

LES DÉFENSES RELATIVES
À L'INSTANCE ET À L'ACTION
SPÉCIALEMENT EN PROCÉDURE CIVILE
NEUCHÂTELOISE

par

François Bohnet – Philippe Schweizer*

* Par ordre alphabétique

SOMMAIRE

I.	Introduction	15
II.	Présentation des différents systèmes	15
	A. Le système français	15
	B. Le système allemand	18
	C. Les enjeux de la controverse	21
	D. La solution neuchâteloise	24
III.	Les exceptions de procédure	27
	A. Les caractéristiques générales des exceptions de procédure	27
	B. L'exception d'incompétence	31
	C. L'immunité	35
	D. L'admissibilité d'une demande reconventionnelle ou de conclusions nouvelles	35
	1. La demande reconventionnelle	35
	2. Les conclusions nouvelles	38
	E. La litispendance	39
	F. La nullité des actes de procédure	44
	G. La capacité d'ester en justice, la légitimation des représentants et la capacité de revendiquer	53
	1. La capacité d'ester en justice	53
	2. La légitimation des représentants	56
	3. La capacité de revendiquer en justice	58
	H. Le défaut de citation préalable en conciliation	59
IV.	Les fins de non-recevoir	62
	A. Les caractéristiques générales des fins de non-recevoir	62
	B. La qualité pour agir ou pour défendre	64
	C. L'intérêt	66
	D. L'autorité de la chose jugée	68
	E. L'observation d'un délai légal pour ouvrir action	71
	1. Les délais de déchéance de nature procédurale	72
	2. Les délais de déchéance en matière de demandes formatrices	73
	3. Les délais de déchéance de fond	74
	Bibliographie	74

I. Introduction

Si d'entrée de cause il nous fallait critiquer le chapitre 2 du titre 2^e du Code de procédure civile neuchâtelois, c'est sans hésiter que nous lui reprocherions, cumulativement, ses vices d'ordre systématique, ses imprécisions terminologiques, plus globalement le manque de clarté du régime procédural qu'il institue.

D'un point de vue formel pourtant, la structure neuchâteloise paraît bien équilibrée. Le code propose une classification tripartite des moyens de défense, et distingue les *exceptions de procédure*, les *moyens de fond pouvant être soulevés d'entrée de cause*, et les *autres moyens de fond*. Les moyens relevant des deux premières catégories étant énumérés limitativement aux articles 161 et 162 CPCN, une simple lecture de la loi devrait permettre au praticien de s'y retrouver. Il n'en est rien. La rigidité d'un texte ne supprime jamais les hésitations, et elle rend les difficultés pratiquement insurmontables lorsque les principes que présuppose la réglementation ne sont pas clairement arrêtés. Autrement dit, tout système doit être pensé avant d'être énoncé, postulat dont le législateur neuchâtelois semble avoir fait fi lors de la révision du code de 1991. Mais il est vrai que le régime des codes précédents (de 1878, 1906 et 1925) n'était pas entièrement satisfaisant.

Dans la mesure où la structure actuelle a été conçue comme un correctif, pratique et non théorique, des systèmes précédents, un examen rétrospectif s'avère nécessaire à la compréhension du système. Nous nous efforcerons d'en dégager les traits principaux, après avoir exposé les théories allemande et française des moyens de défense, dans les grandes lignes à l'origine des diverses solutions cantonales.

II. Présentation des différents systèmes

A. Le système français

1. L'émergence progressive du concept d'action, renouvelé, a trouvé sa consécration à l'art. 30 nCPC, dont la teneur est la suivante: «L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention.»

2. Ainsi définie, l'action devrait faire apparaître en creux les moyens de défense spécifiques qui s'y rattachent, les fins de non-recevoir, qui ne portent ni sur l'acte par lequel l'action est exercée, soit la demande et la réponse (dans la terminologie neuchâteloise), ni sur le fond du ou des droits litigieux. Pourtant, les auteurs français sont quasi unanimes à souligner le flou qui a régné, et semble régner encore, sur les contours de la notion d'action et sur le concept de fin de non-recevoir, qui en découle immédiatement: «un des éléments essentiels de la structure du procès en France est constitué par la théorie de l'action en justice. Mais cette notion centrale est fort difficile à cerner»¹. Comme le relevait déjà Morel² de façon prémonitoire, «Il semble que la distinction des défenses et des exceptions soit destinée à être sans cesse remise en question. Un grand nombre d'auteurs et d'arrêts admettent en effet qu'il y a place entre la défense et l'exception pour une troisième catégorie de moyens opposables par le défendeur: les fins de non-recevoir ou de non-valoir...». Et pour cause: Glasson et Tissier³ avaient déjà proposé des critères censés permettre de distinguer ces trois catégories de moyens. La défense s'attaque au droit prétendu, l'exception à la procédure et la fin de non-recevoir au droit d'action. Le défendeur qui oppose une fin de non-recevoir ne dit donc pas au demandeur: «votre droit n'existe pas» (défense), ni: «votre instance a été mal engagée» (exception); il lui dit «vous n'avez pas de droit d'action, parce que vous êtes dépourvu d'intérêt ou sans qualité, ou parce que votre droit d'action est éteint».

3. Ainsi, le droit français distingue trois catégories de défenses obéissant en principe à un régime propre.

4. Les *exceptions* tendent à faire ajourner la discussion immédiate de la demande. Se rattachent à cette catégorie, notamment, l'exception d'incompétence (articles 75 à 99 nCPC), les exceptions de litispendance et de connexité (articles 100 à 107 nCPC), celles qui tendent à une suspension de la procédure jusqu'à l'expiration d'un certain délai au cours duquel le défendeur pourra prendre des mesures destinées à aménager sa situation procédurale (articles 108 et 109 nCPC) ou encore l'exception de nullité, qui a pour objet de faire prononcer la nullité d'un acte en raison de l'irrégularité formelle dont il est entaché (articles 112 à 121 nCPC). Les arguments de ce type n'attirent pas la sympathie, raison qui dicte leur traitement procédural: si l'on entend s'en prévaloir il faut le faire avant de suivre en cause pour éviter qu'un plaideur ne sorte de sa manche, en finale, un «petit» moyen propre à annihiler les opérations effectuées jusque-là.

¹ Dalloz II, N° 110.

² Morel, N° 52, p. 54.

³ Glasson et Tissier, Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, Paris 1925-1936, tome 1, N° 227.

Le principe de l'invocation immédiate et cumulative à peine de forclusion connaît toutefois quelques tempéraments⁴.

5. A l'opposé, les *défenses* (au sens technique, qui se passe de la précision *au fond*⁵ appelée par la confusion terminologique qui s'est généralisée) regroupent les moyens par lesquels le défendeur entend faire rejeter la demande au motif que celle-ci est mal fondée en droit soit parce que le droit allégué par l'adversaire n'existe pas ou plus, soit parce qu'il n'a pas l'étendue que celui-ci lui attribue. Sont ainsi des défenses le moyen tiré du fait que la dette prétendue a été éteinte par paiement ou compensation, ou que l'une des conditions de la responsabilité civile alléguée n'est pas remplie. La défense est l'antithèse de la demande en justice. L'une et l'autre se présentent comme l'aspect positif et négatif du droit invoqué par le biais de l'action, exercée elle-même par la demande. La caractéristique procédurale la plus marquante des défenses consiste en ce qu'elles peuvent être invoquées en tout état de cause jusqu'à la clôture des débats, même en appel⁶.

6. Reste la catégorie intermédiaire des *fins de non-recevoir*, qui rassemble les moyens par lesquels le défendeur, sans contester directement le droit allégué par son adversaire, soutient que le juge n'a pas le pouvoir d'examiner la demande parce que celle-ci est irrecevable faute d'action. L'article 122 nCPC en donne une liste considérée comme non limitative: le défaut de qualité, le défaut d'intérêt⁷, la prescription⁸, l'expiration d'un délai préfix⁹ et l'autorité de la chose jugée¹⁰.

⁴ Voir articles 103, 111 nCPC, sans parler de l'hypothèse où l'exception porte sur la nullité d'un acte de procédure postérieur à l'introduction de l'instance, cf. Perrot, Cours, fascicule 1, p. 99.

⁵ Sur les défenses au fion en général, voir S. Walder de Montmolin, Vos droits de femme, Lausanne 1984.

⁶ Art. 72 nCPC.

⁷ Là aussi la jurisprudence n'est pas toujours rigoureuse. Pour un exemple de qualité niée faute d'intérêt, cf. infra, N° 24.

⁸ Dans le même sens, SJ 1988, p. 88 i.m., 89, 95.

⁹ Il s'agit ici d'un choix du législateur; c'est lui qui décide si le délai préfix s'attache au droit ou l'action. En France les choses sont claires, devraient l'être en tout cas. En Suisse elles ne le sont pas et c'est affaire d'interprétation que de décider si la péremption frappe la prétention ou l'action qui s'y rattache. Si la question reste nimbée d'un brouillard persistant, c'est probablement parce que le résultat pratique est le même dans les deux hypothèses: l'exercice d'un droit périmé est voué à un échec définitif; la péremption est relevée d'office quelle que soit la qualification dont on l'habille. Il n'est donc pas étonnant que les tribunaux répugnent à poser le pied sur la controverse.

¹⁰ On relèvera au passage le régime différencié auquel sont soumises l'exception de litispendance et la fin de non-recevoir tirée de la chose jugée, alors que toutes deux trouvent leur fondement dans l'épuisement du droit d'action, mais cette différence s'explique par l'incertitude sur le sort de l'action dans le premier cas, qui est levée dans le deuxième; cf. infra, N° 64.

7. Abstraction faite de certains cas qui se situent à la limite des exceptions et des fins de non-recevoir d'une part, des fins de non-recevoir et des défenses d'autre part, et qui expliquent certains flottements, il est facile de comprendre l'émergence et la survivance obstinée des moyens dirigés spécifiquement contre l'action, droit d'obtenir un jugement au fond on le rappelle, si l'on souligne les liens étroits qui lient l'action au droit prétendu, même dans une vision étroite de la fin de non-recevoir¹¹. Quand il s'agit de savoir si une partie doit être astreinte à verser une caution en garantie des frais de procédure avancés par son adversaire ou si un acte de procédure est régulier, on peut attendre de celui qui soulève ce moyen qu'il le fasse avant de suivre, à peine de forclusion. Poser les mêmes barrières temporelles lorsque l'intérêt ou la qualité pour agir d'une partie sont contestés est plus délicat mais en deux mots, le régime procédural des fins de non-recevoir s'apparente dans une large mesure à celui des défenses, celles-ci ayant toutefois un autre objet, en ce qu'elles portent sur le fond du droit, et non sur le droit au prononcé d'un jugement au fond. Cependant, les jugements accueillant une fin de non-recevoir, au contraire de ceux qui admettent une exception, sont revêtus de l'autorité de la chose jugée et font obstacle à un nouvel exercice de la même action¹².

B. Le système allemand

8. Le procès civil tend au prononcé d'une décision statuant définitivement sur le ou les droits litigieux. Il en découle en Allemagne une division entre les moyens ou les circonstances qui font obstacle, provisoirement ou définitivement, à un tel prononcé, et ceux qui n'ont d'incidence que sur le contenu du jugement au fond.

9. Les premiers sont rassemblés sous le concept général de conditions de recevabilité (*Zulässigkeitsvoraussetzungen*), et sont subdivisés en «conditions de l'instance» (*Prozessvoraussetzungen*) et en «obstacles à la procédure» (*Prozesshindernisse*) les seconds constituant des moyens de fond qui peuvent être des exceptions (*Einreden*) ou des objections (*Einwendungen*), à quoi il faut ajouter la simple dénégation des allégations de la partie adverse.

10. S'agissant des conditions de recevabilité, la terminologie usuelle remonte à Bülow¹³, et elle s'est maintenue jusqu'à ce jour même s'il est admis unani-

¹¹ Cf. note précédente, dernière phrase.

¹² Perrot, Cours, fascicule 1, p. 100. La doctrine distingue toutefois les «fins de non-recevoir de procédure» (comme l'absence d'intérêt) et les «fins de non-recevoir liées au fond» (comme la réconciliation des époux dans une procédure de divorce), qui sont très proches des défenses (cf. Solus/Perrot, N° 316, p. 294) ou qui sont même, simultanément, des défenses (cf. Motulsky, p. 362, qui les déclare «à double entente»). Seules les secondes auraient pour résultat «d'aboutir à un jugement qui épuise la juridiction du tribunal sur le fond même du litige» Solus et Perrot, op. cit., N° 319, p. 297.

¹³ Die Lehre der Processenreden und der Prozessvoraussetzungen, 1868.

mement qu'elle est malencontreuse puisque les «conditions de l'instance» ne sont précisément pas des conditions de l'instance car s'il en manque une ou plusieurs, il y aura néanmoins une instance, qui se conclura par un refus de statuer au fond. Mieux vaudrait donc dire «conditions d'un prononcé au fond» (*Sachurteilvoraussetzungen*). Il en va de même des «*Prozesshindernisse*», qui ne paralysent pas la procédure ou l'instance elle-même, mais la font dévier de son cours naturel. De plus, certains de ces moyens ne concernent pas l'instance prise dans son ensemble, mais seulement certaines phases (les conditions de recevabilité d'un recours par exemple) ou certains aspects particuliers de celle-ci (les conditions d'admission d'une requête d'intervention par exemple).

11. Dans la terminologie allemande – qui ne correspond pas à cet égard à celle qui est reçue en Suisse alémanique¹⁴ – les conditions de l'instance doivent être vérifiées d'office, alors que les obstacles à la procédure ne sont pris en considération que sur demande d'une partie.

12. Les conditions de l'instance peuvent être réparties en trois groupes : celles qui se rapportent à la juridiction, celles qui concernent les parties et celles qui ont trait au litige lui-même.

13. Font partie du premier groupe l'existence du pouvoir de juger des tribunaux allemands, relativement à l'objet du litige ou aux parties (soit l'absence d'immunité), l'admissibilité de la voie judiciaire civile, par opposition à la voie pénale ou administrative, la compétence internationale, ainsi que locale, matérielle et fonctionnelle¹⁵. En revanche, ne constitue pas une «*Prozessvoraussetzung*» la régularité de la composition du tribunal, car un juge inhabile doit renoncer à toute activité juridictionnelle ; il ne peut prendre aucune décision concernant le litige, sinon celle de se démettre.

14. Le deuxième groupe rassemble les conditions se rapportant à l'existence des parties, leur capacité d'être partie et de procéder, le cas échéant l'existence d'un rapport de représentation légale, la qualité pour agir, mais pas leur capacité de revendiquer en justice¹⁶ (*Postulationsfähigkeit*). En effet, si une partie, ou son représentant, n'est pas admise à saisir valablement un tribunal (par exemple un

¹⁴ Les auteurs suisses alémaniques étendent plutôt le terme «*Prozessvoraussetzungen*» à toutes les «*Zulässigkeitsvoraussetzungen*», et distinguent celles qui doivent être prises en considération d'office et celles qui ne le sont que sur requête ; cf. Guldener, p. 220ss. ; Kummer, Grundriss, p. 86ss. ; Vogel, ch. 7 N° 77ss.

¹⁵ Une même autorité peut fonctionner en tant que juridiction de première instance ou comme instance de recours (comme le Tribunal fédéral qui, en matière civile, peut statuer en instance unique ou comme autorité de recours, en réforme, en nullité ou sur recours de droit public) ; sa compétence fonctionnelle ne sera pas la même dans les deux hypothèses.

¹⁶ Expression que nous empruntons à Habscheid, p. 187.

prétendu représentant qui ne serait pas avocat), l'assignation ne serait pas notifiée du tout et il n'y aurait pas d'instance¹⁷.

15. Le troisième groupe réunit l'absence de litispendance et la non-existence d'un jugement entre les mêmes parties sur le même objet, l'intérêt à la sanction judiciaire du droit litigieux et la régularité formelle de la demande¹⁸. Il y a controverse sur le point de savoir si le droit de faire valoir un droit en justice¹⁹ (*Klagbarkeit*; ce que nous appelons «action» dans la présente étude) est une «*Prozessvoraussetzung*» ou une condition de fond. Le *Bundesgerichtshof* a considéré à plusieurs reprises qu'il s'agissait d'une condition de recevabilité²⁰.

16. L'absence des conditions de l'instance doit être relevée d'office et peut l'être en tout état de cause par le tribunal, mais celui-ci n'est pas tenu de se livrer à des investigations de sa propre autorité lorsqu'il y a un doute sur la recevabilité de la demande. Il ne se fonde en principe que sur les allégations et les preuves des parties et, en cas d'incertitude, applique sauf exception les règles ordinaires de répartition du fardeau de la preuve.

17. L'ordre dans lequel les conditions de l'instance doivent être examinées a donné lieu à d'abondantes controverses. En pratique, les tribunaux vont volontiers du plus simple au plus compliqué, même si la logique imposerait un certain ordre, au moins dans certains cas. Si par exemple la voie judiciaire civile est douteuse, cette question devrait être examinée avant celle de la compétence matérielle ou territoriale, puisque si la voie civile est exclue, aucun tribunal civil ne sera compétent pour se saisir d'un litige – autres questions de recevabilité comprises – qui échappe à la justice civile.

18. En règle générale, il suffit que les conditions de l'instance soient réunies lors de la dernière audience de débats oraux. En revanche, lorsque les facteurs établissant la compétence du tribunal étaient acquis au départ, une modification ultérieure des circonstances n'affecte pas la validité de la demande (*perpetuatio fori*).

¹⁷ Si la capacité de revendiquer disparaît en cours d'instance (par suite d'un retrait du brevet d'avocat par exemple), les actes subséquents de la personne en cause seront tenus pour nonavenus et la procédure se poursuivra par défaut, avec à la clé, le cas échéant, un jugement au fond.

¹⁸ Y compris la question de la validité des pouvoirs du représentant en justice. A la différence de celui qui n'a pas la capacité de revendiquer en justice, le représentant sans pouvoir n'est privé que d'une délégation, voire d'une délégation formellement régulière.

¹⁹ Exemple: art. 91 CCS: «La loi n'accorde pas d'action pour contraindre au mariage le fiancé qui s'y refuse».

²⁰ NJW 1980, p. 520 et les références. L'opinion dissidente se fonde sur le fait qu'un jugement niant le droit de faire valoir un droit en justice constate définitivement que la prétention alléguée est inconsistante, ce qui le rapproche d'un jugement au fond. Ce débat est à mettre en parallèle avec celui, toujours vivace mais trop complexe pour qu'on puisse l'effleurer ici, qui se rapporte à l'autorité qui s'attache aux jugements processuels. Cf. récemment, ATF non publié du 27 septembre 1997, 4C.429/1995, c. 3b.

19. La catégorie des «*Prozesshindernisse*» regroupait divers moyens que le défendeur pouvait et devait soulever s'il entendait obtenir un refus d'entrée en matière, immédiatement (dans le cas de l'exception d'arbitrage par exemple) ou éventuellement, si la partie adverse ne régularisait pas sa situation en temps utile (requête de *cautio judicatum solvi*). L'imparfait se justifie non seulement parce qu'une nouvelle tendant à l'accélération et à la simplification de la procédure, du 3 décembre 1976, a supprimé ce terme et a rassemblé les notions de «*Prozessvoraussetzungen*» et de «*Prozesshindernissen*» sous l'expression «*Rügen, die die Zulässigkeit der Klage betreffen*» (griefs se rapportant à la recevabilité de la demande)^{21, 22} mais aussi parce que des moyens qui entraînent jusque-là dans la catégorie des «*Prozesshindernisse*», il ne subsiste désormais plus que l'exception d'arbitrage, la sanction qui s'attache aux autres n'étant plus l'irrecevabilité de la demande.

20. On s'abstiendra ici de présenter le régime procédural des moyens de fond, qui feront l'objet d'une autre publication.

21. On voit donc que la notion d'action, telle qu'elle est comprise en droit français, est absente des classifications qui ont cours en Allemagne, mais que sa spécificité est tout de même ressentie, comme l'illustre la controverse relative au sort qui doit être réservé aux «*unklagbare Ansprüche*». Il ne faut d'ailleurs pas surestimer les implications pratiques de cette différence de conception, s'agissant du résultat auquel conduit l'admission d'un moyen de défense procédural: la délimitation de l'autorité attachée à une telle décision compte plus que la rubrique à laquelle se rattache le motif qui l'a provoquée. Et à cet égard, les systèmes français et allemand ne nous semblent pas très éloignés. Cette remarque ne vaut pas en revanche pour ce qui est du régime de l'invocation ou de la prise en considération des causes d'irrecevabilité, ni de leur traitement procédural.

C. Les enjeux de la controverse

22. Bien que la nature et même l'existence d'un droit d'action soient encore controversées, disons d'emblée que le système neuchâtelois s'inspire du système français, qui nous semble également préférable en théorie. Peu importe que l'action soit qualifiée de «droit subjectif» ou qu'on n'y voie qu'un effet réflexe de l'ordre juridique objectif²³; il nous paraît exclu de vouloir faire de l'action un simple attribut du droit matériel invoqué, précisément parce qu'au stade de l'exer-

²¹ Cf. § 282 III, 340 III 1.

²² Qui n'est pas très heureuse non plus puisqu'elle paraît suggérer que l'examen des conditions de recevabilité n'a lieu qu'en cas de contestation.

²³ Guldener, p. 195.

cice de l'action, la prétention n'est qu'invoquée – ou l'absence de prétention de l'adversaire, dans le cas de l'action en constatation négative. Ce n'est que lorsqu'un jugement au fond aura été rendu que l'on saura si le droit prétendu existe ou non. Or s'il n'existe pas, il ne peut pas avoir d'accessoire ou d'attribut. Pourtant l'action, elle, existe. Le juge valablement saisi a statué sur la prétention et a nié son existence. Vouloir lier l'action au droit substantiel reviendrait à n'accorder une action que si le droit existe, alors que l'action est attachée au droit prétendu.

23. Mais si l'on définit l'action comme le droit d'obtenir un jugement au fond, le défaut d'action aura pour conséquence que le juge ne statuera pas au fond et, n'entrant pas en matière, il déclarera la demande²⁴ irrecevable²⁵. Le résultat pratique sera donc le même que si l'action existait, mais que l'instance ait été irrégulièrement engagée. Autrement dit, à une division ternaire dans les moyens (dirigés contre l'instance, l'action ou le droit matériel invoqué) correspond une sanction binaire (irrecevabilité ou rejet au fond). Ce déséquilibre arithmétique explique à notre avis dans une large mesure la persistance de la controverse relative à la spécificité des fins de non-recevoir.

24. Une fois cette spécificité admise, les difficultés ne font que commencer, car il faut encore cerner le domaine propre des fins de non-recevoir. En droit français, celui-ci s'est étendu jusqu'à la boursoffure. Ainsi, la réconciliation en matière de divorce, la confirmation d'actes frappés de nullité relative ou même le moyen tiré de l'illicéité ou de l'immoralité d'un acte juridique ont pu être qualifiés de fins de non-recevoir²⁶, bien qu'étant également des moyens de fond véritables en droit français. Tout en admettant que les contours de l'action ne sont pas aisés à tracer, nous pensons qu'il s'agit là d'une extension exagérée. A notre sens, la titularité sur l'action suppose la qualité pour agir, l'intérêt²⁷ à l'exercice de l'action et l'absence d'une règle excluant celle-ci. On trouve une telle règle, par exemple, à l'art. 513 du Code des obligations, dont la doctrine s'accorde à admettre que les textes français et allemands de l'al. 1^{er} (créance, *Forderung*) sont imprécis, contrairement à la version italienne (*azione*) et à la note marginale (inadmissibilité d'une action en justice, *Unklagbarkeit der Forderung*). Le joueur gagnant a bien une créance, et le perdant qui s'acquitte de sa dette le fera valablement, mais un juge saisi d'une demande en paiement devra refuser l'entrée en matière, faute d'action. Un autre exemple, analogue à première vue, suf-

²⁴ Et non pas l'action. Une action ne peut pas être recevable ou irrecevable, comme on le lit souvent (par exemple in RJN 1984, p. 84). L'action existe ou n'existe pas.

²⁵ Contra, Jolidon, p. 59.

²⁶ Motulsky, p. 362.

²⁷ Ces deux conditions sont distinctes, et nous ne pensons pas que l'on puisse les fusionner pour aboutir à un défaut de qualité faute d'intérêt (cf. Rouen, 14 juin 1990, Dalloz Sirey 1992, 12^e cahier, sommaires commentés, p. 113-114; comp. toutefois ATF 109 II 350; RJN 7 1259).

fira à montrer la difficulté de la qualification dans certains cas. Le débiteur qui paie une dette prescrite le fait valablement lui aussi, et il ne pourra pas agir en répétition de l'indu. La créance existe donc et l'on pourrait être tenté d'affirmer que le débiteur, lorsqu'il excipe de la prescription, ne paralyse – ou n'éteint – que l'action de son adversaire. En Suisse, pourtant, il est admis que le moyen est de fond²⁸. On peut avoir les mêmes hésitations à l'égard de la péremption. Seule l'interprétation de la règle de péremption permet de décider si la péremption frappe le droit, l'action ou les deux. Il en va de même des dispositions astreignant le demandeur au préliminaire de la conciliation. On peut y voir une condition de la régularité de l'instance ou un préliminaire à l'exercice de l'action.

