

L'application en Espagne du règlement 1347/2000

Autor(en): **Garcimartín Montero, Regina**

Objekttyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse =
Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II.
Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **124 (2005)**

PDF erstellt am: **17.07.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-895772>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

L'application en Espagne du règlement 1347/2000

REGINA GARCIMARTÍN MONTERO*

I. Introduction

Ce travail a pour but d'analyser comment concilier les mesures prévues dans le Règlement 1347/2000 du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs et les règles de la procédure espagnoles ayant trait aux procédures matrimoniales. Précisons tout d'abord un point sur la matière dont nous nous occupons.

Dans le système espagnol, dans les procédures matrimoniales, la décision judiciaire fait très souvent référence non seulement à la prétention strictement matrimoniale, mais également aux conséquences économiques et personnelles de la nouvelle situation se produisant entre les conjoints; il s'agit d'une possibilité que permet expressément l'art. 91 du Code Civile. Voilà pourquoi, si la prétention principale a trait à la nullité, la séparation et le divorce, les conjoints demandent également au juge de se prononcer sur les mesures auxquelles fait référence l'art. 103 du Code Civile: régime de garde et de visites des enfants, utilisation du logement familial, contribution de chaque conjoint aux charges du couple, etc. En définitive, c'est dans la procédure matrimoniale que sont décidées toutes les conséquences économiques et personnelles pour lesquelles il faut statuer face à la nouvelle situation du mariage.

En outre, il peut y avoir par la suite une procédure postérieure tendant uniquement à modifier ces mesures sans que soit instruite une prétention matrimoniale; ce cas pourrait arriver, par exemple, entre deux conjoints divorcés, lorsque la situation économique d'un des conjoints a changé et que l'un d'entre eux souhaite que soit modifiée la pension à laquelle il est tenu par rapport à l'autre conjoint; ou bien lorsque l'un des parents ne respecte pas, et à plusieurs reprises, le régime des visites, et l'autre souhaite modifier ce régime. La situation inverse – c'est-à-dire, celle où les conjoints demandent au juge de statuer exclusivement sur la prétention matrimoniale – est théoriquement possible, même si ce n'est pas le cas le plus fréquent dans la pratique. En bref,

* Professeur de Droit de la Procédure, Université de Saragosse.

une procédure matrimoniale qui ne soit pas associée à une prétention accessoire de caractère personnel ou économique, n'arrive pas vraiment souvent et, néanmoins, elle est le point de départ d'un point de vue matériel du Règlement 1347/2000.

Le fait que la procédure matrimoniale instruisse des questions relatives non seulement au mariage mais également aux prétentions accessoires est important par rapport à la controverse; bien souvent, en effet, c'est dans les conséquences patrimoniales et personnelles de la prétention matrimoniale que se retrouvent les intérêts opposés entre les demandeurs; il est indéniable que cette situation entraîne des répercussions sur la durée et la complication du processus. Voilà pourquoi il ne faut pas s'étonner que le législateur espagnol ait prévu de refléter cette particularité dans les règles de procédure car lorsque les conjoints sont d'accord sur ces mesures, la Loi de Procédure Civile prévoit une procédure dont le cours est bien plus simple.

La particularité du fait que dans les procédures matrimoniales soient instruites des prétentions de natures juridiques différentes, a également une conséquence importante sur ce qui a trait aux principes informateurs de ces procédures. Ainsi, en ce qui concerne la prétention matrimoniale et certaines mesures liées aux enfants mineurs ou handicapés, nous nous retrouvons face à des matières exclues du pouvoir de disposition des parties avec toutes les conséquences que cela entraîne (limites au pouvoir de disposition, intervention du Ministère Public, etc.). Néanmoins, en ce qui concerne les prétentions économiques, il n'y a aucun intérêt public en elles, et c'est pourquoi elles seront informées par le principe dispositif. En définitive, dans une procédure réunissant des prétentions économiques et celles de nullité, séparation ou divorce, ou celles faisant référence aux enfants, nous devons considérer à quel *petitum* concret de la demande nous faisons référence afin de pouvoir déterminer quels seront les principes applicables.

Le fait que le Règlement 1347/2000 n'envisage pas toutes les matières pouvant s'accumuler à une procédure matrimoniale en Espagne est, fort probablement, une des plus grandes différences dans le champ de la procédure.

Le Règlement 1347/2000 a un double champ d'application: tout d'abord, il établit des règles relatives à la compétence judiciaire internationale et ensuite, il établit aussi le régime applicable à la reconnaissance et à l'exécution des sentences. Cependant, parmi les règles de compétence judiciaire internationale, on trouve aussi des prévisions importantes en ce qui concerne la litispendance et des mesures pour garantir l'audience au défendeur. Nous en analyserons l'incidence dans la procédure matrimoniale espagnole.

Il convient de tenir compte du fait qu'il y a peu de jurisprudence espagnole en application du Règlement 1347/2000, car en effet, cette règle a eu un champ temporaire d'application vraiment très limité; malgré tout, il existe des décisions de jurisprudence en application d'autres règles internationales

qui offrent des modèles d'action valables par rapport à l'application du dit Règlement de même que pour l'application présente du Règlement 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de responsabilité parentale.

II. Compétence judiciaire

Le Chapitre II du Règlement contient une série de règles de compétence judiciaire internationale directe. Les chefs de compétence qu'il établit rendent particulièrement difficile de pouvoir appliquer la règle de compétence territoriale de l'article 22 de la Loi Organique du Pouvoir Judiciaire, vu la quantité de supposés qu'inclut l'article 2 du Règlement.

1. *Justification de la compétence*

Même s'il n'existe pas dans la Loi de Procédure Civile de règle expresse qui l'établit, il s'agit d'une doctrine de jurisprudence qui, pour justifier la compétence territoriale du tribunal, la partie devra apporter un début de preuve, permettant à l'organe judiciaire d'apprécier s'il a la compétence pour connaître de la prétention réclamée. En effet, l'examen d'office de la compétence exige que les parties fournissent au juge des modèles d'action lui permettant de procéder à cet examen et donc la demande devra être accompagnée des documents opportuns¹.

La forme habituelle d'accréditation sera le certificat de recensement ou tout autre document où le fait du domicile est reflété². Nombreuses sont les occasions où la même justification doit servir à accréditer la compétence judiciaire internationale et la compétence territoriale dans l'ordre interne.

1 L'Arrêt de l'Audience Provinciale de Castellón du 12 février 2002 estime qu'il est opportun que le Tribunal de Première Instance ne reçoive pas la demande en raison de l'absence totale de documents permettant au juge d'apprécier sa compétence en affirmant qu'il ne faut pas «s'étonner si le juge de premier degré a estimé insuffisante à cet effet la simple affirmation dans ce sens du demandeur, tout comme les coordonnées du domicile indiquées dans le texte des dénonciations formulées et dont une copie a été fournie jointe à la demande»; le verdict lui-même suggère ensuite quelle aurait été la manière adéquate de justifier la compétence: «plus grande fiabilité et constance offre le certificat de recensement ou de domiciliation, dont l'obtention est à la portée de l'intéressé».

2 Néanmoins, c'est au juge de l'apprécier; dans la Sentence du Tribunal Suprême du 10 novembre 2001, à l'occasion d'une question de compétence territoriale dans l'ordre interne, il entend que n'est pas suffisamment accrédité le domicile, ni celui qui figure sur la déclaration des revenus ni le lieu où se tient le travail, car il se réalise dans plusieurs endroits différents.

En tout cas, le début de preuve apporté à ce moment-là ne sert qu'à justifier la compétence territoriale, de manière à ce que, si besoin est, le juge peut demander par la suite plus d'accréditation afin, par exemple, d'accréditer le fait de la résidence en instruisant le déclinatoire.

Remarquons tout de même une des règles de compétence établies par l'art. 3.1.a du Règlement, et plus concrètement, celle qui fait référence au lieu de résidence habituelle de l'un des conjoints, si toutefois une «demande conjointe» est présentée. Le chef de compétence en question établit une règle de compétence mais il renvoie également à une autre règle de procédure; elle fait en effet référence au fait que les conjoints doivent présenter leur demande conjointement; cette possibilité, dans la législation espagnole, dépend du fait que les conjoints présentent un projet de convention réglant les conséquences du divorce, recueillant la volonté des conjoints en ce qui concerne les modèles par lesquels devront se régir les conséquences personnelles et patrimoniales du mariage. La présentation d'une convention réglant les conséquences du divorce est une des conditions de la demande qui ouvrira la procédure de séparation ou de divorce par consentement mutuel (art. 777.2 Loi de Procédure Civile). La demande conjointe est de cette façon exclusivement réservée à la procédure établie dans l'art. 777 de la Loi de Procédure Civile; dans les cas où il n'y a pas d'accord entre les conjoints ou si la nullité du mariage est demandée, le cours à suivre est celui de l'art. 770 de la Loi de Procédure Civile dans lequel les conjoints adopteront des positions opposées dans la procédure.

