

RALVAL	Règlement d'application de la loi limitant la mise en vente d'appartements loués, du 19 juin 1989	RSN 846.01
REI	Règlement concernant la détermination de l'estimation cadastrale des immeubles (bâtiments et terrains non agricoles), du 25 novembre 1992	RSN 631.022
REIAgr	Règlement concernant la détermination de l'estimation cadastrale des immeubles (bâtiments et terrains affectés à l'économie rurale), du 20 juin 1994	RSN 631.023
RELAFAM	Règlement d'exécution de la loi sur les allocations familiales et de maternité, du 10 décembre 1997	RSN 822.101
RELAJA	Arrêté d'exécution de la loi sur l'assistance judiciaire et administrative, du 9 juillet 1980	RSN 161.31
RELA_v	Règlement d'exécution de la loi sur la profession d'avocat, du 23 décembre 1998	RSN 165.101
RELCAT	Règlement d'exécution de la loi cantonale sur l'aménagement du territoire, du 16 octobre 1996	RSN 701.02
RELCdir	Règlement d'exécution de la loi sur les contributions directes, du 30 novembre 1965	RSN 631.01
RELConstr.	Règlement d'exécution de la loi sur les constructions, du 16 octobre 1996	RSN 720.1
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise	
RLEP	Règlement d'exécution de la loi sur les établissements publics, du 28 juin 1993	RSN 933.101
RLN	Recueil chronologique de la législation neuchâteloise	
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâteloise	
RSt	Règlement général d'application de la loi sur le statut de la fonction publique, du 15 janvier 1996	RSN 152.511
RU	Règlement d'urbanisme	
TA	Tribunal administratif	
TC	Tribunal cantonal	
Tciv	Tribunal civil	
TD	Tribunal de district	

LES DÉFENSES AU FOND SPÉCIALEMENT EN PROCÉDURE CIVILE NEUCHÂTELOISE

par

Philippe Schweizer – François Bohnet*

* Par ordre alphabétique décroissant.

SOMMAIRE

Introduction	13
A. Classification des défenses au fond	14
B. La limite entre contestation des faits et objection	15
1. Introduction	15
2. Le fardeau de la preuve : la distinction entre les faits générateurs, dirimants et extinctifs	16
3. Synthèse	21
C. La contestation des faits allégués par le demandeur	22
D. Les objections	23
E. Les exceptions de droit civil	29
1. L'essence de l'exception	29
2. L'exception, la contestation simple et l'objection	29
3. L'exception de droit civil et l'exercice d'un droit formateur	29
4. L'exception de droit civil dilatoire	32
5. L'exception de droit civil péremptoire	33
Conclusion	36
Bibliographie	36

Introduction

1. Il y a deux ans nous avons présenté dans ce recueil notre vision du régime des défenses relatives à l'instance et à l'action en matière civile dans le système neuchâtelois rafraîchi au début de cette décennie. La place nous manquait pour aborder le troisième thème que la logique appelait : le traitement procédural des défenses au fond. Si les interactions sont constantes entre le fond et la procédure, au point que le processus d'unification de la procédure semble désormais irréversible, il nous est apparu que les exceptions de procédure et les fins de non-recevoir pouvaient faire l'objet d'une publication séparée, l'emprise du droit fédéral étant moins marquée sur elles que sur les défenses qui se rattachent directement au droit matériel.

2. Après une errance à travers les métamorphoses tortueuses de notre droit de procédure, censée nous éclairer sur les sources, les fondements et les articulations du système actuel, nous pensions avoir fait le plus difficile. Une fois analysés les moyens de pure procédure il ne resterait plus qu'à dissiper les incertitudes que fait naître la lecture des écrits consacrés à la distinction entre les exceptions et les objections, puis à en tirer les conséquences sur le terrain de ce droit de procédure enfin apprivoisé. Candide vision des choses. A peine la première question de fond était-elle clairement posée qu'une autre surgissait, plus épineuse, qui à son tour en appelait une troisième, plus ardue encore.

3. Contester, objecter, exciper. Ces trois attitudes paraissent clairement distinctes. Dans un droit imprégné par l'adage *actori incumbat probatio* qui a trouvé son expression légale à l'art. 8 CC¹, celui qui se borne à réfuter les allégations adverses peut rester passif et spéculer sur le résultat de l'administration des preuves ; l'objection permute les rôles, toujours sur le terrain du fait, et l'exception fait basculer le débat sur le plan du droit ; la cause est entendue. Mais c'est compter sans les présomptions qui, déplaçant le thème de la preuve, provoquent un renversement décalé du fardeau et révèlent aussitôt la naïveté du modèle qui nous avait instinctivement inspiré. D'autant que la répartition du fardeau est délicate elle aussi dans de nombreux cas, même si la distinction classique entre les faits générateurs, les faits dirimants et les faits extinctifs fournit quelques points de

¹ Laissons de côté pour l'instant les faits qui se rattachent à l'ordre public.

repère². Repoussés bien en amont de la problématique entrevue au départ, nous n'avions plus qu'à retrousser nos manches...

A. Classification des défenses au fond

4. 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.

5. Selon la doctrine germanique postclassique³, il dispose de trois solutions, qu'il peut cumuler :

- contester les faits allégués par le demandeur⁴;
- opposer une objection⁵, soit alléguer des faits distincts⁶, dont il résulte que le droit du demandeur n'existe pas, malgré les faits avancés par lui;
- soulever une exception de droit civil⁷, c'est-à-dire invoquer le droit de ne pas s'exécuter à raison d'un motif spécial.

6. Cette construction, importée dans notre pays par von Tuhr⁸, a été reprise unanimement par les auteurs suisses⁹ et par le Tribunal fédéral¹⁰. Elle se distingue de l'ancienne conception¹¹ – non remise en cause en France¹² – qui réunis-

² La plupart des études consacrées au fardeau de la preuve montrent en effet qu'on n'échappe pas dans ce domaine à un certain subjectivisme. Cf. à ce propos Ph. Schweizer, La preuve de la causalité – droit suisse, in *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Genève 1991, p. 173 ss., 181-185, et les références.

³ Par exemple, K. Cosak, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, Iena 1899, vol. I, p. 279; P. Langheinecken, *Anspruch und Einrede nach dem deutschen BGB*, Leipzig 1903, p. 46 ss. Pour une liste détaillée, voir Bonnard, p. 46, notes 17 et 18.

⁴ *Infra*, N° 17 ss.

⁵ *Infra*, N° 21 ss.

⁶ Un fait étant distinct dès qu'il ne s'oppose pas à un fait générateur du droit invoqué par l'adversaire.

⁷ *Infra*, N° 32 ss.

⁸ Comparer *Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, vol. I, Leipzig 1910, p. 292 ss. et La Partie générale du Code fédéral des obligations, traduit par M. Torrenté et E. Thilo, vol. I, Lausanne 1929, p. 22, § 3 IV. Voir également H. Oser, *Commentaire zurichois*, Zurich 1915, N° 2 ad art. 145.

⁹ Voir Bucher, p. 37; A. K. Schnyder in Honsell/Vogt/Wiegand, N° 1 ad art. 145 CO; P. Gauch/W. Schluep/P. Tercier, La partie générale du CO, Zurich 1978, p. 18, N° 76; Engel, p. 33. H. Becker, *Commentaire bernois*, 2^e éd., Berne 1941, N° 3 ad art. 145, s'en tient à l'ancienne conception.

¹⁰ Par exemple ATF 63 II 133, JT 1937 I 566.

¹¹ Voir par exemple V. Rossel, *Manuel du droit fédéral des obligations*, 4^e éd., Lausanne 1920, p. 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.

¹² 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, p. 282; R. Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2^e éd., Paris 1949, p. 49; *Encyclopédie Dalloz*, N° 3.

sait les deux dernières hypothèses dans la seule notion élargie 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 distinct*¹³. Les auteurs du Code des obligations ont utilisé l'ancienne terminologie¹⁴.

B. La limite entre contestation des faits et objection

1. Introduction

7. La doctrine moderne s'est astreinte à distinguer les exceptions des objections, mais la frontière entre les objections et la seule contestation des faits allégués par l'adversaire n'a pas éveillé beaucoup d'ardeur scientifique à ce jour, même si cette délimitation passe par l'examen de questions délicates qui se rattachent à la répartition du fardeau de la preuve. Certes, objecter, c'est d'abord alléguer un fait, et le fardeau de l'allégation se distingue du fardeau de la preuve¹⁵, bien que leur régime soit lié à bien des égards. 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, et dans cette mesure l'objection se traduit par

¹³ Bonnard, p. 42, note 8. Les fins de non-recevoir sont également incluses dans la définition. A noter que, dans notre conception, la terminologie utilisée dans le passage cité est incorrecte; c'est la demande, qui est écartée (ou plutôt rejetée). L'action, elle, existe ou n'existe pas.