25. Quant aux deux éléments qui caractérisent positivement l'action, soit la qualité et l'intérêt, c'est leur relation étroite avec le droit de fond qui les rend délicats à bien des égards. La jurisprudence fédérale relative à l'intérêt pour agir est significative. Si l'action est une notion éminemment procédurale, relevant donc en principe du droit cantonal, le droit matériel exige non seulement qu'une prétention de droit civil soit pourvue d'action, mais aussi que l'action soit exclue lorsque le droit de fond refuse une protection judiciaire. Or plutôt que de justifier cette ingérence par la nécessité d'une application uniforme du droit fédéral, comme il l'a fait en d'autres circonstances, le Tribunal fédéral est allé jusqu'à rattacher l'intérêt directement au droit matériel. C'est donc à la lumière de la prétention matérielle invoquée en justice qu'il faut décider si le demandeur a intérêt à (et qualité pour) obtenir une décision sur l'existence et la portée du droit prétendu. Il faut donc en quelque sorte examiner préalablement le fond pour arriver, le cas échéant, à la conclusion qu'il n'y a pas matière à statuer sur le fond. Cette opération est souvent inconsciente, mais elle apparaît clairement lorsqu'il s'agit de statuer sur la recevabilité d'une demande en constatation de droit²⁹. C'est sans doute aussi la raison pour laquelle on lit souvent que le moyen tiré du défaut de qualité pour agir est un moyen de fond, alors qu'il s'agit d'une fin de non-recevoir par excellence, la qualité pour agir étant confondue avec la titularité sur la prétention matérielle³⁰.

26. Le créancier prétendu qui invoque en justice une reconnaissance de dette signée par le défendeur en faveur d'un tiers a qualité pour le faire, mais il sera

²⁸ Dans l'hypothèse inverse d'une demande en paiement prématurée, fondée sur une créance dont le demandeur alléguerait lui-même qu'elle n'est pas encore exigible, il est probable qu'il y aurait lieu de la rejeter en l'état, mais un juge pourrait aussi se demander s'il peut accorder moins que ce qui est demandé, c'est-à-dire prononcer un jugement constatatoire, ce qui l'amènerait inévitablement à se pencher sur l'intérêt du demandeur à l'obtention d'une telle constatation, et c'est là que réapparaît le problème de l'existence ou de l'inexistence de l'action.

²⁹ ATF 110 II 352; 114 II 253; 120 II 20.

³⁰ Cf. RJN 3 I 95 et les exemples donnés infra, Nos 133 et 142; dans le même sens, apparemment, Jolidon, p. 59.

débouté au fond pour n'avoir pas prouvé l'existence d'un droit propre. En revanche, il n'a pas qualité pour conclure à la condamnation du défendeur à payer au tiers. Nul ne plaide par procureur; la demande serait irrecevable.

27. Quoi qu'il en soit, une délimitation précise du domaine respectif des trois grandes catégories que constituent les exceptions de procédure, les fins de non-recevoir et les défenses au fond, n'aurait une véritable utilité pratique que s'il en découlait un régime spécifique uniforme, pour chacune des catégories, qu'il s'agisse des modalités de leur invocation, de leur éventuelle prise en considération d'office, de la sanction du vice ou encore du caractère dilatoire ou péremptoire du moyen. Or les «exceptions de procédure» sont parfois relevées d'office – et peuvent être soulevées jusqu'à fin de cause, alors que certains moyens de fond ne sont pas pris en considération d'office, de même que des moyens de défense se rattachant à l'une ou l'autre des catégories peuvent avoir un caractère dilatoire ou péremptoire selon les cas ou les circonstances, ou même potentiellement péremptoire. Tout au plus peut-on dire que les moyens qui se rattachent au défaut d'action, savoir les fins de non-recevoir, devraient toujours être relevés d'office, mais on verra que la pratique n'applique pas systématiquement ce principe. Il n'empêche que cette première approche devrait permettre de mieux saisir les principes généraux dont est issu le système neuchâtelois actuel.

D. La solution neuchâteloise

28. Nettement influencée par l'ancien droit français, la procédure coutumière neuchâteloise connaissait trois phases, où pouvaient être avancés des moyens de défense spécifiques³¹. Dans un premier temps, avant d'aborder le fond du procès, le défendeur pouvait soulever des *moyens préjudiciels*, *fins de non-procéder* comprises; dans un deuxième temps, sans encore s'en prendre aux faits allégués par le demandeur, il pouvait faire valoir des *exceptions péremptoires* ou *fins de non-recevoir* et, dans un troisième temps, contester par la *négative* les faits allégués par le défendeur et conclure au mal fondé de la demande. On retrouve là une terminologie chère à la doctrine française du siècle dernier³². La conception d'alors était principalement bâtie sur la distinction opérée entre *exceptions dilatoires* et *exceptions péremptoires*, les premières, parmi lesquelles on trouvait en particulier les exceptions de procédure, ayant pour objet de différer le procès sans entraîner le rejet définitif de la demande, les secondes, généralement regroupées sous les vocables *fins de non-recevoir* et *fins de non-valoir*, tendant à l'exclure définitivement. Le droit neuchâtelois reprenait globalement le principe: les moyens préjudiciels, correspondant pratiquement aux exceptions

³¹ Rapport 1878, p. 147ss.

³² Solus/Perrot, p. 292; Morel, p. 51.

de procédure³³, se rapportaient en particulier à la *cautio judicatum solvi*, à la demande d'intervention et de récusation, à la nullité de l'exploit de demande, à la division de cause, à l'incompétence et à la litispendance, ces deux derniers moyens formant les fins de non-procéder, alors que l'autorité de chose jugée, la prescription, le dol, la crainte fondée, la remise de dette et la compensation, moyens excluant définitivement la demande, représentaient des fins de non-recevoir³⁴.

29. L'action n'était pas distinguée du droit déduit en justice à l'époque, et les fins de non-recevoir, définies à l'aide d'un critère peu fiable – le caractère péremptoire de l'exception – regroupaient des hypothèses fort diverses, certaines relativement proches des moyens préjudiciels³⁵, d'autres à la limite de la négative³⁶. Le législateur de 1878, désireux de mettre un terme à l'éternelle controverse³⁷ sur l'étendue de la fin de non-recevoir, a supprimé cette phase intermédiaire en les soumettant, à tout le moins implicitement, au régime des moyens de fond.

30. L'erreur est certainement de n'avoir pas examiné si certaines fins de non-recevoir ne devaient pas suivre, dans un système bipartite, le régime des moyens préjudiciels. Certes, le code de 1878 ne faisait de ceux-ci qu'une énumération exemplative, si bien que les tribunaux eurent tendance à élargir le cercle des moyens préjudiciels³⁸, mais le législateur de 1906 mit fin à ces flottements en déclarant exhaustive la liste des moyens préjudiciels³⁹. Le rapport du Conseil

³³ L'art. 173 du code de 1878 parle d'ailleurs de *moyens préjudiciels* ou *dilatoires*, chacun des deux termes devant être pris comme un synonyme de l'autre. Les codes de 1906 et de 1925 se contentent de l'expression *moyen préjudiciel*, dans une acception typiquement neuchâteloise (rapport de 1906, p. 36: «nous avons donné à ces moyens le nom de préjudiciels non pas que dans le langage juridique usuel, ce mot les désigne exclusivement; mais cet adjectif qui signifie: «qui doit être jugé avant la contestation principale» s'applique exactement à ce que sont ces moyens d'après notre projet»). Dans notre canton, un jugement préjudiciel est rendu sur moyen préjudiciel. Dans un dossier de responsabilité civile, le jugement se prononçant exclusivement sur le principe de la responsabilité n'est pas qualifié de préjudiciel mais de *séparé*, terme générique visant tous les jugements ne se prononçant pas sur l'ensemble de la contestation, qu'ils soient partiels (par exemple le jugement se prononçant sur un poste du dommage allégué) ou préjudiciels au sens général du terme (comparer art. 285 CPC Vaud. Pour la terminologie du Tribunal fédéral, voir ATF 116 II 80, 83). On retrouve la même expression dans le code de 1991, mais la note marginale de l'art. 161 CPCN parle d'*exception de procédure*. Les deux expressions sont prises comme synonyme.

³⁴ Rapport 1878, p. 150.

³⁵ En particulier l'autorité de la chose jugée. Voir l'arrêt du Tribunal fédéral du 15.9.1980 dans une affaire neuchâteloise (RJN 7 I 377, 382), où l'autorité de la chose jugée est qualifiée de moyen de procédure.

³⁶ En particulier les objections et les exceptions de droit civil.

³⁷ Rapport 1878, p. 150.

³⁸ Rapport 1906, p. 34.

³⁹ Tout en admettant que la limite des moyens préjudiciels varie d'une loi de procédure à l'autre, cette question ayant donné lieu à de nombreuses discussions de doctrine et de jurisprudence: Rapport 1906, p. 33.

d'Etat indique expressément que les exceptions péremptoires, y compris l'autorité de la chose jugée et la péremption, sont des moyens de fond⁴⁰; elles tendent à faire déclarer la demande mal fondée. La structure neuchâteloise, devenue bicéphale, se rapproche de la solution allemande, sous un angle pratique en tout cas⁴¹.

31. Le code de 1925 maintient ce système, la jurisprudence s'y conformant strictement: «Tous les moyens qui ne sont pas énumérés à l'art. 162 CPCN 1925, même s'ils sont préjudiciels selon la théorie générale du droit de procédure, sont des moyens de fond en procédure neuchâteloise.»⁴²

32. Peut-être un peu par hasard, le code actuel a réintroduit les fins de non-recevoir, en prévoyant que certains moyens, qu'il qualifie de *fond*, peuvent être présentés sous forme de moyens préjudiciels. Le rapport du Conseil d'Etat donne l'explication suivante: «Ces moyens [l'autorité de la chose jugée, la litispendance, la capacité ou de la qualité pour agir, l'existence d'un intérêt juridique et l'observation d'un délai pour ouvrir action], qui ne relèvent pas de la procédure, mais du droit matériel, sont de nature à mettre fin prématurément à l'instance, sans qu'il y ait lieu d'entrer véritablement en matière sur le fond.»⁴³ Qu'est-ce d'autre que le constat empirique de l'existence de fins de non-recevoir, par lesquelles le défendeur ne remet en cause ni l'instance (*moyens qui ne relèvent pas de la procédure*), ni le droit invoqué (*pas d'entrée en matière sur le fond*), mais le droit d'action du demandeur? Même si l'énumération de l'art. 162 CPCN manque de rigueur, la majeure partie des cas qu'elle vise sont des fins de non-recevoir. On trouve bien dans cette disposition une exception de procédure et un moyen incident égarés (litispendance⁴⁴; capacité d'ester en justice⁴⁵), mais aucun moyen de fond⁴⁶, même si l'expression est inexactement utilisée dans la note marginale, par référence au statut antérieur des cas mentionnés à cet article.

⁴⁰ Rapport 1906, p. 34; ATC VII 423. ATC VIII 30, 34: «les moyens préjudiciels que le Code énumère limitativement visent exclusivement des questions de *forme*...».

⁴¹ Même si le code de 1906 (art. 163; même article du code de 1925) réserve les moyens que le juge doit examiner d'office, le droit neuchâtelois ne connaissait pas, à proprement parler, le régime des *Prozessvoraussetzungen* et des *Prozesshindernisse*. Le cercle des exceptions de procédure diffère d'ailleurs de celui tracé (avec souvent des nuances) par la doctrine allemande.

⁴² RJN 5 I 193; RJN 6 I 35. Pour l'autorité de la chose jugée, voir RJN 3 I 13.

⁴³ Rapport 1988, p. 16-17.

⁴⁴ Que l'on trouve certainement là en raison de sa ressemblance avec l'autorité de la chose jugée. A ce sujet, voir par exemple RJN 7 I 377. Voir infra, N° 64.

⁴⁵ Le code part du principe, erroné, selon lequel la nature du moyen se définit d'après la branche de droit qui le gouverne (voir le passage du rapport cité ci-avant). Or le fait que la capacité d'ester en justice se détermine d'après les règles de droit matériel ne change rien au fait qu'il s'agit d'une question de régularité de la procédure, qui peut donner lieu à un incident. Cf. infra, N° 111.

⁴⁶ Vu l'approche strictement pragmatique du législateur, on aurait pu imaginer qu'il soumette au régime de l'art. 162 CPCN tous les moyens qui, par le passé, donnaient lieu à un jugement séparé, y compris des moyens de fond comme les vices du consentement ou la prescription. En l'évitant, il a garanti l'unité dans la sanction des divers moyens visés à cet article: l'irrecevabilité.

33. Les traits caractéristiques de la structure neuchâteloise sont donc les suivants: l'art. 161 CPCN concerne (pour l'essentiel)⁴⁷ la validité de l'instance – et donc la recevabilité de la demande –, il énumère les exceptions de procédure (ou *moyens préjudiciels*), qui doivent être proposées d'entrée de cause et cumulativement, sous peine de péremption⁴⁸, les moyens que le juge doit suppléer d'office étant réservés; l'art. 162 CPCN s'intéresse essentiellement au droit d'action, qui conditionne également la recevabilité de la demande⁴⁹, et offre la possibilité aux plaideurs de présenter leurs fins de non-recevoir⁵⁰ de la même manière, ou suivant le régime des moyens de fond, qui eux s'en prennent au droit invoqué et tendent au mal fondé de la demande.

34. Les trois genres de moyens de défense obéissent à un régime propre, mais celui des fins de non-recevoir est écartelé entre les deux autres, dont les grands axes s'orientent sur la finalité du moyen: irrecevabilité ou rejet au fond. Et à l'intérieur de ces genres, les diverses espèces et types de moyens ont leurs particularités, ils connaissent des régimes différenciés. Nous examinerons le régime des exceptions de procédure, puis celui des fins de non-recevoir. Les moyens de fond feront l'objet d'une autre publication.

III. Les exceptions de procédure

A. Les caractéristiques générales des exceptions de procédure

35. Nous avons dit plus haut⁵¹ que les exceptions de procédure (ou *moyens préjudiciels*), s'en prennent à la validité de l'instance et qu'elles tendent à faire déclarer la demande irrecevable. Dans ce sens, l'exception donne lieu à un inci-

⁴⁷ Infra, N° 36.

⁴⁸ Invoquée tardivement, l'exception est *irrecevable* (et le juge relèvera d'office cette tardiveté, CCC IV 533; RJN 7 I 259, 260), à moins que le moyen doive être examiné d'office par le juge. L'exception soulevée *in limine litis* aboutit à un jugement préjudiciel la déclarant bien ou mal fondée (par exemple: ATC VII 575, 579; ATC VIII 557, 560; ATC VIII 255; RJN 4 I 67, 73).

⁴⁹ Que le code qualifie les moyens de l'art. 162 CPCN de moyens de fond ne doit pas influencer le juge: le moyen, s'il est bien fondé, aboutit à l'irrecevabilité de la demande, faute de droit d'action du plaideur. Le tribunal cantonal l'avait d'ailleurs admis sous l'ancien régime, en particulier pour le défaut d'intérêt, moyen qualifié de fond mais débouchant sur un jugement d'irrecevabilité (RJN 6 I 35; RJN 7 I 377, 379), pour la qualité pour agir et pour défendre (ATC VIII 442, 447; RJN 11 I 190, 193) et dans un arrêt (isolé?) pour l'autorité de chose jugée (RJN 7 I 377, 380).

⁵⁰ A noter que l'expression *fin de non-recevoir* est parfois utilisée comme traduction du terme allemand *Prozessvoraussetzung*. Voir par exemple Habscheid, p. 232ss.; Bertossa/Gaillard/Guyet, N° 2b ad art. 97; le CPC bernois emploie l'expression dans sa version française (art. 191-192). Mais les deux notions, issues de systèmes différents, ne doivent pas être confondues.

⁵¹ Supra, N° 33.

dent⁵². Mais si l'on s'en tient à une terminologie stricte, l'exception de procédure ne se confond pas avec ce que l'on appelle le *moyen incident*⁵³. Celui-ci ne fait pas surgir un conflit sur la validité même de l'instance; il ne résulte que d'un « simple conflit sur une mesure de l'instruction et le jugement qui le tranche a pour seul objet d'organiser l'instance et de la faire progresser en supprimant la difficulté qui l'embarrassait »⁵⁴. En d'autres termes, le moyen incident, au contraire de l'exception de procédure, ne vise pas à faire déclarer la demande irrecevable.

36. Si l'ensemble des moyens qualifiés d'exceptions de procédure dans le code actuel s'attaque bien à la recevabilité d'un acte, certains ne s'en prennent pas à la demande⁵⁵, et ne remettent pas en cause la validité de l'instance. Ils auraient dû être traités comme de simples moyens incidents.

37. La distinction entre moyen préjudiciel et moyen incident est importante lorsque le juge appelé à statuer au fond ne se confond pas avec le juge instructeur: en effet, sauf exception prévue par la loi⁵⁶, le juge compétent pour se prononcer sur un moyen préjudiciel est celui qui est appelé à statuer au fond⁵⁷, alors que l'incident est vidé par le juge instructeur^{58, 59}.

38. Comme le moyen incident, l'exception de procédure est formulée par requête⁶⁰. C'est en tout cas le principe que retiennent les Cours civiles⁶¹, principe certainement tiré de l'art. 163 CPCN, aux termes duquel « les moyens préjudiciels sont instruits et jugés en la forme incidente », et de la disparition de l'art. 164 CPCN 1925 qui prévoyait une forme d'invocation différenciée, entre autres selon le moment auquel le moyen était soulevé. En procédure écrite, les

⁵² H.-R. Schüpbach, Justice civile helvétique, Paris 1981, ch. 92 (4): « le contentieux incident a pour objet les litiges nés de la transgression, prétendue ou avérée, dans le cadre du procès principal, des règles de l'instance ». Voir également ATC VIII 254, 255; ATC VIII 423, 425; RJN I 36.

⁵³ Voir l'art. 144 al. 1 CPC VD: « L'incident est le conflit relatif à une mesure de l'instruction. »

⁵⁴ Bonnard, p. 96.

⁵⁵ En particulier le moyen tiré de la nullité d'un acte de procédure pour vice de forme lorsqu'il ne vise pas la demande, art. 161 lit. f CPCN, infra, N° 83ss.

⁵⁶ En particulier l'art. 10 al. 2 OJN selon lequel, en matière matrimoniale, le jugement préjudiciel est rendu par le président.

⁵⁷ Art. 164 CPCN.

⁵⁸ Art. 213 CPCN qui reprend l'art. 196 CPCN 1925, sans préciser *juge instructeur*, l'art. 317 al. 3 CPCN indiquant que « le juge instructeur a les compétences que la loi ne réserve pas expressément au juge appelé à statuer au fond ».

⁵⁹ Voir, en particulier, les difficultés que soulève le moyen tiré de la nullité d'un acte de procédure. Infra, N° 78ss.

⁶⁰ Art. 213 CPCN.

⁶¹ Par exemple, jugement sur moyen préjudiciel de la 2^e Cour civile du 24 octobre 1995 [428], p. 3, cons. C.

moyens préjudiciels peuvent être présentés dans le mémoire⁶² de réponse⁶³. La forme orale est-elle envisageable, comme pour les moyens incidents ?⁶⁴ Dans la mesure où les moyens préjudiciels doivent être soulevés d'entrée de cause, à savoir avant le dépôt de la réponse ou avec celle-ci⁶⁵, et dans le délai (ordinaire, après suspension, prorogé conventionnellement ou sur requête⁶⁶, ou restitué) pour déposer la réponse⁶⁷, cela ne sera généralement pas le cas en procédure écrite⁶⁸. Toutefois, lorsque le moyen n'est pas dirigé contre la demande mais s'en prend à la validité d'un acte ultérieur, il peut être soulevé en audience, à moins qu'entre-temps la procédure ait suivi son cours.

39. En procédure orale, le défendeur peut produire son moyen préjudiciel par requête, avec ou sans prise de position sur le fond. L'acte doit être déposé au plus tard à l'audience⁶⁹, avant une prise de position orale sur le fond. L'except-

⁶² Le nouveau code ne connaît plus la notion formelle de l'exploit (rapport 1988, p. 11). Le législateur a fait disparaître la notion pour la remplacer par... un vide juridique. S'il est sûr que l'acquiescement, le désistement, la réforme, et, en procédure écrite, la demande, la réponse, etc., ne sont pas formulés par requête, le code ne dit rien sur la forme à adopter. A lire les art. 296 et 301 CPCN, qui concernent le contenu de la demande et de la réponse, on constate que si la *notion* de l'exploit a été biffée, l'*institution* est restée bien vivante (avec une simplification du mode de notification). Finalement, la seule nouveauté concerne l'intitulé de l'acte, qui porte désormais le nom générique de *mémoire* (voir art. 310 et 174 CPCN). A noter qu'un moyen préjudiciel non cumulé avec la réponse présenté sous forme de mémoire (au sens des art. 296 et 301 CPCN) n'est pas vicié formellement, dans la mesure où les exigences de forme de la requête sont moins poussées. Le fait que le mémoire soit adressé à la partie adverse en transitant par le greffe, alors que la requête est adressée au juge (CCC VI 234) ne devrait entraîner aucun préjudice pour le requérant.

⁶³ Art. 304 CPCN.

⁶⁴ Art. 213 CPCN.

⁶⁵ Art. 299-304 CPCN.

⁶⁶ Voir RJN 1982, p. 64-65.

⁶⁷ Le code ne le dit pas expressément, mais ce principe va de soi. Si le défendeur se présente à l'audience d'instruction sans avoir procédé, après qu'un délai péremptoire lui avait été imparti pour déposer sa réponse, il ne peut plus, à défaut de restitution de délais (art. 113ss. CPCN) soulever de moyen préjudiciel (s'il s'agit d'un moyen que le juge doit relever d'office, celui-ci en tiendra compte de fait), alors même qu'il n'a pas débattu sur le fond. Et une réforme – admissible en soi (CCC V 304) – ne lui serait d'aucune utilité puisque la réforme d'un acte tardif ne supprime pas le retard (CCC VI 230). En revanche, lorsqu'une audience d'instruction est appointée après que le délai pour déposer la réponse a expiré, mais sans qu'il ait été imparti au défendeur un délai péremptoire pour le dépôt de son mémoire, il pourra toujours requérir du juge instructeur une prorogation de délai (art. 111 CPCN), et en cas de refus bénéficier du délai supplémentaire de l'art. 112 CPCN. Certes, on pourrait soutenir que la requête de prorogation de délai doit être formulée avant l'échéance du délai, à défaut de quoi elle serait irrecevable, et l'art. 112 CPCN ne s'appliquerait pas. Mais dans ce cas, l'art. 106 al. 4 CPCN viendrait de toute manière en aide au défendeur: « la partie qui a laissé expirer un délai peut en obtenir un nouveau ». Notons encore que si le défendeur se réforme jusqu'à et y compris la réponse, il peut à nouveau soulever des moyens préjudiciels, CCC V 305.

⁶⁸ Dans la seconde hypothèse envisagée à la note précédente, ou en cas de restitution de délai, le moyen préjudiciel pourrait être soulevé oralement à l'audience.

⁶⁹ Art. 345 CPCN.

tion de procédure peut également être soulevée oralement à l'audience, avant l'entrée en matière sur le fond, soit, pratiquement, dès que le juge donne la parole au défendeur, après avoir généralement demandé au demandeur s'il confirme ses conclusions. L'ancien code indiquait expressément que les moyens préjudiciels étaient vidés avant que les parties s'expliquent oralement sur (le fond de) la contestation, et avant l'inscription des conclusions au procès-verbal⁷⁰. Le code de 1991 est plus laconique parce que les dispositions sur les exceptions de procédure se trouvent dans la partie générale du code, mais le système n'a pas changé⁷¹.

40. L'exception de procédure donne lieu à un jugement sur moyen préjudiciel^{72, 73}. Qu'en est-il lorsque le moyen est d'ordre public⁷⁴ et qu'il est relevé d'office ou soulevé par une partie en cours de procès? Doit-on toujours qualifier le prononcé de jugement sur moyen préjudiciel? A notre sens, il s'agit plutôt d'un jugement séparé (art. 324 CPCN). La question n'est pas sans incidence en matière matrimoniale, puisque dans ce domaine le jugement sur moyen préjudiciel n'est pas rendu par le juge compétent pour statuer au fond⁷⁵. A notre avis, la compétence est liée à l'objet qui doit être traité et non au moment auquel celui-ci est examiné, et la compétence du président du Tribunal doit être reconnue dans tous les cas⁷⁶.

41. Lorsque le moyen doit être relevé d'office, le juge doit le prendre en compte dès qu'il en a connaissance, même à défaut d'allégués; les parties peuvent le

⁷⁰ Art. 427-430 CPCN 1925. Comparer art. 346-347 CPCN.

⁷¹ Ainsi, lorsque le défendeur soulève à l'audience l'exception d'incompétence, les conclusions de la demande dépassant vingt mille francs, et que le demandeur réduit de ce fait ses conclusions à huit mille francs, celui-ci acquiesce dans les faits au moyen préjudiciel (ou se désiste partiellement) et doit être condamné aux frais et dépens de l'incident, alors même qu'il procéderait de la sorte avant l'inscription de ses conclusions au procès-verbal. Il est clair cependant qu'une fois le moyen préjudiciel soulevé, le juge peut tenter de concilier les parties également sur le fond du litige, et ne reprendre l'instruction du moyen que lorsque cette tentative a échoué.

⁷² *Infra*, N° 45.

⁷³ Notons qu'en procédure sommaire les moyens préjudiciels sont instruits et jugés avec le fond, dans la mesure où cette procédure ne comporte généralement qu'une seule audience à laquelle les preuves doivent être administrées immédiatement, CCC VI 182.

⁷⁴ Par exemple la compétence à raison de la matière, art. 8 CPCN.

⁷⁵ Art. 164 CPCN, art. 10 al. 2 OJN.

⁷⁶ Dans un dossier 1/7871, le président du Tribunal civil du district de Neuchâtel a rendu en cours de procédure, le 28 décembre 1994, un jugement incident quant au défaut de citation préalable de conciliation. Cette voie ne devrait pas pouvoir être suivie devant les Cours civiles, le jugement incident étant rendu par le juge instructeur, alors que le jugement sur moyen préjudiciel l'est par la Cour in plenum. Notons au surplus que le jugement n'était pas incident mais final, puisqu'il déclarait la demande irrecevable faute du préalable de conciliation.

soulever jusqu'à la clôture des débats et dans un éventuel recours⁷⁷, sous réserve d'abus de droit⁷⁸.

