

Compétences dérivées : quelles pistes d'amélioration ?¹

Par Etienne Farnoux
Professeur à la Faculté de droit de Strasbourg
UMR DRES

Les compétences dérivées qui sont rassemblées dans l'actuel article 8 du règlement Bruxelles I bis présentent un visage un peu paradoxal. D'un côté, elles constituent des règles particulièrement importantes pratiquement, pour tenir compte de la complexité inhérente de certains contentieux. Cette idée est vraie en général, mais elle se vérifie particulièrement dans certains types d'action : actions fondées sur des infractions au droit de la concurrence², sur des violations transfrontières de droits de propriété intellectuelle³, et plus récemment dans le cadre du devoir de vigilance de la société mère (voire de la société donneuse d'ordres)⁴. De l'autre, cette justification pratique a pour effet en quelque sorte de clore le débat, et n'invite pas particulièrement des discussions conceptuelles. Il s'agit en quelque sorte de « petites règles » de compétence, par rapport aux « grandes règles » que sont le *forum rei*, le *forum contractus*, le *forum delicti*, etc... Ces règles sont d'ailleurs rassemblées au sein d'une seule disposition, malgré une hétérogénéité marquée. Chaque règle de compétence dérivée (compétence à l'égard des codéfendeurs, demande en garantie et en intervention, demande reconventionnelle, et compétence dérivée en matière immobilière) a ses propres justifications, ses propres conditions, ses propres effets. Essayer de produire une réflexion unitaire sur ces règles en réalité très différentes n'est pas chose facile.

Pour essayer de restaurer une forme d'unité, on rattache en général les compétences dérivées au concept de bonne administration de la justice⁵, concept évocateur mais dont le contenu est assez indéterminé, ce qui ne facilite pas l'analyse. Plus précisément, ces règles peuvent se rattacher à un objectif (implicite) de concentration du contentieux⁶, c'est-à-dire de « lutte contre l'éclatement du litige » visant à « éviter que des litiges liés (...)

¹ Le présent article est tiré d'une communication, présentée le 30 mai 2024 à la Cour de cassation, à l'occasion du cycle de conférences coorganisé par le Centre de recherche de droit international privé et du commerce international (CRDI), le SERPI (université Panthéon-Sorbonne Paris 1), la Société de législation comparée et la Cour de cassation. La forme orale a été, pour l'essentiel, conservée et les références limitées.

² V. dernièrement le rôle joué par l'article 8, point 1), dans le *private enforcement* du droit de la concurrence, en lien avec la notion d'entreprise, L. Idot, « Notion d'entreprise, actions en réparation pour violation des règles de concurrence et règlements européens », *Rev. crit. DIP* 2025/2, à paraître ; V. Pironon, « L'adaptation des règles de compétence juridictionnelle issues du règlement Bruxelles I bis aux actions en réparation des préjudices causés par une pratique anticoncurrentielle », *JDI* 2023, p. 79, spéc. n° 9 et 10.

³ V. T. Azzi, note sous Cass. 1^{re} civ., 26 févr. 2013, *Rev. crit. DIP* 2013, p. 922.

⁴ V. par ex. L. Larribère et R. Legendre, « Directive 'Vigilance' et droit international privé », à paraître ; É. Pataut, « Le devoir de vigilance – Aspects de droit international privé », *Dr. soc.* 2017. 833 ; V. Pironon, « Le devoir de vigilance et le droit international privé – Influences croisées », *Trav. Com. fr. DIP 2018-2020*, Pedone, 2021, p. 223 et s.

⁵ V. par exemple, L. Usunier, « Fasc. 584-140 – Article 8 du Règlement (UE) n° 1215/2012 », *JurisClasseur Droit International*, LexisNexis, 2022, n°1 ; H. Gaudemet-Tallon et M.-E. Ancel, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlements 44/2001 et 1215/2012 Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, LGDJ Lextenso, 7e éd., 2024, n°277.

⁶ V. O. Boskovic, « L'objectif de concentration du contentieux en droit judiciaire européen », *Trav. Com. fr. DIP 2018-2020*, Pedone, 2021, p. 279 et s.

soient traités par des juridictions différentes »⁷. Ce lien qui justifie la concentration tient en général à une forme de connexité⁸ entre les demandes (la demande *originnaire* et la demande *dérivée*). Déjà à ce stade de l'analyse des difficultés se présentent. En effet la notion de *connexité* (sans même parler du terme lui-même, qui n'apparaît nulle part) n'apparaît qu'au point 1) de l'actuel article 8, à savoir la compétence à l'égard des codéfendeurs : « les demandes soient liées entre elles *par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément* ». Et encore il s'agit d'un ajout relativement tardif (avec le règlement Bruxelles I)⁹. Les autres règles de compétence dérivées ne mentionnent pas cette condition et entretiennent un rapport assez lointain avec la connexité. Plus précisément, la Cour de justice a expressément rejeté l'exigence de connexité entre la demande principale et la demande en garantie, dans le cadre de l'actuel article 8, point 2), dans l'affaire *GIE Réunion européenne*¹⁰. Le rôle de la connexité dans le jeu de l'article 8, point 3), n'est pas clair non plus de *lege lata*, puisqu'il existe dans le texte une condition précise que la « demande reconventionnelle (...) dérive du contrat ou du fait sur lequel est fondée la demande originnaire ». On parle parfois, pour embrasser la diversité des règles de compétence dérivée, d'une « connexité *lato sensu* », ce qui ne veut pas dire autre chose que l'existence d'un certain lien, variable, entre des demandes, par opposition à la connexité *stricto sensu* qui fait naître un risque de solutions inconciliables si les demandes étaient jugées séparément (selon la définition donnée par l'article 30, point 3). Quant au point 4), il exige simple que l'action, contre le même défendeur, « en matière contractuelle » puisse « être jointe à une action en matière de droits réels immobiliers » pour ouvrir la compétence de « la juridiction de l'Etat membre sur le territoire duquel l'immeuble est situé ». L'hétérogénéité est patente.

Elle s'observe également d'un point de vue quantitatif dans la jurisprudence de la Cour de justice. La disposition (tous textes confondus, Convention Lugano et Bruxelles et règlements Bruxelles I) a engendré une grosse vingtaine d'arrêts de la Cour de justice, ce qui n'est pas négligeable. Mais la plupart concerne la compétence des codéfendeurs (l'actuel article 8, point 1), à savoir une grosse douzaine ; et une petite poignée d'arrêts pour le point 2) (la compétence en matière d'appel en garantie), le point 3) (la compétence à l'égard des demandes reconventionnelles) et le point 4) (action contractuelle jointe à une action en matière de droit réel immobilier).

En plus, l'article 8 n'est pas exhaustif. Ainsi, il n'énonce pas la compétence du juge saisi de la demande principale, à l'égard des moyens de défense. Cette compétence, qui a peut-être paru trop évidente pour mériter d'être inscrite dans le texte, a cependant été affirmée dans la jurisprudence de la Cour de justice depuis un arrêt *Danvaern*¹¹, selon lequel l'extension de la compétence du juge saisi aux moyens de défense opère ainsi automatiquement, sous réserve qu'elle soit admise par le droit interne de l'Etat du for.

⁷ O. Boskovic, « L'objectif de concentration du contentieux en droit judiciaire européen », préc., n°1.

⁸ Sur la connexité, du point de vue des conflits de procédures, donc l'exception de connexité, v. S. Lemaire, « La connexité internationale », *Trav. Com. fr. DIP 2009-2010*, Pedone 2011, p. 95.

⁹ Sur l'évolution v. L. Usunier, préc., n°16 ; H. Gaudemet-Tallon et M.-E. Ancel, préc., n°280.

¹⁰ CJCE 26 mai 2005, aff. C-77/04, *GIE Réunion européenne*, Europe 2005, comm. 272, obs. L. Idot, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 168, note A. Sinay-Cytermann.

¹¹ CJCE 13 juill. 1995, aff. C-341/93, *JDI* 1996, p. 559, obs. A. Huet, *Rev. crit. DIP* 1996, p. 143, note H. Gaudemet-Tallon.

Cependant, il y a tout de même une idée générale commune, dans une perspective fonctionnelle. C'est l'idée d'une prorogation ou extension de compétence : une compétence fondée par ailleurs est étendue à l'égard d'un autre aspect du litige. Cette compétence dérivée est donc médiate et dépendante d'une autre. Plus profondément, il est dérogé à la compétence de principe des juridictions du domicile du défendeur, pour assurer l'intégralité de la compétence d'une juridiction à l'égard d'un litige, et en éviter l'éclatement. Le moins que l'on puisse dire est que le point d'équilibre entre protection juridictionnelle du défendeur et bonne administration de la justice n'est pas toujours facile à trouver, à en juger notamment par la jurisprudence de la Cour de justice, très critiquée sur l'appréciation de la connexité dans la mise en œuvre de l'actuel article 8, point 1)¹². La tension qui anime cette jurisprudence, et plus généralement les règles de compétence dérivée (plus généralement toutes les règles de compétence alternatives au *forum rei*) provient de ce que, comme toutes les dérogations au *forum rei*, les compétences dérivées peuvent devenir une arme entre les mains du demandeur pour essayer d'attirer le défendeur ailleurs qu'au domicile de ce dernier. Les arrêts de la Cour de justice consacrés aux compétences dérivées montrent cette tension : la Cour se sent obligée d'intervenir pour canaliser les compétences dérivées et éviter qu'elles ne deviennent l'instrument d'un *forum shopping* du demandeur. Mais ces tentatives demeurent souvent vaines ou alors font l'objet de critiques fortes... ce qui révèle peut-être que la volonté de restreindre les exceptions au *forum rei* n'est pas si forte que cela¹³.

