

UNE CONTROVERSE AUX ALLURES DE *RÖSTIGRABEN* : LES DÉLICATES ÉTAPES DE L'UNITÉ DU DROIT SUISSE EN MATIÈRE DE PREUVE DES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES

Anne PEROZ*

INTRODUCTION

Selon les termes employés par le professeur Poudret il y a déjà plusieurs dizaines d'années, l'articulation entre droit privé fédéral et procédures cantonales demeure un grand « sujet d'étonnement pour les juristes étrangers et de tourment pour les juristes suisses »¹... Un véritable « tourment », en effet, tant les défis à relever sont à cette occasion nombreux, en termes de technique juridique mais aussi de maintien de l'équilibre interne de la Confédération. Le droit suisse de la preuve des obligations contractuelles en fournit un bel exemple. En 2011, le Code fédéral de procédure civile suisse efface les ultimes traces d'une controverse ayant fait couler beaucoup d'encre entre 1881 (adoption du premier Code fédéral des obligations) et 1907 (adoption du Code civil suisse). Désormais, les moyens de preuve des engagements contractuels sont régis par le droit fédéral et non plus par les cantons. En Suisse, cette unification n'a pas seulement été source de débats traditionnels sur la répartition verticale des pouvoirs entre État central et entités soumises à son autorité ; elle a aussi nécessité des compromis, des négociations délicates entre la Suisse

* Maître d'enseignement et de recherche en histoire du droit à l'université de Lausanne.

¹ J.-F. POUDRET, « Droit privé fédéral et procédures cantonales : sujet d'étonnement pour les juristes étrangers et de tourment pour les juristes suisses », *Revue internationale de droit comparé*, n° 2, 1987, pp. 433-449.

francophone, aux influences romanistes, et la Suisse alémanique, davantage marquée par le droit germanique. Les discussions houleuses auxquelles le sujet donne lieu de part et d'autre du pays ne peuvent que renvoyer au fameux « Röstigraben » – littéralement « fossé de rösti »² –, désignant les différences de mentalités, mais aussi de comportements lors des votations populaires, entre Suisse alémanique et Suisse romande.

L'idée d'une codification de droit privé est pourtant ancienne en Suisse et remonte à la première Constitution helvétique de 1798. Son article 48 évoque l'idée que « les lois civiles de chaque canton et les usages qui y ont rapport continueront à servir de règles aux tribunaux jusqu'à ce que les Conseils législatifs aient introduit, par degrés, l'uniformité des lois civiles »³. S'engageait là un processus long et difficile. Une ébauche de Code de procédure civile est présentée au Sénat et au Grand Conseil en 1799, par une commission de cinq membres mêlant Bernois, Vaudois, Zurichois et Glaronnais⁴. Mais, déjà, les débats sont nourris et marquent les prémices de l'une des controverses que nous évoquerons plus loin. La commission ne peut en effet s'entendre sur un point : devant les tribunaux civils, les procédures vaudoise et bernoise, toutes deux d'inspiration romano-canonique, font la part belle à l'échange des écritures, alors que les Glaronnais, par exemple, appliquent une procédure purement orale, d'inspiration germanique⁵. Les coups d'État de l'année 1800 entraînent l'arrêt des travaux de la commission. Puis, l'Acte de médiation (15 février 1803), et le Pacte fédéral (7 août 1815) ne faisant mention d'aucune compétence permettant d'unifier le droit civil, les 22 « Stände » s'en remettent à la pratique des concordats intercantonaux⁶. Sous l'empire de la Constitution du 12 septembre 1848, sont esquissées les bases d'une

² Précisons simplement que les röstis constituent un plat à base de pommes de terre râpées et grillées, très apprécié en Suisse alémanique.

³ D. BERBERAT, D. PERDRIZAT, « L'attribution progressive à la Confédération suisse de la compétence d'unifier le droit privé », in P. CARONI (dir.), *L'unification du droit privé en Suisse au XIX^e siècle*, Fribourg, Éditions universitaires de Fribourg, 1986, pp. 15-37.

⁴ P. CONOD, « L'unification de la procédure civile ou un bicentenaire inachevé », in J.-F. POUURET, E. MAIER, A. ROCHAT, D. TAPPY (dir.), *À cheval entre Histoire et Droit ; Hommage à Jean-François Poudret*, Lausanne, Bibliothèque historique vaudoise, 1999, pp. 431-447. Siègent ainsi dans la commission les Bernois Bernhard Friedrich Kuhn et Karl Koch, le Vaudois Louis Secrétan, le Zurichois Heinrich Rellstab, et le Glaronnais Johann Jakob Heussi.

⁵ Jean-François Poudret aborde la place de l'écrit et de l'oral, entre formalisme et consensualisme, à l'époque du Moyen Âge en Suisse : J.-F. POUURET, *Coutumes et coutumiers, partie VI : Les obligations*, Berne, Staempfli éditions, 2006.

⁶ Sur cette pratique des concordats, v. not. : R. PINNA, « Les concordats de droit privé et leurs rapports avec l'unification du droit privé en Suisse », in P. CARONI (dir.), *L'unification du droit privé...*, *op. cit.*, pp. 39-55. Et également : U. ABDERHALDEN, « La participation des parlements cantonaux à la conclusion de concordats intercantonaux », *Bulletin de législation*, n° 2, 1999, pp. XIII-XXIX.

unification civile. À première vue, pourtant, le texte n'en offre encore une fois pas les moyens. Certes, la Suisse acquiert une unité politique, mais la Confédération ne dispose toujours point de compétence en matière civile. Le contexte a toutefois changé. Le XIX^e siècle marque en effet pour la Suisse la voie du progrès économique : l'industrialisation gagne peu à peu sur le travail agricole, et l'entrepreneuriat intègre les classes dirigeantes⁷. Cette élite des affaires se mêle dès lors d'abolir les entraves à la prospérité du commerce en Suisse.

Ces réflexions trouvent écho au Conseil national en 1862. L'assemblée charge les professeurs Munzinger (Berne) et Fick (Zurich) ainsi que le D^r Burkhardt-Fürstenberger (Bâle) de réfléchir à l'opportunité d'une législation commune favorisant les transactions pour l'ensemble des cantons suisses⁸. Les trois rapports concluent aux bénéfices de l'introduction d'un Code de commerce, pour « raffermir le crédit des négociants suisses avec l'étranger et pour faciliter dans l'intérieur leurs relations »⁹. S'agissant cette fois du droit des obligations, les auteurs restent mitigés. Pour Fick, « la situation politique et culturelle dans les divers cantons met un sérieux frein à l'unification du droit des obligations »¹⁰ ; et pour Munzinger, cette dernière met en péril le « Volksgeist », les particularités cantonales issues de l'histoire. La création d'un État fédéral, le progrès économique, ne suffisent pas encore à effacer le traumatisme de la récente guerre du Sonderbund (1847), au cours de laquelle cantons catholiques et protestants se déchirent. En outre, à l'époque encore, l'un des milieux les plus réticents à l'unification civile est celui des juristes... En 1865, Andreas Heusler, historien du droit bâlois, rejette ainsi ouvertement l'idée d'une codification de droit privé en se rapportant à Carl Friedrich von Savigny¹¹ : « *So ist doch darüber nicht zu vergessen, dass eine unzeitige Gesetzgebung einen*

⁷ Au Conseil national, dans la seconde moitié du XIX^e siècle, le patronat (négociants, hôteliers, directeurs de grandes entreprises...) occupe jusqu'à 30 % des sièges aux côtés des professions libérales et des magistrats. Sur les bouleversements économiques et sociaux dans la Suisse du XIX^e siècle, v. B. VEYRASSAT, « Notes pour une histoire sociale de la bourgeoisie marchande en Suisse (XIX^e siècle) », in P. CARONI (dir.), *Le droit commercial dans la société suisse du XIX^e siècle*, Fribourg, Éditions universitaires de Fribourg, 1997, pp. 15-26 ; N. SCHMUKI, « Réflexions sur l'article 31 de la Constitution fédérale de 1874 », in P. CARONI (dir.), *Le droit commercial dans la société suisse...*, op. cit., pp. 27-43.

⁸ Sur l'œuvre de Munzinger, v. U. FASEL, *Memoria Munzinger : zum privatrechtlichen Wirken Walther Munzinger (1830-1873)*, Berne, 2001.