¹⁴ Voir par exemple les art. 18 al. 2, 145, 169 et 179 CO.

¹⁵ Le premier dépend principalement (RJN 5 I 16 et les références) du droit cantonal (RJN 4 I 63 et les arrêts cités; ATF 78 II 97; 108 II 340, 343; 115 II 2; 116 II 196, 201; 117 II 113). En revanche, le droit fédéral détermine si les faits allégués dans les formes et délais du droit de procédure applicable sont suffisants pour que la prétention déduite en justice soit protégée, ATF 98 II 113; 105 II 143; 108 II 337; voir aussi J.-F. Poudret, vol. II, N° 42.1 ad art. 43; H. Schmid in Honsell/Vogt/Geiser, N° 31 ss. ad art. 8 CC et les références. 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, pp. 257-280). Les lois de procédure déterminent le régime de l'allégation des faits (maxime inquisitoriale ou des débats; pour plus de détails sur cette terminologie, cf. Ph. Schweizer, Le recours en revision, thèse Neuchâtel 1985, p. 32); le second du droit fédéral: l'art. 8 CC pose le principe que chaque partie doit prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit, et détermine ainsi qui supporte l'échec dans la preuve du fait allégué. Il ne faut pas tirer de l'art. 8 CC un principe de droit fédéral imposant aux parties l'obligation d'alléguer les faits dont elles déduisent un droit. ATF 78 II 97; Deschenaux, p. 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 celui de la preuve qui vont de pair sauf exception (ATF du 12.12.1996, in SJ 1997, p. 240; 97 II 339 pour le principe; pour l'exception, par exemple en matière d'avis des défauts, cf. les arrêts commentés par P. Tercier, in DC 4/93, p. 101 ss et ATF 107 II 54; plus nuancé, ATF du 20.7.1992, in SJ 1993, p. 262 et la note A. Schmitt, L'avis donné en temps utile est une condition de recevabilité de l'action en garantie; alléguer que l'avis a été donné contient l'allégation implicite de ce qu'il l'a été en temps utile). 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; voir Poudret, vol. II, N° 4.2.2 ad art. 43; Kummer, Nos 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.

une inversion des rôles. Le traitement de l'objection est identique en principe à celui de la prétention opposée. Son sort dépendra donc, notamment, de la répartition des deux fardeaux.

8. Dans un système inquisitorial, la portée des objections est restreinte, la reconstitution des faits relevant de la responsabilité du juge dans la limite des conclusions des parties. Cependant, et comme bien d'autres, la procédure civile neuchâteloise s'inspire de la maxime des débats¹⁶ et prévoit que «le juge ne peut ni suppléer, ni suggérer des faits qu'une partie n'alléguerait pas spontanément»¹⁷. Ainsi le demandeur doit alléguer tous les faits générateurs de son droit et il supporte le risque¹⁸, en cas d'échec dans la preuve qui s'y rapporte. De même, le défendeur qui objecte doit alléguer et prouver les faits qui, selon lui, anéantissent le droit qu'on lui oppose malgré les faits avancés et prouvés par son adversaire.

2. Le fardeau de la preuve: la distinction entre les faits générateurs, dirimants et extinctifs

9. 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 de tous les faits que présupposent la naissance et la survie de ce droit, son adversaire pourrait se contenter de contester l'intégralité de ses allégations¹⁹. Mais le principe est moins absolu²⁰. Le droit commun a posé des règles que ni la doctrine, ni la pratique, ni le législateur suisse n'ont remises en cause²¹: on ne peut faire porter le risque d'un échec de la preuve d'une infinité de faits positifs et négatifs par demandeur exclusivement²². Aussi la répartition du fardeau de la preuve s'articule-t-elle autour de la distinction entre faits générateurs, extinctifs et dirimants, elle-même liée à l'institution de la présomption légale²³. Sur

¹⁶ 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. Voir également ATF 122 III 404, en matière de droit de visite; art. 145 al. 1 CC pour le nouveau droit du divorce.

¹⁷ Art. 57 CPCN.

¹⁸ La perte du procès.

¹⁹ Pour que le demandeur obtienne gain de cause dans un procès en paiement, preuve devrait par exemple être faite de ce que la créance n'a pas été cédée, de ce que le débiteur n'était pas incapable de discernement au moment de conclure, etc.

²⁰ Von Tuhr, p. 23, note 27; E. Egger, N° 8.

²¹ Deschenaux, p. 235, avec doctrine citée en note 11.

²² Kummer, N° 112 ss.; Deschenaux, p. 236.

²³ Nous nous distançons de la doctrine majoritaire (E. Riegg, Beitrag zur Lehre von der Vermutung im Schweizerischen, Privatrecht, Zurich 1947; Kummer, N° 317 ss.; Deschenaux, p. 248 ss.; C. Wohlfahrt, Die Umkehr der Beweislast, thèse Zurich 1992, p. 29 ss. Egalement en France: voir Encyclopédie Dalloz, N° 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 point de vue dans les paragraphes qui suivent.

de nombreux points en effet, il suffit à celui qui invoque un droit d'alléguer certains faits et d'en prouver d'autres (moins difficiles à démontrer) pour que la preuve des faits allégués soit censée avoir été rapportée²⁴. Le thème de la preuve est modifié²⁵. Le fait-indice (fait probant, prémisse) doit être établi par le titulaire prétendu du droit litigieux: si la mère prouve que le père a cohabité avec elle (fait-indice), la paternité est présumée²⁶. La partie adverse peut soit contester la cohabitation et tenter d'apporter la *contre-preuve*²⁷, ici la non-réalisation du fait-indice, la cohabitation pendant la période critique, soit apporter la *preuve du contraire*²⁸, en alléguant et prouvant des faits dirimants (qui ont empêché la naissance du droit), ici en démontrant que malgré la cohabitation la paternité est exclue ou moins vraisemblable que celle d'un tiers²⁹, ou extinctifs (qui ont entraîné l'extinction du droit), le droit d'agir est périmé par exemple. Autre exemple: aux termes de l'art. 170 al. 3 CO, les intérêts arriérés sont présumés avoir été cédés avec la créance principale. Le cessionnaire 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 aux intérêts. La partie adverse peut contester que la créance principale ait été cédée. Dans le doute, la demande sera rejetée³⁰. Mais sans contester la cession de créance, le défendeur peut aussi 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 de présomption, la cession des intérêts serait un fait générateur, l'absence de cession une simple contestation, tout comme la mère devrait alléguer et prouver directement la paternité du défendeur si l'art. 262 CC ne lui facilitait la tâche. Le thème de la preuve est modifié, le fardeau de la preuve du fait présumé inversé: de par la présomption, un fait matériellement créateur voit son contraire se transformer en un fait dirimant.

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 de droit. Kummer, N° 362; Deschenaux, p. 249. Les présomptions de fait facilitent la preuve mais n'en déplacent pas le thème ni n'en inversent le fardeau; elles relèvent par principe de l'appréciation des preuves (ATF 125 III 100; ATF 117 II 256, JT 1992 I 308, et les références).

²⁵ Kummer, N° 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 Voir Schmid, in Honsell/Vogt/Geiser, N° 36 ad art. 8 CC, et les références.

²⁸ Voir Schmid, in Honsell/Vogt/Geiser, N° 35 ad art. 8 CC, et les références. 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 125 III 100; ATF du 28.6.1996, in SJ 1997, p. 52.

²⁹ Art. 262 al. 3 CC.

³⁰ Deschenaux, p. 251.

10. Pour Kummer³¹ les faits dirimants ne sont pas nécessairement liés aux présomptions. Le fardeau de la preuve peut être inversé sans que le thème de celle-ci soit modifié. Cet auteur distingue donc les règles de pure inversion et les présomptions qui conduisent à l'admission d'un fait par la preuve d'un autre. Dans cette optique, dire que la faute est présumée dans le domaine de la responsabilité contractuelle serait une erreur de raisonnement parce que la preuve de la faute n'est déduite de celle d'aucun autre fait. Elle n'a simplement pas à être prouvée par celui qui invoque la responsabilité contractuelle. Cette opinion ne nous convainc pas car la règle d'inversion s'inscrit toujours dans un contexte factuel bien précis: 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 présume³² 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 alléguée et prouvée par celui-ci. Le thème de la preuve est modifié: au lieu de l'inexécution fautive, c'est la seule inexécution qui doit être prouvée.

