

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MARCO DARMON
présentées le 27 octobre 1992 *

*Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,*

1. Saisi des faits suivants, le Bundesgerichtshof vous pose quatre questions préjudicielles, toutes relatives à l'interprétation de l'article 13 de la convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (ci-après « convention »), dans la version de ce texte issue de la convention relative à l'adhésion du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni du 9 octobre 1978¹.

2. A la suite d'une annonce parue dans la presse allemande, un particulier, juge de profession, confie à la société de courtage américaine Hutton Inc. la réalisation d'opérations à terme sur devises et valeurs mobilières, dans le cadre d'un contrat de commission (« Kommissionsweise Durchführung von Devisen-, Wertpapier- und Warentermingeschäften »). Pour ce faire, il traite avec la filiale allemande de la société américaine, Hutton GmbH.

3. A la suite d'importants versements effectués en 1986 et en 1987 presque entièrement absorbés par des pertes, il cède son droit de créance à une société fiduciaire, la société allemande Treuhandgesellschaft für Vermö-

gensverwaltung und Beteiligungen mbH (ci-après « TVB »).

4. Devant les juridictions allemandes, TVB exerce une action en recouvrement de créance contre l'entreprise de courtage (Brokerfirma) américaine Hutton, reprise entre-temps par la société, elle aussi américaine, Shearson Lehman Hutton Inc. (ci-après « Shearson Lehman »).

5. La demande est fondée sur l'enrichissement sans cause. Elle repose également sur un droit à des dommages-intérêts pour violation d'obligations contractuelles et précontractuelles ainsi qu'en réparation d'un comportement délictueux, Shearson Lehman n'ayant pas, selon TVB, suffisamment informé son cocontractant des risques qu'il encourait.

6. Le Landgericht a jugé la demande « irrecevable ». La juridiction d'appel s'est, au contraire, déclarée « compétente ». Shearson Lehman a formé un pourvoi en « Revision » contre cette dernière décision.

7. Le Bundesgerichtshof relève que la compétence internationale des juridictions allemandes n'est possible en l'espèce que si l'article 13 de la convention de Bruxelles est applicable² et vous soumet quatre questions dont le texte figure au rapport préalable³:

* Langue originale: le français.

1 — JO L 304, p. 1.

2 — Voir décision du juge a quo, point III des motifs.

3 — I, point 11.

8. Ces questions tendent en substance à vous voir interpréter les notions de

- « tout autre contrat ayant pour objet une fourniture de services » figurant à l'article 13, premier alinéa, point 3, afin de savoir si elle vise également les conventions, objet du litige au principal;
- « publicité » préalable visée à l'article 13, premier alinéa, point 3, sous a), afin de déterminer si elle implique l'existence d'un lien avec la conclusion du contrat;
- « succursale, agence ou tout autre établissement » au sens de l'article 13, deuxième alinéa, pour voir dire si relève de cette notion une société ayant son siège dans l'État du domicile du consommateur, appartenant économiquement au cocontractant de ce dernier, agissant en simple qualité d'intermédiaire, sans pouvoir de conclure des marchés;
- « exploitation » de la succursale, agence ou établissement, au sens de la même disposition, pour voir préciser si les contestations naissant dans le cadre des relations ainsi créées y sont relatives;
- « matière de contrat » figurant au premier alinéa de l'article 13, pour savoir si, au-delà des demandes en dommages-intérêts pour violation des obligations contractuelles, elle recouvre également celles fondées sur la violation des obligations précontractuelles et sur l'enrichissement sans cause, et si elle permet de déterminer, par voie de connexité, une compétence accessoire en matière non contractuelle.

9. Il vous est apparu que, pour répondre à ces questions — voire pour savoir s'il y avait lieu d'y répondre —, il convenait de rechercher, d'une part, si TVB, cessionnaire de la créance, peut également se prévaloir de la qualité de consommateur attachée au cédant, d'autre part, si l'article 13, deuxième alinéa, de la convention est applicable lorsque le consommateur et la succursale sont domiciliés dans le même État contractant, la société mère ayant son siège dans un État tiers. Et vous avez posé des questions sur ces deux points.

10. Les règles de compétence de la convention font l'objet de son titre II (articles 2 à 24) qui comporte neuf sections. La section première (articles 2 à 4) est consacrée aux « dispositions générales ». La section 4 (articles 13 à 15) concerne la « compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs ».

11. La réponse à l'ensemble des questions — celles du juge a quo et les vôtres — ne peut être trouvée qu'en rapprochant et en confrontant les dispositions contenues aux sections 1 et 4.

12. Il convient, en effet, de rechercher si une situation telle que celle du cas d'espèce relève du champ d'application de la convention et, dans l'affirmative, quelles conséquences il y a lieu d'en tirer au regard de la détermination du for compétent.

13. Rappelons, en effet, que l'action patrimoniale en cause est exercée par une société établie dans un État contractant contre une autre société ayant son siège dans un État tiers.

14. Or, on le sait, la convention de Bruxelles, qui met en œuvre un mandat conféré aux États membres de la Communauté économique européenne par l'article 220, quatrième tiret, du traité de Rome, a notamment pour but d'uniformiser les règles de compétence des juridictions des États membres dans l'ordre international afin d'assurer, à l'intérieur de la Communauté, la « libre circulation des jugements » rendus en matière civile et commerciale. Elle n'a pas pour objet de régler les conflits de juridiction entre les États signataires et les États tiers⁴. Son champ d'application est limité aux parties contractantes.

