

CEMAJ - Centre de recherche sur les modes amiables et juridictionnels de
gestion des conflits

Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

PROCÉDURE CIVILE SUISSE

Les grands thèmes pour le praticien

PROCÉDURE CIVILE SUISSE

Les grands thèmes pour le praticien

Edité par
François Bohnet

Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cet ouvrage, par quelque procédé que ce soit, et toute forme d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© CEMAJ - Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel 2010

ISBN 978-3-7255-6187-2

www.unine.ch/cemaj

Préface

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel propose chaque année, en collaboration avec le CEMAJ, une journée de formation continue destinée aux avocats, notaires, magistrats et juristes de l'administration. Elle est organisée avec le soutien de l'Ordre des avocats neuchâtelois et de la Chambre des notaires neuchâtelois et s'articule autour d'un thème général, décliné dans divers domaines du droit. L'approche se veut pratique et pragmatique.

Actualité oblige, deux journées ont été organisées en 2010, l'une sur le Code de procédure pénale suisse – elle fait l'objet d'une publication spécifique –, l'autre sur le Code de procédure civile suisse. Voté le 19 décembre 2008, celui-ci deviendra une réalité pour les praticiens le 1^{er} janvier 2011, date retenue pour son entrée en vigueur. Si, sur bien des points, le CPC reprend des institutions connues, il faudra s'habituer à la nouvelle « grammaire » du Code et aux articulations parfois complexes entre les différentes phases et types de procédures.

Le présent ouvrage se penche sur de nombreux thèmes centraux de la nouvelle réglementation : délimitation entre règles fédérales et cantonales, for du lieu d'exécution, conciliation, médiation, apports des faits et des preuves, moyens de défenses, appel en cause, procédure simplifiée, procédure sommaire, procédures matrimoniales, décisions par défaut, voies de droit et titres exécutoires. Il offre ainsi un large panorama du nouveau droit.

La Faculté de droit et le CEMAJ tiennent à remercier les auteurs et les participants au colloque, ainsi que Madame Patricia Dietschy et Monsieur Julien Broquet, assistants-doctorants à la Faculté de droit, pour la relecture des textes, et Mesdames Sylvia Staehli et Mary-Claire Girola, pour l'organisation des journées et leur aide apportée dans l'élaboration du manuscrit.

François Bohnet

Sommaire

Denis Piotet Professeur à l'Université de Lausanne La nouvelle délimitation entre règles fédérales et cantonales de procédure civile.....	1
Julien Broquet Assistant-doctorant à l'Université de Neuchâtel, avocat Le for du lieu d'exécution et autres nouveautés en matière de fors	33
Bastien Sandoz Doctorant à l'Université de Neuchâtel, avocat La conciliation	57
Samuel Monbaron Doctorant à l'Université de Neuchâtel La médiation	93
François Chaix Juge à la Cour de justice, Genève L'apport des faits au procès	115
François Bohnet Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat Les exceptions en procédure civile suisse	141
Jacques Haldy Professeur à l'Université de Lausanne, avocat L'appel en cause	159

Patricia Dietschy Assistante-doctorante à l'Université de Neuchâtel Le déroulement de la procédure simplifiée	173
François Bohnet Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat La procédure sommaire : Cas clair – Mesures provisionnelles – Mise à ban ...	193
Denis Tappy Professeur à l'Université de Lausanne Les procédures en droit matrimonial	241
Valentin Rétornaz Doctorant aux Universités de Neuchâtel et de Dijon, juriste-assistant auprès du Greffe de la Cour européenne des droits de l'Homme L'appel et le recours	349
Denis Tappy Professeur à l'Université de Lausanne Les décisions par défaut – Les voies de droit et les remèdes aux décisions par défaut	409
Nicolas Jeandin Professeur à l'Université de Genève, avocat Les titres exécutoires	453

Abréviations

a	ancien
ad	à
al.	alinéa(s)
AP-PCS	Avant-projet de procédure civile suisse
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CEDH	Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101)
cf.	voir
ch.	chiffre(s)
CL	Convention du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (RS 0.275.11)
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Code des obligations) (RS 220)
comp.	comparer
consid.	considérant(s)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (FF 2009 21)
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (FF 2007 6583)

Abréviations

CR	Commentaire romand
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
éd.	édition/éditeur(s)
ex.	exemple
FF	Feuille fédérale
HAVE	Revue Haftung und Versicherung
in	dans
infra	ci-dessous
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JT	Journal des Tribunaux
LCA	Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (RS 221.229.1)
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291)
LFors	Loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile (RS 272)
let.	lettre(s)
LLCA	Loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (RS 935.61)
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
LTF	Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
n	nouveau
n.	note
N	numéro(s)

Abréviations

not.	notamment
OFJ	Office fédéral de la Justice
OGer	Obergericht
p.	page(s)
P-CPC	Projet de Code de procédure civile suisse (FF 2006 7019)
PJA	Pratique juridique actuelle
RDAF	Revue de droit administratif et fiscal
RDS	Revue de droit suisse
réf.	référence(s)
rés.	résumé
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSPC	Revue suisse de procédure civile
RtiD	Rivista ticinese di diritto
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
SJ	Semaine judiciaire
spéc.	spécialement
s. / ss	et suivant(e) / et suivant(e)s
supra	ci-dessus
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral

Abréviations

vol.	volume
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht

Les exceptions en procédure civile suisse

par

François Bohnet

Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat

I. Introduction.....	142
II. La notion d'exception	142
A. Les origines	142
B. Exception de procédure et exception de fond.....	144
III. La classification des défenses procédurales	146
IV. La classification des défenses au fond	147
V. Les exceptions sous l'empire du CPC	148
A. Les exceptions de droit civil.....	148
B. Les exceptions de procédure	150
1. Exceptions de procédure <i>versus</i> conditions de recevabilité	150
2. L'énumération des conditions de recevabilité.....	150
3. Le moment de l'invocation des défenses procédurales	153
4. Le moment de l'examen des conditions de recevabilité.....	154
5. Réminiscences des exceptions de procédure	156
VI. Conclusion	157

