations du Conseil souverain de la Nouvelle-France*, t. V, Québec, Imprimerie A. Côté, 1888, p. 273.

113. Voir le jugement du 16 octobre 1736 dans J.-F. PERRAULT, *Extraits ou précédents, tirés des registres de la Prévôté de Québec*, Québec, Thomas Cary, 1824, p. 26.

114. Au Canada, une pratique se serait développée en matière d'enregistrement. André Morel rapporte que seule la législation royale visant expressément le Canada ou l'ensemble des colonies françaises aurait fait l'objet d'un enregistrement auprès du Conseil supérieur. Quant aux ordonnances royales applicables à tout le royaume, l'accomplissement d'une telle formalité n'aurait pas été essentiel à leur mise en application : A. MOREL, *op. cit.*, note 101, p. 168. À titre d'exemple, on peut noter que si les remontrances au roi au sujet de l'Ordonnance de 1663 sur la procédure civile ont été enregistrées auprès du Conseil souverain, cette ordonnance, quant à elle, n'a jamais fait l'objet d'un tel enregistrement : J.-M. BRISSON, *La formation d'un droit mixte : l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, Montréal, Éditions Thémis, 1986, pp. 36-39. Les constatations du professeur Morel nous portent donc à conclure que l'enregistrement de l'Ordonnance du commerce au greffe du Conseil souverain n'était pas jugée nécessaire à sa mise en œuvre.

Il importe ici de souligner le caractère nettement politique et artificiel de la polémique entourant, au Canada, l'application des ordonnances royales. Comme on a pu le constater précédemment, enregistrées ou non, ces dernières ont été appliquées par les tribunaux de la colonie jusqu'à la Conquête¹¹⁵. Et, fait significatif, le débat autour de l'applicabilité des ordonnances royales non enregistrées ne devait d'ailleurs être engagé qu'à partir de 1769¹¹⁶. C'est le gouverneur Carleton et le juge en chef Hey¹¹⁷ qui, dans leur *Report upon the Laws and Courts of Judicature in the Province of Quebec*¹¹⁸ du 15 septembre 1769, soulèvent la question pour la première fois. Le purisme juridique ne semble pas avoir été le principal instigateur de cette opposition à l'application des ordonnances. Le désir de la communauté britannique de voir écarter un droit qui ne lui était pas familier paraît bien plutôt être la source véritable de toute cette controverse. Le débat suscité par les ordonnances royales s'inscrit en fait dans le contexte plus large de la longue lutte engagée par les Britanniques contre le maintien du droit canadien¹¹⁹.

À la veille de la tourmente qui secouera bientôt le Canada, un nombre assez substantiel d'outils sont donc à la disposition du juriste. Toutefois, alors que survient la conquête du Canada par les Britanniques, s'élèvent en France des critiques à l'encontre de l'Ordonnance de 1673, protestations qui donneront lieu à la rédaction entre 1778 et 1789 d'un projet de code de commerce, le projet Miromesnil auquel la Révolution française viendra cependant mettre un frein.

Les praticiens reprochaient principalement à l'Ordonnance d'être marquée par une conception très médiévale du rôle qu'était appelée à jouer la lettre de change. Cette loi, selon eux, en faisait le simple instrument d'exécution du contrat de change. L'Ordonnance ne lui reconnaissait pas cette fonction que lui attribuait pourtant déjà la pratique : celle d'être un instrument de circulation monétaire à caractère indépendant¹²⁰. Bref, à la

115. *Supra*, notes 112 et 113. Voir aussi H. BRUN, *L'enregistrement des ordonnances royales au Conseil souverain de la Nouvelle-France*, mémoire de doctorat, Paris, Université de Paris, 1965, pp. 79-83.

116. H. BRUN, *op. cit.*, note 115, pp. 42-43 ; J.-G. CASTEL, *The Civil Law System of the Province of Quebec*, Toronto, Butterworths, 1962, p. 18.

117. William Hey a été juge en chef de la province de Québec de 1766 à 1776 : *Dictionnaire biographique du Canada*, t. IV, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1980, pp. 375-378.

118. W.P.M. KENNEDY et G. LANCTÔT, *Reports on the Laws of Quebec (1767-1770)*, Ottawa, Imprimeur du Roi, 1931, pp. 53 et 55.

119. À ce sujet, voir E. KOLISH, *Changement dans le droit privé au Québec et au Bas-Canada, entre 1760 et 1840 : attitudes et réactions des contemporains*, thèse de doctorat, Montréal, Université de Montréal, Faculté des arts et sciences, Département d'histoire, 1980.

120. J. HILAIRE, *op. cit.*, note 59, pp. 270-286.

fin du xviii^e siècle, l'arsenal législatif de la métropole française et de ses colonies ne semblait plus répondre adéquatement aux problèmes posés par un commerce en expansion constante.

Le droit relatif aux lettres de change était donc avant tout un droit des marchands. À la fin du xviii^e siècle, ce dernier semble varier très peu entre l'Angleterre et la France. Enfin, selon certains, le glaive juridique de la métropole paraît trop émoussé pour trancher correctement les problèmes complexes soulevés par le droit des effets de commerce. À ces difficultés s'ajoutait en Nouvelle-France celle de l'accessibilité aux sources juridiques métropolitaines. Tous ces éléments revêtiront une importance capitale au lendemain de la Conquête. Au surplus, après 1760, l'applicabilité des sources législatives françaises posera problème.

2.2 L'ère de la confusion : la mise en péril de l'héritage français

Dès après la Conquête, l'existence même du droit canadien sera remise en question. Si l'*Acte de Québec* réintroduit les *Laws and Customs of Canada*, il n'empêche qu'un lent processus d'érosion du droit canadien s'amorce dès l'entrée en vigueur de cette loi impériale, en 1775. Nulle part ce processus d'usure intentionnelle ne se fera-t-il sentir avec plus d'acuité qu'en matière commerciale et, plus particulièrement, en matière d'effets de commerce.

Le 8 septembre 1760, la capitulation de Montréal devait sonner le glas de la souveraineté française au Canada. Dans la foulée du vainqueur marchent à grand bruit ceux qu'il est dorénavant convenu d'appeler les « anciens sujets ». Beaucoup d'entre eux sont commerçants et aspireront à une reconnaissance du droit anglais en matière commerciale. La Proclamation royale¹²¹ du 7 octobre 1763 verra à satisfaire ce désir puisqu'elle édicte que « all Causes, as well Criminal as Civil » seront entendues et jugées « according to Law and Equity, and as near as may be agreeable to the Laws of England ».

Durant la période qui s'étend de la Conquête à l'entrée en vigueur de cette proclamation (le 10 août 1764), l'application du droit canadien a été

121. *Proclamation royale*, L.R.C. (1985), App. II, n° 1. Cette proclamation fait suite à la signature, le 10 février 1763, du *Traité de Paris* par lequel la France cédait à l'Angleterre « en toute Propriété, le Canada avec toutes ses dépendances » (art. 4) : A. SHORTT et A.G. DOUGHTY, *Documents relating to the Constitutional History of Canada (1759-1791)*, 2^e éd., t. I, Ottawa, Imprimeur du Roi, 1918, p. 97 et suiv., en particulier p. 99. Le *Traité de Paris* ne disait mot du droit appelé à être appliqué dans les territoires cédés par la France.

maintenue par les autorités militaires britanniques¹²² et rien n'autorise à croire qu'il en allait autrement en matière d'effets de commerce. Le marquis de Vaudreuil, au moment de la capitulation de Montréal, demanda que « les françois et les Canadiens [continuent] d'Estre Gouvernés Suivant La Coutume de Paris et les Loix et Usages Établis par ce pays¹²³ ». Le général Amherst donna la réponse lapidaire suivante à cette supplique : « Ils deviennent Sujets du Roi¹²⁴. » Cette réponse en soi n'emportait aucune conséquence sur le plan juridique. Amherst constatait simplement l'évidence : les anciens sujets français étaient devenus, du seul fait de la Conquête, des sujets du roi d'Angleterre. Les principes du droit anglais régissant les conséquences d'une conquête sur le droit en vigueur dans un territoire donné devaient donc s'appliquer.

Une interprétation purement juridique nous amène à la conclusion que seul le droit privé canadien pouvait alors légitimement être invoqué devant les tribunaux de la colonie. En vertu des principes de common law, les habitants d'une colonie conquise devaient conserver l'usage de leur droit privé¹²⁵. Le roi pouvait, bien sûr, imposer la mise en application du droit anglais. Cependant, si telle était son intention, il devait exercer sa prérogative de façon explicite et non équivoque. C'est ce qu'il fit en 1763. Ainsi, théoriquement, entre la chute de Montréal et l'entrée en vigueur de la Proclamation royale de 1763, le droit canadien aurait dû prévaloir en matière de lettres de change et de billets. D'ailleurs, comme nous le

122. Dans une lettre datée du 16 septembre 1760, le général Amherst envoyait les instructions suivantes au colonel Burton, gouverneur des Trois-Rivières (W.P.M. KENNEDY, *The Constitution of Canada 1534-1937*, 2^e éd., New York, Russel & Russel, 1973, p. 27) : « Take upon you the administration of the whole, governing the same, until the king's pleasure shall be known, according to the military laws, if you should find it necessary ; but I should choose that the inhabitants, whenever any differences arise between them, were suffered to settle them among themselves agreeable to their own laws and customs. » Dans une pétition adressée au roi en 1773, les Canadiens faisaient référence au Régime militaire en ces termes (A. SHORTT et A.G. DOUGHTY, *op. cit.*, note 121, p. 505) : « En effèt, loin de ressentir au moment de la conquête les tristes effets de la gêne et de la captivité, le sage et vertueux Général qui nous a conquis [...] nous laissa en possession de nos loix et de nos coùtumes. » Enfin, Francis Masères, *Attorney-General* de la *Province of Quebec*, rédigeait ce qui suit dans un projet de rapport daté du 27 février 1769 (A. SHORTT et A.G. DOUGHTY, *op. cit.*, note 121, p. 328) : « [During] your Majesty's government of this province by your military commanders [...] the ancient laws and usages of the country were supposed to be in force. »

123. A. SHORTT et A.G. DOUGHTY, *op. cit.*, note 121, p. 20.

124. *Ibid.*

125. J.E. CÔTÉ, *loc. cit.*, note 27, 40-43 ; Stuart c. Bowman, (1851) 2 L.C.R. 369 (C.S. rév.).

mentionnions plus haut, rien ne permet de conclure que telle n'a pas été la situation.

Dès le 10 août 1764 cependant, tout doute concernant la nature du droit applicable au Canada allait être écarté puisque l'entrée en vigueur de la Proclamation devait marquer l'introduction intégrale du droit anglais en territoire canadien. Malgré ce qu'ont pu en dire certains¹²⁶, il est indubitable que cet exercice par le roi de sa prérogative a opéré un changement complet en matière juridique canadienne¹²⁷. Le 17 septembre 1764, le gouverneur Murray adoptait d'ailleurs une ordonnance en vertu de laquelle il mettait à exécution les prescriptions de la Proclamation¹²⁸. Le mécontentement des Canadiens n'allait pas tarder à s'exprimer sous la forme de pétitions adressées au roi¹²⁹. Comme le rappelait le gouverneur Carleton à lord Shelburne dans une lettre datée du 24 décembre 1767¹³⁰, cette ordonnance ne pouvait demeurer en vigueur « without a General Confusion and Discontent ».

Moins de deux mois après l'adoption de l'Ordonnance de septembre 1764, soit le 10 novembre, on retrouve la première expression législative de la volonté gouvernementale en matière de lettres de change. Il s'agit de l'*Ordonnances [sic] pour constater les Dommages des Lettres de Change protestées*¹³¹. Cette ordonnance fixe le taux d'intérêt payable à titre de dommages lorsqu'une lettre de change est protestée. À l'instar de toutes les autres ordonnances adoptées sous le régime de la Proclamation royale, elle sera abrogée par l'article 4 de l'*Acte de Québec*. Édictée en 1777, l'*Ordonnance qui fixe les Dommages sur les Lettres de Change protestées*,

126. *Stuart c. Bowman*, précité, note 125, et la décision de la Cour d'appel (1853) 3 L.C.R. 309.

127. En ce qui concerne la portée de la Proclamation royale de 1763, lire *Campbell c. Hall*, (1774) 98 E.R. 1045; *Attorney-General c. Stewart*, (1817) 35 E.R. 895 et *Jephson c. Riera*, (1835) 12 E.R. 598.

128. *An Ordinance, for regulating and establishing the Courts of Judicature, Justices of the Peace, Quarter-Sessions, Bailiffs, and other Matters relative to the Distribution of Justice in this Province*: A. SHORTT et A.G. DOUGHTY, *op. cit.*, note 121, p. 205.

129. A. SHORTT et A.G. DOUGHTY, *op. cit.*, note 121, pp. 419 et 504. Pour plus de détails au sujet de l'attitude affichée par les Canadiens devant l'introduction du droit anglais, voir A. MOREL, « La réaction des Canadiens devant l'administration de la justice de 1764 à 1774 : une forme de résistance passive », (1960) 20 *R. du B.* 53.

130. A. SHORTT et A.G. DOUGHTY, *op. cit.*, note 121, p. 289.

131. Le texte de cette ordonnance est reproduit dans A.G. DOUGHTY, *Rapport sur les travaux relatifs aux archives publiques pour l'année 1913*, Ottawa, Imprimeur du Roi, 1915, p. 62.

et le prix des Intérêts dans la Province de Québec¹³² redonnera vie aux dispositions du texte de loi de 1764. L'Ordonnance de 1777, quant à elle, a survécu, en partie, jusqu'en 1860¹³³. La législature du Haut-Canada, en 1849, en a adopté les prescriptions, ce qui a eu pour effet de garantir l'uniformité, à l'échelle du territoire que comprenait antérieurement la *Province of Quebec*, du montant des dommages devant être acquittés en matière de lettres protestées¹³⁴. Les colonies du Nouveau-Brunswick et de la Nouvelle-Écosse avaient, elles aussi, adopté des lois qui, à quelques nuances près, étaient identiques à celles du Haut et du Bas-Canada¹³⁵. La loi néo-écossaise, adoptée dès 1760, a fort bien pu servir de guide aux autres assemblées législatives, ce qui peut expliquer l'uniformité sur cette question de la protestation des lettres.

-
132. *Ordonnance qui fixe les Dommages sur les Lettres de Change protestées, et le prix des Intérêts dans la Province de Québec*, 1777, 17 Geo. III, c. 3, reproduite dans A.G. DOUGHTY, *Rapport concernant les travaux des archives publiques pour les années 1914 et 1915*, Ottawa, Imprimeur du Roi, 1917, p. 60 et suiv. L'Ordonnance de 1777 prévoyait un taux d'intérêt de 12 p. 100 — plutôt que le taux de 10 p. 100 fixé par l'Ordonnance de 1764 — pour toute lettre de change protestée tirée d'un particulier domicilié en Europe ou aux Indes occidentales. Elle énonçait en outre que les frais de notification et de protestation devaient être payés au porteur de l'effet, ce que ne prévoyait pas l'Ordonnance de 1764. Quant au reste, elles étaient identiques.
133. D. GIROUARD, *Essai sur les lettres de change et les billets promissaires*, Montréal, John Lovell, 1860, p. 22. Dans le cadre de la refonte effectuée en 1861, on en retrouverait la substance dans l'*Acte concernant les lettres de change et les billets*, S.R.B.-C. 1861, c. 64.
134. Les articles 1 et 2 de l'*Acte pour régulariser le taux des dommages sur les Lettres de Change protestées dans le Haut-Canada*, (1849) 12 Vict. (C.-U.) c. 76, art. 1 et 2, deviendront plus tard les articles 9 et 10 de *An Act respecting Bills of Exchange and Promissory Notes*, C.S.U.C. 1859, c. 42.
135. *An Act for ascertaining Damages on Protested Bills of Exchange*, (1786) 26 Geo. III, (N.-B.), c. 22, art. 1 et *An Act for the ascertaining Damages on Protested Bills of Exchange*, (1760) 34 Geo. II, (N.-É.), c. 2. À la suite de la signature du *Traité de Paris* en 1763, les territoires qui composent maintenant le Nouveau-Brunswick — ou plutôt la partie de ces territoires qui n'avait pas déjà été cédée à l'Angleterre par le *Traité d'Utrecht* en 1713 — devaient être annexés à la Nouvelle-Écosse. La loi de 1760 adoptée par celle-ci y était donc applicable. Après la création en 1784 de la colonie du Nouveau-Brunswick, une loi intitulée *An Act to declare that no law passed in the General Assembly of the Province of Nova Scotia, before the Erection of the Province of New Brunswick, shall be of force in the Province*, (1793) 31 Geo. III (N.-B.), c. 2 (dont le texte est aujourd'hui reproduit à l'article 6 de la *Loi d'interprétation*, L.R.N.-B., 1973, c. I-13) devait cependant être adoptée, laquelle établissait, comme son titre l'indique, que les lois de la Nouvelle-Écosse édictées avant la création du Nouveau-Brunswick n'étaient pas applicables au territoire de la nouvelle colonie ; d'où la nécessité d'édicter une loi identique à celle de la Nouvelle-Écosse, étant donné l'inapplicabilité de cette dernière en territoire néo-brunswickois. Au sujet de l'introduction du droit anglais au Nouveau-Brunswick, voir l'article de D.G. BELL, « A Note on the Reception of English Statutes in New Brunswick », (1978) 28 *U.N.B.L.J.* 195.

En 1774, la menace constituée par la rébellion américaine, conjuguée à l'insatisfaction de la population canadienne face à l'introduction forcée du droit anglais, favorise l'octroi de certaines concessions par le Parlement impérial. À l'envenimement de la paix sociale, on préfère un relâchement temporaire du joug. L'article 8 de l'*Acte de Québec* précise donc avoir été édicté afin de donner satisfaction aux sujets canadiens qui avaient vu leur droit écarté par la Proclamation royale de 1763. Il énonce ensuite que toute contestation relative à la propriété et aux droits civils (« *all Matters of Controversy, relative to Property and Civil rights* ») devra dorénavant être régie conformément aux « *Laws and Customs of Canada* »¹³⁶. Ce baume appliqué sur les plaies de l'opinion canadienne n'était pas destiné, dans l'esprit du gouvernement anglais, à demeurer de façon permanente. En effet, c'était l'intention du gouvernement de Sa Majesté d'exciser du corps de *property and civil rights* tout le domaine des affaires commerciales¹³⁷. Ainsi, dès 1775, était enclenché un sournis processus d'« affouillement » de la souveraineté du droit privé canadien que l'on venait pourtant de reconnaître. Le droit des effets de commerce était, on s'en doute, directement touché par cette décision de la nouvelle métropole de favoriser l'introduction du droit commercial anglais. Dans l'esprit britannique, un pouvoir législatif dominé par une majorité d'anciens sujets aurait tôt fait

136. Quant à l'introduction du droit criminel anglais, elle était maintenue : *supra*, note 26.

137. L'article 12 des *Instructions to Governor Carleton* datées du 3 janvier 1775 énonçait ce qui suit : « The Establishment of Courts, and a proper Mode of administering Civil and Criminal Justice throughout the whole Extent of Our Province, according to the Principles declared in the said Act « for making more effectual Provision for the Government thereof », demand the greatest Care and Circumspection ; for, as on the one hand it is Our Gracious purpose, conformable to the Spirit and Intention of the said Act of Parliament, that Our Canadian Subjects should have the benefit and use of their own Laws, Usages, and Customs in all Controversies respecting Titles of Land, and the Tenure, descent, Alienation, Incumbrances, and Settlement of Real Estates, and the distribution of the personal property of Persons dying intestate, *so on the other hand, it will be the duty of the Legislative Council to consider well in framing such Ordinances, as may be necessary for the Establishment of Courts of Justice, and for the better Administration of Justice, whether the Laws of England may not be, if not altogether, at least in part the Rule for the decision in all Cases of personal Actions grounded upon Debts, Promises, Contracts, and Agreements, whether of a Mercantile or other Nature ;* and also of Wrongs proper to be compensated in damages ; and more especially where Our natural-born Subjects of Great Britain, Ireland, or Our other Plantations residing at Quebec, or who may resort thither, or have Credits, or Property within the same, may happen to be either Plaintiff or defendant in any civil Suit of such a nature. » (L'italique est de nous.) Ces instructions sont reproduites dans A. SHORTT et A.G. DOUGHTY, *Documents relating to the Constitutional History of Canada (1759-1791)*, 2^e éd., t. II, Ottawa, Imprimeur du Roi, 1918, p. 596 et suiv. ; l'article 12 a été reproduit sans modification dans les *Instructions to Governor Haldimand* (15 avril 1778) (p. 696 et suiv.) et dans les *Instructions to Lord Dorchester* (23 août 1786) (p. 816 et suiv.).

d'éliminer un système de lois qui les rebutait. Aussi l'article 8 disposait-il que le droit canadien pouvait être modifié ou abrogé « by any Ordinances that shall, from Time to Time, be passed in the said Province by the Governor [...] by and with the Advice and Consent of the Legislative Council of the same, to be appointed in Manner herein-after mentioned ».

