

AJP/PJA

4/1998, S. 446 ff.

Aktuelle Juristische Praxis / Pratique Juridique Actuelle

Aufsätze / Articles

[446] **Le traitement procédural des défenses au fond en matière civile**

FRANCOIS BOHNET, avocat, Neuchâtel

PHILIPPE SCHWEIZER, avocat, Dr en droit, Neuchâtel

Zusammenfassung

Die Autoren beleuchten unter neuen Gesichtspunkten die zivilprozessuale Behandlung der Verteidigungsmittel der beklagten Partei (Bestreitungen, Einwendungen, Einreden).

TABLE DES MATIÈRES

Introduction

A. Classification

B. Limite entre contestation des faits et objection

C. La contestation des faits allégués par le demandeur

D. Les objections

E. Les exceptions de droit civil

Introduction

En procédure civile, les défenses au sens large peuvent être subdivisées en deux catégories principales: celles qui ont un caractère procédural et celles qui se rapportent au fond. A cette différence de nature correspond une différence de sanction: la partie qui soulève avec succès une défense procédurale obtiendra une décision d'irrecevabilité, c'est-à-dire n'abordant pas le fond, alors que celle qui triomphe par l'invocation d'une défense au fond se trouvera au bénéfice d'un jugement rejetant la demande adverse (au fond, bien sûr). Une analyse plus poussée est toutefois nécessaire car le régime des défenses varie, dans les deux catégories, en fonction de nouvelles dissemblances.

En ce qui concerne les défenses de procédure, certaines ont un caractère temporaire alors que d'autres sont définitives. La partie qui s'adresse à un tribunal incompétent pourra renouveler sa demande devant un autre tribunal. Celle qui n'a pas qualité pour agir se heurte à un obstacle irrémédiable, si le contenu de la demande n'est pas modifié. Le droit français tient compte de cette différence au travers du concept renouvelé d'action, que l'art. 30 al. 1 nCPC définit comme "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 fondée¹. Sauf exception, la prétention de droit matériel est assortie d'une action, qui s'exerce par la demande, celle-ci faisant naître une instance. Le défendeur peut s'en prendre à la régularité de l'instance, à l'existence de l'action ou à celle de la prétention. Dans la première hypothèse il soulève une exception de procédure, dans la deuxième une fin de non-recevoir et dans la troisième une défense au sens étroit, ou défense au fond. S'il l'emporte dans les deux premiers cas, le tribunal n'entrera pas en matière sur le fond, donc déclarera la demande irrecevable soit parce que l'instance est irrégulière, soit faute d'action. Dans le troisième il rejettera la demande au fond. Mais les effets d'une décision d'irrecevabilité et le régime procédural des circonstances qui l'auront provoquée ne seront pas les mêmes. En ce qu'il n'aborde pas le fond, le jugement retenant l'existence d'une fin de non-recevoir se rapproche d'une décision accueillant une exception de procédure, mais l'autorité qui lui est attachée est comparable à celle d'un jugement au fond. L'une des grandes difficultés consiste à délimiter le contenu de l'action, celle-ci étant souvent conditionnée par des concepts de droit matériel. La querelle est vive en France. Quant à nous, nous considérons qu'outre les cas où l'action elle-même est exclue ou limitée par la loi (Unklagbarkeit des Anspruchs), seuls l'intérêt et la qualité pour agir se rattachent à l'action.

Le raisonnement germanique moderne paraît préférer une classification axée sur le résultat, sans référence à l'action. Il y a les conditions d'entrée en matière ("Zulässigkeitsvoraussetzungen"), divisées en "Prozessvoraussetzungen" (mal nommées puisque procès il y a, et qu'il faudrait parler de "Sachurteilsvoraussetzungen") et les "Prozeshindernisse" d'une part, les conditions de bien fondé d'autre part. Si l'on fait abstraction du flou qui règne sur la notion de "Legitimation", qui paraît souvent recouvrir à la fois la légitimation (titularité sur la prétention) et la qualité (titularité sur l'action), les pensées française et allemande se rejoignent au moins sur la démarcation entre les moyens de procédure d'un côté, les moyens de fond de l'autre. Vu la répartition des compétences fédérales et cantonales en matière de procédure civile, l'examen des défenses de procédure doit se faire à la lumière de tel droit cantonal², sauf à prendre une ampleur incompatible avec les usages reçus dans les publications périodiques. Nous l'avons fait pour le droit neuchâtelois, dans une étude à paraître au Recueil de jurisprudence neuchâteloise 1998.

Mais les défenses au fond ne sont pas sans présenter elles aussi un intérêt théorique dans leur dimension procédurale, qui paraît avoir été un peu négligée jusqu'ici.

[447] Chacun connaît l'opposition traditionnelle entre les exceptions de droit civil et les objections, mais quelles en sont les implications procédurales? Où se situe la limite entre la dénégation d'un fait et l'objection? Quel lien y a-t-il entre le régime des exceptions de droit civil, des objections et celui des présomptions, qui est étroitement lié à la répartition du fardeau de la preuve? Sachant qu'on ne peut parler de fardeau de la preuve sans devoir s'attaquer à la distinction ardue entre les faits générateurs, les faits dirimants et les faits extinctifs, quelle est la place des exceptions de droit civil et des objections, dans cette division tripartite, et que déduire de telle ou telle "collocation"? Tel est l'objet de la présente tentative, qui porte donc sur une matière essentiellement régie par le droit fédéral, mais qui sera illustrée, quant à la mise en oeuvre procédurale des moyens examinés, par des exemples tirés d'un droit de procédure civile, neuchâtelois en l'occurrence, non pas parce qu'il brille par sa cohérence, mais parce que c'est celui qui nous est le plus familier.

A. Classification

S'il ne fait valoir des moyens de défense procéduraux, le défendeur doit s'opposer, au fond, au droit de son adversaire et conclure au mal fondé de la demande. Selon la doctrine germanique moderne³, il dispose de trois solutions, qu'il peut cumuler:

- contester les faits allégués par le demandeur;
- alléguer des faits distincts⁴, dont il résulte que le droit du demandeur n'existe pas, malgré les faits avancés par lui;
- invoquer le droit de refuser la prestation due, à raison d'un motif spécial.

Dans la seconde hypothèse, le défendeur soulève une objection, dans la troisième, une exception de droit civil. Cette construction, importée dans notre pays par VON TUHR⁵, a été reprise unanimement par les auteurs suisses⁶, ainsi que par le Tribunal fédéral⁷. Sa caractéristique est de distinguer entre objection et exception, l'ancienne conception⁸ -- qui n'a pas été en tant que telle remise en cause en France⁹ -- réunissant les deux hypothèses dans la seule notion d'exception, comprise comme tout moyen qui tend à écarter l'action sans contredire directement le droit sur lequel elle est fondée et en invoquant un fait distinct¹⁰. Le Code des obligations se sert de la terminologie ancienne¹¹.

B. Limite entre contestation des faits et objection

La doctrine moderne s'est astreinte à délimiter les exceptions des objections. Tracer la frontière entre celles-ci et la seule contestation des faits allégués par le demandeur se révèle également problématique. Des notions complexes du droit de la preuve entrent en jeu. Certes, objecter c'est alléguer un fait, et le fardeau de l'allégation se distingue du fardeau de la preuve. Celui-là dépend principalement¹² du droit cantonal¹³: les lois de procédure déterminent le régime de l'allégation des faits; celui-ci du droit fédéral: l'**art. 8 CC** pose le principe que chaque partie doit prouver les faits qu'elle allègue¹⁴ pour en déduire son droit, et détermine [448] ainsi qui supporte l'échec dans la preuve du fait allégué¹⁵. Mais objecter, c'est avant tout alléguer un fait distinct dont il résulte que le droit de la partie adverse n'existe pas, malgré les faits avancés par elle. L'objection est intimement liée au fardeau de l'allégation et à celui de la preuve.

Dans un système inquisitorial¹⁶, la portée des objections est restreinte. L'apport des faits qui fondent le jugement pouvant émaner du juge. La procédure civile neuchâteloise, de même que la plupart des codes cantonaux, s'inspire de la maxime des débats¹⁷, et prévoit que "le juge ne peut ni suppléer, ni suggérer des faits qu'une partie n'alléguerait pas spontanément"¹⁸, si bien que le demandeur doit alléguer tous les faits générateurs de son droit et il supporte, en vertu de l'**art. 8 CC**, l'échec de preuves les concernant, de même que le défendeur doit objecter et prouver les faits qui, selon lui, démontrent que le droit du demandeur n'existe pas, malgré les faits avancés et prouvés par lui.