I. Introduction

1. La partie attraitée en justice se contentera rarement de nier la prétention de l'adversaire sans explication ni développements. Fréquemment, le défendeur opposera au demandeur divers moyens, de fond ou de procédure. C'est tout l'art de l'*exception*, entendue dans un sens large, soit l'allégation de faits, l'invocation d'un droit ou de moyens de procédure qui *contrent la prétention* de l'adversaire. Le défendeur excipera de la prescription, de la chose jugée, du vice de forme, de la litispendance, de la compensation, de l'immunité, du vice de la volonté, du dol, ou encore du défaut de qualité.
2. Le Code de procédure civile suisse ne fait cependant pas de l'antagonisme entre les parties le paradigme du procès. C'est bien plutôt le juge qui est l'élément central. Il organise la procédure, interpelle les parties, détermine l'ordre des débats et fixe les questions à examiner et à trancher (art. 124 ss CPC). Dans ce contexte, le sort des exceptions semble scellé : le juge examine d'office la recevabilité de la demande (art. 60 CPC) et le défendeur ne peut le contraindre à focaliser son analyse sur tel ou tel moyen qu'il aurait soulevé en défense. En d'autres termes, le défendeur ne semble plus véritablement avoir le « choix des armes ». Du reste, la notion même d'exception est absente du code : dans sa version française, le mot, utilisé dans le sens qui nous occupe ici, n'apparaît que deux fois, dans le titre consacré à l'arbitrage. Ce domaine serait-il, comble du paradoxe, le dernier bastion du combat judiciaire au sens classique du terme ?
3. Que reste-il des exceptions sous l'empire du Code de procédure civile suisse ? La présente contribution tente d'y répondre.

II. La notion d'exception

A. Les origines

4. En droit coutumier, l'exception était comprise comme tout moyen opposé à la demande, afin de la repousser¹. La notion puisait ses origines dans les

¹ Voir la définition de l'exception dans l'Encyclopédie de Diderot et d'Alembert, 1^{ère} édition, Paris 1751, vol. 6, p. 218 : « Exception, signifie aussi moyen & défense : on comprend sous ce terme toutes sortes de défenses. Il y a des exceptions proprement dites, telles que les exceptions dilatoires & déclinatoires qui ne touchent point le fond, & d'autres exceptions péremptoires qui sont la même chose que les défenses au fond » ; JOUSSE DANIEL, Nouveau commentaire sur l'ordonnance civile du mois d'avril 1667, Paris 1757, vol. 1, p. 55. Comp. également les brèves réflexions sur ce thème de SCHALLER JEAN-MARC, Einwendungen

exceptiones de la procédure formulaire romaine : ne se contentant pas de dénier l'action (*denegatio actionis*), le défendeur demandait au préteur d'insérer dans la formule des clauses (*exceptiones*) en sa faveur².

5. Compte tenu du champ très large de l'exception, sa nature était souvent précisée par divers qualificatifs, se recoupant parfois et manquant souvent de caractère systématique³. Trois grands groupes se dégagèrent cependant : les exceptions déclinatoires (ou fin de non-procéder), les exceptions dilatoires et les exceptions péremptoires⁴.
6. Les *exceptions déclinatoires* visaient à renvoyer l'affaire devant un autre juge, soit parce que le juge saisi était incompétent matériellement ou localement. S'y rattache aussi la litispendance. Elles devaient être soulevées d'entrée de cause.
7. Les *exceptions dilatoires* sont celles qui ne visaient pas à exclure l'action, mais seulement à différer la procédure, comme par exemple les exceptions de discussion et de division ou d'inexigibilité. Elles devaient être cumulées.
8. Les *exceptions péremptoires* (ou perpétuelles) étaient de deux types : les exceptions péremptoires proprement dites et les défenses au fond (exceptions négatoires). On classait dans la première catégorie les exceptions empêchant la poursuite de la procédure, sans que l'on examine plus avant son bien-fondé, comme les exceptions tirées de la nullité de l'exploit et les fins de non-recevoir (défaut de qualité, péremption d'instance, autorité de la chose jugée et prescription). Quant aux défenses au fond, elles regroupaient tous les moyens que le défendeur pouvait opposer, sur le fond, à la demande, par exemple l'absence de titre, la compensation, le paiement, la nullité de l'obligation (exception de dol, entre autres).
9. Certaines exceptions ont traversé les époques. On retrouve par exemple la caution, les renvois (exceptions dilatoires), les nullités et les exceptions dilatoires aux art. 166 ss du Code de procédure civile français de 1806. La

und Einreden im Schweizerischen Schuldrecht, thèse d'habilitation Zurich, Zurich/St-Gall 2010, p. 17.

² SCHMIDLIN BRUNO / CANNATA CARLO AUGUSTO, Droit privé romain II, Lausanne 1987, p. 263 ; GLASSON ERNEST DÉsirÉ / TISSIER ALBERT, Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, Tome premier, Paris 1925, p. 576 s.

³ Voir par exemple, à Neuchâtel, BOYVE JEAN-FRANÇOIS, Examen d'un candidat pour la charge de justicier en la principauté de Neuchâtel et Valangin, 2^{ème} éd., Tome premier, Neuchâtel 1786, p. 110 ss ; MONVERT SAMUEL, Pratique du barreau, Neuchâtel, vers 1820, p. 53 ss, 69 ss.

⁴ JOUSSE (n. 1), p. 55.

démarcation entre les exceptions, qui relèvent de la procédure, et les moyens de fond est cependant plus franche⁵. La même conception se retrouve en Suisse dans les législations cantonales qui s'en inspirent⁶.

B. Exception de procédure et exception de fond

10. A la fin du 19^{ème} siècle, les auteurs français affinent les critères de distinction entre les exceptions de procédure et les moyens de fond. Les exceptions de procédure laissent le droit intact ; les moyens de fond s'en prennent au droit⁷. On relève que, parmi les moyens de fond, les exceptions sont les défenses qui, sans contredire directement le droit, s'y opposent par l'invocation d'un fait distinct⁸.
11. En Allemagne, SAVIGNY relève que parmi les défenses, certaines, d'une nature bien spécifique, s'opposent au droit par l'invocation d'un droit, matériel ou procédural⁹. Elles ne se confondent pas avec les défenses par lesquelles le défendeur fait valoir que le droit n'existe plus (vente de l'objet revendiqué ; paiement). WINDSCHEID sépare clairement les exceptions de procédure des exceptions de fond. Celles-ci s'opposent au droit du demandeur et consistent en l'invocation d'un droit propre du défendeur¹⁰. Il distingue les exceptions de fond des simples allégations de faits, dont il ressort que le droit prétendu par le demandeur n'existe pas ou n'existe plus (*objections*)¹¹. La doctrine allemande suit la pensée de WINDSCHEID : l'exception de fond (ou de droit civil) consiste en l'exercice d'un droit qui paralyse le droit du demandeur ; le défendeur qui fait valoir en revanche le

⁵ GARSONNET EUGÈNE / CÉZAR-BRU CHARLES, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, 3^{ème} éd., Paris 1912, Tome premier, p. 701 ss ; GLASSON/TISSIER (n. 2), p. 574 s.