Au lendemain de l'adoption de l'*Acte de Québec*, il est possible d'affirmer, avec le juge en chef Hey¹³⁸, que les linéaments des droits français et anglais en ce qui a trait aux lettres de change sont similaires. Toutefois, des distinctions demeurent¹³⁹.

Au Québec, l'histoire des lettres de change est intimement liée à celle de notre droit commercial général. Sans nous y arrêter en détail, nous devons mentionner la législation en cette matière. Ainsi, le 25 février 1777 est adoptée l'*Ordonnance qui règle les formes de procéder dans les Cours civiles de Judicature établies dans la Province de Québec*¹⁴⁰ dont l'article 7 édicte que « pour établir la preuve des faits, en matière commerciale, l'on aura recours, dans toutes les cours de judicature civile dans la province de

138. H.M. NEATBY, *The Administration of Justice Under the Quebec Act*, Minneapolis, The University of Minnesota Press, 1937, p. 26.

139. Par exemple, des disparités existaient quant à la durée du délai de grâce que pouvait accorder le détenteur d'une lettre avant de protester. En droit français, un délai de dix jours devait être accordé par le porteur : voir l'article 4 de l'*Ordonnance de 1673* ; D. JOUSSE, *op. cit.*, note 77, pp. 80-81. Une déclaration royale du 28 novembre 1713 a réitéré cette règle. Cependant, l'effet de cette dernière a été atténué par la déclaration royale du 20 février 1714, laquelle précisait que « par la précédente déclaration [...] il [le roi] n'a entendu rien innover aux usages ordinaires des provinces et celles du royaume sur le paiement desdits billets, lettres ou promesses ; et en conséquence veut que cette précédente déclaration soit exécutée seulement dans les provinces où le délai de dix jours pour le paiement des lettres [est] en usage » : D. JOUSSE, *op. cit.*, note 77, p. 81. En droit anglais, le protêt devait être fait trois jours après la tombée de l'échéance : *id.*, p. 83 et H.M. NEATBY, *op. cit.*, note 138, p. 107. Dans *Knapp c. Bank of Montreal*, (1850) 1 L.C.R. 252, la Cour d'appel a reconnu l'applicabilité du droit français (*Laws of France*), en matière de délai de grâce, « subject to such additions and modifications as custom may have introduced » (p. 268). Or, selon la Cour, un usage s'était effectivement implanté, lequel, ironiquement, « [had] been introduced from the english practice » (p. 268). En l'occurrence, le délai de trois jours a donc été réputé applicable. Neatby mentionne une autre différence. En droit français, dit-elle, protestation devait être faite devant deux notaires, alors qu'en droit anglais un seul *notary* suffisait : H.M. NEATBY, *op. cit.*, note 138, p. 107. Cette affirmation est inexacte puisque l'article 8 du titre V de l'*Ordonnance de 1673* prévoit précisément que « [les] protêts ne pouvaient être faits que par deux notaires, ou un notaire et deux témoins ». Cette dernière façon de procéder correspond exactement à la pratique anglaise. Voir aussi D. GIROUARD, *op. cit.*, note 133, p. 125.

140. *Ordonnance qui règle les formes de procéder dans les Cours civiles de Judicature établies dans la Province de Québec*, 1777, 17 Geo. III, c. 2 : A.G. DOUGHTY, *op. cit.*, note 132, p. 52 et suiv.

Québec, aux règles régissant la preuve prescrites par les lois anglaises [« by English Law »]. Elle a été remplacée, en 1785, par une nouvelle ordonnance¹⁴¹ qui, en matière commerciale, confirmait l'application du droit anglais de la preuve et introduisait le procès par jury. Il y était prescrit que toute preuve de faits en matière commerciale devait être présentée selon « les formes admises, quant au témoignage par les loix anglaises » (art. 10). Cette disposition législative a fort probablement eu pour effet d'écarter le régime de preuve applicable en matière commerciale qu'établissait le titre XXXIV de l'Ordonnance de 1667. Examinons brièvement le processus d'hybridation du droit engendré par cet article.

Toute action fondée sur un billet ou une lettre de change opposait généralement des commerçants. En matière commerciale, comme nous venons de le voir, l'article 7 de l'Ordonnance de 1777 et, par la suite, l'article 10 de l'Ordonnance de 1785 prescrivaient un recours au droit anglais de la preuve. Or en arguant que la lettre constituait elle-même une preuve de l'existence de la dette commerciale, d'aucuns soutenaient que toute transaction qui en relevait devait être régie par le nouveau droit métropolitain¹⁴². Cette interprétation dangereuse permettait d'éluder partiellement le problème de l'applicabilité de l'Ordonnance de 1673 et portait à l'avant-scène la question fondamentale des bornes à fixer entre le droit substantif et le droit de la preuve. Voici comment s'exprime Neatby à ce sujet :

Where did the law of evidence end and the substantive law begin ? It has been shown that since all instruments of credit were evidences of debts, it might be argued that they were entirely covered by English law. If this was so, the validity of the *code marchand* became a matter of much less importance, for all its detailed regulations on the keeping of accounts, the form of notes, the protesting of bills of exchange, and the like, would be superseded. Lawyers maintained that at least in Montreal the law of evidence had been allowed irregularly to encroach on the substantive law. This was one irregularity that no merchant was inclined to criticize, except on the ground that it was not carried far enough¹⁴³.

Les juges de la Cour des plaidoyers communs du district de Montréal¹⁴⁴ se sont rangés du côté des juristes favorables à l'application du droit

141. *Ordonnance qui règle les formes de procéder dans les Cours Civiles de Judicature, et qui établit les procès par Jurés dans les affaires de commerce, et d'injures personnelles qui doivent être compensées en dommages, en la Province de Québec*, 25 Geo. III, c. 2 : A.G. DOUGHTY, *op. cit.*, note 132, p. 152 et suiv.

142. H.M. NEATBY, *op. cit.*, note 138, p. 107.

143. *Id.*, pp. 159-160.

144. La Cour était composée de deux anglophones (A. Mabane (1776-1792) et T. Dunn (1776-1794) et d'un francophone (J.C. Panet (1776-1778) auquel devait succéder P.M. Panet (1778-1791)).

anglais en faisant leur l'argument décrit plus haut¹⁴⁵. Ce n'était pas, peu s'en faut, une fidélité sans faille. Il leur arrivait aussi de lorgner du côté du droit français¹⁴⁶.

À Québec, par contre, on habille de mots ce qui, au fond, n'est qu'arbitraire. Les magistrats¹⁴⁷ de la Cour des plaidoyers communs usent de principes épars coiffés du nom de *substantial justice*¹⁴⁸. Quant à la Cour d'appel, l'enquête sur l'administration de la justice de 1787 devait révéler qu'en matières commerciales la nature du droit réputé applicable dans un litige donné (droit canadien ou droit anglais) était généralement fonction de l'ethnie des membres qui composaient, ce jour-là, la majorité de la Cour : « Any case turning on the question of which law prevailed was likely to be decided by the chance which gave the court an English or a French majority on the day the final vote was taken¹⁴⁹. »

Cette absence de structure et d'uniformité dans l'application du droit attise la colère d'une communauté britannique fortement commerçante ; le négoce ne peut certainement pas s'épanouir dans un pareil climat d'instabilité et d'incertitude juridique¹⁵⁰.

Cette évolution indépendante et parfois divergente entre les districts de Québec et de Montréal s'affiche dans plusieurs domaines ; seule une réorganisation de la composition de la Cour d'appel, en 1849, assurera la mise en branle d'un processus vital de cohésion¹⁵¹.

Comme nous l'avons vu plus haut, avec la Conquête sourd le problème du possible recours à l'Ordonnance de 1673. Une ordonnance non enregistrée dans un Canada resté français se serait fort probablement taillé une niche dans le corps du droit commercial canadien sans que l'on en conteste la validité. Cependant, dans le contexte des passions exacerbées de deux communautés en opposition, l'une victorieuse, l'autre vaincue, il n'est pas étonnant de voir qu'une question fleurant l'académisme ait pu dégénérer en polémique. Les juges, fidèles à eux-mêmes, devaient faire montre à cette occasion de la même inconséquence, de la même ignorance. Leur opinion

145. H.M. NEATBY, *op. cit.*, note 138, pp. 107 et 114.

146. *Ibid.*

147. Deux anglophones : P. Livius (1776-1777) — auquel devait succéder E. Southouse (1777-1789), lui-même remplacé par S. Sanguinet (1789-1790) — et W. Owen (1776-1777) remplacé par J. Fraser (1777-1794) ; un francophone : G.E. Taschereau (1776-1777) auquel devait succéder H. Rouville (1777-1791).

148. H.M. NEATBY, *op. cit.*, note 138, p. 114.

149. *Id.*, p. 137. Voir aussi p. 136. Compte tenu de la composition de la Cour, la majorité anglaise devait être plus fréquente.

150. *Id.*, pp. 113-114.

151. J.-M. BRISSON, *op. cit.*, note 114, pp. 75-76.

quant à l'applicabilité du *Code marchand* ne s'étant jamais véritablement appuyée sur une assise juridique solide, il leur sera loisible de la modifier au gré des circonstances :

It seems reasonable to suppose [...] that the Quebec judges believed at first that the code had no force in the province, but that they were sometimes betrayed into following its principles by the lack of any other law to govern the case before them, and that in 1787, when charged with inconsistency and forced to make a definite stand, they determined, as the lesser of two evils, to insist that they had always enforced it and to defy anyone to prove the contrary. The vagueness of their judgments and the complicated nature of the cases would make this a fairly safe stand for them to take. Their opponents tried to disprove their statement, but could produce nothing conclusive. In Montreal, on the other hand, the judges probably took the *code marchand* for granted, and only after some time did they even begin to limit its application in accordance with their interpretation of the ordinance of 1777. This theory is supported by the fact that while Montreal was notoriously more careless than Quebec about observing the letter of the law, only in Montreal was there a judge (Rouville) who had been on the bench during the French regime. Thus it is not surprising to find the Quebec court bound by legalistic doctrines and refusing to apply a nonregistered ordinance, whereas the Montreal court, careless of doctrines but closer to pre-conquest practice, accepted the *code marchand* without a thought of whether it had been registered or not¹⁵².

D'ailleurs, le désordre, nous l'avons vu, se nourrit d'un nouveau problème. Dans l'hypothèse de l'applicabilité de l'Ordonnance de 1673, dans quelle mesure avait-elle été supplantée par celle de 1777 en ce qui touchait la preuve commerciale¹⁵³ ? On le sait, la jurisprudence sur cette question ne pêche pas par excès de clarté.

En somme, on peut affirmer avec Brisson que la « jurisprudence a pu tout autant contribuer à entretenir qu'à dissiper la confusion¹⁵⁴ ». Cette confusion extrême perdurera d'ailleurs encore longtemps. L'absence chronique de motivations dans les décisions judiciaires avant la réorganisation des tribunaux entreprise en 1843¹⁵⁵, jointe à un laconisme des textes qui encourage l'« emprunt » de notions de droit anglais¹⁵⁶ par une magistrature

152. H.M. NEATBY, *op. cit.*, note 138, pp. 158-159. Voir aussi pp. 155-158.

153. Neatby mentionne, par exemple, qu'en matière d'insolvabilité les juges de la Cour des plaidoyers communs du district de Québec étaient d'avis que la cession de biens reconnue par le *Code marchand* était incompatible avec l'Ordonnance de 1777 : H.M. NEATBY, *op. cit.*, note 138, p. 158.

154. J.-M. BRISSON, *op. cit.*, note 114, p. 76.

155. *Id.*, pp. 74-75.

156. *Id.*, pp. 99-110. Tel que l'affirmait lord Chelmsford dans *DuBoulay c. DuBoulay*, (1869) 5 Moo.N.S. 31, 47 ; 16 E.R. 638, 644 (P.C.) : « When a judge is called upon to decide a question depending upon Foreign Law, there is always some danger of his being influenced by notions derived from that Law which he is in the daily habit of administering. » Dans cette affaire, le Conseil privé était appelé à interpréter le droit français (*French Law*) demeuré en vigueur dans l'île de Sainte-Lucie.

presque exclusivement britannique¹⁵⁷, apporte une eau abondante au moulin du désordre et de la confusion.

3. Vers une uniformisation du droit canadien des effets de commerce : la législation coloniale préconfédérale

Avec l'avènement des assemblées législatives coloniales dans la deuxième moitié du XVIII^e siècle, on assiste à l'adoption d'un ensemble de lois coloniales qui ont pour objet d'uniformiser les règles de droit qui font de l'entente constituée par l'effet de commerce un titre négociable, donc distinct du contrat ordinaire. Au Bas-Canada comme ailleurs, cette uniformisation s'effectue par l'adoption de normes juridiques empruntées au droit anglais. Dans cette colonie, cependant, une telle uniformisation entraîne une conséquence grave, à savoir l'élimination presque totale des sources françaises du droit des effets de commerce. Ce processus d'anglicisation explique l'attention plus particulière que l'on portera à la législation bas-canadienne. À partir des années 1830, on note toutefois une tentative de la part des tribunaux de limiter l'incorporation du droit anglais qu'autorise la législation bas-canadienne portant sur le droit commercial et les effets de commerce.

3.1 Les premiers emprunts au droit anglais : la loi bas-canadienne de 1793

En 1791, la *Province of Quebec* est divisée en deux colonies distinctes : le Haut et le Bas-Canada¹⁵⁸. Le peuple aura enfin voix au chapitre. Les lois traduiront ainsi les préoccupations majeures des justiciables. La toute première loi d'importance¹⁵⁹ sera adoptée dès la deuxième session parlementaire de l'Assemblée législative du Bas-Canada. Elle s'intitule *Acte pour faciliter la Négociation des Billets Obligatoires*¹⁶⁰. L'insatisfaction

157. A. MOREL, *op. cit.*, note 101, pp. 169-171.

158. *An Act to repeal certain Parts of an Act, passed in the Fourteenth Year of His Majesty's Reign, Intituled, An Act for making more effectual Provision for the Government of the Province of Quebec, in North America, and to make further Provision for the Government of the said Province*, 1791 31 Geo. III, (R.-U.), c. 31 : reproduit dans A. SHORTT et A.G. DOUGHTY, *op. cit.*, note 137, p. 1031 et suiv.

159. Si l'on fait exception d'une loi concernant la « Publication de certaines loix » : 34 Geo. III, (B.-C.), c. 1.

160. *Acte pour faciliter la Négociation des Billets obligatoires*, (1793) 34 Geo. III, (B.-C.), c. 2. Première lecture : le 30 novembre 1793 (*Journal de la Chambre d'Assemblée du Bas-Canada*, Québec, John Neilson, 1794, p. 45) ; constitution d'un comité composé de sept membres : le 3 décembre 1793 (p. 49) ; discussion de modifications mineures : les 24 (p. 147), 26 (p. 147) et 27 février 1794 (pp. 149 et 151) ; examen par la Chambre du rapport du comité : le 12 mai 1794 (pp. 283 et 285). Au cours de cet examen, Panet et Duchesnay ont demandé à ce que soit introduite la disposition qui deviendra plus tard l'article 9 de la

des marchands devant les incertitudes du droit des effets de commerce explique la célérité de cette intervention législative. Le préambule de la loi témoigne de ce désir de simplification et de clarification. « Vu que ce sera pour l'encouragement du commerce dans cette Province, que la Négociation des billets soit facilitée¹⁶¹ » y déclarait-on.

Un examen du libellé de cette courte loi (neuf articles) nous permet de constater combien sa rédaction est marquée par l'influence anglaise. On y établit d'abord que tout billet « promissoire » fait et signé par quelque personne que ce soit sera réputé payable par cette même personne et qu'il pourra être transporté par endossement. Ce premier article énonce en outre que, dans une action fondée sur un billet de ce type, le demandeur est autorisé à réclamer dommages et dépens. Il ne fait aucun doute que cette disposition est directement inspirée de l'article premier d'une loi anglaise de 1704¹⁶² dont l'objet était de reconnaître aux *promissory notes* un caractère négociable — le juge en chef anglais Holt avait précédemment décidé que, au contraire des lettres de change, les billets ne pouvaient être négociés par le moyen de l'endossement¹⁶³. D'ailleurs, lorsque le *Journal de la Chambre d'Assemblée du Bas-Canada* fait référence au projet de loi de 1793, il utilise les termes « Bill pour donner aux billets les mêmes facilités que celles maintenant usitées pour les lettres de change¹⁶⁴ », traduction presque littérale du titre de la loi anglaise.

Une différence existe cependant entre ces deux textes législatifs. La loi de 1793 ajoute que l'endossement ne sera valable que dans la mesure où il y est fait mention de « la date de tel endossement, [...] [du] nom de la

loi (p. 285). Cette dernière prévoit « que rien dans le présent Acte ne s'étendra ou ne sera entendu s'étendre à rendre négociables aucuns Billets quelconques non signés de la main des obligés, lesquels Billets non signés, quoique revêtus de marques ordinaires, ne pourront être prouvés que par deux témoins et n'auront d'autres actions et décisions que celles réglées par les loix, coutumes et usages en force dans cette Province ». Troisième lecture et renvoi du projet devant le Conseil législatif : le 14 mai 1794 (p. 287) ; projet déposé devant le Conseil : le 15 mai 1794 (*Journaux du Conseil législatif de la Province du Bas-Canada*, vol. 1, Québec, P.E. Desbarats, 1802, p. 497) ; examen du projet : le 19 mai 1794 (p. 505) ; projet de loi accepté sans modification : le 20 mai 1794 (p. 507). Sanction royale accordée le 31 mai 1794 (p. 541) ; voir aussi *Journal de la Chambre d'Assemblée du Bas-Canada*, précité, p. 321).

161. À noter que cette loi porte uniquement sur les billets. Ainsi, toutes les matières qui y sont traitées continuent à être gouvernées, en ce qui concerne les lettres de change, par les *Laws and Customs of Canada* ce qui, nous l'avons vu, inclut entre autres l'Ordonnance du commerce de 1673.
162. *An Act for giving like Remedy upon Promissory Notes, as is now used upon Bills of Exchange, and for the better Payment of Inland Bills of Exchange*, (1704), 3-4 Anne, (R.-U.), c. 9.
163. J.M. HOLDEN, *op. cit.*, note 45, pp. 73-79.
164. *Journal de la Chambre d'Assemblée du Bas-Canada*, précité, note 160, p. 45.

personne ou personnes à qui ou à l'ordre de qui tel billet est endossé, et que tel transport est fait pour valeur reçue ». Constatation intéressante, ces trois conditions sont expressément reprises de l'article 23 du titre V de l'Ordonnance de 1673, ce à quoi le droit anglais ne semblait pas reconnaître de caractère obligatoire.

L'article 2, quant à lui, reconnaît la validité de l'endossement en blanc, pratique qu'interdisait formellement le droit français¹⁶⁵, mais dont la validité n'était pas contestée en Angleterre¹⁶⁶. La troisième disposition édictait qu'un protêt n'était pas nécessaire pour que soit poursuivi le souscripteur d'un billet. Cet article visait très certainement à empêcher que l'on prétende être applicable au Québec une loi anglaise de 1698¹⁶⁷ visant à rendre obligatoire une telle pratique.

Au surplus, il est plausible de supposer que la loi bas-canadienne de 1793 avait pour but de démêler l'écheveau de la controverse relative aux deux problèmes mentionnés plus haut, soit la durée du délai de grâce pouvant être accordé par le détenteur d'un billet et la forme que devait revêtir le protêt. L'article 4 disposait que tout billet devait être protesté après le troisième et avant le sixième jour suivant l'échéance¹⁶⁸. Dans les lieux où il n'y avait pas de notaire, l'article 7 autorisait un juge de paix, assisté de deux témoins, à procéder à la rédaction du protêt. Ce dernier avait alors la même valeur « que s'il avoit été fait par un Notaire et témoins ». Ces deux dispositions, comme nous l'avons vu précédemment, coïncident avec les règles du droit anglais.

Enfin, l'article 8 établissait une prescription de cinq ans. À l'exception de cette disposition, que l'on semble avoir tiré directement de l'article 21 du titre V de l'Ordonnance de 1673, et de l'article 1 qui porte sur la forme que doit épouser l'endossement, on constate que les règles du droit anglais ont largement contribué à inspirer les rédacteurs de la loi de 1793.

165. Arrêt du 7 juin 1611, du 26 mars 1682 ainsi que les arrêts du Parlement de Paris du 16 mai 1650 et du 1^{er} septembre 1682 : H. LÉVY-BRUHL, *op. cit.*, note 67, pp. 114-116.

166. J.M. HOLDEN, *op. cit.*, note 45, p. 161.

167. *An Act for the better Payment of Inland Bills of Exchange*, (1698), 9-10 Will. III, (G.B.), c. 17, art. 2. À noter que ce n'est qu'au tout début du XVIII^e siècle que les juristes anglais se sont mis à distinguer formellement les *promissory notes* des *inland bills* : W. HOLDSWORTH, *op. cit.*, note 46, t. 8, p. 171.