15. Ce principe est expressément posé par son article 4, premier alinéa, qui dispose que, « si le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État contractant, la compétence est, dans chaque État contractant, réglée par la loi de cet État, sous réserve de l'application des dispositions de l'article 16 ».

16. Ce dernier article étant étranger au cas d'espèce, celui-ci relève donc, à première vue, de la loi du for de l'État du requérant, le défendeur étant domicilié hors du territoire d'un État contractant. La convention semble donc, a priori, inapplicable. « Si ... le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État contractant, la convention ne comporte pas de disposition autonome réglant ce cas mais renvoie à la loi interne de l'État sur le territoire duquel se trouve la juridiction saisie du litige (article 4, premier alinéa). La convention autorise toute personne, quelle que soit sa nationalité, domiciliée sur le territoire d'un État

contractant, à invoquer contre ce défendeur la loi de cet État... »⁵.

17. Aussi bien, ce sont les dispositions particulières de l'article 13 qui ont conduit le Bundesgerichtshof à vous interroger.

18. Certes, la référence faite par l'article 13, premier alinéa, à l'article 4 vient rappeler que le champ d'application des articles 13 à 15 est limité au cas où le défendeur est domicilié dans un État contractant: si tel n'est pas le cas, le tribunal saisi applique ses propres règles de compétence.

19. Il est clair, toutefois, que l'article 13, deuxième alinéa, fait implicitement exception à l'article 4 et doit pouvoir s'appliquer lorsque le cocontractant du consommateur, défendeur à l'instance, est domicilié dans un État tiers à la convention, dès lors qu'il possède une succursale, une agence ou un autre établissement dans un État contractant⁶.

20. La situation qui vous est soumise ne rentre donc dans le champ d'application de la convention de Bruxelles que si l'article 13, deuxième alinéa, lui est applicable⁷. Or, disons-le d'emblée, tel n'est pas le cas pour trois raisons: 1) n'est pas un consommateur au sens des articles 13 et 14 l'auteur de l'action en justice qui n'est pas lui-même partie à l'un des contrats énumérés à l'article 13, premier alinéa, 2) un établisse-

5 — Rapport des professeurs Evrigenis et Kerameus relatif à l'adhésion de la République hellénique à la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, n° 44 (JO 1986, C 298, p. 1).

6 — Voir O'Malley et Layton: *European Civil Practice*, n° 19.05, et Gothot et Holleaux: *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, éd. Jupiter, 1985, n° 122.

7 — Voir l'ordonnance du juge a quo, p. 7 de la traduction française.

4 — Le règlement de tels conflits relève exclusivement d'accords bilatéraux, même après l'adoption de la convention (voir les articles 57 et 59 de celle-ci).

l'article 13, premier alinéa, 2) un établissement secondaire qui n'a pas le pouvoir de conclure des marchés n'est pas une succursale, une agence ou un établissement au sens de l'article 13, deuxième alinéa, 3) à supposer même que tel soit le cas, cette dernière disposition est inapplicable, faute d'élément d'extranéité, lorsque la succursale a son siège dans l'État du domicile du consommateur. Examinons successivement ces trois points.

21. Les compétences alternatives et le privilège de juridiction dont bénéficie le consommateur en vertu de l'article 14, paragraphe 1, de la convention de Bruxelles ne s'appliquent qu'à l'action intentée par un consommateur contre l'autre partie au contrat ».

22. Or, précisément, devant le juge a quo, l'action en recouvrement de créances n'a pas été engagée par le cocontractant initial de la société Shearson Lehman, mais par une société commerciale cessionnaire des droits de celui-ci, agissant dans le cadre de son objet social. Cette société peut-elle, dès lors, se prévaloir dans le cadre de son action en recouvrement de la qualité de consommateur, au sens des articles 13 et 14 de la convention?

23. C'est là, à notre sens, la question centrale de ce dossier. Il nous paraît évident que, si TVB ne peut valablement invoquer cette qualité, la contestation qui l'oppose à Shearson Lehman ne relève pas du champ d'application de la convention.

24. Nul doute que, afin de préserver la cohérence des dispositions de la section 4 de la convention, la notion de « consumma-

teur » doit faire l'objet d'une interprétation autonome permettant de lui donner un contenu matériel uniforme rattaché à l'ordre communautaire, sans renvoi au droit des États contractants. Vous avez déjà statué en ce sens à propos de la notion de « vente à tempérament d'objets mobiliers corporels » que les « contrats conclus par les consommateurs » sont venus remplacer à la section 4⁸.

25. Le point de savoir si la société cessionnaire peut être qualifiée de consommateur ne dépend pas, à notre avis, de la nature de la cession de droits dont elle a bénéficié (y a-t-il uniquement cession d'une créance ou également cession de droits attachés à la personne du créancier?). L'examen de la portée de cette cession, qui supposerait une interprétation du droit interne, relève d'ailleurs exclusivement de la compétence du juge du fond.

26. Certes, faire bénéficier du privilège de l'article 14 la société cessionnaire, c'est aussi, indirectement, favoriser le consommateur lui-même (en favorisant, notamment, les conditions du recouvrement, donc de la cession de sa créance). Mais la convention de Bruxelles ne protège expressément le consommateur qu'en tant qu'il est *personnellement demandeur ou défendeur* dans une procédure⁹. Cette protection ne s'étend pas à une procédure à laquelle il n'est pas partie.