11. La présomption de bonne foi elle aussi a été au centre des débats. La doctrine dominante conteste que l'art. 3 al. 1 CC institue une présomption à part entière³³, faute de fait-indice. La bonne foi serait présumée «sans condition», on l'admettrait comme telle, d'où un simple renversement du fardeau de la preuve. Là encore 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. La «présomption» de bonne foi ne vaut en effet que quand la loi fait dépendre de celle-ci la naissance ou les effets d'un droit³⁴. Exemple³⁵: 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 pas la prouver. On infère ainsi la bonne foi du comportement de celui qui invoque la prescription acquisitive.

³¹ N° 352, implicitement.

³² H. Schüpbach, *Justice civile helvétique*, Paris 1981, ch. 92 (2), note 12, donne l'art. 97 CO comme exemple de présomption légale d'un fait.

³³ E. Egger, *Commentaire zurichois*, *Einleitung*, art. 8 CC, 2^e éd., Zurich 1930, N° 24; Rtiegg, p. 44; Kummer, N° 354; P. Jäggi, *Commentaire bernois*, Berne 1962, N° 98 ad art. 3 CC. Plus nuancé, Deschenaux, p. 202.

³⁴ Art. 3 al. 1 i.f. CC.

³⁵ Emprunté à Deschenaux, p. 203.

12. Dire qu'il ne peut y avoir présomption que lorsqu'un fait peut être prouvé indépendamment de la preuve du fait-indice³⁶ est inexact à notre avis. 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 que la preuve du fait-indice est incluse dans celle du fait présumé (la preuve directe de la paternité contient la preuve de la cohabitation – les méthodes modernes de procréation étant réservées –, alors même que celle-ci ne pourrait être prouvée), 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 capital³⁷). Mais il arrive que le fait présumé présuppose le fait-indice dont la preuve directe est elle-même nécessaire. L'accord des parties de ne se lier que dès l'accomplissement d'une forme déterminée³⁸ ne peut être établi sans preuve directe du fait-indice: la décision des parties d'opter pour un certain formalisme.

13. En fait, la doctrine ne voit de présomptions que où la loi fait expressément référence à cette notion³⁹, même si, d'un point de vue théorique, elle peut concevoir une formation coutumière⁴⁰. En revanche, l'inversion du fardeau de la preuve est souvent déduite de principes généraux et de l'interprétation des textes légaux⁴¹. A notre sens, toute inversion implique une présomption, même si la prémisse ne saute pas aux yeux. Prenons un fait extinctif: la dette est éteinte par novation ou compensation, elle a été remise, il est devenu impossible, sans faute, de l'honorer, etc.⁴². Nul doute que celui qui entend se libérer sur une base semblable doit alléguer et prouver l'extinction, ce qui démontre que le créancier bénéficie de la présomption que son droit existe encore et qu'il lui suffit de prouver le fait-indice: avoir été titulaire du droit qu'il invoque⁴³. Là aussi le thème de la preuve est décalé: plutôt que de devoir prouver l'existence de son droit le jour où il l'exerce, le créancier peut se contenter d'en démontrer les faits générateurs,

³⁶ Selon Kummer, N°s 318 et 354, entre les lignes, la prémisse de la présomption ne devrait pas faire partie des conditions de l'effet juridique. Voir également P. Jäggi, *Commentaire bernois*, *Einleitung*, Berne 1962, N° 98 ad art. 3 CC.

³⁷ Cf. art. 89 al. 2 CO a contrario, exemple de «véritable» présomption pour P. Jäggi, *Commentaire bernois*, Berne 1962, N° 98 ad art. 3 CC, repris par Deschenaux, p. 202, note 34.

³⁸ Fait présumé par l'art. 16 al. 1 CO; Kummer, N° 323, admet que cette disposition institue une présomption.

³⁹ Art. 16 al. 1, 89 al. 3, 176 al. 3, 190 al. 1, 220, 481 al. 2 CO, 32 al. 2 CC, etc.; Kummer, N° 323. Le cas particulier de l'art. 3 al. 1 CC a été traité ci-avant.

⁴⁰ Kummer, N° 317; Egger, N° 23; Deschenaux, p. 249.

⁴¹ Kummer, N° 160 ss.; Deschenaux, p. 240 ss.

⁴² Kummer, N° 160; Egger, N° 7; Schmid, in Honsell/Vogt/Geiser, N° 58 ad art. 8 CC; extinction: ATF 125 III 78; 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.

⁴³ P. Jäggi, *Commentaire zurichois*, Zurich 1959, N°s 45-46, 58 ad art. 966 CO; A. Schmitt, note à l'ATF du 20.7.1992, in SJ 1993, p. 270.

par exemple en produisant un titre de créance⁴⁴. Les faits extinctifs devront alors être objectés et prouvés par le débiteur. L'inverse ne saurait être posé en principe car le contraire des faits extinctifs se dissout presque toujours en une infinité de faits négatifs indéterminés, ce qui rendrait la preuve diabolique si l'on appliquait le schéma de répartition classique: le créancier devrait établir par exemple que la créance sur laquelle il fonde sa réclamation n'a été cédée, remise, compensée, etc. à aucun moment⁴⁵.

14. Si le fait générateur évoque la naissance, le fait extinctif la mort, des concepts qui parlent à l'instinct, le fait dirimant pourrait prendre les traits d'une sorte de coma originel ou de mort virtuelle – provisoire parfois pour tout simplifier – du droit, qu'il est plus difficile de rattacher à cette dichotomie fondamentale. Les faits générateurs et l'absence de faits dirimants ont trait à la naissance du droit, mais la seconde n'a pas à être alléguée par celui qui invoque le droit litigieux; elle est présumée. Le demandeur peut donc se contenter d'alléguer même implicitement une circonstance telle que l'existence de son cocontractant; la capacité de discernement de celui-ci sera présumée⁴⁶. D'un accord concordant de volontés manifestées, on admettra qu'il n'est pas entaché d'un vice ou d'une lésion, ni qu'il est simulé. Mais où s'arrêtent ces présomptions⁴⁷? Toute la difficulté est là. La doctrine a dégagé plusieurs critères, ceux par exemple qu'elle a tirés de l'*anomalie du fait allégué* et de la *dérogation à la règle*⁴⁸, qui se rejoignent en partie. Ainsi, la capacité de discernement est la règle, l'incapacité l'exception. Dès lors, celui qui invoque un droit peut se contenter d'alléguer et de prouver les faits qui l'établissent dans des circonstances normales. La simulation empêche que l'accord des manifestations de volonté déploie ses effets mais c'est l'exception et il appartient à celui qui plaide l'existence d'une situation exceptionnelle de prouver qu'elle est réalisée. De même pour le consentement de la victime, la légitime défense ou l'état de nécessité⁴⁹ en matière délictuelle. Les faits dirimants, manifestation d'une anomalie, devront être objectés et prouvés par celui qui s'en prévaut.

⁴⁴ C. Bindschedler, *Die amortisierbaren Papiere*, thèse Zurich 1888, p. 4; G. Flattet, *Essai sur la nature juridique des titres nominatifs*, thèse Lausanne 1945, p. 32, N° 19, p. 40; P. Jäggi, *Commentaire zurichois*, Zurich 1959, N° 114 ss., 134 ss. ad art. 965 CO.

⁴⁵ Deschenaux, p. 247; Kummer, N° 96. Ces auteurs y voient une inversion du fardeau de la preuve. Voir également ATF 100 Ia 12, JT 1975 I 226.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ Ou inversions du fardeau de la preuve selon les théories évoquées plus haut.

⁴⁸ Pour une systématique et une casuistique plus détaillée, voir Kummer, N° 167 ss.; Deschenaux, p. 241 ss.

⁴⁹ Ou 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.»