168. En matière de lettres de change, il semble que jusqu'à l'adoption de l'*Acte pour amender la loi qui régit les lettres de change à l'intérieur, les billets promissoires et les protêts qui s'y rapportent, et les lettres de change à l'étranger en certains cas*, (1849) 12 Vict., c. 22, art. 5 (devenu plus tard l'*Acte concernant les lettres de change et les billets*, précité, note 133) dix jours auraient été accordés à titre de délai de grâce : *Cowan c. Turgeon*, (1832) 1 R. de L. 230 (B.R.) ; D. GIROUARD, *op. cit.*, note 133, p. 138 ; *a contrario*, voir *Knapp c. Bank of Montreal*, précité, note 139. En son article 5, la loi de 1849 allait imposer un délai de trois jours.

Un désir d'uniformiser, à l'échelle des colonies britanniques situées en Amérique du Nord — et entre les colonies et la Grande-Bretagne — la pratique relative aux *promissory notes* expliquerait, selon nous, l'adoption au Bas-Canada de dispositions législatives calquées sur l'importante loi anglaise de 1704. Dans les colonies de Terre-Neuve, de la Nouvelle-Écosse, de l'Île-du-Prince-Édouard et du Haut-Canada¹⁶⁹, aucune introduction formelle n'était nécessaire pour assurer l'intégration de cette loi métropolitaine au corps d'un droit privé colonial qui, lui aussi, était anglais¹⁷⁰. Au Québec, cependant, les règles de common law régissant l'implantation des lois métropolitaines ne pouvaient trouver application en matière de droit privé (*property and civil rights*), puisqu'en ce domaine le droit canadien avait été réintroduit par l'*Acte de Québec*. Toute atteinte à

169. En droit anglais, la common law reconnaissait que les colons s'établissant dans une colonie dite de peuplement transportaient avec eux leur droit de naissance : *Décision anonyme*, (1722) 77 E.R. 398 (C.P.). Ainsi, sous réserve de modifications que pourraient y apporter les tribunaux locaux ou encore les législatures locale ou métropolitaine, le droit anglais était réputé introduit dans ce type de colonie dès le moment de l'arrivée des colons. Terre-Neuve était bel et bien une colonie de peuplement britannique. Quant à la Nouvelle-Écosse, au Nouveau-Brunswick et à l'Île-du-Prince-Édouard, bien qu'elles aient été des colonies conquises, elles ont été juridiquement qualifiées de colonies de peuplement : voir A. MOREL, *op. cit.*, note 101, p. 18. La toute première loi adoptée par la législature du Haut-Canada (*An Act to introduce the English Law, as the Rule of Decision in all matters of Controversy, relative to Property and Civil Rights*, précité, note 28) a eu pour objet d'introduire le droit anglais dans toute matière se rapportant à *property and civil rights*. Pour une étude des conditions d'application de la common law et du droit statutaire anglais dans une colonie, voir A. MOREL, *op. cit.*, note 101, pp. 62-71. Mentionnons simplement que, s'il est possible de parler d'une réception générale des règles de common law anglaise dans une colonie, il n'en va pas de même des lois métropolitaines. Dans ce dernier cas, seules les lois adoptées antérieurement à la date charnière fixée judiciairement ou législativement par une colonie donnée y seront réputées introduites. La date charnière a pour fonction d'établir avec certitude le moment à partir duquel les lois métropolitaines sont réputées ne plus être introduites « automatiquement » dans une colonie. Cette date varie d'une province à une autre : A. MOREL, *op. cit.*, note 101, p. 23. Toute introduction, en droit colonial, d'une loi métropolitaine adoptée après cette date requerra une intervention de la part de la législature locale ou impériale.

170. En Nouvelle-Écosse, la date charnière ayant été fixée au 3 octobre 1758, la loi anglaise y était donc réputée introduite. Un souci de clarté explique peut-être l'adoption par cette colonie de *An Act for giving like remedy upon Promissory Notes, as is now used upon Bills of Exchange*, (1768) 8 Geo. III, (N.-É.), c. 2, dont la première disposition reproduisait l'article 1 de la loi anglaise de 1704. Au Nouveau-Brunswick, cependant, pour les raisons évoquées plus haut (*supra*, note 135), la loi néo-écossaise n'était pas applicable (en outre, la date charnière de cette colonie sera subséquentement fixée à 1660). L'adoption de dispositions législatives était essentielle à l'introduction des règles énoncées dans la loi anglaise de 1704. En 1786 était donc édicté *An Act for giving the like Remedy upon Promissory Notes, as on Inland Bills of Exchange*, 26 Geo III (N.-B.), c. 23.

l'intégrité du droit canadien devait donc se faire par le moyen d'une intervention législative, locale ou métropolitaine, d'où la nécessité d'adopter la loi de 1793 pour modifier le droit.

Cette uniformisation ne devait toutefois s'étendre qu'aux caractéristiques qui transforment un effet de commerce en un titre *négociable*. L'article 9, par exemple, déclare non négociable un billet signé d'une croix. Il rappelle toutefois qu'un tel effet pourra faire l'objet de poursuites judiciaires en conformité des «loix, coutumes et usages en force dans cette Province», s'il est rédigé en présence de deux témoins. Ce dernier article atteste ainsi du désir du législateur de limiter son intervention aux seuls effets susceptibles d'être négociés par endossement.

L'article 9 visait très certainement à écarter l'application des règles du droit français qui, contraire en cela à une règle coutumière canadienne, ne reconnaissait pas la validité d'un billet signé au moyen d'une croix¹⁷¹. Il avait d'ailleurs été proposé par deux députés canadiens¹⁷² qui, fort probablement, entendaient avaliser législativement cet usage d'origine populaire.

Entre 1793 et 1849, l'Assemblée législative de la province du Bas-Canada ne déploie aucun effort pour améliorer le sort du droit des effets de commerce¹⁷³; constatation qui pourrait nous porter à conclure à la persistance du désordre jurisprudentiel mentionné précédemment. L'anglicisation du visage commercial bas-canadien permet même de conjecturer une plus grande ascendance du droit métropolitain sur les lettres de change. On sait qu'en 1819 la communauté commerciale montréalaise est composée de 34 p. 100 (224¹⁷⁴) de Canadiens contre 66 p. 100 (424) de Britanniques¹⁷⁵. En 1843-1844, cette disproportion est encore accentuée: on

171. *Neveu c. DeBleury*, (1861) 12 L.C.R. 117 (B.R.). C.B.M. TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, 2^e éd., t. 8, Paris, Chez B. Warée, 1820, p. 509, signale que «[les] croix et autres marques mises par l'un des contractants au pied d'un acte sous seing privé, quoique mises en présence de témoins, ne peuvent tenir lieu de signature, ni de commencement de preuve écrit».

172. *Supra*, note 160.

173. Exception faite de l'*Acte pour empêcher de falsifier et contrefaire des Lettres de change étrangères, des Billets promissoires étrangers et des Ordres de paiements étrangers*, (1811) 51 Geo III, (B.-C.), c. 10. Une vérification des *Ordonnances faites et passées par l'administration du gouvernement (ou: son Excellence le Gouverneur général) et le Conseil Spécial pour les affaires de la province du Bas-Canada*, [1838-1841], Québec, 6 vol., nous amène à conclure que rien n'a été fait durant cette période.

174. Il s'agit ici du nombre d'hommes d'affaires.

175. F. OUELLET, *Éléments d'histoire sociale du Bas-Canada*, Montréal, Hurtubise HMH, 1972, p. 188. En outre, Ouellet précise d'ailleurs qu'à Québec, en 1826, 32 p. 100 de la population marchande était d'origine canadienne; seulement 30 p. 100 de celle-ci le sera en 1844-1845.

compte 382 hommes d'affaires canadiens (24 p. 100) contre 1 123 financiers britanniques (76 p. 100)¹⁷⁶. En outre, Girouard rapporte dans son ouvrage sur les lettres de change, publié en 1860, que l'utilisation de la langue anglaise était jugée essentielle par les commerçants francophones à la validité d'un effet de commerce¹⁷⁷ ! Cet usage aurait été respecté par tous, « même [par] nos premières maisons françaises¹⁷⁸ ». La communauté commerciale bas-canadienne encourageait donc activement l'introduction du vocabulaire juridique anglais en matière d'effets de commerce. Ainsi, au lendemain de l'*Acte d'Union*¹⁷⁹ en 1840, à n'en pas douter, les intérêts commerciaux britanniques doivent faire l'objet d'ardentes revendications au prétoire. Doit-on cependant en inférer un rejet systématique, par la magistrature, du droit canadien comme source de solutions aux problèmes posés par les effets de commerce et les matières commerciales en général ? Une affirmation aussi catégorique ne concorde certes pas avec la position prise par la Cour d'appel qui déclarait, en 1854, que toute action sur billet ou lettre de change intentée avant 1849 devait être régie par « l'ancienne jurisprudence française, telle qu'elle existait lors de la création du Conseil supérieur de Québec, 1663, sauf les modifications que l'usage ou l'autorité législative du pays auraient pu y avoir apportées [sic]¹⁸⁰ ». Cette affirmation quant à elle, reflète-t-elle une opinion partagée par la majorité des juristes de l'époque ou, au contraire, fait-elle figure d'exception ? Déterminer avec un tant soit peu de précision la nature véritable des sources juridiques utilisées par les tribunaux en matière commerciale n'est pas une tâche facile. Toutefois, un examen de la jurisprudence relative à l'application de l'article 10 de l'Ordonnance de 1785 pourra éclairer notre lanterne sur ce point. Cette disposition, rappelons-le, énonçait que toute preuve de faits en matière commerciale devait être présentée selon « les formes admises, quant au témoignage par les loix anglaises ».

176. Dès le début du siècle, ce processus s'était déjà amorcé. Ainsi, vers les années 1800, « la bourgeoisie anglophone [...] devient le noyau principal de la classe dirigeante économique [...] Les membres des professions libérales et les petits marchands canadiens ne participent pas au développement du capitalisme commercial. Ils dénoncent même le type de société qu'entraîne l'activité marchande des anglophones et idéalisent la vie rurale. » : G. RÉMILLARD, *Le fédéralisme canadien*, 2^e éd., t. I, Montréal, Éditions Québec/Amérique, 1983, p. 109.

177. D. GIROUARD, *op. cit.*, note 133, p. 42.

178. *Ibid.*

179. *An Act to re-unite the Provinces of Upper and Lower Canada, and for the Government of Canada*, (1840), 3-4 Vict., (R.-U.), c. 35.

180. *Mount c. Dunn*, 4 L.C.R. 348, 352. Cette décision a été rendue par le juge en chef LaFontaine. Les juges Panet et Aylwin donnèrent leur aval aux motifs exprimés par ce dernier.

Dès le début des années 1830, de nouveaux doutes commencent à poindre relativement à la portée de cette disposition fort contentieuse. C'est ainsi que l'on s'est demandé si, les règles de preuve en matière commerciale devant être empruntées aux «loix anglaises», on devait conclure à l'introduction en droit canadien de la loi anglaise de 1623, *An Act for Limitation of Actions, and for avoiding of Suits in Law*¹⁸¹, qui prescrivait que toute action de nature commerciale était sujette à une prescription de six ans.

Dans l'affaire *Butler c. MacDouall*¹⁸², une *action of assumpsit* avait été intentée par un marchand à l'encontre de l'un de ses concurrents. En l'espèce, comme il n'était pas question de billet, l'article 8 de la loi de 1793 ne trouvait pas à s'appliquer. À l'appui de sa défense, MacDouall invoquait la prescription de six ans prévue par la loi de 1623.

Après avoir cité l'article 10 de l'Ordonnance de 1785 et admis la nature purement commerciale du litige, l'appelant prit soin de rappeler que seules les règles de preuve étaient gouvernées par le droit anglais¹⁸³. En outre, précisait-il, la loi en litige n'établissait pas une présomption réfragable de paiement¹⁸⁴; elle prescrivait plutôt l'extinction absolue de la dette et du droit de la recouvrer. Voici comment s'exprime le procureur de Butler :

It is sufficiently obvious that the limitation of action declared by the statute, although differing from it as to period is in its nature and effect similar to the prescription of thirty years, not being founded upon a presumption of payment, but establishing an absolute exclusion, or extinction of the action.

Such a legal prescription cannot therefore, as contended by the respondent, be considered a rule of evidence, as it does not only supersede the necessity or possibility of producing evidence either in its support or rebuttal, but operates a discharge in favor of the debtor, and destroys the right of action.

It is only necessary to add, that the ordinance intended only to remove, not to impose restrictions, to give a greater latitude in the proof of commercial facts than existed under the ancient and general law; not therefore to restrain but to facilitate the right of recovery, and as there is nothing expressed in the ordinance in regard to limitations of actions, which is always the subject of an arbitrary law, it is not to

181. *An Act for Limitation of Actions, and for avoiding of Suits in Law*, 21 Jac. I, c. 16. Rendue applicable aux billets par (1704) 3-4 Anne c. 9, art. 2.

182. *Butler c. MacDouall*, (1835) 2 R. de L. 70 (C.A.).

183. *Id.*, 71.

184. L'Ordonnance de 1673, en son article 21 du titre cinquième, énonçait simplement que « [les] lettres ou billets de change [seraient] réputés acquittés, après cinq ans de cessation de demandes et poursuites, à compter du lendemain de l'échéance, ou du protêt, ou de la dernière poursuite. Néanmoins, ajoutait-il, les prétendus débiteurs [seront] tenus d'affirmer, s'ils en sont requis [au moyen d'un serment décisoire] qu'ils ne sont plus redevables ». (L'italique est de nous.) L'article 8 de l'Ordonnance de 1793 édictait la même chose quant aux billets.

be presumed that the Legislature could have intended by the 16th [sic] clause of the ordinance, to establish by implication a new and absolute limitation unknown to the law of the country¹⁸⁵.

Le juge en chef Reid et ses collègues ont retenu cet argument et accueilli l'appel¹⁸⁶.

En somme, la décision de la Cour d'appel mettait en lumière la difficulté de distinguer entre les questions de preuve et les questions de fond¹⁸⁷.

L'interprétation donnée par le juge en chef Reid à l'article 10 est tout à fait originale en ce qu'elle concilie le maintien de l'ancien droit avec ce renvoi nouveau aux lois anglaises. Selon lui, seul le droit anglais de la preuve qui tend à simplifier et à faciliter la pratique commerciale doit être considéré comme applicable dans le Bas-Canada.

Dans *Paterson c. Pain*¹⁸⁸, les appelants réclamaient de l'intimée le remboursement d'un billet endossé par elle à titre d'aval. Mme Pain avait apposé une croix sur l'effet en litige. Ici encore, la Cour verra à assurer le

185. *Butler c. MacDouall*, précité, note 182, 71 ; l'italique est de nous.

186. Dans *Russel c. Fisher*, (1854) 4 L.C.R. 237, 243, le juge Meredith, s'exprimant au nom de la majorité, devait se ranger à l'avis du juge en chef Reid : « Rules of evidence, are those rules by which Courts of Justice are guided in admitting or rejecting any portion of the evidence offered in the course of legal proceedings. But assuredly a law, which declares that in certain cases, no action shall be brought, and which consequently prevents the possibility in such cases, of the application of the rules of evidence, must itself be something more than a rule of evidence. » Voir aussi *Langlois c. Johnston*, (1854) 4 L.C.R. 357 (C.S.). Cependant, l'opinion dissidente du juge Aylwin dans *Russel c. Fisher* mérite d'être examinée (pp. 251-260).

187. Pour dissiper tout doute, l'Assemblée législative de la Province du Canada-Uni devait adopter, en 1847, l'*Acte pour abroger un certain Acte y mentionné, et établir de meilleures dispositions pour limiter les actions dans le Bas-Canada*, (1847) 10 & 11 Vict., c. 11 (devenu S.R.B.-C. 1861, c. 67), dont l'article premier énonçait « que nulle demande à fin de compte, ou *in factum* (upon the case), ni aucune action fondée sur un acte consenti pour prêt, ni aucune action fondée sur un contrat sans un acte ou écrit scellé, (*without specialty*), ne sera maintenue en matière de commerce, à moins que telle action n'ait été commencée dans les six années qui suivront la cause de telle action ; nonobstant toute loi, usage ou coutume à ce contraire ». Cette loi avait été édictée une première fois en 1845 (8 Vict., c. 31), mais par suite de la multitude d'erreurs qui s'étaient glissées au moment de sa rédaction, on dut en promulguer une toute nouvelle : *Russel c. Fisher*, précité, note 186, pp. 258-259 (j. Aylwin (dissident)).

188. *Paterson c. Pain*, (1851) 2 R.J.R.Q. 467 (C.S. rév. (2 juges)). Le jugement de première instance ayant été rendu en mai 1850, la cause d'action dans cette affaire semble donc être née après l'entrée en vigueur, le 30 mai 1849, de l'*Acte pour amender la loi qui régit les lettres de change à l'intérieur, les billets promissaires et les protêts qui s'y rapportent, et les lettres de change à l'étranger en certains cas* (précité, note 168) qui comportait, en son article 25, un renvoi explicite aux règles de preuve du droit anglais. Aucune référence n'est cependant faite à cette disposition.

respect de l'intégrité du droit canadien. Vu la nature commerciale de la transaction, l'article 10 de l'Ordonnance de 1785 autorisait un recours aux règles de preuve reconnues par le droit anglais. Cependant, affirme la Cour supérieure de révision, la responsabilité de l'endosseur « is to be determined by the civil law of Lower Canada, according to which, the signature [...] constitutes an *aval*¹⁸⁹ ».

En revanche, dans l'arrêt *McKay c. Rutherford*¹⁹⁰, le Conseil privé a adopté une interprétation très libérale de l'article 10 de l'Ordonnance de 1785. En l'occurrence, le défendeur-appelant s'était opposé à la présentation d'une preuve testimoniale visant à établir l'existence d'un contrat d'association (*partnership*) le liant au demandeur-intimé. Aux termes de cette entente, les deux parties se seraient engagées à procéder au creusement d'un canal et à supporter, en parts égales, pertes et bénéfices. Lord Campbell se prononça en faveur de l'admissibilité de la preuve par témoins. Après avoir reproduit le libellé de l'article 10, il dit :

Is or is not this a case concerning a commercial matter? It seems to us that the legislature intended, that all feudal matters there, which concerned the customs of the Canadians, though they are now subject to the rule of England, should remain untouched; and with respect to contracts to be entered into by Englishmen who were settled there, or between them and natives, or between natives among themselves, all such contracts should be enforced according to the rules and law of England. Now, this is a contract for the making of a canal, whereby a large capital is to be laid out, and a considerable risk is to be run, and we think that it is a matter within the meaning of this section concerning commerce; and that being so, we think, by this enactment, the contract is to be proved by the rules of evidence laid down by the English law¹⁹¹.

En somme, on devine au sein de la jurisprudence une incertitude évidente quant à la portée véritable du renvoi aux règles anglaises de la preuve prescrit par l'Ordonnance de 1785. En 1846, un auteur¹⁹² signalait d'ailleurs que le droit de la preuve commençait à peine à se clarifier et que la confusion existante résultait, entre autres choses, de l'interprétation erronée donnée par les juristes à l'article 10. Il rapporte que « nombre d'avo-

189. *Paterson c. Pain*, précité, note 188, 470. La jurisprudence a toujours considéré que les principes de l'aval ont été incorporés dans l'article de la *Loi sur les lettres de change* qui est aujourd'hui l'article 131 (L.R.C. 1985): *Gallagher c. Murphy*, [1929] R.C.S. 288; *Perkins Electric Co. Ltd. c. Dame Kelly*, [1960] B.R. 1243. Cependant, puisque cette même disposition législative assimile le donneur d'aval à l'endosseur, cette incorporation ne présente plus d'intérêt.

190. *McKay c. Rutherford*, (1848) 24 R.J.R.Q. 397 (C.P.).

191. *Id.*, 406.

192. M., « Quelques observations sur les règles de témoignage en général, — leur importance — difficultés qu'elles offrent souvent dans la pratique — l'étude qu'on doit en faire — comment les classer — un mot, en passant aux Juges, au Barreau, aux Étudiants [sic] » (1845-46) 1 *R. de L.* 403.

cats, qui, à l'appui de toutes sortes de réclamations nullement commerciales, citaient, naguère, force *précédents*, se sont arrêtés dans leur course d'erreur, sont revenus aux vrais principes¹⁹³ ».

On ne peut nier que des efforts ont été déployés par certains juges bas-canadiens pour tenter de départager les sphères d'application respectives des droits anglais et français. Il n'en reste pas moins que le recours copieux par le législateur de 1793 aux sources du droit anglais devait, quant à lui, encourager l'hybridation du droit canadien des effets de commerce¹⁹⁴.

