

Les Cahiers de droit

La force probante des registres et factures de commerce

Lubin Lilkoff



Volume 9, Number 3, September 1968

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1004520ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1004520ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Lilkoff, L. (1968). La force probante des registres et factures de commerce. *Les Cahiers de droit*, 9(3), 793–809. <https://doi.org/10.7202/1004520ar>

Tous droits réservés © Université Laval, 1968

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

Érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

La force probante des registres et factures de commerce

LUBIN LILKOFF,
Professeur
à la Faculté de Droit,
Université Laval.

La force probante des registres et factures de commerce

Importance de la tenue des livres. Les livres de commerce sont utiles au commerçant, individu ou personne morale, pour le bon fonctionnement du commerce et ils sont exigés par les pouvoirs publics.

Le commerçant doit avoir une certaine comptabilité qui lui permette de connaître, au jour le jour, l'état de sa situation financière. Il faut qu'il puisse calculer son prix de revient, surveiller l'état de sa trésorerie et administrer son affaire suivant les méthodes modernes d'une saine gestion. Pour cela la tenue régulière de certains livres s'avère indispensable. A l'heure actuelle l'importance de la comptabilité est telle que, parfois, l'usage des ordinateurs est seul en mesure de donner une réponse rapide et exacte aux problèmes qui assaillent quotidiennement les administrateurs des entreprises. Les livres, ou ordinateurs, sont indispensables pour tout commerce ou entreprise commerciale.

L'intervention du législateur s'impose pour régler la valeur probante des livres soit contre, soit en faveur du commerçant. Le commerce vit du crédit et la célérité des affaires empêche la constitution, dans un grand nombre de cas, d'une preuve préconstituée. Les livres de commerce sont des documents non signés par les parties et leur valeur probante est d'un intérêt tout particulier.

La loi impose la tenue de livres pour la protection des actionnaires, de l'épargne publique et, surtout, pour la prévention de la fraude fiscale. Ces buts devraient être atteints par l'existence, la tenue régulière et le contrôle des registres. Parfois on a le sentiment que ces contrôles accrus visent plus à réprimer toute velléité d'évasion fiscale, que la protection de la population en contrecarrant les entreprises ténébreuses des chevaliers d'industrie. Rappelons que les divers gouvernements — fédéral, provincial ou municipaux — confèrent aux commerçants la perception de certaines taxes indirectes, ce qui explique leur anxiété d'avoir une législation permettant, par un contrôle accru, la récupération intégrale de ce qui leur est dû.

Réglementation légale. Les textes qui régissent la force probante des livres se trouvent dans le Code civil. Ce sont les divers statuts qui imposent la tenue **des livres**.

Aucune disposition du Code civil ne mentionne nommément les livres ou registres des commerçants. L'article 1227 se rapporte aux « registres et papiers domestiques ». La jurisprudence décide que cette disposition régleme aussi les livres de commerce et la doctrine a suivi cette solution¹. L'article 1226, qui traite de la véracité de la date des écrits d'une nature commerciale, est la seconde disposition applicable aux livres en question. Le législateur a ignoré les factures de commerce. Ainsi le Code civil ne contient que deux dispositions concernant le sujet qui nous occupe.

Par contre, dans le droit statutaire, on trouve un grand nombre de textes qui réfèrent aux livres de commerce. Il serait fastidieux de les énumérer intégralement. A titre d'exemple nous en indiquerons quelques-uns et, en vue d'en indiquer la finalité, nous les avons groupés en cinq catégories assez arbitraires.

Le législateur a imposé, d'abord, l'obligation de tenir des registres afin de vérifier l'impôt du commerçant. Tel est le but de la loi fédérale de l'impôt sur le revenu, ainsi que celui de la loi provinciale portant le même nom et de la loi de l'impôt payable sur les opérations forestières².

Des registres sont aussi exigés du commerçant qui perçoit des taxes indirectes. Nous connaissons les difficultés que suscite la définition même de taxe indirecte et, laissant la discussion ouverte, estimons qu'un impôt est indirect s'il est perçu soit lors du transfert de propriété de la marchandise, soit lors de son déplacement³. Les lois fédérales sur l'accise, sur la taxe d'accise et des douanes pourraient entrer dans cette catégorie. Parmi

¹ « Par registre on entend un cahier dans lequel une personne inscrit des choses qui l'intéressent comme les entrées qu'un commerçant fait de ses affaires et plus spécialement de ses achats et ventes et des paiements qu'on fait », P. B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien* (1902) t. 6, p. 48.

« On entend par registres domestiques les livres, carnets ou livrets à plusieurs feuillets reliés ensemble, dans lesquels certaines personnes ont l'habitude de noter pour mémoire soit les actes juridiques, soit les actes ordinaires de la vie civile. La jurisprudence québécoise a fait entrer les registres commerciaux dans cette catégorie. Les livres des marchands, contenant les entrées de ses achats et ventes et des paiements qu'on lui a faits, constituent, en effet, d'après cette jurisprudence, la catégorie la plus importante de ces écrits n'ayant pas le caractère d'actes », *Traité de droit civil du Québec* (1965) t. 9, par A. NADEAU et L. DUCHARME, n° 388, p. 296.

² *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, chap. 148, art. 125 et s. ; *Loi de l'impôt provincial sur le revenu*, S.R.Q. 1964, chap. 69, art. 139 et s. ; *Loi de l'impôt sur les opérations forestières*, S.R.Q. 1964, chap. 68, art. 18 et s.