⁹ C. GASSER, « Considérations sur le projet de Code de commerce suisse de 1864 élaboré par Walther Munzinger », in P. CARONI (dir.), *Le droit commercial dans la société suisse...*, op. cit., pp. 55-64.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Sur l'unification du droit civil en Allemagne, v. justement : H.-P. BENÖHR, « L'unification du droit civil en Allemagne », in P. CARONI (dir.), *L'unification du droit privé...*, op. cit., pp. 217-240.

unvollkommenen Rechtszustand über Gebühr fixiert und der freien Entwicklung bedenkliche Fesseln anlegt »¹². L'année suivante, la Société suisse des juristes tient son assemblée à Aarau. Le professeur von Wyss (Zurich) s'y livre à une analyse de la législation suisse, reposant sur la mosaïque des droits cantonaux, mais aussi sur des intérêts communs. Il faut là résoudre un dilemme : le droit suisse est fait d'une part « d'un élément national, qui est stable et solidement attaché à l'histoire », et d'autre part « d'un élément cosmopolite et non immuable, de nature universelle, qui découle des relations avec le monde moderne en butte à de profondes transformations »¹³. Codifier le droit des obligations reviendrait à dépouiller les cantons d'une partie de leur souveraineté législative et à uniformiser des rapports interpersonnels dont l'appréhension est issue de l'histoire.

À Soleure, en 1868, la Société des juristes change toutefois sa manière d'aborder l'unification du droit privé. Le comité se penche sur la question suivante : « Quels sont les désavantages de la coexistence en Suisse de droits cantonaux différents, plus spécialement est-il désirable de créer pour l'ensemble de la Suisse un unique droit des obligations [...] pour remplacer les droits cantonaux, dont la diversité est particulièrement gênante pour le commerce et l'industrie »¹⁴ ? Le premier orateur, en la personne du conseiller d'État genevois Friedrich, précise que la première condition d'une unification du droit des obligations, c'est-à-dire une certaine harmonie, n'est pas remplie : « Il suffit de considérer quelques principes reçus dans les droits romands [...] et de mettre en regard les législations des cantons de la Suisse alémanique, pour bien saisir à quel point il serait impossible et injuste de vider certaines institutions de ce qui en fait des œuvres d'avant-garde et de les remplacer par d'autres, moins ou infiniment moins progressistes »¹⁵ ! Ainsi était posé le clivage entre Suisse francophone et Suisse alémanique, la discordance germano-latine... Le rapport de Simon Kaiser, directeur de banque à Soleure, adopte pour sa part une approche totalement différente des précédents : au lieu de se concentrer sur les différences entre droits cantonaux, il s'attache à démontrer que leurs ressemblances sont assez nombreuses et profondes pour permettre l'unification. Les cantons « forment un tout, le peuple suisse. Il est d'une importance capitale pour un peuple d'avoir le même droit » s'agissant des obligations, pour une sécurité juridique accrue, un développement économique plus aisé, mais aussi un

¹² *Zeitschrift für schweizerisches Recht-Revue de droit suisse*, Basel, C. Detloff's Buchhandlung, R. Reich, [dann] Helbing und Lichtenhahn, 1865, p. 133.

¹³ H. FRITZSCHE, *La Société suisse des juristes (1861-1960)*, Bâle, Édition Helbing et Lichtenhahn, 1961.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

renforcement de l'indépendance nationale. S'en suit une joute oratoire, mêlant 14 praticiens du droit, Romands et Alémaniques, puis une votation serrée, au cours de laquelle la motion soutenue par Kaiser l'emporte de justesse. Selon les termes de cette dernière, la Société suisse des juristes adresse au Conseil fédéral une pétition demandant la révision de la Constitution de 1848, pour attribuer à la Confédération « la possibilité de régler certaines matières de droit civil et de procédure civile par une loi fédérale valable pour toute la Suisse »¹⁶.

Le projet de révision de la Constitution, soumis à la votation populaire en 1872, contient ainsi un article 55 ambitieux, disposant que désormais, la législation sur le droit civil, y compris la procédure, est du ressort de la Confédération. Dans le canton de Vaud, le scrutin suscite une formidable opposition. Des assemblées publiques sont organisées, réunissant jusqu'à plusieurs milliers de personnes, le Grand Conseil adresse aux Vaudois une recommandation de rejet, et dans la presse, on voit fleurir les manchettes titrant, par exemple, que « La résistance est un devoir » ou que « La Suisse ne peut modifier son droit sans se modifier profondément elle-même »¹⁷... Le 12 mai 1872, le texte est finalement rejeté par le peuple et par 13 cantons contre 9, Suisse romande¹⁸, fédéralistes et catholiques en tête. Les arguments des opposants au projet de 1872, à l'image de Louis Ruchonnet, avocat et conseiller d'État vaudois, peuvent être regroupés en quatre points : défense de la souveraineté cantonale, protection des minorités, notamment contre la « germanisation » du droit¹⁹, hostilité à la centralisation, attachement aux traditions. Mais le résultat global compté en nombre de cantons dans chaque camp, somme toute assez serré, montre que le peuple suisse n'est pas forcément hostile à une unification au moins partielle, qui se ferait dans le respect des diverses traditions juridiques et des compétences législatives des cantons.

¹⁶ *Ibid.* La séance houleuse tenue à Soleure reste dans les annales de la Société suisse des juristes. Le professeur Schnell, de Bâle, quitte la Société. La crise se répercute à la *Revue de droit suisse* elle-même ; jusqu'en 1882, les délibérations de la Société suisse des juristes paraissent uniquement dans une publication bernoise, la *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins*.

¹⁷ S'agissant du mouvement d'opposition suscité en Suisse romande par ce projet, v. P. SPÖRRI, « L'opposition de la Suisse romande à l'unification du droit privé », in P. CARONI (dir.), *L'unification du droit privé...*, *op. cit.*, pp. 105-113. Ou encore : A. ROCHAT, « Les causes de la résistance vaudoise à l'unification du droit privé en Suisse durant la seconde moitié du XIX^e siècle », in P. CARONI (dir.), *L'unification du droit privé...*, *op. cit.*, pp. 115-127.

¹⁸ Les Vaudois sont 51 000 à voter « non » et seulement 3 000 à introduire un bulletin « oui » dans l'urne, avec un taux de participation supérieur à 90 %.

¹⁹ Le moment de la votation est peu propice à une harmonisation entre les cantons. Les années précédentes sont marquées par la déroute militaire française face à la Prusse, faisant aussi craindre aux Romands une « germanisation » de la Suisse.

Tirant les leçons de cet échec, le Conseil fédéral présente alors, deux ans plus tard, un nouveau projet, moins centralisateur et limitant l'unification à certaines matières énoncées strictement dans l'article 64, alinéa 1^{er} de la nouvelle Constitution, à savoir l'état civil, la capacité, le droit commercial, le droit d'auteur, la poursuite pour dettes, la faillite, le droit de change et... les obligations²⁰. Si le pouvoir de légiférer dans ces domaines est accordé à la Confédération, la sanction du droit matériel reste laissée aux procédures civiles cantonales, dont l'article 64, alinéa 2 de la Constitution garantit le maintien. Le 19 avril 1874, 340 199 citoyens (contre 198 013) et 14 cantons et demi (contre 7 et demi) se déclarent cette fois favorables au projet²¹. La nouvelle Constitution entre en vigueur le 29 mai 1874²². La souveraineté cantonale y demeure la règle²³, et n'est limitée qu'à l'égard des seuls domaines mentionnés par une disposition formelle. C'est dans ces conditions que le Code des obligations (code unique comprenant aussi le droit commercial) est adopté en 1881. Mais le compromis *a minima* accepté en 1874 se révèle source d'une première controverse, issue de la rédaction de l'article 9 du Code, portant que les contrats ne sont soumis à une forme particulière, au point de vue de leur validité, qu'en vertu d'une prescription spéciale de la loi²⁴. Si la validité des contrats est bien du domaine fédéral, la preuve des contrats, elle, demeure une question de procédure régie en conséquence par le droit cantonal. Or, comme nous y reviendrons, l'ensemble des cantons d'expression française reprennent à l'époque le droit français restreignant, dans une mesure plus ou moins forte, la preuve testimoniale des contrats... La solution retenue, si respectueuse des procédures cantonales soit-elle, est donc toutefois bien loin de servir la sécurité juridique et des transactions, objectifs pourtant recherchés par la codification. Il faut attendre le Code civil suisse, adopté en 1907, pour que la

²⁰ V., s'agissant de l'analyse de cet article 64 par rapport au droit des obligations : A. FLAMMER, *Essai sur les limites du Code fédéral des obligations*, Genève, Imprimerie centrale genevoise, 1886.

²¹ D. BERBERAT, D. PERDRIZAT, « L'attribution progressive à la Confédération suisse de la compétence d'unifier le droit privé », in P. CARONI (dir.), *L'unification du droit privé...*, op. cit., pp. 15-37. Sur les débats ayant précédé la votation du 19 avril, et plus particulièrement en faveur du « non », v. par ex. : DE GINGINS-LA SARRA, *Pourquoi je voterai non le 19 avril*, Lausanne, Imer et Lebet, 1874.