3.2 Harmonie et uniformité: le droit des deux Canadas antérieur à 1866

Comme nous le mentionnions plus haut, à l'exception de l'adoption en 1811 d'une loi dont l'objet était fort limité¹⁹⁵, le législateur bas-canadien s'est désintéressé, depuis 1793 et pendant plus d'un demi-siècle, du problème posé par les effets de commerce. Tout allait changer en 1849. Cette année-là est adoptée au Bas-Canada la première loi d'envergure sur la matière: l'*Acte pour amender la loi qui régit les lettres de change à l'intérieur, les billets promissoires et les protêts qui s'y rapportent, et les lettres de change à l'étranger en certains cas*¹⁹⁶. Cette loi, qualifiée d'« incomplète, peu méthodique et même confuse¹⁹⁷ », n'en représente pas

193. *Id.*, 405.

194. L'adoption de la loi de 1793 a dû tranquilliser l'esprit des autorités londoniennes qui, depuis quelque temps déjà, comme l'atteste la correspondance officielle échangée entre lord Dorchester et lord Grenville, s'inquiétaient de cette persistance du pouvoir législatif colonial à vouloir préserver l'autorité du droit canadien en matière de commerce. Dans une lettre datée du 20 octobre 1789, lord Grenville demandait au gouverneur de la province son opinion sur le projet de loi appelé à devenir l'*Acte constitutionnel de 1791*. À propos de l'article 27 du projet prescrivant le maintien en vigueur de tout le droit existant, lord Grenville remarque (A. SHORTT et A.G. DOUGHTY, *op. cit.*, note 137, p. 991): « Your Lordship will observe by the 27th Clause, that it is intended to continue all the existing Laws of the Province until they shall be repealed or varied, by the Legislatures of the respective Provinces. An exception is however made and there is a Clause left in blank for the insertion of such Commercial Regulations, if any, which it may be thought expedient to introduce, as exceptions to the Canadian Laws, respecting Property and Civil Rights, previous to investing the Assembly in Lower Canada with a right to negative all future changes which may be proposed. » Cette exception n'avait-elle pas pour objectif de provoquer le changement auquel ne voulait pas se plier le Conseil législatif, soit l'adoption de règles de droit commercial plus conformes à l'esprit des « Instructions » envoyées à Carleton ?

195. *Acte pour empêcher de falsifier et contrefaire des lettres de change étrangères, des Billets promissoires étrangers et des Ordres de paiements étrangers*, précité, note 173.

196. *Acte pour amender la loi qui régit les lettres de change à l'intérieur, les billets promissoires et les protêts qui s'y rapportent, et les lettres de change à l'étranger en certains cas*, précité, note 168. Cette loi ne s'appliquait qu'à la seule province du Bas-Canada: *Ridout c. Manning*, (1849) 7 U.C.Q.B.R. 35.

197. D. GIROUARD, *op. cit.*, note 133, p. 23.

moins un effort notable de clarification du droit des effets de commerce. Il n'existe aucune information au sujet des débats qui ont entouré son adoption¹⁹⁸. Si l'on en croit le préambule de la loi, un souci de clarté et d'uniformité semble être à la source de cette initiative législative. On y souligne en effet « qu'il est expédient de réviser les lois qui ont rapport aux lettres de change et billets promissaires à l'intérieur, et de rendre plus uniforme la manière de les protester et la pratique à suivre à cet égard ». Pour mieux saisir la véritable portée de cette « uniformisation » dont fait état le préambule, il faut examiner le contenu de la loi.

Ses 32 articles portent principalement sur la présentation à paiement, les protêts, les avis de protêt ainsi que sur la qualité des personnes autorisées à procéder à la rédaction de ces derniers ; on y traite aussi d'acceptation, d'endossement et de prescription (cinq ans)¹⁹⁹. Au dire de Girouard, l'adoption de la loi de 1849 aurait eu pour résultat d'écarter la presque totalité des règles reconnues par l'ancien droit français²⁰⁰. Sur un grand nombre de questions, à tout le moins, les rédacteurs de la loi de 1849 paraissent s'être inspirés du droit anglais. C'est le cas, par exemple, en ce qui concerne la validité de l'endossement en blanc (art. 2)²⁰¹, la description de ce qui a été obtenu en échange de l'effet (art. 3)²⁰², la forme de l'acceptation (art. 2 et 4)²⁰³, la durée du délai de grâce (art. 5)²⁰⁴, la possibilité de présenter pour paiement une lettre de change lorsque le dernier jour de

198. Le projet de loi avait été présenté le 25 janvier 1849 : E. GIBBS (dir.), *Debates of the Legislative Assembly of United Canada*, Montréal, Presses de l'École des hautes études commerciales, Centre de recherche en histoire économique du Canada français, t. 8, partie I, pp. 260-261. Aucun rapport des délibérations tenues par la Commission parlementaire d'enquête chargée de l'examen du projet de loi ne semble exister (partie II, p. 1028 (28 février 1849)). Il en va de même des amendements proposés par cette commission (partie II, pp. 1658-1659 (2 avril 1849)) et des débats dont ils ont fait l'objet devant l'Assemblée législative (partie III, p. 2331). La loi devait être sanctionnée le 30 mai 1849 (partie III, p. 2503).

199. À ce sujet, il est intéressant de noter qu'à partir de 1849 la prescription en matière de billets et de lettres de change sera de cinq ans (art. 31), alors qu'en matière commerciale, la prescription de six ans prévue par la loi de 1847 (*Acte pour abroger un certain Acte y mentionné, et établir de meilleures dispositions pour limiter les actions dans le Bas-Canada*, précité, note 187) demeurera en vigueur. L'article 31 de la loi de 1849 n'établissait pas simplement une présomption réfragable de paiement. L'écoulement du délai de prescription avait pour effet d'éteindre la dette.

200. D. GIROUARD, *op. cit.*, note 133, p. 23.

201. *Id.*, pp. 53 et 83. Voir aussi J.M. HOLDEN, *op. cit.*, note 45, p. 161.

202. D. GIROUARD, *op. cit.*, note 133, p. 65.

203. D. GIROUARD, *op. cit.*, note 133, pp. 110 et 114-115.

204. *Id.*, pp. 137-138. Voir J.M. HOLDEN, *op. cit.*, note 45, pp. 52-53.

grâce est un dimanche (art. 5)²⁰⁵, le droit de poursuivre immédiatement après remise du protêt faute d'acceptation (art. 8)²⁰⁶, les droits conférés par ce type de protêt (art. 10)²⁰⁷, la note faute d'acceptation (art. 10)²⁰⁸ et la nécessité de signifier l'avis de protêt faute de paiement au tireur et aux endosseurs (art. 14)²⁰⁹.

Bien qu'utile, la loi n'embrassait cependant pas l'ensemble du droit des lettres de change. L'acceptation et l'endossement sont à peine effleurés. Il en va de même de la responsabilité des parties à un effet de commerce²¹⁰. Rien n'est dit non plus des conditions nécessaires à la formation d'une lettre de change ou d'un billet²¹¹. En conséquence, on doit conclure que sur toutes les questions non traitées le législateur a opté pour le maintien en vigueur de l'ancien droit, sauf bien entendu dans le cas d'incompatibilité avec la nouvelle loi (art. 25). Celle-ci venait donc encore ajouter à la confusion engendrée par la multiplicité des sources²¹². Enfin, la mesure du désordre devait être comblée par une disposition de renvoi au droit anglais. L'article 25 énonçait ce qui suit :

Et qu'il soit statué, que dans toutes les affaires concernant les lettres de change et billets promissoires pour lesquels il n'est pas spécialement pourvu par le présent, on aura recours dans toutes les cours de justice dans le Bas-Canada aux lois qui y sont maintenant en force, et dans l'absence des dites lois aux lois d'Angleterre en force lors de la passation de cet acte ; et dans l'enquête de tous les faits allégués dans les actions ou poursuites fondées sur des lettres de change ou billets, on aura recours dans les dites cours de justice aux lois d'Angleterre en force lors de la passation de cet acte : Pourvu toujours, que les lettres de change ou billets promissoires faits ou endossés par des personnes qui ne sont pas commerçants [sic] seront en matière de preuve soumise [sic] aux lois d'Angleterre ; [...].

Cette disposition, on s'en doute, a épaissi plutôt qu'elle n'a dissipé les brumes qui enveloppaient le droit bas-canadien des lettres de change puisqu'elle contribuait simplement à perpétuer le doute quant à la nature véritable du droit applicable²¹³. Seule une véritable « codification des

205. D. GIROUARD, *op. cit.*, note 133, p. 139. Dans une telle situation, l'ancien droit français autorisait la présentation à paiement la veille ou le jour même de la fête légale. L'article 5 de la loi de 1849 prohiba l'exécution des diligences le dimanche. Néanmoins, l'article 2 de l'*Acte pour régler le temps pour payer les lettres de change et billets promissoires qui deviennent dus dans les jours de fêtes légales*, (1854) 18 Vict., (C.-U.), c. 10, devait permettre la présentation à paiement le lendemain des jours de fête.

206. D. GIROUARD, *op. cit.*, note 133, pp. 188-189.

207. *Id.*, pp. 129-130.

208. *Id.*, p. 131.

209. *Id.*, p. 161. La règle de droit anglais était toutefois conforme aux prescriptions de l'ancien droit français.

210. *Id.*, p. 23.

211. *Ibid.*

212. *Id.*, p. 17.

213. *Id.*, p. 25.

lois²¹⁴ » aurait permis de mettre fin à la confusion engendrée par la multiplicité des sources. Selon l'expression euphémique de Maximilien Bibaud, cet article de renvoi allait « occasionner beaucoup de malentendus²¹⁵ ».

Quelles sont ces « lois [...] maintenant en force » dans le Bas-Canada auxquelles l'article 25 fait référence ? Dans l'hypothèse d'un maintien en vigueur, par l'entremise de l'*Acte de Québec*, de l'Ordonnance de 1673, dans quelle mesure cette dernière avait-elle été modifiée ou abrogée par l'Ordonnance de 1793 et la loi de 1849 ? L'article 25 imposait-il le maintien de « la loi française, quant au fond, et la loi anglaise quant [sic] la loi française se tait et que pour la preuve, on [doit] [suivre] la loi anglaise²¹⁶ » ? Doit-on, devant le silence de la législation locale, « consulter l'usage de nos négociants²¹⁷ » avant de recourir aux lois anglaises, comme le prétend Girouard ? Cette opinion est tout à fait vraisemblable, compte tenu du fait que le mot « lois » apparaissant au libellé de l'article 25 n'est rien d'autre qu'une traduction maladroite — mais courante à l'époque — du terme *laws*. C'est en fait au *droit* alors en vigueur que renvoie l'article 25 et Girouard a raison d'affirmer que ce droit englobait très certainement les usages commerciaux qui avaient acquis un caractère obligatoire.

L'article 25 donnait carte blanche à une magistrature déjà désorientée. L'absence d'ouvrages juridiques portant sur le droit bas-canadien des effets de commerce — si l'on fait exception des quelques pages qu'y consacre Bibaud — ne facilitait pas la tâche des juges²¹⁸. Parce qu'appelés à

214. *Ibid.*

215. M. BIBAUD, *Commentaires sur les lois du Bas-Canada*, Montréal, Cérat et Bourguignon, 1859, p. 151.

216. *Ibid.* Chose certaine cependant, seules pouvaient être invoquées les lois anglaises adoptées avant le 30 mai 1849 : D. GIROUARD, *op. cit.*, note 133, p. 24.

217. D. GIROUARD, *op. cit.*, note 133, p. 25 : « [Lorsque] la loi actuelle ne s'explique pas, ce n'est qu'après avoir consulté l'usage de nos négociants qu'il faut recourir aux lois de la Grande Bretagne [sic] ; car, c'est un principe, consacré dans tous les corps de Législation, que les usages d'un peuple font loi et ont force de loi, lorsque la loi écrite de ce même peuple est muette. » Par exemple, un usage s'était développé suivant lequel le tiré bénéficiait d'un délai de 24 heures pour lui permettre de décider si oui ou non il devait accepter un effet de commerce (p. 109). De plus, bien que la loi de 1849 ne soit pas destinée à s'appliquer aux mandats, ordres, chèques ou rescriptions, il était d'usage pour les banquiers de faire protester et notifier ces effets de commerce comme de simples lettres de change : pp. 206-207 et M. BIBAUD, *op. cit.*, note 215, p. 147. Enfin, on reconnaissait aux illettrés le droit d'apposer une croix en guise de signature sur leurs effets de commerce. Cette formalité devait néanmoins être accomplie en présence de deux témoins : *Neveu c. DeBleury*, précité, note 171.

218. D. GIROUARD, *op. cit.*, note 133, p. 17. Voir aussi la lettre adressée par J.C.C. Abbott à Girouard (p. 259) dans laquelle il signale, en faisant référence à l'ouvrage de ce dernier, que « [the] want of a work of the kind, exhibiting in an orderly and comprehensive form, the present state of our law on this subject, has been long felt ».

interpréter une loi marquée au sceau de l'Angleterre, ceux-ci ne se sont-ils pas abreuvés abondamment à la source du droit anglais pour en combler les vides ? N'ont-ils pas plutôt tenté de voir à ce que soit limité le plus possible l'envahissement du droit anglais ? Les rares décisions judiciaires rapportées entre 1849 et l'entrée en vigueur du *Code civil du Bas Canada* nous révèlent certainement un tableau bien imprécis de la situation qui devait exister. Cependant, nous pouvons tout de même en tirer quelques conclusions prudentes.

Une première affaire, décidée en 1855²¹⁹, témoigne de l'embarras manifeste des juges appelés à interpréter l'article 25 de la loi de 1849. En l'espèce, le défendeur prétendait que la *Lord Denman's Act*²²⁰ — loi anglaise relative à l'habileté des témoins — avait été introduite en droit québécois par la disposition à l'étude. Sur cette prétention, la Cour de révision, assez curieusement, avait refusé de se prononcer « inasmuch as one of the members of the Court [had] doubts on the subject²²¹ » ! On ne sait pas si l'indécis penchait ou non en faveur de l'argument avancé par le défendeur Seymour. Par contre, quelques années plus tard, la Cour du Banc de la Reine devait permettre la preuve par témoins du paiement d'un billet²²² en fondant sa conclusion sur un principe de droit anglais²²³ que l'article 25 aurait rendu applicable.

Dans *Maynard c. Renaud*²²⁴, il s'agissait de savoir si l'endosseur en blanc d'un billet pouvait poursuivre le souscripteur s'il n'avait lui-même payé l'effet et s'il n'en était plus possesseur. En l'occurrence, après avoir apposé sa signature au dos d'un billet « promissoire » souscrit par le défendeur-intimé, Maynard le fit escompter par la Banque de Montréal. Dès lors, cette institution devenait porteuse de l'effet. Inquiet du peu d'empressement à rembourser qu'affichait Renaud et des répercussions néfastes sur son crédit que pourrait engendrer ce manquement, le demandeur intenta lui-même une action à l'encontre du souscripteur. L'endosseur, disait-il, jouit de droits analogues à ceux d'une caution. Il lui était donc permis de poursuivre le débiteur principal, et ce avant même d'avoir été personnellement appelé à rembourser à la banque le montant du billet (art. 1953, C.c.).

219. *MacDonald c. Seymour*, (1855) 5 R.J.R.Q. 31 (C.S. rév.).

220. *An Act for improving the Law of Evidence*, (1843) 6-7 Vict., (R.-U.), c. 95.

221. *MacDonald c. Seymour*, précité, note 219, 32.

222. *Carden c. Finlay*, (1860) 7 R.J.R.Q. 474 (B.R.).

223. Ni le juge en chef LaFontaine ni son collègue Duval ne précisent la nature particulière (common law ou loi) de la source juridique invoquée.

224. *Maynard c. Renaud*, (1868) 18 R.J.R.Q. 36 (B.R.). La cause d'action dans cette affaire était née avant l'entrée en vigueur du Code civil ; le litige fut donc jugé en conformité de la loi de 1849.

Pour des motifs qui ne nous intéressent guère, la Cour rejeta l'appel de Maynard et répondit négativement à la question en litige. Le plaidoyer de l'intimé mérite cependant de s'y arrêter un instant, car il est peut-être représentatif d'une opinion partagée par un certain nombre de juristes de l'époque. En effet, après s'être attardé à distinguer l'endosseur de la caution, Renaud a affirmé la primauté du droit anglais en tant que source principale du droit bas-canadien des effets de commerce. Puisque l'endossement en blanc, reconnu par l'article 2 de la loi de 1849, « n'[avait] jamais été admis en France, soit sous le droit ancien, soit sous le droit nouveau²²⁵ », pourquoi, soutient-il, « veut-on nous obliger à trouver dans une législation, des règles et des autorités sur un mode de contracter qu'elle ne reconnaît pas²²⁶ » ? Et l'intimé de conclure :

D'ailleurs, qui songera à nier que la forme et le mode de négociation de nos billets promissaires soient, de même qu'une partie de notre législation en matière de commerce et la plupart de nos usages commerciaux, empruntés au droit anglais ? Partant, n'est-il pas naturel et logique, d'aller chercher nos autorités sous un système de loi qui a reconnu et mis en usage depuis longtemps une forme de contrat que nos statuts lui ont empruntée, surtout lorsque ces autorités ne font que confirmer les principes qui servaient de base à notre droit. D'ailleurs, n'avons-nous pas notre statut, 12 Vict. chap. 22, S.R.B.C., chap. 64, sect. 30, qui déclare que, dans toutes matières concernant les lettres de change, on aura, en l'absence d'une disposition formelle de nos lois, recours aux lois anglaises²²⁷ ?

Dans *Castle c. Baby*²²⁸, la défenderesse était poursuivie sur la base d'un billet signé par son agent en faveur d'un tiers. Celui-ci l'avait ensuite endossé à l'ordre de Castle, lequel en réclamait le paiement. Selon Baby, la procuration par elle remise à son agent n'autorisait pas ce dernier à contracter l'emprunt qui avait entraîné la signature du billet. Le juge Smith, aux motifs duquel le juge Mondelet s'était joint — le juge Day étant dissident —, déclara le droit anglais inapplicable au fond même du litige. Le droit métropolitain, affirma-t-il, « may govern as to proving the signature, but not to extend the powers of the attorney²²⁹ ».

Malgré l'incertitude des juges quant à la portée exacte de l'article 25 de la loi de 1849, on les devine néanmoins disposés à reconnaître à cette disposition une portée très étendue. Il ne fait aucun doute cependant que la loi, et plus particulièrement l'article de renvoi, était destinée à ne s'ap-

225. *Id.*, 50. À propos de l'illégalité d'un tel endossement en droit français, consulter D. GIROUARD, *op. cit.*, note 133, p. 83 ; J. HILAIRE, *op. cit.*, note 59, pp. 275-276 et H. LÉVY-BRUHL, *op. cit.*, note 67, pp. 114-116.

226. *Maynard c. Renaud*, précité, note 224, 50.

227. *Ibid.* ; l'italique est de nous.

228. *Castle c. Baby*, (1854) R.J.R.Q. 459 (C.S. rév.).

229. *Id.*, 462.

pliquer qu'aux lettres de change et aux billets²³⁰. Les mandats²³¹, par exemple, devaient quant à eux, continuer à être régis par « la coutume des marchands [c'est-à-dire les usages reconnus comme contraignants par la communauté commerciale] et le droit commun²³² ».

Le libellé de certaines dispositions de la loi de 1849 ainsi que l'interprétation donnée par les tribunaux à son article 25 démontrent l'ampleur de l'influence qu'a exercée le droit anglais sur l'évolution du droit bas-canadien des effets de commerce. Pourquoi cette insistance de la part des rédacteurs de la loi à vouloir s'inspirer des sources du droit anglais ? Le même souci d'uniformisation qui animait le législateur en 1793 explique, selon nous, l'approche adoptée en 1849.

Très certainement, un des principaux objectifs visés par la loi de 1849 consistait à harmoniser le droit bas-canadien des effets de commerce et les règles applicables sur ce sujet particulier en Grande-Bretagne et dans les autres colonies britanniques nord-américaines. Dans ces dernières, la presque totalité de la common law et une partie importante de la législation métropolitaine avaient été introduites en conformité des règles du droit public anglais²³³. C'est ce qui explique, par exemple, que les règles de droit anglais²³⁴ énoncées aux articles 2²³⁵, 3, 5, 8, 10 et 14 de la loi de 1849 ne devaient pas nécessairement épouser une forme législative pour être applicables en droit haut-canadien. Le chapitre 42 des lois refondues du Haut-Canada de 1859²³⁶ n'en fait d'ailleurs aucune mention. Du reste, il est intéressant de noter que les articles 1 et 2 de *An Act to amend the Law respecting Bills of Exchange and Promissory Notes*²³⁷, loi haut-canadienne adoptée en 1837 — dont les équivalents sont les articles 4 et 7 de la loi de 1849 — sont inspirés non pas d'une règle de common law anglaise mais bien d'une loi adoptée par le Parlement britannique 29 ans après la date char-

230. D. GIROUARD, *op. cit.*, note 133, pp. 24 et 179.

231. Étant toujours tirés d'un lieu sur le même lieu, les mandats ne répondaient pas à la définition d'une lettre de change ou d'un billet que reconnaissait alors notre droit des effets de commerce. Ils n'en restaient pas moins des effets négociables.