⁶ Voir par exemple le Code de procédure civile neuchâtelois de 1878, art. 173 ; la loi sur la procédure civile genevoise du 29 septembre 1819, art. 65 ss, 79.

⁷ GARSONNET/CÉZAR-BRU (n. 5), p. 702 ss ; GLASSON/TISSIER (n. 2), p. 574.

⁸ GLASSON/TISSIER (n. 2), p. 574 s. Comp. BONNARD CLAUDE, *De la classification des exceptions et des exceptions de procédure en droit vaudois*, thèse Lausanne 1948, p. 42, note 8.

⁹ SAVIGNY FRIEDERICH CARL V., *Das System des heutigen römischen Recht*, vol. 5, Berlin 1841, p. 157 s.

¹⁰ WINDSCHEID BERNHARD, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. I, 7^e éd., Francfort-sur-le-Main 1891, p. 111–115, § 47.

¹¹ Comp. SCHALLER (n. 1), p. 21 s.

paiement, la compensation, la novation, le dol ou l'erreur n'invoque pas un droit, mais allègue des faits dont il résulte que le droit n'existe pas ou plus¹².

12. Cette théorie n'a pas été reçue en France où l'exception de droit civil était simplement considérée – avant qu'elle ne soit plus distinguée de toute autre défense au fond par les processualistes¹³ – comme l'invocation de faits distincts qui s'opposent au droit sans le remettre directement en cause¹⁴. Il n'est pas admis qu'un droit puisse s'opposer à une demande conforme au droit¹⁵.
13. Cette théorie sera en revanche importée en Suisse au début du siècle par VON TUHR¹⁶, qui s'attaque à la partie générale du Code des obligations après un commentaire en trois volumes de la partie générale du BGB. Même si les auteurs du Code des obligations ont utilisé l'ancienne terminologie¹⁷, cette théorie s'impose rapidement, dans la doctrine¹⁸ et dans la jurisprudence¹⁹. Elle se distingue de l'ancienne conception retenue en Suisse²⁰ comme ailleurs, qui retenait une notion élargie de l'exception,

¹² VON TUHR ANDREAS, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, vol. I, Leipzig 1910, p. 288–312, § 17, et les réf. Voir également les auteurs référencés par BONNARD (n. 8), p. 46, note 17–18.

¹³ Comp. GUINCHARD SERGE / FERRAND FRÉDÉRIQUE / CHAINAIS CÉCILE, *Procédure civile*, 29^{ème} éd., Paris 2008, p. 199–200 ; GUINCHARD SERGE (éd.), *Droit et pratique de la procédure civile*, 5^{ème} éd., Paris 2006, p. 425 N 191.11, p. 426 N 192.11. L'exception (par exemple de nullité ou *non adimpleti contractus*) est cependant traitée en matière de droit des obligations, voir par exemple TERRÉ FRANÇOIS / SIMLER PHILIPPE / LEQUETTE YVES, *Les obligations*, 10^{ème} édition, Paris 2009, p. 417, 630 ss.

¹⁴ GLASSON/TISSIER (n. 2), 574 s. Il en va de même en Italie, malgré les tentatives de CHIOVENDA GIUSEPPE, *Principii di diritto processuale civile*, 3^{ème} éd., Naples 1923, p. 269–277, et *Saggi di diritto processuale civile (1900–1930)*, vol. I, Rome 1930, p. 149–156 (Sulla « eccezione »), qui cite d'ailleurs VON TUHR en p. 152.

¹⁵ Sur le fond, voir GARSONNET/CÉZAR-BRU (n. 5), p. 707.

¹⁶ Voir les ouvrages *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, vol. I, Leipzig 1910, p. 288–312, § 17, et *Partie générale du Code fédéral des Obligations*, traduit par DE TORRENTÉ MAURICE / THILO EMILE, vol. I, Lausanne 1929, p. 22, § 3 IV. Comp. SCHALLER (n. 1), p. 31 s.

¹⁷ Voir par exemple les art. 18 al. 2, 135 al. 2, 138 al. 1, 139, 145, 169, 179 et 210 al. 2 CO.

¹⁸ Voir BUCHER EUGEN, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 2^{ème} éd., Zurich 1988, p. 37 ; BSK-SCHNYDER, 4^{ème} éd, art. 145 CO N 1 ; CR-ROMY, art. 145 CO N 1 ; GAUCH PETER / SCHLUEP WALTER R. / SCHMID JÖRG / EMMENEGGER SUSAN, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, vol. II, 9^{ème} éd., Zurich 2008, N 76–78 ; ENGEL PIERRE, *Traité des obligations en droit suisse*, 2^e éd., Berne 1997, p. 33.

¹⁹ Voir en particulier ATF 63 II 133, JT 1937 I 566.

²⁰ Voir par exemple ROSSEL VIRGILE, *Manuel du droit fédéral des obligations*, 4^{ème} éd., Tome premier, Lausanne 1920, p. 178 ; PORRET MAX E., *Commentaire du Code de fédéral des*

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.

III. La classification des défenses procédurales

14. Les auteurs de la fin du 19^{ème} siècle vont non seulement séparer clairement les exceptions de procédure des exceptions de fond, mais ils vont également proposer un nouveau critère pour distinguer deux catégories de défenses procédurales. La théorie vient d'Allemagne, sa concrétisation du droit français.
15. Elle part d'un constat fort simple : celui qui agit en justice n'est pas nécessairement au bénéfice du droit qu'il prétend ; c'est le procès qui tranchera. Pourtant, si le tribunal entre en matière, c'est bien que le demandeur est titulaire d'un droit, celui de faire valoir sa prétention en justice. Comme processus au terme duquel il est statué sur le *droit prétendu*, le procès civil implique une prétention et non un droit. L'Etat garantit au justiciable, qui entend faire valoir une prétention que l'ordre juridique considère comme digne de protection, la possibilité de la faire consacrer en justice. C'est ce que la doctrine allemande a défini comme le *droit d'action* du demandeur (*Klagerecht ; Rechtsschutzanspruch*)²¹ et que le législateur français a consacré à l'article 30 CPC fr.²², dont la teneur est la suivante: «L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention».
16. L'action représente ainsi le droit d'obtenir que le juge tranche un litige. En Suisse, la notion est souvent méconnue, parfois combattue²³. MAX KUMMER a su proposer l'analyse qui s'imposait : l'action est le *droit*

obligations: nouvelle édition révisée du « Commentaire populaire et pratique » de SCHNEIDER A. ET FICK H., vol. 1 par FICK F., Neuchâtel 1915, art. 145 CO ; BK-BECKER, 2^{ème} éd., art. 145 CO N 3.