²² E. WASEM, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, nebst Anhang/Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, suivie d'un appendice*, Lausanne, F. Ruedi, 1905. Et aussi : W. VON BURCKHARDT, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*, Berne, Stämpfli, 1931.

²³ Cette souveraineté est strictement rappelée à l'article 3 de la Constitution fédérale de 1874 : « Les Cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale, et comme tels, ils exercent tous les droits qui ne sont pas délégués au pouvoir fédéral ».

²⁴ *Code fédéral des obligations du 14 juin 1881*, édition officielle, Berne, K.-J. Wyss, 1881.

controverse disparaisse : son article 10 met fin aux restrictions de preuves que consacraient les procédures civiles des cantons romands, au grand dam des juristes francophones²⁵... Cette incohérence supprimée, une autre polémique s'ouvre : la Confédération pouvait-elle s'immiscer ainsi dans la compétence de droit formel dévolue aux cantons, alors qu'au premier abord la Constitution fédérale de 1874 ne le lui permet pas ? C'est sur ces deux problèmes juridiques – la résolution du premier donnant naissance à l'autre – que nous nous proposons de revenir. Le régime de la preuve des obligations contractuelles sous l'empire du Code des obligations de 1881 est marqué par une controverse sur les rapports entre droit matériel fédéral et procédures cantonales, résolue dans le Code civil suisse par un empiétement du droit matériel sur le droit formel.

I. LA PREUVE DES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES SOUS L'EMPIRE DU CODE DES OBLIGATIONS DE 1881 : UNE RÉSERVE DE DROIT CANTONAL PROVOQUANT BIEN DES POLÉMIQUES

Les projets de codification fédérale des obligations sont l'œuvre, dès 1866, des professeurs Munzinger et Fick²⁶. Le projet définitif, publié en 1875, fait alors l'objet de près de 50 mémoires provenant des gouvernements cantonaux, facultés de droit ou tribunaux²⁷ ! Il est seulement présenté aux Chambres en session de décembre 1880. Le chapitre portant sur la forme des contrats soulève de nombreux débats. La Suisse romande, en particulier, lutte pour le maintien de son particularisme juridique en matière de preuve des conventions. On choisit en conséquence de faire de ce domaine une réserve de droit cantonal. Toutefois, la coexistence de législations cantonales très diverses et parfois antagonistes reste loin de servir les objectifs du droit matériel.

²⁵ *Code civil suisse du 10 décembre 1907*, réédition par E. HUBER, Berne, K.-J. Wyss, 1908.

²⁶ U. FASEL, *Handels- und obligationenrechtliche Materialien*, Berne, P. Haupt, 2000. V. également : P. CARONI, « Der "demokratische" code unique von 1881 : eine Studie zur ideologischen Beziehung von Sonderrecht und Demokratie », in P. CARONI (dir.), *Das Obligationenrecht 1883-1983 : Berner Ringvorlesung zum Jubiläum des schweizerischen Obligationenrechts*, Berne, P. Haupt, 1984, pp. 19-68.

²⁷ P. JACOTTET, *Manuel du droit fédéral des obligations*, Neuchâtel, James Attinger imprimeur-éditeur, 1884.

A. – *Des formes probatoires des contrats réglées différemment en Suisse francophone et en Suisse alémanique*

À la suite de la votation de 1881, le Code fédéral des obligations entre en vigueur le 1^{er} janvier 1883. Son article 9 est ainsi rédigé : « Les contrats ne sont soumis à une forme particulière, au point de vue de leur validité, qu'en vertu d'une prescription spéciale de la loi. À défaut de disposition sur la portée et les effets de la forme prescrite, le contrat n'est valable qu'autant que cette forme a été observée »²⁸. La disposition sépare ici validité et preuve du contrat. Comme en droit français²⁹ et en droit allemand³⁰, l'accord des volontés suffit pour former une convention. Les contrats régis par des formes solennelles (*Solemnitätsformen*) demeurent ainsi des exceptions, énoncées dans le Code fédéral des obligations³¹. En ce premier domaine, les cantons suisses marchent donc de concert. Il en va tout autrement des formes probatoires (*Beweisformen*) des contrats, érigées cette fois en réserve de droit cantonal.

La Confédération peine en réalité à concilier deux modèles opposés... Les moyens de preuve des engagements contractuels ne sont en effet pas réglés de la même manière en Suisse francophone et en Suisse alémanique. L'ensemble des cantons d'expression française, à savoir Genève, Vaud, Fribourg, Neuchâtel, le Valais, reprennent, avec plus ou moins de dérogations, les dispositions des articles 1341 à 1348 du Code Napoléon n'admettant la preuve des contrats, à l'exception de quelques cas spéciaux, que par des écrits ou par le serment, s'il n'y a pas de commencement de preuve par écrit³². Le Code civil de la République et canton de Neuchâtel³³

²⁸ *Code fédéral des obligations du 14 juin 1881, op. cit.*

²⁹ Pour rappel, l'article 108 du Code civil français de 1804 fait du simple accord des volontés une condition essentielle pour la validité d'un contrat. J.-D. BREDIN (éd.), *Code civil des Français : 1804*, Paris, Dalloz, 2004.

³⁰ À l'origine du Code des obligations de 1881, se trouvent trois textes : le Code de commerce allemand (ADHBG) de 1861, le projet de Code des obligations dit « de Dresde », établi entre 1863 et 1866 par des représentants des gouvernements allemand et autrichien, et le Code civil zurichois (livre IV traitant des obligations), adopté en 1853-1855. Au sujet des sources des codifications suisses de droit privé, v. : F. É. KLEIN, « L'application de la méthode comparative dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse en matière de droit privé », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 11, n° 2, 1959, pp. 321-333.

³¹ V. à ce sujet : A. SCHNEIDER, H. FICK, *Commentaire populaire et pratique sur le Code fédéral des obligations et la loi sur la capacité civile*, traduit de l'allemand par E. STOECKLIN, Neuchâtel, Librairie Sandoz, 1883. Le contrat de location et le contrat de bail (articles 275 alinéa 2 et 297), par exemple, exigent la forme écrite pour certaines clauses dérogeant au régime légal.

³² Pour rappel, l'article 1341 du Code civil français dispose qu'« il doit être passé acte devant notaires ou sous signature privée, de toutes choses excédant la somme ou valeur de 150 francs, même pour dépôts volontaires ; et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu

limite par exemple la preuve par témoins aux obligations contractuelles inférieures à 1 000 Fr, cette valeur étant fixée à 150 Fr à Genève comme en France. Le Code civil vaudois, pour sa part, énonce à son article 974 que lorsque la preuve littérale résulte d'un acte valable, il n'est point permis d'employer la preuve testimoniale, ou celle du serment par les parties, contre la teneur de l'acte³⁴. Dans la même perspective restrictive face à l'oralité, l'article 995 du même Code dispose cette fois qu'« il doit être passé acte devant notaire sous signature privée, de toutes conventions excédant, en capital, la somme ou valeur de 800 Fr, même pour dépôts volontaires »³⁵. Le droit cantonal le plus ancien, et l'influence du Code Napoléon, font ainsi la législation de la partie francophone de la Suisse³⁶. Mais d'autres principes gouvernent la preuve des contrats en Suisse alémanique. Non seulement les conventions peuvent y être conclues verbalement, mais la preuve peut en être administrée par témoins ; on admet même la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes³⁷ !

Si, dès le premier projet élaboré par Munzinger, cantons francophones et alémaniques tombent d'accord sur les dispositions de l'article 9 sur la validité des contrats, la question des preuves fait l'objet de discussions animées au sein des commissions des Conseils législatifs. Le premier projet du Conseil fédéral porte en effet un article 9 tout à fait différent, énonçant que « les contrats ne sont soumis à aucune forme particulière au point de vue

aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 150 francs ».

³³ *Code civil de la République et canton de Neuchâtel*, Neuchâtel, Imprimerie de F. de Loutz, 1853.

³⁴ C. SECRÉTAN, *Remarques sur le Code civil du canton de Vaud*, Lausanne, Imprimerie et librairie Marc Ducloux, 1840.

³⁵ Lorsque la convention verbale excède 800 Fr, il est toutefois possible d'en faire la preuve par le serment des parties. L'article 997 prohibe uniquement la preuve testimoniale, alors que l'article 1011 du Code civil vaudois précise que le serment décisoire peut être déféré sur toute espèce de contestation... Charles Secrétan, dans ses *Remarques sur le Code civil vaudois*, compare ainsi droit civil et droit vaudois : « La preuve par témoins est admise chez nous pour une valeur qui n'excède pas 800 Fr en Suisse, tandis qu'en France cette quotité est restreinte à 150 Fr. Le législateur a montré plus de confiance dans la moralité des citoyens, et il n'a pas voulu entraver les affaires qui se traitent avec une certaine rapidité, particulièrement dans les marchés et dans les foires ».