15. Dans tout procès, et par définition car l'inverse signifierait que l'exposé des faits de la moindre demande prendrait les dimensions d'un annuaire téléphonique ou d'une flibuste oratoire du sénateur Smith⁵⁰, certains faits généraux, non présumés, ne sont allégués que de manière implicite⁵¹, ce qui implique encore la distinction entre fait créateur et fait dirimant. Si le demandeur affirme 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 essentiels⁵², et cas échéant que les parties ont respecté les formes légales ou convenues⁵³. Le bon-sens, et peut-être une paresse compréhensible, conduisent la pratique à assimiler *de facto* ces allégations générales à des présomptions, et à renoncer à une atomisation des faits générateurs, dans la mesure où aucune contestation spécifique ne vise les allégations sous-entendues.

3. Synthèse

16. En bref, *contester*, c'est nier les faits générateurs du droit invoqué par l'adversaire sur qui pèse l'*onus probandi*, alors qu'*objecter* consiste à alléguer, puis prouver, des faits dirimants ou extinctifs⁵⁴ dont il résulte que le droit adverse n'existe pas nonobstant la réalité des faits générateurs. Le moment est venu de s'attaquer au régime procédural des moyens de fond dans notre système.

⁵⁰ Hommage soit rendu ici au professeur Jean-François Aubert, plus spécialement à son cours de droit constitutionnel comparé, Université de Neuchâtel, 1976-1977.

⁵¹ Le Tribunal fédéral, qui opère avec la notion d'allégué implicite, reconnaît cette nature à des faits que nous considérons comme présumés: ATF 48 II 355, JT 1923 I 173.

⁵² 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, N° 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, en revanche, est présumée. Engel, p. 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.

⁵³ Engel, p. 33, estime que le vice de forme doit être *objecté*. Nous suivons l'avis de Kummer, N° 238, et Deschenaux, p. 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.

⁵⁴ Il y a fait distinct, et donc objection, même si le contraire du fait dirimant ou extinctif a été allégué par l'adversaire (voir infra N° 17). Si le demandeur allègue qu'il n'a pas cédé sa créance, la contestation de ce fait par le défendeur est une objection.

C. La contestation des faits allégués par le demandeur

17. 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 ce découpage une opposition entre contestation des faits allégués et objections. Même lorsque le défendeur se contente de s'expliquer sur les faits de la demande en les contestant⁵⁵, il peut arriver qu'il soulève une objection, comme quand il conteste le contraire d'un fait dirimant ou extinctif allégué par le demandeur. A l'inverse, les allégations spécifiques du défendeur peuvent parfois s'analyser comme de simples contre-faits (il allègue par exemple que le contrat n'a pas été conclu faute d'accord sur les points essentiels), même si dans la règle il s'agit de faits distincts (il ne conteste pas l'existence d'un contrat mais objecte⁵⁶ qu'il s'est d'ores et déjà exécuté).

18. De nos jours les deux défenses interviennent au même stade de la procédure, mais cela n'a pas toujours été le cas. Selon la procédure coutumière neuchâteloise, les objections, comme 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 la fin de non-recevoir (comprenant les objections et les exceptions de droit civil) et la négative, cette structure se justifiant par le fait qu'il pouvait résulter des moyens soulevés par le défendeur, dont il devait apporter la preuve, 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 floues⁵⁷ – 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. La contestation n'est pas soumise à une forme particulière. Elle peut être déclarée à l'audience d'instruction⁵⁸. Lorsque la procédure est contradictoire, tout fait qui n'est pas expressément admis est réputé contesté⁵⁹. L'aveu judiciaire est indivisible⁶⁰. En cas de défaut, à

⁵⁵ Il peut aussi les admettre, déclarer les ignorer ou contester qu'il s'agisse de faits.

⁵⁶ Car la naissance de la créance fait présumer qu'elle n'est pas éteinte.

⁵⁷ «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 praticiens de l'époque 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, p. 150.

⁵⁸ Art. 318 al. 1, 320 al. 2 CPCN.

⁵⁹ RJN 3 I 94; 5 I 104; 6 I 161; 1986, p. 80, et les références.

⁶⁰ RJN 1 I 96, 240; 2 I 81, et les références.

l'audience d'instruction, du défendeur qui ne s'est pas encore expliqué sur les faits de la demande, les allégations adverses seront réputées admises⁶¹, mais le juge peut ordonner des preuves s'il a des doutes sur leur exactitude⁶².

19. D'un point de vue temporel, les plaideurs n'ont donc plus à se soucier de la nature des faits qu'ils allèguent, dans la mesure où ceux-ci se rapportent au fond du droit, et non pas à l'action ou à l'instance⁶³. Ils doivent les exposer lors de l'échange des écritures⁶⁴ (l'état de fait peut être complété dans la mesure exigée par de nouvelles conclusions jusqu'à l'audience d'instruction⁶⁵), qu'il s'agisse de contestations ou d'objections. Les faits survenus en cours d'instance peuvent être allégués dans les trente jours dès leur survenance, jusqu'à clôture des débats⁶⁶, dans un complément à la demande ou à la réponse (art. 314-315 CPCN)⁶⁷.

20. D'un point de vue probatoire en revanche les deux moyens (contestation simple ou objection) sont soumis à un régime opposé: les faits générateurs contestés doivent être prouvés par celui qui les invoque, tout comme les objections, quelle que soit la forme qu'elles revêtent (allégation d'un fait distinct ou contestation du contraire d'un fait dirimant ou extinctif). Dans les deux cas bien sûr la contre-preuve peut être tentée mais son échec ne tire pas à conséquence⁶⁸.

D. Les objections

21. Les objections visent à détruire, par l'allégation d'un fait extinctif ou dirimant, les présomptions légales dont bénéficie celui qui invoque un droit en justice. Elles peuvent être soulevées tant par le demandeur que par le défendeur: actionné en remboursement d'un prêt, le défendeur objecte que la dette a été remise. Le demandeur peut répliquer par le fait dirimant qu'il était incapable de discernement au moment de la remise de dette; les rôles sont inversés.

⁶¹ Art. 205 al. 1 CPCN.

⁶² Art. 205 al. 2 CPCN.

⁶³ Comparer art. 161 et 162 CPCN.

⁶⁴ 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.

⁶⁵ Art. 313 CPCN. L'audience d'instruction *stricto sensu*, à savoir la première audience d'instruction. Voir Schweizer, p. 505. Jusqu'à fin de cause, selon l'art. 7 al. 2 CPCN, en cas de réduction des conclusions.

⁶⁶ 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.

⁶⁷ Le code parle de «moyens 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. Le législateur avait en vue des moyens constituant des exceptions, comme la prescription, cf. RJN 3 I 26, et les références.

⁶⁸ ATF 115 II 305; 120 II 397.

22. L'objection étant l'allégation d'un fait, d'une part, le juge appliquant le droit d'office⁶⁹, d'autre part, il suffit que les faits qui concrétisent l'objection soient allégués et démontrés; il n'est pas nécessaire de soulever un moyen spécifique⁷⁰. L'abus de droit par exemple, prohibé par le droit matériel⁷¹, doit être relevé d'office par le juge lorsque les faits constitutifs de l'abus sont allégués et prouvés conformément à la procédure cantonale⁷². En règle générale, l'allégation et la preuve en seront certes apportées par celui à qui l'objection profite, mais si l'abus de droit découle des faits allégués par son auteur lui-même et que le dossier les confirme⁷³, le juge retiendra l'abus d'office⁷⁴.

23. Telle est la grande différence entre les exceptions de droit civil et les objections, car l'exception de droit civil suppose une manifestation de volonté en procédure⁷⁵. Le moyen doit être expressément soulevé⁷⁶. On y reviendra à propos de la différence de traitement des exceptions de droit civil et des objections tirées de l'exercice d'un droit formateur résolutoire ou modificatif⁷⁷.

24. La jurisprudence neuchâteloise publiée ne fait pas de distinction entre objection et exception, cette expression étant utilisée sans rigueur⁷⁸. Les deux moyens sont simplement décrits comme des moyens de fond, qui s'opposent aux moyens préjudiciels⁷⁹. La compensation et la prescription obéissent ainsi au même régime⁸⁰. Penchons-nous sur la notion de moyen.

⁶⁹ 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 5/1995, p. 661.

⁷⁰ Von Tuhr, p. 25, § 3 IV; Arrêt du Tribunal fédéral du 18 novembre 1997, in RSJ 1998 p. 90 (considérant non publié au RO [ATF 123 III 469]).

⁷¹ Art. 2 CC.