B. L'exception d'incompétence⁷⁹

42. L'exception d'incompétence est la voie offerte au défendeur qui décline la compétence du tribunal saisi. Celui-ci peut être incompétent à raison du lieu ou de la matière⁸⁰. La règle de compétence d'attribution «matérielle» désigne, selon la nature et/ou la valeur du litige⁸¹, le type d'autorité à laquelle il faut s'adresser; les règles de compétence territoriale déterminant, en fonction de la situation du litige, devant laquelle des autorités d'un même type le procès se déroulera⁸².

43. Les règles de compétence territoriale sont généralement d'intérêt privé, celles de compétence d'attribution généralement d'intérêt public. Ainsi, «l'exception d'incompétence quant au for doit être formulée d'entrée de cause; celle d'incompétence quant à la matière peut l'être par les parties jusqu'à fin de cause, le juge étant tenu de suppléer d'office ce moyen»⁸³. Mais le principe doit être nuancé: l'incompétence quant au lieu est relevée d'office par le juge lorsque le for est impératif⁸⁴; la clause compromissoire doit être invoquée par les parties

⁷⁷ Voir *infra*, N° 45.

⁷⁸ Voir *infra*, N° 45, N° 125.

⁷⁹ On parle également de *déclinatoire* (voir par exemple Dupasquier, p. 8; ATC VIII 573; RJN I I 311; art. 20 CPCN, 15 CPCN 1925), mais selon les systèmes l'expression a un sens plus ou moins large. Dans l'ancien code de procédure français, elle visait l'exception d'incompétence, celles de litispendance et de connexité. Voir Dalloz I, N° 9.

⁸⁰ Dans le système neuchâtelois, comme dans un grand nombre de cantons (Guldener, p. 220; Habscheid, p. 232), l'inadmissibilité de la voie judiciaire civile est assimilée à l'incompétence à raison de la matière. Comparer art. 8 al. 3 CPCN et CCC VI 221; RJN 6 I 107; RJN 6 I 313; RJN 7 I 320; RJN 1986, p. 75.

⁸¹ Fixer la valeur litigieuse peut se révéler délicat, de même que déterminer si celle-ci peut ou non être estimée (voir art. 21 lit. b OJN; RJN 7 I 346). Un aperçu de la casuistique développée sur ce point (voir les nombreux arrêts publiés concernant l'art. 2 CPCN 1925 et la jurisprudence du Tribunal fédéral consacrée à l'examen de l'art. 46 OJF, très instructive) dépasserait le cadre de cet article. Notons simplement que «lorsqu'une demande ne porte pas sur une somme d'argent, il y a lieu, *in limine litis*, de suspendre la procédure au fond jusqu'à ce que la valeur litigieuse ait été arrêtée». RJN 4 I 161; RJN 7 I 346.

⁸² Un litige concernant la prolongation d'un bail d'habitation portant sur un immeuble situé dans le canton de Neuchâtel entrera par exemple dans la compétence des autorités régionales de conciliation (les frontières entre l'incompétence matérielle et le défaut de citation préalable en conciliation seront tracées lors de l'examen de ce moyen-ci), la situation de l'immeuble déterminant le for, Neuchâtel ou La Chaux-de-Fonds.

⁸³ CCC V 155; art. 8 al. 2 CPCN. Voir également RJN I I 215; RJN 2 I 180; RJN 4 I 23; RJN 4 I 121; RJN 4 I 125; RJN 4 I 128; RJN 7 I 365; RJN 1984, p. 83.

⁸⁴ Art. 20 al. 2 CPCN. Par exemple le for du divorce, art. 144 CC: ATF 91 II 321, JT 1966 I 226; RJN 3 I 67; le for tutélaire, art. 376 CC; les incidents de pur droit des poursuites: RJN 3 I 144, etc. Le droit neuchâtelois n'institue aucun for impératif.

d'entrée de cause⁸⁵, bien qu'il s'agisse d'une question de compétence quant à la matière⁸⁶.

44. A défaut d'exception soulevée d'entrée de cause – les règles d'ordre public réservées – «la partie assignée devant un tribunal incompétent est réputée avoir admis sa compétence»⁸⁷. Le défendeur qui entend se prévaloir de l'art. 59 Cst. (for naturel) doit également soulever d'emblée l'incompétence, mais il n'est pas nécessaire qu'il respecte les formes du droit cantonal du for incompétent⁸⁸.

45. Lorsque la règle de compétence est d'ordre public⁸⁹, «les plaideurs ne peuvent valablement faire de compromis à ce sujet⁹⁰. Celui qui a reconnu (expressément)⁹¹ la compétence d'un tribunal incompétent conserve le droit de la contester jusqu'à fin de cause⁹² et il peut encore invoquer l'incompétence par la voie du recours»⁹³. Le moyen n'a plus de l'exception que le nom, dans la mesure

⁸⁵ CCC V 583; RJN 1 I 215, 218; Habscheid, p. 234. Ce point n'est pas régi par le concordat intercantonal sur l'arbitrage. Pour les affaires internationales, l'art. 7 LDIP indique que le tribunal suisse déclinera sa compétence à moins que le défendeur n'ait procédé au fond sans faire de réserve. Selon un RJN 1993, p. 100, lorsque le défendeur ne procède pas, l'incompétence doit être relevée d'office par le tribunal. Cette jurisprudence est remise en cause, notamment par Bernard Dutoit, Commentaire de la LDIP, Bâle 1996, N° 3 ad art. 7 LDIP.

⁸⁶ Voir toutefois RJN 1 I 215, 218.

⁸⁷ RJN 4 I 122; art. 20 CPCN, 15 CPCN 1925.

⁸⁸ ATF 57 I 19, 24, JT 1931 I 474, 477; ATF 102 Ia 188, 194, JT 1978 I 357, 362.

⁸⁹ Pour la compétence matérielle, voir art. 8 CPCN; pour la compétence à raison du lieu, voir art. 20 al. 2 CPCN.

⁹⁰ Concernant la compétence matérielle, l'art. 11 OJN indique toutefois qu'à «l'exception des causes qui ne dépendent pas de la seule volonté des parties, le tribunal connaît de toutes les questions mobilières et immobilières [au sens de l'art. 9 OJN], quelle qu'en soit l'importance, quand les parties y consentent expressément et par leur signature apposée sur le protocole ou un autre document établi devant le juge». D'après le Tribunal fédéral, «un tel formalisme se justifie d'autant plus qu'il s'agit de dérogations aux règles de compétence à raison de la matière, qui sont des dispositions d'ordre public auxquelles les parties ne peuvent en principe déroger; si le législateur permet cependant de telles dérogations, il est normal qu'il les limite au maximum et qu'il les soumette à des règles de forme très stricte», arrêt du 29 avril 1968, in RJN 4 I 121, 124. Voir également RJN 1983, p. 78, 82.

⁹¹ Sauf le cas de l'art. 11 OJN. Voir CCC VI 221.

⁹² Art. 8 al. 2 CPCN; art. 20 al. 2 CPCN, art. 15 al. 2 CPCN 1925. Que veut dire *jusqu'à fin de cause*? Selon l'arrêt publié au RJN 2 I 180, l'expression signifie jusqu'à *jugement définitif* (dans un sens impropre, comprenant la procédure devant la Cour de cassation), alors que la décision publiée au RJN 1 I 215 semblait distinguer fin de cause et procédure devant la cour de cassation. A notre sens, le régime de l'invoquant des moyens de procédure devant être relevés d'office est identique au régime des moyens de droit: ils peuvent être invoqués jusqu'au stade des plaidoiries devant le premier juge, puis dans un éventuel recours. Lorsqu'un plaideur a épuisé ses tours de parole, il ne peut plus invoquer formellement de tels moyens, et le juge devrait écarter une lettre contenant des propos de cet ordre, déposée après l'audience des débats. Mais dans la mesure où le moyen doit être retenu d'office, le juge reste libre d'en tenir compte dans les faits.

⁹³ CCC V 467. Voir également RJN 2 I 180 qui précise que l'incompétence peut être relevée par les *deux parties*. Selon les circonstances, le moyen soulevé en cours ou en fin de procès pourrait se révéler abusif. Que le moyen doive être relevé d'office n'y change rien, ATF 105 II 149,

où il n'est pas à la libre disposition des plaideurs⁹⁴. Que le moyen soit soulevé d'entrée de cause, ultérieurement ou relevé d'office par le juge⁹⁵, il aboutit à un jugement (sur *moyen préjudiciel* dans la première hypothèse, *séparé* dans la deuxième⁹⁶ et la troisième⁹⁷, art. 324 CPCN, 195 CPCN 1925 par analogie) de recevabilité ou d'irrecevabilité⁹⁸.

46. Le tribunal qui décline sa compétence indique dans son jugement⁹⁹ le tribunal ou l'autorité qu'il tient pour compétent¹⁰⁰. La règle ne vaut que lorsque le tribunal ou l'autorité tenus pour compétents sont neuchâtelois. «Le tribunal n'a ni le droit, ni l'obligation de désigner le tribunal compétent quand celui-ci est un tribunal d'un autre canton ou d'un état étranger.»¹⁰¹ D'après la jurisprudence, la détermination participe de l'autorité de la chose jugée et lie le tribunal reconnu compétent¹⁰². En revanche, une autorité administrative ou une juridiction arbitrale n'est pas liée par cette indication. D'ailleurs, l'ancien code de procédure civile se limitait à exiger du juge qu'il détermine le tribunal (civil) compétent, et le projet du code actuel a repris le principe, l'exigence de l'indication de l'autorité administrative ou de la juridiction arbitrale compétente n'ayant été introduite que par la Commission législative¹⁰³, sans doute partie du principe qu'il s'agissait d'un simple renseignement. A notre sens, il convient de différencier

155. Le principe de la bonne foi s'impose en procédure autant au juge qu'aux parties, RJN 1980-1981, p. 87. Voir également ATF 83 II 345, 351; ATF 111 Ia 52, 61. Le RJN 1 I 215: «le défendeur qui n'invoque cette incompétence qu'à fin de cause ou seulement devant la cour de cassation civile ne commet pas un abus de droit, car le moyen tiré de l'abus de droit ne fait pas obstacle à l'application des règles de procédure», qui fait référence à l'ancienne jurisprudence fédérale, est dépassé. Le juge pourra également, dans certains cas, appliquer l'art. 153 lit. a CPCN (voir d'ailleurs l'art. 123 nCPC français, supra, N° 7).

⁹⁴ Habscheid, p. 152.

⁹⁵ A noter que la Cour de cassation doit suppléer le moyen d'office: RJN 4 I 118, 120; RJN 4 I 125; RJN 7 I 320, 322; RJN 1986, p. 75.

⁹⁶ Par analogie, jugement séparé de la 2^e Cour civile du 8 mai 1995 [321], dans un dossier concernant le défaut d'intérêt.

⁹⁷ RJN 1 I 311, 313.

⁹⁸ Par exemple, RJN 7 I 365, 366; RJN 1984, p. 83-84. Il arrive fréquemment que le juge décline sa compétence sans déclarer expressément la demande irrecevable. En matière fédérale, voir en particulier ATF 123 II 231, où le Tribunal fédéral déclare irrecevable un recours de droit administratif (éventuellement de droit public) pour cause d'incompétence fonctionnelle, et renvoie la cause au Tribunal administratif cantonal.

⁹⁹ Il ne peut par contre déléguer sa compétence et charger le juge compétent de statuer, RJN 4 I 23.

¹⁰⁰ Art. 8 al. 3 CPCN.

¹⁰¹ ATC VIII 573; RJN 4 I 67, 73.

¹⁰² ATC VIII 573, 577. Le principe serait donc le même que dans les systèmes où le juge incompétent doit renvoyer la cause au juge qu'il estime compétent si ce dernier est un juge du même canton. Voir Habscheid, p. 152. Il vaut tant pour la compétence matérielle que pour la compétence à raison du lieu (voir l'art. 165 al. 2 CPCN, art. 168 al. 2 CPCN 1925, auquel renvoie l'arrêt précité).

¹⁰³ Rapport de la Commission législative au Grand Conseil à l'appui d'un projet de Code de procédure neuchâtelois, du 20 août 1991, p. 6.

deux régimes que l'art. 8 al. 3 CPCN confond. Si l'autorité désignée est une juridiction étatique, elle est liée; s'il s'agit d'une autre autorité, elle ne l'est pas.

47. L'irrecevabilité de la demande n'entraîne pas l'annulation de l'instance ipso jure. Le demandeur dispose d'un délai de 10 jours¹⁰⁴ dès celui où le jugement d'incompétence a pris date à son égard pour déposer une nouvelle demande au greffe du tribunal tenu pour compétent¹⁰⁵. Le délai respecté, l'instance perdure¹⁰⁶. Le but est d'éviter la perte d'un droit sujet à péremption ou prescription. L'art. 139 CO vise le même objectif, par un autre biais¹⁰⁷. Cette disposition prolonge de soixante jours dès la notification, entre autres, d'un jugement d'incompétence, les délais de prescription et, par analogie, de péremption de droit civil fédéral^{108, 109}. Même si l'instance devait être annulée faute de nouvelle demande déposée dans les dix jours, le demandeur pourrait toujours se prévaloir de l'art. 139 CO¹¹⁰.

48. Le délai de l'art. 165 al. 3 CPCN n'est pas suspendu en cas de recours en cassation contre le jugement d'incompétence¹¹¹, à moins que, d'office ou sur requête, l'effet suspensif soit ordonné¹¹². Notons enfin que le juge peut se déclarer en partie incompétent¹¹³. Il renverra le demandeur à agir devant le tribunal reconnu

¹⁰⁴ Le principe a été introduit par le code de 1906. RJN 1 I 311, 313.

¹⁰⁵ Art. 165 al. 3 CPCN, qui s'applique tant en cas d'incompétence à raison du lieu qu'en cas d'incompétence à raison de la matière. RJN 1 I 311; RJN 7 I 365, 367.

¹⁰⁶ RJN 1 I 311, 315; RJN 7 I 365, 367: «lorsque la seconde demande est déposée en temps utile, la litispendance ne s'interrompt pas».

¹⁰⁷ Voir H.-R. Schüpbach, *Justice civile helvétique*, Paris 1981, ch. 92 (5).

¹⁰⁸ L'analogie vaut également pour certains délais du droit des poursuites. A noter que dans les cas d'application analogique, la prolongation n'est pas nécessairement de soixante jours, mais dépend des circonstances du cas d'espèce, ATF 89 II 313. Le délai pour déposer une demande en libération de dette est par exemple prolongé de dix jours, ATF 109 III 49, JT 1985 II 85. Sur ces questions, S. V. Berti, in Honsel/Vogt/Wiegand, N° Iss. ad art. 139 CO.

¹⁰⁹ Seule une règle de droit fédéral peut permettre la prolongation d'un délai institué par le droit fédéral. Guldener, p. 273. En prévoyant à certaines conditions la continuité de l'instance, le droit cantonal arrive dans les faits au même résultat, par une voie détournée et licite (voir ATF 75 III 73, JT 1950 II 56).

¹¹⁰ Mais le délai de l'art. 139 CO n'est pas suspendu pendant les vacances judiciaires, contrairement au délai de l'art. 165 al. 3 CPCN. Voir, pour un cas similaire, ATF 119 II 434. De plus, il n'est octroyé qu'une fois (Engel, p. 821), alors que le délai de grâce peut l'être à plusieurs reprises, si par exemple, après un jugement d'incompétence, une seconde demande est déclarée irrecevable en raison d'un vice de forme.

¹¹¹ RJN 1 I 190.

¹¹² Art. 419 al. 2 CPCN. A notre connaissance, la jurisprudence neuchâteloise ne s'est pas déterminée (le RJN 4 I 109 est trop imprécis) sur le point de savoir si l'effet suspensif peut avoir un effet rétroactif. Par prudence, il est donc conseillé au recourant de déposer sa requête avant l'échéance du délai de 10 jours. Le fait que le juge ne se prononce pas immédiatement ne devrait en revanche pas lui porter préjudice.

¹¹³ RJN 4 I 67, 71.

compétent pour la part du litige de laquelle il se dessaisit; le délai de l'art. 165 al. 3 CPCN est également garanti dans cette hypothèse¹¹⁴.

C. L'immunité

49. Le moyen préjudiciel tiré de l'immunité de juridiction, qui n'a qu'une importance pratique négligeable dans le canton de Neuchâtel à notre connaissance, n'est apparu dans la loi qu'en 1991¹¹⁵. Il s'agit d'une exception de procédure typique, puisque le titulaire de l'immunité est libre de renoncer à ce privilège. La règle de péremption posée par l'art. 161 al. 1 CPCN est donc applicable dans toute sa rigueur aux personnes qui sont au bénéfice d'une immunité absolue ou relative¹¹⁶.

D. L'admissibilité d'une demande reconventionnelle ou de conclusions nouvelles

1. La demande reconventionnelle

50. Au fil des révisions, les moyens préjudiciels neuchâtelois se sont caractérisés comme des défenses s'en prenant à la validité de l'instance¹¹⁷. Certes, dès 1906 le Code de procédure neuchâtelois met deux moyens préjudiciels à disposition du demandeur: ceux tirés de la nullité de la réponse¹¹⁸ et de l'inadmissibilité d'une demande reconventionnelle¹¹⁹. Cela semble remettre en cause ce qui vient d'être dit mais en partie seulement: si le premier moyen ne s'attaque pas à la validité de l'instance et aurait dû être traité comme simple incident¹²⁰, le second trouve sa place au sein des exceptions de procédure, la reconvention représentant techniquement un cumul objectif de demandes; elle subsiste en cas de désistement de la demande principale¹²¹.

¹¹⁴ RJN 1 I 183, 190 par analogie.

¹¹⁵ Art. 161 lit. e CPCN; Rapport 1988, p. 16.

¹¹⁶ Sur la différence entre ces deux sortes d'immunité, cf. ATF 118 Ib 562, 564-565. Sur les limites de l'immunité relative, cf. notamment ATF 120 II 400 et 408. Voir au surplus la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, du 18 avril 1961 (RS 0.191.01), la Convention de Vienne sur les relations consulaires, du 24 avril 1963 (0.191.02) et la Convention européenne sur l'immunité des Etats, du 16 mai 1972 (RS 0.273.1).

¹¹⁷ *Supra*, N° 36.

¹¹⁸ Art. 162 lit. g CPCN 1906 et 1925; art. 161 lit. c CPCN.

¹¹⁹ Art. 162 lit. i CPCN 1906 et 1925; art. 161 lit. d CPCN.

¹²⁰ Le Code de 1991 accentue nettement l'erreur en soumettant au régime des moyens préjudiciels ceux tirés de la nullité de tout acte de procédure. Voir *infra*, N° 81ss.

¹²¹ Art. 308 CPCN; RJN 7 I 69.

51. Le Code de procédure indique que la demande reconventionnelle est inadmissible si elle n'est pas connexe à la demande principale¹²², l'exception de compensation étant réservée¹²³, et qu'elle est irrecevable si la prétention qui en fait l'objet est de la compétence de l'autorité administrative, des tribunaux de prud'hommes ou d'un tribunal arbitral¹²⁴. Le défaut de connexité doit être soulevé d'entrée de cause, sous peine de péremption: «le juge n'a pas à suppléer d'office le moyen (...), édicté dans un intérêt privé»¹²⁵. Les cas visés par l'art. 307 CPCN doivent en revanche être relevés d'office par le juge^{126, 127}. Il en est de même lorsque la prétention exercée doit l'être à un for impératif¹²⁸ ou devant une autorité d'un autre ordre (le cas visé par l'art. 6 CPCN excepté) non mentionnée¹²⁹ dans cette disposition.

52. On constate de nombreuses analogies avec le régime de l'exception d'incompétence. La violation des règles d'ordre public peut être invoquée jusqu'à fin de cause, la violation des règles édictées dans un intérêt privé doit être soulevée par le biais d'un moyen préjudiciel¹³⁰. La clause compromissoire est étonnamment soumise au régime de l'art. 307 CPCN, si bien que contrairement au défendeur¹³¹, le défendeur reconventionnel n'a pas à soulever formellement d'ex-

¹²² Art. 306 CPCN, 180 CPCN 1925.

¹²³ Le Code de procédure civil neuchâtelois range l'objection de compensation au nombre des demandes reconventionnelles («Que si le défendeur se borne à prétendre que la créance du demandeur est éteinte et a conclu au rejet de la demande, il s'agit là d'une simple exception de compensation. Que si au contraire le défendeur prétend qu'il est créancier d'une somme supérieure à celle réclamée par la demande il peut faire condamner le demandeur à lui payer l'excédent, on se trouve en présence d'une demande reconventionnelle *sensu stricto*», rapport Conseil d'Etat 1906, p. 38), mais l'exigence de la connexité tombe pour celle-là, ce qu'admet également la jurisprudence fédérale lorsque l'exception de compensation porte sur une prétention personnelle au sens de l'art. 59 Cst. (ATF 85 II 103). L'objection de compensation est soumise à un régime propre. Contrairement à la demande reconventionnelle, elle peut, par exemple, être soulevée au stade de la duplique. Voir RJN 3 I 139, 143, et déjà CCC VI 266.

¹²⁴ Art. 307 CPCN, 181 CPCN 1925.

¹²⁵ RJN 1 I 98.

¹²⁶ L'interprétation littérale des art. 161 lit. d, 306 et 307 CPCN le confirme: le moyen préjudiciel est celui tiré de l'*inadmissibilité* de la reconvention, et seul l'art. 306 CPCN se réfère à cette notion (la reconvention n'est *admise*...), l'art. 307 CPCN parlant de *recevabilité*.

¹²⁷ Y compris en cas d'objection de compensation, voir rapport Conseil d'Etat 1906, p. 38 et ATC VIII 571. La jurisprudence (développée en matière de prud'hommes, mais de portée générale) fait une savante distinction: lorsque la créance compensante entre dans la compétence d'une autorité judiciaire neuchâteloise d'un autre ordre, le juge de l'action doit soit différer sa décision jusqu'à ce que le juge de l'exception ait statué, soit suspendre jusqu'à ce moment-là le caractère exécutoire de son jugement (ATC VIII 571; RJN 1980-1981, p. 103), alors que lorsque cette créance compensante relève de la compétence d'un tribunal extérieur au canton, le tribunal saisi doit se prononcer à ce sujet. RJN 1988, p. 35.

¹²⁸ Voir Guldener, p. 217, note 16.

¹²⁹ En particulier l'autorité régionale de conciliation. Pour l'admissibilité d'une demande reconventionnelle lorsque le préalable de conciliation est obligatoire, voir infra, N° 130ss.

¹³⁰ Voir supra, N° 44ss. et RJN 1 I 98.

¹³¹ Supra, N° 43.

ception, le juge devant tenir compte d'office d'une clause compromissoire s'il en a connaissance¹³². Le système est boiteux à cet égard.

53. Qu'entend-on par connexité?¹³³ La notion est fédérale en matière internationale¹³⁴, et en matière intercantonale lorsque le demandeur reconventionnel fait valoir une prétention personnelle au sens de l'art. 59 Cst.; elle est neuchâteloise dans les autres cas, en particulier en matière intracantonale¹³⁵.

54. Lorsque la demande reconventionnelle (sans qu'on l'additionne à la demande) excède la compétence du juge saisi, celui-ci reste compétent pour statuer sur le moyen tiré du défaut de connexité¹³⁶.

55. Le moyen non soulevé ou déclaré mal fondé, le dossier est transmis au tribunal compétent (les Cours civiles) lorsque la procédure reste la même¹³⁷; sinon le défendeur est tenu de se porter demandeur principal¹³⁸ et d'introduire sa demande devant le tribunal compétent (les Cours civiles) dans un délai de dix jours¹³⁹, dès décision incidente du juge saisi¹⁴⁰. «Le demandeur primitif peut alors faire valoir sa réclamation par reconvention ou attendre que le tribunal cantonal ait prononcé, pour la reprendre devant le Tribunal de district»¹⁴¹.

56. Qu'en est-il lorsque le juge ne transmet pas le dossier d'office ou s'il ne renvoie pas le demandeur reconventionnel à introduire sa demande devant le tri-

¹³² Sauf en matière internationale, vu l'art. 7 LDIP, également applicable en matière reconventionnelle.

¹³³ Infra, N° 69.

¹³⁴ Art. 8 LDIP. Pour la portée de la notion en cette matière, voir B. Dutoit, Commentaire de la LDIP, Bâle 1996, N° 3 ad art. 8.

¹³⁵ La distinction est importante, car le Tribunal cantonal, après qu'il a modelé dans plusieurs procès cette notion sur celle développée par le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence relative à l'art. 59 Cst. («Avec ce principe concorde notre disposition de procédure cantonale [art. 180 CPC]», ATC VII 479, 483), à savoir qu'il y a connexité lorsque les deux demandes résultent d'un même acte juridique ou de mêmes faits ainsi que lorsque, même si les faits sont différents, les deux demandes résultent d'une même relation juridique ou ont un lien juridique étroit entre elles (il ne suffit pas en revanche que les demandes soient de même nature [pécuniaire] ou que leur soumission à un même tribunal soit une économie de procédure. ATF 93 II 549, et les arrêts cités), a élargi la notion cantonale en lui donnant la portée suivante: «la demande reconventionnelle (*est admissible*) dès que les actions principale et reconventionnelle peuvent être cumulées dans la même cause sans inconvénients, c'est-à-dire dès qu'en raison de leur parenté de fait ou de droit, il se justifie de les instruire et de les juger ensemble. Il en sera notamment ainsi lorsqu'au cas où elles eussent fait l'objet de procès distincts, le juge les aurait jointes», RJN 1 I 5; RJN 1984, p. 91.