Ceci implique que, pour que cette règle de compétence puisse être appliquée, les conjoints ont dû fournir un projet d'accord réglant les conséquences de la séparation ou du divorce, qui – sauf pour celle qui a trait à la responsabilité parentale – se situent en dehors du champ du Règlement. Voilà pourquoi, et en ce qui concerne le contenu du projet de convention réglant les conséquences du divorce, deux possibilités peuvent s'offrir. La première, c'est que ce projet n'inclut que les questions ayant trait à la responsabilité parentale, à savoir, celles qui touchent à la garde de l'enfant mineur et au régime de visites; dans ce cas, tout l'objet du procès fait partie du champ matériel du Règlement 1347/2000, et on pourrait appliquer les chefs de compétence que ce dernier a établit, sans qu'il soit nécessaire de faire appel à aucune autre règle de compétence. La deuxième possibilité est que les conjoints incluent dans la convention des matières exclues du champ du Règlement – comme c'est habituellement le cas dans la pratique –; dans ce cas, ou bien nous aurons dû appliquer des règles de compétence non contenues dans le Règlement 1347/2000 ou bien les conjoints se seront soumis au juge qui connaît de la procédure matrimoniale pour qu'il connaisse également des prétentions accessoires au ménage, exclues du Règlement.

2. Examen d'office de la compétence

Une fois la demande présentée, le juge doit examiner d'office sa propre compétence. L'application des règles du Règlement 1347/2000 comporte un minimum d'activité de valorisation de la part du juge, dans la mesure où la compétence se détermine parfois à travers des concepts juridiques indéterminés³.

En tout cas, si le juge estime que, en application des règles de compétence, ce n'est pas à lui de connaître de cette affaire, il devra s'abstenir (art. 9 Règlement 1347/2000). C'est pour cela que la Loi de Procédure Civile prévoit une démarche dans l'art. 38, qui établit que pour prononcer la résolution d'abstention, l'organe judiciaire devra auparavant avoir entendu les parties et le Ministère Public, et devra aussi se prononcer par un arrêt auquel on pourra introduire un recours en appel (art. 66.1 Loi de Procédure Civile).

Le juge, pour pouvoir se prononcer sur sa propre compétence, devra tenir compte également des possibilités de soumission tacite du Règlement 1347/2000 et de l'article 22 Loi Organique du Pouvoir Judiciaire, même s'il est vrai que le Règlement établit peu de possibilités de soumission, en la reléguant exclusivement, au cas contenu dans l'art. 3.2.b ayant trait à la responsabilité parentale. Et précisément, quant à ces possibilités de soumission, un auteur signale qu'il convient que le juge attende la réponse à la demande pour prononcer alors son jugement sur sa propre compétence, car en effet, ce n'est que lorsque le défendeur aura répondu à la demande que le juge pourra se prononcer définitivement sur sa compétence pour connaître de l'affaire⁴. C'est ce que fait parfois notre jurisprudence sans que l'on puisse argumenter que l'arrêt d'admission de la demande suppose, de la part des tribunaux, une admission de leur compétence qui par conséquent ne peut pas être modifiée ultérieurement⁵.

Il n'y a pas de limite temporaire pour que le juge examine son manque de compétence; en tout cas, ce qu'en effet établit très clairement la Loi de Procédure Civile, c'est que le juge doit déclarer le manque de compétence internationale «dès qu'il s'en rendra compte» (art. 38). Malgré cela, pour la procédure ordinaire, on peut apprécier comment le législateur remarque que les demandeurs peuvent dénoncer le manque de compétence internationale pendant l'audience préalable au jugement, et que cette possibilité coexiste avec

3 La Sentence de l'Audience Provinciale Tenerife du 1^{er} juin 2004 signale que le Règlement ne contient aucune typification exacte de ce qui doit être compris par résidence habituelle, ni non plus de description concrète du moment où se produit le changement de résidence habituelle.

4 Vid. MARIMÓN DURÁ, M. C., *El proceso civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2001, p. 6333.

5 L'Audience Provinciale de Valencia, dans la Sentence du 9 mars 2004 affirme que «la simple admission de la demande n'empêche pas d'évaluer à nouveau et par la suite la compétence», et elle estime qu'à l'issue de cette décision judiciaire, on peut parfaitement affirmer judiciairement le manque de compétence internationale en application du Règlement 1347/2000.

la faculté qu'a le juge d'apprécier d'office son manque de juridiction; en définitive, à un moment de la procédure relativement avancé, il est permis à l'organe judiciaire de manifester son absence de juridiction et d'agir en conséquence.

3. *Dénonciation du manque de compétence à la demande d'une partie*

Le besoin que le juge lui-même examine d'office sa propre compétence coexiste avec la possibilité de dénoncer le manque de compétence au moyen du déclinatoire de la partie défenderesse et toute autre pouvant être partie légitime pendant le jugement (art. 63 Loi de Procédure Civile).

Le déclinatoire, qui se définit dans le système judiciaire espagnol comme un moyen de la procédure nous permettant de dénoncer toutes sortes de manque de juridiction et de compétence, doit être présenté devant l'organe de juridiction qui connaît de l'affaire et qui, selon l'avis du particulier qu'initie le déclinatoire, manque de juridiction. L'art. 63.2 de la Loi de Procédure Civile permet également d'instruire le déclinatoire devant le tribunal du domicile du défendeur, qui lui fera parvenir «par le moyen de communication le plus rapide possible au tribunal devant lequel la demande aurait été présentée». Cette manière d'instruire le déclinatoire, qui vise à faciliter au défendeur le désaveu de la compétence, doit être comprise comme étant également applicable aux cas où le manque de compétence judiciaire internationale serait dénoncé; voilà pourquoi, et en vertu de cette règle, un espagnol qui est défendeur à l'étranger pourrait instruire le déclinatoire devant l'organe judiciaire espagnol pour que ce dernier le transmette à l'organe étranger qui est en train de connaître de cette affaire.

La jurisprudence espagnole reconnaît que le déclinatoire par manque de compétence judiciaire internationale peut être instruit devant le juge du domicile du défendeur. Cependant, elle fait dépendre l'exercice de cette prévision légale au fait qu'il existe une voie prévue par les règles internationales permettant d'articuler cette action de procédure⁶.

Dans cette perspective, il est bien évident que le Règlement 1347/2000 ne prévoit pas d'instrument pouvant être utilisé à cette fin et, donc, il est impossible que l'organe judiciaire espagnol, à la demande d'une partie, mette l'autre en demeure pour inhibition. Si nous considérons les brefs délais pré-

6 L'Arrêt de l'Audience Provinciale de Barcelone du 13 décembre 2004 entend que la décision du Tribunal de Première Instance de ne pas s'occuper du déclinatoire est correcte, en vertu du deuxième alinéa de l'art. 63.2 Loi de Procédure Civile, car il entend qu'il existe «une carence d'instruments juridiques valables pour <véhiculer> la demande concrète de la partie demanderesse».

vus par la Loi pour instruire le déclinatoire (le défendeur devra la proposer dans les cinq jours qui suivent l'acte introductif d'instance – art. 64.2 Loi de Procédure Civile) il apparaît clairement qu'il convient d'articuler une voie permettant au défendeur de dénoncer le manque de compétence devant un juge différent de celui qui est saisi. Effectivement, les graves inconvénients que signifie comparaître à un procès instruit à l'étranger dans un délai si court, placent le défendeur souhaitant attaquer la compétence dans une situation qui se rapproche tout à fait à l'indéfension.

L'élaboration du déclinatoire est commune à tous les vices que la partie peut dénoncer en utilisant ce moyen; pour prouver le manque de compétence, on peut utiliser un début de preuve qui – en raison des faits qui servent de fondement à la compétence dans les procédures matrimoniales – sera une preuve littérale. A ce moment de la procédure, la pleine preuve n'est pas nécessaire, un début de preuve suffit de la part de celui qui attaque la compétence – pour démontrer la compétence d'une juridiction différente –, tout comme de la part du demandeur, pour justifier celle de l'organe devant lequel il a présenté la demande⁷.