232. D. GIROUARD, *op. cit.*, note 133, p. 24 ; voir aussi pp. 179 et 205.

233. *Supra*, note 169.

234. *Supra*, notes 201, 202, 204, 205, 206, 208 et 209.

235. La loi de 1793 ayant été abrogée par l'article 1 de la loi de 1849, les règles qui y avaient été énoncées ont été reprises dans l'article 2 de cette même loi.

236. *An Act respecting Bills of Exchange and Promissory Notes*, précité, note 134.

237. *An Act to amend the Law respecting Bills of Exchange and Promissory Notes*, (1837) 7 Will. IV, (H.C.), c. 5. Les articles 1 et 2 de cette loi allaient subséquemment devenir les articles 5, 6 et 7 du chapitre 42 des lois refondues de 1859, précité, note 134.

nière du Haut-Canada²³⁸. Leur introduction dans le droit haut-canadien nécessitait alors une intervention législative. Cette parenté de systèmes juridiques, en matière de droit privé, entre la métropole et les colonies britanniques nord-américaines autres que le Bas-Canada explique aussi l'absence, dans les lois haut-canadiennes, d'une disposition de renvoi telle que l'article 25 de la loi de 1849. Dans cette colonie, il allait de soi que la common law, y compris la common law d'origine anglaise, était appelée à compléter une loi silencieuse sur un sujet donné.

Dans un premier temps, on peut donc conclure que le législateur de 1849, en s'inspirant de dispositions du droit métropolitain, entendait imprimer au droit bas-canadien des effets de commerce une facture qui, parce qu'anglaise, aurait pour effet de le mettre au diapason du droit qui se pratiquait en cette matière dans les autres colonies. Cependant, lorsqu'on examine attentivement la loi de 1849, on constate que sur les 32 articles qui la composent, seulement 7 sont directement inspirés du droit anglais et 4 seulement posséderont un équivalent dans le chapitre 42 des lois haut-canadiennes de 1859 — loi qui compte 36 dispositions. Cette constatation ne vient-elle pas contredire notre affirmation suivant laquelle la loi de 1849 avait pour objet d'uniformiser le droit des effets de commerce à l'échelle des colonies britanniques nord-américaines ? Nous ne le croyons pas. D'après nous, cette loi visait en réalité un double objectif. D'une part, au moyen des sept articles énumérés plus haut, mais surtout grâce à l'article de renvoi, elle désirait encourager la magistrature à tirer du droit anglais les règles nécessaires à l'élucidation des litiges en matière d'effets de commerce. Cette question a déjà été abordée dans le paragraphe précédent. D'autre part, et il s'agit là de son principal objectif, elle visait à uniformiser, *au sein même de la colonie*, certaines pratiques relatives à la protestation des lettres de change et des billets. Comme nous pourrions le constater, la loi du Haut-Canada poursuivait un but identique, les pratiques que l'on entendait uniformiser n'étant toutefois pas les mêmes. C'est cet aspect particulier du problème que nous examinerons maintenant.

Seuls les articles 4 (acceptation écrite), 7 (distinction entre acceptation qualifiée et générale), 23 (cause usuraire) et 24 (dans le cadre d'une action sur billet ou lettre de change, le défendeur peut être identifié par ses lettres initiales) de la loi de 1849 énoncent des règles que l'on retrouvera aussi dans

238. Ces dispositions sont tirées des articles 1 et 2 de la loi intitulée *An Act to regulate Acceptances of Bills of Exchange*, (1821) 1-2 Geo. IV, (R.-U.), c. 78. La date charnière du Haut-Canada a été fixée au 15 octobre 1792. Le Nouveau-Brunswick, dont la date charnière est fixée à l'année 1660, a lui aussi adopté une loi visant à introduire chez lui les dispositions de cette loi anglaise : *An Act, for rendering a writing necessary to the validity of certain promises and engagements*, (1836) 6 Will. IV, (N.-B.), c. 49, art. 4.

le chapitre 42 des lois de 1859. Il s'agit des articles 5, 6, 7, 8 et 30. On l'a constaté précédemment, les articles 5, 6 et 7 sont inspirés d'une loi anglaise²³⁹ adoptée après le 15 octobre 1792, date charnière ontarienne. Quant à l'article 8, il est tiré d'une loi adoptée par la législature de la Province du Canada-Uni en 1853, loi qui s'appliquait aussi bien au Bas qu'au Haut-Canada²⁴⁰. Quant à ces dispositions, il n'est donc pas étonnant de constater l'existence d'une similitude entre les lois des deux colonies. Enfin, l'article 30 trouvait sa source dans une loi du Haut-Canada adoptée en 1837²⁴¹. Cette dernière a peut-être influé sur les rédacteurs de la loi de 1849 lorsqu'ils ont décidé d'adopter l'article 24. Qu'en est-il cependant du reste de cette loi du Bas-Canada ? Un grand nombre de dispositions portent sur les notaires appelés à rédiger les protêts : désignation des notaires autorisés à agir et des personnes aptes à les remplacer (art. 9 et 20), honoraires et émoluments auxquels ils ont droit (art. 18), pénalités imposées aux personnes faisant frauduleusement office de notaires (art. 19). La loi comporte aussi trois dispositions prenant en considération la banqueroute de la personne tenue de payer un effet de commerce (art. 11, 13 et 15). Enfin, les dispositions restantes — outre qu'elles font renvoi au droit anglais (art. 25) et établissent une prescription de cinq ans (art. 31) — s'intéressent principalement aux problèmes soulevés par la protestation des billets et des lettres de change : le protêt pour non-acceptation et sa mise en preuve (art. 8 et 12), la note de protêt (art. 9), la signification de l'avis de protêt de non-acceptation (art. 11 et 16), la présentation pour paiement (art. 13 et 14), l'énumération des jours fériés (art. 26) et les modalités relatives à la protestation des lettres de change étrangères (art. 30). Force nous est donc de constater que l'essentiel de la loi est consacré à la protestation des effets de commerce. Or il est important de rappeler que le préambule de la loi de 1849 exprimait le désir « de rendre plus uniforme la manière de [...] protester [les lettres de change et les billets « promissoires » à l'intérieur] et la pratique à suivre à cet égard ». Ainsi, l'objectif fondamental du législateur aurait été d'uniformiser certains des usages auxquels recouraient les juristes du Bas-Canada en matière de protestation d'effets de commerce. La loi avait donc pour vocation de n'être qu'un simple correctif. N'oublions pas que cette loi avait été adoptée par la législature de la Province du Canada-Uni, mais que l'on en a limité le champ d'application au territoire du Bas-Canada. Quant à l'article 25, il avait certainement été adopté dans le but précis de combler l'ensemble des

239. *An Act to regulate Acceptances of Bills of Exchange*, précité, note 238.

240. *Acte pour modifier les Lois d'Usure*, (1853) 16 Vict., (C.-U.), c. 80.

241. *An Act for the further Amendment of the Law, and the better Advancement of Justice*, (1837) 7 Will. IV, (H.-C.), c. 3, art. 9.

vides juridiques laissés par une loi dont la destination n'était d'ailleurs pas de codifier le droit bas-canadien des effets de commerce.

Le chapitre 42 des lois du Haut-Canada de 1859 visait un objectif similaire à celui auquel tendait la loi de 1849. On espérait corriger certains problèmes propres au droit des effets de commerce de cette colonie. En effet, le chapitre en question est composé d'un amalgame de dispositions dont la plupart (17 articles sur 36) sont tirées de lois adoptées par la législature de la Province du Canada-Uni mais dont la portée ne s'étendait pas au-delà des frontières du Haut-Canada²⁴². Les autres articles avaient été initialement adoptés par la législature du Haut-Canada antérieurement à l'entrée en vigueur de l'*Acte d'Union*²⁴³. Les députés de cette colonie ont par ailleurs participé à la discussion et au vote qui devait donner lieu à l'adoption de la loi de 1849. Au bas de chacun des 36 articles qui composent le chapitre 42, le législateur a pris soin d'indiquer la disposition dont il s'est inspiré. Or, deux articles seulement mentionnent l'existence de la loi de 1849, soit les articles 7 et 8 qui font respectivement référence aux articles 4 et 23 de la loi de 1849. Cette mention des dispositions législatives bas-canadiennes n'était pas véritablement nécessaire puisque, comme nous l'avons constaté précédemment, l'article 7 s'inspirait d'une loi métropolitaine²⁴⁴ et l'article 8 d'une loi de la Province du Canada-Uni applicable à

242. Les articles 9 à 14 étaient tirés de l'*Acte pour régulariser le taux des dommages sur les Lettres de Change protestées dans le Haut-Canada*, précité, note 134, art. 1-5, les articles 15 à 22 de l'*Acte pour amender la loi concernant le mode de protester les lettres de change et les billets promissaires*, (1851) 14-15 Vict. (C.-U.), c. 94, art. 1-5. Quant à l'article 33, il provenait de l'*Acte pour amender, abroger et refondre les dispositions de certains Actes y mentionnés, et pour simplifier et accélérer la procédure dans les Cours du Banc de la Reine et des Plaids Communs dans le Haut-Canada*, (1856) 19 Vict., (C.-U.), c. 43, art. 292 et les articles 34 et 35 avaient été initialement énoncés dans l'*Acte pour amender l'acte de procédure du droit commun de 1856, et pour faciliter le recours sur lettres de change et billets*, (1857) 20 Vict., (C.-U.), c. 57, art. 1 et 31.

243. Les articles 2 et 3 ont été calqués sur les articles 1 à 3 de *An Act to prevent the circulation of Printed Promissory Notes, under the value of five shillings*, (1840) 3 Vict., (H.-C.), c. 4, les articles 5 à 8 s'inspiraient des articles 1 à 3 de *An Act to amend the Law respecting Bills of Exchange and Promissory Notes*, précité, note 237, les articles 23 à 29 des articles 2, 3, 5, 8, 9, 11 et 13 de *An Act to prevent the unnecessary multiplication of Law Suits and increase of Costs in Actions on Notes, Bonds, Bills of Exchange, and other instruments*, (1835) 5 Will. IV, (H.-C.), c. 1. Enfin, l'article 30 était tiré de *An Act for the further Amendment of the Law, and the better Advancement of Justice*, précité, note 241, art. 9 et les articles 31, 32 et 36 de *An Act to make perpetual certain parts of an Act passed in the fifth year of the reign of His late Majesty King William the Fourth, entitled, « An Act to prevent the unnecessary multiplication of Law Suits, and increase of Costs in Actions on Notes, Bonds, Bills of Exchange, and other Instruments », and for other purposes therein mentioned*, (1840) 3 Vict., (H.-C.), c. 8, art. 2 et 3.

244. *An Act to regulate Acceptances of Bills of Exchange*, précité, note 238.

l'ensemble du territoire²⁴⁵. Les pratiques bas-canadiennes constatées par la loi de 1849 en matière de protestation ont donc été ignorées par les légistes du Haut-Canada. D'après nous, cette situation s'explique du fait qu'ils désiraient simplement clarifier certaines des difficultés soulevées par le droit des effets de commerce applicable dans cette colonie. Qu'aucune disposition de renvoi n'existe au sein du chapitre 42 ne doit pas étonner. Nous l'avons vu auparavant, il allait de soi que, dans le système juridique du Haut-Canada, la common law était appelée à compléter un droit statutaire silencieux. Au même titre que la loi de 1849 dont la portée ne s'étendait pas au-delà des limites du Bas-Canada, cette loi visait simplement à uniformiser certains usages applicables en matière d'effets de commerce et qui étaient spécifiques à la colonie du Haut-Canada : les articles 2, 3 et 4 abordent le problème posé par l'illégalité des billets imprimés (*printed, stamped or impressed*) et émis pour une somme inférieure à un dollar et un certain nombre de dispositions sont consacrées aux modalités de protestation des lettres et des billets (art. 15-22²⁴⁶). La majeure partie de la loi, cependant, s'intéresse à des problèmes de procédure susceptibles d'être soulevés au cours d'une action en remboursement intentée par le porteur d'un effet de commerce (art. 23-35).

Les critiques faites par Benjamin Russel au cours des années 1890 à l'encontre du système juridique canadien des effets de commerce²⁴⁷ viennent d'ailleurs confirmer la conclusion à laquelle nous sommes arrivé, à savoir que les lois de 1849 et de 1859 visaient essentiellement à uniformiser un ensemble de pratiques spécifiques à chacune des colonies du Bas et du Haut-Canada. On verra que la principale récrimination de Russel reposait sur le fait que, dans une loi adoptée en 1886, le Parlement fédéral s'était borné à répertorier, sans même tenter de les uniformiser, cette masse de règles disparates qu'avaient édictées les colonies avant la Confédération.

Au surplus, le libellé de la loi de 1849 — et plus particulièrement l'adoption de l'article 25 — démontre chez le législateur la persistance d'une préoccupation déjà présente en 1793 et même en 1777, soit celle d'établir un rapport d'harmonie entre le droit bas-canadien des effets de commerce et celui des autres colonies britanniques nord-américaines. Cette harmonisation s'est effectuée au détriment de la tradition juridique française. Elle ne portait toutefois que sur ces règles de droit qui distinguent les effets de commerce des autres contrats, soit les règles relatives à la négociation, à la forme de l'acceptation, à la durée du délai de grâce, etc.

245. *Acte pour modifier les Lois d'Usure*, précité, note 240.

246. Sans être identiques, les articles 15 et 16 de la loi du Haut-Canada et les articles 11 à 14 et 16 de la loi de 1849 comportent certains points communs.

247. *Infra*, pp. 608 et suiv.

3.3 Une tentative de systématisation et de clarification : le *Code civil du Bas Canada*

Les propos tenus dans leur septième rapport²⁴⁸ par les commissaires chargés de codifier les lois du Bas-Canada en matière civile viennent corroborer l'hypothèse que nous avançons précédemment à propos de la confusion occasionnée par l'interaction des droits français et anglais en matière de lettres de change et de billets.

Dans leur présentation du droit commercial général, au Livre quatrième intitulé « Lois commerciales », les codificateurs soulignent la dimension nettement syncrétique de notre droit en cette matière :

On peut observer sur l'ensemble de ce livre qu'il y est traité d'une classe de sujets sur lesquels la loi en ce pays est moins arrêtée que sur les matières plus générales des livres précédents.

Dans quelques cas les règles du droit commercial se trouvent soit dans la collection de nos statuts ou dans le texte de quelques ordonnances françaises ; mais quant au grand nombre, il faut les chercher dans l'usage et la jurisprudence. *Notre système, si toutefois on peut lui donner ce nom, a été emprunté, sans trop de discernement, partie à la France et partie à l'Angleterre ; il s'est formé par une espèce de coutume ou assentiment tacite, sans aucun plan ou arrangement méthodique, et n'a pas encore acquis par les décisions des tribunaux une forme symétrique et bien définie*²⁴⁹.

Aux prises avec un tel amas de sources hétéroclites, les commissaires ont préféré ne pas s'arrêter aux détails et se sont contentés « d'énoncer les principales règles sanctionnées par une jurisprudence arrêtée, et ayant l'autorité que peut donner l'assentiment des nations commerciales les plus éclairées²⁵⁰ ». Pour ce faire, soulignent-ils, les droits français (ancien et nouveau) et anglais, ainsi que les ouvrages de juristes écossais, américains, français et anglais ont été minutieusement examinés²⁵¹. La nature même du droit commercial, disent les commissaires, justifiait ce butinement d'une source à une autre. D'application universelle, ce droit « diffère bien peu d'un pays à un autre, excepté en matière de détails qui n'ont pas d'importance²⁵² ». Dans le discours du trône prononcé le 26 février 1858, le gouverneur général avait d'ailleurs mentionné qu'un effort serait fait pour tenter

248. *Code civil du Bas Canada, Sixième et Septième Rapports et Rapport Supplémentaire*, Québec, Georges E. Desbarats, 1865.

249. *Id.*, pp. 215 et 217 ; l'italique est de nous.

250. *Id.*, p. 217.

251. *Ibid.*

252. *Ibid.*

d'uniformiser les droits commerciaux du Haut et du Bas-Canada²⁵³. Il est plausible de supposer que cette entreprise d'uniformisation aurait dû s'effectuer au moment de la codification des lois du Bas-Canada, processus qui avait été engagé au cours de l'année 1857²⁵⁴. Certains députés du Bas-Canada craignaient cependant de voir cette « assimilation » s'effectuer au détriment du droit en vigueur dans leur province²⁵⁵.

On nous opposera que ces commentaires n'ont de pertinence qu'en ce qui a trait au droit commercial en général. Il appert toutefois que cette incertitude quant à la nature véritable des sources du droit sévit tout autant, sinon plus, dans le domaine des lettres de change.

Chapeauté par la mention « Des lettres de change, billets et chèques », le titre premier du Livre quatrième comporte lui aussi quelques observations liminaires. D'emblée, les codificateurs admettent l'existence d'un « degré apparent de vague et d'incertitude dans les opinions de nos jurisconsultes, quant aux sources où nous devons chercher ou puiser la loi sur cette matière²⁵⁶ ». Les tribunaux, remarquent-ils, s'en rapportent aux

253. *Le Journal des Débats législatifs et littéraires du Canada*, vol. 1, n° 1, 3 mars 1858, p. 4 : « Vers la fin de l'année dernière, les relations commerciales tant en Europe qu'en Amérique ont éprouvé une crise sérieuse. Ce sont, vous le savez, des choses dans lesquelles le bien-être des différents pays influe plus ou moins sur celui des autres ; c'est pourquoi le remède à de pareils maux se trouve rarement à la portée d'aucune société isolée. Nous avons lieu de nous féliciter de la prudence de notre commerce ; et nous pouvons nous enorgueillir [sic] de la position de nos banques, qui se trouvent avoir été presque les seules sur le continent du nord, à continuer sans hésitation leurs paiements en espèces. Cependant il n'est pas douteux que la gêne financière ait pesé et pèse encore bien lourdement sur nos marchands, nos propriétaires et nos cultivateurs. Il n'y a plus de doute qu'on puisse considérablement [sic] améliorer notre législation commerciale. Je recommande instamment ces matières à votre attention, et dans cette vue je vous sou mets les sujets suivants comme méritant votre sérieuse considération [sic] : « L'avantage d'assimiler les lois commerciales du Haut et du Bas Canada ; la loi de l'emprisonnement pour dette [sic], et la loi sur l'insolvabilité dans le Haut Canada ; la loi touchant les cessions de biens frauduleuses et faites en vue de favoriser certains créanciers, et celle relative à l'intérêt de l'argent en matière de commerce en tout genre. » »

254. La loi de codification avait été adoptée en 1857 : *Acte pour pourvoir à la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure*, S.C. (1857), c. 43.

255. *Le Journal des Débats législatifs et littéraires du Canada*, précité, note 253, p. 22 (député Morin ; le 3 mars 1858) : « L'Honorable député de Montréal a dit en premier lieu qu'il ne savait pas qu'elles [sic] seraient les lois commerciales qui seraient assimilées à celles de l'autre partie de la province : si ce seraient celles du Haut ou du Bas-Canada ? », Morin prétendait que « les lois françaises » devaient avoir préséance. Voir aussi l'intervention du député Dorion à la même date (p. 20).

256. *Code civil du Bas Canada, Sixième et Septième Rapports et Rapport Supplémentaire*, précité, note 248, p. 217.

ouvrages de droit anglais et de droit français moderne²⁵⁷. L'ancien droit français est indéniablement dédaigné par la magistrature. Cet état de choses résulterait de l'inaptitude d'un droit archaïque à pourvoir le monde des affaires de solutions efficaces et adéquates²⁵⁸. À cela s'ajoute l'inexistence d'une doctrine capable d'éclairer celui qui s'interroge sur la nature de ce droit d'antan²⁵⁹. Les ouvrages de Savary et de Pothier « ne [peuvent], avec la même assurance, nous servir de guide sur cette matière », affirment les commissaires, puisque « suivant l'opinion reçue, [l'Ordonnance de 1673] n'est pas regardée comme loi ici²⁶⁰ ». Ils faisaient certainement allusion à l'affaire *Hutchinson v. Gillespie*²⁶¹ où le Conseil privé avait décidé que, faute d'avoir fait l'objet d'un enregistrement auprès du Conseil supérieur, l'Ordonnance de 1673 ne faisait pas partie du droit privé québécois. Peut-être les codificateurs ne partagent-ils pas cette opinion puisqu'ils n'en considèrent pas moins l'ancien droit français comme étant la « base légitime²⁶² » du droit québécois des effets de commerce !