27. De plus, la notion de « consommateur » au sens de l'article 14 renvoie nécessairement à celle de l'article 13. Il n'est pas envisageable, en effet, que, en l'absence de

8 — Arrêt du 21 juin 1978, Bertrand (150/77, Rec. p. 1431, points 12 à 19); voir, également, Kropholler: « Europaisches Zivilprozessrecht », 1991, p. 149.

9 — Voir article 14 de la convention: « l'action intentée par un consommateur ... l'action intentée contre le consommateur ».

disposition expresse, le terme « consommateur » renvoie dans deux articles successifs à deux réalités différentes. Selon l'article 13, n'a la qualité de consommateur que celui qui a conclu un certain type de contrat. Il doit en être de même pour l'application de l'article 14.

28. Ne peut donc bénéficier du privilège de for attaché à la qualité de consommateur que la partie à l'instance qui répond elle-même aux conditions posées par l'article 13 et qui, donc, a pris part à la conclusion du contrat passé avec le professionnel¹⁰. L'action de l'article 14 ne peut dès lors, selon nous, être engagée que par un consommateur à propos d'un contrat qu'il a lui-même conclu.

29. Autrement dit, est un consommateur pouvant se prévaloir des règles de compétence spéciales de la section 4 le plaideur qui répond à une double condition: 1) être partie au procès (article 14), 2) être lié par l'un des contrats énumérés par l'article 13. Dès lors, si le consommateur, cocontractant initial, cède sa créance à un tiers qui, par la suite, exerce une action en justice s'y rattachant, ce dernier ne réunit pas, à notre sens, la double qualité exigée par ces deux articles.

30. Non seulement l'analyse textuelle, mais aussi la ratio des articles 13 et 14 pris ensemble s'opposent à ce qu'une personne morale placée dans la situation de TVB puisse être considérée comme consommateur. L'esprit de ces textes est, en effet, d'assurer la protection de la partie la plus faible ou la moins expérimentée. Tel n'est pas le cas d'une société qui exerce une

action en justice s'inscrivant dans le cadre de son objet social.

31. Invités à interpréter l'article 14, deuxième alinéa, dans sa rédaction de 1968, concernant la vente à tempérament, vous avez jugé que:

« ... une interprétation restrictive de l'article 14, paragraphe 2, conforme aux objectifs poursuivis par la section 4, conduit à ne réserver le privilège juridictionnel ci-dessus décrit qu'aux acheteurs ayant besoin de protection, leur position économique étant caractérisée par leur faiblesse vis-à-vis des vendeurs, *du fait qu'ils sont des consommateurs finals à caractère privé, non engagés, par l'achat du produit acquis à tempérament, dans des activités commerciales ou professionnelles* »¹¹.

32. Vous en avez déduit que:

« ... la notion de vente à tempérament d'objets mobiliers corporels, au sens de l'article 13 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, ne peut pas être comprise comme s'étendant à la vente d'une machine consentie par une société à une autre société moyennant un prix payable par traites échelonnées »¹².

33. Comme le relève le professeur Schlosser, les modifications apportées en 1978 à la section 4 procèdent du même esprit que les dispositions antérieures. Celle-ci a vu son champ d'application élargi à la matière des contrats conclus par les

10 — Voir, en ce sens, la réponse du gouvernement allemand aux questions de la Cour, p. 3 de la traduction française.

11 — Arrêt Bertrand, précité, point 21, souligné par nous. Voir références note 8.

12 — Point 22.

consommateurs. Inspirée de l'arrêt Bertrand¹³, la nouvelle section 4 ne vaut donc que pour le consommateur *final*¹⁴.

34. En outre, il nous paraît impossible de faire varier les règles de compétence selon l'origine du droit dont se prévaut le demandeur: selon qu'il tient son droit d'un consommateur ou qu'il agit en vertu d'un droit propre, il pourrait ou non se prévaloir du privilège de juridiction de l'article 14 alors que l'action exercée est, dans les deux cas, de même nature.

35. Il en résulte, à notre avis, que n'est pas consommateur au sens des articles 13 et 14 l'auteur de l'action en justice qui n'est pas lui-même partie à l'un des contrats énumérés à l'article 13, premier alinéa.

36. L'article 13, deuxième alinéa, qui, seul, rappelons-le, pourrait permettre de soumettre la situation présentée par le juge a quo à la convention de Bruxelles, est inapplicable pour une seconde raison: le cocontractant du consommateur ne possède pas une succursale, une agence ou un autre établissement au sens de cette disposition, lorsqu'il a recours, pour son activité dans un État contractant, à une société y ayant son siège, qui lui appartient économiquement, *mais qui ne dispose pas du pouvoir de conclure des marchés.*

37. La notion de « succursale, agence ou tout autre établissement » que le juge a quo

vous invite à interpréter dans sa troisième question ne vous est pas inconnue. Si l'article 8, deuxième alinéa, et l'article 13, deuxième alinéa, n'ont encore jamais été soumis à votre examen, l'article 5, point 5, où elle figure également, a déjà fait l'objet d'arrêts de la Cour.