³ « On peut, d'après l'impôt direct, chercher à déterminer directement et par des moyens divers les éléments de la fortune des contribuables pour les taxer en conséquence. On peut encore, d'après l'impôt indirect, employer une méthode plus sommaire et prélever l'impôt à l'occasion d'actes effectués par le contribuable... » P. H. GUIMONT et G. TREMBLAY, *Les finances publiques* (résumé d'un cours), École de Commerce de l'université Laval, cours polycopié, à la p. 56.

les lois provinciales, qui exigent la tenue de livres, on peut mentionner la loi de l'impôt de la vente en détail, celles sur le tabac ou sur l'essence ⁴.

Des statuts exigent des livres pour la bonne gestion de l'entreprise et la protection des actionnaires ⁵. D'autres lois visent manifestement la protection du public ⁶.

Enfin, la loi sur la liquidation des compagnies insolvable et la loi sur la faillite veulent, par la tenue des livres, prévenir les faillites frauduleuses ⁷.

Cette simple énumération est suffisante pour indiquer le rôle prépondérant du droit statutaire dans la réglementation des livres de commerce. Malheureusement aucune étude de synthèse n'a, à notre connaissance, été faite à ce sujet. Mais nous devinons les raisons de cette carence apparente. Les dispositions concernant les livres de commerce sont mieux analysées dans le contexte de chaque loi. L'étude des livres d'une compagnie par actions, par exemple, est plus valable si elle est rattachée à l'ensemble de l'économie de cette loi.

Pour ce même motif nous nous limiterons au droit privé en excluant les ordinateurs qui n'ont fait l'objet d'aucune loi particulière. Nous examinerons, en trois points, la force probante des registres de commerce, la présomption de véracité de la date des écrits d'une nature commerciale et la force probante des factures.

⁴ *Loi sur l'accise*, S.R.C. 1952, chap. 99, art. 31, 134, 219, 230, 231 ; *Loi sur la taxe d'accise*, S.R.C. 1952, chap. 100, art. 55 ; *Loi sur les douanes*, S.R.C. 1952, chap. 58, art. 169 ; *Loi de l'impôt sur la vente en détail*, S.R.Q. 1964, chap. 71, art. 16 ; *Loi de l'impôt sur le tabac*, S.R.Q. 1964, chap. 72, art. 14 ; *Loi de la taxe sur la gazoline*, S.R.Q. 1964, chap. 74, art. 6.

⁵ Parmi les lois fédérales on peut citer : *Loi sur les compagnies*, S.R.C. 1952, chap. 53, art. 170, 173, 201 ; *Loi concernant les compagnies d'assurance canadiennes et britanniques*, S.R.C. 1952, chap. 31, art. 132 ; *Loi sur les compagnies de prêt*, S.R.C. 1952, chap. 170, art. 50 et s. Voici quelques lois provinciales : *Loi des mines*, S.R.Q. 1964, chap. 89, art. 17 ; *Loi des terres et forêts*, S.R.Q. 1964, chap. 92, art. 101 ; *Loi des assurances*, S.R.Q. 1964, chap. 295, art. 81, 161.

⁶ *Code criminel*, S.C. 1954, chap. 51, art. 345 ; *Loi des licences*, S.R.Q. 1964, chap. 79, art. 112 ; *Loi du courtage immobilier*, S.R.Q. 1964, chap. 267, art. 9.

⁷ *Loi sur les liquidations*, S.R.C. 1952, chap. 296, art. 57, 147 ; *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1952, chap. 14, art. 158. Remarquons que les statuts mentionnés dans les notes 2, 4, 5, 6 et 7 ont subi de multiples amendements mais que les dispositions concernant la réglementation des livres de commerce sont demeurées sensiblement les mêmes. Nous demanderons donc au lecteur intéressé de vérifier lui-même lesdits amendements, puisque l'objet de cet article concerne uniquement la force probante des livres eu égard au droit privé.

1. Force probante des registres de commerce

Notre intention étant de discuter du principe de la force probante des registres, nous négligerons les paragraphes 1 et 2 de l'article 1227 du Code civil, ainsi que les articles 1228 et 1229.

Dans les quelques lignes qu'il consacre aux registres de commerce, Mignault constate qu'en France les marchands sont obligés à tenir certains livres qui, si régulièrement tenus, constituent une certaine preuve entre les commerçants et servent comme commencement de preuve par écrit à l'encontre des non-commerçants. L'auteur remarque que « nous n'avons rien de tel dans notre droit »⁸.

En fait le droit français contient un assez grand nombre de dispositions qui se trouvent soit dans le Code civil (Code Napoléon), soit dans le Code de commerce. Ces textes apportent des solutions différentes en matière civile ou commerciale. Puisque notre jurisprudence, ainsi que nous le constaterons subséquemment, s'en inspire, il faut, d'abord, résumer les solutions françaises. Car, si au Québec on assimile le registre domestique au livre de commerce⁹, en France la distinction est très nette.

Livres de commerce et registres domestiques en France. Le Code de commerce fait de la tenue des livres une obligation professionnelle. Le titre deuxième du livre premier est entièrement consacré aux livres de commerce : tout commerçant, individu ou société, doit tenir des livres (art. 8) et faire un inventaire annuel (art. 9) ; ces livres doivent être cotés et paraphés par les autorités compétentes, tenus chronologiquement sans blancs ni altérations (art. 10) et conservés, ainsi que la correspondance reçue et les copies des lettres envoyées, pendant un délai de dix ans (art. 11) (10). Ces obligations sont sanctionnées par des sanctions pénales (emprisonnement et amende) ainsi que par des sanctions civiles (les livres ne peuvent faire foi au profit de ceux qui les auront tenus : art. 13 qui réfère aux faillites et banqueroutes). Il n'est pas surprenant qu'une tenue aussi rigide des livres permet, si régulièrement tenus, au juge de les accepter comme moyen de preuve entre commerçants pour faits de commerce (art. 12 et 109). Le domaine d'admission de cette preuve est restreint.