Tout comme ils l'avaient fait à l'égard du droit commercial général, les codificateurs soulignent la dimension internationale du droit des effets de commerce. Autour d'une masse de règles de droit internationalement reconnues gravitent les droits nationaux des effets de commerce. Tous se sont laissés entraîner par l'attraction exercée par ces règles. Le droit québécois n'échappe pas à cette réalité :

[On] est porté à dire que notre droit, en ce qui concerne les lettres de change, s'est formé graduellement, moins d'après l'ancien droit français, qui est sa base légitime, que d'après les usages commerciaux et la jurisprudence d'Angleterre, et à l'aide de la législation et de la science de la France moderne. On ne peut cependant pas dire que ce soit là est [sic] un droit nouveau, car l'observation de Heineccius, citée par Story, nous montre combien est étendue la base de toutes les législations particulières sur cette matière des lettres de change. C'est avec beaucoup de

257. *Ibid.* Sur un total de 77 articles portant sur les effets de commerce proposés par les codificateurs, 35 faisaient référence à des sources doctrinales. Au nombre des 16 auteurs mentionnés, les plus importants sont Story (33/35), Pothier (25/35), Pardessus (17/35) et Bayley (16/35). Savary et Jousse ne sont cités que quatre fois chacun. En ce qui concerne la jurisprudence, seulement 5 des 77 articles proposés par les codificateurs en matière d'effets de commerce font référence à des décisions judiciaires. Au total, 8 décisions sont mentionnées.

258. *Code civil du Bas Canada, Sixième et Septième Rapports et Rapport Supplémentaire*, précité, note 248, p. 217.

259. *Ibid.*

260. *Ibid.* Cette affirmation relative à la pertinence de l'ouvrage de Pothier étonne d'autant plus lorsqu'on considère le grand nombre de références qui y sont faites par les codificateurs ; *supra*, note 257.

261. *Hutchinson v. Gillespie*, (1844) 1 A.C. 217.

262. *Code civil du Bas Canada. Sixième et Septième Rapports et Rapport Supplémentaire*, précité, note 248, p. 217.

justice, dit-il, que les lois de toutes les nations sur ce sujet sont entièrement d'accord sur presque tous les points ; il y a chez toutes les nations des principes communs qui constituent la véritable base sur laquelle repose toute la loi du change, en autant qu'elle fait partie de la jurisprudence municipale de chaque contrée²⁶³.

Les commissaires ont voulu faire du titre premier un miroir de ces principes internationalement reconnus. Quant aux détails, les solutions offertes par l'Ordonnance de 1673, « à laquelle on [devait] naturellement se reporter d'abord²⁶⁴ » n'étaient pas suffisantes ; d'où le recours au *Code de commerce* et au *Code civil français*²⁶⁵.

La principale source d'inspiration des codificateurs n'en reste pas moins l'*Acte concernant les lettres de change et les billets*²⁶⁶, complété par quelques lois postérieures²⁶⁷. Tout comme les rédacteurs de la loi de 1849, les codificateurs se sont arrêtés à formuler une liste de dispositions se

263. *Id.*, pp. 217 et 219.

264. *Id.*, p. 219. Seulement trois des articles proposés (art. 4, 7 et 15) font mention de l'Ordonnance de 1673. Cependant, précisent les codificateurs, l'article 4 qui autorise l'émission d'effets de commerce au porteur a été rédigé dans le but précis d'éluider les prescriptions établies par l'Ordonnance. Il en va de même de l'article 7 (inspiré du droit anglais) qui fait présumer qu'une valeur correspondante a été reçue sur livraison d'un effet. Quant à l'article 15 qui porte sur l'acceptation, la règle qu'il prescrit est conforme à l'Ordonnance et au droit anglais.

265. *Code civil du Bas Canada. Sixième et Septième Rapports et Rapport Supplémentaire*, précité, note 248, p. 219. En 1850, la Cour d'appel avait refusé d'adopter la solution proposée par la Cour de cassation dans un arrêt rendu en 1817, au motif que ce dernier était fondé sur une disposition du *Code de commerce* : *Knapp c. Bank of Montreal*, précité, note 139, 261-262. Les dispositions du *Code de commerce* apparaissent au bas de 11 des dispositions proposées. Une lecture des commentaires faits par les codificateurs permet cependant de constater qu'aucune d'entre elles n'introduit de droit nouveau. Les dispositions citées sont toujours en accord avec le droit anglais, l'ancien droit français, ou encore avec les décisions judiciaires québécoises.

266. *Acte concernant les lettres de change et les billets*, précité, note 133 (33 des 77 dispositions recommandées s'y réfèrent).

267. Certaines lois de moindre importance avaient été adoptées entre 1849 et 1865 : *Acte pour amender et expliquer les actes y mentionnés relatifs aux billets promissoires et lettres de change, et pour limiter la somme qui sera allouée pour noter et protester les billets promissoires et les lettres de change dans certains cas, en vertu de l'acte qui fixe les dommages sur les lettres de change protestées en cette Province*, (1850) 13-14 Vict., (C.U.), c. 23 ; *Acte pour expliquer et amender la loi en force dans le Bas-Canada, concernant les lettres de change et les billets promissoires*, (1851) 14-15 Vict., (C.U.), c. 62 : cette loi visait à écarter les doutes entourant l'effet légal des protêts dans certains cas particuliers. L'article 4 énonçait ce qui suit : « Et qu'il soit statué, que dans toute action ou poursuite fondée sur une lettre de change ou billet promissoire contre une partie, aucune autre preuve ne sera exigée ou produite que celle qui, en vertu de l'acte susdit du parlement de cette province [12 Vict., c. 22], pourra être exigée ou produite dans une action ou poursuite fondée sur une lettre de change ou sur un billet promissoire,

rapportant aux aspects purement techniques du droit des effets de commerce²⁶⁸. En outre, plutôt que de mettre un terme au renvoi aux lois anglaises prévu par l'article 25 de cette loi, les commissaires ont préféré consacrer cet élément générateur de confusion. Les articles 62 et 63 du titre premier proposés par les codificateurs énonçaient ce qui suit :

62. Dans toute matière relative aux lettres de change pour laquelle il ne se trouve pas de disposition dans ce code, on doit avoir recours aux lois d'Angleterre qui étaient en force le trente mai mil huit cent quarante neuf.

63. Dans l'enquête des faits sur actions ou poursuites pour le recouvrement de lettres de change tirées ou endossées par des commerçants ou autres, on doit avoir recours aux lois d'Angleterre qui étaient en force à l'époque mentionnée dans l'article qui précède, sans que l'on doive ou puisse faire une preuve additionnelle ou différente à raison de ce que quelqu'une des parties sur la lettre de change n'est pas commerçante.

Durant l'opération d'intégration qu'effectuèrent les codificateurs, ces dispositions deviendront respectivement les articles 2340 et 2341 du *Code civil du Bas Canada*²⁶⁹.

Deux problèmes particuliers ont porté les magistrats à recourir à ces dispositions exceptionnelles²⁷⁰, soit celui de la détermination des droits et obligations de l'endosseur et celui de la nature de la preuve applicable en matière d'effets de commerce. Nous examinerons successivement ces deux questions.

dont toutes les parties au dit billet ou lettre de change sont des commerçants. » ; *Acte pour régler le temps pour payer les lettres de change et billets promissoires qui deviennent dus dans les jours de fête légales*, précité, note 205 ; *Acte pour amender les actes de judicature du Bas-Canada*, (1857) 20 Vict., (C.U., c. 44), (l'article 87 de cette loi prévoyait que certains faits seraient présumés vrais dans le contexte d'une procédure *ex parte* fondée sur une lettre de change).

268. Le chapitre premier intitulé « Des lettres de change » se subdivise en neuf sections : 1) De la nature et de l'essence des lettres de change ; 2) De la négociation des lettres de change ; 3) De l'acceptation ; 4) De la note et du protêt faute d'acceptation ; 5) Du paiement ; 6) Du protêt faute de paiement ; 7) De l'avis du protêt ; 8) Des intérêts, de la commission et des dommages ; 9) Dispositions générales. Les chapitres deuxième et troisième portaient respectivement sur les billets promissoires [sic] et les chèques ou mandats à ordre.

269. À noter que lors de la refonte des lois du Québec en 1888, les commissaires proposèrent un article 6251 qui visait à modifier l'article 2340 par l'adjonction des mots « ou dans les lois fédérales » après les mots « dans ce code ». Cette proposition ne paraît pas avoir été entérinée par la législature québécoise : A. PERRAULT, *Traité de droit commercial*, t. 1, Montréal, A. Lévesque, 1940, pp. 202-203. Qui plus est, il est permis de s'interroger sur la validité constitutionnelle d'une telle modification, vu l'existence de l'article 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La compétence en matière de lettres de change ayant été octroyée au Parlement fédéral en vertu de l'article 91 (18) de cette même loi, il est permis de se demander si la Législature du Québec aurait pu modifier l'article 2340.

270. Compte tenu du cadre temporel que nous nous sommes fixé, seules les décisions relatives à des conflits antérieurs à la codification fédérale de 1890 seront analysées.

Dans *MacDonald c. Whitfield*²⁷¹, les administrateurs d'une compagnie avaient tous endossé un billet destiné à garantir un emprunt contracté par cette dernière auprès de la Merchants Bank of Canada. Les signatures des parties au litige se succédaient au dos de l'effet, MacDonald figurant en qualité de premier endosseur. Poursuivi par la banque, l'appelant n'opposa aucune défense. L'intimé, quant à lui, intenta à l'encontre de MacDonald une action en garantie fondée sur l'article 1953 du Code civil. Il entendait ainsi être remboursé de toute compensation qu'il serait appelé à verser à la banque.

Après avoir concédé l'existence d'un devoir, issu de la *law merchant*, pour le premier endosseur d'indemniser ceux qui le suivent²⁷², lord Watson n'en déclara pas moins applicable une autre règle de droit (*well established rule of law*) selon laquelle l'ensemble des circonstances entourant la signature d'un effet de commerce pouvait être examiné lorsqu'on s'interrogeait sur l'étendue des obligations supportées par chacun des endosseurs²⁷³. En l'espèce, affirma le juge, la signature du billet par les parties au litige ne constituait pas en soi un véritable contrat d'endossement ; cette signature n'était rien de plus que la prestation à laquelle s'étaient engagés les endosseurs dans le cadre d'une entente antérieure :

In a case like the present, the signing of their names on the note, by way of indorsement, in order to induce the bank to discount it to the promissor, is not, as between the indorsers, *pars contractus*, but is merely the performance by them of an antecedent agreement. The terms of that previous contract must settle their liabilities inter se, irrespective altogether of the rules of the law-merchant, which will nevertheless be binding upon them in any question with parties to the note who were not likewise parties to the agreement²⁷⁴.

Lord Watson rejette ensuite sommairement les décisions canadiennes²⁷⁵ et américaines favorables à l'approche préconisée par Whitfield. Il fonde cette décision sur l'article 2340 C.c. Puisque cette disposition est rendue applicable aux billets par l'entremise de l'article 2346 C.c., « in so far as regards the liability of the parties ; and seeing that the Code makes no provision regarding the question raised between the appellant and the respondent, that question must [...] be decided according to the law of England²⁷⁶ », en l'occurrence, une décision de la Court of Common

271. *MacDonald c. Whitfield*, (1883) 8 A.C. 733 (C.P.).

272. *Id.*, 744-745.

273. *Id.*, 745.

274. *Id.*, 746.

275. Le juge fait référence à une décision de la Court of Error and Appeal du Haut-Canada et à « three other decisions of the Canadian Courts » (*id.*, p. 749) qu'il ne prend même pas la peine de nommer.

276. *MacDonald c. Whitfield*, précité, note 271, 750.

Pleas²⁷⁷. Conséquence naturelle de cette décision, on a jugé, au Québec, la preuve testimoniale admissible pour établir la nature des circonstances entourant la signature d'un effet de commerce²⁷⁸.

Un autre problème se pose quant à la personne de l'endosseur. Le délai accordé au payeur par le détenteur d'un effet de commerce entraîne-t-il la libération de l'endosseur ? Dans *Banque Ville-Marie c. Mallette*²⁷⁹, la Cour supérieure a déclaré qu'en raison de l'article 2340 un endosseur ne pouvait se réclamer de l'article 1961 C.c. Cette disposition, on s'en souviendra, établit que la simple prorogation du terme accordé par le créancier au débiteur principal ne libère pas la caution. Vu le silence du Code civil sur cet aspect particulier du droit des lettres de change, recours devait être fait aux « lois d'Angleterre ». Conformément à ces dernières, l'endosseur devait donc être libéré²⁸⁰. La Cour de révision en vint à une conclusion contraire dans *Meikle c. Dorion*²⁸¹. Une fois l'endosseur assimilé à une caution, il était loisible au tribunal de le déclarer non libéré par le délai supplémentaire accordé au souscripteur par le détenteur du billet.

La décision rendue par la Cour supérieure dans *Banque Ville-Marie c. Mallette* étonne dans la mesure où il y est fait fi de l'article 2278 C.c. Cette disposition qui vient coiffer le quatrième livre du *Code civil du Bas Canada* indique que les règles qui y sont énoncées sont complétées par celles qui figurent dans les livres qui précèdent, ce qui comprend bien sûr l'article 1961 C.c.²⁸². Aux yeux du juge, il y aurait donc eu silence du Code civil puisqu'en l'espèce ce dernier ne comportait aucune disposition portant *spécifiquement* sur le problème de la libération de l'endosseur.

277. *Reynold c. Wheeler*, (1861) 10 C.B. (N.S.) 561 ; 142 E.R. 572.

278. *Northfield c. Laurance*, (1891) 21 R.L. 359 (C.S.) ; *Vallée c. Talbot*, (1892) 1 C.S. 223 (rév.). La règle énoncée par lord Watson a été appliquée dans les affaires suivantes, sans qu'il soit fait mention de *MacDonald c. Whitfield*, ou de l'article 2340 C.c. : *Lavallée c. Daigle*, (1880) 2 D.C.A. 129 ; *Dame Laurent dite Lortie c. Mercier*, (1884) 3 D.C.A. 350 et *Day c. Sculthorpe*, (1861) 9 R.J.R.Q. 422 (B.R.).

279. *Banque Ville-Marie c. Mallette*, (1888) 33 L.C.J. 8 (B.R.). La décision de la Cour de première instance est reproduite en tête des motifs de la Cour d'appel. Cette dernière a infirmé la décision de la Cour supérieure pour des raisons qui ne sont pas pertinentes à la présente étude.

280. Au même effet, voir *Desrosiers c. Guérin*, (1876) 21 L.C.J. 96 (C.S.) ; *Pelletier c. Brosseau*, (1890) 6 M.L.R. 331, 334 (C.S.).

281. *Meikle c. Dorion*, (1872) 1 C.S. 72 ; voir aussi *Smith c. Porteous*, (1832) 8 L.C.J. 116 (B.R.).

282. L'article 2278 C.c. est libellé comme suit : « Les principales règles applicables aux affaires commerciales qui ne sont pas contenues dans le présent livre, sont énoncées dans les livres qui précèdent et nommément dans les titres du troisième livre : *Des Obligations ; De la Vente ; Du Louage ; Du Mandat ; Du Nantissement ; De la Société ; et De la Prescription*. »

Deux des juges²⁸³ siégeant dans l'affaire *Meikle c. Dorion* devaient, cinq mois plus tard, réaffirmer leurs convictions dans l'affaire *Guy c. Paré*²⁸⁴. Cet arrêt fait figure de jalon au sein de la multitude de décisions judiciaires rendues pendant la période allant de 1866 à 1890. Pour une première fois en matière d'effets de commerce, l'analyse prétorienne transcendera la superficialité qui, jusqu'alors, la caractérisait. En l'occurrence, le juge Gill de la Cour supérieure avait déclaré le droit anglais applicable au problème de la libération de l'endosseur. Cette décision devait être infirmée par une majorité des juges de la Cour de révision. Voici comment s'expriment les juges Tellier et Loranger pour justifier leur recours aux dispositions concernant la caution :

Considérant que les obligations civiles qui résultent du contrat intervenu sous forme de billet promissoire sont régies par le droit civil en force dans la Province de Québec ; que c'est une erreur de dire que notre Code Civil ne contient aucune disposition sur la matière qui fait l'objet du litige ; qu'il n'y a pas lieu à l'application de la règle posée par l'article 2340 du Code Civil, ainsi que l'a jugé la Cour en première instance ;

Considérant que l'article 2340 du Code Civil tire sa source de la 12^{ème} Victoria, ch. 22, et du ch. 64, section 30 des Statuts Refondus du Bas-Canada, qui ne concernent que la forme, la négociabilité et la preuve des lettres de change et des billets promissoires ; que la base de notre droit, en ce qui concerne ces effets de commerce, est, ainsi que le déclarent les codificateurs dans leur septième rapport, l'ancien droit français, dont les dispositions n'ont pas été changées quant au fond et à la substance du contrat, par nos lois statutaires ni par le Code Civil ;

Considérant que le billet promissoire est un contrat dont les effets civils sont soumis aux principes et aux règles générales énoncées dans le titre des obligations, et n'est pas, comme le soutiennent les défenderesses, régi par des lois d'exception quant à sa substance ; que les parties y concernées sont tenues conjointement et solidairement envers le porteur (articles 2310, 2346 du Code Civil) ; que si l'affaire pour laquelle la dette a été contractée ne concerne que l'un des débiteurs, celui-ci est tenu de toute la dette vis-à-vis des autres co-débiteurs, qui ne sont considérés par rapport à lui que comme ses cautions (article 1120) ; que la simple prorogation de délai accordée par le créancier au débiteur principal ne décharge point la caution (article 1961) qui peut agir contre le débiteur nonobstant le délai accordé (article 1953) ;

Considérant que les principes de solidarité s'appliquent à la dette en cette cause, et qu'aux termes des articles 1105, 1120, 1941, 1961 et 2310 du Code Civil ci-dessus cités, les défenderesses n'ont pas été déchargées par la prorogation du terme accordé par l'écrit du 23 avril, 1883²⁸⁵.

283. Ce sont les juges Tellier et Loranger.

284. *Guy c. Paré*, (1892) 1 C.S. 443 (C.S. rév.) ; citée avec approbation dans *Pesant c. Pesant*, [1934] R.C.S. 249.

285. *Guy c. Paré*, précité, note 284, 454-455 ; l'italique est de nous.

Qu'est-ce à dire ? Le droit des effets de commerce se limiterait-il à l'ensemble des règles de droit hautement techniques destinées à régir « la forme, la négociabilité et la preuve des lettres de change et des billets promissaires » ? Un examen du contenu des lois de 1793 et de la loi de 1849 et du titre premier, Livre quatrième, du Code civil le laisse à penser. Nulle part n'y est-il fait mention de la capacité nécessaire à la signature d'un effet de commerce. Le législateur ne souffle mot de la cause ou de la considération essentielle à la création d'un billet ou d'une lettre de change. Toutes les facettes contractuelles de l'entente attestée par l'effet de commerce devraient-elles être gouvernées par le droit civil provincial sauf en ce qu'elles touchent aux trois notions mentionnées plus haut ?

En outre, et bien qu'il n'en soit pas fait expressément mention, les juges majoritaires siégeant dans l'arrêt *Guy c. Paré* semblent avoir eu recours à l'article 2278 C.c. L'approche qu'ils proposent pourrait s'exprimer de la façon suivante : compte tenu de l'article 2278, toutes les dispositions du Code civil doivent être examinées, et leur possible application prise en considération, avant qu'il ne soit fait recours aux règles de droit anglais introduites par l'article 2340 C.c. Cette interprétation aurait alors pour résultat de limiter radicalement la portée de cette disposition de renvoi. Le droit anglais n'aurait dès lors d'utilité que dans l'éventualité d'un silence complet du Code civil sur un sujet donné, comme c'est le cas par exemple en ce qui a trait à la forme et à la négociabilité d'un effet de commerce.

Dans une dissidence virulente, le juge Davidson s'oppose à l'approche adoptée par ses collègues. Il insiste premièrement sur la présence, dans le libellé de l'article 2340 C.c. des termes « dans toute matière relative aux lettres de change ». D'après lui, cette insistance de la part du législateur témoigne de l'uniformité de source que ce dernier désirait imprimer au système québécois des lettres de change²⁸⁶. L'article 2340, affirme le juge, ne visait pas simplement à combler des vides laissés par une législation préoccupée par les aspects techniques du droit des effets de commerce :

It will be found, however, that other subjects, such as usury, are dealt with, and in any event no such *a fortiori* reasoning can disturb the unfettered meaning of the words « in all matters » (*i.e.* without exception), relating to promissory notes not provided for in the code (*i.e.*, the provision must relate *eo nomine* to bills and notes), recourse is to be had to the laws of England. It will not do to say that the whole field of civil law obligations must be first explored to discover some rela-

286. *Id.*, 448 : « Here is undoubted unity of legislative purpose. It might be emphasized by reference to the older statutes which enacted as to form, protest and other details. These are borrowed from the laws of England, statutory and common. The structure of our legislation with respect to bills of exchange and promissory notes is thus based upon one system. » Voir aussi 451.

tive principle which can be wrested from its proper place in the code and made to apply to these pure creatures, not of the civil law, but of commercial usage and growth²⁸⁷.

En guise de conclusion, le juge Davidson rappelle les nombreuses distinctions qui existent entre les notions d'endosseur et de caution²⁸⁸.