Lorsqu'est estimé le déclinatoire se basant sur le manque de compétence judiciaire internationale, le juge devra en outre prononcer la mise aux archives des actions. Le déclinatoire international, tel qu'il figure dans la Loi de Procédure Civile, n'a qu'une efficacité négative, et donc, son seul effet est que le juge est déclaré incompétent, mais en conséquence du déclinatoire, il n'est cependant pas obligatoire d'indiquer quel est l'organe qui doit être saisi (art. 65.2 Loi de Procédure Civile). Le cas est différent si c'est la compétence territoriale dans l'ordre interne qui est attaquée; en effet, dans ce dernier cas, le juge doit désigner quel est l'organe judiciaire qu'il estime devoir être saisi de cette affaire (art. 65.4 Loi de Procédure Civile).

Cette particularité a une conséquence importante pour les parties quant à l'élaboration du déclinatoire: dans la compétence judiciaire interne, il est exigé à celui qui attaque la compétence de désigner l'organe qui – à son avis – devrait être saisi de l'affaire (art. 63.1 Loi de Procédure Civile). De la régulation du déclinatoire, on peut également déduire que l'on peut proposer dans son élaboration une preuve concernant la compétence territoriale de ce deuxième organe judiciaire; de fait l'art. 65.1 de la Loi de Procédure Civile

7 Néanmoins, et vu que l'acteur a déjà du apporter un début de preuve avec la demande, on pourrait très bien comprendre que le début de preuve utilisé par l'acteur pour justifier la compétence dans le déclinatoire est celui qui a été apporté à ce moment de la procédure. L'Arrêt de l'Audience Provinciale de Salamanca du 14 décembre 2004 estime même qu'il n'y a pas besoin de début de preuve dans le cas d'une procédure, car en effet la compétence peut se déduire en appliquant tout simplement les règles légales, et la référence au début de preuve de l'art. 65 Loi de Procédure Civile «fait bien plus référence à un droit ou à une faculté de celui qui envisage le déclinatoire qu'à une obligation».

établit que l'acteur pourra aussi alléguer – entendons le cas échéant, alléguer et prouver – au sujet du manque de compétence territoriale de l'organe qui connaîtrait de l'affaire si le déclinatoire aboutissait. Dans la mesure où, dans le déclinatoire international, le juge n'est pas tenu de désigner le tribunal qui devra être saisi, celui qui propose le déclinatoire ne sera pas tenu non plus de présenter des allégations et des preuves pour justifier la compétence du tribunal qui, à son avis, devra être saisi.

4. *Conflit de compétence*

Au cas où il y aurait finalement un conflit de compétence – positif ou négatif –, la réponse du Règlement 1347/2000 est inégale. Si le conflit est positif, la solution est clairement formulée: c'est l'organe judiciaire qui le premier a initié la procédure qui a la préférence (art. 11 Règlement). Si aucun des tribunaux ne se considère compétent, le Règlement n'offre aucune solution, ce qui provoquerait une situation vraiment indésirable du point de vue de la garantie du droit d'accès à la justice. Néanmoins, il est vrai que la combinaison des chefs de compétence du Règlement 1347/2000 et de ceux que prévoit le droit interne (dans le cas de l'Espagne, dans l'art. 22 Loi Organique du Pouvoir Judiciaire), donne peu de marge à un conflit négatif de juridiction entre les organes judiciaires de différents États.

5. *Règles de compétence judiciaire internationale et règles de compétence territoriale dans l'ordre interne*

Même si les règles de compétence internationale n'ont pas d'incidence sur la répartition des compétences dans l'État, il est vrai qu'on peut apprécier une certaine coïncidence entre les critères régissant, en matière matrimoniale, la compétence judiciaire internationale et la compétence territoriale dans l'ordre interne.

C'est ainsi que la règle de compétence territoriale qu'établit en premier lieu l'art. 769 de la Loi de Procédure Civile est celle du domicile conjugal; lorsqu'elle ne peut pas être appliquée, on aura recours à celle des domiciles du demandeur ou du défendeur. Il y a donc une coïncidence entre les critères de connexion dans l'ordre international et entre ceux de l'ordre interne. Cette coïncidence est plus que souhaitée, car en effet, si elle ne se produit pas, nous aboutissons à un problème de procédure de difficile solution. Il existe des critères d'attribution de compétence qui n'ont aucune correspondance dans l'ordre interne, ce qui entraîne une jurisprudence douteuse lorsqu'il s'agit d'admettre la compétence des tribunaux espagnols. J'estime que la solution

correcte dans ce cas pourrait être d'appliquer également dans l'ordre interne, les règles de compétence judiciaire internationale⁸.

Néanmoins, il est bon de signaler deux tendances observées dans les règles de compétence objective dans l'ordre interne qui ne sont pas comparables avec le Règlement 1347/2000. C'est ainsi que la Loi de Procédure Civile renvoie constamment à la préférence d'un accord entre les conjoints afin de régir les conséquences personnelles et patrimoniales du ménage; il est vrai que la plupart de ces conséquences se placent en dehors du champ d'application du Règlement, ce qui n'est pas le cas, malgré tout, pour la responsabilité parentale. La possibilité que les conjoints soient d'accord sur cette matière n'est certes pas illimitée, les intérêts des enfants mineurs peuvent en effet être en jeu, mais cet intérêt est sauvegardé par l'intervention du Ministère Public et par le contrôle du juge, qui doit vérifier si l'accord des parties à ce sujet garantit les intérêts des intervenants.

Sans remettre en question la convenance du contrôle judiciaire de l'accord en fonction du régime par lequel sera régie la garde et le droit de visites des enfants, il est bien évident que sur cette matière une solution consensuelle entre les époux est bien préférable à une résolution judiciaire imposée.

Les procédures matrimoniales envisagées dans la Loi de Procédure Civile font constamment référence à la possibilité qu'ont les conjoints pour tomber d'accord au long de la procédure sur les prétentions accessoires de la prétention matrimoniale et de le manifester devant le juge (ce cas se retrouve, par exemple, dans les arts. 770, 771 et 775 de la Loi de Procédure Civile). Au-delà de ces mentions, l'art. 770.7 de la Loi de Procédure Civile, selon le nouveau texte de l'article introduit par la réforme de la Loi 15/2005 du 8 juillet 2005 en matière de séparation et de divorce, prévoit la possibilité d'interrompre la procédure matrimoniale lorsque les parties veulent se soumettre à la médiation. Ce n'est sans doute pas la mission du Règlement d'établir une règle de ce type, qui reviendrait en tout cas aux tribunaux nationaux. Par contre, cela le serait bien plus que les Règlements communitaires favorisent le recours à des mécanismes extrajudiciaires pour résoudre les conflits dans les prétentions ayant trait à la responsabilité parentale.

Une deuxième tendance, qui s'est clairement manifesté dans la Loi Organique 1/2004, du 28 décembre, de Mesures de Protection Intégrale contre la

8 La Sentence de l'Audience Provinciale de Lérida du 10 février 2003 estime que de par l'application des règles de compétence territoriale internationale «il n'existerait pas de critère de connexion territoriale visant à déterminer la compétence interne des tribunaux espagnols» ce qui l'unit à d'autres motifs qui justifient le manque de compétence des tribunaux espagnols. Nous pouvons cependant signaler que cet argument de l'Audience n'est pas le seul qu'utilise l'organe judiciaire pour justifier son manque de compétence.

Violence de Genre⁹, est celle de faire en sorte que les organes judiciaires qui connaissent d'une procédure en matière de famille, ne restent pas dans l'ignorance de la réponse judiciaire qui a été fournie à un fait délictueux commis dans le cadre domestique. L'option du législateur espagnol a été celle d'attribuer aux organes judiciaires pénaux chargés de juger le délit de violence domestique – Tribunaux de violence sur la femme –, la compétence pour connaître également des procédures en matière de famille dans lesquelles la victime se retrouve impliquée.

De cette façon, le juge pénal chargé de statuer sur un délit de violence domestique, s'il est connaisseur du fait de l'existence d'une procédure civile en matière de filiation, de ménage ou d'enfants mineurs dans laquelle la victime est une partie, il requerra l'inhibition au juge civil qui est en train de connaître de la procédure civile et en assumera la connaissance (art. 49 bis. 3 Loi de Procédure Civile). Les dispositions légales permettant de garantir la compétence ainsi assumée frappent l'attention par leur dureté: dans cette matière, l'exercice du déclinatoire n'est pas admis (art. 49 bis. 4 Loi de Procédure Civile) et la compétence s'exerce de manière «exclusive et excluante» (art. 49 bis. 5 Loi de Procédure Civile). L'exercice du déclinatoire exclut-il de dénoncer le manque de compétence judiciaire internationale? A mon avis non, même si la Loi ne discrimine pas, car en définitive la question visant à savoir sur quel ordre judiciaire repose la charge de connaître d'une affaire concrète n'a de sens que lorsqu'on a d'abord déterminé quelle est la juridiction espagnole devant être saisie pour cette affaire¹⁰.