⁸ P. B. MIGNAULT, *op. cit. supra*, note 1, à la p. 49.

⁹ *Supra*, note 1.

¹⁰ Les articles originaux 8 à 11 du Code de commerce furent modifiés par un décret du 22 septembre 1953 pour être adaptés à la nouvelle technique de comptabilité.

Le Code civil français contient quelques dispositions relatives aux registres et papiers domestiques. L'article 1331 nous intéresse plus particulièrement, puisque notre article 1227 lui est identique¹¹. Le droit français attache à ces registres « une force probante moindre qu'aux livres de commerce, par cette double raison que, d'une part, étant purement facultatifs, ils ne sont assujettis à aucune formalité, et que, d'autre part, leur altération ne donne lieu à aucune sanction pénale »¹². En conséquence ces registres ne font jamais foi au profit de celui qui les a tenus, sauf « à titre d'appoint, c'est-à-dire pour compléter ou préciser une démonstration résultant déjà d'autres documents »¹³. La force probante de ces registres est donc assez modeste et, en plus, on peut prouver contre et outre leur contenu¹⁴.

Remarquons que le Code Napoléon contient en plus deux dispositions spéciales se rapportant aux registres des marchands. Les articles 1329 et 1330 stipulent que les livres ne peuvent pas servir à l'encontre du non-commerçant mais qu'ils font preuve en leur faveur. Ces articles s'intègrent dans l'esprit des dispositions correspondantes du Code de commerce.

Sources de l'article 1227 du Code civil. On a déjà indiqué que cet article est identique à l'article 1331 du Code civil français. En conséquence, si on veut s'inspirer des solutions françaises, il faut suivre celles du droit civil et rejeter celles du droit commercial. Ainsi, sur ce point, les solutions du droit commercial québécois seraient celles du droit civil français. C'est une constatation assez curieuse et il faut la vérifier.

Les commissaires devaient reproduire dans le Code civil du Bas-Canada « les lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et qui sont d'un caractère général et permanent, soit qu'elles se rattachent aux affaires de commerce ou à des affaires de toute autre nature » ; la rédaction du nouveau code devait être faite sur le plan et inclure « la même somme de détails sur chaque sujet que les codes français connus sous le nom de Code civil, Code de commerce . . . »¹⁵

Les membres du comité devaient codifier l'état du droit au Québec. Or, l'obligation de tenir des registres était une obligation profes-

¹¹ Citons les cas spéciaux des articles 46 et 324 du Code civil français qui se rapportent aux registres en matière d'état civil.

¹² A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, 10^e éd., par L. J. de la MORANDIÈRE (1953) t. 2, n^o 763, p. 510.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Traité élémentaire de Planiol*, refondu et complété par G. RIPERT et J. BOU-LANGER, 4^e éd. (1952), t. 2, n^o 2238, p. 722.

¹⁵ *Acte pour pourvoir à la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles et à la procédure*, (1857) 20 Vict., chap. 43, art. IV et VII.

sionnelle qui existait dans l'Ancien droit. « Elle était imposée aux commerçants par l'Ordonnance de 1673 (tit. 111) »¹⁶.

On sait qu'une partie de la doctrine reconnaît l'application de cette Ordonnance en Nouvelle-France, quoique la Cour Suprême et le Conseil Privé s'en soient exprimés à plusieurs reprises dans le sens contraire¹⁷. Il est manifeste que les commissaires, en rédigeant l'article 1227, n'avaient pas en vue les livres des marchands. Les sources auxquelles ils réfèrent établissent clairement ce fait¹⁸. Serait-ce donc un oubli de leur part ou une assimilation des livres de commerce aux registres domestiques ? Car, ils s'insurgent contre la divergence des règles de preuve en matière civile et commerciale et estiment que cette dualité n'a plus sa raison d'être¹⁹.

Quel qu'en soit le motif, l'assimilation des livres de commerce aux registres domestiques est faite aussi par la doctrine et la jurisprudence et il faut analyser leur force probante.

a) Force probante des livres à l'égard des tiers

Le commerçant ne peut invoquer les livres en sa faveur. Ce principe est édicté clairement dans le Code : « les registres et papiers domestiques ne font point foi en faveur de celui qui les a écrits » (art. 1227). Il est fondé sur la considération, donnée déjà en droit romain, qu'il serait pernicieux « d'ajouter foi à une écriture privée ; car chacun pourrait, par une note écrite de sa main, se constituer des débiteurs »²⁰. Ce

¹⁶ G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 5^e éd., par R. ROBLLOT (1963), t. 1, n° 432, p. 207.

¹⁷ A. PERRAULT, *Traité de droit commercial*, (1936) t. 1, n° 104 et s., pp. 108 et s.

¹⁸ 2 POTHIER (Bugnet), *Oblig.*, n° 758-9 : le paragraphe 758 commence ainsi : « Après avoir traité des papiers-journaux des marchands il est de l'ordre de parler de ceux des particuliers qui ne sont pas marchands ». BOICEAU (Danty), *Preuves*, part. 1 chap. 8, n° 12 et s. commente la force probante des livres de « Titius homme privé, qui n'est point un marchand », *C. de probat.*, Liv. 5, Titr. 19, L. 7 réfère à la défense de se constituer soi-même des débiteurs par des notes écrites personnellement ; nous savons que le droit romain ignorait la distinction du droit civil et du droit commercial. Voir C. de LORIMIER, *La bibliothèque du Code civil de la province de Québec*, (1883) vol. 9, pp. 494-499.