Toutefois, à cette véhémence revendication de la primauté du droit anglais en matière de lettres de change, le juge apporte une réserve. Il affirme reconnaître une nette différence entre la capacité de contracter (*capacity to contract*) et la responsabilité découlant du contrat une fois conclu (*responsibility resulting from a contract made*). La première serait déterminée à la lumière du droit local ; quant à la seconde, c'est au cœur du droit anglais qu'il faudrait en puiser les règles²⁸⁹. Pourquoi le juge estime-t-il nécessaire de créer cette exception en matière de capacité ? Pourquoi la limiter à ce seul aspect du contrat constitué par l'effet de commerce ? Ne devrait-on pas l'étendre à la cause ou à la considération nécessaire à la création d'une telle entente ?

Le deuxième problème sur lequel s'est penchée la jurisprudence concerne la nature de la preuve applicable en matière d'effets de commerce. Par exemple, qu'advient-il de la validité d'un billet signé au moyen d'une croix ? Le droit français en rejetait la validité, le droit anglais la reconnaissait. Dans l'arrêt *Neveu c. DeBleury*²⁹⁰, la Cour du Banc de la Reine a déclaré valide une quittance sous croix signée en présence de deux témoins. Après avoir constaté la divergence des droits anglais et français sur cette question, le juge Meredith trancha en faveur de la solution proposée par le premier de ces deux systèmes. Dès l'arrivée des premiers colons venus d'Angleterre, déclare-t-il, un usage conforme au droit anglais s'était imposé : « the practice became very general for persons who could not write, to sign papers by means of a mark or cross in the presence of two witnesses²⁹¹ ». En outre, en 1793, le législateur avait lui-même accordé une reconnaissance officielle à ce type de signature puisque l'*Acte pour faciliter la Négociation des Billets obligatoires*²⁹² édictait en son article 9 que « rien dans le présent Acte ne s'étendra ou sera entendu s'étendre à rendre négociables aucuns Billets quelconques non signés de la main des obligés, lesquels Billets non signés, quoique revêtus de marques ordinaires, ne pourront être prouvés que par deux témoins ». Cet article visait aussi bien les billets signés entre commerçants qu'entre non-commerçants. Par con-

287. *Id.*, 450.

288. *Id.*, 450-451.

289. *Id.*, 451.

290. *Neveu c. DeBleury*, précité, note 171.

291. *Id.*, 119.

292. *Acte pour faciliter la Négociation des Billets obligatoires*, précité, note 160.

séquent, dit le juge Meredith, si le législateur juge une telle signature valide en ce qui a trait aux billets, pourquoi ne le serait-elle pas pour tous les autres types d'instruments²⁹³ ?

Tel était donc l'état du droit lorsqu'en 1889 le juge Casault de la Cour de circuit a été appelé à examiner une semblable question dans l'affaire *Strass c. Gilbert*²⁹⁴. Tout le problème baignait cette fois dans la lumière distillée par les dispositions du *Code civil du Bas Canada*. En l'espèce, une action avait été intentée pour obtenir paiement du solde d'un billet sous croix. Le demandeur soutenait qu'en l'absence d'une dénégation de signature conforme aux dispositions du *Code de procédure civile*, la marque apposée par Gilbert devait être tenue pour avérée suivant les prescriptions de l'article 1233 C.c. De son côté, le défendeur opposait qu'à moins d'une attestation par témoins une telle signature ne pouvait obliger.

Après un bref résumé du raisonnement avancé par la majorité de la Cour du Banc de la Reine dans l'arrêt *Neveu c. DeBleury*, le juge Casault rappelle que, depuis 1785, le droit de la preuve était régi, en matière commerciale, par le droit anglais. Or, soutient-il, le problème de l'apposition d'une signature sous croix relève du domaine de la preuve. En outre, l'article 25 de la loi de 1849 prévoyait que tout billet ou lettre de change serait soumis, en matière de preuve, aux lois d'Angleterre et ce, « sans égard à leur signature et sans distinction de ceux qui, alors, étaient commerciaux [sic] de ceux qui ne l'étaient pas²⁹⁵ ». Ainsi, d'après le juge Casault, billet et lettre de change pouvaient tous deux être signés au moyen d'une croix. Qui plus est, puisque le Code civil ne définissait pas le sens du mot « signature » apparaissant à l'article 2280, l'article 2340 commandait une application des principes du droit anglais²⁹⁶. En dernier lieu, le libellé impératif de l'article 2341 ne permettait d'autres preuves que celles qui étaient autorisées par le droit métropolitain en vigueur en date du 30 mai 1849. Les articles 1222 et 1223 du Code civil relatifs aux écrits d'une nature privée n'étaient donc pas applicables.

En 1857 avait été édicté l'*Acte pour amender les actes de judicature du Bas-Canada*²⁹⁷ dont l'article 87 énonçait que dans l'éventualité d'une

293. *Neveu c. DeBleury*, précité, note 171, 120. On a jugé valide l'apposition d'une marque à titre de signature dans *Noad c. Chateuvert*, (1846) 1 R. de J. 229 (billet) et *Latulippe c. Bernard*, (1880) 1 D.C.A. 69 (reçu). Voir aussi les décisions mentionnées dans cette dernière affaire.

294. *Strass c. Gilbert*, (1889) 15 Q.L.R. 59.

295. *Id.*, 61. À ce sujet, voir l'article 4 de l'*Acte pour expliquer et amender la loi en force dans le Bas-Canada, concernant les lettres de change et les billets promissoires*, précité, note 267.

296. *Strass c. Gilbert*, précité, note 294, 62.

297. *Acte pour amender les actes de judicature du Bas-Canada*, précité, note 267.

action *ex parte* fondée sur un billet ou une lettre de change, il serait présumé de la validité de la signature apposée sur l'effet. Pour contrer cette présomption, le défendeur devait joindre une déclaration assermentée à sa dénégation de signature. Compte tenu de l'existence de cette disposition antérieurement à 1866 et de la présence de l'article 2278 au sein du Code civil, les articles 1222 et 1223 du *Code civil du Bas Canada* étaient certainement destinés — dans l'esprit des codificateurs — à s'appliquer aux billets et aux lettres de change qui, incontestablement, constituent des écrits de nature privée. L'attitude adoptée par le juge Casault ne paraît pas se conformer à cette intention.

Le juge Casault n'en conclut pas moins à la nécessité pour le défendeur de se conformer aux exigences de l'article 145²⁹⁸ du *Code de procédure civile*. D'après cette disposition, une dénégation de signature devait être accompagnée d'une déclaration sous serment. Cependant, puisque aucune présomption de validité ne découlait de cette absence de dénégation, la signature devait, selon le juge, être prouvée par témoins conformément au droit anglais.

Dans *Baxter c. Bilodeau*²⁹⁹, un billet consenti par le défendeur avait été endossé par son destinataire, C.B. Mahan & Cie, pour être ensuite remis à Baxter. Détenteur de l'effet, ce dernier en réclamait le paiement. En défense, Bilodeau alléguait ne s'être vu accorder aucune contrepartie par C.B. Mahan & Cie en échange du billet en litige. À l'appui de sa demande, Baxter invoquait les articles 2285 et 2287 du *Code civil du Bas Canada*. Aux termes du premier, la présence des mots « valeur reçue » sur le billet faisait présumer qu'une valeur correspondante avait été reçue sur livraison de l'effet³⁰⁰. Quant au deuxième, il constituait détenteur régulier l'endosseur avant maturité d'un effet de commerce³⁰¹.

Le juge Casault, sans mettre en doute l'applicabilité des dispositions plus haut mentionnées, a toutefois insisté sur l'obligation qui lui était faite,

298. L'article 145 est devenu aujourd'hui l'article 89 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25.

299. *Baxter c. Bilodeau*, (1883) 9 Q.L.R. 268 (C.S.).

300. L'article 2285 C.c. énonçait ce qui suit : « Lorsque la lettre de change contient les mots *valeur reçue*, il est présumé qu'une valeur correspondante a été reçue sur la livraison de la lettre et sur les endossements qui s'y trouvent. L'omission de ces termes n'invalide pas la lettre. »

301. L'article 2287 C.c. édicte que « [le] transport d'une lettre de change par endossement peut se faire avant ou après sa maturité. Dans le premier cas, le porteur acquiert un titre parfait exempt de toutes obligations ou objections qui auraient pu être opposées lorsqu'elle était entre les mains de l'endosseur ; dans le second cas, la lettre est sujette à telles obligations et objections, de même que si elle était entre les mains du porteur précédent. »

par suite des articles 2340 et 2341, d'en référer au droit anglais de la preuve. Or, dit-il, à la présomption établie par l'article 2285, il était possible d'opposer la règle de droit élaborée par lord Campbell dans *Fitch c. Jones*³⁰². Le juge Casault définit comme suit la présomption élaborée dans cet arrêt :

Or, d'après le droit commun en Angleterre, la preuve qu'un endosseur a acquis par fraude une lettre de change ou un billet crée une présomption que celui auquel il l'a cédé ne lui a pas fourni de valeur pour son endossement, et oblige celui-ci à prouver le contraire pour se faire à lui-même un titre de l'effet de commerce qui n'en était pas un entre les mains de son cédant³⁰³.

En l'occurrence, la preuve de la perpétration d'une fraude par C.B. Mahan & Cie aura suffi à renverser la présomption établie par le Code civil et à permettre la mise en application de la règle énoncée par la Chambre des lords. Incapable de prouver avoir fourni valeur à C.B. Mahan & Cie, le demandeur a succombé sous le poids de cette présomption.

Les deux décisions que nous venons d'analyser illustrent combien la magistrature était disposée à donner plein effet à l'intention du législateur d'implanter un droit de la preuve inspiré du droit anglais en matière d'effets de commerce.

Battu sur l'enclume du droit métropolitain pendant presque 20 ans, le droit de la preuve en matière d'effets de commerce n'était-il pas devenu, à la veille de la Confédération, un ensemble de règles dépourvues de lien avec l'ancien droit français ? Au même titre que pour la forme et la négociabilité des effets de commerce, le législateur québécois a jugé utile de légiférer spécifiquement en matière de preuve. Pourquoi s'en être tenu à ces trois éléments ? Proposons une hypothèse.

On se souviendra que les rédacteurs des lois de 1793 et de 1849³⁰⁴ ont grandement emprunté au droit anglais, dans le but évident de *standardiser* la pratique du droit des effets de commerce à l'échelle des colonies britanniques de l'Amérique du Nord et avec la Grande-Bretagne. Au surplus, la loi de 1849 visait à *uniformiser*, au sein même du Bas-Canada, la pratique de certains usages tels la présentation à paiement, les protêts et les avis de protêt. Il n'entraînait donc pas dans l'intention du législateur de 1849 de codifier l'ensemble du droit des effets de commerce bas-canadien, mais bien plutôt une partie seulement de ces règles juridiques distinguant la lettre de change et le billet des contrats ordinaires. Cette loi, rappelons-le, était réputée ne pas s'appliquer aux effets de commerce tels que les man-

302. *Fitch c. Jones*, (1855) 5 El. & Bl. 238 ; 119 E.R. 470.

303. *Baxter c. Bilodeau*, précité, note 299, 274.

304. On pourrait même ajouter à cette énumération le législateur de 1777 puisque l'Ordonnance adoptée cette année-là semblait s'inspirer d'une loi néo-écossaise de 1760.

ats³⁰⁵. Dans l'esprit de ses rédacteurs, tout ce qui relevait de la négociation, de la forme et de la preuve devait, par souci d'uniformité avec le droit des autres colonies, être régi par le droit anglais, d'où l'adoption de l'article 25. Toutefois, quant aux autres aspects contractuels de l'entente constatée par l'effet de commerce, recours devait être fait aux règles du droit civil québécois. Cette approche a d'ailleurs été consacrée par l'adoption, en 1866, de l'article 2278 du *Code civil du Bas Canada*. Dans la mesure où les règles générales énoncées dans le Code civil sont susceptibles d'être appliquées sans qu'il soit porté atteinte au caractère négociable d'un effet de commerce, il faut se garder de recourir aux règles du droit anglais introduites par l'article 2340 C.c. La décision *Guy c. Paré*³⁰⁶ est un bon exemple de cette interprétation restrictive que doivent recevoir les dispositions de renvoi. Enfin, en ce qui a trait aux facettes purement techniques du contrat constitué par l'effet de commerce, soit le droit des effets de commerce au sens strict, la nécessité de mettre fin à la confusion qui régnait en matière de sources, jointe à un désir d'uniformiser la pratique canadienne quant à ces matières, a poussé le législateur à opter pour un système particulier. C'est ce qui explique l'adoption de l'article 2340 C.c.

4. La «codification» fédérale de 1890 : un exercice plénier par le Parlement fédéral de sa compétence exclusive

En 1867, le Parlement central se voit conféré, aux termes de l'article 91 (18) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, une compétence exclusive en matière de lettres de change et de billets à ordre. Ainsi habilité, il adopte en 1890, une loi qui, prétend-il, «codifie» le droit canadien des effets de commerce. L'exhaustivité qui caractérise toute entreprise de codification autorise à croire que cette loi de 1890 constituait, aux yeux du législateur fédéral, un exercice plénier de sa compétence exclusive. Or, comme nous le verrons, le champ d'intervention que le Parlement s'est cru autorisé à couvrir législativement porte précisément sur cette part du droit des effets de commerce à l'égard de laquelle s'est exercé le pouvoir législatif colonial, soit le droit des effets de commerce au sens strict. Cette coïncidence n'étonne pas puisqu'il ne semble pas faire de doute, aux yeux de certains, que les pratiques législatives et politiques mises en œuvre pendant le régime du Canada-Uni ont directement influé sur la structure du partage des compétences effectué en 1867 :

[Les] Pères de la Confédération ont profité de l'expérience du Canada-Uni qui, bien que théoriquement soumis à une structure politique et administrative unitaire

305. Quant à l'Ordonnance de 1793, elle déclarait ne pas s'appliquer aux billets qu'en son article 9 elle qualifiait de non négociables.

306. *Guy c. Paré*, précité, note 284.

en vertu de l'Union de 1840, s'était transformé en une fédération officieuse. En général, on confia au parlement central les domaines qui avaient été vraiment communs au Haut-Canada et au Bas-Canada et, aux législatures provinciales, ceux pour lesquels la séparation s'était manifestée dans la législation et l'administration³⁰⁷.

L'échec du régime constitutionnel établi par l'*Acte d'Union* de 1840³⁰⁸, conjugué au marasme économique des années 1850-1860³⁰⁹ et à la crainte d'une invasion par les États-Unis³¹⁰, favorise la naissance de l'idée d'une fédération des colonies britanniques restantes de l'Amérique du Nord.

La Conférence de Québec tenue en 1864 allait être le théâtre de l'adoption par les Pères de la Confédération des soixante-douze résolutions appelées à supporter l'édifice du fédéralisme canadien. Janvier 1865 : le Parlement du Canada-Uni se réunit pour discuter pendant plus de six semaines les propositions faites à Québec. Les soixante-douze résolutions furent présentées en bloc et non l'une après l'autre comme l'usage le requiert dans le cas d'un projet de loi ordinaire³¹¹. Seuls les problèmes soulevés par les députés étaient donc susceptibles de faire l'objet d'une discussion particulière. Les billets et les lettres de change ne furent malheureusement pas du nombre. De toute façon, l'électoratisme présidait aux débats bien plus que le désir de dissiper l'obscurité juridique de certaines résolutions³¹². Le projet devait toutefois être adopté sans amendement le 11 mars 1865. Un accord réticent ayant été arraché aux assemblées législatives du Nouveau-Brunswick et de la Nouvelle-Écosse, les pourparlers se poursuivirent à Londres en décembre 1866.

À la suite d'une très brève gestation parlementaire, l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*³¹³ devait être adopté par le Parlement du Royaume-Uni. Entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1867, cette loi prévoyait l'octroi, au Parlement central, d'une compétence exclusive en matière de lettres de change et de billets à ordre (art. 91 (18)). Les provinces conservaient leur souveraineté en matière de propriété et de droits civils « dans

307. J.-C. BONENFANT, « Les Pères de la Confédération et la répartition des compétences en matière de droit », (1967) 2 *R.J.T.* 31.

308. G. RÉMILLARD, *op. cit.*, note 176, pp. 65-69.

309. *Id.*, pp. 69-72.

310. *Id.*, pp. 72-74.

311. *Index aux débats sur la Confédération, 1865*, Ottawa, Imprimeur du Roi, 1952, p. 8. Introduction rédigée par F.R. SCOTT.

312. *Id.*, p. 9 : « Plusieurs des propos tenus avaient pour objet non pas l'élucidation des problèmes que soulevaient certains articles obscurs de la constitution, mais bien l'obtention de victoires politiques. »

313. *Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* 30-31 Vict., (R.-U.), c. 3, devenu aujourd'hui la *Loi constitutionnelle de 1867*.

la province » (art. 92 (13)). De façon générale, un souci d'uniformité, destiné à garantir la protection de l'intérêt général du pays, avait été à la base de la dévolution, au Parlement central, des chefs de compétence énumérés à l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*³¹⁴. Ce besoin d'uniformité expliquerait aussi cette concession au Parlement fédéral d'une compétence exclusive en matière de lettres de change³¹⁵.

L'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* bousculait l'échiquier politique, mais il ne portait aucunement atteinte au paysage juridique alors en vigueur. Au contraire, l'article 129 assurait explicitement la survivance de toute la flore législative préconfédérale. Sous réserve de leur possible révocation, abolition ou modification « selon le cas, par le Parlement du Canada, ou par la Législature de la province respective, conformément à l'autorité du Parlement ou de cette législature en vertu du présent acte », tout le droit applicable dans le Canada-Uni, la Nouvelle-Écosse ou le Nouveau-Brunswick au moment de la Confédération, demeurerait en vigueur. La législature du Québec était donc dépouillée du pouvoir de modifier les articles 2279 à 2354 du *Code civil du Bas Canada* relatifs aux lettres de change et aux billets.

En 1888³¹⁶, une série d'articles rédigés par le député Benjamin Russel (devenu par la suite juge à la Supreme Court de la Nouvelle-Écosse) et publiés dans le *Toronto Daily Mail*, allait promouvoir l'idée d'une uniformisation du droit des lettres de change³¹⁷. L'auteur y dénonçait la bigarrure de l'*Acte concernant les lettres de change et les billets*³¹⁸. Plutôt que de sélectionner parmi les diverses lois préconfédérales les dispositions les

314. H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1982, p. 312. C'est ce qu'affirmait John A. MacDonald le 6 février 1865 devant l'Assemblée législative de la Province du Canada-Uni : « [Toutes] les grandes questions affectant les intérêts de la confédération dans son ensemble, sont laissées au parlement fédéral tandis que les questions et les lois d'intérêt local sont laissées à la juridiction des parlements locaux. » (Citation tirée des *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord*, Québec, Hunter, Rose et Lemieux, 1865, p. 40.) Un désir d'uniformité expliquerait aussi l'octroi au Parlement fédéral d'une compétence en matière de faillite et d'insolvabilité : P. CARIGNAN, *loc. cit.*, note 10, 47.

315. *Duplain c. Cameron*, [1961] R.C.S. 693, 707 (J. Locke) ; A. PERRAULT, *op. cit.*, note 269, p. 161.

316. Entre 1867 et 1890, le Parlement fédéral adopta quelques lois d'importance secondaire en matière de lettres de change et de billets, lesquelles allaient former le chapitre 123 des S.R.C. 1886. Il s'agissait des lois suivantes : (1872) 35 Vict., c. 10 ; (1874) 37 Vict., c. 47 ; (1878) 41 Vict., c. 10 ; (1879) 42 Vict., c. 17 ; (1879) 42 Vict., c. 46 ; (1880) 43 Vict., c. 24 ; (1882) 45 Vict., c. 1 ; (1883) 46 Vict., c. 21 et (1883) 46 Vict., c. 22.

317. Ces articles sont reproduits dans la préface de l'ouvrage de B. RUSSEL, *A Commentary on the Bills of Exchange Act*, 2^e éd., Montréal, Burroughs (Eastern), 1921, pp. vii-xxii.

318. *Acte concernant les lettres de change et les billets*, S.R.C. 1886, c. 123.

mieux formulées et les plus aptes à servir la communauté commerciale, le Parlement, disait-il, s'était contenté d'adopter « a sort of crazy-quilt³¹⁹ », « a patch-work of a number of provincial statutes, taken up in all the various stages of their accidental development, and strung together [...] without any effort to fuse them into a consistent and serviceable piece of legislation³²⁰ ». Cette systématisation, rappelait Russel, était rendue d'autant plus nécessaire qu'une quasi-uniformité des règles du droit des effets de commerce existait sur le plan international³²¹.

L'Acte concernant les lettres de change et les billets à ordre ne visait pas à l'expression de principes généraux ; il s'agissait plutôt d'un spicilège d'exceptions. Les modalités de protêt, différentes d'une province à l'autre, étaient explicitement sanctionnées par le législateur (Nouvelle-Écosse (art.7), Île-du-Prince-Édouard (art. 8) et Nouveau-Brunswick (art. 10)). Les articles 16 à 26 relatifs à l'acceptation, au protêt et à la considération usuraire ne devaient s'appliquer qu'à l'Ontario. De même, trois dispositions étaient consacrées aux difficultés soulevées, au Québec, par la forme des protêts et les honoraires que réclamaient les notaires pour procéder à leur rédaction (art. 27-30). Au bas de l'article 30, il était précisément énoncé que les « articles du Code civil du Bas Canada qui ont trait à ce sujet se trouvent dans la collection des lois statutaires qui n'ont pas été réfondues ».