Ce risque de *forum shopping* est d'autant plus fort qu'il existe en pratique une forme de plasticité ou de fongibilité d'au moins certaines des règles de compétence dérivées entre elles, qui provient de ce que les parties essayent d'exploiter les différences de régime entre elles pour parvenir à leurs fins. C'est le cas, par exemple entre la compétence des codéfendeurs (le point 1) et la compétence pour l'appel en garantie (point 2). Comme la compétence pour l'appel en garantie n'est pas limitée au juge du domicile du défendeur mais est ouverte quel que soit le fondement de la compétence du juge saisi de la première demande, un demandeur pourrait être tenté de faire passer une demande à l'égard d'un codéfendeur exercée ailleurs qu'au domicile de ce dernier pour une demande en garantie¹⁴. Cette différence oblige à être particulièrement vigilant sous

¹² V. *infra*.

¹³ Sur cette présentation du système de compétence, v. plus généralement notre thèse, *Les considérations substantielles dans le règlement de la compétence internationale des juridictions. Réflexions autour de la matière délictuelle* (préf. S. Bollée), LGDJ, 2022, p. 311 et s., et spéc. sur les compétences dérivées, p. 382 et s.

¹⁴ Des arrêts de la Cour de cassation illustrent la porosité de la distinction entre la catégorie des demandes originaires formées à l'encontre d'un codéfendeur et les demandes en intervention forcée. Parfois la Cour de cassation mobilise l'article 8, point 2), du règlement Bruxelles I bis pour autoriser une concentration des compétences contraire à l'article 8, point 1), en l'absence de domiciliation de l'un des codéfendeurs dans le ressort de la juridiction saisie. Ainsi valide-t-elle un arrêt d'appel en substituant l'article 8, point 2), du règlement à l'article 8, point 1), sur lequel la cour d'appel s'était fondée malgré l'absence de domicile de l'un des codéfendeurs dans le ressort du tribunal saisi (Cass. 1^{re} civ., 30 sept. 2020, n° 19-15.152 ; Cass. 1^{re} civ., 17 mars 2021, n° 20-10.606, D. 2022, p. 915, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke). L'applicabilité de l'article 8, point 2) à l'encontre d'un plaideur assigné d'emblée devant le juge du for par le demandeur à l'action peut sembler douteuse. On remarquera également que dans les deux cas, la compétence étendue était celle du juge désigné par une clause attributive de juridiction que le demandeur cherchait à étendre à l'égard d'un tiers (au moins formellement) au contrat.

l'angle de la qualification de la demande en garantie¹⁵, ce qui n'est pas forcément facile. Il faut essayer, dans la mesure du possible, de ne pas penser les compétences dérivées seulement individuellement.

En gardant en tête cette idée, seront ici proposées des voies d'amélioration des règles actuelles en distinguant des propositions générales, au sens non pas où elles concerneraient toutes les règles de l'article 8, mais en ce qu'elles modifieraient fortement l'équilibre général de la disposition (I) et des voies plus spécifiques qui constituent plutôt des correctifs de certaines des règles, le point 1) et le point 3) de l'article 8 (compétence à l'égard des codéfendeurs et compétence pour connaître des demandes reconventionnelles) (II)¹⁶.

I. LES AMÉLIORATIONS GÉNÉRALES

Au titre des améliorations générales, il est proposé une extension internationale des règles de compétence dérivée aux défendeurs domiciliés sur le territoire d'États tiers (A), la généralisation de l'effet attributif de compétence de la connexité (B) et la généralisation d'une condition de non-détournement (C).

A) L'extension internationale des règles de compétence dérivées

Il est clair, à la lecture de la disposition, que les compétences dérivées de l'article 8 ne s'appliquent, comme les autres règles de compétence spéciale de la section 2, qu'à l'égard d'un défendeur domicilié sur le territoire d'un État membre. Pour simplifier, raisonnons sur l'article 8, point 1) : il est nécessaire qu'à la fois le codéfendeur domicilié dans l'État membre du for et le ou les autres codéfendeurs à l'action aient leur domicile dans l'Union pour que cette disposition puisse donner compétence globale au juge du domicile de l'un d'eux¹⁷. À l'égard des (co)défendeurs domiciliés en dehors de l'Union européenne, c'est le droit commun de l'État du for qui s'applique. Ce droit commun admettra d'ailleurs assez souvent lui aussi le for des codéfendeurs, de sorte qu'il demeurera possible d'attirer l'ensemble des codéfendeurs devant le juge du domicile de l'un d'eux. La compétence du juge de l'État membre du for résultera alors simplement d'une combinaison entre l'article 4 du règlement (UE) n° 1215/2012, fondant la compétence du juge saisi à l'égard du défendeur domicilié localement, et le droit commun de l'État du for – en droit français, par exemple, l'article 42, alinéa 2, du code de procédure civile, étendu à la matière internationale – prorogeant la compétence du juge saisi au codéfendeur domicilié dans un État tiers¹⁸.

¹⁵ L. Usunier, préc., n°33 ; J.-P. Beraudo et M.-J. Beraudo, « Fasc. 3023 – Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Convention de Lugano du 16 septembre 1988, Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000. - Règles ordinaires de compétence. - Compétences dérivées », *JurisClasseur Europe Traité*, LexisNexis, n°34.

¹⁶ La compétence dérivée pour une action en matière contractuelle, jointe à une action en matière de droits réels immobiliers, qui donne lieu à peu de contentieux, ne sera pas spécialement traitée ici. V. L. Usunier, préc., n°49 et s.

¹⁷ CJCE 27 oct. 1998, aff. C-51/97, *La Réunion européenne* ; CJUE, 11 avr. 2013, aff. C-645/11, *Land Berlin c/ Sapir*.

¹⁸ Cass. 1^{re} civ., 12 nov. 2009, n° 08-15.269 ; Cass. 1^{re} civ., 14 avr. 2021, n°19-22.236.

Mais pourquoi limiter les compétences dérivées européennes aux hypothèses dans lesquelles le défendeur est domicilié sur le territoire d'un État membre ? On pourrait dire que cela n'a pas vraiment d'importance puisque le droit commun français permet une extension comparable. Ce n'est cependant pas le cas du droit de tous les États membres, notamment de l'Allemagne¹⁹. Or, la possibilité d'attirer les codéfendeurs, où qu'ils soient domiciliés au domicile de l'un d'eux est importante en pratique, notamment dans le contentieux en plein développement sur le devoir de vigilance des sociétés mères et sociétés donneuses d'ordre, lorsque la société mère est domiciliée sur le territoire d'un État membre et sert de défendeur d'ancrage à l'égard d'une filiale, voire d'un sous-traitant, lui domicilié à l'étranger. Ce point a déjà été souligné dans ce cycle de conférences²⁰. L'inexistence d'une compétence internationale comparable à l'article 8, point 1), est dommageable de ce point de vue. Il pourrait être bon que cette disposition puisse être appliquée à l'égard de tous les défendeurs où qu'ils soient domiciliés. Particulièrement, son caractère assez automatique est appréciable : dans une large mesure, l'extension de compétence n'impose pas d'investigations factuelles poussées. Par contraste, on peut penser à l'arrêt *Vedanta* de la Cour suprême du Royaume-Uni de 2019²¹ qui a été justement célébré comme consacrant une obligation de vigilance (*duty of care*) de la société mère à l'égard des tiers affectés par l'action de ses filiales étrangères, mais on oublie parfois que cette détermination était rendue nécessaire par le caractère non automatique de la compétence à l'égard des codéfendeurs en droit international privé anglais. Et le moins qu'on puisse dire est que le raisonnement tenu par la Cour suprême du Royaume-Uni, s'il est intéressant et va dans le bon sens, est assez lourd²².

Cette proposition appelle deux précisions et une interrogation. D'abord, cette extension internationale devrait sans difficulté concerner l'autre hypothèse de compétence dérivée qui implique une pluralité de défendeurs, le point 2) de l'article 8 (demande en garantie ou en intervention). Ensuite, cette internationalisation des règles de compétence dérivées doit forcément s'inscrire dans un mouvement plus vaste de réflexion sur l'internationalisation des règles européennes, objectif mentionnée à l'article 79 du règlement Bruxelles I bis, réflexion menée dans ce cycle de conférence²³. Enfin, cette

¹⁹ V. T. Lutz, E. Piovesani et D. Zgrabljic Rotar (dir.), *Jurisdiction over non-EU defendants – Should the Brussels la Regulation be Extended?*, Hart, Studies in Private International Law, 2023.