38. Soulignons ce qui distingue ces trois dispositions: l'article 5, point 5, ne concerne que les entreprises dont le siège social se trouve sur le territoire de l'un des États contractants. Si cette entreprise a son siège sur le territoire d'un État tiers, c'est l'article 4 qui sera applicable. Au contraire, les articles 8, deuxième alinéa, et 13, deuxième alinéa, permettent de faire échec à la stricte application de cet article puisqu'ils concernent le cas où l'assureur ou le cocontractant du consommateur ne sont pas domiciliés sur le territoire d'un État signataire.

39. Étant une exception au principe posé par le premier alinéa, en tant qu'il se réfère à l'article 4, le deuxième alinéa de l'article 13, dont les dispositions sont opposables aux plaideurs domiciliés dans un État tiers, doit faire l'objet d'une interprétation restrictive. Entendue largement, la notion de « succursale » permettrait, en effet, de faire facilement échec au principe fondamental de l'article 4, premier alinéa.

40. Quels sont les enseignements de votre jurisprudence relative à l'article 5, point 5?

41. Vous vous êtes prononcés pour une interprétation autonome de la notion de « contestation relative à l'exploitation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement » et vous avez estimé que, en tant que compétence spéciale faisant excep-

13 — Précité, voir références note 8.

14 — Rapport Schlosser sur la convention du 9 octobre 1978 relative à l'adhésion du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord à la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, ainsi qu'au protocole concernant son interprétation par la Cour de justice, point 153 (JO 1979, C 59, p. 71).

tion à la règle générale de la compétence du for du domicile du défendeur, l'article 5, point 5, devait être interprété restrictivement¹⁵.

42. Dans l'arrêt du 6 octobre 1976, De Bloos¹⁶ — le premier rendu à propos de cette disposition —, vous avez relevé que

« ... un des éléments essentiels qui caractérisent les notions de succursale et d'agence¹⁷ est la soumission à la direction et au contrôle de la maison mère »¹⁸.

Et vous en avez déduit qu'un concessionnaire exclusif non soumis au contrôle et à la direction d'une société ne pouvait être considéré comme une succursale, une agence ou un établissement¹⁹.

43. Dans l'arrêt du 9 décembre 1987, Schotte²⁰, vous avez admis que l'article 5, point 5, était applicable à deux sociétés distinctes (l'une étant la société mère et l'autre sa filiale à 100 %) portant le même nom et ayant la même direction et dont l'une (la société mère) avait conclu des affaires pour le compte de l'autre, tout en n'étant pas une succursale ou une agence dépourvue d'autonomie par rapport à celle-ci.

15 — Voir points 7 et 8, troisième alinéa, de l'arrêt du 22 novembre 1978, Somafer (33/78, Rec. p. 2183).

16 — 14/76, Rec. p. 1497.

17 — Auxquelles vous avez assimilé l'établissement: *ibidem* point 21.

18 — Point 20.

19 — Voir également l'arrêt du 18 mars 1981, Blanckaert et Willems (139/80, Rec. p. 819, point 12).

20 — 218/86, Rec. p. 4905.

44. Il convient donc qu'une société se soit manifestée dans l'État de son siège comme le *prolongement commercial* d'une société établie dans un autre État contractant pour que cette dernière puisse être attraitée devant le for du siège de la première société, même si, du point de vue du droit des sociétés, les deux sociétés sont indépendantes l'une de l'autre.

45. Le lien de dépendance à l'égard de la société établie dans un autre État contractant n'est pas ici le critère déterminant. Ce critère réside, à notre avis, dans le fait que l'établissement secondaire a le pouvoir de négocier avec des tiers.

46. En effet, déjà, dans l'arrêt Blanckaert et Willems²¹, vous releviez que l'agent commercial indépendant ne réunit pas les caractéristiques d'une succursale, agence ou autre établissement au sens de l'article 5, point 5, notamment parce qu'il se borne à transmettre des commandes à la maison mère *sans participer ni à leur règlement ni à leur exécution*²².

47. Plus précisément encore, dans l'arrêt Somafer²³, vous avez jugé que

« ... la notion de succursale, d'agence ou de tout autre établissement implique un centre d'opérations qui se manifeste d'une façon durable vers l'extérieur comme le prolongement d'une maison mère, pourvu d'une direction et matériellement équipé *de façon à pouvoir négocier des affaires avec des tiers*, de telle façon que ceux-ci, tout en sachant qu'un lien de droit éventuel s'établira avec la

21 — Précité, voir références note 19.

22 — Point 13.

23 — Précité, voir références note 15.

maison mère dont le siège est à l'étranger, sont dispensés de s'adresser directement à celle-ci, et peuvent conclure des affaires au centre d'opérations qui en constitue le prolongement »²⁴.

48. Enfin, dans l'arrêt Schotte, précité, vous avez qualifié de succursale la société mère qui avait le pouvoir de conclure des affaires pour le compte de sa filiale.

49. L'article 13, paragraphe 2, qui, nous l'avons vu, permet d'attirer devant une juridiction d'un État contractant le cocontractant du consommateur qui n'est pas domicilié sur le territoire d'un État contractant comporte, nous l'avons dit, une exception à l'article 4. Il ne saurait être interprété plus largement que l'article 5, point 5, qui n'édicte, à l'intérieur du champ d'application territorial de la convention, qu'une exception à l'article 2.