¹³⁶ CCC V 413; RJN 2 I 35, 36.

¹³⁷ Art. 6 al. 2 CPCN, qui confirme un revirement de jurisprudence (RJN 3 I 55).

¹³⁸ «Bien que devenant demande principale, la demande reconventionnelle n'est pas introductive d'instance. Elle ne fait que continuer l'instance introduite», RJN 2 I 35, 37.

¹³⁹ Art. 6 al. 3 CPCN.

¹⁴⁰ Art. 165 al. 3 CPCN par analogie.

¹⁴¹ RJN 2 I 35, 37 non remis en cause sur ce point; voir également CCC V 471, CCC VI 150; RJN 1 I 219.

bunal compétent? Les règles sur la compétence matérielle étant d'ordre public, les parties devraient pouvoir soulever l'exception d'incompétence jusqu'à fin de cause¹⁴², abus de droit réservé. A noter qu'une prorogation au sens de l'art. 11 OJN¹⁴³ est possible.

57. Le moyen tiré du défaut de connexité non soulevé devant le juge saisi de la demande principale ou rejeté définitivement par lui ne peut être soulevé à nouveau devant le juge auprès duquel le défendeur reconventionnel s'est porté demandeur principal¹⁴⁴.

2. Les conclusions nouvelles

58. Le moyen tiré de l'inadmissibilité de conclusions nouvelles est une nouveauté du code de 1991. Elle est le pendant des art. 313ss. CPCN, consacrés à la modification des conclusions et aux moyens nouveaux, dispositions qui réforment en profondeur le régime de l'ancien droit¹⁴⁵. Il est regrettable que le législateur n'ait pas admis le moyen au rang des incidents, puisqu'il ne tend pas à l'invalidation de l'instance et que des moyens relativement proches suivent cette voie, comme nous allons le voir.

59. Pourront être invoqués par le biais de l'art. 161 lit. d CPCN, le défaut de connexité¹⁴⁶ entre les nouvelles conclusions et les conclusions initiales (art. 313 al. 1 CPCN) et l'absence de nouveauté du moyen à l'appui de nouvelles conclusions (art. 314 CPCN)¹⁴⁷.

60. En revanche, lorsque le moyen ou les faits nouveaux n'entraînent aucune modification des conclusions, ou lorsqu'ils sont sans rapport avec les conclusions nouvelles (art. 313 al. 2 CPCN), leur non-nouveauté doit être soulevée par le biais d'un incident, comme en cas de non-respect du délai de trente jours de l'art. 315 CPCN, ou d'inadmissibilité de la modification des conclusions selon l'art. 313 CPCN, parce qu'elle intervient après l'audience d'ins-

¹⁴² Supra, N° 45. RJN 1 I 98, 100.

¹⁴³ Supra, N° 45.

¹⁴⁴ L'admettre, comme l'a fait le Tribunal cantonal dans l'ATC VII 341, nous paraît fautif: le second juge se prononce sur un point déjà résolu devant le premier juge.

¹⁴⁵ Voir Schweizer, remarques, p. 505.

¹⁴⁶ On peut renvoyer à la notion de connexité développée par la jurisprudence neuchâteloise en matière d'admissibilité de la demande reconventionnelle, supra, N° 53.

¹⁴⁷ L'art. 314 CPCN ne l'indique pas expressément, mais il est incontestable que celui qui allègue des faits nouveaux, le cas échéant des moyens nouveaux, peut modifier ses conclusions.

truction^{148, 149}, et le juge devrait relever le vice d'office dans ces deux derniers cas¹⁵⁰.

61. L'art. 161 lit. c CPCN est applicable lorsque la modification des conclusions ou le complément à la demande ou à la réponse sont viciés formellement¹⁵¹.

62. Le juge ne supplée pas d'office le moyen tiré de l'inadmissibilité de conclusions nouvelles. L'exception rejetée ou non soulevée, le juge doit examiner s'il reste compétent malgré les nouvelles conclusions, en suivant les règles de l'art. 7 CPCN.

E. La litispendance

63. La logique du système nous a incités à aborder les exceptions de procédure avant les fins de non-recevoir. Mais s'il veut mieux comprendre ce même système, le lecteur est invité à s'en prendre à l'exception de chose jugée¹⁵² avant d'attaquer le présent chapitre.

64. «L'exception» de litispendance préfigure «l'exception» de chose jugée: l'action se consume par le premier usage; la demande la met en œuvre et elle s'éteint avec l'entrée en force du jugement¹⁵³. Il serait donc logique à première vue de réserver un traitement identique entre deux moyens qui s'inscrivent dans le prolongement l'un de l'autre et qui assument la même fonction. Il existe pourtant une différence de taille entre le procès en instance et le procès terminé par un jugement entré en force: dans la deuxième hypothèse on sait si le droit d'action est définitivement épuisé, alors que ce n'est pas le cas dans la première; l'action est certes exercée par la demande, mais elle n'est encore que virtuellement consumée. Cependant, l'incertitude existant quant au prononcé d'un jugement au fond n'empêche ni la litispendance, ni la recevabilité du moyen qui lui est lié, même l'incompétence du premier tribunal saisi ne faisant pas obstacle à ce

¹⁴⁸ L'audience d'instruction *stricto sensu*, à savoir la première audience d'instruction. Voir Schweizer, remarques, p. 505.

¹⁴⁹ Dans la mesure où le non-respect d'un délai de procédure donne lieu à un incident, comme l'admettent les juges neuchâtelois (infra, N° 101) en cas de non-respect d'un délai pour déposer une réponse.

¹⁵⁰ Le non-respect d'un délai péremptoire doit être relevé d'office (mais rien n'empêche la partie adverse de soulever un incident), CCC IV 533, RJN 7 I 259, 260, voir infra, N° 101.

¹⁵¹ Autant dire que le vice de forme essentiel d'un complément à la réponse pour faits nouveaux, sans conclusions nouvelles, donnerait lieu à un moyen préjudiciel (infra, N° 83), alors que l'inadmissibilité du complément faute de nouveauté des faits allégués devrait faire l'objet d'un moyen incident, ce qui une fois encore démontre les inconvénients du système adopté.

¹⁵² Infra, N° 131ss.

¹⁵³ Soit lors de sa notification si elle est sujette à recours extraordinaire (sauf annulation ultérieure) ou de l'échéance d'un délai de recours ordinaire, ou encore après épuisement des recours ordinaires successifs entrant en considération.

qu'il soit valablement soulevé^{154, 155}, à tout le moins en matière interne¹⁵⁶, d'abord parce qu'il est logique de considérer le tribunal premier saisi comme seul juge de sa compétence¹⁵⁷, ensuite parce qu'une condition de recevabilité défailante au départ peut parfois apparaître en cours d'instance et guérir le vice initial¹⁵⁸, sans parler de l'hypothèse où le premier jugement, erroné, n'est pas attaqué. Autrement dit l'exception de litispendance se présente comme une fin de non-recevoir en devenir, mais l'incertitude qu'elle présuppose conduit à la traiter comme une exception de procédure¹⁵⁹. C'est d'ailleurs bien ainsi qu'elle l'a été jusqu'au code actuel. L'insertion de cette exception à l'art. 162 CPCN procède sans doute de sa parenté avec «l'exception» de chose jugée. Ce point acquis, on va voir qu'il existe plusieurs façons de tenir compte de cette spécificité de l'exception de litispendance.

65. En matière interne, la sanction de la litispendance est la même depuis 1878¹⁶⁰: en cas d'admission de l'exception de litispendance, l'instance est annulée et tenue pour non introduite, ce qui signifie que si le premier tribunal saisi ne statue pas au fond, l'intérêt renaît et l'action cesse d'être paralysée; pour autant qu'elle ne soit pas périmée¹⁶¹, le demandeur peut l'exercer à nouveau.

66. En droit international autonome, l'art. 9 LDIP prévoit la suspension de l'instance, pour autant que la décision étrangère future soit vraisemblablement susceptible de reconnaissance en Suisse et qu'on puisse s'attendre à ce qu'elle intervienne dans un délai raisonnable. A défaut, le demandeur est réputé avoir un intérêt à la poursuite de la procédure ouverte en Suisse. Cette solution est préférable en ce qu'elle permet, au moins dans une certaine mesure, d'éviter certaines déchéances liées à l'écoulement du temps. L'exception de litispendance est soulevée dans les formes prévues par le droit cantonal.

67. La Convention de Lugano prévoit à son art. 21 que le juge d'un Etat contractant saisi en second lieu d'un litige entre les mêmes parties ayant la même cause et le même objet doit surseoir à statuer d'office, ce qui équivaut donc à une suspension de la cause¹⁶². Mais l'alinéa 2, malencontreux à un double titre, ajoute

¹⁵⁴ Comme H.-J. Lucas l'a fort bien démontré in RCDIP 1972, p. 86ss. Dans le même sens, J.-M. Reymond, L'exception de litispendance, thèse Lausanne 1991, p. 185.

¹⁵⁵ Contra ATC VIII 72ss. 74; 556ss., 557, sans motivation sur ce point.

¹⁵⁶ Il sera question plus loin de la litispendance internationale.

¹⁵⁷ On parle de la *Kompetenz-Kompetenz* des arbitres en matière arbitrale.

¹⁵⁸ Comp. supra, N° 18.

¹⁵⁹ Cf. supra, Nos 4 et 6 (note 11) pour le droit français.

¹⁶⁰ Art. 180 CPCN 1878, 169 CPCN 1906, 169 CPCN 1925 et 166 CPCN 1991.

¹⁶¹ Sur les délais de grâce permettant une perpétuation de l'instance originaire, cf. Nos 47, 104, 127, 129; sur l'art. 139 CO, cf. Nos 47, 128, 129.

¹⁶² Sans les cautèles de l'art. 9 LDIP, ce qui est logique vu la parenté de culture des Etats contractants et l'esprit de la Convention, se traduisant par exemple par l'absence de contrôle de la compétence indirecte en principe.

que « lorsque la compétence du tribunal premier saisi est établie, le tribunal saisi en second lieu se dessaisit en faveur de celui-ci ». Cela revient à ramener toute la question de la recevabilité de la première demande, donc de la paralysie temporaire du droit d'action, au seul problème de la compétence. De plus, il est des cas dans lesquels l'interdiction de vérifier la compétence indirecte¹⁶³ ne s'applique pas¹⁶⁴. Quoi qu'il en soit, la règle conventionnelle panache, dans les grandes lignes, les solutions du code de procédure et de la LDIP, s'agissant du résultat auquel aboutit une exception de litispendance soulevée avec succès¹⁶⁵.

68. Ni la Convention de New York, ni la LDIP, ni le CIA ne régissent l'exception de litispendance arbitrale¹⁶⁶ (à ne pas confondre avec l'exception d'arbitrage¹⁶⁷). En matière internationale, il convient d'appliquer par analogie l'art. 9 LDIP¹⁶⁸, plutôt que l'art. 7 LDIP. Au niveau interne, l'exception est régie par le droit cantonal de procédure.

69. On en vient à la deuxième particularité de l'exception de litispendance par rapport à l'exception de chose jugée. Si le fondement de l'exception de chose jugée est actuellement rattaché au défaut d'intérêt, il n'en va pas de même de l'effet préjudiciel de la chose jugée, faute d'identité entre l'objet litigieux à titre principal dans les deux procès successifs. L'effet préjudiciel tend plutôt à éviter des jugements contradictoires¹⁶⁹. La problématique de départ est la même en ce qui concerne l'exception de litispendance. Aussi, dans une conception traditionnelle, il ne pouvait y avoir exception de litispendance qu'en cas de rigoureuse identité objective et subjective entre les procédures concurrentes¹⁷⁰. Il a ainsi été jugé qu'il n'y avait pas identité – donc pas litispendance – entre une action en constatation négative et une action condamnatrice relatives à la même créance¹⁷¹. Aussi le législateur cantonal avait-il prévu un outil procédural spé-

¹⁶³ Art. 28 al. 4 Convention de Lugano.

¹⁶⁴ Art. 28 al. 1 Convention de Lugano.

¹⁶⁵ Etant précisé que le prononcé d'un jugement au fond non susceptible de reconnaissance en Suisse n'éteint pas à notre avis le droit d'action dans ce pays.

¹⁶⁶ Comp. en revanche l'art. 1458 al. 1 nCPC français et l'art. VI al. 3 Convention de Genève (inapplicable en Suisse).

¹⁶⁷ Cf. Ph. Schweizer/O. Guilloid, L'exception de litispendance et l'arbitrage international, quelques réflexions sur le pour et le contre, in *Le juriste suisse face au droit et aux jugements étrangers*, Fribourg 1988, p. 71ss.

¹⁶⁸ P. Lalive/J.-F. Poudret/C. Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne 1989, note 7 ad art. 7 LDIP.

¹⁶⁹ Ce qui est évidemment, aussi, le but de l'effet principal, mais dans la conception moderne le mal est ici pris à la racine: l'action étant consumée, il ne peut pas y avoir un nouveau jugement au fond, donc a fortiori, un jugement qui entrerait en contradiction avec la chose déjà jugée.

¹⁷⁰ Cf. déjà CCC III 63, ATC VIII 72ss., 74 et, plus récemment, RJN 1993, p. 64ss., 65 i.m.: « faute de conclusions identiques prises dans les deux actions (recte: demandes), l'exception de litispendance ne peut être accueillie ».

¹⁷¹ ATF 105 II 229ss., 233: « Dass die Gutheissung einer negativen Feststellungsklage einer späteren Leistungsklage gegenüber abgeurteilte Sache darstellt, bedeutet nicht zugleich schon Identität ».

cifique, l'exception de connexité, pour prévenir le prononcé de jugements contradictoires. Ce moyen préjudiciel, apparu dans la loi en 1906¹⁷², s'est maintenu lors de la révision de 1925¹⁷³ mais on ne le retrouve plus dans le code actuel. Bien que les travaux préparatoires soient muets sur cette disparition, on s'aperçoit que l'ancien moyen de défense tiré de la connexité n'a pas été abandonné, mais qu'il a été transféré dans un nouveau chapitre intitulé «de la suspension du procès»¹⁷⁴, qui permet de le traiter avec une plus grande souplesse, la connexité pouvant être relevée d'office ou soulevée par voie incidente, en tout état de cause, la décision de suspension appartenant désormais au juge instructeur et non plus au tribunal de jugement^{175, 176}.

70. La jurisprudence relative au droit antérieur avait de la connexité¹⁷⁷ une vision étroite: il fallait que le sort d'une procédure pendante soit de nature à influencer le jugement à rendre. Il y a certes une gradation dans l'influence qu'un jugement peut exercer sur un autre, celle-ci pouvant aller d'une simple constatation de fait à l'autorité de la chose jugée¹⁷⁸, mais le critère décisif de l'ancienne jurisprudence semblait consister dans le fait que le juge du second procès serait lié par la solution retenue dans le premier¹⁷⁹; il s'agissait «d'empêcher une contrariété de jugements»¹⁸⁰, la notion de contrariété ayant une signification étroite, liée à l'autorité de la chose jugée. L'art. 393 lit. c CPCN 1925 érigeait en effet

tät in bezug der Frage der Rechtshängigkeit. Ein Urteil, das über eine Vorfrage zu einer andern Klage entscheidet, kann für diese res judicata bewirken, während eine entsprechende Klage nicht die Einrede der Rechtshängigkeit begründet». On ne saurait mieux restituer la différence entre l'effet principal et l'effet préjudiciel de la chose jugée. Cet arrêt est toutefois dépassé par le récent ATF non publié du 27 septembre 1997, 4C.429/1995, à tout le moins dans la mesure où la Convention de Lugano s'applique. Dans le même ordre d'idées, le tribunal qui, rejetant une action en constatation négative, constate que la créance litigieuse existe ne statue pas ultra petita, car une de ces deux constatations n'est que l'image inversée de l'autre. Il n'en va pas de même si le tribunal va au-delà et condamne, là où une simple constatation lui avait été demandée; cf. à ce propos Ph. S., note à l'ATF 120 II 172, in Bulletin ASA 1995, p. 191.

¹⁷² Art. 162 lit. f CPCN 1906.

¹⁷³ Art. 162 lit. e CPCN 1925.

¹⁷⁴ Art. 167 à 171 CPCN; pour la connexité, voir art. 168 al. 1 lit. a.

¹⁷⁵ La connexité ayant des acceptions différentes selon qu'elle concernait une jonction ou division de cause, d'une part, l'admissibilité d'une demande reconventionnelle (cf. supra N° 53) ou l'exception de connexité, le législateur a été bien inspiré d'abandonner ce terme pour au profit de la formule, à peine plus explicite on le verra, selon laquelle la suspension peut être ordonnée «si le jugement d'une autre cause peut influencer l'issue du procès» (art. 168 al. 1 lit. a CPCN).

¹⁷⁶ On peut certes regretter que la décision de surseoir relève de l'appréciation souveraine du juge instructeur, lorsqu'il y a connexité au sens étroit – donc mettant virtuellement en jeu l'effet préjudiciel de la chose jugée – mais il n'est pas exclu que sous l'influence du droit international, la litispendance gagne du terrain sur la connexité (cf. infra N°s 73-74).

¹⁷⁷ Au sens de l'art. 162 lit. e CPCN 1925 (cf. note 195 i.i. supra).

¹⁷⁸ Sur la gradation de ces effets, cf. F. Knoepfler/Ph. Schweizer, *Droit international privé suisse*, 2^e éd., Berne 1995, N°s 706 à 714.

¹⁷⁹ RJN 6 I 207.

¹⁸⁰ ATC VIII 326.

en ouverture à cassation la «contrariété de jugements rendus entre les mêmes parties et sur les mêmes moyens»¹⁸¹.

71. Si les choses en étaient restées là, le système présenterait une grande pureté et assurerait un parallélisme parfait entre la litispendance et la connexité d'une part, les deux effets de la chose jugée d'autre part: l'exception de litispendance anticiperait l'exception de chose jugée, elle-même liée à l'effet principal de la chose jugée, alors que la suspension du procès pour cause de connexité assurerait le respect de l'effet préjudiciel de la chose jugée.

72. Dans le nouveau droit, la suspension est possible non seulement en cas de connexité au sens étroit défini ci-dessus, mais aussi pour des motifs d'opportunité, parmi lesquels il nous paraît justifié de compter l'influence plus indirecte, et non contraignante, qu'un jugement peut avoir sur un autre. Cette extension, que la loi permet désormais expressément, est opportune.

73. En revanche l'interprétation que la Cour de Justice de l'Union européenne donne de l'art. 21 des Conventions de Bruxelles et de Lugano rompt la symétrie entre les exceptions de litispendance et de chose jugée. Au nom de la cohérence et de l'efficacité du système, il a été jugé que l'identité d'objet ne pouvait «être restreinte à l'identité formelle des deux demandes (...). Ainsi, la notion de litispendance visée à l'art. 21 de la Convention recouvre le cas dans lequel une partie introduit devant une juridiction d'un Etat contractant une demande visant à l'annulation ou à la résolution d'un contrat de vente international, alors qu'une demande de l'autre partie visant à l'exécution de ce même contrat est pendante devant une juridiction d'un autre Etat contractant.»¹⁸²

74. A notre connaissance, les tribunaux neuchâtelois n'ont pas encore eu l'occasion de décider si ce développement du droit international justifiait une reconsidération de la notion d'identité en matière interne¹⁸³.

75. Les flottements que l'on signalera à propos de la prise en considération d'office de la chose jugée valent également pour l'exception de litispendance¹⁸⁴.

¹⁸¹ Pour un exemple, cf. CCC IV 15; un arrêt malencontreux du 28 avril 1943 (CCC VI 154), justement critiqué par Schüpbach, p. 162-163, a restreint cette ouverture à la contrariété de jugements rendus par le même tribunal. Il demeure que la contrariété, et la connexité, sont des notions liées à l'autorité de la chose jugée.

¹⁸² Arrêt Gubisch Maschinenfabrik AG c/Giulio Palumbo, RCDIP 1988, p. 388ss., et P. Mercier/B. Dutoit, *L'Europe judiciaire: les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1991, p. 112; Cf. aussi RSDIE 1995, p. 1-2, 319; 1996, p. 78ss. Le Tribunal fédéral s'est aligné récemment sur la jurisprudence européenne, cf. ATF non publié du 27 septembre 1997, 4C.429/1995.

¹⁸³ Sur la notion d'identité objective, cf. J.-M. Reymond, *L'exception de litispendance*, thèse Lausanne 1991, p. 197ss.

¹⁸⁴ Cf. infra, N° 156, et les références.

Pour les raisons que l'on indiquera lorsqu'il sera question de l'exception de chose jugée, il nous paraît juste que le tribunal relève d'office la litispendance, pour autant qu'elle ressorte des allégations des parties et des preuves qu'elles auront fournies.

76. En droit international privé autonome les avis sont partagés¹⁸⁵, la doctrine majoritaire étant favorable à la prise en considération d'office, dont on a vu qu'elle était expressément prévue par l'art. 21 de la Convention de Lugano. C'est la *lex fori* – distributivement, pour chacun des procès concurrents – qui détermine le point de départ de la litispendance¹⁸⁶. Ce principe est également valable en matière intercantonale¹⁸⁷.

77. Bien qu'il s'agisse en réalité d'une exception de procédure, l'intégration de l'exception de litispendance à l'art. 162 CPCN et sa qualification légale de moyen de fond devraient impliquer, notamment, que ce moyen devrait être tranché par le Tribunal matrimonial in corpore, et non par le président seul¹⁸⁸.

F. La nullité des actes de procédure

78. S'il est un moyen préjudiciel qui pose problème en théorie autant qu'en pratique, c'est bien celui qui est tiré de la nullité des actes de procédure, car pour tracer les contours de ce moyen il faut déterminer ce qu'est un acte de procédure au sens de l'art. 161 lit. c CPCN, avant d'en cerner les conditions de validité.

79. Dans un sens large, constitue un acte de procédure d'une partie tout comportement actif ou passif de nature à influencer sur le sort de la procédure. En ce sens, la non-comparution ou l'inaction pure et simple sont des actes, car la loi leur attache des conséquences spécifiques¹⁸⁹, mais il va de soi qu'une absten-

¹⁸⁵ Pour la prise en considération d'office, Vogel, ch. 2 N° 46^e et SJZ 1990, p. 83; BIZR 1992/1993, p. 193 N° 51; J.-Fr. Poudret, JT 1990 III 7; contra Ph. Schweizer/Knoepfler, FJS N° 241, p. 2 et Droit international privé suisse, 2^e éd. Berne 1995, N° 648b; JT 1990 III 3.

¹⁸⁶ Cour de Justice de Genève, arrêt non publié du 18 octobre 1996; cf. déjà ATF 84 II 469, ainsi que la doctrine unanime, pour le droit autonome; CJCE Affaire Zelger/Salintri, RCDIP 1985, p. 374ss. pour les Conventions de Bruxelles et de Lugano. La date déterminante de la procédure ouverte en Suisse en matière internationale est fixée à l'art. 9 al. 2 LDIP, qui doit toutefois être lu à la lumière de la Convention de Lugano, lorsqu'elle est applicable (ATF non publié du 27 septembre 1997, 4C.429/1995). Pour l'arbitrage, cf. les art. 13 CIA et 181 LDIP, applicables, en matière interne et internationale respectivement, uniquement si le tribunal arbitral a son siège en Suisse.

¹⁸⁷ Autre est la question – réglée par le droit fédéral – de savoir quel acte est réputé valoir litispendance lorsque le respect d'un délai de droit fédéral est en cause; cf. à ce propos Vogel, ch. 8 N° 28ss., 12 N. 22ss., et les références.

¹⁸⁸ Cf. supra, N° 135; comp. Art. 10 al. 2 OJN.

¹⁸⁹ Dans le droit antérieur au code actuel, la non-comparution entraînait l'exclusion de la procédure de la partie défaillante. Il subsiste encore quelques cas d'exclusion en cas de passivité

tion ne saurait être frappée de nullité. L'art. 161 lit. c CPCN vise donc nécessairement un acte positif. Mais faut-il entendre par là tout acte de procédure accompli par écrit (comme une requête de prolongation de délai) ou par oral à l'audience (comme un incident tendant à l'élimination d'une preuve), ou la notion d'acte au sens de l'art. 161 lit. c CPCN est-elle plus restreinte?

80. Un retour aux sources est nécessaire.

Le code de 1878 n'érigait en moyen préjudiciel que la contestation de la validité formelle de la demande¹⁹⁰, ce qui était d'une logique parfaite puisque, comme le rappelait le rapport à l'appui du projet adopté en 1906, les moyens préjudiciels ne tendaient «qu'à faire annuler ou suspendre l'instance ouverte contre»¹⁹¹ le défendeur. Pourtant, le code de 1906 élargit ce moyen de défense pour le rendre opposable à la réponse elle-même¹⁹², par souci d'égalité¹⁹³, comme disparaissait le mot «exception» figurant en titre de la section consacrée à ces moyens. Rien ne changea sur ce point en 1925¹⁹⁴, et c'est le législateur de 1991 qui étendit encore le moyen pour le faire porter sur «les actes de procédure» en général – sans que le rapport du Conseil d'Etat¹⁹⁵ ni celui de la Commission législative¹⁹⁶ ne soufflent mot de cet élargissement – et qui réintroduisit les mots «exceptions de procédure», à la note marginale de l'art. 161 CPCN.

81. Une chose est certaine: dans la mesure où l'informalité d'un acte n'est pas relevée d'office comme le permet désormais explicitement l'art. 63 al. 1 CPCN actuel, contrairement au texte antérieur¹⁹⁷, la partie qui entend s'en prévaloir a de toute manière une possibilité de se faire entendre, en soulevant soit un moyen préjudiciel, soit un incident¹⁹⁸. Le tout est de déterminer quelle voie elle doit emprunter car leurs modalités ne sont pas les mêmes¹⁹⁹. La jurisprudence publiée n'apporte pas de précision sur ce point.

d'une partie, dans des hypothèses particulières (cf. art. 52 al. 2, 150 al. 3, 361 al. 2 CPCN, à lire en parallèle avec les art. 208ss. CPCN), mais dans la règle l'omission d'un acte a pour seule conséquence que le procès se poursuit sans l'acte omis (art. 203 al. 1 CPCN), avec toutefois des implications procédurales qui peuvent être sévères (art. 205 al. 1 CPCN).