²⁰ V. la conférence du 26 février 2024 de O. Boskovic et S. Corneloup dans ce cycle de conférences, « Les contentieux émergents – Les atteintes aux droits de l'homme et à l'environnement : Faut-il réviser le règlement ? » et la proposition de la Commission d'ajouter un paragraphe à l'article 8 Projet de rapport de la Commission JURI (rapp. L. Wolters) du 11 sept. 2020, n° 2020/2129(INL) : « En ce qui concerne les actions civiles en matière commerciale pour violation des droits de l'homme dans la chaîne de valeur relevant du champ d'application de la directive xxx/xxxx sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises, une entreprise domiciliée dans un État membre peut également être poursuivie dans l'État membre de son domicile ou dans lequel elle exerce ses activités lorsque le dommage causé dans un pays tiers peut être imputé à une de ses filiales ou à une autre entreprise avec laquelle la société mère entretient une relation commerciale au sens de l'article 3 de la directive xxx/xxxx sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises. »

²¹ Cour suprême du Royaume-Uni, 10 avr. 2019, [2019] UKSC 20, *Rev. crit. DIP* 2019 p. 504, H. Muir Watt.

²² V. sur ce point la note d'H. Muir Watt, préc., et les remarques à ce sujet d'O. Boskovic et S. Corneloup, article préc., n°30.

²³ V. ainsi la contribution d'É. Pataut dans ce cycle de conférences, « Le domicile du défendeur : un critère d'applicabilité pertinent ? ».

internationalisation des compétences dérivées paraît relativement consensuelle en doctrine mais elle pose des difficultés dont il faut avoir conscience, et qui tiennent à l'adaptation de la philosophie générale du règlement si ses dispositions sont appliquées à des défendeurs domiciliés sur le territoire d'Etats tiers. En effet, le règlement procède de l'idée générale de protection juridictionnelle du défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat membre : les règles qui dérogent au *forum rei*, la compétence de principe des juridictions du domicile du défendeur, sont considérées, au moins en principe, comme des exceptions, avec des conditions relativement strictes, et qui doivent faire l'objet d'une interprétation elle-même stricte (là encore, au moins en principe). Cette organisation de la compétence est possible entre les Etats membres en raison du principe de confiance mutuelle, qui autorise – voire exige, selon le sens qu'on lui donne – une forme de limitation de la compétence juridictionnelle. Or, cette limitation se fait sentir également dans les compétences dérivées, dans leurs conditions et leur mise en œuvre, comme on le verra. On peut penser par exemple à la jurisprudence de la Cour de justice sur les conditions de mise en œuvre de la compétence à l'égard des codéfendeurs, notamment l'appréciation de la connexité²⁴. On peut avoir l'impression que la Cour de justice intervient pour que la compétence dérivée ne dégénère pas, portant atteinte à la protection juridictionnelle du défendeur. Il n'est pas certain que le point d'équilibre entre protection juridictionnelle du défendeur et bonne administration de la justice soit exactement le même selon que le défendeur est domicilié, ou non, sur le territoire d'un Etat membre. En cas d'extension internationale des compétences dérivées, il faut être prêt à ce que les conditions de mise en œuvre de ces règles, ou au moins leur appréciation ne soient pas forcément les mêmes.

B) La généralisation de l'effet attributif de compétence de la connexité

La connexité ne constitue pas un chef de compétence autonome dans le système de Bruxelles I, contrairement à ce qui semble exister en droit international privé commun²⁵. En réalité, la question se dédouble, selon que sont en cause plusieurs demandes à l'égard d'un seul défendeur ou plusieurs demandes à l'égard de plusieurs défendeurs.

En ce qui concerne la première hypothèse (*plusieurs demandes à l'égard d'un seul défendeur*), la Cour de justice a jugé que la connexité internationale n'était pas attributive de juridiction. Elle l'a fait dans l'arrêt *Elefanten Schuh*²⁶ en jugeant que l'article 22 de la convention de Bruxelles, relatif à l'exception de connexité européenne, n'était pas attributif de compétence et qu'il n'établissait pas la compétence du juge d'un Etat contractant pour statuer sur une demande connexe à une autre demande dont ce juge serait compétemment saisi. Dans son arrêt *Kalfelis*²⁷, la Cour a ainsi refusé d'étendre la

²⁴ V. *infra*.

²⁵ Cass. com. 9 octobre 1963, Bull. civ. IV, n° 403 : il résulte des circonstances retenues par l'arrêt d'appel « une connexité nécessaire entre les actions dirigées contre ces trois défendeurs, connexité qui avait pour effet légal d'étendre la compétence des tribunaux du Mans à l'action dirigée contre les commissionnaires » ; v. plus complètement sur cette question, *Les considérations substantielles...*, préc., n°409, et les réf.

²⁶ CJCE 24 juin 1981, aff. 150/80, *Elefanten Schuh*, point 19, JDI 1981, p. 903, obs. A. Huet, *Rev. crit. DIP* 1982, p. 152, note H. Gaudemet-Tallon.

²⁷ CJCE 27 sept. 1988, aff. 189/87, *Kalfelis*, point 19, JDI 1989, p. 457, obs. A. Huet, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 117, note H. Gaudemet-Tallon.

compétence du juge désigné par l'article 5, paragraphe 3, aux demandes non délictuelles connexes à une demande délictuelle. Cette solution a des conséquences regrettables du point de vue de la centralisation des demandes, spécialement dans les hypothèses où un même rapport de droit fait naître à la fois des demandes contractuelles et des demandes délictuelles. La solution a néanmoins été réaffirmée depuis lors par la Cour de justice²⁸. Il est toujours possible au demandeur de présenter ses diverses demandes devant la juridiction du domicile du défendeur, qui a une compétence générale.

En ce qui concerne la seconde hypothèse (*plusieurs demandes à l'égard de plusieurs codéfendeur*), le jeu de la connexité est limité à l'hypothèse dans laquelle le juge saisi est celui du domicile de l'un des défendeurs, par l'article 8, point 1). La Cour de justice a jugé que l'article 8, point 1), est donc inapplicable si le juge saisi est celui du contrat au sens de l'article 7, point 1), ou celui du délit au sens de l'article 7, point 2)²⁹. Il devrait en aller de même du juge désigné par une clause attributive de juridiction dans un contrat conclu avec un premier codéfendeur et auquel le second codéfendeur n'est pas partie³⁰. De même, la Cour de cassation a jugé que la connexité n'est ainsi attributive de compétence que dans les hypothèses spécifiquement visées par l'article 8 du règlement Bruxelles I bis³¹. Elle ne joue ainsi pas si le défendeur secondaire est attiré devant le juge élu lorsqu'aucun des codéfendeurs n'était domicilié dans le ressort du tribunal saisi³².

Cette (double) solution a été critiquée en doctrine³³ et est parfois méconnue par les juridictions du fond³⁴. Pourquoi ? Les résistances peuvent se comprendre dans les diverses conceptions de la compétence qui exercent une influence sur le système de Bruxelles. Dans la conception proximiste de la compétence, cette limitation de l'effet attributif de compétence de la connexité lorsqu'elle bénéficie au juge du domicile de l'un des défendeurs se comprend mal, parce que ce chef de compétence en particulier (le for du défendeur) assure déjà assez mal la proximité entre le juge saisi et la demande principale³⁵. C'est encore moins le cas à l'égard des demandes supplémentaires. En revanche, l'extension de la compétence du juge *spécialement* compétent (art. 7) se justifierait davantage. *Lorsqu'il y a un seul défendeur* (hypothèse *Kalfelis*), la connexité entre la demande présentée à son juge spécial (et donc qui entretient des liens forts avec cette demande principale) et une autre demande (sur un autre fondement), peut faire penser que ce juge n'est pas mal placé pour connaître de la demande connexe. *Lorsqu'il y a plusieurs défendeurs*, rien ne permet d'être sûr que le juge du domicile de l'un des codéfendeurs sera fondamentalement mieux placé que le *forum contractus* ou le *forum*

²⁸ CJCE, 27 oct. 1998, aff. C-51/97, *La Réunion européenne*, point 49, *JDI* 1999, p. 625, obs. F. Leclerc, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 322, note H. Gaudemet-Tallon.

²⁹ V. not. CJCE, 27 sept. 1988, aff. 189/87, *Kalfelis*, préc., point 19 ; CJCE, 27 oct. 1998, aff. C-51/97, *La Réunion européenne*, préc., points 44 et s.

³⁰ V. H. Gaudemet-Tallon et M.-E. Ancel, préc., n°279 et n°291.

³¹ Pour des illustrations, V. not. Cass. 1^{re} civ., 24 mars 1987, n° 85-13.961, *JDI* 1988, p. 138, obs. A. Huet, *Rev. crit. DIP* 1987, p. 577, note H. Gaudemet-Tallon.

³² Cass. 1^{re} civ., 3 nov. 2021, n° 20-15.531.

³³ V. ainsi la note de J. Huet, sous l'arrêt *Elefanten Schuh*, préc. ; L. Usunier, n°13.