50. Peut-on, dès lors, qualifier d'établissement, de succursale ou d'agence l'entité qui, tout en appartenant économiquement à une société ayant son siège dans un État tiers à la convention, ne dispose pas du pouvoir de conclure des marchés²⁵?

51. Ce pouvoir nous paraît être la condition sans laquelle il n'y a pas d'établissement secondaire au sens de l'article 13, deuxième alinéa.

52. En effet, la ratio legis de cet article repose sur l'existence d'un lien de rattachement tellement fort avec l'État du domicile

du consommateur qu'il justifie une exception à l'article 4 de la convention, rendue opposable à une personne domiciliée dans un État tiers²⁶.

53. C'est assez dire que la société domiciliée dans un État contractant, qui va servir de simple organe de transmission, de « boîte aux lettres », ne saurait « fixer » la compétence sur le territoire où elle est établie, alors que le contrat pour lequel elle a servi d'intermédiaire n'a pas été conclu par elle et a été exécuté dans un État tiers. Le centre de gravité du contrat ne saurait être localisé dans l'État contractant où il a peut-être été préparé, mais où il n'a pas été conclu. Seules les conditions de conclusion et d'exécution dans l'État tiers seront sources d'éventuels litiges entre les parties. Elles ne permettent pas de rattacher le litige au siège de la succursale.

54. Nous voyons une confirmation de ce point de vue dans l'article 8, dernier alinéa, de la convention. M. Jenard relève, en effet, que cette dérogation « ne s'applique toutefois qu'en faveur des succursales et agences, c'est-à-dire lorsque la société étrangère est représentée par une personne capable de l'engager envers les tiers »²⁷.

55. Nous ne voyons pas d'ailleurs comment il pourrait y avoir une « contestation relative à (l')exploitation » de la succursale si celle-ci n'a pas le pouvoir de conclure des contrats.

56. Vous l'avez précisé au point 13 de l'arrêt Somafer: il n'y a exploitation de la

24 — Point 12, souligné par nous.

25 — Voir libellé de la troisième question.

26 — Voir rapport Schlosser, précité, point 158.

27 — Rapport Jenard sur la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO 1979, C 59, p. 1, 31, souligné par nous).

succursale que si celle-ci a pris des engagements qui sont exécutés dans l'État où elle est établie. Cela suppose que la succursale ait le pouvoir de prendre de tels engagements. On ne peut pas localiser un litige au siège de la succursale lorsque l'objet de ce litige n'est pas dans « le rayon d'activité »²⁸ de celle-ci. Comme le note à juste titre Shearson Lehman, « si l'agence n'est intervenue qu'en tant qu'organe de transmission, rien que cette qualité suffit à exclure l'hypothèse de contestations relatives à l'exploitation »²⁹. Un simple intermédiaire n'a pas pu « déplacer » la compétence judiciaire au profit des tribunaux de son lieu d'établissement³⁰.

57. Nous en concluons que le centre d'opérations qui n'a pas le pouvoir de conclure un marché ne peut être qualifié de succursale, d'agence ou d'établissement au sens de l'article 13, deuxième alinéa, de la convention de Bruxelles. Les impératifs de protection du consommateur ne vont pas jusqu'à permettre à celui-ci d'attirer en pareil cas son cocontractant domicilié dans un État tiers devant les tribunaux de l'État signataire sur le territoire duquel il est domicilié et la succursale a son siège.

58. Enfin, à supposer même que le cocontractant du consommateur justifie de l'existence d'une succursale au sens de l'article 13, deuxième alinéa, nous demeurons en dehors du champ d'application de la convention lorsque cette succursale a son

siège dans l'État du domicile du consommateur. En effet, le litige, qui peut être international notamment quant à la loi applicable, ne l'est pas au sens de la convention, en l'absence de l'élément d'extranéité nécessaire qui suppose, en principe, dualité d'États.

59. Lorsque le cocontractant du consommateur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État contractant, mais possède une succursale, une agence ou tout autre établissement dans un État contractant autre que celui du domicile du consommateur, l'article 13, deuxième alinéa, est certainement applicable.

60. Par l'effet de cette disposition, le cocontractant du consommateur est considéré comme étant domicilié fictivement dans l'État contractant où sa succursale a son siège. Il y a là une sorte d'« attraction » du litige par la convention qui permet d'échapper à l'application de son article 4, premier alinéa. Au critère d'exclusion du champ d'application de la convention (le domicile dans un État tiers du cocontractant du consommateur) se substitue un élément de rattachement (le siège de la succursale dans un État signataire). On entre, dès lors, dans une situation internationale au sens de la convention, le litige concernant deux États contractants: celui du domicile du consommateur et celui du siège de la succursale du cocontractant du consommateur.

61. Mais, qu'en est-il lorsque la succursale et le consommateur ont l'une son siège, l'autre son domicile, dans le même État contractant?

28 — L'expression est de M. Huet: *JDI*, 1979, n° 3, p. 681 (note sous l'arrêt Somafer).

29 — Observations, p. 17 et 22 de la traduction française.

30 — Voir, en ce sens, Huet: *op. cit.*: « ... ne sont pas des succursales, les établissements secondaires — tels que les usines ou les dépôts — qui n'ont aucun contact juridique avec une clientèle... Ne le sont pas non plus ceux qui, tout en étant en rapport avec des tiers, représentent un simple relais de la maison mère et n'interviennent que comme un organe de transmission des demandes présentées par la clientèle à la maison mère, les affaires étant en réalité traitées par celle-ci ».