²¹ WACH ADOLF, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, 1. [et unique] Band, Leipzig 1885, p. 19–24 ; HELLWIG KONRAD, Anspruch und Klagrecht, Jena 1900, § 22, p. 145–153. Voir aujourd'hui BAUMBACH ADOLF/LAUTERBACH WOLFGANG/ALBERS JAN/HARTMANN PETER, Zivilprozessordnung, 67^{ème} éd., Munich 2009, Grundz § 253 ZPO N 1–2.

²² Code de procédure civile français du 5 décembre 1975.

²³ Pour des développements, voir BOHNET FRANÇOIS, Les défenses en procédure civile suisse, RDS 2009 II 201.

*prétendu digne de protection*²⁴. De par l'influence française, une partie de la doctrine romande, de même que les tribunaux neuchâtelois et genevois, retiennent le concept de l'action²⁵. Plusieurs auteurs alémaniques plaident également avec conviction le concept de *Rechtsschutzanspruch*²⁶.

17. Sur cette base, on distingue les *exceptions de procédure au sens étroit*, qui portent sur un vice relatif à l'instance (formalité ; compétence ; litispendance ; préalable de conciliation) des *fins de non-recevoir*, à savoir les moyens dirigés contre l'action (défaut d'intérêt ; autorité de la chose jugée ; défaut de qualité pour agir ; déchéance)²⁷.
18. Les deux moyens tendent au prononcé de l'irrecevabilité de la demande. Cependant, il convient de bien distinguer les deux catégories pour saisir la différence de régime entre les diverses défenses procédurales. Lorsque seule l'instance est touchée, la prétention peut à nouveau être invoquée, si les règles qui gouvernent le procès sont désormais respectées (compétence ; autorisation de procéder ; formalité). C'est ce que l'on appelait en droit coutumier les exceptions dilatoires²⁸. Certaines exceptions de procédure sont d'ailleurs à la libre disposition du défendeur. En revanche, faute d'action, le sort de la prétention est scellé sous un angle procédural. Seule une modification des circonstances peut venir en aide au demandeur. La fin de non-recevoir est, par nature, examinée d'office par le juge.

IV. La classification des défenses au fond

19. Depuis VON TUHR, on distingue en Suisse trois types de défenses au fond²⁹ :
 - la contestation des faits (ou du droit) allégués ;

²⁴ KUMMER MAX, *Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht*, Berne 1954, p. 18.

²⁵ Voir CJ GE (20.11.1987) SJ 1988 85 consid. 3 ; CC/NE (20.03.2003) RJN 2003 164 ; BOHNET FRANÇOIS / SCHWEIZER PHILIPPE, *Les défenses relatives à l'instance et à l'action*, RJN 1997, p. 13–76 ; PHILIPPE SCHWEIZER, note in RSPC 2005 37 et 2007 407. Voir également SCHMIDLIN/CANNATA (n. 2), p. 245.

²⁶ HABSCHIED WALTHER J., *Droit judiciaire privé suisse*, 2^{ème} éd., Genève 1981, p. 3–5, et les réf. Pour un récent et convaincant plaidoyer en faveur de la *Lehre vom Rechtsschutzanspruch*, voir STEPHEN V. BERTI, *Vom Beruf unserer Zeit für zivilprozessuale Gesetzgebung, Zeitschriften und dogmatische Entspannung – ein Plädoyer für den Rechtsschutzanspruch*, RSPC 2005 67–77.

²⁷ Comp. en France, art. 73 et 122 CPC fr.

²⁸ Voir N 7. Cette terminologie était encore utilisée par HABSCHIED (n. 26), p. 248–251.

²⁹ VON TUHR (n. 16) p. 22, § 3 IV.

- *les objections*, soit l'allégation de faits distincts des faits générateurs du droit invoqué par le demandeur, dont il résulte que ce droit n'existe pas, malgré les faits avancés par lui ; on pense au paiement, à la compensation, à la novation, ou encore au dol et à l'erreur ;
- *les exceptions de droit civil (de fond)*, à savoir le droit de ne pas s'exécuter à raison d'un motif spécial. Tombent dans cette catégorie la prescription, le bénéfice réel de la caution, le droit de rétention, l'exception d'inexécution et tout droit de nature obligationnelle opposé à un droit réel³⁰. La prescription mise à part, il s'agit d'exceptions dilatoires, qui permettent de paralyser un temps le droit de l'adversaire.

V. Les exceptions sous l'empire du CPC

A. Les exceptions de droit civil

20. Le CPC ne porte en principe pas atteinte au droit matériel. Il ne devrait donc pas remettre en cause la classification des défenses au fond, qui relève du droit matériel et non de la procédure.
21. Les exceptions de droit civil³¹ devraient logiquement survivre au CPC. Elles doivent être soulevées par le défendeur dans les formes prévues par le Code, comme les autres moyens de fond. Les articles 219 et 222 CPC mentionnent de quelle manière le défendeur répond au demandeur en procédure ordinaire, l'article 229 CPC jusqu'à quel stade il peut alléguer des faits et proposer de nouvelles preuves³² et l'article 232 CPC quand il peut encore développer des arguments de droit.
22. En bref, le défendeur doit soulever ses exceptions de droit civil dans sa réponse (art. 222 CPC), le cas échéant dans sa duplique (art. 225 CPC) si le juge a autorisé un second échange d'écritures, ou oralement (elle sera alors relatée en substance au procès-verbal d'audience, art. 235 al. 2 CPC), lors des débats d'instruction (art. 226 al. 2 CPC). Lorsqu'il n'y a pas eu de second échange d'écritures ni de débats d'instruction, les exceptions de droit civil sont encore admises à l'ouverture des débats principaux (art. 229 al. 2 CPC). Il existe donc toujours *deux occasions* de soulever ses exceptions de droit civil, et toute autre défense au fond³³.