⁷² ATF 88 II 18, JT 1962 300; ATF du 19 janvier 1995, in PJA 5/1995, p. 661.

⁷³ Le juge peut d'office faire administrer les preuves nécessaires, art. 57 al. 2 CPCN.

⁷⁴ Bonnard, p. 61.

⁷⁵ Arrêt du Tribunal fédéral du 18 novembre 1997, in RSJ 1998 p. 90 (considérant non publié au RO [ATF 123 III 469]).

⁷⁶ Comparer ATF 80 III 52 et ATF 94 II 37, JT 1969 I 348.

⁷⁷ Voir infra N° 36 ss.

⁷⁸ CCC V 523; RJN 3 I 28; RJN 5 I 139; RJN 1980-1981, p. 65; RJN 1988, p. 35; RJN 1990, p. 38; voir également les art. 306 et 308 CPCN qui évoquent l'exception de compensation, alors qu'il s'agit d'une objection selon nous; dans le même sens Bonnard, p. 60, note 34; de même RJN 3 I 139 qui parle d'objection de compensation et indique qu'il s'agit d'un mode d'extinction des obligations. Contra, R. de Kotzebue, Compensation et procédure, thèse Lausanne 1945, pp. 379-380, qui arrive à «la certitude négative que l'objection n'est pas le moyen propre à faire valoir la compensation au procès», pour des motifs tirés d'une conception matérielle (dépassée – cf. notre contribution in RJN 1997, N° 152-153) de l'autorité de la chose jugée et qui y voit une demande reconventionnelle lorsqu'elle est invoquée en procédure. Même le Tribunal fédéral utilise une terminologie flottante, par exemple quand il utilise les termes objecter et objection à propos d'un moyen de pur droit tiré de l'applicabilité d'une convention internationale, dans l'ATF 120 II 152 i.m.

⁷⁹ Voir également les art. 303 CPCN, 177 al. 1 CPCN 1925.

⁸⁰ CCC VI 97; RJN 3 I 26, 28.

25. L'article 69 CPCN 1925 portait 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 écritures⁸¹, à moins qu'il dût être retenu d'office.

26. Mais qu'est-ce qu'un moyen: s'agit-il de l'allégation d'un fait, de l'invoication d'un droit ou d'une combinaison des deux? 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»⁸², soit l'invoication 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 arguments⁸³, entendus comme «les motifs qui tendent à appuyer les faits de la cause sur le moyen invoqué»⁸⁴. Nul doute que les exceptions et les objections étaient comprises dans les moyens⁸⁵, 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 du 3 décembre 1931⁸⁶: actionnée en paiement d'une dette, la défenderesse, par son tuteur, avait signalé son déséquilibre mental qui avait provoqué son internement dans une maison de santé, dans sa réponse. Mais elle n'avait 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'au stade des conclusions en cause, soit tardivement pour le premier juge, censuré par la Cour de cassation civile au motif 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». La Cour précise ensuite que, soulevé au stade des conclusions en cause, ce moyen est un allégué tardif qui doit être pris en compte de par le droit fédéral. Ce disant elle ne distingue pas les faits constitutifs de l'objection des implications juridiques de celle-ci⁸⁷.

⁸¹ Art. 177 CPCN 1925; CCC VI 97; RJN 3 I 26.

⁸² CCC V 499; CCC V 523; CCC VI 54; CCC VI 97; ATC VI 408.

⁸³ 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.

⁸⁴ CCC VI 54; CCC VI 97. Voir H. Schüpbach, Le recours en cassation spécialement en procédure civile neuchâteloise, thèse Neuchâtel 1961, p. 104 ss.: «Le moyen est un agrégat d'arguments.»

⁸⁵ CCC VI 97.

⁸⁶ CCC V 523; voir également CCC VI 266.

⁸⁷ On ignore en revanche comment aurait réagi la Cour si les faits constitutifs de l'incapacité de discernement avaient été portés à la connaissance du juge non pas au travers de la réponse, mais de façon indirecte, par exemple à l'occasion de l'administration des preuves. Comparer art. 57 CPCN, 69a CPCN 1925, Bonnard, p. 61; von Tuhr: «La nullité doit être admise d'office dès que sa cause parvient officiellement à la connaissance du juge», p. 24 in fine; cf. aussi p. 200. Voir également RJN 7 I 157, où une ouverture en révision a été créée prétoriellement dans un cas d'incapacité de discernement.

27. La notion de moyen retenue à l'art. 69 CPCN 1925 a perdu toute portée depuis lors quand le droit matériel fédéral est en cause et que le recours en réforme est ouvert, le Tribunal fédéral ayant tiré dudit droit l'obligation pour le juge de l'appliquer d'office⁸⁸, sans restriction. Toute objection rattachée au droit de fond doit donc être relevée d'office par le juge, mais uniquement si les faits qui la sous-tendent ont été valablement allégués et prouvés, à moins qu'ils ne soient notoires ou que l'ordre public n'exige qu'ils soient pris en considération d'office. Le juge n'a pas à rouvrir les débats pour permettre à la partie adverse de se prononcer, même si le moyen n'est invoqué qu'au stade des plaidoiries écrites ou orales, ou s'il a l'intention de relever l'objection d'office⁸⁹.

28. Si la notion de moyen⁹⁰ a disparu à l'art. 57 CPCN, qui reprend le texte de l'art. 69 CPCN 1925 pour le surplus, elle a été maintenue à l'art. 348 al. 2 CPCN, et introduite aux art. 314 et 315 CPCN⁹¹.

29. Aux termes de l'art. 348 al. 2 CPCN, applicable à la procédure orale, « les parties peuvent faire valoir des moyens nouveaux à l'appui de leurs conclusions jusqu'à la clôture de l'instruction ». Cette disposition reprend l'art. 430 al. 2

⁸⁸ 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 juillet 1990, in DC 4/93, p. 101: le juge doit retenir d'office la tardiveté de l'avis des défauts lorsque les faits permettant de la constater ont été allégués en procédure. Peu importe que le vendeur (ou l'entrepreneur) ait tardé à invoquer ce moyen.

⁸⁹ 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; ATF 120 II 172, et les références. Contra: CCC V 523, RJN 3 I 26 et encore RJN 1990, p. 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. Dominicé/R. Patry/C. Reymond (édit.), Mélanges Lalive, Bâle/Francfort 1992, p. 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, pp. 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 ». Pour un aperçu de la jurisprudence française relative à cette question, cf. S. Guinchard, L'arbitrage et le respect du principe du contradictoire (...), in Revue de l'arbitrage 1007, p. 185 ss., 192-193.

⁹⁰ Sans adjonction (le code utilise souvent les expressions *moyen de preuve*, *moyen de fond*, *moyen préjudiciel* ou encore *moyen d'exécution*).

⁹¹ 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.

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 distingue entre les faits constitutifs du moyen et le moyen lui-même⁹². Aussi pensons-nous que l'intention du législateur, en adoptant l'art. 430 CPCN 1925, puis l'art. 348 al. 2 du code actuel, était certainement de permettre aux parties l'allégation de faits jusqu'à la clôture de l'instruction.

30. Les art. 314ss. CPCN sont également déconcertants: pris strictement, ils signifient que des faits survenus en cours d'instance ne peuvent être allégués que lorsqu'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 d'un demandeur accidenté se modifie, il doit pouvoir l'alléguer même s'il n'en tire pas un nouvel argument juridique. Les art. 314ss. CPCN sont inspirés de la jurisprudence ancienne⁹³ relative aux exceptions de droit civil et aux objections: les deux catégories ne sont pas distinguées, et les moyens doivent être expressément invoqués par celui qui s'en prévaut puisque, à l'origine, le droit n'était pas appliqué d'office. Mais malgré l'évolution de la jurisprudence fédérale, les tribunaux neuchâtelois n'ont jamais clairement séparé les exceptions de droit civil des objections⁹⁴. Le nouveau code s'inscrit dans ce contexte.