³⁴ CA Paris, pôle 5, ch. 16, 12 févr. 2019, n° 18/21818.

³⁵ En effet, la compétence à l'égard de la demande formée à l'encontre du défendeur d'ancrage est une compétence générale, fondée sur le domicile de celui-ci, ce qui ne constitue pas, à proprement parler, un fondement proximiste.

delicti, par exemple, pour statuer sur l'ensemble des demandes formées contre les codéfendeurs. Certes, en pratique, les inconvénients du morcellement de la compétence ne se feront pas toujours sentir car le juge du contrat ou celui du délit auront assez souvent compétence à l'égard de l'ensemble des codéfendeurs, du moins en présence de codébiteurs liés par un même contrat ou de coresponsables d'un même dommage. En matière délictuelle, par exemple, la Cour de justice a confirmé que le juge du lieu de matérialisation du dommage a compétence à l'égard de l'ensemble des coauteurs du fait dommageable, même s'ils n'ont pas agi dans cet État³⁶. Mais la subordination du jeu de l'article 8, point 1), à la saisine du juge du domicile de l'un des codéfendeurs pourra s'avérer problématique dans plusieurs cas : lorsque le juge saisi est celui de l'un des faits générateurs qui ne peut être imputé qu'à un seul des défendeurs³⁷ ou encore lorsque les défendeurs sont tenus envers la victime en vertu de fondements différents - par ex. lorsqu'un tiers est victime par ricochet de la mauvaise exécution d'un contrat. Souvent donc la centralisation du contentieux ne sera possible que devant le juge du domicile de l'un d'eux, quand bien même un autre juge serait mieux placé pour trancher le litige.

La justification de l'absence de généralité de l'extension de compétence fondée sur la connexité entre les demandes semble plutôt venir de la crainte que cette extension de compétence autorise le demandeur à se livrer à du *forum shopping*³⁸. Cette considération peut avoir plusieurs facettes. Si le risque ici soulevé est simplement que le défendeur risque d'être attiré ailleurs qu'à son domicile – la protection juridictionnelle du défendeur donc – l'argument n'est pas forcément convaincant. Lorsqu'il y a plusieurs défendeurs, le défendeur secondaire n'est pas mieux protégé parce qu'il est attiré au domicile du défendeur d'ancrage. A partir du moment où le défendeur n'est pas attiré à son domicile, être attiré au domicile de l'un des codéfendeurs n'est ni plus protecteur, ni plus favorable que d'être attiré devant le juge spécialement compétent à l'égard d'une demande connexe à celle qui lui est adressée. De même pour la prévisibilité, quoique cela dépende en partie de ce que l'on entend par là³⁹. Dans le cas où plusieurs demandes sont présentées à l'égard d'un seul défendeur devant le juge spécialement compétent pour l'une d'entre elles, là encore si la demande supplémentaire est connexe, la protection du défendeur n'est pas profondément atteinte, pas plus que sa prévisibilité.

On pourrait accepter l'extension générale de compétence fondée sur la connexité, tout en généralisant la condition de non-détournement.

C) La généralisation de la condition de non-détournement

Dans le texte actuel, la condition de non-détournement ne figure qu'au point 2 de l'article 8, en ce qui concerne la demande en garantie ou en intervention, qui peut être présentée devant la juridiction saisie de la demande originaire, « à moins qu'elle n'ait été formée que

³⁶ V. not. CJUE 3 avr. 2014, aff. C-387/12, *Hi Hotel*, Europe 2014, comm. 286, obs. L. Idot, *Procédures* 2014, comm. 171, obs. C. Nourissat ; 5 juin 2014, aff. C-360/12, *Coty Germany*.

³⁷ CJUE 16 mai 2013, aff. C-228/11, *Melzer*, *Rev. crit. DIP* 2013, p. 933, note J. Chacornac, Europe 2013, comm. 329, obs. L. Idot, *Procédures* 2013, comm. 213, obs. C. Nourissat, s'agissant du juge du lieu de l'événement causal.

³⁸ V. *Les considérations substantielles...*, préc., n°411.

³⁹ Sur les différentes conceptions de la prévisibilité, v. *Les considérations substantielles...*, préc., p. 181 et s.

pour traduire celui qui a été appelé hors du ressort de la juridiction compétente ». Ne faut-il pas étendre cette condition de non-détournement à certaines au moins des autres compétences dérivées, particulièrement à l'actuel article 8, point 1) ? La jurisprudence de la Cour de justice et de la Cour de cassation sont défavorables à cette extension. Dans l'arrêt *Kalfelis*⁴⁰, la Cour de justice avait semblé prête à étendre cette condition de non-détournement au point 1), la compétence des codéfendeurs, mais elle est revenue sur cette position dans son arrêt *Freeport*. La Cour de justice y précise que la connexité requise dans le cadre de l'article 6, point 1), dispense de s'intéresser à la question de l'éventuel détournement de for : « dès lors que les demandes formées contre les codéfendeurs sont connexes lors de leur introduction, il n'est pas nécessaire d'établir de manière distincte que les demandes n'ont pas été formées à la seule fin de soustraire l'un des défendeurs aux tribunaux de l'État membre où il est domicilié »⁴¹. La solution a été reprise dans la jurisprudence de la Cour de cassation dans l'affaire H&M : « l'article 6, paragraphe 1, s'applique dès lors que la connexité des demandes est établie, sans qu'il soit nécessaire en outre d'établir de manière distincte que les demandes n'ont pas été formées dans le seul but de soustraire l'un des défendeurs aux tribunaux de l'État membre où il est domicilié »⁴².

On sait par ailleurs que la Cour de justice a fait preuve d'un étonnant laxisme dans plusieurs arrêts. Ainsi dans l'arrêt *Reisch Montage*⁴³, la Cour a jugé que l'actuel article 8, paragraphe 1, du règlement Bruxelles I s'applique *même si l'action intentée contre le défendeur domicilié dans l'État du for est considérée d'emblée comme irrecevable*, dès son introduction, au regard de la loi du for. En l'occurrence, un débiteur principal domicilié en Autriche et sa caution domiciliée en Allemagne étaient tous deux poursuivis en Autriche, où l'action intentée à l'encontre du débiteur principal était irrecevable en raison de la procédure collective ouverte à son encontre dans cet État. Selon la Cour, le juge autrichien saisi n'en demeure pas moins compétent au regard de l'article 6, point 1), pour statuer sur le sort de la caution. La solution est justifiée, à suivre la Cour, parce que l'application des règles de compétence prévues par le droit de l'Union ne saurait dépendre de règles de procédure issues du droit interne des États membres, à moins que le droit de l'Union ne renvoie explicitement à de telles règles⁴⁴.

La seule limite à laquelle la Cour de justice a consenti tient à l'hypothèse extrême de la collusion frauduleuse entre le demandeur et le défendeur d'ancrage, dans l'arrêt *CDC*⁴⁵. La Cour commence par préciser, un peu dans la ligne de l'arrêt *Reisch Montage*, que le désistement, par le demandeur, de son action à l'égard du codéfendeur d'ancrage n'empêchait pas la juridiction saisie de maintenir sa compétence à l'égard des autres

⁴⁰ CJCE 27 sept. 1988, aff. 189/87, *Kalfelis*, point 9.

⁴¹ CJCE 11 oct. 2007, aff. C-98/06, *Freeport*, point 54.

⁴² Cass. 1^{re} civ., 26 févr. 2013, n° 11-27.139, *D.* 2013, p. 1503, obs. F. Jault-Seseke, *Rev. crit. DIP* 2013, p. 922, note T. Azzi, *CCE* 2014, chron. 1, [sect] 10, obs. M.-E. Ancel.

⁴³ CJCE, 13 juill. 2006, aff. C-103/05, *Reisch Montage AG*, *Europe* 2006, comm. 345, note L. Idot, *Rev. crit. DIP* 2007, p. 175, note E. Pataut, *Procédures* 2007, comm. 193, obs. C. Nourissat. La Cour de cassation s'est néanmoins alignée sur la décision de la Cour de justice dans un arrêt rendu quelques mois après l'arrêt *Reisch Montage* (Cass. 3e civ., 19 déc. 2007, n° 06-18.811, *JDI* 2008, p. 531 (2e esp.), note D. Martel).

⁴⁴ CJCE 13 juill. 2006, aff. C-103/05, *Reisch Montage AG*, points 27-30.

⁴⁵ CJUE 21 mai 2015, aff. C-352/13, *D.* 2015, p. 2031, obs. L. d'Avout, 2016, p. 1045, obs. F. Jault-Seseke, *Rev. crit. DIP* 2019 p. 786, note L. Idot.

codéfendeurs. Elle déduit ensuite de sa jurisprudence antérieure (les arrêts *Reisch Montage*, *Painer* et *Freeport*) une réserve tenant à la collusion entre le demandeur et le codéfendeur qui viserait à créer ou à maintenir, de manière artificielle, les conditions d'application de l'article 6, point 1, du règlement Bruxelles I. Une telle collusion suppose nécessairement l'établissement « d'indices probants »⁴⁶. Par conséquent, la simple allégation de l'existence d'un projet de transaction avant l'introduction de l'instance, entre le demandeur avec le 'défendeur d'ancrage', ne suffit pas à caractériser une telle réserve⁴⁷.