¹⁹ « Autrefois il existait une grande divergence entre les règles de la preuve en matières de commerce, et celles des affaires civiles. Cette divergence a été tellement diminuée par la législation récente, qu'il serait à propos d'examiner s'il ne serait pas mieux d'arriver à une assimilation absolue avec des règles uniformes pour tous les cas », *Rapport des codificateurs*, premier rapport (1865) vol. 1, p. 29.

²⁰ *C. de probat.*, Liv. 4, Tit. 19, L. 7, *supra*, note 18.

fondement inspire nos solutions jurisprudentielles²¹ et la doctrine reprend les motifs du droit romain²².

La jurisprudence est constante dans l'application de ce principe énoncé si formellement dans la loi²³. Elle l'a appliqué dans ses conséquences logiques les plus inattendues. Ainsi, dans une espèce plaidée devant la Cour Supérieure, le juge devait se prononcer sur la prescription d'un billet : la demanderesse voulait faire la preuve de l'interruption de la prescription en exhibant une feuille du grand livre ; le défendeur nia avoir fait l'acompte qui paraissait sur cette feuille. La cour a décidé que « d'après les art. 1227, 1228 et 1229 c.c. cette entrée dans les livres de la demanderesse ne saurait faire preuve en sa faveur »²⁴. Dans une autre espèce il s'agissait de décider si le journal des comptes d'un médecin pouvait être utilisé après sa mort par son héritière pour faire la preuve des services rendus et non payés. Il fut décidé que le document produit « ne constitue pas un titre en faveur de la demanderesse et il ne prouve pas, à lui seul, que les services ont été rendus, les remèdes fournis, ni que les montants chargés sont exacts »²⁵. Bien que ces services étaient de nature civile, il nous semble que les principes applicables en droit commercial sont les mêmes.

La rigueur de cette règle est, en principe, telle que le commerçant ne peut se servir de ses livres comme commencement de preuve par écrit²⁶.

Il faut ajouter cependant quelques précisions. La prohibition de l'article 1227 du Code civil ne concerne pas « la preuve des faits matériels lesquels, pris isolément, ne prouvent pas la convention d'un prêt, mais tirent leur force probante de présomptions précises, graves et concordantes, lesquelles présomptions, cette fois, sont de nature à prouver l'existence de nombreux prêts faits . . . ». Dans ce cas la preuve testimoniale est admise même en matière civile²⁷.

²¹ *Malo v. Dalpe*, [1948] C.S. 145 ; à la p. 147 le J. BOYER cite MIGNAULT : « Nul ne peut faire preuve en sa faveur par un écrit fait par lui ».

²² A. NADEAU et L. DUCHARME, *op. cit. supra*, note 1, n° 390, à la p. 298.

²³ *Cobetto v. Bélanger Bowling Alley and Restaurant Ltd.*, [1955] C.S. 301, à la p. 309 ; A. NADEAU et L. DUCHARME, *op. cit. supra*, note 1, n° 389, p. 297 et la jurisprudence citée à la note 68.

²⁴ *Arnold Farms Ltd. v. Déziel*, [1962] R.L. 427, à la p. 428.

²⁵ *Savard v. Tremblay*, [1960] C.S. 693, à la p. 697 ; dans l'espèce citée l'action de \$3,000 fut accueillie parce que le défendeur a admis avoir reçu de tels services ; s'il avait nié, la demanderesse n'avait aucune preuve légale recevable devant le tribunal.

²⁶ A. NADEAU et L. DUCHARME, *op. cit. supra*, note 1, n° 390, p. 298. Nous indiquons plus loin que les livres peuvent servir de commencement de preuve contre lui.

²⁷ *Roy v. Chartier*, [1958] B.R. 406, à la p. 409.

En second lieu, il faut mentionner que le principe dont nous discutons ne s'applique pas aux éléments de preuve littérale qui n'émanent pas du créancier mais qui sont en sa possession : s'il a des écrits du débiteur, il peut s'en prévaloir. Cela va de soi et nous aurions hésité à faire une telle remarque si la Cour d'Appel n'avait pas été appelée à la faire²⁸.

Ces deux précisions concernent des cas qui ne sont pas des exceptions au principe qui défend au commerçant d'invoquer les inscriptions dans ses livres en sa faveur. Cependant la jurisprudence a accepté une telle exception en considérant que les livres constituent une *semi plena probatio* en faveur du commerçant.

La demi-preuve en faveur du commerçant. C'est une décision relativement ancienne qui est à l'origine de cette jurisprudence. En 1900, dans l'espèce *Garth v. The Montreal Park and Island Railway*, le juge Archibald a décidé que les entrées faites dans les livres du commerçant constituent une demi-preuve en sa faveur (*semi plena probatio*)²⁹. Cette décision fut reprise par la jurisprudence subséquente³⁰ et suivie par la doctrine³¹.

Une exception aussi contradictoire au principe général surprend et mérite qu'on examine sa raison d'être.

Dans la décision de *Garth* le juge motive son jugement en référant, d'abord, à deux décisions rendues en 1871 et 1885.