62. M. Jenard, dans son rapport sur la convention de Bruxelles, estime que, « s'agissant d'un procès porté devant les tribunaux d'un État contractant et ne concernant que des personnes domiciliées dans cet État, la convention ne joue en principe aucun rôle »³¹.

63. Certes, il pourrait être soutenu que c'est par l'effet de la convention elle-même et de la fiction prévue par l'article 13, deuxième alinéa, que le procès pourrait opposer deux parties domiciliées dans le même État contractant. Mais nous voyons précisément une limite à l'application de ce texte: lorsque la succursale et le consommateur sont domiciliés dans le même État contractant, le litige n'est plus « international » au sens de la convention de Bruxelles, et l'article 13, deuxième alinéa, ne peut, partant, recevoir application.

64. En effet, comme le relève M. Droz, « chaque fois que la convention fixera une compétence spéciale directe, par exemple, le tribunal du lieu où est domicilié le preneur d'assurance, il s'agira du cas où le défendeur est attiré devant les tribunaux d'un État *autre* que celui de son domicile »³².

65. La convention a, redisons-le, pour objet de déterminer la compétence des juridictions des États contractants *dans l'ordre international intracommunautaire*³³.

66. Nous pensons, en outre, qu'une disposition de la convention, tel l'article 13, deuxième alinéa, *opposable aux personnes*

domiciliées dans un État tiers à la convention, doit être interprétée restrictivement, s'agissant d'une situation que celle-ci n'a pas, en principe, vocation à régir.

67. L'article 14 conforte cette interprétation. Son premier alinéa permet, en effet, au consommateur d'intenter son action « soit devant les tribunaux de l'État contractant sur le territoire duquel est domicilié » le défendeur, « soit devant (ceux) de l'État contractant » de son propre domicile, ce qui implique bien dualité d'États.

68. Une autre confirmation nous paraît résulter de l'article 15. Ce texte précise, en effet, qu'il ne peut être dérogé aux dispositions de la section 4 que par des conventions:

« ...

3. qui, passées entre le consommateur et son cocontractant ayant, *au moment de la conclusion du contrat*, leur domicile ou leur résidence habituelle *dans un même État contractant*, attribuent compétence aux tribunaux de cet État sauf si la loi de celui-ci interdit de telles conventions »³⁴.

Cette disposition — à caractère dérogatoire, donc d'interprétation restrictive — semble bien signifier que l'application de la convention en cas d'unicité d'État contractant au moment où l'action en justice est intentée, donc contrairement aux termes de son préambule, n'a qu'un caractère exceptionnel.

31 — Rapport Jenard, précité, p. 8; voir, également, rapport Schlosser, précité, point 21.

32 — Droz: *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun*, Dalloz, 1972, point 30, souligné par nous.

33 — Préambule de la convention (JO 1990, C 189, p. 2).

34 — Souligné par nous.

69. La compétence doit donc, en pareille hypothèse, être réglée non par la convention mais par la *lex fori* de l'État contractant concerné, même si celle-ci ne confère pas au consommateur le bénéfice du *forum actoris*.

70. Nous en concluons que l'article 13, deuxième alinéa, de la convention n'est pas applicable lorsque la succursale de la société qui a son siège dans un État tiers est située sur le territoire du même État contractant que celui dans lequel le consommateur a son domicile.

71. Pour l'ensemble de ces raisons, une situation telle que celle du cas d'espèce ne relève pas, à notre avis, du champ d'application de la convention de Bruxelles.

72. C'est donc à titre subsidiaire que nous abordons les questions 1, 2 et 4 posées par le Bundesgerichtshof, la troisième, relative à la notion de succursale, ayant déjà fait l'objet de développements précédents.

73. Examinons la première question. Parmi les contrats énumérés à l'article 13, premier alinéa, seul est ici en cause celui du point 3, le « contrat ayant pour objet une fourniture de services », repris de l'article 5 de la convention sur les obligations contractuelles³⁵. Ce contrat n'est défini ni dans le texte des conventions ni dans les rapports qui les commentent.

74. La modification apportée par la convention d'adhésion de 1978 à la section 4, et à l'article 13 en particulier, de la convention de Bruxelles a eu pour but d'*élargir* la protection des consommateurs sans la

cantonner au domaine des ventes et prêts à tempérament. Ainsi, cet article, dans une formulation très compréhensive, énonce une catégorie résiduelle de contrats — « tout autre contrat ayant pour objet une fourniture de services ou d'objets mobiliers corporels » — sans distinguer à l'intérieur de celle-ci selon la nature du contrat³⁶.

75. Certes, l'article 5 de la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles³⁷, relatif aux contrats conclus par les consommateurs, s'applique aux contrats « ayant pour objet la fourniture d'objets mobiliers corporels ou de services à une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, ainsi qu'aux contrats destinés au financement d'une telle fourniture »³⁸, et, selon le rapport Giuliano-Lagarde³⁹, les ventes de titres sont exclues de cette règle⁴⁰.