¹⁹⁰ Art. 173 lit. g CPCN 1878.

¹⁹¹ Rapport Conseil d'Etat 1906, p. 33.

¹⁹² Art. 162 lit. h CPCN 1906.

¹⁹³ Rapport Conseil d'Etat 1906, p. 36.

¹⁹⁴ Art. 162 lit. g CPCN 1925.

¹⁹⁵ P. 16.

¹⁹⁶ P. 17.

¹⁹⁷ Art. 76 al. 1 CPCN 1925; cf. toutefois RJN 6 I 227, où une réponse a été annulée d'office par le juge instructeur. Cf. aussi CCC III 80.

¹⁹⁸ Art. 213 CPCN.

¹⁹⁹ Encore que la disparition de la notion d'exploit dans le nouveau droit ait fait perdre un peu de sa consistance à la distinction (cf. supra, N° 38); il demeure que le régime des délais, notamment, n'est pas le même pour les deux catégories de moyens (comp. le rapport 1988, p. 17, d'une part, qui précise que les moyens préjudiciels doivent être proposés «avant l'expiration

82. Il faut donc s'efforcer de réconcilier tant que faire se peut le texte légal et l'essence des moyens préjudiciels en trouvant une cote fatalement mal taillée, d'autant plus que si la notion «formelle» d'exploit a disparu de la loi²⁰⁰, l'esprit ancien demeure, qui distingue entre les mémoires adressés au juge et ceux qui sont censés être notifiés à la partie adverse.

83. Le législateur ayant remplacé les termes «demande» et «réponse» par «acte de procédure», il est probable qu'il a voulu élargir la cible d'un moyen préjudiciel à tous les actes se rattachant, par leur fonction, à une demande, principale ou reconventionnelle, ou une réponse, savoir les actes qui circonscrivent le cadre du litige par les faits qui y sont exposés et les conclusions qu'ils peuvent contenir. Aussi pensons-nous que l'art. 161 lit. c CPCN est applicable à la réplique et à la duplique, ainsi qu'aux mémoires complémentaires que le code autorise en vue d'enrichir l'objet du litige, à des conditions différentes selon qu'ils interviennent avant l'audience d'instruction²⁰¹ ou après celle-ci²⁰². Il paraît en effet logique de réserver le même traitement à tous les actes susceptibles de contenir des conclusions au fond, en raison de la parenté qu'ils présentent avec la demande et la réponse, et il serait artificiel de prévoir un traitement différencié à un acte de la même nature (un complément à la demande par exemple), selon qu'il incorporerait ou non des conclusions nouvelles. Mais l'extension devrait s'arrêter là et ne pas déborder sur des actes préparatoires (une réforme²⁰³) ou dérivés (une requête en administration de preuve complémentaire²⁰⁴ ou des conclusions en cause²⁰⁵), à peine de dénaturer la notion originelle de moyen préjudiciel²⁰⁶.

du délai à disposition pour agir au fond et notamment, pour le défendeur qui entend opposer un moyen préjudiciel à la demande, dans le délai fixé pour la réponse» et les art. 63 et 213ss. CPCN d'autre part), et qu'en procédure écrite il n'est pas certain qu'un moyen préjudiciel puisse toujours être valablement soulevé oralement en audience, comme peut l'être un incident en vertu de l'art. 213 CPCN, ne serait-ce qu'en raison du délai dans lequel il doit l'être (cf. supra, N° 38), en particulier dans le cas normal où il vise la demande ou la réponse (comp. toutefois art. 164 al. 2 CPCN 1925). A cela s'ajoute qu'en procédure écrite l'autorité compétente pour statuer sur les moyens préjudiciels est le juge du fond en principe (art. 164 al. 1 CPCN, avec l'exception de l'art. 10 al. 2 OJ en matière matrimoniale), alors que les incidents sont tranchés par le juge instructeur (art. 213ss., 63 CPCN). Pour un exemple de délimitation, relatif à l'admissibilité d'une réforme et à la nullité d'une réponse, cf. ATC VII 242.

²⁰⁰ Rapport 1988, p. 11, cf. supra, N° 38.

²⁰¹ Art. 313 CPCN. Sur ce qu'il faut entendre par audience d'instruction, cf. Schweizer, remarques, p. 497ss., 505.

²⁰² Art. 314ss. CPCN.

²⁰³ Art. 194ss. CPCN.

²⁰⁴ Art. 316, 57 al. 2 CPCN.

²⁰⁵ Art. 326 CPCN.

²⁰⁶ Cela signifie notamment que dans l'hypothèse où une partie se réforme de sa demande ou de sa réponse par exemple, la contestation sur la régularité formelle ou l'admissibilité de la réforme

84. Bien que cette étude porte sur les moyens, ou les techniques, de défense et leur sanction, et non sur la substance des arguments qui peuvent leur servir de fondement, on ne saurait éluder complètement le thème des conditions de validité formelle des actes de procédure, sauf à laisser sur leur faim les praticiens à qui cette contribution s'adresse.

85. Sous le titre «de la forme des actes», le quatrième chapitre du titre premier du CPCN énonce aux art. 84ss. les règles que doivent respecter les actes de procédure pour être formellement réguliers, notification comprise. Certaines dispositions spéciales apportent des précisions, comme les art. 296ss. pour la demande et 301ss. pour la réponse en procédure écrite par exemple. Mais ces textes ne disent rien de la sanction de leur inobservation, pas plus que les art. 161 lit. c et 213ss. CPCN, qui ne traitent laconiquement que de la voie à suivre pour obtenir une décision sur la validité contestée de l'acte en cause. Il faut donc se reporter aux art. 63 à 65 CPCN, curieusement incorporés dans un chapitre intitulé «du juge», pour tenter d'y voir plus clair.

86. La lecture de ces dispositions permet, dans un premier temps, de discerner une gradation à cinq paliers entre l'acte inexistant et l'acte parfait.

87. L'acte inexistant, c'est celui qui est tellement informe qu'il n'est pas reconnaissable en tant qu'acte de procédure : un paranoïaque écrit au juge que le monde entier lui en veut, lui cause un tort considérable, et qu'il entend être dûment indemnisé par qui de droit. Dans le silence de la loi, un document de ce type fera généralement l'objet d'un classement vertical.

88. A l'échelon suivant, l'acte de procédure est reconnaissable en tant que tel mais il est entaché d'un vice assez grave pour que son annulation soit prononcée. C'est l'hypothèse de l'art. 63 CPCN²⁰⁷.

89. Puis, lorsque le vice est mineur, il pourra être rectifié sur requête, pour autant que celle-ci soit formée avant de suivre (art. 64 CPCN)²⁰⁸. On peut rattacher à ce degré d'imperfection le fait d'omettre l'exposé succinct des motifs de droit

devrait être soulevée par voie d'incident, alors que l'invalidité de la demande ou de la réponse après réforme devrait faire l'objet d'un moyen préjudiciel. Comp. ATC VII 242.

²⁰⁷ On peut classer dans cette catégorie l'acte rédigé dans une langue autre que le français ; cf. RJN 6 I 157 et 227, ainsi que RJN 1980-1981, p. 90. Savoir si l'acte invalidé peut être refait est une autre question ; cf. art. 63 al. 1, art. 165 al. 1 et 3 CPCN.

²⁰⁸ Exemples : la demande ne mentionne que le domicile élu (CCC VI 262), ou ne précise pas l'identité ou le siège exacts d'une personne morale (RJN 6 I 217), ou est intentée par ou contre une raison individuelle (RJN 2 I 11). Entrerait sans doute également dans cette catégorie une réponse qui ne comporterait pas d'explication sur les faits de la demande, ceux-ci étant alors réputés contestés. En revanche, un mémoire comportant des explications prolixes sur les faits de la demande serait inapte à remplir sa fonction qui, pour une réponse comme pour une demande, une réplique ou une duplique, est de fixer les faits litigieux et les réclamations des parties.

que prévoient les art. 296 lit. d et 301 al. 2 lit. d CPCN²⁰⁹ ou l'indication du délai de réponse que prescrit l'art. 296 lit. f CPCN²¹⁰, bien qu'il ne soit pas certain que l'adversaire de l'auteur d'une telle informalité ait toujours un intérêt à ce qu'elle soit redressée, intérêt qu'exige l'art. 64 CPCN.

90. Les lapsus, ensuite, peuvent être redressés en tout état de cause par leur auteur, cette dernière précision étant rendue nécessaire par une jurisprudence qui n'a pas toujours récompensé les juges d'instance inférieure d'avoir rectifié d'office les erreurs de plume, aussi grossières fussent-elles²¹¹.

91. Au niveau suprême, l'acte est parfait.

92. Concrètement, la frontière la plus intéressante est celle qui sépare l'acte nul de celui qui est sujet à rectification sur requête, même si comme on le verra cette distinction a perdu de son importance pratique vu le régime d'invalidation actuel.

93. Est nul, selon l'art. 63 CPCN, l'acte qui manque des formalités essentielles, savoir celles qui sont prescrites par une disposition d'ordre public et celles qui sont indispensables pour qu'il puisse accomplir sa fonction.

94. Le code de 1878 connaissait déjà la notion de formalité essentielle²¹², que les tribunaux entendirent largement. Aussi le Conseil d'Etat, soucieux de ne pas « sacrifier la bonne foi au culte superstitieux des formes »²¹³, proposa qu'un vice de forme n'entraînât la nullité de l'acte que lorsque la loi le prévoyait expressément. Il s'agissait essentiellement des formes prévues pour la signification des exploits²¹⁴. Le législateur préféra pourtant s'en remettre encore à la jurisprudence, en définissant toutefois les formalités essentielles par l'expression qui a traversé le siècle et subsiste encore de nos jours, à une retouche rédactionnelle près²¹⁵.

²⁰⁹ Cf. RJN 1984, p. 83; comp. CCC VI 116-117, pour un recours en cassation dans lequel avait été omise une référence explicite à l'un des motifs de l'art. 393 CPCN 1925, et qui fut néanmoins déclaré recevable.

²¹⁰ Cf. RJN 1984, p. 81; comp. ATC VI 486.

²¹¹ Comp. RJN 7 I 328, où le demandeur avait conclu à ce qu'il soit lui-même condamné à une prestation en faveur du défendeur. Le juge rectifia d'office et la Cour de cassation cassa (ultra petita); il n'est pas certain qu'une telle décision échappe de nos jours au grief de formalisme excessif. Dans le même ordre d'idées, cf. un arrêt de la Cour de cassation non publié du 17 novembre 1949 cité in RJN 7 I 330, relatif à une affaire où le demandeur avait conclu au paiement de 287 francs dont à déduire 273 francs d'acompte, alors qu'il avait manifestement voulu dire « après déduction de 273 francs d'acompte ».

²¹² Art. 91.

²¹³ Rapport Conseil d'Etat 1906, p. 18; citation empruntée à l'exposé des motifs de Bellot à l'appui du code de procédure civile genevoise, p. 354.

²¹⁴ Art. 127 CPCN 1906 et rapport Conseil d'Etat 1906, loc. cit. note précédente.

²¹⁵ Art. 78 CPCN 1906, 76 al. 2 CPCN 1925, 63 al. 3 CPCN 1991.

95. Parmi les formalités d'ordre public, la Commission législative de 1906 comptait la décision spéciale du juge nécessaire à la signification d'un acte judiciaire par le greffe un dimanche ou un jour férié²¹⁶. L'évolution du droit de procédure, notamment international, en matière de notifications, donne à penser que les art. 87ss. CPCN sont effectivement d'ordre public dans la mesure où l'acte introductif d'instance est en cause²¹⁷, et même pour les autres actes de procédure au sens de l'art. 161 lit. c CPCN, puisque le texte même de cette disposition vise l'irrégularité de la notification.

96. Quant aux formalités indispensables pour que l'acte puisse accomplir sa fonction, un arrêt de la Cour de cassation civile du 1^{er} octobre 1979²¹⁸ suffit à illustrer le flou qui entoure cette notion, en ce qu'il retient qu'un acte de procédure peut manquer d'une ou plusieurs formalités essentielles tout en étant apte à accomplir sa fonction²¹⁹ si la partie adverse ne soulève pas de moyen préjudiciel, ce qui paraît contradictoire²²⁰.

97. A notre avis, outre le caractère indispensable de la communication régulière des actes à la partie adverse²²¹, doivent être considérées comme essentielles

²¹⁶ Rapport Conseil d'Etat 1906, p. 216. Comp. art. 66 du code actuel.

²¹⁷ Cf. notamment art. 27 al. 2 lit. a LDIP, 27 ch. 2 des Conventions de Bruxelles et de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, et la jurisprudence qui s'y rapporte, résumée in P. Mercier et B. Dutoit, L'Europe judiciaire, les Conventions de Bruxelles et de Lugano, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1991, p. 121ss. Voir en particulier l'arrêt de la CJCE du 3 juillet 1990 dans la cause Isabelle Lancray SA contre Peters und Sichert KG, RCDIP 1990, p. 161 : « la reconnaissance d'une décision étrangère doit être refusée en cas de signification irrégulière, indépendamment du fait que le défendeur avait effectivement connaissance de l'acte introductif d'instance », ou, mieux encore, l'arrêt de la CJCE du 15 juillet 1982 dans la cause Pandy Plastic Products contre Pluspunkt, RCDIP 1983, p. 521ss., note Droz : « le juge de l'Etat requis peut, lorsqu'il estime remplies les conditions prévues à l'article 27, chiffre 2, de la Convention, refuser la reconnaissance et l'exécution d'une décision judiciaire, même si la juridiction de l'Etat d'origine a tenu pour établi (...) que le défendeur, qui n'a pas comparu, avait eu la possibilité de recevoir communication de l'acte introductif d'instance en temps utile pour se défendre ». Voir aussi RSDIE 1997, p. 387 et RJN 6 I 191ss., 194.

²¹⁸ RJN 7 I 326.

²¹⁹ Il s'agissait d'une action en libération de dette qui avait été formée par simple requête, et dont une photocopie avait été adressée au défendeur qui était entré en matière sans faire de réserve.

²²⁰ Il est vrai que cet arrêt a été rendu sous l'empire du CPCN de 1925, qui ne prévoyait pas, ou en tout cas pas explicitement, la possibilité d'une annulation d'office. Il demeure qu'en logique si l'on définit la formalité essentielle par rapport à l'aptitude de l'acte à remplir sa fonction, celle-ci ne devrait pas dépendre de l'attitude de la partie adverse, sauf à créer une catégorie intermédiaire d'actes potentiellement inaptes à accomplir leur fonction, cette potentialité se concrétisant ou s'évanouissant selon la compréhension que la partie adverse aurait de l'acte en cause.

²²¹ Abstraction faite des exceptions que peuvent justifier des circonstances telles que l'urgence (art. 126 CPCN) ou la recherche d'un effet de surprise (art. 34 de la Convention de Lugano), qui sont toujours assorties de correctifs permettant d'assurer les droits de la défense (art. 128ss. CPCN, 36ss. de la Convention de Lugano).

les formalités qui leur permettent d'accomplir leur double fonction d'identification et de praticabilité.

98. Pour ce qui est de l'identification, il faut se rappeler que le but de l'action est l'obtention d'un jugement au fond revêtu de l'autorité de la chose jugée, celle-ci étant définie par référence aux parties, aux faits qui fondent la demande et à la chose réclamée²²². Si l'acte est insuffisamment précis pour permettre au juge ou à l'adversaire, après un effort d'interprétation raisonnable, de déterminer de qui il émane, contre qui il est dirigé²²³, sur quoi la prétention se fonde²²⁴ et en quoi elle consiste²²⁵, il peut et devrait être annulé²²⁶. On peut aussi raisonner sur l'absence d'intérêt qu'il y a à déposer en justice un acte qui ne peut mener à rien²²⁷.

99. L'exigence de praticabilité se rattache au caractère instrumental de l'acte de procédure, qui est censé permettre un déroulement clair et ordonné de l'instance, garantissant aux parties le droit de prendre position sur les allégations de leur adversaire. C'est ainsi qu'une demande présentée comme un torrent de récriminations désordonné ou qu'une réponse, une réplique ou une duplique²²⁸ comportant des explications touffues sur les faits exposés dans le mémoire adverse

²²² Cf. RJN 4 I 64.

²²³ Bien que la distinction ne soit pas toujours aisée, il ne faut pas confondre le vice de forme consistant dans une mention ne permettant pas d'identifier les parties ou l'une d'elles, et les vices de procédure ou de fond liés à l'inexistence d'une partie, à son absence de qualité ou de légitimation (cf. infra, N° 114). Cette rubrique ne concerne que l'identification imprécise ou inexacte d'une partie; cf. par exemple Dupasquier, p. 27, citant une décision du 6 mars 1917: «lorsque l'exploit s'adresse à une personne portant un nom très répandu dans la localité qu'elle habite, l'indication de ses prénoms peut être indispensable; mais lorsqu'elle habite une localité peu importante dans laquelle il n'existe pas d'autres individus du même nom exerçant la même profession que lui, l'énumération des prénoms peut être superflue».

²²⁴ RJN 6 I 8.

²²⁵ Raison pour laquelle les conclusions doivent être chiffrées, cf. RJN 6 I 36 et les références, 6 I 118 et pour laquelle une demande formée par (ou contre) des consorts doit indiquer le montant réclamé par ou de chacun d'eux, cf. RJN 5 I 130. Le droit fédéral fixe toutefois des limites à l'obligation imposée aux parties de chiffrer leurs conclusions; cf. ATF 116 II 215, 121 III 142 et 249.

²²⁶ Voir cependant. RJN 6 I 5ss., 8, où une demande en dommages-intérêts a été déclarée irrecevable – sans être annulée en tant qu'acte de procédure – au motif que le demandeur n'avait pas précisé en quoi consistait son dommage; cf. à ce propos Ph. Schweizer, Le recours en révision spécialement en procédure civile neuchâteloise, thèse, Neuchâtel 1985, p. 308 n. 56; le même: Du nouveau dans la théorie de l'objet du litige (note à l'ATF 115 II 187), in *Plädoyer* 3/90, p. 55, particulièrement note 12. Cf. déjà ATC III 218; Un demandeur avait chiffré ses conclusions à 568 francs alors que selon son propre exposé le prix convenu avec le défendeur était de 320 francs. Le Tribunal cantonal estima que faute de toute précision sur la différence entre ces deux chiffres le défendeur n'était pas en mesure de se déterminer et il annula la demande. Cf. également RJN 5 I 130, 6 I 35, 118, 208.

²²⁷ Cf. RJN 6 I 35, 36. Dans le même sens, RJN 1986, p. 72, 73-74.

²²⁸ Dans le cas des explications sur les faits de la réponse ou de la duplique, l'insertion de faits

auquel elles se rapportent sont annulables parce qu'elles sèment désordre et confusion en une matière où doivent régner l'ordre et la clarté²²⁹.

100. A notre avis, les deux critères évoqués ci-dessus sont les seuls qui puissent justifier l'invalidation d'un acte par référence à son aptitude à remplir sa fonction. Aussi est-il logique selon nous que la règle de l'art. 61 al. 3 CPCN selon laquelle «les écritures inconvenantes sont renvoyées à leur auteur, et un délai péremptoire lui est fixé pour les refaire» ne soit pas rattachée au chapitre des formalités essentielles: un acte vulgaire ou grossier peut être parfaitement apte à remplir sa fonction, et il serait artificiel de rattacher la courtoisie à l'ordre public. La dignité et le respect de la justice relèvent d'un autre ordre, qui peut certes justifier l'invalidation d'un acte, mais pour des raisons sans rapport avec son efficacité potentielle²³⁰. Sans doute est-ce aussi pour cela que l'on peut expliquer qu'une demande formée selon une procédure inapplicable ne soit pas invalidée d'office²³¹; que la procédure soit orale ou écrite par exemple, des règles existent qui assurent le déroulement régulier de l'instance. Les modes de procéder sont interchangeable, même si les impératifs et les garanties ne sont pas les mêmes dans les deux hypothèses. Les tribunaux ne relèvent donc pas d'office l'adoption par les parties d'une procédure inadéquate²³².

101. C'est aussi en s'en tenant aux deux critères qui précèdent que l'on peut expliquer, notamment, que le respect des délais fixés pour l'accomplissement d'un acte ne soit pas relié à la notion de formalité essentielle²³³. Un acte tardif peut être apte à accomplir sa fonction. C'est donc par voie d'incident qu'il convient de relever le non-respect des délais fixés pour l'accomplissement d'un

nouveaux sous couvert de détermination sur les faits allégués par la partie adverse est tout particulièrement inadmissible, puisque ce procédé reviendrait à octroyer à une partie un tour de parole de plus qu'à l'autre; comp. RJN 1984, p. 91; 7 I 29, et les références.

²²⁹ RJN 7 I 30. On peut sans doute rattacher à cet impératif l'actuel art. 161 lit. b CPCN, dont l'application entraîne notamment l'invalidation d'une demande incorporant une citation en conciliation, en matière de revendication d'objets saisis; cf. CCC VI 278; voir aussi CCC VI 234 (où est expliquée la différence entre un exploit et une requête, dans l'ancien droit, distinction désormais formellement caduque), 246, et ATC VII 577-578.

²³⁰ Relevons à ce propos ce savoureux considérant de la Cour de cassation (CCC V 224) qui prend le contrepied des idées reçues: attendu «que l'inconvenance étant une notion toute relative, ce qui peut être inconvenant dans un salon ne l'est pas nécessairement au prétoire»...

²³¹ Cf. RJN 1984, p. 83, deuxième espèce; RJN 1 I 21; CCC V 469.

²³² C'est d'ailleurs cohérent, dans toute la mesure où ne sont pas en cause des normes protectrices se rattachant à l'ordre public. L'évolution du droit de l'arbitrage fournit un bon exemple de souplesse procédurale. Si le respect du droit d'être entendu en procédure contradictoire reste une préoccupation prioritaire des tribunaux étatiques, les «détails» de la procédure, en cette manière, sont laissés à la discrétion des parties, lorsque sont en cause des droits disponibles, en matière interne, ou des contestations patrimoniales, sur le plan international.

²³³ Lorsque le non-respect du délai concerne la demande, il peut faire l'objet d'un moyen préjudiciel spécifique, cf. infra N° 162 et, déjà, ATC VII 423, où le non-respect d'un délai pour ouvrir l'action n'avait pas été rattaché à la notion de vice de forme; voir toutefois la référence à l'art. 76 CPCN 1925, in RJN 7 I 69.

acte²³⁴. En principe, le juge devrait relever d'office le non-respect d'un délai, péremptoire ou non. La pratique est plus souple, surtout en ce qui concerne les délais non péremptoires²³⁵. Dans l'hypothèse où la procédure se poursuivrait sans que le juge ou l'adversaire ne relève l'échéance du délai, le principe de la bonne foi pourrait trouver application²³⁶.

102. On aurait aussi pu rattacher à la forme le vice tiré de l'incapacité de revendiquer en justice du mandataire d'une partie, mais la jurisprudence en a fait un moyen spécifique échappant à l'énumération des art. 161 et 162 CPCN²³⁷.

103. Au terme de ce bref tour d'horizon, relativisons tout de même l'importance pratique actuelle des distinctions qui précèdent.

104. Le formalisme procédural n'a plus auprès des tribunaux la cote dont il jouissait autrefois²³⁸, ce qui se traduit notamment par le fait que l'annulation d'office d'un mémoire se fait rare²³⁹. Surtout, le nouveau droit donne des remèdes que le droit antérieur ignorait. L'auteur d'un acte manquant d'une formalité essentielle annulé dispose d'un délai pour le refaire en toute hypothèse²⁴⁰, et non plus seulement en cas d'annulation de la demande²⁴¹. Aussi, lorsque le vice est effectivement assez grave pour rendre l'acte inapte à accomplir sa fonction (les allégations sont insuffisamment précises par exemple), la partie à qui le vice pro-

²³⁴ Décision sur incident du juge instructeur du 7 octobre 1996 dans la cause CC 00590; cf. aussi RJN 7 I 69. La jurisprudence actuelle, en cette matière, présente cette particularité que la partie qui se prévaut de l'inobservation d'un délai non péremptoire ne peut que faire constater le retard, sans être admise à faire éliminer l'acte du dossier. De facto, cela revient à lui octroyer une option de constat de tardiveté assortie d'une sanction s'épuisant en une condamnation de l'adversaire aux frais et dépens de l'incident. Si le délai est péremptoire, l'acte tardif est déclaré irrecevable ou éliminé du dossier selon sa nature, d'office en principe, sous réserve de restitution.

²³⁵ La jurisprudence a admis la « prorogation » (cf. N° 38) conventionnelle tacite, cf. RJN 7 I 69.

²³⁶ Cf. infra, Nos 121 et 125.

²³⁷ RJN 1987, p. 82, et les références. Cf. infra, N° 120ss.

²³⁸ Il suffit pour s'en convaincre de comparer les six recueils des arrêts rendus par la Cour de cassation jusqu'en 1962, d'une part, et les actuels recueils de jurisprudence neuchâteloise d'autre part. Pour ne prendre qu'un exemple sublime, cf. CCC V 292. La jurisprudence ancienne traitait à cet égard les laïcs et les professionnels sur un pied d'égalité: « si le caractère « essentiel » d'une formalité dépendait de la connaissance qu'en ont les profanes, toute formalité serait, en principe, non essentielle » (CCC VI 38-39; cf. cependant CCC VI 54).