³⁰ VON TUHR (n. 16) p. 22, § 3 IV.

³¹ Voir N 19.

³² Sur ce thème, voir la contribution de FRANÇOIS CHAIX dans le présent ouvrage.

³³ Pour des développements sur cette « deuxième chance », voir CHAIX (n. 32) N 54 ss.

23. L'exception de droit civil s'exerce par une manifestation de volonté³⁴. Cela signifie que le défendeur devra soulever l'exception dans ses allégués, avec les faits qui sous-tendent le moyen³⁵ ou, par extension, dans sa rubrique « en droit ». Il pourrait également se référer au fait qu'il a contesté le droit prétendu hors procédure, en faisant par exemple valoir la prescription³⁶. L'exception devrait également être considérée comme soulevée si le demandeur allègue que le défendeur s'est opposé faussement à sa prétention en faisant valoir que celle-ci était prescrite³⁷. 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'exception³⁸. Le fait de mentionner la mauvaise disposition légale est sans conséquence si la volonté de se prévaloir de la prescription est claire³⁹. De plus, si le défendeur invoque la prescription, il le fait valablement alors même que celle-ci ne serait acquise que plus tard dans le procès⁴⁰. Il n'est pas nécessaire de soulever à nouveau l'exception en seconde instance⁴¹. En revanche, l'exception ne peut pas être invoquée valablement avec le droit au stade des débats seulement⁴². De même, elle n'est pas soulevée lorsque le défendeur indique par exemple que la dette remonte à plus de quinze ans.
24. L'exception invoquée hors procès ne constitue pas comme telle un nova, à moins qu'elle ne repose sur des faits survenus en cours de procès.
25. A notre sens, le juge ne peut pas faire usage de son devoir d'interpellation

³⁴ Voir VON TUHR (n. 16), p. 24 s.

³⁵ Voir RATHGEB CHARLES E., note au JT 1955 III 95 : « 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 ».

³⁶ Comp. BUCHER (n. 18), p. 446.

³⁷ SPIRO KARL, *Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen*, 2 vol., Berne 1975, p. 557 § 231 et les réf. *Contra* : BUCHER (n. 18), p. 446 n. 13.

³⁸ Voir ATF 30 II 82 consid. 3 ; 66 II 237, JT 1941 I 139 ; BUCHER (n. 18), p. 446. Voir également TC NE (02.10.1989) RJN 1990 38 : « 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 ».

³⁹ Voir ATF 30 II 82 consid. 3 ; SPIRO (n. 37), p. 557-559 § 231 ; SARBACH MARTIN, *Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht im Schweizerischen Zivilprozessrecht*, thèse Berne 2003, p. 227, et les réf. Voir également ATF 123 III 16 consid. 2c, JT 1999 I 99 pour l'exception d'inexécution.

⁴⁰ SPIRO (n. 37), p. 557 § 231.

⁴¹ SPIRO (n. 37), p. 557 § 231. Pour l'Allemagne, voir, par exemple, MEDICUS DIETER, *Allgemeiner Teil des BGB*, 7^{ème} éd., Heidelberg 1997, p. 46.

⁴² Voir TF (22.10.2008) RSPC 2009 32.

(art. 56 CPC) lorsque le défendeur n'a pas soulevé l'exception alors qu'il résulte des allégués ou des pièces que la prétention pourrait bien être prescrite par exemple. Il ne s'agit pas en effet d'une situation d'incertitude en matière de faits, mais d'un problème de droit, dont la maîtrise revient au seul défendeur⁴³. Il convient de réserver l'hypothèse dans laquelle le défendeur s'exprime de manière peu claire sur sa volonté. Le juge peut dans un tel cas lui demander de préciser ses allégués.

B. Les exceptions de procédure

1. Exceptions de procédure versus conditions de recevabilité

26. Le CPC ne dit mot des exceptions de procédure. Elles semblent avoir disparu : il ne revient plus a priori au défendeur de relever spécifiquement les difficultés d'ordre procédural que soulève la demande, mais bien plutôt au juge d'examiner d'office les *conditions de recevabilité*⁴⁴ de la demande.
27. Dans les textes du moins, on assiste à un changement de paradigme : ce n'est plus les parties qui soulèvent tel ou tel moyen de procédure, mais le juge qui vérifie le respect des règles du procès (art. 59 et 60 CPC). Cela s'explique par le fait que le juge est placé au centre du procès dans le CPC. L'article 124 al. 1 CPC est la pierre angulaire du système retenu : « Le tribunal conduit le procès. Il prend les décisions d'instruction nécessaires à une préparation et à une conduite rapides de la procédure ». Le juge n'est pas le simple modérateur du débat judiciaire. Il en constitue le principal moteur. Dès lors, nul besoin dans cette structure de définir minutieusement les passes d'armes procédurales entre les adversaires.
28. L'examen des conditions de recevabilité doit théoriquement se faire *d'entrée de cause*, avant notification de la demande au défendeur.

2. L'énumération des conditions de recevabilité

29. Divers codes cantonaux comprenaient une liste d'exceptions de procédure

⁴³ Dans ce sens, BUCHER (n. 18), p. 447. *Contra* : SPIRO (n. 37), p. 558 § 231 ; SARBACH (n. 39), p. 228-236, qui préconise au juge d'interpeller le défendeur s'il n'est pas représenté par un avocat lorsque les éléments constitutifs de l'exception découlent des éléments du dossier.

⁴⁴ *Prozessvoraussetzung* en allemand, expression que l'on doit à BÜLOW OSKAR, dans son ouvrage au titre prémonitoire, *Die Lehre der Prozesseinreden und der Prozess-Voraussetzungen*, Giessen 1868. L'auteur, p. 297 ss, proposait déjà de renoncer au concept des exceptions de procédure au profit de celui de conditions de recevabilité.

et de fins de non-recevoir⁴⁵. Désormais, c'est une liste de conditions de recevabilité qui figure dans la loi⁴⁶.