Dans la première, la Cour de Circuit avait décidé que le serment supplétoire d'un marchand peut être admis, si l'on veut prouver un compte pour marchandises vendues et livrées, s'il prouve que le défendeur achetait régulièrement chez lui³². Notons que cette décision ne concernait pas les livres de commerce mais que c'était une action sur compte.

La seconde décision concerne les livres d'achat, tenus en duplicata par le marchand et le client. Cette cause est à l'effet que, si le demandeur (le marchand) produit son livret devant la cour, mais que le défendeur

²⁸ *Ibid.*

²⁹ « Considering that a merchant's books form only a *semi-plena probatio*, which does not justify judgment unless completed aliunde, which suppletory evidence does not exist in this cause », *Garth v. The Montreal Park and Island Railway Company*, (1900) 18 C.S. 463, à la p. 467.

³⁰ *Cobetto v. Bélanger Bowling Alley and Restaurant Limited*, [1955] C.S. 301, à la p. 310 ; remarquons que le juge CHALLIES cite aussi MIGNAULT qui se prononce en faveur de la demi-preuve ; cependant, dans son traité, cet auteur ne fait que référer à la décision *Garth*.

³¹ P. B. MIGNAULT, *op. cit. supra*, note 1, à la p. 49, note (b).

³² *Bonnier v. Bonnier*, (1871) 3 R.L., p. 35.

omet de produire le sien et, si le défendeur admet avoir reçu livraison, la cour doit considérer que les écritures dans le livret du marchand (*pass-book*) sont exactes malgré la négation orale du défendeur. Cependant, précise le tribunal, cette règle ne s'appliquerait pas si le défendeur niait le contrat³³. Le juge Johnson motive sa décision sur le fait que les parties ont consenti à faire des transactions qui devaient être constatées par les deux livrets et que chaque partie en possédait le duplicata de l'autre ; il réfère à l'article 1333 du Code Napoléon et aux auteurs français qui ont exposé l'état du droit relativement à la preuve faite par taille et contre taille. La règle est la suivante : « Si le débiteur, par un motif quelconque ne représente pas la contre taille, et critique pourtant la taille représentée par le créancier, on doit en général tenir cette taille pour exacte . . . ». « Mais si le défendeur nie l'existence des fournitures, la taille ne fait pas preuve »³⁴.

Il est clair que les deux décisions susdites ne concernent pas les livres des marchands. Le juge ne devait pas y référer car les faits dans *Garth* étaient différents.

Cependant la décision, dans *Garth*, veut se baser aussi sur une citation de Taylor où cet auteur dit qu'en droit romain, la production des livres du commerçant, tenus régulièrement et suivant l'usage, constituait une présomption (*semi plena probatio*) de la véracité de sa réclamation ; que, dans ce cas, son serment supplétoire était admis. Taylor ajoute aussi que plusieurs systèmes de droit modernes suivent cette doctrine, tel le droit français où les livres régulièrement tenus constituent une demi-preuve qui peut être complétée par le serment supplétoire du marchand³⁵.

Or Taylor n'est pas cité par les commissaires dans les sources qui ont inspiré la rédaction de l'article 1227 du Code civil³⁶. De plus on sait, qu'en France, la règle du droit civil est différente de celle du droit commercial. Taylor écrit au sujet des livres des commerçants, tel que réglementés par le Code de commerce. Cependant nous savons que notre article 1227 s'inspire du droit civil français.

Ainsi fut introduite dans notre droit une exception du droit com-

³³ *Gaudry v. Judah*, (1885) 29 L.C.J., 282.

³⁴ *Ibid.*, à la p. 283.

³⁵ *Garth v. The Montreal Park and Island Railway Company*, *loc. cit. supra*, note 29, à la p. 366.

³⁶ Cet auteur est parmi les sources de l'article 1226 du Code civil, mais la citation dans *Garth* ne s'y trouve pas.

mercial français. Ce n'est pas étonnant que cette exception jure avec le principe péremptoire de l'article 1227 du Code civil³⁷.

Usage des livres comme indices ou présomptions en faveur du commerçant. C'est une autre exception à la défense faite au commerçant d'invoquer les registres en sa faveur. C'est la Cour d'Appel qui l'a formulée dans l'arrêt *Lynch v. Perron*. Après avoir constaté que « l'on attache trop d'importance, en pratique, aux entrées faites dans les livres », le juge Carroll écrit qu'elles ne font pas preuve en faveur du marchand et « qu'il en est différemment en France ». Mais le juge ajoute : « Sans doute ils [les livres] sont un élément que l'on peut prendre en considération pour appuyer une autre preuve, mais ils ne font pas preuve par eux-mêmes »³⁸. Il nous semble que, dans ce cas, les livres sont considérés comme un élément de crédibilité, c'est-à-dire, le juge peut les consulter afin d'être mieux informé sur la véracité d'une autre preuve, celle qui est légalement admissible. Le juge est autorisé à le faire car il ne s'agit plus d'admissibilité d'une preuve légale.

Certains auteurs mentionnent que « les livres des commerçants ne font, par ailleurs, aucune espèce de preuve en leur faveur, servant tout au plus d'indices ou de présomptions qu'il leur faut compléter par une preuve plus concluante »³⁹. Cette opinion, référant aux présomptions ou indices, est cependant basée sur la doctrine et la jurisprudence qui acceptent la demi-preuve⁴⁰ ainsi que sur les décisions qui ne concernent que les présomptions sans référer à la demi-preuve⁴¹. Il résulte que cette doctrine assimile l'exception de la demi-preuve, telle qu'énoncée dans *Garth* et cité dans *Cobetto*, à celle concernant les présomptions ou indices.