Sans se mettre à analyser l'efficacité de la mesure choisie par le juge espagnol – que seule la pratique démontrera –, il est vrai qu'on peut difficilement douter qu'il est préférable que le juge civil connaisse la querelle d'une procédure pénale dans laquelle se retrouvent mêlés les membres de la famille qui sont affectés par la sentence matrimoniale. Ce sont en général les demandeurs qui se chargent de la mettre en évidence mais, de toutes manières, il peut être préférable d'ouvrir une voie de communication entre l'organe de juridiction civil et le pénal.

9 Je traduis littéralement le mot utilisé par le législateur espagnol au titre de cette loi; cependant le mot approprié c'est plutôt – à mon avis – «domestique».

10 En raison du caractère catégorique des termes de la Loi pour ce qui a trait à la compétence assumée par les Tribunaux de Violence sur la Femme, il ne serait pas étonnant que les juges qui les servent soient encore plus réticents que dans d'autres cas à décliner leur compétence.

6. Règles spéciales de compétence judiciaire internationale

Le Règlement 1347/2000, au-delà des règles générales en matière de compétence judiciaire internationale, prévoit des chefs de compétence spéciaux pour certains cas: responsabilité parentale, reconvention et mesures conservatoires.

a) Compétence en matière de responsabilité parentale

Lorsque sont réunies les circonstances qu'indique l'art. 3, c'est-à-dire lorsque les organes judiciaires sont en train de connaître de la procédure matrimoniale, le Règlement 1347/2000 permet d'assumer également la compétence de connaître des questions ayant trait à la responsabilité parentale dérivant de la prétention matrimoniale. Parmi les conditions que fixe cette règle pour justifier la compétence, le critère d'attribution contenu dans l'art. 3.2 du Règlement doit être spécialement examiné par le juge. Pour ce critère, outre la condition se rapportant au fait que l'un des conjoints ait la garde de l'enfant, il faut également que la compétence soit acceptée par les conjoints et que cette compétence soit conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant. Nous devons entendre que l'acceptation de la compétence peut être expresse ou tacite, en effet il n'y a aucune règle spéciale établie par le Règlement à ce sujet.

L'organe judiciaire peut avoir encore plus de difficulté à apprécier si l'intérêt supérieur de l'enfant mineur est présent. Cette notion, il fallait s'y attendre, n'est pas définie par le Règlement, ce qui mérite une valorisation favorable, dans la mesure où elle permet à l'organe judiciaire de réagir de manière adéquate aux circonstances de chaque cas concret. Le juge ne doit pas, semble-t-il, se régir par des critères strictement techniques, il doit plutôt faire l'évaluation en fonction de l'entourage de l'enfant, et des préjudices pouvant entraîner les décisions concernant la responsabilité parentale dans la procédure matrimoniale elle-même ou s'il est préférable d'estimer le manque de compétence pour que soient saisis de l'affaire les organes judiciaires d'un autre pays.

Les parents, de toute façon, lorsqu'il faut justifier la compétence du juge avec le début de preuve que requiert notre pratique, peuvent aussi prouver qu'il convient mieux que ce soit le même organe judiciaire chargé de connaître de la prétention matrimoniale qui assume la compétence pour prendre une décision sur la responsabilité parentale.

Je comprends que le terme «responsabilité parentale» utilisé par le Règlement ne permet pas d'inclure des prétentions relatives au régime par lequel doivent être régies les relations de l'enfant mineur et des membres de la fa-

mille autres que ses propres parents¹¹. Ce droit est reconnu par le système judiciaire espagnol dans l'art. 160 du Code Civil et, même s'il peut faire partie des mesures qui sont dictées dans une procédure matrimoniale, il peut également être une prétention autonome qu'instruiront les intéressés dans une procédure indépendante.

b) Compétence en matière de reconvention

L'art. 5 du Règlement 1347/2000 établit une règle de compétence relative à la reconvention, au-delà de disposer simplement d'un critère pour déterminer l'organe devant être saisi; ce que fait cette disposition, fondamentalement, c'est de limiter les possibilités de reconvention, qui se réduisent aux aspects qui rentrent dans le champ matériel du Règlement.

En Espagne, la Loi 15/2005 du 8 juillet de modification du Code Civil et de la Loi de Procédure Civile en matière de séparation et de divorce a modifié la reconvention. Jusqu'à cette loi, la reconvention était fortement limitée dans les procédures matrimoniales; le point de départ du législateur était qu'il n'est pas possible d'envisager la reconvention et qu'il n'y a guère que dans les cas prévus par le législateur que l'on permet au défendeur de prendre cette attitude pour la procédure matrimoniale (art. 770.2 Loi de Procédure Civile). La seule possibilité de reconvention admise par le législateur espagnol était celle relative aux mesures définitives, laquelle n'était pas comprise dans le champ d'application du Règlement – sauf pour les mesures ayant trait à la responsabilité parentale.

La nouvelle rédaction de l'art. 770.2 de la Loi de Procédure Civile après la Loi 15/2005 élargit la possibilité de reconvention aux prétentions strictement matrimoniales. Mais étant donné que la nouvelle régulation de la reconvention est si récente, on ne trouve pas dans notre jurisprudence des cas d'application des règles de compétence en matière de reconvention.

11 Cette interprétation de la littéralité du Règlement 1347/2000 est encore renforcée par le Règlement 2201/2003, dont l'art. 2 nous permet d'exclure – encore plus clairement – ces relations de parenté du champ de la responsabilité parentale. Vid. aussi, sur le champ d'application du Règlement en matière de responsabilité parentale, Diago Diago, M^a del Pilar, El derecho de los hijos a mantener relaciones personales con ambos progenitores. A propósito de la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental y su extensión a la sustracción de menores, en: Curso de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, vol. IV, 2003, Servicio Editorial, Universidad del País Vasco, p. 207.

c) Compétence pour accorder des mesures conservatoires

Lorsque le demandeur sollicite adopter des mesures conservatoires, cela peut entraîner une altération des règles de compétence judiciaire internationale qu'établit le législateur communautaire; c'est ainsi que l'art. 12 du Règlement statue que, en cas d'urgence, des mesures provisoires ou conservatoires peuvent être adoptées par l'État où se trouvent les biens ou les personnes faisant l'objet de ces mesures. Comme l'établit le texte de cet article, cette règle de compétence est exceptionnelle, et elle ne doit donc être appliquée que si sont réunies les raisons d'urgence auxquelles l'article fait référence, en continuant de maintenir que la règle générale doit être que l'organe devant avoir la compétence est celui qui l'a pour connaître de la procédure matrimoniale. Il y a donc ainsi dans le Règlement 1347/2000 une dissociation de la compétence entre le processus principal et le conservatoire, même si elle dépend des raisons d'urgence et du fait que les personnes ou les biens soient présents dans l'État où elles sont demandées¹².

Cette règle n'est pas étrange dans les règles de procédure internes. En effet l'art. 771 de la Loi de Procédure Civile établit que le conjoint souhaitant demander des mesures provisoires préalables dans la procédure matrimoniale, peut le faire devant le juge de son domicile. On peut néanmoins apprécier que la dissociation dans la règle espagnole est moindre, car en effet, même si elle peut signifier une altération par rapport à la règle de compétence générale, il est vrai qu'elle demeure conditionnée au fait qu'il s'agit du tribunal où le futur demandeur a son domicile. En outre, ce chef de compétence est envisagé comme une possibilité pour le conjoint qui va intenter une action, mais la Loi de Procédure Civile ne le rend pas dépendant des raisons d'urgence justifiant le changement de compétence.

III. Actions pour garantir l'audience au défendeur

L'art. 10 du Règlement établit une règle de procédure selon laquelle, le juge devra interrompre le jugement une fois que la demande sera admise, afin de vérifier que sont réunies les circonstances permettant au défendeur d'exercer efficacement le droit de défense.

Il convient de signaler que la rubrique de l'art. 10 dans la traduction espagnole du Règlement n'est pas vraiment heureuse – même si le Règlement 2201/2003 la maintient dans l'art. 18 –, car elle fait référence à la recevabilité de la demande. L'activité de la procédure menée par l'organe judiciaire en

12 GASCÓN INCHAUSTI, F., Primera aproximación a los Reglamentos comunitarios en materia matrimonial, concursal y de notificaciones, en: *Tribunales de Justicia*, 2001, n° 1, p. 39.

conséquence des dispositions contenues dans cette règle n'a aucun rapport avec la recevabilité de la demande. L'activité de contrôle du juge a pour but de vérifier que le défendeur «a été en condition de recevoir à l'avance avec un délai suffisant pour se défendre, l'écrit de la demande ou du document équivalent ou que toutes les démarches à cet effet ont été menées». La demande aura donc été admise pour que le juge puisse agir dans les termes prévus dans l'art. 10 et, quel que soit le résultat des démarches effectuées à partir de ce qui est établi dans cet article, il n'aura aucune influence sur la recevabilité de la demande, qui aura été jugée en fonction d'autres critères.