30. L'article 59 al. 2 CPC donne une liste exemplative des conditions de recevabilité. Il faut, en particulier que :
- a. le demandeur ou le requérant ait un intérêt digne de protection ;
 - b. le tribunal soit compétent à raison de la matière et du lieu ;
 - c. les parties aient la capacité d'être partie et d'ester en justice ;
 - d. le litige ne fasse pas l'objet d'une litispendance préexistante ;
 - e. le litige ne fasse pas l'objet d'une décision entrée en force ;
 - f. les avances et les sûretés en garantie des frais de procès aient été versées.
31. L'énumération ne suit *pas d'ordre particulier*. Tout au plus peut-on retenir que la condition de l'intérêt a été placée en première position en raison de son caractère général⁴⁷.
32. L'énumération est *complétée par l'article 61 CPC*, qui traite de la clause compromissoire. Celle-ci conduit à l'irrecevabilité de la demande à moins que le défendeur n'entre en matière sur le fond sans émettre de réserve (art. 61 let. a CPC), que la clause ne soit manifestement pas valable ou inapplicable (art. 61 let. b CPC) ou encore que le tribunal arbitral, pour des raisons manifestement dues au défendeur de la procédure arbitrale, n'ait pas pu être constitué (art. 61 let. c CPC).

⁴⁵ Comp. le titre VI LPC GE, qui traite des « [m]oyens de défense dirigés contre l'instance et sûretés », dont l'art. 97, al. 1 et 2, a la teneur suivante : « ¹ L'exception d'incompétence territoriale et celle fondée sur une clause arbitrale doivent être présentées, sous peine de déchéance, à l'audience d'introduction. ² Les autres moyens de défense dirigés contre l'instance doivent, sous peine de déchéance, être présentés simultanément et avant toute défense au fond, en tête de l'écriture de défense par le défendeur, en temps diligent par les autres parties », ainsi que CJ GE (20.11.1987) SJ 1988 85. Voir également le chapitre 2, titre II, CPC NE, intitulé « [d]es moyens préjudiciels », et dont les art. 161 et 162 CPC NE traitent respectivement des exceptions de procédure et des fins de non-recevoir. L'art. 133 CPC VS traite des exceptions de procédure. Son alinéa 1 les définit de la manière suivante : « [I]l'exception de procédure est le moyen de défense de la partie qui, refusant d'entrer en matière sur le fond, invoque une inobservation des règles de la procédure dans l'instance engagée ». Quant à l'art. 138 al. 1 CPC VD il retient que « [I]l'exception de procédure est le moyen de défense de la partie qui, refusant d'entrer en matière sur le fond, invoque une inobservation des règles de la procédure dans l'instance engagée ».

⁴⁶ Pour un examen détaillé, voir BOHNET (n. 23), p. 231-308.

⁴⁷ Dans ce sens, SUTTER-SOMM THOMAS, Die Verfahrensgrundsätze und die Prozessvoraussetzungen, ZZZ 2007 301-326, p. 317.

33. L'énumération est *exemplative*. Ne sont pas mentionnés, par exemple⁴⁸ :
- g. l'immunité ;
 - h. la qualité pour agir ;
 - i. l'échéance des délais fixés pour agir en justice (déchéance) ;
 - j. les vices formels ;
 - k. l'incapacité de postuler ;
 - l. le défaut d'autorisation de procéder.
34. Dans cette liste, le statut de la qualité pour agir et des délais de déchéance prête souvent à débats. Il s'agit bien selon nous de conditions de recevabilité⁴⁹. Lorsque l'action est formatrice (art. 87 CPC), seules certaines personnes désignées par la loi peuvent l'intenter. Un tiers n'a pas qualité et sa demande doit être déclarée irrecevable. Que l'on songe au père naturel qui entend procéder en désaveu de paternité, au créancier qui souhaite agir en annulation d'une décision de l'assemblée générale d'une SA ou du sous-locataire qui dépose une demande en annulation du congé notifié au locataire principal. Toujours dans le domaine de l'annulation d'un congé, une demande déposée hors délai doit être déclarée irrecevable et non mal fondée⁵⁰.
35. Même si le CPC ne distingue pas les diverses conditions de recevabilité selon leur nature, il vaut la peine de séparer celles qui sont relatives à l'instance de celles qui se rattachent à l'action⁵¹ : cette distinction explicite

⁴⁸ STAEHELIN ADRIAN / STAEHELIN DANIEL / GROLIMUND PASCAL, *Zivilprozessrecht nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen – unter Einbezug des internationalen Rechts*, Zurich/Bâle/Genève 2008, p. 139 s., retiennent, en sus des conditions de recevabilité inscrites dans la loi, la compétence fonctionnelle, la qualité pour agir (*Prozessführungsbefugnis*), la capacité de postuler, la validité formelle de la demande ou d'une modification de la demande, l'autorisation de procéder et la présentation des moyens de recours. SUTTER-SOMM (n. 47), p. 317, mentionne quant à lui les vices de forme, l'autorisation de procéder et l'immunité. Quant à REYMOND JEAN-MARC, *Les conditions de recevabilité, la litispendance et les preuves*, in LUKIC SUZANA (édit.), *Le projet de Code de procédure civile fédérale : travaux de la journée d'étude organisée à l'Université de Lausanne le 8 mars 2007*, Lausanne 2008, p. 30 s., il indique les délais de procédure, en particulier ceux relevant de la LP, l'autorisation de procéder, l'admissibilité de la voie judiciaire et l'absence d'immunité de juridiction.

⁴⁹ Pour des développements, voir BOHNET (n. 23), p. 295.

⁵⁰ Dans ce sens, TF (22.05.2008) 4A_171/2008 consid. 1.2. Voir également BSK-WEBER art. 273 CO N 3 ad et art. 270b CO N 2 ; CORBOZ BERNARD, *Les congés affectés d'un vice*, in 9^{ème} Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1996, p. 23.

⁵¹ N 15.

les motifs pour lesquels certains faits ne sont considérés comme des conditions de recevabilité que si le défendeur s'en prévaut⁵² : il s'agit alors de règles relatives à l'instance dont le caractère dispositif est reconnu (exception d'arbitrage ; prorogation de for ou de compétence ; renonciation au préalable de conciliation ; sûreté). Tel n'est jamais le cas des conditions de recevabilité relatives à l'action : soit l'action existe, soit elle n'existe pas. Les conditions de recevabilité relatives à l'action doivent être examinées d'office, et la demande rejetée faute de prétention considérée comme digne de protection par l'ordre juridique.