³⁶ Sur la genèse de la preuve testimoniale v. : E. COUCHET, *De la preuve testimoniale en matière civile et commerciale*, Genève, Ramboz et Schuchardt, 1877 ; F. BLANC, *De la preuve testimoniale en droit civil*, Lausanne, Imprimerie Bridel, 1877. Consulter également : H. A. KAUFMANN, « Französisches Recht in Eugen Hubers Basler Obligationenrechts-Vorlesungsmanuskript von 1883 », in *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne, Payot, 1985, pp. 299-322.

³⁷ Pour un tour d'horizon des divers droits procéduraux dans les cantons suisses au XIX^e siècle, consulter not. : E. SCHURTER, H. FRITZSCHE, *Das Zivilprozessrecht der Schweiz*, Zurich, Rascher & Cie, 1931-1933, t. II. V. aussi : T. PERLER, « La preuve testimoniale dans la procédure civile : modalités d'un privilège », in P. CARONI (dir.), *Le droit commercial dans la société suisse...*, *op. cit.*, pp. 305-312.

de leur validité et de la preuve qu'en vertu d'une prescription spéciale de la loi »³⁸. Mais la Suisse romande se montre opposée à cette solution, bouleversant radicalement ses coutumes pour se rapprocher du droit allemand. Les arguments des francophones tiennent en quatre points. Ils soutiennent qu'il s'agit de dispositions de procédure, n'entrant pas dans les compétences de la Confédération, que la forme écrite présente assurément des avantages pour convenir d'affaires importantes, oblige les parties à s'entendre exactement sur les termes du contrat, et offre enfin des garanties au juge pour la découverte de la vérité en cas de litige³⁹. Le Conseil des États décide alors que l'on ne peut radicalement imposer à la Suisse romande de passer d'un système exigeant la forme écrite pour la moindre transaction, à un régime d'absolue liberté. L'assemblée propose donc une adjonction à l'article 9, précisant que « la preuve des conventions sur des objets d'une valeur de plus de 3 000 Fr ne peut se faire par témoins sauf en matière commerciale, et pour les affaires conclues sur un marché et le cas excepté où l'écrit aurait été perdu »⁴⁰. Le professeur Schneider explique à ce sujet que « sans sacrifier le principe posé, le Conseil d'État estima que la population de langue allemande ne serait pas trop blessée dans ses opinions par l'introduction de la forme écrite limitée aux affaires importantes »⁴¹, obligeant en outre les parties à davantage de réflexion sur ce qu'elles souhaitent... Mais la commission du Conseil national déclara que l'entre-deux proposé ne contenterait personne, et que d'ailleurs, la distinction entre transaction ordinaire et affaire commerciale ou conclue sur un marché ne ferait qu'embrouiller les esprits. Le Conseil national et le Conseil des États, se rangeant à cet avis, décidèrent finalement de laisser entièrement de côté la question des preuves... Dans un article 9 désormais rédigé *a minima*, la Confédération refuse de se prononcer sur la question épineuse de la preuve des contrats, afin de ne pas rompre l'équilibre entre parties alémanique et francophone de la Suisse. Cependant, même après l'adoption du Code des obligations, ce fossé – voire cette rivalité – entre Est et Ouest suisses est encore bien présent. La lecture du *Manuel du droit fédéral des obligations* de l'Argovien J. Habertisch, en donne quelques beaux aperçus... La préface du professeur lausannois Carrard expose que « la science allemande » est globalement « la clef du Code », et qu'il faut absolument initier les Suisses romands à cette culture juridique « qui s'impose à eux » ; le Code ne doit

³⁸ *Arrêts du Tribunal fédéral suisse en l'année 1890*, recueil officiel, vol. XVI, Lausanne, Bridel & Cie, 1891 (arrêt du 5 juillet 1890 dans la cause *Niedergang contre Klenk et consorts*).

³⁹ A. SCHNEIDER, H. FICK, *Commentaire populaire et pratique sur le Code fédéral...*, *op. cit.*

⁴⁰ *Arrêts du Tribunal fédéral suisse en l'année 1890*, recueil officiel, *op. cit.* (arrêt du 5 juillet 1890 dans la cause *Niedergang contre Klenk et consorts*).

⁴¹ A. SCHNEIDER, H. FICK, *Commentaire populaire et pratique sur le Code fédéral...*, *op. cit.*

pas leur apparaître comme « une loi étrangère », et il faut « se pénétrer de la vie et de l'esprit qui l'animent » car « à aucun moment la Suisse romande ne doit se trouver en état d'infériorité vis-à-vis de la Suisse allemande »⁴²...

La Confédération choisit ainsi de respecter les termes de la Constitution de 1874 réservant la procédure aux cantons, et de ne pas s'immiscer dans la controverse entre droits d'inspirations française et allemande. Les particularismes juridiques l'emportent ainsi sur l'objectif d'unification du droit et la sécurité des transactions.

B. – *Un droit formel en contradiction avec les objectifs du droit matériel*

L'article 9 du Code fédéral des obligations, tel qu'adopté en 1881, conduit évidemment à des bizarreries. Le professeur Carrard (Lausanne) s'en fait l'écho dès 1883 dans la *Revue de droit suisse* : « Un client expose son affaire à un avocat vaudois. Celui-ci lui dit : le Code des obligations vous donne cent fois raison – Eh bien ! Vous plaidez ma cause, s'écrie le client tout joyeux. – Nenni, répond l'avocat ; je serais un malhonnête homme si je m'en chargeais, car vous la perdriez sûrement. Votre cause serait excellente à Zurich, à Berne, ou à Lucerne, ici, à Lausanne, elle ne vaut absolument rien »⁴³. Le Code fédéral, bien loin d'unifier le régime de la preuve des contrats en Suisse, consacre au contraire officiellement la diversité des législations cantonales. L'égalité devant la loi fédérale devient alors un leurre. Imaginons le cas d'un citoyen glaronnais concluant un contrat de vente oral d'une valeur de 200 Fr à Genève ; le cocontractant genevois conteste la conclusion du contrat, obligeant le Glaronnais à recourir en justice, devant les tribunaux genevois. La procédure genevoise n'admettant pas la preuve testimoniale, le Glaronnais perd son procès, malgré le témoignage d'un tiers en sa faveur ! Ces controverses relatives au conflit entre les différentes législations cantonales sont aussi bien visibles dans la manière selon laquelle les cantons ont intégré les dispositions du Code fédéral dans leurs ordres juridiques⁴⁴. En Argovie ou à Zurich, on répugne à une telle introspection, en considérant qu'il n'est pas du ressort d'une loi cantonale de fixer des limites à l'application d'un code fédéral. Le Code fédéral des obligations et les codes civils cantonaux coexistent tels

⁴² J. HABERTISCH, *Manuel du droit fédéral des obligations*, traduit par C. GILLIERON, t. 1, Moudon, Marti, 1886.

⁴³ H. CARRARD, « De la preuve des obligations en droit cantonal en regard des dispositions du Code fédéral des obligations sur la validité des contrats », *Zeitschrift für schweizerisches Recht-Revue de droit suisse*, 1883, pp. 527-558.

⁴⁴ J. HABERTISCH, *Manuel du droit fédéral des obligations*, op. cit.

quels, dans une sorte de maintien du *statu quo*. Dans d'autres cantons, comme Bâle-Ville, on estime cette fois que le Code des obligations est applicable aux matières réservées au droit cantonal, si celui-ci ne contient pas de dispositions spéciales. Un tout autre point de vue prévaut dans le canton de Vaud... On y entend que dans le domaine des dispositions abandonnées au droit cantonal, le législateur fédéral a souhaité réserver le code cantonal tout entier ! L'édition 1885 du Code civil vaudois comprend ainsi, en fin d'ouvrage, une « loi coordonnant le Code civil et les diverses lois civiles avec le Code fédéral des obligations ». Cette dernière énonce que « jusqu'à la promulgation d'un nouveau Code civil », les dispositions du Code civil vaudois « sont maintenues en ce qui concerne les preuves, les droits immobiliers [...] et autres qui demeurent dans la compétence cantonale, à teneur de la Constitution fédérale et du Code fédéral des obligations »⁴⁵. Non seulement il ne sera question d'un « nouveau Code civil » qu'en 1907, mais il s'agit encore de réaffirmer la primauté du droit cantonal vaudois en matière de preuve des contrats !