Cet ensemble de solutions a été justement critiqué. Un risque de détournement de for est tout aussi susceptible de naître dans le cadre du for des codéfendeurs de l'article 8, point 1), que dans le cadre du for de l'appel en garantie de l'article 8, point 2). Le risque de détournement de for pourrait même être plus fort dans le cadre du premier puisque c'est systématiquement le demandeur qui est à l'initiative dans cette disposition, alors que rien ne dit, lorsqu'un demandeur assigne un défendeur initial, que ce dernier appellera en garantie un second défendeur en vertu de l'article 8, point 2), ou qu'un tiers souhaitera intervenir à l'instance (sauf lorsque c'est le demandeur qui appelle lui-même un tiers en garantie). Il semblerait donc judicieux d'étendre au point 1) l'exigence d'absence de détournement de for qui figure au point 2). Une telle exigence supposerait que la demande initiale soit réelle et sérieuse, et qu'elle n'ait pas été formée artificiellement dans le seul but de détourner le ou les défendeurs des juridictions normalement compétentes à leur égard⁴⁸.

Une telle proposition suscitera nécessairement des réserves, qui ne sont pas forcément déterminantes. Il a été objecté que ce contrôle du non-détournement présentait un caractère plus subjectif, voire arbitraire. Le serait-il beaucoup plus que le seul contrôle actuel de l'existence d'une connexité ? Il permettrait en tout cas de lutter contre les manœuvres procédurales auxquels l'article 8, point 1), est susceptible de donner lieu en l'état. Précisons qu'il ne s'agirait pas d'imposer au demandeur, de saisir, parmi toutes les juridictions celle qui serait la mieux placée pour examiner l'ensemble des demandes. Cette dernière solution, proche de la théorie néerlandaise dite de « l'araignée au centre de la toile », supposerait effectivement de laisser au juge saisi une importante marge d'appréciation sur l'opportunité de sa compétence, à laquelle la Cour de justice s'est toujours montrée hostile⁴⁹. Ce contrôle de l'absence de détournement dans le cadre de l'article 8, point 1), devrait prendre la même forme que le contrôle exceptionnel permis par l'article 8, point 2), du règlement Bruxelles I bis dans le cadre du for de l'appel en garantie. Notons que dernièrement, sans (une fois de plus) officiellement prendre ses distances avec la solution *Freeport* (tendant à exclure le risque de détournement lorsque la connexité entre les demandes est constatée), la jurisprudence de la Cour s'est montrée plus ouverte à la condition de non-détournement, dans les arrêts *Beverage city*⁵⁰

⁴⁶ CJUE 21 mai 2015, aff. C-352/13, point 29.

⁴⁷ CJUE 21 mai 2015, aff. C-352/13, points 30-32.

⁴⁸ V. not. H. Gaudemet-Tallon et M.-E. Ancel, préc., n°281.

⁴⁹ CJCE 1^{er} mars 2005, aff. C-281/02, *Owusu*, *Rev. crit. DIP* 2005, p. 698, note C. Chalas, *JDI* 2005, p. 1177, note G. Cuniberti et M. Winkler.

⁵⁰ CJUE 7 sept. 2023, aff. C-832/21, *Europe 2023*, comm. 412, note L. Idot.

et *Athenian Brewery*⁵¹. De ce point de vue, l'introduction de la condition de non détournement dans le texte ne constituerait pas un bris de jurisprudence, mais plutôt une stabilisation ou une clarification de celle-ci.

Internationalisation, généralisation de l'extension de compétence fondée sur la connexité, et généralisation concomitante de la condition de non-détournement : voilà les propositions générales d'amélioration. Si ces propositions paraissent trop audacieuses, peut-être que des correctifs plus limités (mais nécessaires !) pourraient emporter l'adhésion.

II. DES CORRECTIFS SPÉCIFIQUES

Deux questions, les plus saillantes, seront abordées ici. D'une part, la clarification de la notion de connexité extensive de compétence (A) et d'autre part la suppression de la condition que la demande reconventionnelle « dérive du contrat ou du fait sur lequel est fondée la demande originaire » dans le cadre du point 3) de l'article 8 (B).

A) La clarification de la notion de connexité attributive de compétence

En l'état du droit positif, la mise en œuvre de l'article 8, point 1, suppose de démontrer la connexité entre les demandes formées contre les divers défendeurs. Ce qui va être dit ici au sujet de l'article 8, point 1, devrait évidemment être pris en compte si on suit la proposition de faire de la connexité un fondement général de compétence. Selon le texte, cette connexité tient au risque de « solutions inconciliables », qui existerait si les causes étaient jugées séparément. Ici, la critique porte sur deux points : d'abord, la mise en œuvre actuelle de ce critère (1), et ensuite le principe même de cette exigence (2).

(1) La critique de la mise en œuvre actuelle de l'exigence de connexité

La jurisprudence de la Cour de justice a été particulièrement peu lisible sur le critère de la connexité⁵². Schématiquement⁵³, on se souvient que, dans un premier temps et dans le silence du texte originel, la Cour de justice a commencé par consacrer l'exigence de connexité entre les demandes pour la mise en œuvre de l'article 6, point 1) de la Convention de Bruxelles, empruntant la définition de cette notion donnée à l'article 22 du même texte⁵⁴, condition qui a ensuite été reprise lors de la transformation de la convention en règlement. Cette condition tient au risque de « solutions qui pourraient

⁵¹ CJUE 13 févr. 2025, aff. C-393/23, *Athenian Brewery et Heineken*, *Rev. crit. DIP* 2025, n°2, L. Idot, à paraître, point 24 : l'exclusion n'est pas radicale, si le tribunal relève des « indices probants lui permettant de conclure que le demandeur a créé ou maintenu de manière artificielle les conditions d'application de ladite disposition ».

⁵² A ce sujet, comme sur tant d'autres, les évolutions de la jurisprudence de la Cour de justice sont insuffisamment lisibles, v. T. Azzi, « La Cour de justice et le droit international privé, ou l'art de dire parfois tout et son contraire », in *Mélanges Audit*, LGDJ, 2014, p. 43 s. ; J. Heymann, « Du discours de la Cour de justice de l'Union européenne sur sa propre jurisprudence : Réflexions en matière de droit international privé », in *Liber Amicorum L. Idot*, Concurrences, vol. II, 2022.

⁵³ V. plus complètement, H. Gaudemet-Tallon et M.-E. Ancel, préc., n°280 ; L. Usunier, préc., n°16 et s. ; v. égal. *Les considérations substantielles...*, n°422.

⁵⁴ CJCE 27 sept. 1988, aff. C 189/87, *Kalfelis*, point 13.

être inconciliables si les causes étaient jugées séparément ». Que recouvre exactement cette inconciliable ? A partir de quand des solutions sont-elles considérées comme « inconciliables » ? Quel rapport cette « inconciliable » entretient-elle avec la véritable inconciliable des points 1 c) et d) de l'article 45, en ce qui concerne les conflits de décisions ?

Selon Laurence Usunier, « comme dans le cadre de l'exception de connexité, le risque de conflit de décisions semble ainsi devoir être apprécié plus soupagement qu'en cas d'inconciliable de décisions au stade de l'instance indirecte. Tandis que l'exequatur d'une décision rendue dans un autre État membre ne sera refusé que si les conséquences juridiques des décisions en conflit s'excluent mutuellement, de sorte qu'il serait impossible de les exécuter simultanément, une simple contrariété intellectuelle des décisions paraît suffisante dans le cadre de l'article 8, paragraphe 1 »⁵⁵. La définition de la connexité serait donc bien commune entre la compétence dérivée dans l'instance directe et les conflits de procédures, et elle repose non pas sur le risque d'inconciliable, à proprement parler, mais sur le risque d'incohérence⁵⁶. Cette présentation rejoint celle donnée par Sophie Lemaire : « l'exception [de connexité] n'est susceptible d'intervenir que dans une seule série d'hypothèses : lorsque deux litiges opposent des parties différentes, dont les demandes sont par hypothèse différentes mais posent une – voire plusieurs – question(s) litigieuse(s) identique(s), ce qui implique un risque d'incohérence. Parce qu'il rejoint l'intuition souvent exprimée par les auteurs suivant laquelle la connexité n'existe qu'entre deux litiges opposant des parties différentes mais dont l'une est présente aux deux procès, ce résultat ne surprend finalement guère »⁵⁷. Il faut donc un risque d'incohérence ou de contrariété, même simplement intellectuelle.

⁵⁵ L. Usunier, préc., n°17, références omises ; du point de vue des conflits de procédures, la démonstration a été faite par S. Lemaire que c'est la litispendance qui lutte contre le risque d'inconciliable *stricto sensu* de décisions (« La connexité internationale », préc., n°21 et s.).