²³⁹ Il y a là un paradoxe apparent: à mesure que l'interventionnisme des tribunaux se fait plus insistant, notamment dans les domaines où des procédures particulières sont mises en place en vue de protéger particulièrement une partie, on pourrait croire que le respect des formes soit lui aussi assuré d'office. Or c'est le contraire qui se vérifie: la notion de formalisme excessif gagne du terrain quotidiennement, la vigilance ne restant de mise qu'en ce qui concerne le droit d'être entendu.

²⁴⁰ Comparer l'art. 63 CPCN actuel et l'art. 76 CPCN 1925.

²⁴¹ A tout le moins si l'on s'en tient au texte des art. 168 al. 1 et 3 CPCN 1925, qui correspond à l'art. 163 al. 1 et 3 du code actuel; voir toutefois RJN 6 I 227, où l'art. 168 CPCN 1925 a été appliqué analogiquement à une réponse.

fitte a-t-elle intérêt à garder l'argument dans sa manche jusqu'au stade des débats ultimes pour provoquer soit la réforme, soit une décision d'irrecevabilité ou, en spéculant sur l'inadvertance, à laisser prononcer un jugement insusceptible d'exécution forcée. Une telle option se justifie d'autant plus que, quelle que soit la voie empruntée pour faire censurer un acte irrégulier, et quelle que soit la gravité du vice (l'inexistence mise à part), l'auteur de l'acte vicié a désormais la possibilité de corriger le tir dans un certain délai²⁴² sans être astreint à la réforme, quand celle-ci est possible.

G. La capacité d'ester en justice, la légitimation des représentants et la capacité de revendiquer

105. Nous traiterons tout d'abord de la capacité pour ester, puis d'une question qui lui est partiellement liée, la légitimation des représentants, et enfin de la capacité de revendiquer.

1. La capacité d'ester en justice

106. Le Code de procédure civile neuchâtelois range le moyen tiré du défaut de capacité pour ester en justice dans les fins de non-recevoir²⁴³. On trouve également dans cette catégorie le moyen tiré du défaut de qualité pour agir ou pour défendre. La capacité pour ester doit être clairement distinguée de la qualité pour agir. La capacité d'ester en justice est le pendant de la capacité d'exercice. Elle relève de la procédure en ce sens qu'elle est une condition de régularité du procès, mais elle découle du droit matériel²⁴⁴, dans la mesure où la capacité d'ester appartient à quiconque a l'exercice des droits civils²⁴⁵.

107. La capacité pour ester est relative à l'instance, alors que la qualité pour agir ou pour défendre est relative au droit d'action: c'est la titularité active ou passive du droit à l'obtention d'un jugement au fond²⁴⁶. Un enfant de 12 ans a qualité pour agir en annulation d'un testament, mais il n'a pas la capacité d'ester en justice; l'exécuteur testamentaire n'a pas qualité pour agir en son nom, pour le compte d'un héritier, en réduction de dispositions à cause de mort²⁴⁷, même s'il peut ester en justice.

²⁴² Art. 165 al. 1 et 3 en cas d'admission d'un moyen préjudiciel; 63 al. 1 et 2 en cas de non-respect d'une formalité essentielle; 64, implicitement, lorsque la formalité n'est pas essentielle.

²⁴³ Supra, N° 32.

²⁴⁴ ATF 42 II 553, JT 1917 I 304. Art. 22 CPCN: « la capacité d'ester en justice est régie par les lois civiles ». Voir déjà art. 33 CPCN 1906 et art. 32 CPCN 1925.

²⁴⁵ Poudret, N° 1.3.2.4 ad art. 43.

²⁴⁶ La qualité pour agir et pour défendre doit également être distinguée de la légitimation active ou passive, question de fond et non de recevabilité. Il en sera question plus bas, dans le paragraphe consacré à la qualité pour agir et pour défendre, infra, N° 138.

²⁴⁷ ATF 86 II 340, JT 1961 I 230.

108. Le législateur de 1906 avait saisi la distinction, en remplaçant l'article 173 lit. d du code de 1878 à la terminologie douteuse («légitimation ou qualité pour agir») par un texte plus approprié («capacité des parties pour ester en justice et légitimation de leurs représentants légaux») ²⁴⁸.

109. Le moyen figurait alors parmi les exceptions de procédure, il devait être relevé d'office par le juge ²⁴⁹ et pouvait être soulevé en tout état de cause par les parties ^{250, 251}.

110. Le législateur de 1925 conserva les articles 32ss. de l'ancienne loi, mais biffa le défaut de capacité pour ester de la liste des exceptions de procédure, si bien que le moyen devint incidentiel ²⁵², ce qui était logique dans la mesure où il ne tendait qu'à suspendre la procédure ²⁵³.

111. Le code de 1991 traite le défaut de capacité d'ester en justice – qu'il qualifie de moyen de fond, en partant du principe, erroné, selon lequel la nature des moyens est définie d'après la branche du droit qui les gouverne ²⁵⁴ – comme une fin de non-recevoir. Elle peut être soulevée sous forme de moyen préjudiciel ou ultérieurement d'une manière identique aux moyens de fond ²⁵⁵. La nouveauté est malencontreuse. A notre sens, le moyen aboutit, dans un premier temps, à la suspension de la procédure, et, dans un second temps, uniquement dans l'hypothèse où la partie incapable ne se conformerait pas aux conditions requises pour suivre l'instance, à la nullité de l'instance (constatée par décision incidente du juge instructeur) ²⁵⁶ si elle est demanderesse, à la poursuite du procès sans l'acte réputé omis ²⁵⁷ si elle est défenderesse. Le défaut de capacité pour ester en justice doit être relevé d'office et peut être soulevé jusqu'au stade des plaidoiries ou dans un éventuel recours. A suivre à la lettre l'art. 162 lit. c CPCN, le défaut de capacité d'ester en justice devrait aboutir à un jugement du juge compétent pour statuer au fond, que le moyen soit relevé d'office, ou soulevé par

²⁴⁸ Voir rapport Conseil d'Etat 1906, p. 34.

²⁴⁹ Art. 33ss. CPCN 1906.

²⁵⁰ Ce qui rapprochait le régime neuchâtelois de la capacité d'ester des *Prozessvoraussetzungen* allemandes. *Supra*, N° 14.

²⁵¹ Il aboutissait à la suspension de la procédure, et faute de satisfaire dans un délai fixé par le juge aux conditions requises pour suivre à l'instance, la partie incapable d'ester voyait les actes accomplis par elle tenus pour non venus, ce qui signifiait la nullité de l'instance si elle était demanderesse et, si elle était défenderesse, la possibilité pour le demandeur de prendre défaut contre elle (Rapport du Conseil d'Etat de 1906, p. 11. ATC VII 514, ATC VIII 30, 34).

²⁵² ATC VIII 254; CCC VI 165.

²⁵³ *Supra*, N° 36.

²⁵⁴ *Supra*, N° 30.

²⁵⁵ *Supra*, N° 33.

²⁵⁶ Ou, le cas échéant, à l'annulation du jugement par la Cour de cassation.

²⁵⁷ Art. 212 CPCN.

une partie, préjudiciellement ²⁵⁸ ou non. L'absence de capacité entraînerait directement l'irrecevabilité de la demande. Quant aux actes accomplis par un défendeur incapable d'ester, on voit mal quel sort leur serait réservé: il serait absurde d'exiger du tribunal un jugement les déclarant nuls ²⁵⁹.

112. A notre avis, l'art. 162 lit. c CPCN ne peut concerner la capacité d'ester en justice au sens technique du terme. Il peut en revanche viser la capacité d'être partie, pendant procédural de la jouissance des droits civils ^{260, 261}. Pour être titulaire d'un droit d'action, il faut exister ²⁶². Une demande déposée par une partie inexistante doit être déclarée irrecevable ²⁶³ d'office, dès que le juge a connaissance de l'inexistence, et le moyen peut être soulevé jusqu'au stade des plaidoiries ou dans un éventuel recours ²⁶⁴.

113. Toutefois, lorsque l'existence d'une personne morale est au centre du procès, la capacité d'être partie doit être reconnue à l'entité prétendue ²⁶⁵: «*Die Parteifähigkeit (wie auch die Prozessfähigkeit) ist daher keine eigentliche rechtliche Befähigung, von deren Vorhandensein es abhängen würde, ob ein Prozess rechtswirksam geführt werden kann.*» ²⁶⁶

114. L'inexistence d'une partie doit être distinguée de la désignation inexacte d'une partie, qui se rattache au vice de forme ²⁶⁷. Si certains cas sont clairs (par exemple la demande déposée au nom d'un mort, mémoire souffrant d'un vice du premier type, ou l'oubli de la mention du prénom du demandeur, cas de dési-

²⁵⁸ Art. 164 CPCN.

²⁵⁹ Notons que le Tribunal fédéral a mis en doute qu'un droit cantonal puisse prévoir que le défaut de capacité pour ester aboutisse immédiatement à l'irrecevabilité de la demande, dans la mesure où les actes d'une personne incapable d'ester sont susceptibles d'être validés par une ratification.

²⁶⁰ Vogel, ch. 5 N° 2. La capacité d'être partie est incluse dans la jouissance des droits civils, ATF 42 II 553, JT 1917 I 304. Tout comme la capacité d'ester, elle ne se confond pas avec la qualité pour agir. Mais à défaut de capacité d'être partie il ne peut être question de qualité pour agir. Les RJN 1980-1981, p. 96, et 1990, p. 72 sont imprécis sur ce point.

²⁶¹ L'ATC VIII 30 distingue clairement la capacité d'ester et l'existence d'une partie. L'ancien moyen préjudiciel du code de 1906 concernait exclusivement la capacité d'ester. Voir également ATC VIII 281.

²⁶² *Existence* pris dans un sens large, des communautés non personnalisées, de même que des organes non personnalisés ayant la capacité: la société en nom collectif (art. 562 CO) par exemple. Pour une liste détaillée, voir Vogel, ch. 5 N° 4ss.

²⁶³ Il s'agit d'une *Prozessvoraussetzung* dans le système allemand. Voir Guldener, p. 124-125, 221; Vogel, ch. 5 N° 32.

²⁶⁴ L'ancienne jurisprudence parle de moyen d'ordre public. Le juge doit le relever d'office, la contre-partie peut invoquer la nullité en tout temps. CCC V 49; CCC VI 207.

²⁶⁵ Voir ATC VIII 30; RGZ 170, p. 26, ainsi que Kummer, Grundriss, p. 62; Vogel, ch. 5 N° 11.

²⁶⁶ Guldener, p. 124. Par exemple, la demande en constatation de la nullité d'une fondation doit être dirigée contre celle-ci: ATF 75 II 81, JT 1949 I 588; ATF 96 II 73, JT 1972 I 162.

²⁶⁷ Cf. *supra*, N° 98.

gnation inexacte²⁶⁸), d'autres prêtent à confusion²⁶⁹. L'hoirie par exemple a donné lieu à une jurisprudence incertaine²⁷⁰.

115. Opter pour le vice de forme ou l'inexistence n'est pas sans conséquence : l'instance perdue si une nouvelle demande est déposée dans les 10 jours dès l'annulation de la demande pour vice de forme (art. 165 al. 3 CPCN), elle est purement et simplement annulée si la partie demanderesse est déclarée inexistante. Pour le délai supplémentaire de l'art. 139 CO, la notion de vice de forme réparable est de droit fédéral²⁷¹. Que la demande soit déclarée irrecevable faute de capacité d'être partie en raison d'une qualification imprécise n'exclut donc pas que cette disposition trouve application.

2. La légitimation des représentants

116. Les codes de 1906 et de 1925 traitent d'une manière commune le défaut de capacité pour ester en justice et le défaut de légitimation des représentants *légaux*. Ces deux points sont évidemment liés : les personnes privées de la capacité d'ester en justice agissent par l'organe de leurs représentants légaux, de même que les personnes juridiques et les sociétés ayant qualité pour agir sous leur raison sociale. Mais les questions soulevées sont distinctes : la légitimation des représentants légaux concerne exclusivement le pouvoir de représentation, et si celui-ci n'existe pas, les actes accomplis ne peuvent avoir de portée pour le représenté, alors que les actes accomplis par l'incapable d'ester seul conservent leur validité s'ils sont ratifiés par le représentant légal. En cas de doute²⁷² sur la légitimation

²⁶⁸ Pour d'autres exemples, voir RJN 2 I 161 ; RJN 6 I 217 et RJN 1985, p. 69, ainsi que Dupasquier, p. 26ss.

²⁶⁹ Pour un cas typique, voir RJN 2 I 11 : l'autorité de jugement avait d'office déclaré nulle une demande déposée au nom d'une raison individuelle, partant du principe que l'acte avait été rédigé par une personne inexistante. La Cour de cassation a annulé ce jugement, considérant que le défendeur ne s'était pas mépris sur l'identité du demandeur et qu'il s'agissait d'un problème de pure forme que le juge ne pouvait suppléer d'office à fin de cause. Sur cette question, voir également Bonnard, p. 107ss.

²⁷⁰ Dans un arrêt de 1898 (ATC V 169), le Tribunal cantonal annule une demande déposée au nom d'une hoirie pour vice de forme, « tout exploit devant indiquer les nom, prénoms, profession et domicile de la partie instante », alors que 5 ans plus tard, toujours sous l'empire du code de 1878 (CCC V 19), la Cour de cassation civile se place sur un autre terrain et retient que l'hoirie n'a pas d'existence juridique, jurisprudence qu'elle confirme en 1946 (CCC VI 207). Enfin, la Cour déclare en 1977 (RJN 7 I 35) que l'hoirie n'ayant pas de personnalité juridique, « le recours de l'hoirie d'un plaideur défunt est irrecevable, du moins s'il n'est pas possible de déterminer quels sont les héritiers qui la forment », ce qui à nouveau laisse à entendre qu'il s'agit, dans certains cas, d'un vice de forme.

²⁷¹ Engel, p. 821 et la doctrine citée.

²⁷² Et non pas à défaut de légitimation comme l'indiquait l'art. 33 al. 2 CPCN 1925, ce qui laisserait à entendre que pour que la procédure des art. 33ss. intervienne le représentant ne devrait pas en être un.

mation du représentant, le juge devait, d'office ou sur requête de la contre-partie, suspendre la procédure et octroyer un délai au prétendu représentant pour se légitimer^{273, 274}. A défaut de légitimation, les actes accomplis par lui étaient tenus pour non avenues²⁷⁵.

117. Si le moyen tiré du défaut de capacité pour ester a malencontreusement rejoint les fins de non-recevoir dans le code de 1991, le mode de procéder en cas de doute quant à la légitimation d'un représentant légal a été supprimé lors de la révision²⁷⁶. Cela illustre l'une des caractéristiques de notre nouveau code : il ne se suffit pas à lui-même ; sur de nombreux points il est nécessaire d'avoir recours aux anciens textes. Pour la question qui nous intéresse ici, nous pensons donc qu'il convient de conserver l'ancien régime²⁷⁷, comme pour l'incapacité d'ester.

118. La légitimation des représentants *conventionnels* était – et demeure – soumise à un régime proche. D'après les codes de 1906 et de 1925, « le mandataire est tenu de produire son mandat par écrit, et de laisser au dossier, soit l'original, soit une copie authentique »²⁷⁸. En pratique, le dépôt spontané d'une procuration était rare et il revenait conformément au code²⁷⁹, en cas de doute, au juge ou à la partie adverse de requérir, par la voie incidente²⁸⁰, la production du mandat. La nullité des actes accomplis par un représentant sans pouvoirs réguliers pouvait être invoquée jusqu'au jugement au fond (mais pas dans un recours en cassation²⁸¹). Quant au représenté, il pouvait invoquer le moyen par la voie du recours, le représentant, faute de ratification de ses actes, devant amener la preuve d'une procuration, même orale ou tacite²⁸². Le moyen soulevé, le juge devait, à défaut de la production immédiate d'un mandat écrit et régulier ou de ratifica-

²⁷³ ATC VIII 254, 256.

²⁷⁴ Pour un exemple, voir Dupasquier, p. 15.

²⁷⁵ Le Tribunal cantonal ne s'est jamais montré d'un formalisme rigoureux lorsqu'une demande était déposée par un avocat au nom d'une société, sans que le mémoire n'indique la ou les personnes qui la représentaient (ATC VIII 254) : la procédure décrite ci-dessus n'était pas suivie ; tout au plus l'acte devait-il être rectifié sur requête de la partie adverse, à condition qu'elle y ait un intérêt (art. 76 al. 3 CPCN 1925 ; voir Dupasquier, p. 26).

²⁷⁶ Quand bien même le rapport du Conseil d'Etat, p. 9, reprochait à l'ancien droit son caractère « très fragmentaire » !

²⁷⁷ On peut également appliquer l'art. 46 CPCN par analogie (arrêt non publié de la Cour de cassation du 16.6.1995 [6827]).

²⁷⁸ Art. 59 CPCN 1925.

²⁷⁹ Art. 60 CPCN 1925.

²⁸⁰ Il ne s'agit pas d'un moyen préjudiciel. La demande formée par un mandataire sans pouvoir n'est pas entachée d'un vice de forme. RJN 3 I 117.

²⁸¹ CCC VI 195 ; RJN 3 I 134.

²⁸² RJN 7 I 67, 73, revirement de jurisprudence.

tion²⁸³, fixer au représentant un délai pour cette production, et le cas échéant les actes non ratifiés étaient réputés non venus²⁸⁴.

119. Le code de 1991 maintient globalement ce régime²⁸⁵. A notre avis, le défaut de pouvoir du représentant est un moyen d'ordre public que la Cour de cassation doit relever d'office, et que la partie adverse peut soulever dans un recours²⁸⁶.

3. La capacité de revendiquer en justice

120. Selon l'art. 44 CPCN, « toute personne capable d'ester en justice peut poursuivre elle-même son procès ou se faire représenter par un mandataire de son choix ». Comme les autres cantons suisses, Neuchâtel s'est prononcé contre la représentation obligatoire par avocat²⁸⁷. Lorsqu'une partie décide de se faire représenter²⁸⁸, elle doit généralement²⁸⁹ choisir son mandataire parmi les avocats titulaires d'un brevet d'avocat neuchâtelois ou d'une autorisation de plaider dans le canton²⁹⁰.

²⁸³ CCC VI 195, 196.

²⁸⁴ Art. 61 CPCN 1925.

²⁸⁵ Art. 46 CPCN. Conformément à la pratique, cette disposition ne pose plus comme principe le dépôt spontané d'une procuration.

²⁸⁶ L'art. 60 aCPCN, aux termes duquel l'irrégularité du mandat pouvait être opposée jusqu'à jugement au fond, n'a pas été repris.

²⁸⁷ On réserve ici l'hypothèse de la personne hors d'état d'instruire elle-même son procès, réglée par l'art. 52 CPCN.

²⁸⁸ Pour les personnes morales, il faut distinguer les représentants statutaires, représentants *légaux*, des représentants conventionnels, seuls soumis à la règle de l'art. 47 CPCN. Les représentants statutaires peuvent être des tiers (art. 717 CO; art. 812 CO, RJN 1984, p. 78), ce qui ne simplifie pas la distinction (voir d'ailleurs RJN 7 I 204, 207-208), d'autant plus qu'une personne non inscrite au registre du commerce peut être habilitée à représenter la société. Voir un arrêt non publié de la Cour de cassation civile du 16.6.1995 [6827] selon lequel une requête de mainlevée d'opposition déposée pour le compte d'une société anonyme par deux employés dont un seul a qualité pour signer, collectivement à deux, est recevable dans la mesure où on peut déduire d'après les circonstances concrètes et les mœurs commerciales que le représenté a la volonté d'autoriser le représentant à agir en son nom. Voir également SJ 1985, p. 598 et les arrêts cités; ATF 49 II 208; ATF 50 II 168; W. F. Burgi, commentaire zurichois, N° 15 ad art. 718 CO; P. Jäggi, commentaire bernois, N° 145 ad art. 3 CC.

²⁸⁹ Le mandataire peut être choisi librement pour les affaires patrimoniales d'une valeur litigieuse inférieure ou égale à 2000 francs (art. 47 al. 2 CPCN; y compris pour la procédure de recours, RJN 1984, p. 47), en matière de bail devant l'autorité régionale de conciliation, devant le tribunal de district (art. 10, 21 LICO) et en cassation (RJN 1984, p. 47 par analogie). Pour les prud'hommes voir l'art. 16 de la loi sur la nomination et la juridiction des prud'hommes (en cassation, RJN 1984, p. 47 par analogie). Selon la jurisprudence rendue sous l'ancien code, le monopole ne s'étend pas aux causes prévues par l'art. 13 OJN (RJN 3 I 64; RJN 4 I 82; RJN 1984, p. 48). Un arrêt non publié de la Cour de cassation du 31 mars 1995 [6888] laisse ouverte la question du maintien de cette jurisprudence sous le nouveau régime, au vu du nouvel art. 47 CPCN.

²⁹⁰ Art. 47 CPCN.

121. D'après un arrêt de la Cour de cassation civile du 21 décembre 1987²⁹¹, les actes de procédure accomplis au nom d'une partie par un représentant non-avocat dans une cause soumise au monopole sont irrecevables, et le juge doit d'office se saisir de ce moyen qui relève de l'ordre public. Le principe doit être pondéré. Sous peine d'un formalisme excessif²⁹², le juge doit donner la possibilité à l'intéressé de corriger le vice, qu'il ait été relevé d'office ou soulevé²⁹³ par la partie adverse. Le délai imparti pour ce faire échu, l'acte est réputé omis²⁹⁴. A notre avis, ni le juge ni l'adverse partie ne peuvent remettre en cause l'acte accompli par un représentant non-avocat si le procès a suivi son cours. Il serait abusif²⁹⁵, par exemple, de contester la validité d'une demande pour ce motif au stade de l'instruction²⁹⁶, même si le vice relève en principe de l'ordre public.

H. Le défaut de citation préalable en conciliation

122. La citation préalable en conciliation est prévue en matière de divorce et de séparation de corps (art. 364 CPCN), en matière de revendication d'objets saisis (art. 385 CPCN), ainsi que, de par le droit fédéral, en matière de baux à loyer immobiliers (art. 274a CO; art. 16 LICO)²⁹⁷.

123. Dans ce dernier cas, soit l'autorité de conciliation est dotée d'un pouvoir de décision²⁹⁸, et une demande déposée devant le tribunal de district par exemple devrait être déclarée irrecevable, le cas échéant d'office²⁹⁹, faute de compétence

²⁹¹ RJN 1987, p. 82.

²⁹² Voir en matière d'assurances sociales RJN 1980-1981, p. 228, principe élargi par l'art. 30 al. 2 OJF qui selon Poudret, N° 2 ad art. 30, exprime un principe général dicté par la prohibition du formalisme excessif: lorsqu'une autorité est saisie par un mémoire signé par un mandataire non autorisé, elle doit accorder un délai convenable pour réparer le vice. Voir toutefois ATF 114 Ia 34, 40-41 qui ne nous paraît plus d'actualité. Il y a en tout cas formalisme excessif « à déclarer irrecevable une demande présentée par un avocat détenteur du certificat de capacité d'un autre canton mais dépourvu de l'autorisation cantonale d'exercer la profession, sans lui impartir un délai pour produire cette autorisation », ATF 112 Ia 305.

²⁹³ Par un incident dans tous les cas: il ne s'agit pas d'un vice de forme au sens de l'art. 161 lit. c CPCN. RJN 3 I 117 par analogie.

²⁹⁴ Art. 46 al. 2 CPCN par analogie.

²⁹⁵ Le principe de la bonne foi s'impose en procédure autant au juge qu'aux parties, RJN 1980-1981, p. 87.

²⁹⁶ Cf. N°s 101 et 125.

²⁹⁷ L'étendue des litiges pour lesquels la citation en conciliation est obligatoire en matière de bail est controversée. Le Tribunal fédéral semble soumettre au préalable obligatoire de la conciliation tous les litiges portant sur des baux immobiliers. Voir ATF 118 II 307, et pour les avis dissidents, P. Higi, commentaire zurichois, N° 43ss. ad art. 274a CO. Le droit neuchâtelois ne va pas au-delà (à moins qu'un revirement fondamental de jurisprudence ne modifie la situation) de l'exigence (minimale) fédérale, puisque l'art. 10 LICO n'impose le préalable de conciliation que pour les litiges portant sur des baux d'habitation ou de locaux commerciaux.

²⁹⁸ Art. 259i al. 1 CO; art. 273 al. 4 CO.

²⁹⁹ Supra, N° 43ss.

à raison de la matière³⁰⁰, soit elle ne peut que tenter la conciliation, et le défaut de ce préalable devra être soulevé par le biais de l'art. 161b CPCN. L'art. 16 al. 3 LICO indique que le moyen doit être relevé d'office par le juge, ce qui n'était pas le cas auparavant³⁰¹. L'exigence est sans doute de droit fédéral³⁰², et elle s'impose pour tous les litiges portant sur des baux immobiliers³⁰³.

124. Que l'autorité chargée de tenter la conciliation soit ou ne soit pas l'autorité de jugement, c'est le moyen tiré du défaut de préalable de conciliation qui doit être soulevé et non l'exception d'incompétence: l'autorité de jugement, même lorsqu'elle n'est pas autorité de conciliation, est compétente pour statuer sur le fond du litige³⁰⁴.

125. Nous venons de l'indiquer, le moyen doit être relevé d'office en matière de baux immobiliers. C'est également le cas en matière de divorce et de séparation de corps, où il est d'ordre public³⁰⁵. Dans ces trois hypothèses les parties peuvent théoriquement soulever le moyen jusqu'au stade des plaidoiries et en appel, mais invoqué tardivement il se révélera le plus souvent abusif³⁰⁶.

126. Autant dire que le moyen ne revêt les caractéristiques de l'exception de procédure que dans le cas [d'exception] de la revendication d'objets saisis. Le moyen tiré du défaut du préalable de conciliation est ici à la libre disposition du défendeur, et il doit être soulevé d'entrée de cause sous peine de forclusion.