Une chose est certaine en tout cas : l'article 9, tel qu'il est rédigé, mérite d'être explicité. Dès 1883, le commentaire du Code des obligations proposé par le professeur Schneider (Zurich) recourt à la discussion pour en dégager le sens, et oppose les formes solennelles aux formes probatoires⁴⁶. Le Vaudois Charles Gilliéron produit une analyse identique dans son manuel du droit fédéral des obligations, rédigé en 1886 : il juge bon d'y préciser que « toutes les fois que le Code fédéral des obligations exige des formes particulières, il s'agit de formes solennelles, et non de formes nécessaires pour la preuve des contrats »⁴⁷. Les distorsions ou controverses entre, d'une part formes solennelles et probatoires, et d'autre part entre droits cantonaux de la preuve des contrats, sont si visibles, que le Tribunal fédéral lui-même

⁴⁵ *Code civil du canton de Vaud expurgé suivi de ses lois accessoires et terminé par le Code fédéral des obligations*, Lausanne, F. Rouge, 1885. Le 27 mai 1881, le Conseil d'État décide de nommer une commission chargée de réviser la législation civile du canton de Vaud. Sous la présidence du conseiller d'État Berner, sont ainsi réunis MM. Bippert, juge cantonal, Bornand, directeur de la Caisse hypothécaire, Dumur, président du Tribunal de Lausanne, Grenier, professeur de droit, Dupraz, notaire, Berdez, avocat, Bory, député, et Paschoud, avocat. La commission procède à la vérification de chaque article du Code civil vaudois au regard du Code fédéral des obligations. Ce travail aboutit à deux lois : la loi du 3 décembre 1881 visant les dispositions touchées par la loi fédérale sur la capacité civile, et la loi du 31 août 1882 portant sur les dispositions atteintes par le Code fédéral des obligations.

⁴⁶ A. SCHNEIDER, H. FICK, *Commentaire populaire et pratique sur le Code fédéral...*, *op. cit.* V. aussi la motion présentée par le professeur Zeerleder (Berne) à l'occasion de la 21^e assemblée de la Société suisse des juristes à Saint-Gall en 1883 : A. ZEERLEDER, « Referat über die Vorschriften kantonaler Gesetze über den Beweis der Verträge im Verhältniss zu den Bestimmungen des eidgen. Obligationenrechts über die Gültigkeit der Verträge », *art. cit.*, pp. 481-526.

⁴⁷ J. HABERTISCH, *Manuel du droit fédéral des obligations*, *op. cit.*

se prononce sur la chose, le 5 juillet 1880, dans la cause *Niedergang contre Klenk et consorts*. Il y est question de l'inexécution d'un contrat entre un habitant de Genève et un habitant de Winterthur. Le Tribunal se livre ainsi à une mise au point sur la teneur du fameux article 9 du Code fédéral des obligations : « Les Chambres fédérales ont eu l'intention bien arrêtée de ne point abroger les dispositions de procédure contenues dans les législations des cantons de la Suisse romande, cette intention liant évidemment le juge cantonal et le juge fédéral »⁴⁸. Le maintien de toute la force des procédures cantonales a également pour effet de réduire le champ d'action du Tribunal fédéral en matière de droit des obligations. Dans ce domaine, les contentieux créés par les diversités cantonales sont nombreux, pourtant il ne reste au Tribunal fédéral qu'à prendre acte, sans pouvoir même assurer la sécurité des transactions en Suisse. L'article 30 de la loi fédérale sur l'organisation judiciaire de 1874⁴⁹ dispose que le Tribunal fédéral statue sur les recours en prenant pour base les faits établis devant la dernière instance cantonale. Grâce au recours de droit civil, la juridiction peut examiner les décisions de tribunaux cantonaux de dernière instance, ce qui est le cas dans l'affaire précitée. Toutefois, le droit cantonal ne peut être interprété qu'au strict point de vue de sa conformité au droit fédéral. Dans la cause *Niedergang contre Klenk et consorts*, le Tribunal fédéral écarte le recours au motif qu'il s'agit uniquement d'un contentieux sur l'application et l'interprétation du droit cantonal. Selon l'analyse développée par le Tribunal fédéral, il ressort en effet des débats que, par l'article 9 du Code des obligations, le législateur a clairement entendu maintenir les lois cantonales sur la preuve des conventions, de même que la souveraineté des tribunaux cantonaux en ce domaine⁵⁰. C'est ainsi à un vaste exercice d'interprétation que la juridiction doit se livrer pour délimiter ses compétences.

Les cantons romands, très occupés à maintenir la particularité de leur système juridique, n'ont, à l'époque des débats, pas nettement vu, semble-t-il, le danger que pouvait représenter un article 9 rédigé ainsi *a minima*, pour la sécurité du droit et des transactions intercantionales. En 1880, par exemple, le juge vaudois Correvon présente un rapport à la Société industrielle et commerciale du canton de Vaud au nom de la commission

⁴⁸ *Arrêts du Tribunal fédéral suisse en l'année 1890*, recueil officiel, *op. cit.* (arrêt du 5 juillet 1890 dans la cause *Niedergang contre Klenk et consorts*).

⁴⁹ *Exposé des motifs et projet de loi instituant une cour civile pour le jugement des causes prévues à l'article 29 de la loi fédérale du 27 juin 1874 sur l'organisation judiciaire*, Lausanne, Genton et Fils, 1882.

⁵⁰ Concernant la répartition des compétences entre juridictions cantonales et Tribunal fédéral à l'époque du Code des obligations, le lecteur peut consulter : C. SOLDAN, « Le Code fédéral des obligations et le droit cantonal », in *Recueil publié par la Faculté de droit de Lausanne à l'occasion de l'exposition nationale suisse de 1896*, Lausanne, Imprimerie Viret-Genton, 1896, pp. 137-197.

chargée de l'examen du projet fédéral sur les obligations⁵¹. Sur la question de la preuve, les avis sont partagés, mais aucun n'aborde le cas épineux d'un litige mêlant ressortissants de cantons romands et alémaniques. Quatre membres se prononcent en faveur du système alémanique de preuve des contrats : « Ce serait créer une gêne considérable pour le commerce que d'exiger la forme écrite pour les contrats, surtout pour la vente qui est le contrat le plus fréquent et quand telles ne sont point les habitudes, d'autant que cela est pratiqué sans grands inconvénients, paraît-il, en Suisse alémanique »... Les cinq autres se décident en faveur du système romand de preuve des obligations : « Il ne faut pas perdre de vue que le projet fédéral s'applique à tous les citoyens, qu'ils soient commerçants ou non. Or il ne faut pas avoir une longue pratique de nos affaires judiciaires pour être persuadé combien la preuve testimoniale présente des dangers, combien il est difficile d'obtenir des témoignages précis, exacts ». Aucun, en somme, n'évoque la bizarrerie d'un Code fédéral consacrant la dualité et la confusion d'un système... En 1874, la Confédération se donne la compétence d'unifier le droit des obligations, ambition finalement compromise par l'instauration d'une distinction périlleuse entre validité et preuve, et par le maintien d'une réserve cantonale touchant la preuve des contrats ; au final, un contrat valablement formé au regard du droit fédéral peut parfois être difficilement prouvé en droit cantonal ! Selon le rapport du professeur Roguin (Lausanne), le Code « est le produit d'une conciliation, d'une transaction consignée dans l'article 64 de la Constitution fédérale »⁵². L'article 64 alinéa 1^{er} de la Constitution attribue à la Confédération la compétence de légiférer en matière de droit des obligations, son alinéa 2 laissant « l'administration de la justice aux cantons, sous la réserve des attributions du Tribunal fédéral »⁵³. Autrement dit, le droit matériel relève de la Confédération, alors que le droit formel revient aux cantons⁵⁴. Mais le principe dit du rôle « ancillaire »⁵⁵ de la règle fédérale cède ici le pas ; les règles cantonales sont loin de servir l'unification du droit et la sécurité des

⁵¹ *Rapport présenté à la Société industrielle et commerciale du canton de Vaud par la Commission chargée de l'examen du projet de Loi fédérale sur les obligations et le droit commercial, précédé d'un exposé sur le développement du Droit commercial dans le canton de Vaud en Suisse par M. le juge cantonal Correvon*, Lausanne, Imprimerie Vincent, 1880.

⁵² E. ROGUIN, *Rapport sur la question de l'application des dispositions générales du code fédéral des obligations aux institutions réservées au droit cantonal*, 1880.

⁵³ E. WASEM, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft...*, *op. cit.*

⁵⁴ La Confédération ne reçoit que les matières qui lui sont expressément attribuées. Dès lors que l'article 64 alinéa 1^{er} ne mentionne pas la procédure civile, celle-ci reste entièrement aux cantons.