Appliquée à la lettre, la règle de l'**art. 8 CC** ne laisserait aucune place aux objections: celui qui invoque un droit supportant l'absence de preuve pour tous les faits qui le supposent, l'adversaire pourrait se contenter de contester les allégations de l'autre partie¹⁹. Le principe est moins absolu²⁰. Le législateur suisse n'a en aucune manière désiré rompre avec les règles de droit commun reconnues par la doctrine et la pratique²¹. Le postulat selon lequel le risque de la preuve ne peut être imposé exclusivement à celui qui fait valoir son droit n'est pas contesté²². La répartition du fardeau de la preuve s'articule autour des faits générateurs, des faits extinctifs et des faits dirimants, division tripartite née des présomptions légales d'un fait dont bénéficie celui qui invoque un droit²³. Sur de nombreux points, il suffit au demandeur (ou au défendeur) d'alléguer et de prouver un fait pour qu'un autre fait soit présumé²⁴. Le thème de la preuve est modifié²⁵. Le fait-indice (fait probant, prémisse) doit être établi par l'instant: si la mère prouve que le père a cohabité avec elle (fait-indice), la paternité est présumée²⁶. La partie adverse peut soit contester le fait-indice allégué et entreprendre la contre-preuve, à savoir la non-réalisation du fait-indice, dans notre exemple,

démontrer qu'elle n'a pas cohabité avec la demanderesse, soit apporter la preuve du contraire²⁷, en alléguant et prouvant des faits dirimants (qui ont empêché la naissance du droit) ou extinctifs (qui ont entraîné son extinction), ici en démontrant que malgré la cohabitation la paternité est exclue ou moins vraisemblable que celle d'un tiers²⁸. Dans la première hypothèse, le défendeur se contente de contester les faits allégués par le demandeur; dans la seconde, il soulève une objection, il allègue un fait dirimant. Autre exemple: aux termes de l'**art. 170 al. 3 CO**, les intérêts arriérés sont présumés avoir été cédés avec la créance principale. Celui qui réclame le paiement d'intérêts arriérés doit alléguer et prouver que la créance principale lui a été cédée (fait-indice). Il établit de la sorte le fait générateur de son droit. La partie adverse peut contester que la créance principale ait été cédée. Si le [449] défendeur crée des doutes dans l'esprit du juge, la demande sera rejetée²⁹, l'échec dans la preuve du fait-indice étant supporté par celui qui comptait en tirer un droit. Sans contester la cession de créance, le défendeur peut s'en prendre au fait présumé, la cession des intérêts arriérés, en entreprenant la preuve du contraire, par l'allégation d'un fait dirimant, dont il découle que les intérêts n'ont pas été cédés. A défaut d'une présomption légale, la cession des intérêts arriérés serait un fait générateur, la non cession une simple contestation de ce fait et non une objection. De même, à défaut des règles de l'**art.262 CC**, la mère devrait alléguer et prouver directement la paternité du défendeur. Le thème de la preuve est modifié, le fardeau de la preuve du fait présumé inversé: un fait matériellement créateur se transforme en fait dirimant.

Selon KUMMER³⁰, les faits dirimants ne sont pas exclusivement la résultante de présomptions légales d'un fait. Le fardeau de la preuve peut être inversé, sans que le thème de celle-ci ne soit modifié. Il n'y a présomption légale d'un fait que lorsqu'un fait est déduit d'un autre fait. En ce sens, dire qu'en matière de responsabilité contractuelle la faute est présumée serait un abus de langage. La faute n'est pas déduite de la preuve d'un autre fait. Elle n'a simplement pas à être alléguée ou prouvée par celui qui invoque la responsabilité contractuelle. Cette opinion ne nous convainc pas. La faute se définit, en matière contractuelle, comme l'inexécution intentionnelle ou par négligence d'une obligation. Elle représente la facette subjective du comportement dommageable. L'**art. 97 CO** présume³¹ l'inexécution fautive. En alléguant et prouvant l'inexécution d'une obligation, fait-indice, le créancier fait présumer du caractère fautif de l'inexécution du débiteur. L'absence de faute, fait dirimant, doit être allégué et prouvé par celui-ci. Le thème de la preuve est bel et bien modifié: au lieu de l'inexécution fautive, c'est la seule inexécution qui doit être prouvée.

La présomption de bonne foi a également été au centre des débats. La doctrine dominante conteste que l'**art. 3 al. 1 CC** institue une présomption à part entière³², faute de fait-indice. La bonne foi serait présumée "sans condition", on l'admettrait comme telle, d'où simple renversement du fardeau de la preuve. Nous ne partageons pas cet avis: la prémisse réside dans l'état de fait de la règle qu'il s'agit d'appliquer. La bonne foi s'inscrit dans une certaine situation, dont les divers éléments doivent être établis. Exemple donné par DESCHENAUX³³. pour faire valoir la prescription acquisitive, une personne inscrite sans droit au registre foncier comme propriétaire doit prouver qu'elle est réellement inscrite et qu'elle a possédé l'immeuble paisiblement et sans interruption pendant dix ans. Si elle démontre ces éléments, faits-indices, sa bonne foi est présumée, elle ne doit ni l'alléguer³⁴ ni la prouver. On déduit ainsi la bonne foi du comportement de celui qui invoque la prescription acquisitive.

Dire qu'il n'y a présomption d'un fait que lorsque ce fait peut être prouvé indépendamment de la preuve du fait-indice³⁵ -- ce qui n'est ni le cas de la faute en matière contractuelle, ni celui de la de bonne foi de l'**art. 3 al. 1 CC** -- est à notre sens inexact. Il est vrai que dans certains cas l'échec dans la preuve du fait-indice n'exclut pas la preuve du fait présumé, soit parce la preuve du fait-indice est incluse dans celle du fait présumé (la preuve directe de la paternité contient la preuve de

la cohabitation -- l'hypothèse de l'insémination artificielle est laissée de côté --, alors même que celle-ci n'aurait pu être prouvée en tant que telle), soit parce que le fait présumé peut exister indépendamment du fait-indice (la cession des intérêts arriérés peut avoir été convenue indépendamment de la cession du capital, la perception des intérêts est une chose, la quittance donnée pour le capital en est une autre³⁶). Mais dans d'autres situations, le fait présumé présuppose l'existence d'un fait-indice dont la preuve directe est nécessaire. L'accord des parties de ne se lier que dès l'accomplissement d'une forme, fait présumé par l'**art. 16 al. 1 CO**³⁷, ne peut être établi sans preuve directe du fait-indice, à savoir la décision des parties de donner une forme spéciale à un contrat.

La doctrine ne voit en fait des cas de présomption que là où la loi fait expressément référence à cette notion³⁸, même si, d'un point de vue théorique, elle peut concevoir une formation coutumière³⁹. L'inversion du fardeau de la preuve est en revanche souvent déduite de principes généraux et de l'interprétation des textes légaux⁴⁰. A notre sens, toute inversion implique une présomption, même s'il est vrai que la prémisse n'est pas toujours évidente à déterminer. Prenons les faits extinctifs: le défendeur allègue que la créance est éteinte, qu'elle a été cédée ou compensée, que la dette a été remise, ou encore que l'inexécution est [450] devenue impossible sans faute de sa part. Aucun doute sur le fait que celui qui prétend qu'un droit ou un rapport juridique s'est éteint en supporte le fardeau⁴¹. On doit en conclure que le créancier bénéficie de la présomption que son droit existe encore. Il lui suffit d'alléguer et de prouver le fait-indice, être titulaire d'un droit un moment donné⁴². Le thème de la preuve est modifié: plutôt que devoir prouver l'existence de son droit au jour où il l'exerce, le créancier se contente d'en démontrer les faits générateurs, par exemple en produisant un titre de créance⁴³. Les faits extinctifs doivent être objectés par le débiteur; il supporte l'échec dans la preuve. L'inverse ne pourrait se concevoir, dans la mesure où les faits extinctifs constituent des faits négatifs indéterminés: le créancier devrait établir une infinité de faits, par exemple que la créance n'a été cédée à aucun moment⁴⁴.

La définition des faits dirimants est plus floue. La distinction entre faits générateurs et destructeurs se saisit d'elle-même, celle entre faits générateurs et dirimants plus difficilement: Les faits générateurs et l'absence de dirimants ont trait à la naissance du droit, mais la seconde n'a pas à être alléguée par celui qui invoque ce droit; elle est présumée. Le créancier peut par exemple se contenter d'alléguer (implicitement) l'existence de son cocontractant, sa capacité de discernement est présumée⁴⁵. L'accord des manifestations de volonté fait présumer qu'elles ne sont pas viciées, qu'il n'y a pas simulation ou lésion. Où s'arrêtent les présomptions (l'inversion du fardeau de la preuve d'après le courant majoritaire)? Toute la difficulté est là. La doctrine a dégagé plusieurs critères, en particulier ceux de l'anomalie du fait allégué et de la dérogation à la règle⁴⁶, qui souvent se rejoignent. L'incapacité de discernement par exemple est un cas particulier, la capacité la règle, et celui qui invoque un droit peut se contenter d'alléguer et prouver les faits qui l'établissent, dans des circonstances normales. La simulation, cas singulier, empêche que l'accord des manifestations de volonté déploie ses effets. En matière de responsabilité extracontractuelle, le consentement de la victime (**art. 44 al. 1 CO**) représente l'exception, tout comme la légitime défense ou l'état de nécessité (**art. 51 CO**)⁴⁷. La violation d'une règle protectrice fait présumer l'illicéité. Les faits dirimants, absence de discernement, simulation, légitime défense, etc. doivent être objectés par celui qui s'en prévaut.