127. En cas d'admission du moyen préjudiciel, la demande est déclarée irrecevable³⁰⁷. Qu'en est-il de l'instance? L'art. 165 al. 3 CPCN qui permet au deman-

³⁰⁰ Il s'agit bien d'un problème de compétence à raison de la matière, même si « la décision de l'autorité de conciliation ne constitue qu'une « prédécision *prima facie* » qui a pour seul effet de déterminer la répartition des rôles dans la procédure judiciaire » (ATF 117 II 504, JT 1992 I 592) et que le juge ensuite saisi statue en première instance.

³⁰¹ RJN 7 I 259.

³⁰² P. Higi, commentaire zurichois, N° 76 ad art. 274e CO indique, sans plus de précisions, que le préalable de conciliation est une *Prozessvoraussetzung*.

³⁰³ Quand bien même ils ne concerneraient pas des habitations et des loyers commerciaux, seuls visés par la règle cantonale précitée.

³⁰⁴ Voir d'ailleurs RJN 1992, p. 86, ainsi que CCC VI 278 et les art. 385, 388 CPCN.

³⁰⁵ Deuxième Cour civile, jugement du 8 mai 1995 [418] qui, à tort, qualifie le préalable de conciliation de *formalité essentielle* au sens de l'art. 63 CPCN, alors que cette disposition fait référence à l'art. 161 lit. c CPCN et que le défaut de citation préalable en conciliation est un moyen préjudiciel propre (art. 161 lit. b, non inclus dans l'art. 161 lit. c CPCN).

³⁰⁶ Le principe de la bonne foi s'impose en procédure autant au juge qu'aux parties, RJN 1980-1981, p. 87. Deuxième Cour civile, jugement du 8 mai 1995 [418], qui procède avec la notion de formalisme excessif: « une fois passée (l'audience d'instruction) (...), la tentative de conciliation devient totalement inutile et obliger les parties de tout recommencer parce qu'elles ont omis de comparaître en conciliation ou de demander une dispense (...) apparaît une sanction hors de proportion avec l'informalité commise ».

³⁰⁷ ATC VII 574. Le Tribunal cantonal n'a pas suivi le rapport de la Commission législative de 1906 selon lequel l'admission du moyen suspendrait l'instruction du litige. Voir Dupasquier, p. 24.

deur d'assurer la continuité de l'instance s'applique-t-il par analogie? Il est regrettable que la question n'ait pas été résolue lors de la révision de 1991. Comme Dupasquier³⁰⁸, nous estimons que cette disposition doit trouver application: si le code de 1906 ne mentionnait pas ce cas à l'article correspondant, c'est que la commission législative était partie du principe que le moyen n'entraînait que la suspension de la procédure.

128. Il est en revanche douteux que le demandeur dispose du délai supplémentaire de l'art. 139 CO lorsque son droit est atteint par la prescription ou la péremption de droit civil fédéral³⁰⁹ alors que la demande a été déclarée irrecevable de par l'admission du moyen. L'irrecevabilité de la demande due au défaut de citation préalable en conciliation ne se rattache ni à la notion de compétence, ni à celle de vice formel, et il faudrait faire preuve de souplesse dans l'interprétation de cette disposition pour étendre son champ d'application à cette hypothèse.

129. A notre sens, tant l'art. 165 al. 3 CPCN que l'art. 139 CO s'appliquent lorsque le tribunal saisi après l'échec de la conciliation³¹⁰ se déclare incompetent ou déclare la demande irrecevable pour vice de forme³¹¹.

130. Une demande reconventionnelle est-elle admissible dans un domaine où la citation préalable en conciliation est prévue par la loi?

- En matière de divorce et de séparation de corps, le défendeur peut déposer une demande reconventionnelle sans faire citer son conjoint en conciliation³¹².
- La demande reconventionnelle en revendication d'objets saisis peut à notre sens être attaquée par le biais de l'art. 161 lit. d CPCN, non seulement dans l'hypothèse où elle ne serait pas connexe à la demande principale, mais également en cas d'absence du préalable de conciliation. Elle sera déclarée irrecevable si le moyen est soulevé (le juge n'a pas à le relever d'office³¹³), le demandeur reconventionnel devant être renvoyé à citer le défendeur en conciliation. L'art. 165 al. 3 CPCN devrait s'appliquer par analogie.
- L'absence de citation en conciliation en matière de baux immobiliers doit également être relevée d'office par le juge en matière reconventionnelle. La demande reconventionnelle sera déclarée irrecevable, son auteur devant être renvoyé à citer le défendeur en conciliation. L'art. 165 al. 3 CPCN devrait là

³⁰⁸ Dupasquier, p. 24.

³⁰⁹ Supra, N° 47.

³¹⁰ Introductive d'instance, voir les art. 370 CPCN, 388 CPCN et 16 LICO.

³¹¹ Contra, concernant la disposition cantonale, ATC VIII 511. Le RJN 1980-1981, p. 87 va dans la bonne direction.

³¹² ATC V 166; CCC IV 216; Jugement du Tribunal civil du district de Neuchâtel du 28 avril 1997 [77/1996].

³¹³ Supra, N° 126.

également s'appliquer par analogie. Mais attention : « *Der Prozessvoraussetzung der Schlichtung ist vielmehr bereits dann Genüge getan, wenn die Lebensvorgänge (Sachverhalte), auf (auch bloss einem von) denen die Wiederklage gründet, im wesentlichen (und nicht ausschliesslich) bereits Gegenstand der Schlichtung der Hauptklage waren* »³¹⁴. Ainsi, lorsque le préalable de conciliation portait sur la libération en faveur du locataire demandeur du montant consigné à titre de sûretés, la demande reconventionnelle du bailleur portant sur la libération partielle des sûretés en sa faveur n'a pas à être précédée d'une tentative formelle de conciliation³¹⁵.

IV. Les fins de non-recevoir

1. Les caractéristiques générales des fins de non-recevoir

131. Bien que posant des problèmes théoriques ardu, liés aux rapports que l'action entretient avec le fond du droit, les fins de non-recevoir présentent, contrairement aux exceptions de procédure, une unité relative quant à leur traitement procédural. Sous réserve de l'« exception de chose jugée », dont on verra que le statut est encore incertain en pratique, les fins de non-recevoir, qui se rapportent toutes à l'inexistence de l'action, sont relevées d'office. Cela signifie que celui qui entend s'en prévaloir peut le faire aux mêmes conditions qu'il peut invoquer tout autre argument de fond, mais la loi lui donne en outre la possibilité de les invoquer préalablement à toute défense au fond en procédure ordinaire³¹⁶. C'est le juge instructeur qui décide si, pour des raisons d'économie, il se justifie de renoncer à une instruction préalable des fins de non-recevoir³¹⁷.

132. Ce régime, qui est valable pour toutes les fins de non-recevoir, soit l'absence de qualité ou d'intérêt et la péremption du droit d'action, a été étendu à l'exception de procédure et à l'incident qui ont été intégrés à l'art. 162 CPCN, soit la litispendance d'une part, l'incapacité d'ester en justice d'autre part³¹⁸.

133. Il incombe en principe à celui qui invoque un droit d'apporter la preuve de son existence. Cette règle générale vaut aussi pour le droit d'action, de sorte

³¹⁴ P. Higi, commentaire zurichois, N° 77 ad art. 274e CO. La question est toutefois complexe, et nous devons nous borner à renvoyer le lecteur aux développements de cet auteur (N° 75ss. ad art. 274e CO).

³¹⁵ Jugement du Tribunal civil du district de Neuchâtel du 28 avril 1997 [77/1996].

³¹⁶ Art. 162 CPCN. En procédure écrite accélérée, les moyens préjudiciels et les moyens de fond doivent être cumulés, cf. art. 335 CPCN.

³¹⁷ Art. 162 al. 2 CPCN.

³¹⁸ Cf. supra, N° 32.

qu'il appartient au demandeur de prouver sa qualité³¹⁹, son intérêt³²⁰ et le fait qu'il agit en temps utile³²¹. Des allégués spécifiques ne sont toutefois pas nécessaires sur ce point en règle générale ; il suffit qu'il résulte des faits de la demande que les conditions du droit d'action sont réunies³²².

134. Le cas de l'exception de chose jugée est particulier, on le verra, mais la logique du système voudrait qu'elle soit relevée d'office, dès l'instant où le tribunal a connaissance de l'existence d'un jugement antérieur tranchant le litige qui lui est soumis.

135. A notre avis, toutes les fins de non-recevoir authentiques relèvent du tribunal compétent pour statuer au fond, car, même si elles sont soulevées sous la forme d'un moyen préjudiciel, cette forme n'affecte pas leur nature, qui n'est pas celle d'une exception de procédure, que vise l'expression « moyen préjudiciel. »³²³

136. Ni la loi ni la jurisprudence ne précisent dans quel ordre les fins de non-recevoir doivent être traitées. La logique imposerait parfois un certain ordre : que les exceptions, qui visent la régularité de l'instance, soient examinées avant les fins de non-recevoir, car celles-ci, ayant trait à l'existence de l'action, supposent une instance valablement engagée ; que, parmi les conditions de l'instance, la question du pouvoir de juger³²⁴ soit abordée avant celle de la compétence, car le problème de la compétence stricto sensu ne se pose que si le pouvoir de juger est acquis, etc.³²⁵.

³¹⁹ ATF 123 III 62, même si le Tribunal fédéral appelle « qualité » ce qui est à notre avis la légitimation ; RJN 1 I 193.

³²⁰ ATF 123 III 51.

³²¹ Kummer, Nos 151, 312ss.

³²² Ainsi, lorsque le demandeur réclame un paiement en sa faveur, sa qualité et son intérêt seront présumés, à moins qu'il ne résulte des faits allégués par les parties et des preuves administrées, ou des preuves uniquement, qu'une condition fait défaut (RJN 1 I 193). Dans les cas particuliers où la qualité pour agir ou l'intérêt ne résultent pas naturellement de l'exposé de la prétention du demandeur, il devrait logiquement lui suffire aussi d'établir l'existence de son action, sans avoir à l'alléguer puisque l'examen des conditions de l'action a lieu d'office. En pratique toutefois, il est d'usage d'alléguer les circonstances qui fondent l'action telles, par exemple, qu'une cession au sens de l'art. 260 LP. En revanche, l'allégation d'une cession de créance ordinaire est indispensable à l'obtention par le créancier d'un jugement déclarant sa demande bien fondée. Cela signifie qu'à notre avis, un cessionnaire C qui invoquerait à l'appui de sa demande une créance de A contre B, sans mentionner la cession de A en sa faveur, mais la produisant, devrait se voir reconnaître la qualité pour agir et être débouté sur le fond.

³²³ Cf. supra, N° 77.

³²⁴ Voir supra, N° 42.

³²⁵ Mais pratiquement on ne saurait être plus royaliste que le roi et critiquer les tribunaux qui procéderaient du simple au compliqué. Lorsqu'il est patent qu'une condition de recevabilité fait défaut, il est normal que la demande soit déclarée irrecevable sans plus ample examen.

137. Plus délicate nous paraît être une question qui ne semble pas s'être posée souvent, à lire les annales : la partie qui présente un ou plusieurs moyens préjudiciels stricto sensu³²⁶ est-elle libre, son ou ses moyens déclarés mal fondés, de lancer une deuxième vague de moyens préalables se rattachant à l'art. 162 CPCN ? Cette disposition ne prévoit pas que les fins de non-recevoir et les moyens qui leur sont procéduralement assimilés doivent être soulevés cumulativement. On pourrait donc imaginer non seulement qu'ils soient présentés après épuisement des moyens préjudiciels au sens étroit, mais même qu'ils puissent l'être au compte-gouttes³²⁷.

B. La qualité pour agir ou pour défendre

138. Nous avons distingué plus haut la qualité pour agir de la capacité d'ester en justice³²⁸. Celle-ci est relative à l'instance, celle-là au droit d'action. Il convient également de délimiter la qualité pour agir de la légitimation. Les deux notions sont trop souvent confondues en doctrine³²⁹ et en jurisprudence³³⁰, alors qu'elles sont bien distinctes dans le système français (la qualité pour agir concerne le droit d'action³³¹, la légitimation le fond).

139. D'une manière générale, la qualité est reconnue à qui prétend un droit propre, à qui *prétend* être légitimé : « toute personne invoquant en justice son propre droit possède la qualité pour agir et toute personne y défendant son droit est qualifiée pour combattre la prétention du demandeur dirigée à son encontre »³³².

³²⁶ Soit en règle générale une exception de procédure, l'exception de litispendance étant réservée.

³²⁷ La loi paraît autoriser une telle façon de procéder, que ne devraient toutefois adopter que les plaideurs indifférents à l'agacement qu'ils pourraient faire naître dans l'esprit de leurs juges.

³²⁸ *Supra*, N° 106ss.

³²⁹ Par exemple Guldener, p. 139ss.; Vogel, ch. 7 N° 89ss.; Poudret, N° 1.3.2.4 ad art. 43. Habscheid, p. 176 et Gilliéron, Poursuites pour dettes, faillite et concordat, 3^e éd. Lausanne 1993, p. 297 distinguent qualité pour agir (*Prozessführungsbefugnis*) et légitimation (*Sachlegitimation*). Les exemples de *Prozessführungsbefugnis* donnés par Kummer, Grundriss, p. 64, ne sont pas convaincants : il s'agit de cas de représentations légales.

³³⁰ Tribunal fédéral, 6 septembre 1996, Bulletin ASA 2/1997, p. 291, 302; ATF 123 II 60, SJ 1997, p. 472 qui parle de *qualité pour agir (ou légitimation active)*; ATF 123 III 161, où le Tribunal fédéral parle de qualité pour agir alors qu'il s'agit d'un problème de légitimation. Voir également ATF 116 II 131, 134 où le Tribunal fédéral distingue la qualité de la légitimation, mais utilise pour celle-ci l'expression *qualité pour agir quant au fond* et pour celle-là la traduction allemande de la qualité pour agir, la *Prozessführungsbefugnis*. La Cour de Justice genevoise fait la distinction : SJ 1988, p. 85.

³³¹ *Supra*, N° 6.

³³² Habscheid, p. 176. SJ 1988, p. 85, 88. Si X prétend que Y lui doit cent francs, il a qualité pour agir, quand bien même il pourrait ne pas être légitimé, par exemple si sa créance a été cédée. Pour un autre exemple, *supra* N° 26.

140. Il est cependant des cas où la personne légitimée n'a pas qualité, et dans certaines hypothèses la qualité pour agir est attribuée à des personnes que le droit matériel ne légitime pas. En cas de faillite par exemple, seule la masse a, dans un premier temps, qualité pour continuer les procès en cours, même si le failli demeure légitimé³³³.

141. Le défaut de qualité aboutit à l'irrecevabilité de la demande, le défaut de légitimation à son mal fondé³³⁴. Lorsque tant la qualité que la légitimation font défaut³³⁵, le jugement déclarera la demande irrecevable faute de droit d'action.

142. La jurisprudence neuchâteloise rendue sous l'empire des codes de 1878, 1906 et 1925 ne distingue pas qualité et légitimation, réunies toutes deux sous la première notion, et elle les traite comme des questions de fond³³⁶.

143. Il est probable que le législateur de 1991 ait voulu soumettre au régime de l'art. 162 lit. d CPCN ce que la jurisprudence qualifiait de qualité pour agir ou pour défendre, à savoir tant la qualité que la légitimation. Mais pour que le système conserve un tant soit peu de logique, il convient de limiter le moyen de l'art. 162 lit. d CPCN au défaut de qualité au sens technique du terme – l'absence de droit à l'obtention d'un jugement au fond –, l'article 162 CPCN devant être compris comme ne concernant que les fins de non-recevoir³³⁷. Le défaut de qualité peut être soulevé par le biais d'un moyen préjudiciel ou selon la voie des moyens de fond. Il peut être invoqué jusqu'au stade des plaidoiries et dans un éventuel recours. Le juge doit en tenir compte d'office, même à défaut d'allégué sur ce point. Quant au défaut de légitimation, il pourra, le cas échéant, faire l'objet d'un jugement séparé (art. 324 CPCN), tout comme le défaut de qualité s'il n'est pas soulevé sous forme de moyen préjudiciel³³⁸.

³³³ Art. 207 LP. Voir Gilliéron, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 3^e éd. Lausanne 1993, p. 297, ainsi que le RJN 5 I 198.

³³⁴ Habscheid, p. 177. Autres exemples : l'exécuteur testamentaire auquel l'administration des biens successoraux a été confiée est seul habilité à intenter des actions en paiement ; il a qualité à la place de ceux qui sont, sur le fond, les sujets actifs ou passifs du droit contesté, auxquels la qualité est retirée (ATF 116 II 131, 134). L'*autorité compétente* a, en certaines circonstances (art. 261 al. 2 CC), qualité pour défendre à l'action en paternité, alors qu'elle n'est pas le sujet du rapport juridique invoqué.

³³⁵ Voir par exemple ATF 93 II 151 et RJN 1982, p. 46.

³³⁶ Les ATC VIII 277, CCC VI 207, RJN 2 I 147, 160-161, RJN 2 I 161, RJN 5 I 168, RJN 6 I 351, 356, RJN 6 I 441, RJN 1980-1981, p. 92, RJN 1984, p. 46 et RJN 1994, p. 94 concernent la qualité au sens technique, les ATC II 607, ATC V 227, RJN 1 I 49, RJN 3 I 94, RJN 7 I 259 et RJN 1986, p. 68 concernent la légitimation. Toutefois, le Tribunal cantonal traite la qualité (au sens exact) dans deux arrêts anciens comme une condition de recevabilité : ATC VIII 442, 447 (le Tribunal cantonal admet implicitement qu'il s'agit d'une question de recevabilité) et RJN 1 I 190 (le Tribunal cantonal déclare la demande irrecevable).

³³⁷ Cf. *supra*, N° 32.

³³⁸ Par analogie, jugement séparé de la 2^e Cour civile du 8 mai 1995 [321], dans un dossier concernant le défaut d'intérêt.

C. L'intérêt

144. Dans le prolongement de la jurisprudence³³⁹, le législateur de 1991 a qualifié de «moyen de fond» celui qui est tiré de l'inexistence d'un intérêt pour agir³⁴⁰ qui ne figurait pas dans les codes antérieurs. On a vu qu'il s'agit en réalité d'une fin de non-recevoir par excellence, qui conduit à l'irrecevabilité de la demande, et non pas d'un moyen de fond³⁴¹. Un jugement du 5 décembre 1960 déclara une demande en constatation irrecevable en relevant très justement: «il n'y a pas lieu (...) de renoncer à l'exigence d'un intérêt, à moins de renoncer au principe plus général et qui reste indiscuté, de procédure: Pas d'intérêt, pas d'action»³⁴².

145. L'art. 162 al. 1 lit. e CPCN n'évoque l'intérêt que dans la perspective d'une action en constatation de droit, mais il est bien entendu que l'action, quelle qu'elle soit, recours compris – le recours est une action procédurale – suppose un intérêt. Il est probable que les auteurs de la loi n'ont mentionné que l'action constatatoire, parce que c'est celle à propos de laquelle la question se pose le plus souvent, mais une action d'une autre nature peut aussi ne pas être donnée faute d'intérêt^{343, 344}.

146. Il paraît donc raisonnable de ne pas s'arrêter au pied de la lettre et de considérer que l'art. 162 al. 1 lit. e CPCN vise le défaut d'intérêt, en toute hypothèse.

³³⁹ RJN 6 I 36 et RJN 5 I 32, où le défaut d'intérêt conduit au rejet de la demande au fond. En revanche l'irrecevabilité a été retenue notamment dans les décisions publiées au RJN 7 I 235 et 379.

³⁴⁰ Art. 162 lit. e CPCN.

³⁴¹ Cf. supra N° 25; sur l'origine de la confusion, cf. supra N° 30ss.

³⁴² RJN 7 I 235; cf. aussi RJN 5 I 32.

³⁴³ Le Tribunal fédéral a récemment rappelé que «*das Prozessrecht steht nicht zur Verfügung, abstrakte Rechtsfragen ohne Wirkung auf konkrete Rechtsverhältnisse zu beurteilen. Das gilt im Grundsatz gleichermaßen für Feststellungs-, Leistungs- und Gestaltungs-klagen*» (ATF 121 III 282).

³⁴⁴ C'est le cas par exemple, en matière de droit de réponse, lorsque le demandeur tarde trop à faire appel au juge (ATF 116 II 1). De même, la conclusion tendant à la publication d'un jugement dans le domaine de la concurrence déloyale présuppose un intérêt qui n'est pas reconnu automatiquement (ATF 115 II 474 c. 4c [recte, b]). Seraient également irrecevables faute d'intérêt une «action» en constatation d'un fait, tout comme des conclusions en réserve d'un droit qui sont «inutiles si le droit existe et inopérantes s'il n'existe pas» (RJN 6 I 36; on pourrait aussi dire qu'une demande ne comportant que des conclusions de ce type serait inapte à remplir sa fonction, puisqu'elle ne mènerait qu'à un jugement dépourvu de toute portée). Il a aussi été jugé, par exemple, qu'une demande abusive ne se fondait sur aucun intérêt (RJN 5 I 32), les deux notions étant apparemment mises sur le même plan en l'espèce, ou que la péremption du droit d'obtenir la faillite du débiteur privait le requérant en mainlevée d'intérêt (RJN 3 I 109), qu'un recours prématuré était irrecevable faute d'intérêt (RJN 1 I 316, 3 I 116; cette jurisprudence est d'ailleurs dépassée, cf. RJN 7 I 351), et même que le demandeur n'avait plus d'intérêt à agir lorsqu'il obtenait en cours de procès, spontanément, la prestation qu'il réclamait en justice (RJN 7 I 235; comp. RJN 1985, p. 72) On peut discuter cette version large de l'in-

La question est d'ailleurs d'une portée pratique mineure puisque le défaut d'intérêt doit être relevé d'office^{345, 346}.

147. Après bien des fluctuations³⁴⁷, la jurisprudence fédérale est ainsi fixée que le droit fédéral régit exhaustivement la condition d'intérêt lorsqu'une prétention de droit fédéral est en cause. Cela signifie que non seulement les cantons ne peuvent pas nier l'existence d'un intérêt lorsqu'il existe en vertu du droit fédéral, mais aussi qu'ils ne peuvent plus ouvrir le droit à un jugement au fond plus largement que ne le permet le droit fédéral, lorsque celui-ci nie l'existence d'un intérêt³⁴⁸.

148. A notre sens, il suffit que le demandeur ait un intérêt à agir, sans qu'il y ait lieu de s'assurer que le défendeur en a également un à défendre. L'hypothèse dans laquelle une partie aurait un intérêt et pas l'autre nous paraît sinon purement académique, du moins négligeable en pratique.

149. D'une manière très générale, les conditions de recevabilité d'une demande devraient être réunies tout au long de la procédure; plus précisément, elles devraient être présentes dès la litispendance et en tout cas à la date à laquelle le tribunal se place pour examiner l'objet du litige³⁴⁹. Mais ce principe connaît des tempéraments nombreux. La loi elle-même prévoit des possibilités de correction et de redressement³⁵⁰, auxquelles s'ajoute le fait que le principe d'immutabilité de l'ancien droit a été assoupli, de sorte qu'il est possible, un peu plus largement que par le passé, de modifier certaines données du litige en cours de procédure^{351, 352}.

térêt, car elle pourrait conduire à nier l'intérêt pour agir de celui qui affirme qu'une prestation lui est due au motif que la demande apparaît manifestement mal fondée. Or même ce plaideur-là a droit à ce qu'il soit statué sur le fond de la prétention qu'il invoque. Récemment, le Tribunal fédéral a nié l'intérêt d'un actionnaire à obtenir un jugement n'aboutissant qu'à la confirmation d'une décision de la majorité d'une société anonyme, même si celle-ci est simultanément l'objet d'une action en annulation intentée par un autre actionnaire (ATF 123 III 269).

³⁴⁵ RJN 7 I 369, 1981-81, p. 96; 1993, p. 111. L'arrêt publié au RJN 5 I 32 est dépassé.

³⁴⁶ Le seul enjeu de la qualification est qu'une lecture large de cet alinéa donne la possibilité au défendeur de ne pas entrer en matière sur le fond dans sa détermination initiale sur la demande.

³⁴⁷ Décrites à l'ATF 110 II 352, 353-354 c. 3a.

³⁴⁸ ATF 110 II 352; 114 II 253; 120 II 20; 123 III 51.

³⁴⁹ Qui ne correspond pas, ou pas forcément, à la date à laquelle l'autorité statue.

³⁵⁰ Cf. art. 63, 64, 165 CPCN.

³⁵¹ Cf. art. 313 à 315 CPCN.

³⁵² La jurisprudence avait d'ailleurs pris les devants, en considérant par exemple que lorsque le défendeur payait en cours d'instance la dette pour laquelle il était recherché, il y avait lieu de classer le dossier faute d'intérêt (RJN 7 I 235; 1985, p. 72), alors que la stricte application du principe d'immutabilité (sur ce principe et ses limites dans l'ancien droit, cf. Ph. Schweizer, Le recours en révision [...], thèse, Neuchâtel 1985, p. 107ss.; le même, Remarques, p. 504ss.) aurait conduit le tribunal à se placer à la date de l'introduction de l'instance. On peut parvenir au même résultat en assimilant le paiement à un acquiescement de fait (cf. RJN 1987, p. 84).

150. Mais si l'intérêt doit encore exister à fin de cause, doit-on exiger qu'il ait déjà existé lors de l'introduction de l'instance ? Autrement dit, l'absence initiale d'intérêt est-elle guérissable ? L'ancienne jurisprudence de la Cour de cassation était stricte : un recours prématuré était irrecevable³⁵³. Elle a été abandonnée³⁵⁴. S'il faut certes se garder de transposer sans autres les principes applicables à la procédure de recours au procès au fond, il nous semble logique et raisonnable d'admettre que l'intérêt doit exister à la date à laquelle le tribunal doit se placer pour statuer sur cette question.