La règle donne une interprétation du principe d'audience, qui est celle que l'on retrouve traditionnellement dans la procédure civile: il n'est pas nécessaire, pour que ce principe soit compris comme accompli, que le défendeur soit entendu matériellement; il suffit qu'aient été articulés les moyens procéduriers nécessaires pour que cette audience se produise – si le défendeur a souhaité en faire usage.

On suppose, si nous nous limitons aux possibles objets du contrôle judiciaire, qu'il suffit que se produise une seule de ces circonstances à laquelle fait allusion l'art. 10 du Règlement 1347/2000 pour entendre que sera garanti le droit de défense du défendeur: le défendeur doit recevoir la demande dans un délai suffisant pour articuler sa défense ou procéder aux actions de la procédure nécessaires pour aboutir. A mon sens, néanmoins, le juge doit se limiter à vérifier la deuxième circonstance, c'est-à-dire, que toutes les démarches ont été faites pour informer le défendeur que la demande a été admise comme recevable; et il s'agit en définitive de la tâche à laquelle est tenu l'organe judiciaire et avec elle, le principe d'audience est garanti dans une procédure civile.

L'art. 10 offre une autre option: le juge doit savoir que le défendeur a reçu la demande «suffisamment à l'avance pour pouvoir se défendre». Je comprends que cette action n'aurait besoin d'aucune activité de la part de l'organe judiciaire, mais elle peut virtuellement nous permettre d'inclure les cas où le défendeur *de facto* est informé de la demande et initie en conséquence une action de la procédure (par exemple, répondre à la demande ou proposer le déclinatoire). Et tout cela indépendamment du fait que la notification ait été correctement réalisée, voire même qu'aucune notification n'ait été faite. Si la notification produit ses effets, même s'ils n'ont eu lieu qu'à l'issue de l'acte de notification, c'est déjà suffisant pour que le juge puisse lever l'interruption du procès.

La prévision établie par l'art. 10 du Règlement n'a pas grand sens dans les cas où le demandeur et le défendeur résident dans le même pays. Le législateur communautaire est en train d'établir, de manière indirecte, une règle pour les différentes actions à entreprendre dans le procès qui, même si elle peut être opportune lorsque les deux demandeurs résident dans des pays différents, ne l'est pas lorsque les deux se trouvent dans le même pays. Plus encore si

l'on tient compte, comme l'indique le Rapport BORRÁS (n° 50) que l'interruption du procès n'est pas une faculté du juge, mais qu'elle est obligatoire. Dans le cas où les demandeurs résident dans le même État, il n'est pas nécessaire que le Règlement établisse une garantie spéciale pour assurer que le défendeur connaisse la demande. Il suffira que des dispositions, dans ce sens, soient prévues dans les systèmes de la procédure de chaque pays.

En fait, nombreux sont les auteurs qui défendent que lorsqu'il n'y a pas la circonstance où l'un des demandeurs réside à l'étranger, le juge espagnol n'a aucune obligation d'arrêter l'affaire¹³. Je partage cette opinion: autrement nous serions en train de provoquer l'interruption d'une affaire de manière injustifiée, et nous serions en train de convertir une règle qui prétend garantir le droit de défense en un acte pouvant rallonger inutilement le procès.

IV. Litispendance

Vu le grand nombre de règles de compétence qu'établit l'art. 2 du Règlement 1347/2000, il peut arriver que les conjoints présentent la demande dans des endroits différents, et pour éviter la litispendance, l'art. 11 du Règlement établit la règle à suivre. L'option du législateur communautaire est celle d'appliquer la règle *prior tempore potior iure*, de sorte que sans avoir à entrer dans d'autres types d'analyse, la préférence est directement donnée à la demande qui a d'abord été présentée. Tel que l'indique la Professeuse ALEGRÍA BORRÁS dans son Rapport sur la Convention de Bruxelles (n° 53), il n'a pas été aisé de trouver une solution permettant de résoudre avec efficacité les problèmes pouvant être provoqués par la litispendance, de sorte que cette dernière a été une des matières posant le plus de difficultés techniques dans la rédaction de la Convention.

Si nous devons déterminer quelle est la procédure qui commencera en premier, il est opportun que le Règlement établisse quel est le moment que l'on considère le début de l'affaire, c'est ce que fait l'art. 11.4. Dans la procédure espagnole, nous devons appliquer la règle première: il est entendu que l'affaire commence au moment où l'écrit de la demande est présenté. Nous retrouvons la même disposition dans l'art. 399 de la Loi de Procédure Civile qui commence par «le jugement commencera par la demande»; et dans le même sens, l'art. 410 de la Loi de Procédure Civile, dont la rubrique est précisément «début de la litispendance», établit que celle-ci se produit à partir du moment où la demande est introduite. C'est pourquoi nous observons une parfaite cohérence sur ce point-là entre la législation communautaire et l'espagnole.

13 GASCÓN INCHAUSTI (note 12), p. 38.

Toute sorte d'action préalable au procès, quelle qu'en soit l'importance (pratique de preuve anticipée, mise en sûreté de la preuve, demande de mesures provisoires, etc.) n'entraîne pas le début du procès, même si cela n'a de sens que s'il s'agit d'un procès imminent et si le législateur limite son efficacité à un délai relativement court avant d'introduire la demande. Cette précision s'impose tout particulièrement dans les procédures matrimoniales, où sont très importantes les mesures pouvant être accordées avant d'introduire la demande, à tel point que le législateur espagnol a fixé *ad hoc* le cours que doit prendre la procédure pour que ces mesures soient suivies (celui de l'art. 771 de la Loi de Procédure Civile). Même si la procédure suit un cours *sui generis*, il n'y a pas lieu d'entendre que l'ouverture du dossier à suivre pour accorder des mesures provisoires à la séparation ou au divorce entraîne que la procédure matrimoniale soit initiée.

Le Règlement établit ce que doit faire chacun des juges devant lesquels les demandes ont été introduites: celui qui connaît de la première continuera à s'occuper de l'affaire (art. 11.1); le deuxième interrompra l'affaire tant que le premier n'aura pas déclaré sa compétence et, lorsque cela arrivera, il se déclarera incompétent en faveur du premier (art. 11.3). Même si le Règlement ne comporte aucune disposition dans ce sens, si finalement le juge qui a connu de la première demande se déclare incompétent, l'organe judiciaire face auquel la deuxième demande a été introduite lèvera l'interruption et l'affaire reprendra. Analysons la réponse offerte par le droit espagnol dans l'optique de chacun des juges.

En ce qui concerne le juge qui connaît de la première demande, le Règlement 1347/2000 semble adopter comme point de départ qu'il doit déclarer expressément sa compétence – pour que le deuxième juge prenne une décision définitive sur la fin de l'autre procédure. Ce présupposé peut entraîner un problème dans la pratique pour la procédure espagnole. Dès qu'une demande est recevable, le juge doit se prononcer à ce propos, et voilà le moment adéquat pour lui de refuser d'être saisi de cette affaire s'il ne se croit pas compétent, et c'est pourquoi nous pourrions entendre que l'organe judiciaire a déjà déclaré sa compétence. Néanmoins, cela ne veut pas dire que ce moment soit le seul de la procédure où le juge puisse se prononcer d'office sur sa propre compétence; comme nous l'avons déjà signalé, ce prononcé peut avoir lieu à tout moment, dès que le juge prendra connaissance de son manque de compétence (art. 38 Loi de Procédure Civile), et il se pourrait même que cela n'arrive qu'après que la demande ait été admise.

J'estime qu'il ne serait pas raisonnable d'envisager que si l'organe judiciaire peut se prononcer d'office sur sa propre compétence à n'importe quel moment, cela suppose obligatoirement l'arrêt du deuxième procès pendant toute la querelle du premier. Ce qui est habituel, c'est que le juge, s'il n'est pas compétent, en fasse part lorsqu'il se prononce sur la recevabilité de la de-

mande; et en général il n'y a aucun changement dans le prononcé judiciaire dans ce sens. Donc, j'estime qu'à partir de ce moment-là, il conviendrait d'archiver le procès qui a été initié en deuxième lieu. Nous devons penser qu'à la longue, vu que la question est restée sans pré-jugement, il n'y aurait aucun inconvénient à ce que par la suite, si le premier juge se déclare incompétent, la deuxième demande puisse toujours être introduite à nouveau.