⁵⁵ D. PIOTET, « Le rôle ancillaire de la règle fédérale de procédure dans l'application du droit cantonal matériel », in P. FERRARI, J. HALDY, J.-F. POUURET, J.-M. RAPP (dir.), *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, Faculté de droit de Lausanne, 1999, pp. 155-168.

transactions. Le professeur Carrard exprime cette situation en ces termes pour Genève et le Jura bernois, en 1883 : « Le Code de commerce français continue néanmoins à sortir ses effets pour les preuves et la compétence. Il coexiste avec le Code fédéral qui devait [...] le remplacer avantageusement. Cela montre la confusion qui existe aujourd'hui en Suisse dans les notions juridiques. À l'unité qui régnait précédemment dans chaque canton, on a substitué le dualisme »⁵⁶. Il fallut attendre le Code civil suisse pour mettre fin à cette controverse... et en ouvrir une autre.

II. UN PROBLÈME JURIDIQUE RÉSOLU PAR EMPIÉTEMENT SUR LES COMPÉTENCES DE DROIT FORMEL DÉVOLUES AUX CANTONS

Sous l'empire de la Constitution de 1874, la Confédération procède à une unification du droit privé par étapes. Mais cela ne doit être qu'une phase de transition, contentant les fédéralistes. En 1898, une révision partielle de la Constitution fédérale octroie cette fois à la Confédération une compétence générale en matière de droit privé. Le Code civil suisse de 1907, adopté sur la base du nouvel article 64 de la Constitution, abroge les formes probatoires des contrats dans les procédures cantonales. La controverse entre procédures cantonales romandes et alémaniques cesse, mais il reste toujours difficile de donner un caractère matériel ou procédural aux règles régissant la preuve des conventions.

A. – *Une révision constitutionnelle aboutissant à un article 64 sujet à interprétation*

Dans un premier temps, les centralisateurs acceptent de limiter leurs ambitions à quelques domaines seulement du droit civil. Donnons-en rapidement la liste : l'état civil, le mariage et la tenue des registres s'y rapportant (loi fédérale du 24 décembre 1874, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1876), la protection des marques de fabrique et de commerce (loi fédérale du 19 décembre 1879, entrée en vigueur le 16 avril 1880), la capacité civile (loi fédérale du 22 juin 1881, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1882), les obligations (Code fédéral des obligations, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1883), la propriété littéraire et artistique (loi fédérale du 23 avril

⁵⁶ H. CARRARD, « De la preuve des obligations en droit cantonal en regard des dispositions du Code fédéral des obligations sur la validité des contrats », art. cit., pp. 527-558.

1883, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1884), la poursuite pour dettes et la faillite (loi fédérale du 11 avril 1884, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1892), les brevets d'invention (loi fédérale du 29 juin 1888, entrée en vigueur le 15 novembre 1888)⁵⁷. Il s'agit là évidemment des prémices de l'unification totale du droit civil. Le 28 novembre 1896, le Conseil fédéral adresse un message en ce sens à l'Assemblée fédérale. L'article 64 de la Constitution donne à la Confédération « un certain nombre de compétences bien délimitées », mais, les lois d'application désormais en vigueur, cette dernière doit s'occuper du « développement de l'unification du droit »⁵⁸. Il fallait, en quelque sorte, laisser aux cantons et au peuple le temps de s'habituer progressivement à l'idée de l'unification complète du droit civil...

Le Code des obligations à peine entré en application, de nombreux milieux demandent cette fois que l'on franchisse une nouvelle étape. C'est notamment le cas de la Société suisse des juristes, tenant son 21^e congrès à Saint-Gall, en 1883⁵⁹. Les professeurs König et Hilty (Berne) déposent alors des motions suggérant que l'on soumette également au droit fédéral les autres parties du droit privé ; Hilty va même plus loin, en préconisant l'unification de toute la procédure civile... Le sujet est à nouveau abordé l'année suivante, au cours de la 22^e assemblée à Lausanne. Les débats s'attardent longuement sur les motions König et Hilty, puis, sur proposition du conseiller fédéral Ruchonnet, le congrès vote la résolution suivante : « La Société suisse des juristes charge son comité de provoquer une étude comparée complète de la législation civile des États de la Suisse, en vue de rechercher essentiellement quelles sont leurs dispositions communes et d'autre part quelles sont les divergences qui existent entre elles, les causes et les raisons d'être de ces divergences »⁶⁰. Le bilan de ce travail d'ampleur, entrepris sous l'égide du professeur E. Huber (Berne), est finalement publié en quatre volumes, s'échelonnant de 1886 à 1893, sous le titre *System und*

⁵⁷ D. BERBERAT, D. PERDRIZAT, « L'attribution progressive à la Confédération suisse de la compétence d'unifier le droit privé », in P. CARONI (dir.), *L'unification du droit privé...*, op. cit., pp. 15-37. V. également, concernant ce même sujet : P.-H. STEINAUER, « L'unité du droit privé », in P. GAUCH, F. WERRO, P. PICHONNAZ (dir.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Genève, Schulthess, 2008, pp. 103-115 ; G. FAZY, *La centralisation et l'unification du droit en Suisse*, Genève, Imprimerie centrale genevoise, 1890 ; S. KAISER, *Sur la centralisation de la législation civile en Suisse*, Soleure, 1868.

⁵⁸ *Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à la révision de la constitution fédérale en vue d'introduire l'unification du droit (du 28 novembre 1896)*, Suisse, Conseil fédéral, 1896.

⁵⁹ H. FRITZSCHE, *La Société suisse des juristes (1861-1960)*, op. cit. V. également : J.-P. DUNAND, « D'une codification à l'autre : le rôle de la Société suisse des juristes dans l'unification du droit suisse », in L. GSCHWEND, K. INGBER, S. WEHRLE (dir.), *150 Jahre Schweizerischer Juristenverein, 1861-2011*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2011, pp. 213-242.

⁶⁰ H. FRITZSCHE, *La Société suisse des juristes (1861-1960)*, op. cit.

*Geschichte des schweizerischen Privatrechtes*⁶¹. Mais, déjà, en 1892, alors que la parution du dernier volume est attendue, le Conseil fédéral charge Huber de préparer un projet de Code civil⁶²... L'engagement de la Société suisse des juristes étant ainsi mis en exergue, il n'est pas étonnant que le Conseil fédéral, dans son message du 28 novembre 1896 précité, propose aussi une adjonction à l'article 64 de la Constitution, sous forme de clause générale réservant à la Confédération la possibilité de légiférer sur d'autres matières du droit civil⁶³...

C'est ainsi en toute connaissance du projet de Code civil que les Chambres délibèrent sur le nouvel article 64 de la Constitution. Encore une fois, le principe même de l'unification et les clivages cantonaux font le cœur des débats. Voyons plutôt l'allocution du conseiller aux États valaisan De Torrenté : « Qu'on ne s'y trompe pas ! [...] Les motifs qui sont quelquefois invoqués dans certains milieux en faveur de telle centralisation nouvelle produisent un effet inverse dans d'autres cantons. Il est bien certain que si quelques cantons plus que d'autres sont enclins à lutter contre la centralisation, cela tient à leur histoire, à leurs traditions d'indépendance et de liberté, mais le nombre des opposants se trouve fréquemment augmenté par les intérêts matériels. Chaque centralisation nouvelle emporte en même temps qu'un lambeau de souveraineté, un lambeau de la prospérité des cantons de la périphérie »⁶⁴. S'agissant toujours des plus réticents, évoquons encore l'intervention du conseiller national Schmid (Uri) : « *Ich stelle fest : die Rechtssicherheit in unserem lieben Vaterland war bisher keine geringere als beispielsweise in Deutschland, Frankreich, von Italien gar nicht zu sprechen. Mann kann diesfalls auch zu weit gehen. Zwischen dem laudator und vituperator temporis acti gibt es eine Grenz* »⁶⁵. La révision constitutionnelle aboutit en 1898, avec un article 64 faisant encore figure de compromis⁶⁶. L'alinéa 2 de l'article 64 de la Constitution révisée consacre désormais la compétence législative générale de la Confédération sur

⁶¹ E. HUBER, *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechtes*, Bâle, C. Detloff, 1886-1893.

⁶² E. HUBER, *Bundesgesetz über das Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Vorentwurf/Loi fédérale sur le droit privé, code civil suisse, avant-projet*, Berne, Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, 1896-1899.

⁶³ *Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à la révision de la constitution fédérale en vue d'introduire l'unification du droit (du 28 novembre 1896)*, Suisse, Conseil fédéral, 1896.