³⁷ LANGELIER, qui a écrit avant que la décision *Garth* soit rendue, énonce les solutions contraires en droit français et québécois : « En France, les livres des marchands, lorsqu'ils sont bien tenus, font, entre marchands, preuve non seulement contre eux, mais aussi en leur faveur. A l'égard des non-commerçants, ces livres ne font preuve que contre le marchand. En sa faveur, ils ne constituent qu'une semi-preuve, qui doit être complétée par le serment du marchand. Cette doctrine n'est pas admise chez nous. Mais la loi donne force probante à certains écrits non signés » : F. LANGELIER, *De la preuve en matière civile et commerciale*, (1894) n° 439, p. 192 ; nous ignorons à quels écrits il réfère dans sa dernière phrase.

³⁸ *Lynch v. Perron*, (1914) 23 B.R. 220, à la p. 223.

³⁹ A. NADEAU et L. DUCHARME, *op. cit. supra*, note 1, n° 389, p. 297 ; voir aussi n° 390, p. 298.

⁴⁰ *Ibid.*, n° 389, p. 297, note 69, où ils réfèrent à MIGNAULT, *Garth* et *Cobetto* qui acceptent le principe de la demi-preuve.

⁴¹ *Ibid.*, n° 389, p. 297, note 68, où ils citent : *Lynch*, *Arnold Farms* et *Bercovici*, décisions dans lesquelles la demi-preuve ne fut pas évoquée. Au n° 390, p. 298 leur note 72 réfère aux décisions *Leclerc v. Ferland*, *Savard v. Tremblay* et *Roy v. Chartier* qui ne se prononcent pas non plus sur la demi-preuve.

Il nous semble que les deux cas sont distincts. Ainsi dans *Garth* les livres sont acceptés en tant que preuve, mais il faut les compléter par une preuve supplémentaire. Mais, s'il s'agit de présomptions, les livres complètent une autre preuve existante. Dans le premier cas il s'agit d'admissibilité des livres comme preuve, dans le second cas, ils contribuent à la preuve en tant qu'élément de crédibilité.

Cas d'indivisibilité de la preuve qui favorise le commerçant. Si le cocontractant réfère aux livres du commerçant pour appuyer sa preuve, ce dernier est autorisé à se prévaloir des écritures dans ses livres. La jurisprudence base cette règle sur l'idée de l'indivisibilité des énoncés dans un document : une partie ne peut se prévaloir seulement des écritures qui lui sont favorables et s'objecter à ce que l'autre partie invoque d'autres écrits dans le même livre. La Cour de Révision s'est prononcée en ce sens et a estimé que celui qui invoque les livres du commerçant et « s'en fait un titre de créance pour les item portés à son crédit » ne peut interdire au commerçant de faire la preuve du débit ; car invoquer les livres du commerçant c'est faire l'aveu de l'existence de ce qu'ils énoncent, or l'aveu est indivisible⁴².

La question de l'indivisibilité de l'aveu a obligé notre jurisprudence à solliciter l'opinion de la doctrine française (Pothier, Toullier, Demolombe, Aubry et Rau, etc.). Devant « l'apparente contradiction dans les textes cités des mêmes auteurs »⁴³ cette question pourrait prêter à controverses. Nous ne discuterons pas cet aspect bien particulier de la preuve faite par les registres des marchands⁴⁴.

b) Force probante des livres à l'égard du commerçant

Les tiers peuvent invoquer les livres à l'égard du commerçant. Si l'article 1227 indique clairement que les registres ne font point foi en faveur de leur possesseur, par contre il n'énonce pas quelle est leur force probante à l'encontre du commerçant. En France le Code civil a prévu cette situation et son article 1330 stipule que « les livres des marchands

⁴² « Sans doute, mes livres ne peuvent pas en principe me faire un titre de créance à moi, et je ne pourrais pas m'en faire une preuve pour réclamer de vous la balance de \$250, qui y paraît m'être due. Mais si vous-même voulez vous en faire un titre, il faut que vous en preniez toutes les entrées, celles qui me libèrent, comme celles qui m'obligent », *Delaney v. Love*, (1898) 14 C.S. 40, à la p. 57.

⁴³ *Ibid.*, la Cour de Révision renvoie aux notes élaborées du président de la cour dans la cause *Bilodeau v. Lemieux*, 13 Q.L.R., aux pp. 181 et s.

⁴⁴ Signalons qu'en France un texte spécial prévoit cette situation : « Les livres des marchands font preuve contre eux ; mais celui qui en veut tirer avantage, ne peut les diviser en ce qu'ils contiennent de contraire à sa prétention », art. 1330 du Code civil.

font preuve contre eux ». L'absence de texte au Québec n'a pas empêché la doctrine d'adopter la même solution ⁴⁵.

En réalité la doctrine n'a fait qu'entériner la solution de la Cour Suprême nettement exprimée dans les deux arrêts *Darling v. Brown*. Le juge Taschereau a exprimé l'opinion de la cour que « The entries in his books [du commerçant] are according to our laws, conclusive proof against him unless otherwise explained or an error is accounted for . . . » ⁴⁶. Peu de temps après le même juge a exprimé cette règle de la manière suivante : « . . . for it is admitted that entries in a traders books made regularly are a complete proof against him, unless an error has been proved; . . . » ⁴⁷.