En ce qui concerne les provinces « anglophones » (*English-speaking provinces*), Russel se refusait à admettre la nécessité de telles disparités en matière de protêt, d'acceptation, etc.³²². En outre, puisque le droit civil européen, source principale du droit québécois, avait fortement influé sur la création et le développement de la *law merchant*, rien ne justifiait, aux yeux de l'auteur, le refus du Québec de participer à la confection d'une loi codifiant le droit des effets de commerce :

It might have been hoped that in dealing with such a subject as this — the law with reference to which is to so considerable an extent founded upon the civil law, and presents such striking peculiarities that can only be accounted for by the fact that the doctrines and principles of the civil law have considerably influenced its development—even the Quebec lawyers would have been willing to lay aside their prejudices and cooperate with those of the other provinces in framing a statute for the whole Dominion. Their laws, their language and their institutions would not have suffered the slightest detriment had they joined in such an effort³²³.

319. B. RUSSEL, *op. cit.*, note 317, p. ix.

320. *Id.*, p. xvi.

321. *Id.*, p. ix.

322. *Ibid.*

323. *Id.*, pp. xvi-xvii.

Pour mettre un terme à la confusion engendrée par cette loi médiocre, Russel proposait justement l'adoption d'un code réunissant toutes les règles du droit des effets de commerce. Une reproduction pure et simple de la loi anglaise appelée *Bills of Exchange Act, 1882*³²⁴ aurait été mieux que rien. Toutefois, plutôt qu'un simple plagiat, l'auteur recommandait la rédaction d'une loi plus complète encore³²⁵. Pour ce faire, il suggérait un examen des codes en vigueur sur le continent européen³²⁶. En guise de conclusion, il signalait que l'adoption au Canada d'une loi calquée sur le *Bills of Exchange Act, 1882* pourrait engendrer certains conflits constitutionnels³²⁷. À titre d'exemple, Russel mentionnait les dispositions procédurales contenues dans la loi. Ces dernières, soulignait-il, pourraient voir leur validité constitutionnelle attaquée par les provinces.

Le 4 février 1889, sir John Thompson, ministre fédéral de la Justice, devait déposer un projet de loi dont l'objectif était de satisfaire les intérêts commerciaux dont Russel s'était fait le porte-parole. Une fois ce projet présenté, plusieurs suggestions furent proposées par les banquiers et les membres de chambres de commerce dont on avait sollicité l'opinion. Le projet de loi fut ensuite déferé pour étude à un comité parlementaire.

Vu son importance, le projet de loi ne fut pas présenté pour adoption lors de la session parlementaire de 1889. Des copies furent remises aux représentants des deux Chambres pour examen. Introduit à nouveau le 20 février 1890, il devait, à la suite des débats tenus par la Chambre des communes et par le Sénat³²⁸, recevoir la sanction royale le 16 mai de cette même année. L'*Acte des lettres de change*³²⁹ venait de voir le jour ; il devait entrer en vigueur le 1^{er} septembre 1890.

Cette loi, quelle était-elle ? Elle visait avant tout l'atteinte des trois objectifs suivants. Premièrement, elle devait assurer l'*uniformisation* du droit des effets de commerce en vigueur dans les diverses provinces composant alors le Dominion du Canada. Ensuite, elle avait pour objectif de *clarifier* et de *codifier* ce domaine particulier du droit canadien. Enfin, elle devait *établir un rapport d'harmonie* entre les droits anglais et canadien des lettres de change et des billets. Sir John Thompson résume fort bien ces trois points lorsqu'il dit :

324. *Bills of Exchange Act, 1882*, précité, note 54.

325. B. RUSSEL, *op. cit.*, note 317, p. xix.

326. *Id.*, p. xxi.

327. *Id.*, p. xxii.

328. Les débats tenus devant la Chambre des communes et le Sénat sont reproduits en entier dans D. GIROUARD, *Girouard on Bills and Notes*, Montréal, Jos. M. Valois, Bookseller and Publisher, 1891, pp. 347-513. Toutes les références à ces débats dans le présent article sont tirées de cet ouvrage.

329. *Acte des lettres de change*, précité, note 2.

The object of this Bill is to *render uniform in almost every particular the laws throughout the Dominion with respect to these contracts*. The law under this Bill will be uniform in every particular, except as regards statutory holidays, in respect of which special provision is to be made as regards the Province of Quebec. I may say that *the Bill is principally the codification of the existing law relating to bills, cheques and promissory notes, and that the changes which are made in our law on these subjects are in the direction of making it uniform with the English Statute Law*. The changes thus made will render our law similar to the English law, excepting in two or three unimportant particulars [...]³³⁰.

En comité parlementaire, Langelier, membre de l'opposition, demanda au ministre de la Justice s'il entrait dans ses intentions de codifier l'ensemble du droit commercial canadien. Celui-ci l'informa alors qu'il ne caressait nullement un tel projet³³¹. Un an plus tard, au cours d'une discussion relative à la responsabilité d'une personne agissant en qualité de représentant du tireur ou de l'endosseur, sir John Thompson devait affirmer que la loi fédérale n'aurait pas pour effet de modifier les règles générales du mandat que prévoyait le droit civil provincial : « The question is whether we should not adopt the existing law, or whether we should change the law, not only with regard to bills of exchange and promissory notes, but with regard to contracts generally. I think it is simpler to leave the law with regard to these contracts as it is with regard to other contracts³³². »

Intrigué par l'article 51 (1) de la loi qui édictait « [qu']il n'est pas nécessaire, sauf dans la province de Québec, de noter ou protester [une] lettre [intérieure], pour conserver le droit de recours contre le tireur ou l'endosseur », un député s'enquit auprès du ministre des motifs justifiant l'adjonction de cette exception. Sir John Thompson répondit :

Merely because that is now the law of the Province of Quebec, and *it was thought best, in drawing this Bill, to avoid altering the law which is peculiar to that Province in regard to bills and notes, except where it could be done without inconvenience*.

[...]

M. White : [La loi ne vise-t-elle pas cependant à uniformiser les tarifs que peuvent exiger les notaires qui exécutent un protêt ?]

Sir John Thompson : I said that it was the object to make the provisions of the Bill uniform *whenever we could do so* [...]³³³.

La loi ne semble donc pas avoir été édictée afin de régir autre chose que les effets de commerce. À l'instar des lois de 1793 et de 1849 ainsi que du titre premier du Livre quatrième du Code civil, elle tend plutôt à réunir sous un même chapeau l'ensemble des règles de droit qui font de l'effet de

330. D. GIROUARD, *op. cit.*, note 328, p. 347 (le 4 février 1889) ; l'italique est de nous.

331. *Id.*, p. 351 (19 février 1889).

332. *Id.*, p. 439 (25 février 1890).

333. *Id.*, p. 416 (25 février 1890) ; l'italique est de nous.

commerce un contrat distinct. Une lecture de cette loi impose pareille conclusion. Tel qu'en fait foi l'extrait précité, à l'intérieur de cette sphère limitée (droit des effets de commerce au sens strict), on a même choisi de maintenir en vigueur certaines des règles particulières au droit québécois des lettres de change. Il faut avouer que ce sont peut-être des motivations purement mercantiles qui ont justifié l'adoption de l'article 51 (1) de la loi. Comme le faisait en effet remarquer avec cynisme un sénateur³³⁴, les notaires québécois, fort bien représentés au Parlement fédéral, tiraient un revenu considérable de cette formalité de protestation. Ils n'avaient donc aucun intérêt à la voir disparaître.

Le ministre Thompson et le sénateur Abbott ont maintes fois insisté sur le fait que la loi n'était rien de plus qu'une « consolidation³³⁵ », une « codification³³⁶ » ou une « reproduction³³⁷ » du droit des effets de commerce en vigueur au Canada. « There is really no absolutely new legislation in the Bill, from one end to the other³³⁸ » de dire le sénateur Abbott. Le droit en question aurait été tiré des décisions judiciaires, des usages, du *Code civil du Bas Canada*, des différentes lois provinciales et en grande partie (*largely from*) du droit en vigueur en Angleterre³³⁹.

Dire de la loi fédérale qu'elle est issue « en grande partie » du droit anglais est un euphémisme. Le terme « plagiat » serait de beaucoup plus approprié. Sous réserve de certaines modifications d'importance mineure³⁴⁰, l'*Acte des lettres de change* constituait une reproduction intégrale d'une loi britannique, en l'occurrence, le *Bills of Exchange Act, 1882*³⁴¹. On avait fait la sourde oreille aux sages recommandations de Russel. Cette dernière loi était directement inspirée, sinon elle-même copiée, des propositions faites par sir Mackenzie Chalmers dans son ouvrage *A Digest of the Law of Bills of Exchange, Promissory Notes, Cheques and Negotiable Securities*³⁴². Chalmers avait d'ailleurs été chargé de la rédaction du projet de loi. Au total, 2 500 décisions et 17 lois auraient été compulsées par l'auteur dans la préparation de son ouvrage³⁴³.

334. *Id.*, p. 489 (26 mars 1890).

335. *Id.*, p. 350 (19 février 1889).

336. *Ibid.*

337. *Id.*, p. 475 (21 mars 1890).

338. *Id.*, p. 481 (26 mars 1890).

339. *Ibid.*

340. Voir A. PERRAULT, *op. cit.*, note 269, t. 3, pp. 152-153.

341. *Bills of Exchange Act, 1882*, précité, note 54. Le 21 mars 1889, sir John Thompson affirmait ce qui suit devant la Chambre des communes : « I think this will be found to be the simplest Bill on the paper, because it is almost an exact transcript of the English Act and our own law » : D. GIROUARD, *op. cit.*, note 328, p. 352.

342. M. CHALMERS, *op. cit.*, note 55 : 1^{re} éd., 1878 et 2^e éd., 1881.

343. M. CHALMERS, *op. cit.*, note 55, p. xliii.

L'adoption pure et simple de la loi anglaise constituait pour le Parlement fédéral une solution d'autant plus séduisante qu'elle n'appelait aucun effort véritable de synthèse ou de réflexion. Au surplus, la législation coloniale préconfédérale s'étant inspirée directement des règles anglaises en matière de droit des effets de commerce au sens strict, règles que constatait le *Bill of Exchange Act, 1882*, rien ne s'opposait véritablement à cet « emprunt » de la loi anglaise. Cette façon de procéder avait bien sûr pour avantage l'établissement de liens étroits entre les droits anglais et canadien des effets de commerce. Encouragée par certains³⁴⁴, cette démonstration de servilité n'en était pas moins désapprouvée par plusieurs³⁴⁵. Le désir d'harmoniser les droits métropolitain et canadien explique aussi la présence dans le projet de loi du ministre Thompson de l'article 96 qui énonçait : « The rules of the common law of England, including the law merchant, save in so far as they are inconsistent with the express provisions of this Act, shall continue to apply to bills of exchange, promissory notes and cheques. »

Il est important de noter que cette disposition était une reproduction fidèle de l'article 97 (2) de la loi anglaise de 1882. Cet article fut toutefois mis de côté au moment de l'adoption de la loi, sous prétexte de l'incertitude générée par les mots *common law of England*. Cette expression incluait-elle la législation anglaise ? Si oui, dans quelle mesure devenait-elle partie intégrante du droit canadien des lettres de change³⁴⁶ ? Curieusement, ceux-

344. D. GIROUARD, *op. cit.*, note 328, p. 375 (Weldon, 28 janvier 1890) ; p. 377 (Langelier, 28 janvier 1890) et p. 381 (Barron, 28 janvier 1890).

345. *Id.*, p. 369 (Girouard, 21 mars 1889) ; p. 380 (Mitchell, 28 janvier 1890) ; p. 402 (Jones, 25 février 1890) et p. 445 (sir Richard Cartwright, 6 mars 1890).

346. Voici ce que disait sir John Thompson au sujet de cet article (D. GIROUARD, *op. cit.*, note 328, p. 461 (séance du 1^{er} mai 1890)) : « It is proposed to omit altogether section 96 which provides that the rules of the common law of England, save in so far as they are inconsistent with the express provisions of this Act, shall continue to apply to bills of exchange, promissory notes and cheques. I understand, from reading the debates in which that amendment was suggested, that the section was understood to be unnecessary, and possibly leading to some uncertainty as to what should be considered, in this country, the common law of England, and whether we were not, in one sense of the use of that term, including too much of the statute law, and in another and more restricted sense, in which we use the term common law, were leaving out statutory provisions altogether. I do not understand that there is any provision in the statute of Anne which is not expressly embodied here ; but the omission of the clause will leave the matter as it stands now, to be determined by the rules of the common law. » Au Sénat, le sénateur Abbott devait affirmer ce qui suit (p. 511 (26 mars 1890)) : « There is one clause here which none of us see the use of. It is the 96th clause : we do not know what the bearing of it would be. It is confusing, because the rules of the common law in England are not the rules that we have been in the habit of applying to cheques. I move to strike out the 96th clause. »

là mêmes qui s'opposèrent à l'adoption de cet article en 1890 devaient en appuyer l'ajout un an plus tard³⁴⁷. Le 4 juin 1891, le sénateur Abbott affirmait ce qui suit :

The other substantive alteration which this Bill makes is to reinsert in the Act a clause which was in the original draft, but which was left out. It is to be found in the previous law and it was so in the Code. There was a similar clause in the Lower Canada Code — simply to make the common law of England apply upon a point where it is not inconsistent with the provisions of the Bill. I did not think last session, when the Act was passed, that that clause was necessary, and others were of the same opinion ; but it seems to have caused a certain amount of doubt and uneasiness that there is no system of law to be referred to *in the event of a dispute as to the construction of the statute*, and it is considered important that this should be got in³⁴⁸.

Dans l'esprit du sénateur Abbott, l'article de renvoi semblait donc nécessaire pour élucider les problèmes que pouvait soulever l'*interprétation des dispositions techniques* énumérées dans la loi fédérale. En outre, s'il était destiné à permettre l'incorporation de règles issues du droit anglais, on peut supposer que ces dernières devaient s'apparenter, quant à leur nature, à celles dont faisait état la loi fédérale.

En conséquence, le 28 août 1891 était promulgué l'article 8 de l'*Acte modifiant l'Acte des lettres de change*³⁴⁹ : « The rules of the common law of England, including the law merchant, save in so far as they are inconsistent with the express provisions of the [...] Act [...] *shall apply, and shall be taken and held to have applied* [...] to bills of exchange, promissory notes and cheques³⁵⁰. » (L'italique est de nous.)

Cette nouvelle « consécration du désordre » alimentera le débat jurisprudentiel durant les années à venir.

347. *Acte modifiant l'Acte des lettres de change*, (1891) 54-55 Vict., c. 17, art. 8.

348. A. PERRAULT, *op. cit.*, note 269, t. 3, pp. 164-165 (séance du 4 juin 1891) ; l'italique est de nous.

349. *Acte modifiant l'Acte des lettres de change*, précité, note 347.

350. Lors de la révision de 1906 (S.R.C., c. 119, art. 10), les mots « and shall be taken and held to have applied » furent omis par le législateur. Le libellé de l'article 10 devait rester inchangé jusqu'à la révision de 1952. Dans cette dernière version, le verbe « shall » a été retiré (S.R.C., c. 15, art. 10). Depuis lors, le texte de l'article 10 (devenu aujourd'hui l'article 9 de la *Loi sur les lettres de change*) n'a pas été retouché dans sa version anglaise. La formulation du texte français de l'article 10 a été, quant à elle, légèrement modifiée lors de la refonte de 1985. L'article 10 (1970, c. B-5) se lisait comme suit : « Les règles de la *common law* d'Angleterre, y compris le droit commercial, sauf dans la mesure où elles sont opposées aux dispositions formelles de la présente loi, s'appliquent aux lettres de change, aux billets à ordre et aux chèques. » Le nouvel article 9 (1985, c. B-4) dispose maintenant : « Les règles de la *common law*, y compris en droit commercial, s'appliquent aux lettres, billets et chèques dans la mesure de leur compatibilité avec les dispositions expresses de la présente loi. »

En somme, de ce bref exposé on peut conclure que lorsqu'en 1890 le Parlement central exerce sa compétence exclusive en matière de lettres de change et de billets à ordre, il entendait le faire d'une façon complète puisqu'il entraînait dans son intention de faire de l'*Acte des lettres de change* une codification du droit canadien des effets de commerce au sens strict³⁵¹.

Conclusion

Les rédacteurs de la loi fédérale de 1890 désiraient faire de celle-ci une *codification* du droit canadien des effets de commerce. Une telle entreprise suppose toujours un désir d'exhaustivité. Le législateur devait donc avoir à l'esprit les limites à l'intérieur desquelles il lui était constitutionnellement possible d'intervenir lorsqu'il a édicté l'*Acte des lettres de change*. De plus, le courant jurisprudentiel représenté par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Smiles c. Bedford*³⁵² ne devait pas lui être complètement étranger. Rappelons que dans cet arrêt la Cour avait affirmé que la compétence du Parlement central à l'égard des différentes matières qui lui avaient été attribuées par la Constitution n'excédait pas en étendue celle que détenaient les colonies avant la Confédération.

Fait significatif, l'attitude du Parlement central semble justement avoir été calquée sur celle des législateurs de 1849 et 1866. Le législateur fédéral a affirmé son intention de limiter son entreprise de codification aux seuls lettres de change et billets. En outre, il appert d'une lecture de la loi que l'unification qu'il prônait visait uniquement certains des usages spécifiques aux effets de commerce : protêt, acceptation, présentation à paiement, etc., soit les aspects qui font de ces ententes des contrats particuliers. Son attitude diffère de celle qu'adoptèrent les législateurs de 1849 et de 1866 en ce que le Parlement fédéral a colligé un plus grand nombre de ces règles tirées du droit des effets de commerce au sens strict. On constate également qu'en 1859 le législateur haut-canadien s'était lui aussi borné à inventorier ces règles qui font du droit des lettres de change et des billets un domaine particulier. Les fins législatives que le Parlement central se jugeait apte à poursuivre semblaient donc confinées à ce que les juges Tellier et

351. D'ailleurs, en vertu de l'article 95 de l'*Acte des lettres de change* (avec renvoi à l'Annexe 2), les articles 2279 à 2354 du *Code civil du Bas Canada* étaient abrogés « sauf en tant que ces articles, ou quelqu'un d'entre eux, ont trait à la preuve à l'égard des lettres de change, chèques et billets ». Quels sont les articles visés par la loi fédérale ? Cette disposition n'a-t-elle pas été abrogée implicitement au moment de l'adoption par le Parlement fédéral de l'*Acte de la preuve en Canada*, (1893) 56 Vict., c. 31 ? Toutes ces questions sont abordées par les auteurs suivants : A. GÉRIN-LAJOIE, « Quelle loi s'applique en matière de preuve relativement aux effets de commerce ? », (1926) 5 R. du D. 425 ; A. PERRAULT, *op. cit.*, note 269, t. 1, pp. 201-210.

352. *Smiles c. Bedford*, précitée, note 11.

Loranger avaient appelé « la forme, la négociabilité et [peut-être] la preuve des effets de commerce³⁵³ ». Puisqu'il désirait codifier le droit tel qu'il existait à ce moment, pourquoi s'étonner de cette identité d'approche ? Il paraît dès lors plausible de supposer qu'aux yeux du législateur fédéral de l'époque la portée de l'article de renvoi édicté en 1891 devait s'apparenter à celle des articles 25 de la loi de 1849 et 2340 du *Code civil du Bas Canada*³⁵⁴. Le sénateur Abbott avait d'ailleurs fait expressément référence à cette dernière disposition dans son allocution du 4 juin 1891³⁵⁵. Que l'expérience québécoise ait été examinée de façon minutieuse préalablement à l'adoption de la disposition fédérale de renvoi ne devrait pas étonner puisqu'il allait de soi que, dans les autres provinces, la common law viendrait compléter une loi fédérale silencieuse. En réalité, ce n'était qu'au Québec qu'une semblable disposition était susceptible de créer des difficultés.

L'objectif que nous nous étions fixé dans le présent article consistait simplement à offrir un aperçu de l'histoire du droit canadien des effets de commerce, et ce afin de délimiter l'étendue du pouvoir exclusif détenu par le Parlement fédéral en vertu de sa compétence sur ce type particulier de contrat. L'étude entreprise aura permis, nous l'espérons, d'asseoir sur des bases plus solides l'hypothèse voulant que l'ensemble des finalités législatives exclusivement attribuées au Parlement fédéral en vertu de l'article 91 (18) serait confiné aux dimensions purement techniques du contrat constitué par l'effet de commerce.

353. *Guy c. Paré*, précité, note 284, 454.

354. Dans un article subséquent, rappelons-le, nous aborderons le difficile problème de l'interprétation à donner à la disposition fédérale de renvoi.

355. *Supra*, note 348.