En ce qui concerne le juge saisi de la deuxième demande, il devra décréter l'arrêt du procès dès qu'aura été mise en évidence la litispendance¹⁴. Voila une question qui devra être alléguée et prouvée par les demandeurs, vu qu'ils sont les seuls à être au courant de la querelle d'un procès dans un autre État. Ils devront donc demander au juge d'interrompre la procédure pour la raison indiquée en justifiant leur demande. Il peut être entendu que sera une preuve suffisante de la situation de la litispendance tout document dont on peut clairement déduire les faits que la partie a besoin d'accréditer: que la demande a été introduite dans un autre pays, et que cela a eu lieu précisément à une date antérieure. Si ces deux sujets ne sont pas accrédités, le juge n'en tiendra pas compte face à un manque d'accréditation; c'est ce qui arrive dans la Sentence de l'Audience Provinciale de Valencia, qui ne reconnaît pas la situation de litispendance alléguée par la partie, en raison de la faiblesse de ses arguments «qui se ressent à partir de la non constance, ni même dialectiquement parlant, d'une date quelconque d'introduction de la demande au Danemark; en effet, ce document ne fait allusion à aucune date, et dit seulement que la demande a été introduite antérieurement»¹⁵.

Le problème principal que cela entraîne pour les demandeurs est que la Loi de Procédure Civile comporte des règles relatives à la compétence judiciaire internationale et à l'attitude procédurière que doivent suivre le juge et les parties face à elle, alors que ce n'est pas du tout le cas avec la litispendance. Il n'y a pas de traitement procédurier spécifique pour la litispendance lorsque celle-ci a un caractère international, voila pourquoi les mécanismes que devra

14 C'est ce qu'a rendu l'Arrêt de Audience Provinciale des Iles Baléares le 9 mars 2004, en utilisant une terminologie impropre, elle fait en effet allusion à la compétence alors que la litispendance n'est pas un problème de compétence proprement dit; c'est ainsi que le Fondement de Droit Unique de l'Arrêt affirme: «ce n'est pas que le Tribunal espagnol ne soit pas compétent en lui même, et il pourrait donc initialement admettre la demande et se déclarer compétent, mais il existe un élément initialement ignoré qui fait que sa compétence cède devant celle du tribunal allemand devant lequel une demande avec un objet identique a été introduite. C'est pourquoi, lorsque cette circonstance a été connue, le manque de compétence internationale a pu être estimé et il s'est abstenu de connaître de la demande».

15 Comme on peut constater, le conflit se produit avec le Danemark, qui est justement le seul pays de l'Union Européenne qui n'est pas lié par le Règlement 1347/2000 (Attendu n° 25). La sentence reprend ce fait, et affirme, pourtant qu'on arriverait à la même solution en application du Règlement qu'en appliquant la Loi Organique du Pouvoir Judiciaire, comme cela a été fait dans ce cas-là.

utiliser la partie sont les mêmes que ceux servant à dénoncer la litispendance dans l'ordre interne.

Ces moyens, quels sont-ils? Dans la procédure ordinaire, la démarche préalable prévue par le législateur est l'audience préalable au jugement (art. 416.2^o Loi de Procédure Civile). Cependant, les procédures matrimoniales sont instruites en suivant les cours prévus par la Loi de Procédure Civile dans les arts. 770 pour la procédure contradictoire – un processus spécial suivant surtout le cours d'un jugement appelé verbal¹⁶ – et 777 pour la procédure de consentement mutuel – une procédure spéciale de caractère non contradictoire. De toute manière, l'audience préalable n'existe pas. Il n'est pas opportun d'attendre que les demandeurs comparaissent devant le juge. Vu qu'il n'existe pas d'instance *ad hoc*, un auteur a souligné qu'il conviendrait de la proposer par écrit comme une question de prononcé préalable, institution qui peut en effet servir à résoudre ce problème¹⁷. Les questions incidentes sont régulées dans l'art. 387 et suivants de la Loi de Procédure Civile. Dans cette régulation, la Loi prévoit, dans l'art. 390, que le juge puisse interrompre l'affaire pour examiner une question proposée par les parties et qui, par sa nature, devient un obstacle pour poursuivre le jugement selon ses démarches ordinaires.

L'art. 11.2 du Règlement régule ce qu'il appelle «fausse litispendance», c'est à dire, l'exercice des deux prétentions matrimoniales différentes entre les mêmes personnes devant des tribunaux de différents pays. Le législateur communautaire, pour résoudre ce problème, a traité le supposé comme s'il s'agissait d'un cas de litispendance, même s'il ne l'est pas, car nous voulons en réalité éviter le même effet indésirable: deux résolutions judiciaires contradictoires pour une même réalité juridique.

Le problème est soulevé parce que le Règlement 1347/2000, une fois qu'aura été déterminé l'organe judiciaire devant continuer d'être saisi, autorise la personne ayant ouvert la deuxième instance à instruire sa prétention devant les tribunaux qui sont saisis du premier procès (art. 11.3). Cette possibilité de la procédure n'a de sens que lorsque l'objet de la procédure du deuxième procès est différente, c'est-à-dire la fausse litispendance.

Il n'existe pas dans le droit de procédure espagnol de règle permettant d'ouvrir une instance de ce type; exception faite des cas de reconvention, il est impossible d'envisager que le défendeur introduise une deuxième demande dans la procédure. GASCÓN INCHAUSTI propose comme solution possible à ce bourbier que le défendeur en deuxième instance introduise la demande devant l'organe judiciaire espagnol saisi de la procédure la plus

16 C'est le nom que donne la Loi de Procédure Civile espagnole au procès déclaratif ordinaire le plus simple.

17 GASCÓN INCHAUSTI (note 12), p. 38.

ancienne et fasse connaître ensuite l'accumulation de procédure (art. 74 et suivants Loi de Procédure Civile)¹⁸. La solution n'est sans doute pas libre de complications pour la procédure et elle est loin d'être aussi simple que la rédaction du Règlement le suggère.

V. Reconnaissance et exécution de sentences

Le Règlement part de la distinction faite dans la rubrique du Chapitre II, entre la reconnaissance et l'*exequatur*. Néanmoins, il régule en réalité trois modes différents de rendre efficace la résolution judiciaire: la reconnaissance de l'enregistrement (art. 14.1 et 2), la reconnaissance incidente (art. 14.4) et l'*exequatur* (art. 14.3), avec l'important trait particulier que seules les deux premières sont applicables aux procédures matrimoniales et que la régulation de l'*exequatur* que comporte le Règlement 1347/2000 est réservée aux procédures concernant la responsabilité parentale. N'importe laquelle de ces formes de reconnaissance entraîne des effets très différents et elles ne sont pas traitées de la même façon dans le Règlement, qui n'envisage que très peu la reconnaissance incidente et, malgré tout, établit une régulation en détail pour les autres types d'effets dans les sentences.

Si nous avons jusqu'à présent fait l'analyse des articles ayant trait à la compétence, la litispendance, et autres règles devant être appliquées dans une procédure matrimoniale, nous allons à présent, et en suivant l'ordre du Règlement, analyser les conséquences qu'une décision prise dans un procédure matrimoniale – ne comportant pas forcément un élément étranger – peut produire dans d'autres pays où le Règlement est appliqué.

1. Inscription au Registre

L'inscription au Registre est, sans doute, l'une des plus grandes réussites à laquelle est parvenu le Règlement; elle suppose en effet une reconnaissance automatique de la sentence à des effets de Registre sans aucun type de procédure. Malgré tout, le fait qu'aucune procédure ne soit nécessaire ne veut pas dire que l'inscription ne soit pas soumise à un contrôle comme le signale HERRANZ BALLESTEROS¹⁹; tel que l'affirme cet auteur, la rapidité entraîne égale-

18 GASCÓN INCHAUSTI (note 12), p. 38.

19 HERRANZ BALLESTEROS, M., Primeros pasos de la práctica en el registro español en la aplicación del Reglamento en materia matrimonial: reflexiones al hilo de la decisión de la Dirección General de Registros y Notariado del 4 de mayo de 2002, en: La Ley, n° 5715, 10 de febrero de 2003, p. 1632.

ment la fragilité de la reconnaissance. En effet, une demande de reconnaissance de la sentence à travers la démarche d'*exequatur*, peut donner lieu à un prononcé obligeant à modifier l'inscription.

L'expérience connue dans notre pratique d'enregistrement, démontre que, jusqu'à présent les motifs de dénégation ne se basent pas tant sur un des motifs prévus par le législateur communautaire pour refuser la reconnaissance dans l'art. 15 du Règlement, mais sur le fait qu'ils proviennent de défauts formels et, plus concrètement, celui de ne pas fournir les documents nécessaires. C'est ce qui arrive dans les Résolutions de la Direction Général des Registres et du Notariat du 4 mai 2002, 2 novembre 2003 et 28 novembre 2002, où l'inscription a été refusée car aucun document requis dans l'art. 33 du Règlement n'avait été présenté.