Le juge Taschereau n'indique pas les sources du droit québécois qui l'autorisent à formuler ce principe, contrairement au juge en chef qui discute en fonction des précédents anglais ⁴⁸. On peut constater une différence dans les deux énonciations du juge Taschereau : dans le premier arrêt il accepte la preuve contraire d'une manière large (« unless otherwise explained or an error is accounted for »), tandis que dans le second arrêt il accepte la preuve contraire en cas d'erreur seulement.

En 1903 la Cour d'Appel a énoncé un principe semblable, sans toutefois référer à la jurisprudence de la Cour Suprême. Le jugé de l'arrêt *Resther v. Matte* — cet arrêt infirme le jugement de la Cour Supérieure — résume bien les règles qui ont guidé la Cour d'Appel : « 1. Les entrées faites par un commerçant dans ses livres doivent être acceptées présumablement comme représentant fidèlement et correctement les faits ; et, sauf qu'une erreur soit établie par une preuve légale contraire elles font preuve contre lui (article 1226 et 1227 c.c.). 2. Le témoignage oral du commerçant lui-même ne peut détruire semblable preuve et, à lui seul, il ne constitue pas une preuve légale contraire » ⁴⁹. Cet arrêt est plus précis que celui de la Cour Suprême relativement au genre de preuve permise pour établir l'erreur dans les livres.

La preuve requise pour établir l'erreur. La présomption d'exactitude des livres peut être combattue « par une preuve légale contraire » mais le témoignage oral du commerçant ne constitue pas une telle preuve. L'expression « preuve légale », employée par la Cour d'Appel, réfère à la preuve admissible. Ce sont, principalement, les divers paragraphes

⁴⁵ P. B. MIGNAULT, *op. cit. supra*, note 1, t. 6, p. 49 ; A. NADEAU et L. DUCHARME, *op. cit. supra*, note 1, n° 389, p. 297.

⁴⁶ *Darling v. Brown*, (1876-77) 1 R.C.S. 360, à la p. 390.

⁴⁷ *Darling v. Brown*, (1877-79) 2 R.C.S. 26, à la p. 37.

⁴⁸ *Supra*, note 46, aux pp. 382 et s.

⁴⁹ *Resther v. Matte*, (1904) 13 B.R. 198.

de l'article 1233 du Code civil qui indiquent quand la preuve orale est admissible.

Si, en principe, au-delà de \$50 la preuve écrite est de règle, la preuve testimoniale est admise dans un assez grand nombre de cas : en matière commerciale, si la partie n'a pu se procurer une preuve écrite, lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit, etc. Cependant, dit la Cour d'Appel, dans tous ces cas la preuve orale serait refusée au commerçant lui-même ; cela est conforme à la règle que le commerçant ne peut invoquer ses livres comme commencement de preuve par écrit⁵⁰.

Le commerçant ne pourra donc prouver l'erreur que par un autre écrit ou par la preuve testimoniale des tiers, si celle-ci est admissible suivant l'article 1233 du Code civil.

Les livres constituent un commencement de preuve par écrit contre le commerçant. C'est l'application des principes fondamentaux concernant le commencement de preuve par écrit : les tiers se servent d'écrits contre celui qui les a tenus⁵¹.

2. Présomption d'exactitude de la date des écrits de nature commerciale

Présomption juris tantum. Si les écritures privées n'ont de date contre les tiers que dans les cas bien déterminés dans l'article 1225 du Code civil, cette règle ne s'applique pas aux écrits d'une nature commerciale : « ces écrits sont présumés avoir été faits au jour de leur date, sauf preuve contraire » (art. 1226 du Code civil)⁵².

Le fondement de cette disposition se trouve dans « la célérité essentielle au commerce » et aux relations de bonne foi entre les commerçants⁵³.

Domaine et condition d'application. L'article 1226 s'applique « aux écrits de nature commerciale » et la généralité de l'expression du texte permet d'étendre son domaine d'application aussi bien aux livres de commerce qu'aux autres écrits instrumentaires⁵⁴.

Pour que l'article s'applique il faut prouver, d'abord, la nature commerciale de l'écrit. Il faut référer à la théorie générale des actes de

⁵⁰ *Supra*, note 26.

⁵¹ A. NADEAU et L. DUCHARME, *op. cit. supra*, note 1, n° 390, p. 298. *Gardener v. Charlebois*, (1919) 55 C.S. 75 ; *Scanlan v. Smith*, (1894) 6 C.S. 58.

⁵² A. PERRAULT, *op. cit. supra*, note 17, n° 480, p. 477.

⁵³ A. NADEAU et L. DUCHARME, *op. cit. supra*, note 1, n° 382, p. 293.

⁵⁴ Ainsi A. NADEAU et L. DUCHARME, *op. cit. supra*, note 1, n° 383, p. 294, appliquent ce texte aux effets de commerce, factures, reçus et même simples lettres missives.

commerce et aux critères objectifs ou subjectifs. Puisque le droit commercial est un droit d'exception, la commercialité doit être alléguée et prouvée.

On connaît les difficultés que présente la commercialité formelle (lettres de change, billets ou chèques). Quant à la date de l'écrit, les difficultés sont évitées par l'article 29 de la Loi sur les lettres de change, qui stipule que leur date est considérée comme « la vraie date de la lettre », sauf preuve contraire. Cette disposition s'applique aussi aux chèques tirés sur une banque (art. 165) et aux billets (art. 186 de la Loi sur les lettres de change).