⁶⁴ D. BERBERAT, D. PERDRIZAT, « L'attribution progressive à la Confédération suisse de la compétence d'unifier le droit privé », in P. CARONI (dir.), *L'unification du droit privé...*, op. cit., pp. 15-37.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, avec les modifications survenues jusqu'à fin 1898*, Suisse, 1899.

l'ensemble du droit civil⁶⁷ ; l'alinéa 1^{er}, énonçant limitativement les domaines du droit du ressort de la Confédération, est ainsi rendu superflu. Cette juxtaposition singulière des alinéas rappelle simplement la genèse des débats ayant porté sur cette disposition. Mais encore plus étrange se révèle la rédaction du nouvel alinéa 3, portant que l'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice demeurent aux cantons « dans la même mesure que par le passé »... Une garantie est ainsi accordée aux fédéralistes. Les cantons se montrent en effet d'autant plus attachés à leur procédure que toute compétence leur a été enlevée en matière de droit matériel. La procédure reste en effet, en ce cas, le seul moyen de concilier le droit unifié avec les traditions juridiques. « *Wie bis anhin* », « comme par le passé »... Ces trois petits mots, ajoutés lors des débats, sont loin d'être dépourvus de conséquences. La compétence de la Confédération n'est pas explicitement étendue par rapport à ce qu'elle était auparavant, mais il en va de même pour les cantons. Ce tout dernier aspect, d'ailleurs, semble prépondérant. Pour Jean-François Poudret, cette disposition a un double objet : d'une part elle vise « la juridiction du Tribunal fédéral, établi de manière permanente à Lausanne depuis 1875 et exerçant certaines compétences spécifiques que lui attribue la Confédération » ; d'autre part et surtout, elle réserve à la Confédération « le pouvoir d'intervenir en cas de besoin dans l'organisation judiciaire et la procédure cantonales, comme elle l'avait fait jusqu'ici, pour assurer l'application effective du droit matériel unifié »⁶⁸. Voici en effet l'explication du texte de l'alinéa 3, telle que livrée par le professeur Rossel, rapporteur francophone du Conseil national : « Nous serons obligés de faire entrer dans le futur Code civil l'une ou l'autre règle de procédure et nous pensons que la Confédération doit avoir la compétence nécessaire pour légiférer sur certaines matières touchant à la procédure, lorsque ces matières sont absolument inséparables de la législation civile proprement dite »⁶⁹. La procédure ne doit pas entraver l'application du droit matériel, mais au contraire en assurer la réalisation aussi efficace et uniforme que possible... Au 13 novembre 1898, la révision de l'article 64 de la Constitution fédérale est adoptée, par 264 914 voix

⁶⁷ Sur la notion de droit civil telle qu'entendue dans la Constitution fédérale révisée en 1898, consulter not. : R. DIDISHEIM, *La notion de droit civil fédéral : contribution à l'étude de l'article 64 de la Constitution fédérale*, Lausanne, Imprimerie Ruckstuhl, 1973.

⁶⁸ J.-F. POUDRET, « Droit privé fédéral et procédures cantonales : sujet d'étonnement pour les juristes étrangers et de tourment pour les juristes suisses », art. cit., pp. 433-449.

⁶⁹ D. BERBERAT, D. PERDRIZAT, « L'attribution progressive à la Confédération suisse de la compétence d'unifier le droit privé », in P. CARONI (dir.), *L'unification du droit privé...*, op. cit., pp. 15-37.

contre 101 762, et 16 cantons et demi contre 5 et demi⁷⁰. La voie royale est désormais tracée pour l'adoption d'un Code civil fédéral comprenant le droit des obligations.

B. – *L'article 10 du Code civil suisse de 1907, consacrant l'abandon des restrictions de lois cantonales*

Sur la base de l'article 64 révisé et des travaux du professeur Huber⁷¹, le Code civil suisse est adopté en 1907 pour une entrée en vigueur en 1912. Le droit des obligations forme désormais une loi fédérale complétant le Code civil suisse en son livre cinquième, le titre préliminaire renfermant quant à lui les règles sur la preuve des contrats⁷². En ce domaine, il n'est cette fois plus question de compromis. Un tout autre esprit anime en effet les pouvoirs publics dès les premiers débats⁷³ portant sur le projet de Code. Dans son rapport du 31 octobre 1894, le Tribunal fédéral expose le sujet en ces termes : « Le peuple suisse veut un Code unique, embrassant toutes les matières du droit civil ; il entend que cette loi soit rédigée de telle sorte qu'il puisse se familiariser avec tout l'ensemble d'institutions juridiques qui doit nécessairement entrer dans cette œuvre d'envergure ; il ne s'accommodera jamais d'une législation fragmentaire et dispersée, dans le dédale de laquelle les hommes de loi eux-mêmes auraient peine à se reconnaître, et qui créerait une confusion plus ou moins inextricable au lieu de la sécurité du droit et

⁷⁰ *Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de Code civil suisse, 28 mai 1904*, Berne.

⁷¹ Consulter par ex. : E. HUBER, *De la méthode à suivre dans la rédaction d'un projet de Code civil suisse*, Berne, 1893.

⁷² *Code civil suisse du 10 décembre 1907*, Berne, C. J. Wyss, 1907. La pratique a d'abord été de garder un Code des obligations séparé, avec numérotation distincte. Le tout a ensuite fait l'objet d'une réorganisation le 30 mars 1911 (loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse).

⁷³ S'agissant des discussions sur le projet de Code civil suisse, le lecteur peut par ex. consulter : DE CANDOLLE, *7^e Rapport de la Commission chargée d'étudier certaines dispositions du projet de Code civil suisse (proposition de M. le Député de Candolle)*, Genève, W. Kündig, 1907 ; *Rapport présenté au Conseil d'État du canton de Vaud par la Commission chargée par lui, d'examiner l'avant-projet de Code civil suisse*, Lausanne, Imprimerie V. Fatio, 1904 ; *Deuxième rapport de la Commission chargée par la Société industrielle et commerciale de Lausanne, d'étudier l'avant-projet du Code civil suisse*, Lausanne, Corbaz, 1902. Et plus globalement : M.-B. SCHOENENBERGER, « Les résistances face à l'adoption lors des travaux préparatoires du Code civil suisse », *Mémoires de la Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, vol. 69, 2012, pp. 407-428 ; P. CARONI, *Einleitung : Artikel 1-9 ZGB*, Berne, Stämpfli, 2012 ; E. BUCHER, « Der Weg zu einem einheitlichen Zivilgesetzbuch der Schweiz », *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 72, 2008, n° 4, pp. 661-685 ; J.-P. DUNAND, « Les origines et le rayonnement du Code civil suisse », in *Le centenaire du Code civil suisse*, Paris, Société de législation comparée, 2008, pp. 9-34.

des transactions »⁷⁴. Le 28 mai 1904, le message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale évoque l'élaboration du Code civil, en des propos parfois surprenants. L'Assemblée tend d'abord à démontrer que le droit cantonal a cessé, dans une mesure croissante, de s'appliquer aux seuls ressortissants du canton. Les chiffres le montrent en effet ; au 31 décembre 1900, la population totale de la Suisse se compose de 2 322 106 ressortissants du canton où ils ont leur domicile, et de 933 337 non-ressortissants⁷⁵. Pour le Conseil fédéral, ces chiffres « prouvent qu'une bonne partie de la population n'a plus grand intérêt moral au maintien d'un droit cantonal à elle, ni même un sérieux intérêt pratique [...] ».

S'agissant du Code des obligations, bientôt remplacé par le Code civil, « son application n'a pas eu à vaincre beaucoup de résistances. On peut aussi dire qu'il n'y avait pas de divergences profondes entre les lois des cantons dotés d'un droit des obligations codifié »⁷⁶. D'un revers, voici balayés les nombreuses joutes oratoires et controverses ayant marqué le droit de la preuve des contrats sous l'empire du Code fédéral des obligations ! Si, pour le Conseil fédéral, l'élaboration de la législation fédérale sur les obligations apparaît comme une tâche n'ayant pas posé de difficultés majeures, il en va tout autrement de la codification civile. Le premier devoir de la Confédération est de prendre autant que possible le droit cantonal en considération. L'enjeu est la préservation du droit traditionnel, tout en évitant la pure imitation des modèles étrangers, au rang desquels bien entendu le Code civil français (1804) et le récent *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) allemand⁷⁷ (1900).

En 1904, le projet de Code civil du Conseil fédéral comporte un article 12 rédigé en ces termes : « Les règles des lois cantonales de procédure en matière de preuve ne s'appliquent pas aux droits ni aux obligations valablement formés à teneur du droit fédéral et dont la preuve, au lieu où ils ont pris naissance, n'est subordonnée à aucune condition spéciale »⁷⁸. Le Conseil fédéral considère que l'« équité » commande de

⁷⁴ *Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de loi destiné à compléter le projet de Code civil suisse (droit des obligations et titre final)*, Berne, 1905.