Reconnaître une sentence prononcée à l'étranger pour l'inscription sur le Registre, voilà une chose rapidement faite, mais il est vrai que cela ne nous permet d'obtenir que très peu d'effets juridiques pouvant être développés par une sentence de mariage. Néanmoins, il y aurait dans ce cas là une importante conséquence, en vertu de l'inscription de divorce ou de nullité: les intéressés pourraient se remarier aussitôt. L'inscription sur le Registre peut également suffire à accréditer la dissolution par divorce du mariage d'une des personnes qui cohabite pour que l'autre puisse toucher la pension de veuvage. Tout au moins c'est ainsi que l'entend l'Audience Provinciale de Barcelone dans le jugement rendu le 28 février 2002 qui estime que le meilleur chemin à suivre pour parvenir à la conséquence juridique voulue par la partie requérante est de ne demander que l'inscription sur le Registre.

2. *Reconnaissance incidente*

Le Règlement 1347/2000 permet également dans l'art. 14 que la reconnaissance de la sentence se fasse aussi avec un caractère incident au sein d'une procédure. Elle partage dans la règle communautaire l'appellation de «reconnaissance» avec celle de l'inscription sur le Registre, ces effets étant cependant bien différents.

La reconnaissance incidente, en vertu de l'art. 14 du Règlement 1347/2000, se produit devant les organes de juridiction et ces derniers pourront se prononcer à ce sujet. Il est bien évident que l'efficacité du prononcé n'est limitée que pour la prétention instruite par cette procédure. On vise ainsi, d'après ce que signale le Rapport BORRÁS (n° 66) la simplicité, de manière à ce que les juges ayant la compétence d'être saisis de l'affaire principale aient également celle de la question incidente.

La Sentence de l'Audience Provinciale de Barcelone du 31 mars 2003 se prononce donc sur une demande de modification des mesures de la part de

l'époux, à partir d'une sentence de divorce prononcée par les tribunaux français; et elle le fait en vertu d'une reconnaissance incidente, en application de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968.

On analyse tout d'abord dans la décision la question de la réglementation de la procédure internationale applicable, et la Salle reçoit les arguments lancés par le tribunal pour exclure l'application du Règlement 1347/2000 pour ce cas-là: nous ne sommes pas face à un cas de prétention matrimoniale ni de responsabilité parentale, considérant par conséquent que la convention de Bruxelles I peut être appliquée. Même si elle fait référence à un aspect relatif au champ matériel de la convention, qui va au-delà de l'objet du présent travail, j'estime que la conclusion à laquelle parvient la sentence mérite un bref commentaire.

D'après moi, la sentence commet une erreur en excluant l'application du Règlement 1347/2000, et je crois que cela provient des raisons que j'indique à présent. Lorsque le Règlement régule la reconnaissance incidente d'une sentence prononcée dans une procédure matrimoniale, cette efficacité ne se limite plus aux procédures matrimoniales. Le champ revêt un intérêt tout particulier pour ce qui est relatif à la compétence; cependant, quant aux effets que peut entraîner une décision judiciaire, ils peuvent se développer par une démarche de n'importe quelle nature, et pas forcément par une procédure matrimoniale. S'il s'agit donc d'efficacité d'une sentence matrimoniale, la règle à appliquer sera donc le Règlement 1347/2000, même si cette efficacité est prétendue dans la procédure qui sera décidée dans les matières non incluses dans le Règlement.

Les Fondements de Droit du verdict justifient amplement le type de reconnaissance exigée en appliquant, comme je l'ai déjà indiqué, l'art. 26 de la Convention de Bruxelles qui, sur ce point, établit une régulation similaire à celle du Règlement 1347/2000. L'Audience Provinciale estime qu'il est excessif d'exiger dans ce cas-là l'*exequatur*, et elle considère comme suffisante pour ce cas-là la reconnaissance incidente. Puis, le tribunal expose, comme une des raisons l'ayant poussé à reconnaître la sentence de divorce prononcée par les tribunaux français, qu'il n'y a pas eu de désaccord entre les parties en ce qui concerne le divorce, et de plus, qu'aucune partie n'a envisagé le besoin d'*exequatur*. Ces arguments nous poussent à nous demander si le tribunal avait exigé l'*exequatur* – et donc n'avait pas admis la reconnaissance – s'il avait perçu un certain désaccord entre les parties quant à l'efficacité de la sentence de divorce.

Comment peut-on articuler cet incident dans une procédure civile dans laquelle la partie prétend que le juge reconnaisse la sentence matrimoniale? À mon avis, en alléguant et en prouvant, sans plus, avec les autres faits restants incorporés à la demande, comme le fait qu'il existe une décision de nullité, de séparation ou de divorce. Néanmoins, dans la mesure où, bien souvent, la

reconnaissance de la décision matrimoniale sera indispensable pour estimer la prétention, elle devra en premier lieu être examinée par l'organe judiciaire.

J'entends que la reconnaissance incidente est possible pour toute demande instruite devant un organe judiciaire qui présuppose la séparation, la dissolution ou la nullité du mariage: demande de mesures, initiation d'une procédure pour liquider le régime économique matrimonial, etc. Au delà de ces cas pour lesquels la sentence matrimoniale peut justifier l'action engagée, j'estime qu'on peut aussi demander la reconnaissance dans des procédures où il y aurait des effets non directement liés à la prétention, mais à d'autres questions, comme la légitimation, voire même, dans une procédure pénale, pour éviter que ne soit considéré comme commis un certain délit (par exemple, celui d'un mariage illégal régulé dans l'art. 217 et suivants du Code Pénal) ou ne s'appliquent des circonstances aggravantes se basant sur le fait du mariage. Cependant, son efficacité se limitera de toute façon aux effets prétendus pour cette affaire en particulier, sans que le fait de la reconnaissance puisse être opposé dans un autre différent.

3. *Exequatur*

Le Règlement 1347/2000 consacre la 2^{ème} Partie du Chapitre III à l'«exécution» même si en réalité, ce qu'elle établit, ce sont des règles relatives à l'*exequatur*. Cette terminologie défectueuse est corrigée dans le nouveau Règlement 2201/2003. Le champ matériel des règles de cette partie (art. 21 et suivants) connaît aussi des particularités, elles ne sont en effet applicables qu'aux prétentions en matière de responsabilité parentale.

Voilà pourquoi nous sommes interpellés par le fait que des décisions de notre Tribunal Suprême refusent l'application du Règlement 1347/2000 en matière d'*exequatur* de décisions civiles de nullité, de séparation ou de divorce et justifient celles de non application du Règlement faisant appel aux règles qui établissent son régime transitoire (Arrêts du Tribunal Suprême de 10 décembre 2002, 11 février 2003, 13 mai 2003 et 31 juillet 2003), ou celles de manque de compétence objective du tribunal national (Arrêt du Tribunal Suprême de 1 avril 2003). En réalité, ce qu'aurait dû appliquer le Tribunal Suprême, ce sont celles qui font référence au champ matériel du Règlement quant à l'*exequatur*, vu qu'on en déduit celle de la non application du Règlement et elles rendent superflues toute autre considération.

Le Règlement, qui à propos de l'inscription au Registre a choisi une procédure presque automatique, dans l'*exequatur* continue d'exiger que l'exécution ne se fasse qu'après avoir initié une procédure; même si cela ne doit pas, en principe, demander trop de temps, l'absence de délais en même temps que la prévision d'un système de recours qui comprend leur possible introduction

en appelation ou en cassation, peut retarder la décision judiciaire de manière importante.

L'art. 22 du Règlement détermine les normes de compétence territoriale, qui coïncident avec celles ayant été établies par le législateur espagnol dans la Loi de Procédure Civile 1881, dont les art. 951 et suivants régulent l'*exequatur* tant que ne sera pas mise au point la Loi de Coopération Juridique Internationale, qui prend bien du retard, en matière civile²⁰. La compétence territoriale correspond ainsi au juge du domicile de celui qui en demande l'exécution, de la résidence habituelle de l'enfant ou de l'endroit de l'exécution.

Le Règlement 1347/2000 n'établit pas, en cas de reconnaissance et d'exécution de sentences, la règle de compétence pour demander des mesures conservatoires, et les règles de compétence de l'art. 723 de la Loi de Procédure Civile sont inapplicables, elles font en effet allusion à différentes phases de la procédure de l'affaire, et l'*exequatur* ne peut être inclus dans aucune d'entre elles. L'Arrêt du Tribunal Suprême du 16 avril 2002 entend que face au vide légal, il faudra avoir recours au juge qui va connaître de l'*exequatur* ou, à défaut, au juge de l'endroit où les mesures doivent entraîner leurs effets.