Certains faits, non présumés, ne sont parfois allégués que de manière implicite⁴⁸ par celui qui invoque un droit, ce qui complique encore la distinction entre fait créateur et fait dirimant. Si le demandeur indique qu'il a conclu un contrat avec le défendeur, il allègue implicitement qu'ils ont échangé des déclarations concordantes de volonté sur tous ses éléments essentiels⁴⁹, et, dans

l'hypothèse ou la validité de l'acte serait subordonnée au respect d'une forme, le respect de celle-ci. L'absence de preuve sur ces éléments, faits générateurs, est supportée par le demandeur⁵⁰.

En bref contester les faits revient à mettre en cause les faits générateurs du droit invoqué par la partie adverse, celle-ci supportant le fardeau de la preuve, alors qu'objecter consiste à alléguer et prouver des faits dirimants ou extinctifs⁵¹, dont il découle que le droit invoqué n'existe pas, quand bien même les faits générateurs seraient réalisés. Mais examinons plus en détail le régime procédural neuchâtelois des moyens de fond.

[451] C. La contestation des faits allégués par le demandeur

Aux termes de l'art. 301 CPCN, le défendeur doit s'expliquer dans sa réponse sur chacun des faits allégués par le demandeur et exposer tous les faits sur lesquels il entend se fonder. Il peut également se contenter d'explications. Il ne faut pas voir dans cette disposition une opposition entre contestation des faits allégués et objections. Certes, lorsque le défendeur se contente de s'expliquer sur les faits de la demande, en les contestant, les admettant ou les ignorant, il ne soulève aucune objection, à moins que le contraire d'un fait dirimant ou extinctif n'ait été allégué par le demandeur. En revanche, son exposé peut consister aussi bien en l'allégation de contre-faits (le défendeur allègue par exemple que le contrat n'a pas été conclu, faute d'accord sur les points essentiels), qu'en l'allégation de faits visant la preuve du contraire (le défendeur ne conteste pas l'existence d'un contrat, mais objecte⁵² qu'il s'est d'ores et déjà exécuté). Autrement dit, les faits exposés par le défendeur peuvent consister en des contestations des faits allégués par le demandeur et en des objections.

Les deux moyens interviennent au même stade de la procédure. Cela n'a pas toujours été le cas. Selon la procédure coutumière neuchâteloise, les objections, de même que les exceptions et certaines fins de non-recevoir, devaient être présentées avant la simple contestation des faits allégués par le demandeur. On distinguait entre l'exception péremptoire ou fin de non-recevoir (comprenant les objections et les exceptions de droit civil) et la négative, la structure se justifiant par le fait qu'il pouvait résulter des moyen soulevés par le défendeur, et devant être prouvé par lui, que le droit invoqué par le demandeur n'avait pu naître ou était éteint. Mais la limite entre la négative et l'exception péremptoire étant des plus floue⁵³ -- comme l'est aujourd'hui encore la distinction entre fait générateur et fait dirimant --, le législateur de 1878 a supprimé la phase des fins de non-recevoir.

D'un point de vue temporel, les plaideurs n'ont plus à se soucier de la nature des faits qu'ils allèguent. Ils doivent les exposer lors de l'échange des écritures⁵⁴ (l'état de fait peut être complété dans la mesure exigée par de nouvelles conclusions, à déposer jusqu'à l'audience d'instruction⁵⁵, qu'ils contestent les faits avancés par la partie adverse ou qu'ils soulèvent une objection. Les faits survenus en cours d'instance peuvent être allégués dans les trente jours dès leur survenance, jusqu'à clôture des débats⁵⁶, dans un complément à la demande ou à la réponse (art. 314-315 CPCN)⁵⁷.

D'un point de vue probatoire en revanche, les deux moyens sont soumis à un régime opposé: l'échec dans la preuve des faits générateurs du droit est supporté par celui qui l'invoque, l'absence de preuve des faits dirimants et extinctifs, faits objectés, par celui qui soulève le moyen.

Lorsque le défendeur conteste les faits allégués par le demandeur, il incombe à celui-ci de les prouver pour en déduire son droit, conformément à l'art. 8 CC. Il n'est pas nécessaire que le défendeur prouve le contre-fait. Si A intente un procès à B, alléguant que celui-ci lui a causé un dommage de manière illicite, il perdra son procès s'il ne peut démontrer que B est bien l'auteur de

l'acte dommageable, quand bien même celui-ci aurait allégué que C était l'auteur, sans pouvoir le prouver.

D. Les objections

Les objections visent à détruire, par l'allégation d'un fait extinctif ou dirimant, les présomptions légales d'un fait dont bénéficie celui qui invoque un droit en justice. Elle peuvent être soulevées tant par le demandeur que par le défendeur: imaginons par exemple que le demandeur allègue avoir prêté frs 1000.-- au défendeur. Dans sa réponse, celui-ci objecte que la dette a été remise ultérieurement. Le demandeur peut soutenir dans sa réplique qu'il était incapable de discernement au moment de la conclusion du contrat de remise de dette, allégation d'un fait dirimant.

L'objection étant l'allégation d'un fait, et le juge appliquant le droit d'office⁵⁸, il suffit que les faits constitutifs de l'objection soient allégués et prouvés; il n'est pas nécessaire de soulever le moyen⁵⁹. L'abus de droit par exemple, règle de droit matériel⁶⁰, doit être relevé d'office par le juge lorsque les conditions de faits de l'abus sont alléguées et prouvées conformément à la procédure cantonale. La partie qui s'en prévaut n'a pas besoin de soulever le moyen⁶¹.

[452] C'est là la grande différence entre les exceptions de droit civil et les objections. Les faits objectés produisent leurs conséquences dès qu'ils sont allégués et prouvés. Ils le sont généralement par la partie à qui l'objection profite, mais si, par exemple, l'abus de droit découle des faits allégués par le demandeur et que ceux-ci sont prouvés⁶², le juge doit le retenir d'office⁶³. L'exception de droit civil au contraire implique une manifestation de volonté en procédure. Le moyen doit être expressément soulevé⁶⁴.

La jurisprudence neuchâteloise publiée ne fait pas de distinction entre objection et exception, cette expression étant utilisée sans rigueur⁶⁵. Les deux moyens sont simplement décrits comme des moyens de fond, qui s'opposent aux moyens préjudiciels⁶⁶. La compensation et la prescription sont par exemple traitées sur le même plan⁶⁷.

L'article 69 CPCN 1925 indiquait que "sous réserve des exceptions établies par la loi, le juge ne peut ni suppléer ni suggérer (...) des moyens qu'une partie n'alléguerait pas spontanément". Ainsi, que l'on soulevât une objection ou une exception, le moyen devait être invoqué expressément, durant l'échange des écritures⁶⁸, a moins qu'il dût être retenu d'office. La notion de moyen n'est pas facile à saisir: s'agit-il de l'allégation d'un fait ou de l'invocation d'un droit? L'art. 69 CPCN 1925 laisse planer un doute en parlant de l'allégation d'un moyen. La Cour de cassation civile a défini le moyen comme "le principe juridique que l'on place à la base de l'action"⁶⁹, soit l'invocation d'un droit, la difficulté étant de distinguer entre le simple argument juridique et le moyen, distinction importante puisque le juge était lié par les moyens soulevés, mais non par les arguments⁷⁰, entendus comme "les motifs qui tendent à appuyer les faits de la cause sur le moyen invoqué"⁷¹. Nul doute que les exceptions et les objections étaient comprises dans les moyens⁷², bien que l'on sente à leur égard une confusion entre fait et droit, comme l'illustre un arrêt de la Cour de cassation civile neuchâteloise du 3 décembre 1931⁷³: attaquée en paiement d'une dette, la défenderesse, par son tuteur, avait signalé dans sa réponse son déséquilibre mental, qui avait provoqué son internement dans une maison de santé. Elle n'avait en revanche pas invoqué le moyen de la nullité des actes pour défaut de discernement, ni conclu à cette nullité et à la restitution du montant déjà payé. Le moyen n'avait été soulevé qu'en conclusions en cause, soit tardivement pour le Président du Tribunal de district. La Cour de cassation civile a cassé ce jugement, relevant que "la nullité absolue qu'entraîne le défaut du discernement de celui qui accomplit un acte juridique est précisément une question que le juge doit examiner d'office sans être limité par les moyens et

conclusions des parties". Elle indique ensuite que le moyen, soulevé au stade des conclusions en cause, est un allégué tardif qui doit être pris en compte de par le droit fédéral. La cour ne distingue aucunement les faits constitutifs de l'objection des implications juridiques de celle-ci. Il semble ainsi que même si les faits permettant d'arriver à la conclusion que la défenderesse était incapable de discernement au moment de la conclusion du contrat n'avaient pas été allégués dans la réponse, la Cour aurait retenu d'office l'incapacité. C'est oublier que sauf maxime inquisitoire, le juge ne peut aller au-delà des allégués des parties⁷⁴.

La notion de moyen retenue à l'art. 69 CPCN 1925 a perdu toute portée depuis lors, le Tribunal fédéral ayant tiré du droit fédéral l'obligation pour le juge d'appliquer sans restriction le droit fédéral d'office⁷⁵. Autant dire que toute objection doit être relevée d'office par le juge, mais uniquement dans la mesure où les faits qui la sous-tendent ont été allégué valablement et prouvés. Le juge n'a pas à rouvrir les débats pour permettre à la partie adverse de se prononcer, même si une partie n'invoque le moyen qu'au stade des conclusions en cause, ou s'il ne l'invoque pas et que le juge le retient en appliquant le droit d'office⁷⁶.