31. La brume qui entoure la notion de moyen et la portée du principe *jura novit curia* est aussi à l'origine indirecte d'une autre confusion, à notre avis. Les auteurs du nouvel art. 23 al. 2 de la Loi sur la nomination et la juridiction des prud'hommes (LJPH), entré en vigueur le 1^{er} janvier 1998, qui dispose que « lorsque la valeur litigieuse permet un recours en réforme au Tribunal fédéral, la Cour de cassation civile statue avec plein pouvoir d'examen », sont partis de l'idée que cette modification était nécessaire pour mettre le droit de procédure cantonal en conformité avec le droit fédéral⁹⁵. A tort selon nous⁹⁶. Le droit fédéral impose aux cantons une cognition en droit de ses tribunaux supérieurs qui ne soit pas plus restreinte que celle du Tribunal fédéral lorsque le recours en réforme est ouvert. Or le Tribunal fédéral applique le droit d'office dès l'instant où les

⁹² CCC V 523. Sur la distinction, voir Bucher, p. 37 et la note de C. Rathgeb, note au JT 1955 III 95-96.

⁹³ RJN 1990, p. 38; RJN 5 I 139; RJN 3 I 28.

⁹⁴ Le jugement de la Cour civile du 2 octobre 1989, publié in RJN 1990, p. 38, témoigne de la peine qu'ont les juges neuchâtelois à se défaire de l'ancienne jurisprudence.

⁹⁵ BGC 163 I 425.

⁹⁶ Voir ATF 107 II 237, qui reste d'actualité, si on le lit en parallèle avec l'ATF 118 II 52 qui concerne le droit du bail rénové.

griefs sont formulés de façon recevable. Il ne serait donc pas ou plus possible d'affirmer que «la Cour de cassation juge seulement les moyens valablement invoqués devant elle (...) En se saisissant de moyens qui n'ont pas été soulevés, elle statue sur des droits non déduits en justice, donc *ultra petita*»⁹⁷. Mais de cela, les art. 414ss. CPCN ne disent mot. L'art. 415 al. 1 lit. a, quant à lui, ouvre le recours pour fausse application du droit matériel, ce qui est compatible avec le droit fédéral. Certes, l'art. 23 al. 2 LJPH pourrait être compris comme une simple précision, puisque les mots «plein pouvoir d'examen» peuvent fort bien ne se rapporter qu'à l'application du droit, mais ils n'ont pas été pensés ni interprétés ainsi. En bref, le législateur semble avoir mal compris les exigences du droit fédéral, d'une part, et avoir estimé judicieux de transformer la Cour de cassation en cour d'appel en matière de bail et de droit du travail, d'autre part, point de vue auquel la Cour de cassation elle-même semble s'être ralliée⁹⁸ en principe, sans aller jusqu'au bout de son idée⁹⁹, fidèle certes aux intentions du législateur, mais que les textes n'imposaient pas. La même remarque vaut pour la nouvelle législation d'introduction du droit du bail¹⁰⁰.

32. Relevons au passage que la Cour de cassation civile retient d'office un moyen qui relève de l'ordre public, qu'il ait été soulevé devant l'autorité de jugement ou non¹⁰¹. Toutefois, pour qu'il soit pris en considération, il faut qu'il ressorte du dossier soumis au juge de première instance et qu'il ne soit pas mélangé de fait et de droit¹⁰². Le premier principe doit être nuancé quand les faits en cause sous-tendent l'action ou que le juge les établit d'office comme en matière prud'homale par exemple. Dans ce cas, la Cour de cassation doit relever le moyen lorsque l'autorité de jugement avait été mise en mesure de prendre conscience des faits qui l'étaient, et de les vérifier¹⁰³.

⁹⁷ H. Schüpbach, Le recours en cassation spécialement en procédure civile neuchâteloise, thèse Neuchâtel 1961, p. 283.

⁹⁸ RJN 1998, pp. 128, 129.

⁹⁹ Voir F. Bohnet, Prud'hommes à Neuchâtel: la Cour de cassation civile ne veut pas de son plein pouvoir d'examen, in *Plädoyer* 6/99, pp. 47-50.

¹⁰⁰ Art. 19b de la loi d'introduction des titres 8^e et 8^e bis du Code des obligations (bail à loyer et bail à ferme), adoptée le 28 juin 1993, cf. BGC 159 I 244.

¹⁰¹ CCC IV 19, VI 207; RJN 2 I 5, 4 I 125; Schüpbach, Le recours en cassation, spécialement en procédure civile neuchâteloise, thèse Neuchâtel 1961, précise que «le moyen est d'ordre public lorsque le juge doit en tenir compte d'office, selon la jurisprudence neuchâteloise» (p. 102).

¹⁰² RJN 2 I 6.

¹⁰³ En réalité la situation n'est pas claire, et il n'est pas exclu que la Cour se saisisse, à tort ou à raison, d'un moyen d'ordre public tel qu'une incapacité de discernement qui ne serait alléguée qu'au stade du recours. Dans le même ordre d'idées, la II^e Cour civile du Tribunal cantonal, saisie d'une action tardive en contestation d'une exhérédation, n'a pas hésité à déclarer héritiers les descendants de l'exhérité, alors que le statut de ceux-ci était totalement hors du débat, dans un considérant il est vrai et non pas dans le dispositif (ATC non publié du 6 juillet 1998, N°590).

E. Les exceptions de droit civil

1. L'essence de l'exception

33. Les doctrines allemande et suisse définissent l'exception de droit civil comme le droit de refuser la prestation due en raison d'un motif spécial, immédiatement ou à l'avènement d'une condition¹⁰⁴. L'exception est fondée sur des faits, ni extinctifs ni dirimants, qui confèrent au défendeur le droit de refuser une exécution due en principe. Le droit du demandeur est paralysé, temporairement (exception dilatoire) ou définitivement (exception péremptoire).

2. L'exception, la contestation simple et l'objection

34. Contrairement à la contestation des faits et à l'objection, l'exception ne tend pas à démontrer que le droit n'existe pas ou plus, elle ne vise pas la constatation de la non-naissance ou de la mort, elle est le droit à provoquer la paralysie. Et puisqu'elle n'est qu'un droit, celui qui veut s'en prévaloir doit l'exercer pour qu'il déploie ses effets. Aussi ne suffit-il pas d'alléguer les faits qui ont donné naissance à l'exception pour que le juge la retienne; il faut l'invoquer expressément en procédure¹⁰⁵. On ne saurait ainsi se borner à alléguer que l'exigibilité remonte à une date dont il résulte que la prescription est acquise pour que la demande soit rejetée; il faut encore que l'exception soit soulevée dans les formes et au stade prévus par la procédure cantonale¹⁰⁶.

3. L'exception de droit civil et l'exercice d'un droit formateur

35. Le défendeur principal ou reconventionnel peut toujours renoncer à faire valoir une exception. La paralysie étant susceptible de rémission (en principe), le moyen peut être valablement abandonné après avoir été soulevé. C'est ce qui distingue l'exception du droit formateur¹⁰⁷. Celui qui compense éteint sa dette par l'exercice d'un droit formateur. Il ne peut pas revenir en arrière; une dette éteinte n'est pas susceptible de résurrection. Mais s'il excipe de la prescription il peut valablement changer d'avis; s'il paie, son créancier ne sera pas enrichi¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Bonnard, pp. 45, 80; Bertossa/Gaillard/Guyet, N° 2 ad art. 97.

¹⁰⁵ Arrêt du Tribunal fédéral du 18 novembre 1997, in RSJ 1998 p. 90 (considérant non publié au RO [ATF 123 III 469]).

¹⁰⁶ ATF 119 III 108; ATF 94 II 26, JT 1969 I 322; ATF 80 III 52.

¹⁰⁷ Sur cette notion, von Tuhr, p. 18 ss.; P. Schönenberger/P. Jäggi, Commentaire zurichois, Zurich 1973, Vorbem. ad art. 1 CO, N° 97 ss.

¹⁰⁸ Bucher, p. 447; von Tuhr, p. 25; comp. art. 63 al. 2 CO.

36. Les exceptions doivent être expressément soulevées au procès¹⁰⁹. A Neuchâtel, pendant l'échange des écritures en procédure écrite (jusqu'à la première¹¹⁰ 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 orale¹¹¹. Si le défendeur rappelle dans un allégué qu'il a soulevé l'exception hors procès, il l'invoque implicitement, il fait valoir le moyen¹¹². Un allégué spécifique n'est pas nécessaire. Comme elle s'exerce par une manifestation de volonté, le défendeur peut l'exprimer dans ses allégués¹¹³, avec les faits qui sous-tendent le moyen¹¹⁴, ou, par extension, dans sa rubrique « en droit ». Il peut donc indiquer dans ses allégués que le contrat a été conclu douze ans auparavant et que la créance est prescrite, ou ne mentionner dans ses allégués que la date de conclusion, et soulever 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, tout comme relever que « la créance est prescrite » sans indiquer l'article sur lequel se fonde l'exception¹¹⁵.