⁷⁵ *Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de Code civil suisse, 28 mai 1904, op. cit.*

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ À ce sujet, le lecteur peut consulter : B. WINIGER, « Le code suisse dans l'embaras entre BGB et Code civil français », in J.-P. DUNAND, B. WINIGER (dir.), *Le Code civil français dans le droit européen : actes du colloque sur le bicentenaire du Code civil français organisé à Genève les 26-28 février 2004*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 153-170. V. aussi : *Code civil suisse : exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de justice et police*, Berne, Imprimerie Büchler, 1902.

⁷⁸ *Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de Code civil suisse, 28 mai 1904, op. cit.*

restreindre la stricte application faite par les cantons romands de leurs règles de preuve. En conséquence, un contrat de vente mobilière passé à Berne, pour un prix de 1 000 Fr, peut être prouvé devant les tribunaux genevois par des témoins et sans la production d'un acte écrit⁷⁹. Mais, dans le même message de 1904, le Conseil fédéral avance également qu'il préférerait « à coup sûr l'abrogation pure et simple de ces règles, qui rentrent, en somme, dans le droit civil ; on ne pourrait cependant exiger des cantons romands qu'ils la subissent, que si le principe de la liberté des formes était partiellement abandonné »⁸⁰... Cela n'est que partie remise. L'article 10 du texte définitif du Code civil dispose que « la loi cantonale ne peut faire dépendre de formes spéciales la preuve des droits et obligations dont la validité n'est subordonnée à aucune forme par la législation fédérale »⁸¹. Cette disposition, introduite sur proposition du conseiller national Franz Bucher (Lucerne) supprime absolument les restrictions des lois cantonales, qu'elles figurent dans les codes civils ou dans les codes de procédure, pour la preuve des droits et des obligations qui peuvent se former librement en vertu de la législation fédérale et cela quel que soit le lieu de passation de l'acte. Les contrats qui, en vertu du Code des obligations, sont consensuels, doivent en cas de contestation pouvoir être prouvés par témoins. Puisque la forme écrite n'est pas exigée pour la validité, elle ne peut l'être pour la preuve⁸². Le législateur a ainsi tranché, dans l'intérêt de l'unité du droit et de la sécurité des transactions. En matière de formes probatoires des contrats, toute controverse prend fin.

La solution retenue, si défavorable aux traditions romandes soit-elle, semble recueillir l'assentiment de chacun. Les rapporteurs germanophone et romand (MM. Huber et Rossel) estiment que le texte se rattache au droit matériel, en ce qu'il met obstacle à ce que le champ d'application de ce dernier soit arbitrairement réduit par des règles cantonales sur la preuve. Un droit ou une obligation valable au regard des lois civiles de la Confédération pourra être établi devant le juge par toutes les preuves qui sont à la disposition des intéressés, et cela sur tout le territoire suisse⁸³. Pourtant, le nouvel article 64 de la Constitution révisée en 1898, point d'appui pour la

⁷⁹ V. ROSSEL, F.-H. MENTHA, *Manuel du droit civil suisse*, Lausanne, Payot et Cie, 1908.

⁸⁰ *Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de Code civil suisse, 28 mai 1904, op. cit.*

⁸¹ E. CURTI-FORRER, *Commentaire du Code civil suisse*, traduit de l'allemand par M.-E. PORRET, Neuchâtel, Delachaux & Niestlé, 1912. Cet article a été abrogé au 1^{er} janvier 2011, v. : *Code civil suisse du 10 décembre 1907 (état le 1^{er} janvier 2012)*, Berne, Chancellerie fédérale, 2012.

⁸² S'agissant des contrats pour lesquels la loi prescrit une forme spéciale, consulter not. : A. MARTIN, *Le Code des obligations ; théorie des obligations*, Genève, Société Anonyme des Éditions, SONOR, 1919.

⁸³ *Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale suisse*, 1906/2, pp. 1034-1036.

rédaction du Code civil, manque de clarté. L'article 10 du Code civil n'empièterait-il pas sur la souveraineté législative garantie aux cantons, en matière de procédure ? En effet, l'article 64 refuse de prendre parti dans le règlement d'une autre controverse, celle existant au sujet du caractère matériel ou procédural du choix des modes de preuve. L'expression « comme par le passé » interprétée strictement, le choix des modes de preuve relèverait bien de la procédure cantonale⁸⁴... Mais le législateur semble en réalité s'être fondé sur un principe implicite régissant les rapports entre droit formel et droit matériel. La règle cantonale de procédure doit s'effacer pour permettre l'application uniforme du droit matériel fédéral⁸⁵. Le Code civil suisse ainsi adopté, les règles de procédure ne sont plus que les reflets de l'histoire juridique des cantons ; elles servent avant tout le droit unifié⁸⁶. Les priorités ont désormais changé : l'ensemble du droit civil trouvant sa place dans un code unique, le besoin d'un privilège de procédure ne se fait plus ressentir. Il reste, selon le rapport du Conseil d'État du canton de Genève, « à donner un dernier adieu, qui n'est pas sans regrets, à ces dispositions qui gardaient les plaideurs des dangers de la preuve testimoniale »⁸⁷...

CONCLUSION

Dans le Code civil suisse de 1907, bien d'autres règles limitent la liberté des cantons en matière de preuve. L'article 158, notamment, réduit l'admission des preuves par serment et par audition des parties à l'occasion d'une procédure en divorce⁸⁸. Cette dernière est réglée par le droit cantonal,

⁸⁴ Cette règle de droit ne s'applique qu'aux rapports de droit soumis au droit suisse ; elle ne fait donc pas obstacle à l'application de l'article 1341 du Code civil français à la preuve d'un contrat de prêt soumis au droit français. V. à ce sujet : J.-F. POUDRET, « Droit privé fédéral et procédures cantonales : sujet d'étonnement pour les juristes étrangers et de tourment pour les juristes suisses », art. cit., pp. 433-449.

⁸⁵ J. VOYAME, « Droit privé fédéral et procédure civile cantonale », *Zeitschrift für schweizerisches Recht-Revue de droit suisse*, n° 2, 1961, pp. 67-84. V. aussi : B. KNAPP, « La répartition des compétences et la coopération de la Confédération et des cantons », in D. THÜRER, J.-F. AUBERT, J. P. MÜLLER (dir.), *Droit constitutionnel suisse*, Zürich, Schulthess, 2001, pp. 457-472 ; J.-M. RAPP, P.-A. OBERSON (dir.), *Droit cantonal et droit fédéral : mélanges publiés par la Faculté de droit à l'occasion du 100^e anniversaire de la loi sur l'Université de Lausanne*, Lausanne, Payot, 1991.

⁸⁶ Selon le Tribunal fédéral, « la procédure civile cantonale a pour fonction de permettre l'application du droit civil fédéral : elle n'a pas une fin en soi ». Arrêt du Tribunal fédéral 104 Ia 105 : *Journal des Tribunaux* 1980 I 322 c.4.

⁸⁷ T. PERLER, « La preuve testimoniale dans la procédure civile : modalités d'un privilège », in P. CARONI (dir.), *Le droit commercial dans la société suisse...*, op. cit., pp. 305-312.

⁸⁸ *Code civil suisse et Code des obligations annotés*, Lausanne, Payot, 1972.

sous plusieurs réserves toutefois... Le juge ne peut d'abord retenir comme établis les faits à l'appui d'une demande en divorce ou en séparation de corps, que s'il s'est convaincu de leur existence (article 158, alinéa 1^{er}) ; le serment ne peut être déféré sur ces faits ni à l'une ni à l'autre des parties et la même règle s'applique à l'affirmation solennelle tenant lieu de serment (alinéa 2) ; les déclarations des conjoints, de quelque nature qu'elles puissent être, ne lient pas le juge (alinéa 3) ; le juge, enfin, apprécie librement les preuves (alinéa 4)... L'objectif est de protéger le droit matériel contre la réintroduction du divorce par consentement mutuel, connu des droits vaudois et genevois, et de faire en sorte que les cantons ne paralysent l'institution du divorce par des obstacles procéduraux insurmontables.

Par votation populaire du 12 mars 2000, les électeurs suisses adoptent une modification de l'article 122 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999⁸⁹, donnant la compétence à la Confédération de légiférer en matière de procédures civile et pénale. En 2011, l'entrée en vigueur du Code fédéral de procédure civile du 19 décembre 2008⁹⁰ entraîne l'abrogation expresse de l'article 10 du Code civil. Désormais, la nouvelle répartition des compétences entre Confédération et cantons met fin à toute controverse ; droit matériel et droit formel sont placés entre les mains de la Confédération.

⁸⁹ *Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (état le 26 octobre 1999)*, Berne, Chancellerie fédérale, 1999.

⁹⁰ F. BOHNET, J. HALDY, D. TAPPY, P. SCHWEIZER, N. JEANDIN, *Code de procédure civile commenté*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2011.

CHAPITRE 2 | CONTROVERSES DE DROIT PUBLIC