[453] Si la notion de moyen⁷⁷ a disparu à l'art. 57 CPCN, qui reprend pour le reste le texte, de l'art. 69 CPCN 1925, elle a été maladroitement maintenue à l'art. 348 al. 2 CPCN et introduite aux art. 314 et 315 CPCN⁷⁸. Aux termes de l'art. 348 al. 2 CPCN, "les parties peuvent faire valoir (en procédure orale) des moyens nouveaux à l'appui de leurs conclusions jusqu'à la clôture de l'instruction". Cette disposition reprend l'art. 430 al 2 CPCN 1925, qui ne visait que les moyens de droit (non examinés d'office dans l'esprit du législateur neuchâtelois), ainsi que les exceptions de droit civil et les objections confondues, sans que la Cour de cassation ne distingue entre les faits constitutifs du moyen et le moyen lui-même⁷⁹. Or le droit fédéral impose au juge cantonal l'application d'office du droit. Cette disposition concerne-t-elle uniquement les exceptions de droit civil (qui doivent être expressément soulevées), à conditions que les faits qui les sous-tendent aient été allégués auparavant? Ou vise-t-elle plus globalement les objections et les exceptions, faits et droit confondus? A notre avis, l'intention du législateur était certainement de permettre aux parties l'allégation de faits jusqu'à la clôture de l'instruction, et il ne semble pas avoir vu de différence entre les exceptions de droit civil et les objections. Les art. 314ss. CPCN sont également troublant: pris strictement, ils signifient que des faits survenus en cours d'instance ne peuvent être allégué que lorsque qu'il en découle un nouveau moyen de droit et que ce moyen est invoqué. Mais un allégué nouveau ne débouche pas forcément sur un nouveau moyen de droit: si au cours d'un procès en responsabilité, la santé physique d'une personne accidentée se modifie, les parties doit pouvoir l'alléguer sans qu'elles en tirent nécessairement un nouvel argument juridique. Ces dispositions sont inspirées de la jurisprudence rendue sous l'empire de l'ancien code⁸⁰ concernant les exceptions de droit civil et les objections: les deux moyens ne sont pas distingués, ils doivent être expressément invoqués par celui qui s'en prévaut, parce qu'à l'origine le droit n'était pas appliqué d'office. Mais malgré l'évolution de la jurisprudence fédérale, les tribunaux neuchâteloise n'ont jamais clairement séparé les exceptions de droit civil des objections⁸¹. Le nouveau code ne les y aide pas.

E. Les exceptions de droit civil

1. Présentation générale

La doctrine allemande et suisse définissent l'exception de droit civil comme le droit de refuser, en raison d'un motif spécial, la prestation due, immédiatement ou à l'avènement d'une condition⁸². Une exception suppose que le droit auquel elle s'attaque existe. Contrairement à la contestation des faits et à l'objection, elle ne tend pas à démontrer que le droit n'existe pas. L'exception est fondée

sur des faits qui ne sont ni extinctifs ni dirimants, mais qui donnent le droit au défendeur de refuser la prestation, bien qu'elle soit due en principe. Le droit du demandeur est paralysé, temporairement (exception dilatoire) ou définitivement (exception péremptoire).

L'exception étant un droit, le défendeur doit l'exercer pour qu'elle déploie ses effets. Il ne lui suffit pas d'alléguer les faits qui ont donné naissance à ce droit pour que le juge retienne l'exception. Le défendeur doit l'exercer par une manifestation expresse de volonté en procédure. Il ne peut par exemple pas se contenter d'alléguer que la prestation est exigible depuis 12 ans pour que la demande soit rejetée. Le moyen tiré de la prescription doit être expressément soulevé dans les formes et au stade prévus par la procédure cantonale⁸³.

2. Limite entre exception de droit civil et droit formateur résolutoire

Le défendeur peut toujours renoncer à faire valoir une exception. Dans la mesure où elle ne fait que paralyser un droit, l'exception peut être soulevée, puis retirée. Elle se [454] distingue par là des droits formateurs résolutoires⁸⁴. Si A déclare compenser le montant qu'il doit à B avec la somme due par celui-ci, sa dette est éteinte par l'exercice d'un droit formateur résolutoire, et il ne peut retirer sa déclaration unilatérale de volonté. En revanche, si A s'oppose à la prétention de B en soulevant l'exception de prescription, il peut y renoncer ultérieurement et s'exécuter, sans que ce paiement enrichisse B illégitimement⁸⁵. Les droits formateurs résolutoires anéantissent le droit du demandeur, les exceptions le paralysent et c'est pour cela qu'elles doivent être expressément soulevées au procès⁸⁶, durant l'échange des écritures en procédure écrite neuchâteloise (jusqu'à la première⁸⁷ audience d'instruction, dans la mesure où l'exception permettrait à celui qui la soulève de modifier ses conclusions), jusqu'à la clôture de l'instruction en procédure orale⁸⁸. Si le défendeur rappelle dans un allégué avoir soulevé l'exception hors procès, il l'invoque implicitement, il fait valoir le moyen⁸⁹. Nul besoin d'un allégué formel aux termes duquel le défendeur soulève l'exception. Comme elle s'exerce par une manifestation de volonté, le défendeur peut l'exprimer dans ses allégués⁹⁰, de même que les faits qui sous-tendent le moyen⁹¹, ou, par extension, dans sa rubrique "en droit". Le défendeur indique par exemple dans ses allégués que le contrat a été conclu 12 ans auparavant et que la créance est dès lors prescrite, ou alors il ne mentionne dans ses allégués que la date de conclusion, et soulève la prescription dans sa rubrique "en droit", expressément, ou par référence à l'art. 121 CO. Invoquer un article qui traite de la prescription suffit à manifester sa volonté, de même que dire "la créance est prescrite", sans indiquer l'article sur lequel se fonde l'exception⁹².

Les droits formateurs résolutoires s'exercent également par une manifestation de volonté. Mais comme ils ont pour effet d'anéantir le droit, ils n'ont pas à être soulevés au procès^{93, 94}, s'ils l'ont déjà été hors procédure⁹⁵. Il convient donc de distinguer les droits formateurs résolutoires exercés hors procès et ceux exercés dans le cadre du procès⁹⁶. Les premiers, en tant qu'ils éteignent le droit, font partie des faits extinctifs qui doivent être allégués par celui qui en tire une conséquence juridique. Le défendeur objectera que la créance alléguée est éteinte par compensation, que le contrat a été résilié, etc. Nous l'avons vu, s'il ressort des allégués d'une des parties qu'un fait extinctif s'est produit, le juge doit en déduire d'office les conséquences juridiques, sans preuve s'il s'agit d'un aveu, et sur la base du dossier dans les autres cas. L'objection n'a pas à être expressément soulevée. Si le défendeur entend exercer un droit formateur résolutoire au procès, il doit le faire durant l'échange des écritures en procédure écrite, jusqu'à la clôture de l'instruction en procédure orale⁹⁷, comme pour les exceptions⁹⁸. Mais à notre sens rien ne l'empêche, au cours d'une procédure, de faire la déclaration hors procès, et d'alléguer le fait nouveau selon les modalités des art. 314 et 315 CPCN, jusqu'à clôture des débats. Dans l'hypothèse où le droit formateur aurait pu être exercé en début de procès, en tant qu'il ne dépendait pas de faits survenus

en cours d'instance, et qu'il influence la marche du procès, le juge pourrait tout au plus en tenir compte dans la répartition des frais et dépens⁹⁹.

[455] Au contraire du droit formateur résolutoire, l'exception de droit civil, en tant qu'elle paralyse le droit, doit être exercée dans le cadre du procès. Pour prendre un cas d'école, si le demandeur allègue qu'il a tenté d'obtenir le remboursement du montant dû par le défendeur hors procès, mais qu'il s'est alors vu opposer l'exception de prescription, et que le défendeur fait défaut, le juge ne pourra retenir le moyen tiré de la prescription, faute de manifestation de volonté exprimée au procès par le défendeur. De plus, l'exception ne peut y être introduite par le biais d'un fait nouveau (au sens des art. 314 et 315 CPCN) que si les faits qui la sous-tendent se sont produits lors du procès (par exemple, prescription acquise au cours du procès¹⁰⁰. Alors que l'extinction du droit produite par une déclaration formatrice est un fait nouveau, la paralysie du droit n'est donnée que si la déclaration intervient dans le cadre du procès. L'exception soulevée hors procès ne constitue jamais un fait nouveau.

Notons enfin que le droit formateur est irrévocable qu'il soit exercé dans le cadre du procès ou hors procès, même si l'acte de procédure dans lequel il est exercé est annulé (par une réforme, par exemple¹⁰¹.

Ces principes posés, il convient de distinguer entre l'exception de droit civil dilatoire et l'exception de droit civil péremptoire.

3. L'exception de droit civil dilatoire

L'exception est dilatoire lorsqu'elle permet de refuser provisoirement la prestation. On peut citer le bénéfice de discussion de la caution (art. 425 CO), l'exception d'inexigibilité (le débiteur est attaqué par son créancier avant terme ou avant l'avènement d'une condition suspensive), l'exception non adimpleti contractus (art. 82 CO), ou encore le droit de rétention¹⁰².