¹⁰⁹ W. Schönenberger/P. Jäggi, Commentaire zurichois, Zurich 1973, Vorbem. ad art. 1 CO, N° 100.

¹¹⁰ L'audience d'instruction *stricto sensu*. Voir Schweizer, p. 505.

¹¹¹ 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 26. Y compris la réplique, précise l'arrêt publié au RJN 1990, p. 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.

¹¹² Voir Bucher, 446.

¹¹³ Les exigences posées par Bonnard, p. 77, pour l'exception de prescription 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, p. 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, p. 446. Contra: JT 1955 III 92.

¹¹⁴ « 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 matérielle », C. Rathgeb, note au JT 1953 III 95.

¹¹⁵ ATF 30 II 82, 87; ATF 66 II 237, JT 1941 I 140; Bucher, p. 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, p. 38.

37. Les droits formateurs s'exercent également par une manifestation de volonté. Mais comme ils peuvent avoir pour effet d'anéantir ou de modifier un droit, ils n'ont pas à être soulevés au procès¹¹⁶,¹¹⁷ s'ils l'ont déjà été hors procédure¹¹⁸. On peut donc distinguer les droits formateurs résolutoires ou modificatifs exercés hors procès et ceux qui le sont en procédure¹¹⁹. Les premiers, en tant qu'ils éteignent le droit, le modifient ou le restreignent, 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, 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 orale¹²⁰, comme pour les exceptions¹²¹. 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 un droit formateur, ne dépendant pas de faits survenus en cours d'instance, aurait pu être exercé en début de procès, le juge pourrait tout au plus en tenir compte dans la répartition des frais et dépens¹²².

¹¹⁶ Mais il faut alléguer qu'ils ont été exercés.

¹¹⁷ A moins qu'ils ne puissent s'exercer exclusivement au procès. Voir von Tuhr, p. 21; Engel, p. 30; W. Schönenberger/P. Jäggi, Commentaire zurichois, Zurich 1973, Vorbem. ad art. 1 CO, N° 99. Certains peuvent l'être hors procès pendant un certain délai (par exemple, l'invalidation du contrat lésionnaire, art. 21 CO; voir von Tuhr, p. 22) exclusivement, ou encore, après l'échéance du délai, en cours de procès, comme défense (en particulier la résolution de la vente ou la réduction du prix en cas de défaut, art. 210 al. 2 CO, ou 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, p. 279; Engel, p. 356).

¹¹⁸ ATF 63 II 133, JT 1937 I 566, 573 *in limine*, a contrario.

¹¹⁹ La jurisprudence neuchâteloise ne semble pas faire la différence. Voir RJN 3 I 139.

¹²⁰ « Il suffit que la compensation soit déclarée conformément aux règles de la procédure cantonale », RJN 3 I 139, 143.

¹²¹ RJN 1990, p. 38.

¹²² Art. 153 CPCN. Voir ATF 123 III 242: « Für das späte Vorbringen von Angriffs- und Verteidigungsmitteln kennt das Zivilprozessrecht eigene Sanktionen, welche einen Rückgriff auf Art. 2 ZGB entbehrlich machen. Insbesondere kann der sehr späte Zeitpunkt der massgeblichen Vorbringen durch eine Prozesspartei bei der Kostenverlegung berücksichtigt werden. Bei Fehlen einer entsprechenden ausdrücklichen Gesetzesbestimmung besteht diese Möglichkeit, wenn das kantonale Prozessrecht die Kostenverlegung nach Unterliegen und Obsiegen nur "in der Regel" vorsieht und keine abschliessende Aufzählung der Ausnahmen enthält. Die aufgelaufenen Aufwendungen können auch unnötig verursachte Umtriebe darstellen, welche unabhängig vom Ausgang des Verfahrens dem Verursacher aufzuerlegen sind. » Dans le même ordre d'idées, RJN 1987, p. 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.

38. Comme dit plus haut, l'exception doit être **soulevée** en procédure. Ainsi, si le demandeur allègue avoir tenté d'obtenir le **montant** réclamé hors procès et que le défendeur défaillant lui a opposé l'exception de prescription, le juge ne pourra pas retenir ce moyen, faute d'exception soulevée au procès. D'autre part, en cas de procédure contradictoire, l'exception ne peut être soulevée en tant que fait nouveau au sens des art. 314 et 315 CPCN que si les faits qui la sous-tendent se sont produits en cours d'instance¹²³. De plus, contrairement à l'exercice d'un droit formateur, l'exception soulevée hors procès ne constitue jamais un fait nouveau de sorte que, passé le stade de l'échange des mémoires, seule la réforme permet de soulever une exception négligée¹²⁴.

39. Notons enfin que le droit formateur est irrévocable, qu'il soit exercé en procédure ou hors procès, même si l'acte de procédure dans lequel il est incorporé est annulé – par une réforme, par exemple¹²⁵ – à moins que l'exercice même du droit formateur ait été entaché d'un vice de la volonté.

40. Cela précisé, il convient encore de distinguer l'exception de droit civil dilatoire de l'exception de droit civil péremptoire.

4. L'exception de droit civil dilatoire

41. 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) ou l'*exceptio non adimpleti contractus* (art. 82 CO)^{126, 127}.

42. En principe, lorsque l'exception est dilatoire, la demande doit être rejetée en l'état; le juge la déclare mal fondée, en tant que prématurée. Un nouveau procès¹²⁸ peut être intenté lorsque les conditions de l'exception ne sont plus

¹²³ Les art. 314 et 315 CPCN ont avant tout été introduits pour tenir compte de cette hypothèse; cf. Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil à l'appui d'un projet de Code de procédure civile neuchâtelois (CPC) du 11 mai 1988, p. 27; voir aussi RJN 1990 I 38 et les références, pour la prescription. Dans un arrêt non publié du 26 mars 1985 rappelé in ATF 125 III 213, le Tribunal fédéral a considéré comme contraire au droit fédéral une législation cantonale excluant la prise en compte de l'exception de prescription acquise en cours d'instance.

¹²⁴ Art. 94 ss. CPCN.

¹²⁵ RJN 11 183, relatif à la ratification d'un contrat soutiré par dol, exprimée dans un mémoire annulé par une réforme: «Les actes formateurs contenus dans un exploit ne suivent pas le sort de la procédure et continuent à déployer leurs effets de droit civil même si cet acte est annulé.»

¹²⁶ Voir ATF 123 III 16, et les références.

¹²⁷ Pour d'autres exemples, voir Bonnard, p. 72.

¹²⁸ 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, JT 1986 I 233.

réunies. Pour reprendre nos exemples, le débiteur principal est tombé en faillite, la prétention est devenue exigible, le demandeur a lui-même exécuté ou valablement offert d'exécuter sa prestation¹²⁹.

43. Ces deux derniers cas méritent un développement. Dans l'hypothèse où le défendeur se prévaudrait d'un terme, on peut imaginer que le juge rejette la conclusion condamnatoire mais constate l'existence de la créance¹³⁰, à condition que le demandeur ait un intérêt au constat, ce qui peut être le cas lorsque l'action condamnatoire est impossible¹³¹.

44. Lorsque le défendeur soulève l'*exceptio non adimpleti contractus* et que celle-ci se révèle fondée 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 n'admette devoir la contre-prestation¹³².

5. L'exception de droit civil péremptoire

45. L'exception péremptoire permet de paralyser *définitivement* le droit de l'adversaire. La prescription en est l'exemple le plus évident. L'exception de prescription valablement soulevée, la demande doit être déclarée mal fondée. Mal fondée et non irrecevable car en droit suisse rien n'empêche de faire valoir une créance prescrite. Il appartient à l'adversaire de s'opposer au droit en soulevant l'exception¹³³. La créance prescrite n'est pas dépourvue d'action¹³⁴, le défendeur est libre de ne pas actionner le couperet que le juge ne peut ni ne doit faire tomber à sa place.

¹²⁹ ATF 111 II 463, JT 1986 I 233, 235 in fine.

¹³⁰ La constatation du rapport de droit est une condition du jugement condamnatoire. ATF 96 II 129, JT 1971 I 263, et les arrêts cités.

¹³¹ 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).

¹³² 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. U. Leu, in Honsell/Vogt/Wiegand, N° 11 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 exécution d'une contre-prestation, RJN 6 I 414. En revanche, lorsque le défendeur ne soulève pas l'exception, le juge doit le condamner inconditionnellement, ATF 123 III 16.