⁵⁶ La difficulté est que si l'inconciliable de décisions au sens de cette dernière disposition a bien été définie par la Cour de justice comme le propre de « décisions [qui] entraînent des conséquences juridiques qui s'excluent mutuellement » (CJCE, 4 févr. 1988, aff. 145/86, Hoffmann c/ Krieg, *JDI* 1989, p. 449, obs. A. Huet, *Rev. crit. DIP* 1988, p. 598, note H. Gaudemet-Tallon. V. également Cass 1^{re} civ., 16 sept. 2020, n°18-20.023 ; *Rev. crit. DIP* 2021, p. 184, note S Fulli-Lemaire, *JCP G* 2020, n°42, act. 1131, obs. F. Mailhé : un jugement français qui, rejette une demande d'annulation d'un contrat de prêt et dit cet engagement valable est inconciliable avec une décision étrangère qui, statuant sur le principe de l'exigibilité de la créance et sur une demande en condamnation au paiement retient qu'aucune créance n'a pu naître de l'engagement litigieux), cette inconciliable ne semble pas limitée, dans le système de Bruxelles, aux décisions qui ne peuvent être exécutées simultanément (critère très restrictif). Elle tiendrait plutôt à une contradiction, et à une contradiction qui n'est pas limitée au dispositif, mais semble pouvoir concerner également les motifs (contradiction intellectuelle). A titre de comparaison, dans l'ordre interne (dans le cadre du pourvoi pour contrariété de jugements de l'article 618 du code de procédure civile), deux conceptions distinctes de l'inconciliable existent. Selon une première conception, dite stricte ou « fonctionnelle », deux (ou plusieurs) décisions ne sont inconciliables que lorsque leurs *dispositifs* sont *incompatibles* et qu'ainsi, *elles ne peuvent être exécutées conjointement* (v., Cass. ch. mixte, 11 déc. 2009, n° 09-13.944). Selon une seconde conception, dite large ou « intellectuelle », l'« inconciliable » consisterait en une contradiction fondamentale entre des décisions par ailleurs conciliables en leur exécution (Cass. ass. plén., 29 nov. 1996, n° 93-20.799 ; Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, n° 14-13.205). Dans cette seconde conception, il s'agit plutôt d'une *contradiction* entre les *motifs* des deux décisions. Comme il ne serait pas raisonnable d'annuler des jugements dès qu'une simple contradiction apparaît, il semble que cette contradiction doit être *grave* et porter sur des *motifs décisifs*.

⁵⁷ S. Lemaire, « La connexité internationale », préc., n°34, p. 103 ; v. également en ce sens E. Tichadou, note sous CJUE 6 déc. 1994, *The Ship Tatry*, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 588, spéc. p. 609.

La jurisprudence de la Cour de justice a malheureusement manqué de netteté sur ce point. Elle n'a eu de cesse d'essayer de rendre plus stricte l'exigence de connexité entre les demandes, sans grand bonheur ni véritable justification, autre que l'interprétation stricte des exceptions au *forum rei*, qui elle-même n'a ni véritable fondement, ni portée systématique.

La Cour a ainsi essayé d'exclure la connexité lorsque deux demandes reposent sur des fondements différents⁵⁸. Très critiquée⁵⁹, cette solution a finalement et heureusement été abandonnée avec l'arrêt *Freeport*⁶⁰. A suivre cet arrêt, la connexité doit au contraire dépendre du seul risque de solutions inconciliables, sans qu'il faille systématiquement exiger de surcroît une identité des fondements juridiques des demandes⁶¹. Parallèlement, la Cour a exigé que le risque de « divergence [dans la solution du litige] s'inscrive dans le cadre d'une même situation de fait et de droit », dans l'arrêt *Roche Nederland*⁶² de 2006, donnant à cette exigence un sens particulièrement strict, revenant en réalité à exiger l'identité de fondement, qui pourtant allait être abandonnée quelques mois plus tard⁶³. La condition d'une même situation de fait et de droit ajoute inutilement à l'exigence de connexité entendue comme créant un risque de solutions inconciliables.

Par la suite le traitement jurisprudentiel de cette condition (d'une même situation de fait et de droit) a été fluctuant, plutôt dans le sens d'un assouplissement. L'arrêt *Painer*⁶⁴ en témoigne, où la mise en œuvre de l'actuel article 8, point 1), est admise alors que les défendeurs avaient agi séparément, et que les fondements juridiques des demandes étaient différents. Ce même libéralisme paraît à l'œuvre en 2013 dans l'arrêt *Solvay*⁶⁵ au sujet encore de la violation d'un brevet européen par plusieurs sociétés du même groupe, sur le territoire de plusieurs États membres. Et de manière plus nette encore dans l'arrêt *Nintendo* de 2017⁶⁶ relatif à une action en contrefaçon de dessins et modèles communautaires. La jurisprudence de la Cour de cassation s'est également éloignée de

⁵⁸ CJCE 27 oct. 1998, aff. C-51/97, *La Réunion européenne*, point 50 ; Cass. com., 19 nov. 2002, n° 01-12.591, *Gaz. Pal.* 25-26 juin 2003, p. 31, note M.-L. Niboyet, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 126 (2e esp.), note H. Gaudemet-Tallon.

⁵⁹ V. L. Usunier, préc., n°18 ; H. Gaudemet-Tallon et M.-E. Ancel, préc., n°280.

⁶⁰ CJCE 11 oct. 2007, aff. C-98/06, *Freeport*, *Europe* 2007, comm. 364, obs. L. Idot, *D.* 2008, p. 1516, obs. F. Jault-Seseke, *RTD com.* 2008, p. 451, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast.

⁶¹ CJUE 1^{er} déc. 2011, aff. C-145/10, *Painer*, *D.* 2012, p. 1235, obs. F. Jault-Seseke, *Europe* 2012, comm. 112, note L. Idot, *CCF* 2012, chron. 1, [sect] 7, obs. M.-E. Ancel ; 12 juill. 2012, aff. C-616/10, *Solvay*, *Europe* 2012, comm. 413, note L. Idot, *Procédures* 2012, comm. 281, note C. Nourissat, *Rev. crit. DIP* 2013, p. 472, note E. Treppoz ; 11 avr. 2013, aff. C-645/11, *Land Berlin c/ Sapir*, *D.* 2014, p. 1059, obs. F. Jault-Seseke, *Europe* 2013, comm. 290, obs. L. Idot, *Procédures* 2013, comm. 183, obs. C. Nourissat. V également la jurisprudence française, not. Cass. 1^{re} civ., 26 sept. 2012, n° 11-26.022, *Rothschild*, *Rev. crit. DIP* 2013, p. 256, note D. Bureau, *JDI* 2013, comm. 4, p. 175, note C. Brière, *D.* 2013, p. 2293, obs. L. d'Avout. L'éventuelle identité du fondement juridique des demandes formées contre les codéfendeurs constitue simplement un indice pertinent, parmi d'autres, de l'existence d'un risque de conflit de décisions et de la connexité des demandes.

⁶² CJCE 13 juill. 2006, aff. C-539/03, *Roche Nederland*, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 777, chron. M. Wilderspin.

⁶³ Sur la critique complète v. L. Usunier, préc., n°21

⁶⁴ CJUE 1^{er} déc. 2011, aff. C-145/10, *Painer*.

⁶⁵ CJUE 12 juill. 2012, aff. C-616/10, *Solvay*.

⁶⁶ CJUE 27 sept. 2017, aff. jtes C-24/16 et C-25/16, *Nintendo*, *Procédures* 2017, comm. 266, obs. C. Nourissat, *Europe* 2017, comm. 444, obs. L. Idot.

l'application nette du critère d'unicité de la situation de fait et droit⁶⁷, pour juger qu'il appartient aux juges du fond d'apprécier le risque de décisions inconciliables « en tenant compte de tous les éléments pertinents du dossier ».

La mise en œuvre de la condition de connexité dans le contentieux du *private enforcement* en droit de la concurrence a également été qualifiée de « libérale »⁶⁸. Dans le cas d'une action en réparation consécutive à des cartels, la Cour de justice, dans l'arrêt *CDC*, avait accepté que le demandeur choisisse un défendeur d'ancrage et assigne les autres auteurs, en faisant jouer l'article 8, point 1), du règlement. La circonstance que les conditions de l'éventuelle responsabilité civile des défendeurs devaient être déterminées par le droit national de chaque État membre⁶⁹ ne faisait pas obstacle à l'existence d'une même situation de fait et de droit⁷⁰. Au contraire, la Cour a souligné cette circonstance comme justement de nature à faire craindre des solutions inconciliables au cas où des actions seraient engagées par une prétendue victime de l'entente devant les juridictions de différents États membres⁷¹. Une telle constatation était sans doute facilitée par l'existence en l'espèce d'une décision de la Commission imputant aux défendeurs une infraction unique du cartel, justifiant cette compétence aussi bien du point de vue de l'exigence de connexité que de prévisibilité pour les différents défendeurs. À côté de l'extension « horizontale » de compétence entre cartellistes, la Cour a récemment autorisé des extensions « verticale », c'est-à-dire en ce qui concerne plusieurs entités d'un même groupe de sociétés⁷². Dans l'affaire *Athenian Brewery et Heineken*, la Cour de justice a récemment accepté l'extension à la filiale étrangère (*Athenian Brewery*) de la compétence des juridictions néerlandaises fondée sur l'article 4, point 1, à l'égard de société mère (*Heineken*). Cette solution est justifiée par l'idée que ces sociétés formeraient une unité économique, ce qui constitue une mise en œuvre du concept d'« entreprise », venu du droit matériel de la concurrence, et dont l'influence se fait sentir jusque dans l'application de la règle de compétence. Ce qui justifie profondément cette solution est la responsabilité solidaire qui découle de la qualification d'unité économique, assurant l'existence d'une même situation de fait et de droit⁷³. La circonstance que seule la filiale étrangère avait fait l'objet d'une décision par l'autorité de concurrence grecque pour abus de position dominante était justement de nature à faire craindre une inconciliable si les causes étaient jugées séparément⁷⁴.