D. L'autorité de la chose jugée

151. L'expression «exception de chose jugée», entrée dans la terminologie usuelle, appelle d'emblée deux commentaires. D'abord, il faut distinguer deux facettes bien distinctes de la force obligatoire d'un jugement revêtu de l'autorité de la chose jugée – c'est-à-dire entré en force³⁵⁵; ensuite, il est douteux qu'il s'agisse d'une exception en droit neuchâtelois.

152. Dans une conception ancienne, l'autorité de la chose jugée était rattachée au droit matériel. Comme l'écrivait encore Jacottet, la chose jugée «fonde un droit nouveau (...) plus fort que celui qui existait auparavant»³⁵⁶. Dans cette optique, le juge saisi à nouveau d'une contestation déjà tranchée était lié par le jugement antérieur au nom du principe «*res judicata pro veritate habetur*», que ce jugement porte sur une question se posant à titre préjudiciel³⁵⁷ ou à titre principal³⁵⁸ dans le procès ultérieur. C'est cet effet qui a parfois été qualifié d'effet «positif» de la chose jugée, ou aussi *Widerspruchsverbot*³⁵⁹.

153. Dans la conception moderne très largement dominante de nos jours, le juge est certes lié par un jugement présentant la triple identité de sujets, de cause et d'objet par rapport à la substance de la demande qui lui est soumise, mais à cela s'ajoute que les parties sont considérées comme n'ayant pas d'intérêt juri-

Ce n'est donc qu'exceptionnellement qu'un intérêt qui a cessé d'être actuel pourra justifier le prononcé d'un jugement au fond (cf. ATF 116 II 200 et 122 III 282).

³⁵³ RJN cités au N° 145 supra.

³⁵⁴ RJN 7 I 351.

³⁵⁵ Art. 193 CPCN; voir supra, N° 64.

³⁵⁶ H. Jacottet, *Le droit civil neuchâtelois – droit des obligations*, Neuchâtel 1877, p. 552.

³⁵⁷ Exemple : le juge d'une contestation successorale est lié par le jugement antérieur prononçant le divorce du de cujus.

³⁵⁸ Exemple, le créancier débouté dépose une nouvelle demande en paiement de la même créance contre le même débiteur.

³⁵⁹ A ce jour encore, le Tribunal fédéral n'a pas condamné les systèmes de procédure qui s'en tiennent à cette conception, même s'il ne la partage pas ou plus (ATF 121 II 475; 105 II 159; 95 II 639ss; cf. aussi Sträuli/Messmer/Wiget, *Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung* [...], 2^e éd. Zurich 1982, n. 26 ad § 191).

dique à soumettre une nouvelle fois à la justice une contestation déjà tranchée³⁶⁰. Faute d'intérêt, la demande nouvelle doit donc être déclarée irrecevable. On parle alors d'effet négatif de la chose jugée, découlant de l'adage «*ne bis in idem*», ou de *Wiederholungsverbot*.

154. Nous préférons distinguer l'effet préjudiciel et l'effet principal. L'effet préjudiciel lie le tribunal nouvellement saisi d'un litige portant à titre préalable sur une question déjà jugée, mais puisque l'objet du litige qui lui est soumis à titre principal n'est pas le même, il rendra un jugement au fond si les autres conditions de recevabilité sont réunies. Il ne peut y avoir d'«exception» de chose jugée que lorsque l'effet principal de la chose jugée est en cause.

155. Dans le prolongement de la doctrine allemande, les auteurs suisses germanophones, suivis par les tribunaux suisses alémaniques, considèrent que l'effet principal de la chose jugée prive le demandeur d'intérêt, et donc que l'absence de jugement entré en force portant sur une prétention identique ou contraire est une *Prozessvoraussetzung*³⁶¹. Mais comme il est difficile en cette matière de conférer au juge les moyens de la politique selon laquelle il devrait s'assurer d'office que la cause qui lui est soumise n'a pas déjà été jugée³⁶², certains codes ont astreint les plaideurs à soulever le moyen³⁶³.

156. Dans la conception qui inspire le droit de procédure civile neuchâtelois, l'intérêt se rattache à l'action, de sorte que «l'exception» de chose jugée mérite, comme en France, d'être qualifiée de fin de non-recevoir, ce qu'elle est, de par son intégration à l'art. 162 CPCN, dont on a vu que, sous réserve de certaines impuretés³⁶⁴, il visait en réalité les fins de non-recevoir. Il serait logique d'autre part que ce moyen, tout comme celui qui découle d'une absence d'intérêt, soit relevé d'office. Or la jurisprudence a différencié leur régime. Le défaut d'intérêt est relevé d'office³⁶⁵, alors que l'«exception» de chose jugée doit être soulevée par le défendeur, sous la forme d'un moyen préjudiciel ou dans ses mémoires introductifs ultérieurs, car les tribunaux, et le législateur³⁶⁶ à leur suite, ont considéré qu'il s'agit d'un moyen de fond³⁶⁷, tout en partant de l'idée qu'il

³⁶⁰ Dans ce sens, déjà, ATF 105 II 159; voir aussi ATF 112 II 272, et 121 III 474-475, à propos de la sanction de l'autorité de ses propres arrêts.

³⁶¹ Cf. par exemple les art. 191 et 192 CPC BE.

³⁶² Ce que les parties elles-mêmes pourraient ignorer, par exemple quand la chose jugée leur est opposable en leur qualité de successeur universel ou particulier.

³⁶³ Voir quelques exemples in Ph. Schweizer, *Le recours en révision* (...), thèse, Neuchâtel 1985, p. 58 n. 182.

³⁶⁴ Cf. supra, Nos 32, 132.

³⁶⁵ Cf. infra, N° 132.

³⁶⁶ Cf. la note marginale de l'art. 162 CPCN.

³⁶⁷ CCC V 492; RJN 3 I 13.

ne devait pas être pris en considération d'office³⁶⁸. Il est pourtant arrivé que la chose jugée soit examinée sous l'angle de l'intérêt pour agir^{369, 370}.

157. Il règne donc actuellement une certaine incertitude sur le traitement procédural de l'exception de chose jugée dans le canton. A notre sens, dès lors qu'il s'agit d'une fin de non-recevoir liée au défaut d'intérêt, donc à la perte de l'action, elle devrait conduire à un jugement d'irrecevabilité, et être relevée d'office dans la mesure où les circonstances qui la fondent ressortent du dossier³⁷¹.

158. En effet, la condition d'intérêt trouve son fondement dans le souci de ne pas astreindre les tribunaux à une activité inutile. Il serait donc contreproductif d'obliger les tribunaux à procéder dans chaque cas à des investigations lourdes et aléatoires, pour s'assurer que le litige qui leur est soumis a déjà été jugé³⁷².

Si un jugement au fond intervient, qui heurte l'autorité d'un jugement antérieur, soit parce que le tribunal a ignoré l'existence de celui-ci, soit parce que son autorité aurait été niée à tort, le jugement nouveau prime l'ancien dès qu'il entre en force³⁷³.

159. Quant aux actes susceptibles de fonder l'exception³⁷⁴, on relèvera que les jugements processuels jouissent également de l'autorité de la chose jugée en droit neuchâtelois³⁷⁵.

³⁶⁸ RJN 5 I 45.

³⁶⁹ RJN 7 I 379: «En pareil cas, si le créancier juge utile d'intenter une seconde poursuite, sur le même objet, le juge devra d'office déclarer irrecevable sa requête de mainlevée d'opposition, parce que dépourvue d'intérêt juridique digne de protection, nul créancier n'ayant intérêt à double et identique exécution forcée.»

³⁷⁰ Ainsi la Cour de cassation civile a-t-elle considéré, dans un arrêt du 4 mars 1980, que l'introduction d'une nouvelle poursuite relative à une créance qui avait fait l'objet d'un procès au fond ne pouvait se réclamer d'un intérêt, ce que le juge de la mainlevée devait relever d'office. De même, elle a raisonné à partir de l'intérêt à agir pour décider que le retrait de la demande formée par un travailleur contre son employeur, suite à des paiements de la caisse de chômage intervenus en cours d'instance, n'emportait pas chose jugée à l'égard de la prétention que la caisse subrogée à ses droits avait fait valoir en justice contre l'employeur (RJN 1993, p. 109). La demande de la caisse avait été déclarée irrecevable par le tribunal de première instance.

³⁷¹ Dans ce sens, ATF 112 II 272, qui n'impose toutefois pas la prise en considération d'office aux cantons; cf. aussi ATF 121 III 477.

³⁷² En revanche, si le tribunal venait à découvrir incidemment, par exemple parce que la cause nouvelle aurait déjà été jugée par ce même tribunal, que la nouvelle demande se heurte à la chose jugée, il serait fondé à notre avis à relever d'office le défaut d'intérêt du demandeur.

³⁷³ Cela nous paraît ressortir de l'art. 393 lit. c CPCN 1925, qui faisait de la «contrariété de jugements rendus sur les mêmes parties et sur les mêmes moyens» une ouverture à cassation, ce qui signifie que le jugement non attaqué ou non annulé bénéficiait d'une pleine efficacité (voies de nullité n'ont lieu contre les jugements; au surplus, l'autorité de la chose jugée n'est généralement pas considérée comme étant d'ordre public). L'art. 415 du code actuel, mieux structuré que l'ancien art. 393, ne reprend plus expressément cette ouverture à cassation, mais les travaux préparatoires ne dénotent aucune volonté de changement sur ce point (Rapport 1988, p. 34; Rapport Commission législative 1991, p. 31-32).

³⁷⁴ Cf. art. 193 CPCN; comp. art. 211 CPCN 1925.

³⁷⁵ CCC VI 184; voir toutefois RJN 1996, p. 60-61; de même dans le canton de Vaud, cf. JT 1989 III 36; il n'en va pas de même dans le canton de Zurich, cf. § 188 al. 2 et 191 ZPO. La ques-

160. Lorsque le jugement antérieur a été rendu à l'étranger, il est reconnu «sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure»³⁷⁶ lorsque la Convention de Lugano est applicable. En droit autonome, les art. 25ss. LDIP fixent les conditions auxquelles la reconnaissance peut intervenir³⁷⁷. Lorsque le jugement étranger n'est pas encore reconnu au moment où l'exception est soulevée, le tribunal nouvellement saisi peut le reconnaître par voie incidente³⁷⁸.

161. Enfin la transaction judiciaire, le désistement et l'acquiescement – lorsque ceux-ci portent sur un droit disponible – déploient les mêmes effets qu'un jugement au fond³⁷⁹, au contraire du désistement d'instance³⁸⁰ et de l'abandon conventionnel de cause³⁸¹.

E. L'observation d'un délai légal pour ouvrir action

162. Le moyen de l'art. 162 lit. f CPCN tend à faire admettre l'extinction du droit d'action, de par l'expiration d'un délai³⁸². Il concerne la plupart des délais de déchéance³⁸³, que l'on qualifie également de délais de péremption³⁸⁴, dans

tion de l'autorité de la chose jugée des jugements processuels a donné lieu à une controverse persistante, mais son enjeu concret est mineur car l'autorité d'un tel jugement est strictement limitée – là où elle est reconnue – à l'objet même du jugement, soit la réalisation des conditions de recevabilité qui ont été affirmées ou niées (cf. ATF 115 II 189 c. 3a: «*Prozessurteile (n'emportent chose jugée) höchstens hinsichtlich der beurteilten Zulässigkeitsfrage*»; le Tribunal fédéral a été plus affirmatif dans un arrêt du 27 septembre 1997, 4. C429/1995, c. 3b). En outre, une modification des circonstances, telles que le changement de domicile d'une partie, lorsque l'irrecevabilité de la demande découlait de l'incompétence *ratione loci* du tribunal, peut permettre un renouvellement efficace de la même demande au même for. Il en va donc de même à cet égard que pour un jugement au fond, lorsqu'une modification des circonstances, survenue après le prononcé d'un jugement, ou plutôt après la date jusqu'à laquelle l'objet du litige était modifiable, altère la cause de la demande initiale.

³⁷⁶ Art. 26 al. 1 de la Convention de Lugano.

³⁷⁷ L'art. 448 CPCN fixe la compétence pour ordonner la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers, sous réserve des art. 29 al. 1 et 3 LDIP.

³⁷⁸ Il serait d'ailleurs logique qu'il statue par une seule décision sur la reconnaissance et sur l'exception, pour autant que la même autorité soit compétente pour rendre les deux décisions, ce qui n'est pas totalement certain. En effet, si la reconnaissance d'un jugement étranger était assimilée à un authentique incident, le juge instructeur serait compétent pour la prononcer, alors que la Cour civile le serait pour statuer sur l'exception de chose jugée (renseignement pris auprès du Tribunal cantonal, la situation ne s'est pas présentée devant les Cours civiles). La reconnaissance ayant le caractère d'une décision préalable se rattachant au fond et non pas d'un simple incident relatif à la marche de la procédure, il est très probable qu'elle relève de la compétence de l'autorité de jugement, en matière matrimoniale également.

³⁷⁹ Art. 176 et 182 CPCN; CCC V 470, VI 72ss., 128; RJN 1985, p. 34.

³⁸⁰ Art. 177 CPCN; cf. déjà CCC VI 72ss.

³⁸¹ Art. 186 CPCN; CCC VI 128; RJN 7 I 197.

³⁸² ATC VII 423, 425: «la péremption de l'action».

³⁸³ E. Thilo, JT 1939 I 190.

³⁸⁴ Engel, p. 798; C. Vauthier, RSJ 1951, p. 272.

un sens large³⁸⁵. La déchéance provient de ce qu'une instance n'a pas été engagée. La prescription n'est en revanche pas visée par cette disposition.

163. La doctrine oppose généralement la péremption à la prescription, sans différencier le régime de celle-là³⁸⁶. Dans cette optique, la péremption, mode d'extinction des obligations, devrait être traitée dans tous les cas comme un moyen de fond, comme l'est la prescription en droit suisse.

164. A notre sens, les délais de déchéance doivent être classés en trois catégories, le moyen de l'art. 162 lit. f CPCN ne se rapportant qu'aux deux premières :

- Les délais de déchéance de nature procédurale
- Les délais de déchéance en matière de demandes formatrices
- Les délais de déchéance de fond.

1. Les délais de déchéance de nature procédurale

165. Entrent dans cette catégorie les délais fixés par des lois de procédure cantonales ou fédérales pour saisir une autorité (et introduire une nouvelle instance) dans le cadre d'une procédure préexistante³⁸⁷. On pense ici aux délais de recours³⁸⁸, à de nombreux délais fixés par la LP³⁸⁹ ou, par exemple, au délai pour saisir le juge en matière de bail après décision de l'autorité régionale de conciliation (art. 274f CO).

166. Le délai expiré, le plaideur ne peut plus être entendu sur le fond de sa prétention, même si celle-ci est peut-être bien fondée ; il est déchu de son droit d'action. Dire que le moyen tiré de la tardiveté d'une demande en libération de dette relève du fond³⁹⁰ est erroné : le bien-fondé de la demande n'entre pas en

³⁸⁵ La péremption, au sens étroit, c'est l'anéantissement d'une procédure parce qu'elle n'a pas été poursuivie dans les délais fixés. E. Thilo, JT 1939 I 190. Voir, par exemple, les art. 165 al. 3, 370 et 388 al. 2 CPCN. Dans les deux derniers exemples cités, la péremption de l'acte de non-conciliation permet au défendeur de soulever le moyen tiré du défaut de préalable de conciliation.

³⁸⁶ «La péremption est une véritable cause d'extinction des obligations : le droit périmé s'éteint, anéanti irrémédiablement, indépendamment de la volonté des parties (...). Cette dernière (la prescription) ne donne lieu qu'à une exception : le sujet passif de l'obligation prescrite se voit conférer le droit de refuser d'exécuter la prestation qui en est issue ; le sujet actif n'en conserve pas moins son droit, mais lorsqu'il le fera valoir, il risque de le voir paralysé par l'exception que soulèvera probablement le défendeur», J.-A. Wyss, La péremption dans le code civil suisse, thèse, Lausanne 1957, p. 24.

³⁸⁷ A ne pas confondre avec les délais de forclusion. La forclusion intervient à l'occasion d'une instance : les moyens préjudiciels par exemple, doivent être soulevés d'entrée de cause, sous peine de forclusion.

³⁸⁸ Schüpbach, p. 250.

³⁸⁹ Art. 83 al. 2 (demande en libération de dette), art. 148 al. 2 LP (demande en contestation de l'état de collocation), art. 106ss. (revendication), etc.

³⁹⁰ ATC VII 423.

ligne de compte, c'est l'entrée en matière qui est discutée. La demande en libération de dette déposée tardivement doit être déclarée d'office irrecevable comme le serait un recours tardif³⁹¹. On comprend dès lors que le moyen puisse être soulevé sous forme d'exception ou selon le régime des moyens de fond³⁹².

2. Les délais de déchéance en matière de demandes formatrices

167. La définition du droit formateur est nécessaire à la compréhension de cette catégorie. Le droit formateur est une faculté ; c'est le droit appartenant à une personne, en raison d'une situation juridique spéciale, de produire, par un acte unilatéral de volonté, une modification juridique³⁹³. Certains droits formateurs s'exercent par un acte privé exclusivement³⁹⁴, d'autres par une demande judiciaire seulement³⁹⁵. Dans ces cas-ci, la doctrine parle d'*actions formatrices*. Vu la définition que nous donnons de l'action, il convient de parler de *demandes formatrices*. Le droit, la faculté prétendue, s'exerce par la demande en justice. C'est par exemple le cas en matière de divorce ou d'annulation d'un testament.

168. Pour pouvoir prétendre produire une modification d'une situation juridique, le demandeur doit parfois agir dans un délai fixé par la loi. Le délai dépassé, il ne peut exercer le droit formateur prétendu, il est déchu de son droit d'action³⁹⁶. Les demandes formatrices doivent souvent respecter un délai de déchéance : c'est le cas entre autres de la demande en nullité des enchères volontaires (art. 230 al. 1 CO), de la demande en paternité (art. 263 CC) et de la demande en réduction (art. 533 CC)³⁹⁷. Le délai échu, le défendeur peut soulever une fin de non-recevoir (soit en suivant le régime des exceptions de procédure, soit en suivant le régime des moyens de fond, art. 162 CPCN), et le juge doit tenir compte d'office de l'absence de droit d'action, si le dossier lui permet de constater la déchéance.

³⁹¹ RJN 1993, p. 106.

³⁹² Mais dans les deux cas il aboutira à l'irrecevabilité de la demande.

³⁹³ Von Thur, p. 19. Engel, p. 29.

³⁹⁴ Par exemple les cas visés aux art. 19 al. 1, 21, 38, 124 CO. L'acte peut être accompli dans le cadre d'une procédure, mais le droit formateur continue à déployer ses effets de droit civil quel que soit le sort du procès. Voir RJN I I 183.

³⁹⁵ L. L'Huillier, La notion du droit formateur en droit privé suisse, thèse, Genève 1947, p. 126.

³⁹⁶ Si un membre d'une association souhaite par exemple faire annuler une décision prise lors d'une assemblée générale, il doit saisir le juge dans un délai d'un mois dès sa connaissance de la décision (art. 75 CC), faute de quoi il ne peut exercer le droit prétendu à l'annulation, et le juge ne peut en examiner le bien-fondé.

³⁹⁷ Pour une liste détaillée, voir J.-A. Wyss, La péremption dans le code civil suisse, thèse, Lausanne 1957, p. 53ss.

3. Les délais de déchéance de fond

169. La péremption des créances, par exemple la péremption de prétentions à l'égard de l'exploitant d'une installation nucléaire³⁹⁸, ou la péremption des prétentions en dommages-intérêts prévues par la loi sur la responsabilité du fait des produits³⁹⁹ relèvent à notre avis du fond. Dans ces hypothèses, rien n'empêche le lésé de faire valoir ses prétentions contre le prétendu responsable. La péremption acquise sa créance est éteinte, comme elle le serait en cas de paiement, mais son droit d'action demeure. Contrairement au droit formateur devant être exercé par une demande en justice, la créance est indépendante de toute sanction judiciaire, d'où la différence de régime : dans le premier cas, le respect du délai est une condition de l'entrée en matière, dans le second cas, seul le bien-fondé de la prétention dépend du respect du délai.

170. Le moyen de l'art. 162 lit. f CPCN n'est pas à la disposition du défendeur dans cette hypothèse. L'extinction de la créance due à la déchéance relève des moyens de fond. Le défendeur doit soulever une objection, il lui revient d'alléguer l'extinction et il supporte l'échec dans la preuve de celle-ci.

* * *

Une étude sur les moyens de défense au fond par les mêmes auteurs a paru dans l'AJP/PJA 4/1998, p. 446-456.

BIBLIOGRAPHIE

- C. Bonnard, De la classification des exceptions et des exceptions de procédure en droit vaudois, thèse Lausanne 1948.
 B. Bertossa/L. Gaillard/J. Guyet, Commentaire de la loi de procédure civile du canton de Genève du 10 avril 1987, Genève 1988.
 E. Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2^e éd., Zurich 1988.
 H. Deschenaux, Le titre préliminaire du Code civil, traité de droit civil suisse, tome II, I, Fribourg 1969.
 C. Dupasquier, Du moyen préjudiciel et de l'opposition à preuve en procédure civile neuchâteloise, Neuchâtel 1915.
 E. Egger, Commentaire zurichois, Einleitung, art. 8 CC, 2^e éd. Zurich 1930.
 P. Engel, Traité des obligations en droit suisse, 2^e éd., Berne 1997.
 Encyclopédie Dalloz, Répertoire de procédure civile, Défenses, exceptions, fins de non-recevoir, cité Encyclopédie Dalloz I.

³⁹⁸ Art. 10 de la loi fédérale sur la responsabilité civile en matière nucléaire.

³⁹⁹ Art. 10 de la loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits.

Encyclopédie Dalloz, Droit international, Procédure civile et commerciale, Paris 1969, cité Dalloz II.

M. Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3^e éd., Zurich 1979.

W.J. Habscheid, Droit judiciaire privé suisse, 2^e éd., Genève 1981.

H. Honsel/N. P. Vogt/W. Wiegand, Kommentar zu Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Bâle 1992.

P. Jolidon, Procédure civile bernoise, Berne 1986.

M. Kummer, Commentaire bernois, Einleitung, art. 8 CC, Berne 1962.

M. Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4^e éd., Berne 1984, cité Grundriss.

R. Morel, Traité élémentaire de procédure civile et commerciale, 2^e éd., Paris 1949.

R. Perrot, Cours de droit judiciaire privé, 2 fascicules, Paris 1981, cité Perrot, Cours.

J.-F. Poudret, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Vol. I et II, Berne 1990, vol. V, Berne 1992.

Ph. Schweizer, Quelques remarques sur le découpage du temps dans le nouveau code de procédure civile neuchâtelois, in Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1992, cité Remarques.

H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, tome I, Paris 1961.

Von Thur, La partie générale du Code fédéral des Obligations, traduit par Torrenté et Thilo, vol. I, Lausanne 1929.

O. Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts, 3^e éd., Berne 1992.

* * *

Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil sur le projet de code de procédure civile in Code de procédure civile de la République et Canton de Neuchâtel avec ses commentaires, La Chaux-de-Fonds 1878, cité rapport 1878.

Rapport du Conseil d'Etat à l'appui d'un projet de revision des trois premiers Titres du Code de procédure civile in Bulletin concernant la revision du code de procédure civile, BGC 70, cité rapport Conseil d'Etat 1906.

Rapport de la Commission législative à l'appui d'un projet de revision du Code de procédure civile in Bulletin concernant la revision du code de procédure civile, BGC 70, cité rapport Commission législative 1906.

Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil à l'appui d'un projet de code de procédure civile neuchâtelois du 11 mai 1988, cité rapport 1988.

Rapport de la Commission législative au Grand Conseil à l'appui d'un projet de code de procédure civile neuchâtelois (CPC), du 20 août 1991, cité Rapport Commission législative 1991.

Convention européenne sur l'arbitrage commercial international, du 21 avril 1961, citée Convention de Genève.

Convention pour la Reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, du 10 juin 1958, citée Convention de New York.

Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, du 16 septembre 1988, citée Convention de Lugano.

Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, du 27 septembre 1968, citée Convention de Bruxelles.

CIRCULAIRES ET DIRECTIVES

Circulaire de l'Autorité cantonale de surveillance des offices de poursuites pour dettes et de faillites du canton de Neuchâtel sur le minimum vital mensuel insaisissable (art. 93 LP), du 1^{er} décembre 1997

Normes d'insaisissabilité en vigueur en 1998

Le minimum vital indispensable au débiteur et à sa famille, calculé par mois, se détermine comme suit, dès le 1^{er} janvier 1998:

1. Personne seule

910 francs à 1'010 francs, suivant les conditions de vie du débiteur et de sa famille.

2. Couple

1'350 francs à 1'430 francs, suivant les conditions de vie du débiteur et de sa famille.

3. Logement

Le loyer mensuel et le douzième des frais annuels de chauffage s'ajoutent aux montants indiqués ci-dessus.

4. Enfants mineurs

- a) jusqu'à 6 ans 230 francs
- b) de 6 à 12 ans 280 francs
- c) de 12 à 16 ans 375 francs
- d) au-dessus de 16 ans 480 francs.

5. Gain d'un autre membre de la famille

a) *Conjoint*

– *Contribution selon l'article 163 CC*

Détermination du revenu net du couple et du minimum d'existence commun; répartition de ce minimum proportionnellement au revenu de chaque conjoint. La quotité saisissable du revenu de l'époux poursuivi résulte ainsi de la différence entre sa participation au minimum d'existence et son revenu net déterminant.