Écrit sans date ou avec date erronée. Si l'écrit, qualifié commercial au préalable, ne porte pas de date, les parties et les tiers peuvent se servir de la preuve orale pour l'établir. Si on prétend que la date est erronée, les tiers seuls peuvent en faire la preuve. La preuve orale sera permise soit parce qu'il s'agit de matière commerciale (art. 1233 al. 1), soit parce que la partie réclamante n'a pu se procurer une preuve écrite (art. 1233 al. 5). Les parties signataires de l'écrit sont empêchées de faire telle preuve car on ne peut faire une preuve orale « pour contredire et changer les termes d'un écrit valablement fait »⁵⁵.

3. Force probante des factures

Les trois cas en présence. Le Code civil ne contient aucune disposition concernant les factures et la force probante de ces dernières ne paraît pas avoir intéressé les auteurs. Les décisions de jurisprudence sont aussi relativement rares.

Il faut distinguer entre les trois cas qui peuvent se présenter en pratique. D'abord, lors de l'achat, la facture peut être faite par le commerçant et contresignée par l'acheteur. Dans ce cas on peut raisonnablement estimer que la facture constitue le contrat et énonce les diverses stipulations convenues entre les parties. La facture lie l'acheteur comme tout écrit valablement fait.

En second lieu, le client peut signer la facture lors de la réception de la marchandise. Il s'agit d'interpréter la portée de cette signature : l'acheteur qui, par sa signature, atteste la réception de la marchandise, a-t-il, par le fait même, souscrit aux conditions imprimées sur ce docu-

⁵⁵ Dans ce passage nous suivons l'exposé de A. NADEAU et L. DUCHARME, *op. cit. supra*, note 1, n° 385, p. 295.

ment ? Les divers arguments qu'on pourrait invoquer pour l'affirmative ou la négative nous incitent à la prudence sur cette question.

Enfin, troisième situation, le commerçant peut envoyer au client une facture non signée lors de l'achat par ce dernier. Ce document lie-t-il le client ?

En France l'article 109 du Code de commerce énumère les modes de preuve des achats et des ventes et, parmi ces modes, se trouve « la facture acceptée ». Il faut donc une acceptation expresse de la part de l'acquéreur. « Mais l'usage du commerce, contraire d'ailleurs à la règle générale, est qu'elle est acceptée tacitement par le silence de l'acquéreur, lorsque celui-ci, l'ayant reçue, ne proteste pas dans un délai normal. Toutefois, si la facture contient une mention contraire aux clauses du marché, il sera nécessaire de prouver l'acceptation de l'acquéreur »⁵⁶.

Relativement à la facture non acceptée la jurisprudence québécoise adopte sensiblement les mêmes solutions qu'en France.

La facture non acceptée ne constate pas la convention des parties et ne lie pas l'acquéreur. Quelques décisions assez récentes ont unanimement déclaré que la facture ne constitue pas le contrat et ne peut lier les parties⁵⁷. Si, par exemple, on imprime sur la facture « qu'un intérêt de 6% serait imposé après trente jours », cette mention ne prouve pas qu'une convention a été conclue à cet effet entre les parties⁵⁸.

La facture ne constitue donc pas un document de preuve même si elle est adressée par un commerçant à un autre commerçant ; il fut décidé que, ne portant aucune signature, une facture constatant la qualité, l'espèce et le prix des marchandises, ne peut constituer l'écrit requis par l'art. 1235 du Code civil pour prouver la vente de marchandises non livrées⁵⁹.

Mais le silence de l'acquéreur vaut acquiescement. Même si, en principe, le silence ne peut suffire pour valoir acquiescement aux prétentions de l'autre partie, il y a des circonstances qui, souverainement appréciées par le juge du fait, permettent d'interpréter l'attitude du destinataire comme un acquiescement.

Ce sont donc les circonstances dans chaque cas, particulièrement le silence « gardé par l'acheteur pendant un temps plus ou moins long après la réception de la facture et qui ne fait aucune réclamation pendant un certain temps après la réception de la facture », qui peuvent constituer

⁵⁶ G. RIPERT, *op. cit. supra*, note 16, (1964) t. 2, n° 2427, p. 130.

⁵⁷ *Lahoud v. Truchon*, [1949] B.R. 477, à la p. 484.

⁵⁸ *Canadian Casket Comp. Ltd. v. Giroux & Fils Inc.*, [1966] B.R. 398, à la p. 400.

⁵⁹ *Dion v. Mitchell*, (1923) 61 C.S. 357 ; *In re Ouellet : Hamel v. Lefebvre*, [1962] C.S. 327, à la p. 329.

une acceptation tacite⁶⁰. Dans *Vandry v. Gobeil* la Cour Supérieure a appliqué ce principe à quelqu'un qui estimait que les factures lui étaient adressées par erreur, mais qui n'a rien fait et s'est retranché dans le silence le plus complet : son silence fut considéré par la cour comme valant acquiescement.

Conclusion

L'étude des livres et factures de commerce révèle encore une fois les carences du Code civil en droit commercial. Les commissaires, qui n'ont reproduit que les règles concernant les registres et papiers domestiques en matière civile, n'ont pas expliqué pourquoi ils ont ignoré de si nombreux textes concernant cette matière et qui se trouvent à la fois dans le Code de commerce et le Code civil français. On ne s'étonne pas de cette situation qui caractérise le droit commercial québécois. Il suffit de considérer le fait que notre droit reconnaît la dualité du droit civil et du droit commercial mais n'énonce pas de critères de commercialité.

La jurisprudence s'est chargée encore une fois de dire et de créer le droit. Elle doit être épaulée par la doctrine dans la recherche de solutions cohérentes et pratiques.

⁶⁰ *Vandry Inc. v. Gobeil*, [1952] C.S. 193, à la p. 204.