⁶⁷ Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2022, n°21-11.085.

⁶⁸ Soulignant cette tendance sur la base de l'arrêt *Sumal* (CJUE, 6 oct. 2021, aff. C-882/19, *Sumal*), v. V. Pironon, préc. ; sur l'apport de cet arrêt, L. Idot, « Réflexions sur la dimension internationale de l'arrêt *Sumal* », *Concurrences* 2022-1, p. 44. V. déjà l'affaire *Provimi Roche Products Ltd. and others V. Provimi Ltd.* [2003] EWHC 961. V. M. Wilderspin, « Jurisdiction Issues, Brussels I Regulation Articles 6(1), 23, 27 and 28 in Antitrust Litigation », in J. Basedow, S. Franck, L. Idot (ss dir.), *Private Antitrust Litigation*, Hart Publishing, 2012, p. 41 et s., spéc. p. 52 ; L. Idot, « La dimension internationale des actions en réparation. Choisir sa loi et son juge : quelles possibilités ? », *Concurrences*, 2014, n° 3, pp. 43-53.

⁶⁹ Et que « c'est de façon disparate, tant du point de vue géographique que temporel, que les défenderesses au principal ont participé à la mise en œuvre de l'entente concernée » (arrêt *CDC*, point 21).

⁷⁰ Arrêt *CDC*, point 21.

⁷¹ Arrêt *CDC*, point 22.

⁷² Sur cette terminologie, v. L. Idot, note sous l'arrêt *Athenian Brewery et Heineken*, préc.

⁷³ Arrêt *Athenian Brewery et Heineken*, point 29.

⁷⁴ Arrêt *Athenian Brewery et Heineken*, point 31.

La jurisprudence paraît donc revenir au critère textuel du risque d'inconciliabilité (au sens large) de solutions si les causes sont jugées séparément. Deux hypothèses peuvent se présenter. Dans la première hypothèse, le demandeur assigne les défendeurs comme codébiteurs d'une dette unique. Cela peut correspondre à diverses situations factuelles, soit que les défendeurs soient codébiteurs solidaires (hypothèses *CDC* et *Athenian Brewery*), tenus par des liens de garantie (qui peuvent prendre diverses formes selon les droits nationaux – hypothèse des arrêts *Freeport* et *Reisch Montage* –), soit que le demandeur impute aux différents défendeurs d'avoir concouru au(x) même(s) fait(s) dommageable(s) (hypothèse des arrêts *Kalfelis* et *Solvay*, ainsi que de l'arrêt *H&M* de la Cour de cassation). Dans ce cas, la Cour semble accepter la connexité, peut-être parce qu'à défaut, les différentes juridictions saisies pourraient se contredire sur l'appréciation factuelle. Dans la seconde hypothèse, la demande impute aux défendeurs des comportements distincts, mais similaires. Dans ces hypothèses, la Cour invite la juridiction de renvoi à étudier si ces comportements étaient coordonnés (hypothèse *Painer*), auquel cas l'on en revient à l'hypothèse précédente. Si en revanche, les comportements sont indépendants les uns des autres, la Cour semble considérer que le risque d'inconciliabilité est inexistant (hypothèse *Roche*).

Une telle évolution jurisprudentielle, si on peut regretter les errances passées, revient à la lettre du texte, puisque l'article 8, point 1), ne mentionne que ce critère. On pourrait seulement proposer d'abandonner cette référence trompeuse à un risque d'inconciliabilité pour préférer celle de risque d'incohérence ou risque de contradiction qui paraît plus exacte. A moins qu'il faille plus radicalement remettre en cause ce critère ?

(2) La remise en cause du critère du risque d'inconciliabilité de solutions

Effectivement ne faudrait-il pas prolonger ce mouvement de relâchement et permettre au juge du domicile de l'un des codéfendeurs (en l'état de la disposition) de se déclarer compétent même en l'absence d'un risque de solutions inconciliables, lorsqu'il apparaît simplement souhaitable de trancher les demandes contre les divers codéfendeurs devant un seul et même juge ? Rappelons qu'à l'origine, l'article 6, point 1, de la Convention ne mentionnait pas ce critère. Qu'il en faille un pour discipliner l'attraction de codéfendeurs ne veut pas dire que celui-ci est le bon. La définition de la connexité plus souple retenue à l'article 101 du code procédure civile français pourrait servir d'inspiration, qui admet le jeu de l'exception de connexité en matière interne « [s]'il existe entre des affaires portées devant deux juridictions distinctes un lien tel qu'il soit de l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire et juger ensemble »⁷⁵.

C'est en réalité à peu près le résultat auquel parvient la jurisprudence de la Cour de justice dans le contentieux de la propriété intellectuelle, avec une appréciation particulièrement souple de la caractérisation du risque de solutions inconciliables. L'arrêt *Painer* en témoigne⁷⁶ puisque la Cour de justice y a admis l'application de l'article 6, point 1), du règlement Bruxelles I par le juge national, alors que le risque de solutions

⁷⁵ Pour cette proposition, v. déjà L. Usunier, préc., n°28.

⁷⁶ CJUE, 1^{er} déc. 2011, aff. C-145/10, *Painer*.

inconciliables pouvait se discuter en l'espèce⁷⁷. Au-delà de ce cas particulier, l'exigence d'un risque de solutions inconciliables paraît inutilement strict, alors que le rassemblement des codéfendeurs peut s'avérer utile plus largement⁷⁸.

La question fondamentale qui se pose est celle de savoir si le for des codéfendeurs n'est légitime qu'en cas de risque de décisions inconciliables (même intellectuellement, donc de décisions contradictoires). Peut-être que l'importation de ce critère, conçu à l'origine pour les conflits de procédures n'était pas entièrement justifiée. L'enjeu ici n'est pas d'autoriser la juridiction à surseoir à statuer pour éviter un conflit de procédures, mais d'étendre la compétence d'une juridiction pour lui permettre de connaître de l'intégralité d'un litige. Le critère de l'existence d'un risque de solutions inconciliables n'est peut-être pas adapté pour évaluer l'intérêt qu'il y a à juger des demandes ensembles. Pour dire les choses simplement, qu'il faille une raison forte pour justifier un sursis à statuer, voire même à certaines conditions un dessaisissement⁷⁹, peut se comprendre car il faut un véritable conflit de procédures (qui pourrait éventuellement déboucher dans certains cas sur une inconciliableté). Lorsque c'est de l'extension de la compétence qu'il s'agit, le lien entre les demandes ne sert qu'à vérifier que la complétude du litige est en cause. La seule justification d'une approche restrictive tient à la volonté de ne pas éloigner sans raison le défendeur du juge de son domicile. Est-ce que le risque de divergences de solutions est la seule raison qui peut justifier cet éloignement ? En outre, une mise en œuvre véritable de ce critère d'inconciliableté impose des investigations qui peuvent être assez poussées pour le stade liminaire auquel se pose la question de la compétence⁸⁰.

Une reformulation de l'exigence d'un lien de connexité entre les demandes semblerait donc souhaitable, en faisant seulement référence au besoin d'assurer une bonne administration de la justice. Une première possibilité serait de permettre au demandeur d'assigner l'ensemble des défendeurs devant le juge du domicile de l'un d'eux dès lors que les demandes sont unies par un lien tel qu'il apparaît de bonne justice de les juger ensemble. Une seconde possibilité serait, si on nous suit dans la proposition de généralisation de la compétence fondée sur la connexité, de permettre au demandeur d'assigner l'ensemble des défendeurs devant le juge compétent pour connaître de l'une

⁷⁷ En l'espèce, la photographe demanderesse n'avait pas subi un préjudice global et indivisible du fait de la reproduction non autorisée de ses clichés par les journaux allemand et autrichien, mais un préjudice individualisable défendeur par défendeur. Peu importait donc que certains soient déclarés responsables, dans une instance tandis que d'autres ne le seraient pas. Au point 83 de l'arrêt, la Cour laisse au juge national la possibilité d'écarter le risque de solutions inconciliables : « Il incombe, par ailleurs, à la juridiction nationale d'apprécier, au regard de tous les éléments du dossier, l'existence du lien de connexité entre les différentes demandes portées devant elle, c'est-à-dire du risque de décisions inconciliables si lesdites demandes étaient jugées séparément. Dans ce cadre, le fait que les défendeurs auxquels le titulaire d'un droit d'auteur reproche des atteintes matériellement identiques à son droit ont, ou non, agi de façon indépendante peut être pertinent ». L'on aurait peut-être porté une appréciation différente sur cette solution si la Cour avait jugé que le risque de solutions inconciliables devait être exclu si les prétendus auteurs avaient agi de façon indépendante.