¹³³ Comme exposé au N° 33 supra.

¹³⁴ W. Schönenberger/P. Jäggi, Vorbem. ad art. 1 CO, N° 73.

46. En ce sens, assimiler la dette prescrite à une obligation naturelle est inexact, si l'on définit l'obligation naturelle comme un lien de droit «dépourvu(s) d'action en justice ou d'exécution forcée»¹³⁵. Seules la dette de jeu, celle qui résulte d'un pari¹³⁶, la commission de courtage matrimonial¹³⁷ et, selon notre droit cantonal, la dette d'auberge¹³⁸, sont des obligations naturelles. Saisi d'une demande fondée sur une obligation de ce type, le juge doit la déclarer irrecevable faute d'action; il s'agit d'une fin de non-recevoir¹³⁹. Le régime de la prescription est autre. L'action existe, comme elle existe pour une créance non encore exigible. Mais le défendeur dispose d'un bouclier.

47. Le jugement qui déclare la demande mal fondée pour cause de prescription emportera chose jugée et la prescription acquise ne pourra plus être remise en cause si l'exception est soulevée à nouveau dans un procès ultérieur. Mais puisque le droit vit toujours, même si momentanément paralysé par un moyen péremptoire qu'il faut pourtant soulever à chaque procès comme on administre une piqûre tétanisante, on peut imaginer un demandeur obstiné repassant à l'attaque et un défendeur qui omette de renouveler l'exception¹⁴⁰.

48. Supposé que le juge ait officiellement connaissance de ce que l'exception avait été soulevée avec succès dans un procès précédent, on peut hésiter sur l'attitude qu'il devrait adopter en pareil cas, et soutenir que le demandeur n'aurait pas d'intérêt à agir à nouveau.

48. Les autres exceptions de droit civil péremptoires ne sont pas légion. La demande en paiement du solde d'une créance non couverte par le dividende d'un concordat, formée 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 affaiblie¹⁴¹. Le doute demeure. Au surplus les derniers exemples avancés par la doctrine ne sont pas convaincants: Bonnard¹⁴² 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 formateur¹⁴³. Le même auteur mentionne aussi l'article 590 al. 1 CC: «Les créanciers du défunt qui ne figu-

¹³⁵ Par exemple Engel, p. 41.

¹³⁶ 513 CO.

¹³⁷ 416 CO.

¹³⁸ 186 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 publics du 1.2.1993.

¹³⁹ Cf. notre contribution, in RJN 1997, Nos 2, 7, 13, 15.

¹⁴⁰ S'il soulève à nouveau l'exception, la chose jugée fera obstacle à l'examen de son bien-fondé.

¹⁴¹ Voir ATF 114 Ia 204, avec doctrine citée. A défaut d'obligation, le débiteur pourrait soulever une objection, alléguer un fait extinctif.

¹⁴² Bonnard, p. 67.

¹⁴³ P. Tercier, Les contrats spéciaux, 2^e éd., Zurich 1995, p. 177, N° 1410.

rent 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, donc il s'agit d'une objection. Von Tuhr classe parmi les exceptions péremptoires l'exception tirée 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 (modificatif en cas de réduction du prix, résolutoire en cas de résiliation de la vente)¹⁴⁴. Il voit également¹⁴⁵ 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.» Ce texte se fonde sur une prémisse dépassée en droit suisse, savoir l'idée que l'on puisse se trouver enrichi par une reconnaissance de dette matériellement abstraite (telle qu'admise en droit allemand). Mais en droit suisse il n'y a abstraction que pour la forme: la reconnaissance est valable même si elle n'indique pas la cause de la créance; encore faut-il que la créance reconnue repose sur une cause, présumée, dont le débiteur reste libre de prouver l'inexistence¹⁴⁶. Il s'agit d'une objection. Compte tenu de l'erreur de départ, cette disposition n'a aucune portée car soit la cause existe et le débiteur n'est pas appauvri, soit elle n'existe pas et le créancier n'est pas enrichi et la prescription n'a rien à voir dans cette affaire, d'autant moins que l'art. 120 al. 3 CO aurait suffi à régler le problème, supposé qu'il eût existé. En résumé, la reconnaissance de dette abstraite inverse 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

¹⁴⁴ 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, in Honsell/Vogt/Wiegand, N° 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.

¹⁴⁵ P. 27, 233-234.

¹⁴⁶ Sur l'ensemble de la question, voir par exemple W. Yung, La théorie de l'obligation abstraite, thèse Genève 1930; I. Schwenzler, in Honsell/Vogt/Wiegand, N° 11 ad art. 17 CO; S. V. Berti, même ouvrage, N° 7 ad art. 67 CO. Après une période d'hésitation (théorie du renversement du fardeau de la preuve: ATF 17 655; ATF 18 301, 304; ATF 18 324, 328; JT 1892 403; ATF 22 1138, 1147; ATF 23 II 818; ATF 29 II 471, 477; JT 1903 514; JT 1904 656; JT 1905 290; ATF 37 II 385; ATF 45 II 291, JT 1919 423. Théorie de l'obligation abstraite: ATF 20 211, 215; ATF 20 1181, 1191; ATF 26 II 397; ATF 33 II 399, 405, apparemment; JT 1915 I 522; ATF 41 II 446, 459; JT 1915 I 674, 684) le Tribunal fédéral a tranché en 1939: ATF 65 II 66, JT 1939 I 391, confirmé par ATF 75 II 293, JT 1950 I 301. Voir ensuite ATF 96 II 25, JT 1971 I 428; ATF 105 II 183, JT 1980 I 221. Engel se rallie quant à lui à la théorie abstraite (p. 602), mais opte curieusement pour la théorie du renversement du fardeau (p. 157). Pour un autre exemple d'erreur du législateur due à une mauvaise compréhension du droit allemand, cf. l'art. 60 al. 3 CO et von Tuhr, p. 280 note 56.

l'existence, il lui revient d'établir la justesse de son objection. L'absence de cause est donc un fait dirimant que le défendeur doit alléguer et prouver.

49. Nous n'avons pas connaissance d'autres exceptions de droit civil péremptoires en droit suisse.

Conclusion

50. Il toque à l'huis, elle ne débloque pas le verrou, c'est une exception de procédure; il se trompe d'appartement, tombe sur un boxeur, fin de non-recevoir; il retrouve ses clefs, trouve la bonne porte mais elle ne l'aime plus, objection; elle étudiera la question quand il reviendra porteur d'un bouquet, exception dilatoire; elle ne l'accueillera qu'accompagné d'un archéoptéryx vivant, exception péremptoire. Dans la vie le classement des moyens de défense est aisé. En procédure civile neuchâteloise il faut encore y mettre les formes.

Bibliographie

- B. Bertossa/L. Gaillard/J. Guyet, Commentaire de la loi de procédure civile du canton de Genève du 10 avril 1987, Genève 1988.
- C. Bonnard, De la classification des exceptions et des exceptions de procédure en droit vaudois, thèse Lausanne 1948.
- 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.
- 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.
- H. Honsell/N. P. Vogt/W. Wiegand, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 2^e éd., Bâle/Francfort 1996.
- H. Honsell/N.P. Vogt/T. Geiser, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Bâle/Francfort 1996.
- M. Kummer, Commentaire bernois, Einleitung, art. 8 CC, Berne 1962.
- 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 1992, pp. 497-510.
- A. von Tuhr, La partie générale du Code fédéral des obligations, traduit par Torrenté et Thilo, vol. I, Lausanne 1929.

CIRCULAIRES ET DIRECTIVES

Circulaire de l'Autorité cantonale de surveillance des offices de poursuite pour dettes et de faillites du canton de Neuchâtel sur le minimum vital mensuel insaisissable (art. 93 LP), du 30 décembre 1999

Normes d'insaisissabilité en vigueur en 2000

Le minimum vital indispensable au débiteur et à sa famille, calculé par mois, se détermine comme suit, dès le 1^{er} janvier 2000:

1. **Personne seule**
950 francs à 1'050 francs, suivant les conditions de vie du débiteur et de sa famille.
2. **Couple**
1'410 francs à 1'490 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 240 francs
 - b) de 6 à 12 ans 290 francs
 - c) de 12 à 16 ans 390 francs
 - d) au-dessus de 16 ans 500 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.