L'exception de droit civil dilatoire paralyse provisoirement le droit de l'adversaire. En principe, la demande doit être rejetée en l'état; le juge la déclare mal fondée, en tant que prématurée. Un nouveau procès¹⁰³ peut être intenté lorsque que, par exemple, le débiteur principal est tombé en faillite, quand la prétention est devenue exigible ou lorsque le demandeur a lui-même exécuté ou valablement offert d'exécuter sa prestation¹⁰⁴.

Ces deux derniers cas méritent quelques développements. Lorsque le défendeur soulève l'exception non adimpleti contractus et que celle-ci se révèle fondée, parce que le demandeur n'a pas exécuté ou offert régulièrement d'exécuter sa prestation, le juge doit, en vertu du droit fédéral, condamner le défendeur à une exécution donnant donnant; il ne peut se contenter de rejeter la demande en l'état, à moins que le demandeur ne conteste nullement la contreprestation à fournir donnant donnant¹⁰⁵.

Dans l'hypothèse où le défendeur se prévaudrait d'un terme, on peut imaginer que le juge rejette la conclusion condamnatoire mais constate (sans qu'il y soit contraint?¹⁰⁶ l'existence de la créance¹⁰⁷, à condition que le demandeur ait un intérêt au constat, ce qui peut être le cas lorsque l'action condamnatoire est impossible¹⁰⁸.

4. L'exception de droit civil péremptoire

L'exception péremptoire permet de paralyser définitivement le droit de l'adversaire. Le meilleur exemple est la prescription. L'exception de prescription valablement soulevée, la demande doit être déclarée mal fondée. Mal fondée et non irrecevable, dans la mesure où en droit suisse rien n'empêche de faire valoir en justice une créance prescrite. Il revient à la partie adverse de

s'opposer au droit, en soulevant l'exception. La créance prescrite n'est pas dépourvue du droit d'action¹⁰⁹; le débiteur peut paralyser le droit du créancier en soulevant l'exception.

En ce sens, réunir créances prescrites, commissions de courtage matrimonial et dettes de jeu sous la dénomination d'obligations naturelles est abusif, et inexact lorsqu'on définit celles-ci comme "des liens de droit dépourvus d'action en justice ou d'exécution forcée"¹¹⁰. Seules la dette de jeu, celle résultant d'un pari¹¹¹, la commission de courtage matrimonial¹¹² et, selon le droit cantonal, la dette [456] d'auberge¹¹³ sont dépourvues d'un droit d'action. Lorsque le juge constate qu'il est en présence d'une créance résultant d'un pari, il doit déclarer la demande irrecevable, faute d'action. Il s'agit d'exemples de fin de non-recevoir. La prescription est soumise à un autre régime. Le droit d'action existe, de même qu'il existe pour une créance non encore exigible. Mais le défendeur peut paralyser le droit de la partie adverse en soulevant l'exception.

Le jugement qui déclare la demande mal fondée, la créance étant prescrite, est revêtu de l'autorité de la chose jugée. Le caractère prescrit de la créance ne peut être remis en cause. Mais le droit étant uniquement paralysé, on peut imaginer que le demandeur tente un nouveau procès, au cours duquel le débiteur pourrait ne pas soulever l'exception (l'exception soulevée, son bien-fondé ne peut être remis en cause). Cependant, si le débiteur, hors procès, refuse de s'exécuter, et que le caractère prescrit de la créance ne peut être remis en cause, le créancier n'a aucun intérêt pour agir. La nouvelle demande serait irrecevable, non pas en raison de l'autorité de la chose jugée, mais faute d'intérêt¹¹⁴.

Il n'est pas aisé de recenser d'autres cas d'exceptions de droit civil péremptoires. La demande en paiement du solde d'une créance non couverte par le dividende d'un concordat par un créancier qui n'a pas adhéré à celui-ci permet peut-être au débiteur de soulever une exception, mais une partie de la doctrine conteste qu'il subsiste une obligation, même affaiblie¹¹⁵. Les autres exemples d'exceptions péremptoires donnés par la doctrine sont peu convaincants: BONNARD¹¹⁶ cite l'article 250 CO, qui permet à l'auteur d'une promesse de donner de la révoquer et de refuser l'exécution dans certaines circonstances. En réalité, il ne s'agit pas d'une exception mais d'un droit formateur résolutoire¹¹⁷. Le même auteur mentionne encore l'article 590 al. 1 CC, selon lequel "les créanciers du défunt qui ne figurent pas à l'inventaire pour avoir négligé de produire en temps utile ne peuvent chercher l'héritier ni personnellement ni sur les biens de la succession", mais cette disposition prive les créanciers de leur droit, et permet ainsi à l'héritier de soulever une objection. Von TUHR classe parmi les exceptions péremptoires l'exception des défauts de la chose vendue de l'art. 210 al. 2 CO. A notre sens, il s'agit à nouveau d'un droit formateur (modificateur en cas de réduction du prix, résolutoire en cas de résiliation de la vente)¹¹⁸. Il voit également une exception péremptoire à l'art. 67 al. 2 CO: "si l'enrichissement consiste en une créance contre la partie lésée, celle-ci peut refuser le paiement lors même que ses droits seraient atteints par la prescription". Cela serait exact si notre droit connaissait la promesse abstraite, totalement indépendante de sa cause. Mais la doctrine majoritaire et le Tribunal fédéral en ont décidé autrement¹¹⁹: la reconnaissance de dette abstraite renverse simplement le fardeau de la preuve. A la reconnaissance de dette abstraite est attachée la présomption qu'il existe une cause et que cette cause est valable. Le créancier n'a pas à la prouver. Si le débiteur en conteste l'existence, il lui revient d'établir la justesse de son objection. La validité de la cause est présumée. Autant dire que l'art. 67 al. 2 CO n'a aucune portée: ou bien la créance existe et le débiteur n'est pas appauvri, ou bien la créance n'existe pas et le créancier n'est pas enrichi.

Fussnoten:

- 1 L'al. 2, qui ajoute "Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention", pose divers problèmes qu'il n'est pas possible de discuter ici.

- 2 Car la jurisprudence publiée y est plus riche que celle qui se rapporte à la loi fédérale de procédure civile fédérale (**RS 273**).
- 3 Par exemple, K. COSAK, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Jena 1899, vol. I, 279; P. LANGHEINECKEN, Anspruch und Einrede nach dem deutschen BGB, Leipzig 1903, 46 ss. Pour une liste détaillée, voir C. BONNARD, De la classification des exceptions et des exceptions de procédure en droit vaudois, thèse Lausanne 1948, 46, notes 17 et 18.
- 4 Un fait étant distinct dès qu'il ne s'oppose pas à un fait générateur du droit invoqué par l'adversaire.
- 5 Comparer Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, vol. I, Leipzig 1910, 292 ss. et la Partie générale du Code fédéral des Obligations, traduit par M. DE TORRENTE et E. THILO, vol. I, Lausanne 1929, 22, § 3 IV. Voir également H. OSER, Commentaire zurichois, Zurich 1915, no 2 ad art. 145.
- 6 Voir E. BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2^{ème} éd., Zurich 1988, 37; H. HONSELL/N.P. VOGT/W. WIEGAND, Kommentar zu Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Bâle 1992, no 1 ad art. 145; P. GAUCH/W. SCHLUEP/P. TERCIER, La partie générale du CO, Zürich 1978, 18, no 76; P. ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, 2^{ème} éd., Berne 1997, 33. H. BECKER, Commentaire bernois, 2^{ème} éd., Berne 1941, no 3 ad art. 145, s'en tient à l'ancienne conception.
- 7 Par exemple ATF 63 II 133, JT 1937 I 566.
- 8 Voir, par exemple, V. ROSSEL, Manuel du droit fédéral des obligations, 4^{ème} éd., Lausanne 1920, 178; H. FICK/A. SCHNEIDER/F. FICK, Commentaire du code fédéral des obligations, traduit par M.E. PORRET, Neuchâtel 1915, comm. ad **art. 145 CO**.
- 9 La doctrine française moderne réserve la notion d'exception aux exceptions de procédure, mais les moyens de fond demeurent séparés en deux groupes. Voir L. SOLUS/R. PERROT, Droit judiciaire privé, vol. I, Paris 1961, 282; R. MOREL, Traité élémentaire de procédure civile, 2^{ème} éd., Paris 1949, 49; Encyclopédie Dalloz, Répertoire de procédure civile, Défenses, exceptions, fins de non-recevoir, no 3.
- 10 BONNARD, op. cit. (n. 3), 42, note 8. Les fins de non-recevoir sont également incluses dans la définition.
- 11 Voir, par exemple, les art. 18 al. 2, 145, 169 et 179 CO.
- 12 RJN 5 I 16 et les arrêts cités.
- 13 RJN 4 I 63 et les arrêts cités; ATF 78 II 97, JT 1953 I 383; **ATF 108 II 340**, 343; **ATF 115 II 2**, JT 1989 I 548; **ATF 116 II 196**, 201; **ATF 116 II 594**, JT 1991 I 300; **ATF 117 II 113**, JT 1992 I 307. En revanche, le droit fédéral détermine si les faits allégués par une partie, dans les formes et délais prévus par le droit cantonal, sont suffisants pour statuer sur la prétention. **ATF 98 II 113**, JT 1973 I 172; **ATF 105 II 143**; **ATF 108 II 337**, JT 1983 I 538. J.-F. POUDRET, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Vol I et II, Berne 1990, vol. V, Berne 1992, no 42.1 ad art. 43. Sur l'ensemble de la question voir F. PERRET, Le fardeau de l'allégation: droit privé fédéral ou procédure civile cantonale, Présence et actualité de la constitution dans l'ordre juridique, Bâle 1991, 257-280.
- 14 Il ne faut pas tirer de l'**art. 8 CC** un principe de droit fédéral imposant aux parties d'alléguer les faits dont elles déduisent leur droit. Voir ATF 78 II 97, JT 1953 I 383; H. DESCHENAUX, Le titre préliminaire du Code civil, traité de droit civil suisse, Tome II, I, Fribourg 1969, 228, note 39. Mais lorsque le droit cantonal consacre la maxime des débats, le droit fédéral détermine à qui incombe à la fois le fardeau de l'allégation et de la preuve, qui, sauf exception (par exemple en matière d'avis des défauts, voir les arrêts commentés par P. TERCIER in DC 4/93, 101 ss.), vont de pair. **ATF 97 II 339**, JT 1972 I 636.