⁷⁸ En matière bancaire, on peut penser à l'affaire *Luxalpha*, Cass. com., 7 janv. 2014, n° 11-24.157, illustrant l'obstacle regrettable à la concentration du contentieux international que constitue parfois l'exigence de connexité dans le cadre de l'article 8, point 1).

⁷⁹ Art. 30, point 1 et 2.

⁸⁰ V. à ce sujet les réserves de L. Idot sur l'applicabilité du concept d'entreprise au stade de la compétence (note sous l'arrêt *Athenian Brewery et Heineken*, préc., n°25 et s.).

des demandes, dès lors que les demandes sont unies par un lien tel qu'il apparaît de bonne justice de les juger ensemble.

Cette dernière proposition ne manquera pas de susciter des réserves, car il peut sembler qu'en conjuguant l'abandon de la limitation du jeu de la connexité à une compétence fondée sur l'article 4, point 1), à un relâchement de la caractérisation de la connexité, elle démultiplie les possibilités de forum shopping du demandeur. Particulièrement, la question de la prévisibilité pour le défendeur pourrait être soulevée. Comme souvent le sens exact que l'on donne à cette notion mériterait d'être précisé. Outre que les solutions jusqu'ici n'ont pas été d'une grande prévisibilité (post-normative)⁸¹, on peut ne pas être convaincu non plus du caractère prévisible (prévisibilité ante-normative, cette fois) de la solution qui consiste pour le défendeur à être attiré au domicile d'un codéfendeur. Il faut également tenir compte de ce que cette redéfinition souple (à double titre) de la connexité s'accompagnerait de la généralisation de la condition de non-détournement, comme nous l'avons proposé.

B) La suppression de la condition que la demande reconventionnelle « dérive du contrat ou du fait sur lequel est fondée la demande originale »

L'article 8, point 3) prévoit l'extension de la compétence à l'égard des demandes reconventionnelles. Une limite essentielle au jeu de cette disposition résulte de l'exigence, énoncée par le texte lui-même, que la demande « dérive du contrat ou du fait sur lequel est fondée la demande originale ». La formulation de l'exigence paraît très restrictive. Elle devrait exclure une demande reconventionnelle en compensation qui serait fondée sur une créance réciproque du défendeur original contre son adversaire mais sans lien avec la créance fondant la demande initiale. Une telle solution est pourtant regrettable, car on voit mal ce qui justifie de limiter ainsi le précieux instrument de concentration du contentieux qu'offre l'article 8, point 3)⁸². Le rapport Jenard ne paraissait exiger qu'un lien de connexité entre les demandes, mais sans en dire plus, or on a vu que cette exigence de connexité n'est pas claire. La Cour de cassation a opté pour une interprétation littérale du texte⁸³. Il a été émis l'hypothèse que cette interprétation soit issue d'une confusion entre compétence et recevabilité de la demande reconventionnelle⁸⁴. Récemment, la jurisprudence de la Cour de justice a semblé adopter une interprétation plus souple de l'exigence⁸⁵.

⁸¹ Soulignant cette difficulté, au sujet des demandes en réparation pour pratiques anti-concurrentielles (et la nécessité dans laquelle se trouvent les juridictions nationales de poser des questions préjudicielles qui ralentissent le cours du procès), V. Pironon, préc., n°30.

⁸² Sur le caractère particulièrement néfaste de cette solution dans le contexte français en raison du principe de concentration qui pourrait obliger le défendeur à présenter dans la première instance tous les arguments lui permettant de résister à la demande de son adversaire, y compris la compensation, v. L. Usunier, n° 47.

⁸³ Cass. com., 25 janv. 2000, n° 97-19.638, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 462, note M.-E. Ancel.

⁸⁴ L. Usunier, préc., n°48.

⁸⁵ CJUE 31 mai 2018, aff. C-306/17, *E. Nothartova*, *Procédures* 2018, comm. 294, obs. C. Nourissat, *Europe* 2018, comm. 295, obs. L. Idot ; 12 oct. 2016, aff. C-185/15, *Marjan Kostanjevec*, *Procédures* 2017, comm. 9, obs. C. Nourissat, *Europe* 2016, comm. 489, obs. Idot ; 21 juin 2018, aff. C-1/17, *Petronas Lubricant Italy SpA*, *Procédures* 2018, comm. 295, obs. C. Nourissat, *Europe* 2018, comm. 344, obs. L. Idot.

Pour éviter des confusions ou des interprétations intempestives, l'article 8, point 3), devrait donner compétence aux juges des États membres pour statuer sur toutes les demandes reconventionnelles régulièrement formées, sans limites. Cette compétence n'implique pas pourtant que cette demande reconventionnelle soit recevable en vertu du droit du for⁸⁶. Il est vrai que cette idée peut entraîner des divergences entre les solutions retenues dans les États membres, mais la fonction de l'article 8, point 3) n'est pas d'harmoniser la recevabilité des demandes reconventionnelles, de manière directe ou indirecte. Il faut seulement réserver le jeu d'éventuelles compétences exclusives, au regard de l'article 24 (voire de l'article 25⁸⁷) du règlement, d'une autre juridiction pour statuer sur la demande reconventionnelle.

En guise de conclusion récapitulative, ces différentes propositions justifient les modifications suivantes.

- Un article 7bis relatif à l'extension de la compétence de la juridiction saisie et spécialement compétente pour connaître d'une demande, à l'égard des demandes connexes à cette demande originaire, lorsqu'un seul défendeur est en cause. Cette proposition reprend la nouvelle définition de la connexité, ainsi que la condition de non-détournement. Précisons que la rédaction part du principe que l'article 7 est lui-même étendu internationalement.
- Un article 8 modifié pour tenir compte de l'internationalisation de toute la disposition, de la généralisation de l'extension de compétence fondée sur la connexité, au-delà du seul domicile du codéfendeur d'ancrage, de la redéfinition de la connexité, et de la généralisation de la condition de non-détournement.
- Une légère réécriture de la compétence relative aux demandes reconventionnelles supprime la condition que cette demande dérive du même contrat ou du même fait.

Cela implique un relâchement assez fort du système de compétence de Bruxelles I tel qu'il est prévu aujourd'hui mais qui pourrait avoir des effets bénéfiques, notamment en faisant perdre de leur intérêt aux tentatives systématique de forçage des règles de compétence spéciale.

⁸⁶ V. L. Usunier, préc., n°48.

⁸⁷ Sur l'articulation de la clause attributive de juridiction avec la compétence dérivée pour connaître des demandes reconventionnelles en l'état du droit positif (c'est-à-dire avec la condition que la demande dérive du contrat ou du fait sur lequel est fondée la demande originaire), v. H. Gaudemet-Tallon et M.-E. Ancel, préc., n°294. L'hypothèse la plus fréquente est que le juge désigné par la clause devrait être compétent pour connaître des demandes reconventionnelles, sauf l'hypothèse dans laquelle cette demande reconventionnelle est née d'un autre contrat, qui comporte lui-même une clause attributive de juridiction désignant un autre juge. Dans ce cas, la compétence exclusive du juge élu doit être respectée.

Proposition de rédaction

Article 7 bis – Compétence fondée sur la connexité

Le juge compétent à l'égard d'une demande, par application de l'article 7, est également compétent pour trancher une autre demande, à l'égard du même défendeur, lorsque ces demandes sont unies par un lien tel qu'il apparaît de bonne justice de les juger ensemble, à moins que la demande originaire n'ait été formée que pour traduire le défendeur hors du ressort de la juridiction normalement compétente.

Article 8 – Compétence dérivée

Une personne, ~~sans considération de domicile, domiciliée sur le territoire d'un État membre~~ peut aussi être atraite :

- 1) s'il y a plusieurs défendeurs, devant la juridiction ~~du domicile de l'un d'eux~~ **compétente par application du présent règlement pour connaître de la demande à l'égard de l'un d'eux, lorsque les demandes sont unies par un lien tel qu'il apparaît de bonne justice de les juger ensemble** ~~à condition que les demandes soient liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément, à moins que la demande originaire n'ait été formée que pour traduire celui qui a été appelé hors du ressort de la juridiction normalement compétente;~~
- 2) s'il s'agit d'une demande en garantie ou d'une demande en intervention, devant la juridiction saisie de la demande originaire, à moins qu'elle n'ait été formée que pour traduire celui qui a été appelé hors du ressort de la juridiction compétente ;
- 3) s'il s'agit d'une demande reconventionnelle ~~qui dérive du contrat ou du fait sur lequel est fondée la demande originaire,~~ devant la juridiction saisie de celle-ci **la demande originaire** ;
- 4) en matière contractuelle, si l'action peut être jointe à une action en matière de droits réels immobiliers dirigée contre le même défendeur, devant la juridiction de l'État membre sur le territoire duquel l'immeuble est situé.