D'autre part, au-delà des règles de compétence territoriale internationale, le Règlement 1347/2000 ne se limite parfois pas à établir la juridiction des Tribunaux d'un certain État, mais en outre, dans l'organisation judiciaire des différents pays, elle octroie des compétences concrètes aux organes judiciaires qui sont indiqués en détail dans les Annexes, c'est ce qui arrive dans les art. 22, 26 et 27 du Règlement, qui contiennent différentes règles de compétence objective et fonctionnelle.

Par conséquent, le juge doit non seulement examiner si les organes espagnols de juridiction en ont une, et en outre, si l'un des demandeurs, se présente à une organe différent de ceux que prévoit le Règlement 1347/2000 dans les Annexes 1, 2 et 3 (pour connaître des démarches prévues respectivement dans les art. 22, 26 et 27), il se peut aussi que le juge déclare d'office son manque de compétence. Il convient de signaler que, même si les moyens de dénoncer d'office et à la demande d'une partie sont tout à fait similaires à ceux de la compétence judiciaire internationale, nous serons dans ces cas précis en train de dénoncer un manque de compétence objective ou fonctionnelle. Ainsi, encore une fois dans ce cas-là, il faut donner audience aux parties et au Ministère Public dans les 10 jours qui suivent. Un cas similaire est celui ayant été décidé par l'Arrêt du Tribunal Suprême du 15 juin 2004, dans lequel

20 La Disposition Abrogatoire Unique de la Loi de Procédure Civile 2000 établissait un délai de 6 mois à partir de l'entrée en vigueur de la Loi (janvier 2001) pour faire parvenir aux Cortes (Chambre des Députés Espagnols) un projet de Loi sur la coopération juridique internationale en matière civile. Le délai a été largement dépassé.

le Tribunal Suprême parvient à la conclusion que la juridiction des tribunaux espagnols a été correctement déterminée mais, dans la mesure où les justiciables ne s'étaient pas présentés à l'organe prévu dans l'Annexe I (Tribunal de Première Instance), l'incompétence *ratione materiae* a dû être déclarée.

Pour les convocations, l'art. 23 du Règlement établit que le demandeur devra choisir un domicile à l'endroit où le juge qui connaît de la demande d'exécution a sa compétence ou bien désigner un mandataire *ad litem*, selon ce que déterminent les règles de chaque pays. Comme l'Espagne ne prévoit rien dans le premier cas, il faudra entendre qu'un mandataire peut être désigné, et cette fonction sera remplie par l'Avoué²¹.

La décision finale dictée dans la procédure d'*exequatur* fera l'objet d'un recours qui «sera instruit en suivant les règles régissant la procédure contradictoire» (art. 26.3 Règlement), configuration que dans notre pays a le recours en appelation.

Le fait que les règles relatives à l'*exequatur* ne s'appliquent pas uniquement aux prononcés sur la responsabilité parentale, se base sur la prémisse qu'il n'y a qu'eux qui peuvent faire l'objet d'une exécution inévitable²². En effet, la sentence matrimoniale comme un prononcé typiquement constitutif – dans le cas de la séparation et du divorce – ne fait pas l'objet d'une exécution au sens stricte. Néanmoins, en conséquence de la sentence, on peut entreprendre certaines actions appelées traditionnellement exécution impropre.

Il est vrai que ce n'est pas le cas des prononcés liés à la responsabilité parentale, qui font également partie de l'objet du Règlement, car en fait, ils contiennent habituellement des prononcés de condamnations. Ces prononcés de condamnation sont bien souvent pour faire ou ne pas faire; en général, une sentence condamnatoire en matière de responsabilité parentale n'entraîne pas d'exécution en espèces. Mais malgré tout, il vaut mieux ne pas oublier que lorsque les obligations ayant un caractère très personnel ne sont pas remplies (et celles qui sont imposées aux parents après une prétention de responsabilité parentale le sont), il est préférable de choisir d'imposer des amendes pour contraindre le condamné à accomplir et, en dernier lieu, on peut choisir l'accomplissement par équivalence (art. 709 et 766 Loi de Procédure Civile). Voilà pourquoi pour l'exécution de la prétention décidant de la responsabilité parentale, il se peut que la condamnation de faire ou ne pas faire se transforme en une exécution en espèces, ce qui complique encore plus l'exécution de sentences statuant sur la responsabilité parentale; les types d'exécution qui sont possibles peuvent être en effet de caractère très varié.

En définitive, la prétention matrimoniale et la prétention liée à la responsabilité parentale donnent lieu, une fois que la sentence est devenue ferme, à

21 GASCÓN INCHAUSTI (note 12), p. 39.

22 Vid. Informe BORRÁS, n° 80.

une activité exécutoire complètement différente. Cette indéniable réalité a une conséquence dans le régime qu'établit le Règlement. De cette manière, si en ce qui concerne la compétence, les prétentions matrimoniales et les prétentions relatives à la responsabilité parentale étaient susceptibles – à quelques rares exceptions près – d'être traitées en commun, ce qui n'en est pas du tout de même pour l'exécution.

Si nous nous limitons à l'activité exécutive pouvant être entraînée par chacun de ces prononcés, en effet nous ne pouvons rien trouver à objecter à cet argument. Pourtant, nombreuses sont les actions de la procédure, différentes de l'activité exécutive, qui présupposent le fait du divorce, de la séparation ou de la nullité. C'est le cas, par exemple, des prétentions de modification de mesures ou de liquidation du régime économique matrimonial²³.

A priori, le législateur communautaire semble avoir choisi pour ces cas-là la reconnaissance incidente. Il est vrai qu'en principe, cela semblerait suffisant. Et pourtant, des différentes formes prévues par le Règlement de reconnaître un certain type d'efficacité à la sentence, celle offrant plus de garantie juridique est encore celle de l'*exequatur*. Non seulement parce que c'est la seule pouvant être opposée à des tiers et ayant des effets de chose jugée²⁴, mais également parce que c'est la seule garantissant pleinement aux parties que la sentence se développera dans le pays des effets juridiques pleins sans que le contenu puisse être discuté ou ne pas être considéré par l'organe judiciaire. Dans la reconnaissance incidente, les demandeurs dépendent de l'évaluation que peut faire le juge de la sentence présentée et de la justification qui sera présentée. Néanmoins, si la reconnaissance des effets de la sentence matrimoniale a été présentée dans une procédure d'*exequatur*, les demandeurs auront la totale garantie que la nouvelle situation du ménage devra être acceptée par l'organe judiciaire sans discussion et dans n'importe quel procès pouvant être intenté à l'avenir.

Bien sûr, la reconnaissance incidente peut être parfois efficace, il ne convient donc pas de la supprimer. Mais pourtant, l'*exequatur* offre quelques avantages que n'a pas la reconnaissance incidente, et donc elle restera bien souvent l'option la plus favorable pour les intérêts des conjoints. Dans ces cas-là, pourtant, l'*exequatur* sera exclusivement régi par les règles du droit interne.

23 L'Arrêt de l'Audience Provinciale de Cáceres du 15 décembre 2004 estime que, pour intenter une procédure de liquidation du régime économique matrimonial, il faut avant avoir obtenu l'*exequatur* de la sentence de divorce.

24 La Sentence de l'Audience Provinciale de Málaga du 31 mars 2004, faisant référence à une sentence de divorce prononcée au Maroc entend qu'elle «ne peut pas servir de fondement à l'exception de chose jugée sans avoir obtenu l'*exequatur*».

Nous pourrions finalement envisager, s'il existe la possibilité pour les parties d'intenter un procès déclaratif sur une matière (matrimonial ou relatif à la responsabilité parentale) sur laquelle il y a déjà une décision prise dans un autre pays. Les principaux problèmes pourraient surgir avec les prononcés matrimoniaux incompatibles, ou lorsque l'un des parents, pour éviter que soit exécutée une décision qui ne le bénéficie pas, intente dans un autre pays un nouveau procès de responsabilité parentale. Dans ces cas-là, la reconnaissance incidente n'est pas suffisante, car ce que l'on veut alléguer n'a pas du tout de caractère incident, mais ce que nous sommes plutôt en train de prétendre c'est que le juge cesse de résoudre une certaine question parce qu'elle a déjà été résolue; cet effet n'est obtenu qu'en opposant la chose jugée, ce qui n'est pas possible dans une sentence n'ayant pas été prononcée à *executur*. Donc aucune solution claire n'est offerte, ni par le Règlement ni par les règles internes, il s'agit en effet d'une matière ayant besoin d'une certaine uniformité.