- 15 Le fardeau de la preuve ne doit pas être confondu avec le fardeau de l'administration de la preuve (ou charge de la preuve), qui, comme le fardeau de l'allégation, dépend principalement du droit cantonal. POUDRET, op. cit. (n. 13), no 4.2.2 ad art. 43; M. KUMMER, Commentaire bernois, Einleitung, [art. 8 CC](#), Berne 1962, no 33-34. Selon l'art. 57 al. 2 CPCN, le juge peut, dans la limite des allégués des parties, d'office et en tout état de cause, entendre celles-ci et faire administrer les preuves nécessaires.
- 16 Nous n'entrons pas ici dans les querelles terminologiques que la théorie des maximes a suscitées. Voir P. SCHWEIZER, Le recours en revision, thèse Neuchâtel 1985, 32.
- 17 Le droit fédéral impose parfois le système inquisitoire. Par exemple en matière de constatation ou de contestation de la filiation, [art. 254 ch. 1 CC](#).
- 18 Art. 57 CPCN.
- 19 Pour que le demandeur obtienne gain de cause dans un procès en paiement, preuve devrait par exemple être faite que la créance n'a pas été cédée, que le débiteur n'était pas incapable de discernement au moment de conclure, etc.
- 20 A. VON TUHR, La partie générale du Code fédéral des Obligations, traduit par de M. TORRENTE et E. THILO, vol. I, Lausanne 1929, 23, note 27; A. EGGER, Commentaire zurichois, Einleitung, [art. 8 CC](#), 2^e éd. Zurich 1930, no 8.
- 21 DESCHENAUX, op. cit. (n. 14), 235, avec doctrine citée en note 11.
- 22 KUMMER, op. cit. (n. 15). no 112 ss.; DESCHENAUX, op. cit. (n. 14), 236.
- 23 Nous nous distançons de la doctrine majoritaire (E. RÜEGG, Beitrag zur Lehre von der Vermutung im Schweiz. Privatrecht, Zürich 1947; KUMMER, op. cit. (n. 15), no 317 ss.; DESCHENAUX, op. cit. (n. 14), 248 ss.; C. WOHLFAHRT, Die Umkehr der Beweislast, thèse St. Gall 1992, 29 ss. Egalement en France: voir Encyclopédie Dalloz (n. 9), preuve, no 130) qui traite séparément les présomptions légales d'un fait et les faits générateurs, dirimants et extinctifs. Les tenants de cette approche admettent qu'un fait dirimant puisse résulter d'une présomption légale d'un fait, mais non qu'il s'agisse de la règle. A notre connaissance, ils ne réunissent jamais faits extinctifs et présomption légale d'un fait. Nous tenterons de justifier notre approche dans les paragraphes qui suivent.
- 24 Les présomptions légales d'un fait se distinguent des présomptions de l'homme ou présomptions de fait, qui dépendent de l'activité intellectuelle judiciaire et non pas d'une règle légale abstraite. KUMMER, op. cit. (n. 15), no 362; DESCHENAUX, op. cit. (n. 14), 249. Les présomptions de fait facilitent la preuve mais n'en renversent pas le fardeau; elles relèvent par principe de l'appréciation des preuves ([ATF 117 II 256](#), JT 1992 I 308, et les références).
- 25 KUMMER, op. cit. (n. 15), no 333.
- 26 [Art. 262 al. 1 CC](#). Au lieu de devoir prouver la paternité, la mère peut se contenter de démontrer la cohabitation (nouveau thème de la preuve).
- 27 Le Tribunal fédéral emploie parfois la notion de preuve du contraire pour celle de contre-preuve: [ATF 119 II 305](#), 306; [ATF 106 II 29](#), 31; [ATF 100 Ia 12](#), JT 1975 I 226. Pour une terminologie correcte, voir ATF du 28.6.1996 in SJ 1997, 52.
- 28 [Art. 262 al. 3 CC](#).
- 29 DESCHENAUX, op. cit. (n. 14), 251.
- 30 KUMMER, op. cit. (n. 15), no 352, implicitement.
- 31 H.-R. SCHÜPBACH, Justice civile helvétique, Paris 1981, ch. 92 (2), note 12, donne l'[art. 97 CO](#) comme exemple de présomption légale d'un fait.
- 32

EGGER, op. cit. (n. 20), no 24; RÜEGG, op. cit. (n. 23), 44; KUMMER, op. cit. (n. 15), no 354; P. JÄGGI, Commentaire bernois, Berne 1962, no 98 ad **art. 3 CC**. Plus nuancé, DESCHENAUX, op. cit. (n. 14), 202.

33 DESCHENAUX, op. cit. (n. 14), 203.

34 Contra: DESCHENAUX, op. cit. (n. 14), 203.

35 Selon KUMMER, op. cit. (n. 15), no 318, la prémisse de la présomption ne devrait pas faire partie des conditions de l'effet juridique. Voir également JÄGGI, op. cit. (n. 32), no 98 ad **art. 3 CC**.

36 **Art. 89 al. 2 CO**, exemple de "véritable" présomption pour P. JÄGGI, op. cit. (n. 32), no 98 ad **art. 3 CC**, repris par DESCHENAUX, op. cit. (n. 14), 202, note 34.

37 KUMMER, op. cit. (n. 15), no 323, admet que cet article institue une présomption.

38 **Art. 16 al. 1 CO**, 89 al. 3 CO, 176 al. 3 CO, 190 al. 1 CO, 220 CO, 481 al. 2 CO, 32 al. 2 CC, etc. KUMMER, op. cit. (n. 15), no 323. Le cas particulier de l'**art. 3 al. 1 CC** a été traité ci-avant.

39 KUMMER, op. cit. (n. 15), no 317; EGGER, op. cit. (n. 20), no 23; DESCHENAUX, op. cit. (n. 14), 249.

40 KUMMER, op. cit. (n. 15), no 160 ss.; DESCHENAUX, op. cit. (n. 14), 240 ss.

41 KUMMER, op. cit. (n. 15), no 160; EGGER, op. cit. (n. 20), no 7; extinction: ATF 66 II 146, JT 1941 I 172; remise de dette: ATF 69 II 373, JT 1944 I 202; cession: ATF 48 II 55, JT 1923 I 173; RJN 3 I 94, 97; **art 119 CO**: ATF 43 II 784, 793.

42 P. JÄGGI, Commentaire zurichois, Zurich 1959, no 45-46, no 58 ad **art. 966 CO**.

43 C. BINDSCHEDLER, Die amortisierbaren Papiere, thèse Zurich 1888, 4; G. FLATTET, Essai sur la nature juridique des titres nominatifs, thèse Lausanne 1945, 32, no 19, 40; P. JÄGGI, op. cit. (n. 42), no 114 ss., 134 ss. ad **art. 965 CO**.

44 DESCHENAUX, op. cit. (n. 14), 247. KUMMER, op. cit. (n. 15), no 96. Ces auteurs se contentent d'une inversion du fardeau de la preuve. Voir également **ATF 100 Ia 12**, JT 1975 I 226.

45 Le Tribunal fédéral parle lui-même de présomption: **ATF 117 II 231**, 234, et les arrêts cités: **ATF 90 II 9**, JT 1964 I 354; ATF 78 II 193, 199, JT 1953 I 133, 138; ATF 74 II 202, 205, JT 1949 I 516, 519. Voir également RJN 3 I 94, 97.

46 Pour une systématique et une casuistique plus détaillée, voir KUMMER, op. cit. (n. 15), no 167 ss.; DESCHENAUX, op. cit. (n. 14), 241 ss.

47 Et encore la gêne (**art. 44 al. 2 CO**), RJN 6 I 293: "la gêne est une objection dont l'allégation incombe à la partie qui entend s'en prévaloir".

48 Le Tribunal fédéral, qui opère avec la notion d'allégué implicite, reconnaît cette nature à des faits, à notre sens, présumés: ATF 48 II 355, JT 1923 I 173.