76. Il n'en résulte pas pour autant, comme le soutient à tort Shearson Lehman⁴¹, que le contrat de commission, en vue de réaliser des opérations à terme sur les devises et les valeurs mobilières et des opérations à livrer, est exclu de la catégorie des contrats ayant pour objet une fourniture de services au sens de l'article 13. En effet, la convention de Rome connaît des exceptions à son champ d'application que la convention de Bruxelles ne connaît pas⁴². Au surplus, un tel contrat n'est pas à proprement parler une « vente de titres ».

36 — Sous réserve de l'exclusion des contrats de transport prévue au troisième alinéa de l'article 13.

37 — Ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980 (80/934/CEE) (JO L 266, p. 1).

38 — Article 5, premier alinéa, de la convention de Rome.

39 — Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles (JO 1980, C 282, p. 1).

40 — Ibidem, p. 23.

41 — Observations de la partie défenderesse au principal, p. 11 de la traduction française.

42 — Voir article 1^{er}, paragraphe 2, de la convention de Rome.

35 — Rapport Schlosser, précité, point 153.

77. La protection de l'article 13 ne saurait davantage être exclue au motif que le contrat porterait sur des opérations à terme sur les valeurs mobilières et des opérations à livrer « qui ont un caractère spéculatif et s'apparentent à des jeux de hasard, étrangers à l'idée de protection sociale »⁴³.

78. Comme le relève le professeur Schlosser, même si les spéculateurs en bourse ne sont pas le « prototype du consommateur digne de protection », il n'est pas concevable de restreindre le domaine de l'article 13 par des exclusions qu'il ne prévoit pas⁴⁴. Il nous paraît, en outre, périlleux de distinguer selon l'objectif recherché par le contractant: comment soutenir que le contrat de commission conclu pour gérer son patrimoine en bon père de famille entrerait dans le champ d'application de l'article 13 alors que celui passé à des fins purement spéculatives en serait exclu?

79. Il y a donc lieu de considérer que cette disposition vise également les contrats de commission portant sur la réalisation d'opérations à terme sur devises et valeurs mobilières⁴⁵.

80. Un tel contrat répond-il aux deux conditions cumulatives⁴⁶ de l'article 13, premier alinéa, point 3 a) et b)? Si le consommateur a sans conteste accompli dans l'État de son domicile les actes nécessaires à la conclusion du contrat, celui-ci a-t-il été précédé d'une publicité et cette dernière répond-elle aux conditions de la

convention? En particulier, faut-il qu'il existe un lien entre la publicité et la conclusion du contrat? Telle est la deuxième question qui vous est soumise.

81. Comme le note le rapport Schlosser⁴⁷, les contrats de fourniture de services ne peuvent relever de l'article 13 que « s'ils ont un rapport suffisamment étroit avec le domicile du consommateur ».

82. C'est ainsi que le contrat doit avoir été précédé dans l'État du domicile du consommateur d'une *publicité*.

83. La convention ne pose sur ce point aucune condition supplémentaire: il n'est pas exigé du consommateur qu'il *prouve* qu'il a été effectivement touché par la publicité ou qu'il y a un lien de cause à effet entre cette publicité et la conclusion du contrat.

84. Une telle exigence — outre qu'elle serait généralement impossible à satisfaire — nous paraît être contraire au but poursuivi par l'article 13: la protection du consommateur. Cette dernière doit être favorisée: les restrictions à l'application de ce texte doivent donc résulter des termes mêmes de la convention. La seule limitation concevable est de bon sens: la publicité ne nous paraît pas pouvoir être trop éloignée dans le temps de la conclusion du contrat qu'elle est censée avoir provoquée. Il s'agit là d'une appréciation ressortissant à la compétence du juge national.

85. Il s'ensuit que les conditions posées par l'article 13, premier alinéa, point 3, sous a),

43 — Observations de la société défenderesse au principal, p. 12 de la traduction française.

44 — P. Schlosser: « Sonderanknüpfungen von zwingendem Verbraucherschutzrecht und europäisches Prozeßrecht », *Festschrift für Ernst Steindorff*, 1990, p. 1383. Voir, également, jugement de l'OLG de Cologne du 16 mars 1989, *ZIP*, 13/89, p. 839.

45 — Voir, en ce sens, Kropholler: *op. cit.*, p. 151.

46 — Voir rapport Schlosser, précité, point 158 b.

47 — *Ibidem*, n° 158 b.

de la convention sont remplies dès lors que la conclusion du contrat dans l'État du domicile du consommateur a été précédée dans un délai raisonnable d'une publicité, sans que la preuve d'un lien de causalité entre celle-ci et la conclusion du contrat puisse être exigée⁴⁸. Cet article édicte, par conséquent, une sorte de présomption irréfragable de lien entre la parution de la publicité et la conclusion du contrat, dès lors que la première a précédé la seconde.

86. Abordons la question 4 a) relative à la notion de matière contractuelle.

87. L'expression « en matière de contrat » figurant à l'article 13 de la convention n'a jamais été soumise à votre examen. Vous avez, en revanche, interprété à plusieurs reprises la notion de « matière contractuelle » de l'article 5, point 1. Or, ici encore, rien ne nous paraît pouvoir justifier que ces deux dispositions puissent recouvrir deux réalités différentes. Les interprétations que vous avez données de la notion de matière contractuelle de l'article 5 nous paraissent, dès lors, devoir être prises en considération pour l'interprétation des dispositions analogues de l'article 13.