3. Le moment de l'invocation des défenses procédurales

36. Toute les défenses, qu'elles soient procédurales ou de fond, doivent être invoquées dans la réponse⁵³, cumulativement. Le cas échéant, elles peuvent l'être en duplique, lors des audiences d'instruction ou, à défaut de second tour d'écritures ou d'audiences d'instruction, à l'ouverture des débats principaux⁵⁴.
37. Le législateur a ainsi opté pour une solution qui se veut simple et pragmatique⁵⁵. Les parties n'ont plus à se concentrer dans un premier temps sur leurs défenses procédurales, système connu dans divers cantons, en particulier romands⁵⁶, issue de la tradition romano-canoniste⁵⁷, et qui imposait au défendeur de faire valoir ses moyens dirigés contre l'instance d'entrée de cause et cumulativement. Non seulement les parties n'ont plus à le faire, mais elles ne peuvent plus même le faire. Le CPC rejette le système de l'*Einlassungsverweigerung*⁵⁸, qui permettait au défendeur de ne soulever dans un premier temps que ses défenses procédurales et d'exiger un jugement les concernant avant l'examen du fond.
38. Le défendeur ne peut que suggérer au juge de limiter le débat à un point

⁵² Voir N 49.

⁵³ C'est une spécificité suisse. Tant le CPC fr. (art. 71-126) que le CPC all. (§ 282 et 296) et le CPC it. (art. 38 et 167) prévoient des régimes spécifiques d'invocation des défenses procédurales, voir BOHNET (n. 23), p. 220 ss.

⁵⁴ Voir N 22.

⁵⁵ SUTTER-SOMM (n. 47), p. 315.

⁵⁶ Voir note 45.

⁵⁷ On trouve une présentation synthétique des droits cantonaux sur ce thème au début du 19^{ème} siècle chez HEUSLER ANDREAS, *Der Zivilprozess der Schweiz*, Mannheim/Berlin/Leipzig 1923, p. 84-93.

⁵⁸ Voir GULDENER MAX, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Zurich 1979, p. 223 s ; VOGEL OSCAR/SPÜHLER KARL, *Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz*, p. 205 N 84.

de procédure⁵⁹. En clair, cela signifie qu'il devra, dans le délai imparti pour le dépôt de la réponse (art. 222 al. 1 CPC), requérir du juge qu'il examine un point spécifique et demander un nouveau délai pour développer ce moyen (art. 144 al. 2 CPC) ou, en cas de refus, déposer la réponse dans le délai, le cas échéant prolongé. Le but est d'éviter le recours à de purs moyens dilatoires⁶⁰.

39. L'article 125 CPC donne au juge la marge de manœuvre nécessaire. Pour simplifier le procès, le tribunal peut notamment limiter la procédure à des questions ou des conclusions déterminées, ordonner la division de causes, ordonner la jonction de causes ou enfin renvoyer la demande reconventionnelle à une procédure séparée. Dès lors, rien n'empêche le tribunal de limiter dans un premier temps la réponse à tel ou tel point, de procédure ou de fond (art. 222 al. 3 CPC)⁶¹.
40. Si le juge refuse de limiter la réponse, son prononcé constitue une décision ou ordonnance d'instruction de première instance au sens de l'art. 319 let. b CPC. Un recours, qui doit être interjeté dans les dix jours selon l'art. 321 al. 2 CPC, n'est ouvert que si le défendeur démontre que celle-ci peut lui causer un préjudice difficilement réparable (art. 319 let. b ch. 2 CPC)⁶².

4. Le moment de l'examen des conditions de recevabilité

41. Alors même qu'il aurait limité dans un premier temps la réponse à tel ou tel point⁶³, le tribunal n'est cependant *pas contraint*, à la lecture des arguments des parties, de rendre une décision incidente sur les moyens (procéduraux ou de fond) invoqués, en particulier lorsqu'il arrive à la conclusion que ceux-ci devront *a priori* être rejetés ou que leur sort dépend largement de l'examen complet de la cause.
42. Au contraire, l'article 237 al. 1 CPC n'admet le prononcé d'une telle décision que dans la mesure où l'instance de recours pourrait prendre une décision contraire qui mettrait fin au procès et permettrait de réaliser une économie de temps ou de frais appréciable. A défaut, le tribunal ordonnera dès lors le dépôt de la réponse sur les points demeurés ouverts.

⁵⁹ Voir REYMOND (n. 48), p. 29 s.

⁶⁰ Voir GULDENER (n. 58), p. 223 s.

⁶¹ FF 2006 6891. C'est par exemple le système connu à Berne (voir art. 182 et 196 CPC BE) et à Fribourg (art. 162, 166 et 170 CPC FR). Le Message, FF 2006 6951, cite l'exemple de la compétence territoriale du tribunal ou de la prescription.

⁶² Sur cette notion, voir BOHNET (n. 23), p. 209 ; voir également la contribution de VALENTIN RETORNAZ dans le présent ouvrage, N 53 s.

⁶³ N 39.

43. Cependant, le tribunal doit rendre une décision incidente lorsque le défendeur invoque son *immunité*⁶⁴. Le Tribunal fédéral l'admet également en matière de *compétence à raison du lieu*⁶⁵, sauf faits de double pertinence⁶⁶. Le même principe doit être retenu à notre avis en matière de *compétence matérielle*.
44. Le tribunal procède à son examen des conditions de recevabilité *au moment où il se prononce*. Si le juge constate à ce stade du procès que toutes les conditions de recevabilité n'étaient pas encore remplies au début de la litispendance, mais qu'elles se sont réalisées en cours d'instance, le juge doit statuer au fond⁶⁷. La règle doit être nuancée lorsque le défendeur invoque l'incompétence locale d'entrée de cause et que le demandeur modifie son domicile pour éviter de voir sa demande déclarée irrecevable⁶⁸. Si en revanche la situation est régularisée avant que le défendeur ou le juge ne soulève cette difficulté, le principe d'économie de procédure prévaut alors, et la compétence doit être reconnue.
45. Alors que les exceptions étaient soulevées par le défendeur, le non-respect des conditions de recevabilité, vu son examen d'office (art. 60 CPC), peut théoriquement être relevé par les deux parties, jusqu'à et y compris les plaidoiries finales devant le premier juge (art. 232 CPC), puis lors d'un éventuel appel ou recours.
46. Lorsqu'un plaideur a épuisé ses tours de parole (art. 232 al. 1 CPC), il ne peut plus invoquer formellement de tels moyens, et le juge devrait écarter une lettre contenant des propos de cet ordre, déposée après l'audience des débats. Mais dans la mesure où le moyen doit être retenu d'office, le tribunal demeure libre d'en tenir compte dans les faits.
47. Selon les circonstances, le moyen soulevé en cours ou en fin de procès

⁶⁴ N 52.