49 En alléguant l'existence d'un contrat, il indique, à tout le moins implicitement, quel est son objet. S'il ressort du dossier que celui-ci est illicite, le juge retiendra d'office la nullité en vertu de l'**art. 20 CO**. E. A. KRAMER, commentaire bernois, Berne 1990, no 316 ad art. 19-20 CO; **ATF 110 II 360**, JT 1985 I 130 et les arrêts cités; ATF 45 II 548 et les arrêts cités. L'absence de simulation, par contre, est présumée; ENGEL, op. cit. (n. 6), 225. La simulation ne peut être retenue par le juge que si elle est expressément alléguée. Le Tribunal fédéral ne semble pas faire la distinction: **ATF 96 II 383**, JT 1972 I 150;

50 ENGEL, op. cit. (n. 6), 33, soutient que le vice de forme doit être objecté. Nous suivons l'avis de KUMMER, op. cit. (n. 15), no 238 et DESCHENAUX, op. cit. (n. 14), 239: celui qui veut tirer un droit d'un contrat doit alléguer l'existence de celui-ci et, implicitement, qu'il n'est pas

vicié formellement. Il ne bénéficie pas d'une présomption de validité formelle de l'acte. En soulevant ce vice, le défendeur conteste les faits allégués par le demandeur, et il revient à celui-ci de prouver que l'acte est valide en la forme. Cet exemple montre les difficultés de la distinction, et son enjeu évident, le fardeau de la preuve.

- 51 Il y a fait distinct, et donc objection, même si le contraire du fait dirimant ou extinctif a été allégué par l'adversaire. Si le demandeur allègue qu'il n'a pas cédé sa créance, la contestation de ce fait par le défendeur est une objection.
- 52 Car la naissance de la créance fait présumer qu'elle n'est pas éteinte.
- 53 "Le champ des fins de non-recevoir est très vaste. Où s'arrête la fin de non-recevoir? Où commence la négative? Eternel sujet de discussion pour les vieux praticiens et pour les juges. En examinant les exceptions présentées par le défendeur sur négative, le demandeur arrive assez facilement à prouver que telle manière d'exposer les faits, tel allégué contenu dans les exceptions, telle preuve présentée à l'appui constituent une fin de non-recevoir sur laquelle les rôles auraient dû être intervertis et pour laquelle lui, le demandeur, aurait dû avoir la parole le dernier". Rapport du Code de procédure civile de 1878, 150.
- 54 Art. 296, 301, 309 al. 2, 311 al. 2 CPCN. Jusqu'à la clôture de l'instruction en procédure orale, art. 348 al. 2 CPCN.
- 55 Art 313 CPCN. L'audience d'instruction stricto sensu, à savoir la première audience d'instruction. Voir P. SCHWEIZER, Quelques remarques sur le découpage du temps dans le nouveau code de procédure civil, Mélange Grossen, Bâle 1992, 505. Jusqu'à fin de cause, d'après l'art. 7 al. 2 CPCN, en cas de réduction des conclusions.
- 56 Si le plaideur a épuisé ses tours de parole, il devrait encore pouvoir alléguer les faits nouveaux (survenus dans les 30 jours) avant que le juge ne clôture les débats.
- 57 Le code parle de "moyen nouveaux", ce qui, inexactement, laisse entendre qu'il convient non seulement d'alléguer un fait, mais également d'invoquer un moyen de droit, alors que le juge applique le droit d'office.
- 58 Art. 59 CPCN; **ATF 88 II 18**, JT 1962 I 300; **ATF 89 II 337**, JT 1964 I 240; **ATF 91 II 65**; ATF du 19 janvier 1995 in **PJA/AJP 1995 661**.
- 59 VON TUHR, op. cit. (n. 20), 25, § 3 IV.
- 60 **Art. 2 CC**.
- 61 **ATF 88 II 18**, JT 1962 300; ATF du 19 janvier 1995 in **PJA/AJP 1995 661**.
- 62 Le juge peut d'office faire administrer les preuves nécessaires, art. 57 al. 2 CPCN.
- 63 BONNARD, op. cit. (n. 3), 61.
- 64 Comparer **ATF 80 III 52** et **ATF 94 II 37**, JT 1969 I 348.
- 65 CCC V 523; RJN 3 I 28; RJN 5 I 139; RJN 1980-1981, 65; RJN 1988, 35; RJN 1990, 38; voir également les art. 306 et 308 CPCN qui parle d'exception de compensation, alors qu'il s'agit d'une objection. BONNARD, op. cit. (n. 3), 60, note 34. Voir toutefois RJN 3 I 139 qui parle d'objection de compensation et indique qu'il s'agit d'un mode d'extinction des obligations.
- 66 Voir les art. 303 CPCN, 177 al. 1 CPCN 1925.
- 67 CCC VI 97; RJN 3 I 26, 28.
- 68 Art 177 CPCN 1925; CCC VI 97; RJN 3 I 26.
- 69 CCC V 499; CCC V 523; CCC VI 54; CCC VI 97; ATC VI 408.
- 70 L'application du droit d'office prévue par l'art. 70 CPCN 1925 était, par le jeu de l'art. 69 CPCN 1925, limitée aux seuls arguments juridiques.
- 71 CCC VI 54; CCC VI 97. Voir H.-R. SCHÜPBACH, Le recours en cassation, Neuchâtel 1961, 104 ss.: "le moyen est un agrégat d'arguments".

- 72 CCC VI 97.
- 73 CCC V 523; voir également un arrêt troublant, CCC VI 266.
- 74 Art. 57 CPCN, 69 CPCN 1925. BONNARD, op. cit. (n. 3), 61; VON TUHR, op. cit. (n. 20): "la nullité doit être admise d'office dès que sa cause parvient officiellement à la connaissance du juge", 24 in fine et p. 200.
- 75 RJN 3 I 165; RJN 4 I 127; RJN 5 I 36, 42; RJN 1983 I 37; ATF 70 II 215, JT 1945 I 41 (le Tribunal fédéral retient la responsabilité contractuelle alors que seule la responsabilité délictuelle avait été invoquée. Pour l'ancienne jurisprudence neuchâteloise il s'agissait d'un nouveau moyen. Comparer CCC V 499, 501); **ATF 89 II 337**, JT 1964 I 240; **ATF 91 II 65**; voir également l'arrêt du Tribunal fédéral du 6.7.1990 in DC 4/93, 101: le juge doit retenir d'office la tardiveté de l'avis des défauts lorsque les faits permettant de juger du délai d'avis ont été allégués en procédure. Peu importe que le vendeur (ou l'entrepreneur) ait tardé à invoquer le moyen tiré de la tardiveté.
- 76 **ATF 108 Ia 293**: "L'article 4 Cst. ne donne pas aux parties le droit de s'exprimer spécialement au sujet de l'appréciation juridique des faits allégués dans le procès". **ATF 116 II 594**, JT 1991 I 299: "Comme le Tribunal fédéral, les tribunaux cantonaux sont tenus de dégager d'office les effets juridiques des faits dûment allégués ou établis (selon le droit de procédure). Ils ne sont pas liés par les arguments des parties". Voir également ATF du 30.12.1994 in ASA 1995/2 p. 217, et **ATF 120 II 172** c. 3a ainsi que les références. Contra: CCC V 523, RJN 3 I 26 et encore RJN 1990, 38, qui confond exception de droit civil et objection, fait et droit. Si une partie allègue des faits nouveaux au cours du procès, il est clair que la partie adverse doit pouvoir se prononcer. Art. 315 al. 3 CPCN. D'après J.-F. POUDRET, Expertise et droit d'être entendu dans l'arbitrage international, in: C. DOMINICE /R. PATRY/C. REYMOND (édit.), Mélanges Lalive, Bâle/Francfort-sur-le-main 1992, 412, le droit d'être entendu implique aussi celui de pouvoir se déterminer sur les moyens de faits et de droit de la partie "et même sur l'argumentation nouvelle que le juge envisagerait de retenir d'office". Pour F. PERRET, Les conclusions et leur cause juridique au regard de la règle ne eat judex ultra petita partium, in: Mélanges Lalive, 601-602, "un principe cardinal de procédure (...) oblige le juge, lorsqu'il entend se fonder sur un principe juridique dont aucune partie ne s'est prévaluée et dont elles ne pouvaient prévoir qu'il serait pris en considération, à donner à ces dernières l'occasion de se déterminer conformément aux règles de procédure, faute de quoi il violerait leur droit d'être entendu".
- 77 Sans adjonction (le code utilise souvent les expressions moyen de preuve, moyen de fond, moyen préjudiciel et moyen d'exécution).
- 78 On la trouve également à l'art. 55 CPCN où elle remplace malencontreusement l'expression défense, employée à l'art. 67 CPCN 1925, ainsi qu'à l'art. 40 al. 3 CPCN où elle vise tant le droit que les faits.
- 79 CCC V 523. Sur la distinction, voir BUCHER, op. cit. (n. 6), 37, ainsi que la note au JT 1953 III 95.
- 80 RJN 1990, 38; RJN 5 I 139; RJN 3 I 28.
- 81 Le jugement de la Cour civile du 2 octobre 1989 publié in RJN 1990, 38 témoigne des difficultés éprouvées par les juges neuchâtelois pour se défaire de l'ancienne jurisprudence.
- 82 BONNARD, op. cit. (n. 3), 45, 80; B. BERTOSSA/L. GAILLARD/J. GUYET, Commentaire de la loi de procédure civile du canton de Genève du 10 avril 1987, Genève 1988, no 2 ad art. 97.
- 83 **ATF 119 III 108**; **ATF 94 II 26**, JT 1969 I 322; **ATF 80 III 52**.
- 84

Sur cette notion, VON TUHR, op. cit. (n. 20), 18 ss.; W. SCHÖNENBERGER/P. JÄGGI, Commentaire zurichois, Zurich 1973, Vor [art. 1 CO](#), no 97 ss.

85 BUCHER, op. cit. (n. 6), 447; VON TUHR, op. cit. (n. 20), 25.

86 SCHÖNENBERGER/JÄGGI, op. cit. (n. 84), no 100.

87 L'audience d'instruction stricto sensu. Voir P. SCHWEIZER, op. cit. (n. 55). 505.

88 Art. 313, 348 CPCN. Il est vrai que selon l'art. 303 CPCN, qui reprend l'art. 177 al. 1 CPCN 1925 (dont l'al. 2, disparu, excluait la modification des conclusions après la notification de la réponse), "tous les moyens du défendeur, autres que les moyens préjudiciels, sont cumulés dans la réponse", mais l'ancienne jurisprudence indiquait que les moyens devaient être invoqués dans les exploits introductifs d'instance (CCC VI 97; RJN I I 26. Y compris la réplique précise le RJN 1990, 38). De plus, l'exception s'exerçant par une manifestation de volonté, il faut admettre qu'elle suit le régime de l'allégation des faits, et nous avons vu que la notion neuchâteloise de moyen de droit a perdu sa portée.

89 Voir BUCHER, op. cit. (n. 6), 446.

90 Les exigences posées par BONNARD, op. cit. (n. 3), 77, pour l'exception de prescription en procédure vaudoise, nous paraissent excessives. L'exception est une manifestation de volonté. Si elle peut être annoncée dans un exposé de droit, on peut également la soulever dans les allégués. Soulever une exception c'est exercer un droit (VON TUHR, op. cit. (n. 20), 24), et non invoquer un moyen de droit au sens strict du terme, car celui-ci vise à fixer les implications juridiques des faits allégués. Voir ATF 66 II 237, JT 1941 I 140; BUCHER, op. cit. (n. 6), 446. Contra: JT 1955 III 92.

91 "Pour apprécier le mérite de l'exception, le juge doit rechercher si les faits justificatifs ont été allégués et prouvés. Sinon l'exception n'est plus qu'un moyen dépourvu de base matériel". Note au JT 1953 III p. 95.

92 ATF 30 II 82, 87; ATF 66 II 237, JT 1941 I 140; BUCHER, op. cit. (n. 6), 389. "Un moyen doit être reconnaissable pour les autres parties en cause, soit qu'il soit invoqué formellement, soit qu'il se déduise des faits allégués", RJN 1990, 38.

93 Mais il faut alléguer qu'ils ont été exercés.

94 A moins qu'ils puissent s'exercer exclusivement au procès. Voir VON TUHR, op. cit. (n. 20), 21; ENGEL, op. cit. (n. 6), 30; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, op. cit. (n. 84), Vor. [art 1 CO](#), no 99. Certains peuvent l'être hors procès pendant un certain délai (par exemple, l'invalidation du contrat lésionnaire, [art 21 CO](#); voir VON TUHR, op. cit. (n. 20), 22), exclusivement, ou encore, après l'échéance du délai, en cours de procès, à titre de défense (en particulier la résolution de la vente ou la réduction du prix en cas de défaut, [art 210 al. 2 CO](#), ou encore la résolution de ne pas maintenir le contrat en cas de dol ou de crainte fondée, alors même que le délai d'une année pour faire cette déclaration serait écoulé, et que le contrat devrait être tenu pour ratifié, [ATF 84 II 621](#), JT 1959 I 472. Voir VON TUHR, op. cit. (n. 20), 279; ENGEL, op. cit. (n. 6), 356).

95 ATF 63 II 133, JT 1937 I 566, 573 in limine, a contrario.

96 La jurisprudence neuchâteloise ne semble pas faire la différence. Voir RJN 3 I 139

97 "Il suffit que la compensation soit déclarée conformément aux règles de la procédure cantonale", RJN 3 I 139, 143.

98 RJN 1990, 38.

99 Art. 153 CPCN. Dans le même ordre d'idée, RJN 1987, 84: Le paiement intervenu en cours d'un procès constitue un acquiescement de fait et justifie la condamnation de l'acquiesçant aux frais et dépens.

- 100 Les art. 314 et 315 CPCN ont avant tout été introduits pour tenir compte de cette hypothèse. Comparer RJN 1990 I 38.
- 101 RJN 1 I 183, le droit formateur continue à déployer ses effets de droit civil.
- 102 Pour d'autres exemples, voir BONNARD, op. cit. (n. 3), 72.
- 103 Le premier jugement est revêtu de la chose jugée, mais deux prétentions ne sont identiques que si elles se fondent sur les mêmes faits, et tel n'est pas le cas lorsque le nouveau procès porte bien sur une prétention qui avait été l'objet d'un jugement passé en force, mais sur la base de faits postérieurs audit jugement, [ATF 111 II 463](#), 1986 I 233.
- 104 [ATF 111 II 463](#), 1986 I 233, 235 in fine.
- 105 [ATF 94 II 263](#), JT 1970 I 41; [ATF 111 II 195](#), JT 1986 I 188; [ATF 111 II 463](#), JT 1986 I 233. Cf. LEU in H. HONSELL/N.P. VOGT/W. WIEGAND, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Bâle 1992, no 13 ad [art. 82 CO](#). Saisi d'une demande en condamnation inconditionnelle, le juge peut, sans violer la règle ne ultra petita, allouer la conclusion contre l'exécution d'une contre-prestation, RJN 6 I 414.
- 106 Il le serait, à tout le moins, si le demandeur réduit ses conclusions (art. 7 al. 2 CPCN, ce qui est possible jusqu'à fin de cause), et ne demande que le constat de sa créance.
- 107 La constatation du rapport de droit est une condition du jugement condamnatore. [ATF 96 II 129](#), JT 1971 I 263 et les arrêts cités.
- 108 Un intérêt juridique existe lorsque les rapports de droit entre les parties sont peu clairs et que cette incertitude peut être supprimée par la constatation judiciaire de l'existence et du contenu desdits rapports ([ATF 96 II 129](#), JT 1971 I 263). Si par exemple le défendeur conteste la validité d'un contrat et, subsidiairement, fait valoir que la prétendue créance de son adversaire n'est pas exigible, le juge, tout en admettant l'exception, devrait pouvoir constater l'existence ou la non existence de la créance dans son dispositif ([ATF 120 II 172](#): le juge ne statue pas ultra petita en constatant l'existence d'un rapport de droit plutôt que de rejeter simplement la demande négatoire de droit).
- 109 SCHÖNENBERGER/JÄGGI, op. cit. (n. 84), no 73 Vor. [art. 1 CO](#).
- 110 Par exemple ENGEL, op. cit. (n. 6), 41.
- 111 513 CO.
- 112 416 CO.
- 113 186 CO. Dans le canton de Neuchâtel, l'action en justice est exclue pour les créances découlant de la consommation de boissons alcooliques: art. 75 de la loi sur les établissements public du 1.2.1993.
- 114 A noter qu'en bonne doctrine, l'exception de la chose jugée devrait également se traduire par la négation de l'intérêt.
- 115 Voir [ATF 114 Ia 204](#), avec doctrine citée. A défaut d'obligation, le débiteur pourrait soulever une objection, alléguer un fait extinctif.
- 116 BONNARD, op. cit. (n. 3), 67.
- 117 P. TERCIER, La partie générale spéciale du CO, 2 ème éd. Zurich 1995, 177, no 1410.
- 118 Le point de savoir si ces deux droits formateurs ne peuvent être exercés que par une demande en justice est controversé en doctrine (voir H. HONSELL/N. P. VOGT/W. WIEGAND, op. cit. (n. 105), no 1 ad [art. 205 CO](#)). Dans la mesure où le délai instauré par l'article 210 CO pour l'action en garantie est un délai de prescription et non de péremption ([ATF 104 II 357](#), JT 1979 I 15), il faut admettre que ces droits formateurs sont indépendants de la demande, sinon on ne comprendrait pas pourquoi le délai pourrait être interrompu. Le droit formateur doit être exercé dans le délai de prescription. S'il ne l'a pas été et que le

vendeur agit en paiement, l'acheteur peut encore manifester sa volonté d'obtenir une réduction du prix ou de résilier la vente dans le cadre du procès.

- 119 W. YUNG, La théorie de l'obligation abstraite, thèse Genève 1930; voir H. HONSELL/N. P. VOGT/W. WIEGAND, op. cit. (n. 105), no 13 ad [art. 17 CO](#), no 7 ad [art. 67 CO](#). Après une période d'hésitation (ATF 40 II 460, JT 1915 I 522; ATF 45 II 291, JT 1919 I 423) le Tribunal fédéral a définitivement tranché en 1939: ATF 65 II 66, JT 1939 I 391, confirmé par ATF 75 II 296, JT 1950 I 304. ENGEL, op. cit. (n. 6), 602, se rallie étonnamment à la théorie abstraite.