⁶⁵ ATF 119 II 66 consid. 2a, JT 1994 I 112 ; voir également ATF 122 III 249 consid. 3b/bb-c, JT 1997 I 25 ; 133 III 295 consid. 6.2, JT 2008 I 160, RSPC 2007 233 ; 134 III 27 consid. 6.2, RSPC 2008 234.

⁶⁶ ATF 119 II 66 consid. 2a, JT 1994 I 112. Voir également ATF 122 III 249 consid. 3b/bb-c, JT 1997 I 25 ; 133 III 295 consid. 6.2, JT 2008 I 160, RSPC 2007 233 ; 134 III 27 consid. 6.2, RSPC 2008 234. Pour des développements, voir BOHNET (n. 23), p. 241 s., 246 ss.

⁶⁷ ATF 133 III 539 consid. 4.3., RSPC 2007 363.

⁶⁸ Comp., en matière de divorce, ATF 116 II 209 consid. 2b/bb, JT 1993 I 169 ; 116 II 9 consid. 5, JT 1993 I 620 ; 90 II 213 consid. 2.

pourrait cependant se révéler *abusif* (art. 52 CPC)⁶⁹. Que le moyen doive être relevé d'office n'y change rien⁷⁰.

48. Si le juge limite son prononcé à une ou plusieurs questions de recevabilité, son jugement sera final s'il refuse d'entrer en matière (art. 236 al. 1 CPC). Il sera en revanche incident lorsque le tribunal admet que les conditions de recevabilité sont réunies (art. 237 CPC). Dans cette hypothèse, le défendeur doit appeler (ou recourir lorsque la voie de l'appel n'est pas ouverte, voir art. 308 et 309 CPC) directement du jugement, sous peine de déchéance (art. 237 al. 2 CPC)⁷¹.

5. Réminiscences des exceptions de procédure

49. Si l'examen des conditions de recevabilité doit être effectué d'office par le juge⁷², il est fréquent que celui-ci ne dispose pas des éléments lui permettant d'aboutir à la conclusion qu'une telle condition fait défaut⁷³. C'est en particulier le cas lorsqu'une demande est pendante, ou qu'un jugement a déjà été rendu, entre les mêmes parties et sur le même objet du litige⁷⁴, voir en cas de défaut de capacité du demandeur ou de changement de domicile du demandeur.
50. En d'autres termes, il faudra généralement que le moyen tiré de la litispendance ou de l'autorité de la chose jugée ou du défaut de capacité soit soulevé par le défendeur, si bien que dans les faits, les mandataires continueront à fonctionner selon le mécanisme de l'exception dans de tels cas.
51. De plus, l'existence d'un vice dépend parfois de l'*attitude du défendeur* à réception de la demande⁷⁵ : la procédure peut suivre son cours en cas d'acceptation tacite lorsque le for est dispositif (art. 18 CPC) ou si la compétence matérielle est tacitement prorogée (art. 8 CPC), ou encore en cas de renonciation tacite au préalable de conciliation (art. 199 al. 1 CPC), ou d'entrée en matière sur le fond malgré une clause compromissoire (art. 61 let. a CPC). Dès lors, dans ce type de cas, le défendeur soulèvera l'incompétence, de la même manière qu'il invoquait auparavant une

⁶⁹ TF 4P.111/2002 du 8 octobre 2002, consid 2.4 ; TF in DB 13/2001, 35 N 24 ; TREZZINI FRANCESCO, note in RSPC 2006 140, et les réf.

⁷⁰ ATF 105 II 149 c. 3, JT 1980 I 177.

⁷¹ Voir la contribution de RETORNAZ (n. 62), N 26 ss.

⁷² N 28.

⁷³ Voir REYMOND (n. 48), p. 29.

⁷⁴ FF 2006 6890.

⁷⁵ Voir REYMOND (n. 48), p. 29.

exception. Dans ses versions allemande et italienne, le Code parle d'ailleurs d'*exception d'incompétence* à l'art 18 CPC, comme avant lui l'art. 10 al. 1 LFors. Le mécanisme retenu par cette disposition n'est cependant pas celui de l'exception au sens pur du terme. En effet, si le défendeur fait défaut, et même sans exception soulevée expressément, le juge doit constater d'office son incompétence, puisqu'il n'y a pas dans ce cas d'entrée en matière sur le fond.

52. Il faut par ailleurs retenir que certains vices peuvent faire l'objet d'une invocation séparée du fond. On pense en particulier à l'*immunité*, qui a fait l'objet d'une jurisprudence claire du Tribunal fédéral⁷⁶. De plus, sous l'empire de l'article 59 aCst., notre haute cour avait jugé que la partie qui invoquait la garantie de son *for de domicile* avait droit à voir son moyen jugé d'entrée de cause, afin qu'elle puisse ensuite recourir au Tribunal fédéral, avant de se déterminer sur le fond⁷⁷.

VI. Conclusion

53. Le CPC place le juge au centre du procès (art. 124 al. 1 CPC). Il lui revient d'examiner d'office (art. 60 CPC) le respect des conditions de recevabilité de la demande (art. 59 CPC). Les exceptions de procédure, dont le Code ne dit mot, semblent obsolètes dans ce nouveau régime. Le législateur a entendu instaurer un processus simple de règlement des litiges. C'est au juge d'en assurer le respect. Mais dans la mesure où le défendeur et ses conseils seront toujours très attentifs au respect des règles de l'instance et de l'action, et qu'ils disposent d'informations parfois inconnues du tribunal, il y a gros à parier que, dans les faits, il revienne malgré tout aux parties de faire valoir leurs arguments sur ces points. De plus, même si le CPC ne le prévoit pas, la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui demeure d'actualité selon nous, accorde parfois au défendeur le droit de limiter dans un premier temps sa défense à certains arguments de procédure (immunité ; compétence). Quant au régime des exceptions de droit civil, il n'est pas remis en cause comme tel, puisqu'il découle du droit matériel. Ainsi, les avocats, évoquant leurs exploits, continueront à parler des exceptions dont ils se sont prévalus, comme leurs maîtres des siècles passés.

⁷⁶ ATF 133 III 539 consid. 4.6, RSPC 2007 363 ; 124 III 382 consid. 3b ; voir également ATF 130 III 136 consid. 2.1.

⁷⁷ ATF 102 Ia 188 c. 3b, JT 1978 I 357 ; BOHNET FRANÇOIS, Trois ans de jurisprudence fédérale en matière de LFors, une analyse critique, PJA 2004 66 s.