88. A propos de l'article 5, vous avez jugé, dans l'arrêt du 22 mars 1983, Peters⁴⁹, que

« ... la notion de matière contractuelle sert de critère pour délimiter le champ d'application d'une des règles de compétences spéciales ouvertes au demandeur. Compte tenu des objectifs et de l'économie générale de la Convention, il importe, en vue

d'assurer dans la mesure du possible l'égalité et l'uniformité des droits et obligations qui découlent de la Convention pour les États contractants et les personnes intéressées, de ne pas interpréter cette notion comme un simple renvoi au droit interne de l'un ou de l'autre des États concernés.

Dès lors ... il y a lieu de considérer la notion de matière contractuelle comme une notion autonome qu'il faut interpréter, pour l'application de la Convention, en se référant principalement au système et aux objectifs de ladite Convention, en vue d'assurer à celle-ci sa pleine efficacité »⁵⁰.

89. Dans l'affaire Arcado⁵¹, à la suite de la résiliation d'un contrat d'agence commerciale autonome par lequel la société Haviland avait confié à la société Agecobel la vente d'articles de porcelaine pour la Belgique et le Luxembourg, cette société avait assigné Haviland devant le tribunal de commerce de Bruxelles en paiement d'une indemnité pour résiliation abusive et d'un solde de commission. En appel, la société Haviland avait invoqué l'article 5, point 3, de la convention pour contester la compétence des tribunaux belges. Considérant que la demande de paiement des commissions avait un caractère contractuel, la cour d'appel s'est interrogée sur la nature de la demande d'indemnité pour rupture brutale et intempestive du contrat et vous a posé sur ce point une question préjudicielle.

90. Vous avez jugé que:

« Il ne fait aucun doute qu'une demande de paiement de commissions dues en vertu d'un

48 — Voir, en ce sens, Hartung: « Termineinwand bei Warentermingeschäften an Auslandsbörsen », ZIP, 27 septembre 1991, Heft 18, p. 1192.

49 — 34/82, Rec. p. 987.

50 — Points 9 et 10.

51 — Arrêt du 8 mars 1988 (9/87, Rec. p. 1539).

contrat d'agence commerciale autonome a pour fondement même ce contrat et relève par conséquent de la matière contractuelle au sens de l'article 5, point 1, de la convention.

l'inexécution est invoquée pour justifier la demande de dommages-intérêts ou de résolution du contrat de la part du concessionnaire »⁵⁵.

La même solution doit être retenue en ce qui concerne une demande de versement d'une indemnité compensatoire pour rupture abusive de ce même contrat, étant donné que cette indemnité trouve sa base dans le non-respect d'une obligation contractuelle »⁵².

93. L'action en dommages-intérêts pour violation de ses obligations contractuelles par un commissionnaire ne présente pas, à notre avis, de différence de nature avec celle pour rupture abusive — et donc pour non-respect d'obligations contractuelles — exercée par un concédant ou par le cocontractant d'un agent commercial: dans les deux cas, le droit à réparation trouve son fondement dans le contrat.

91. Vous vous êtes notamment appuyés sur l'article 10 de la convention de Rome:

94. La notion de matière contractuelle de l'article 13, premier alinéa, de la convention couvre-t-elle également les prétentions tirées de la violation du devoir de conseil au cours des négociations précontractuelles? Ces dernières suivent-elles le même sort que les demandes basées sur l'obligation contractuelle principale?

« (Cet article) vient confirmer la nature contractuelle d'une action judiciaire comme celle en cause en ce qu'il englobe dans le domaine de la loi applicable au contrat les conséquences de l'inexécution totale ou partielle des obligations qu'il engendre, et par conséquent la responsabilité contractuelle de la partie à laquelle l'inexécution est imputable »⁵³.

95. Au cours des négociations précontractuelles, leurs participants ne sont pas liés par des obligations qui trouvent leur fondement dans cet acte puisque précisément celui-ci n'existe pas encore et n'existera peut-être jamais. Il est généralement admis qu'ils ne sont tenus que d'une obligation réciproque d'agir avec soin et diligence⁵⁶.

92. Déjà, dans l'arrêt De Bloos⁵⁴, vous aviez jugé que

96. Certes, l'action en responsabilité née du non-respect de cette obligation ne peut en elle-même être qualifiée de contractuelle. La preuve en est qu'elle pourrait être mise en

« dans un litige portant sur les conséquences de la violation par le concédant d'un contrat de concession exclusive, telles que le paiement de dommages-intérêts ou la résolution du contrat, l'obligation à laquelle il faut se référer aux fins de l'application de l'article 5, 1°, de la Convention est celle qui découle du contrat à la charge du concédant et dont

52 — Points 12 et 13.

53 — Point 15.

54 — Précité, voir références note 16.

55 — Point 16.

56 — Voir observations de la société Shearson Lehman, p. 19 de la traduction française.

œuvre alors que le contrat n'a, finalement, pas été conclu.

97. Toutefois, dès lors qu'elle est jointe à une action en responsabilité contractuelle fondée sur le contrat auquel les négociations précontractuelles ont précisément permis d'aboutir, il apparaît qu'elle devient inséparable de celui-ci.

98. Enfin, la nature de l'action fondée sur l'enrichissement sans cause au regard de la convention de Bruxelles pose un problème délicat.

99. Dans l'arrêt du 27 septembre 1988, Kalfelis⁵⁷, vous avez été amenés à qualifier cette action.

100. Dans cette affaire, le requérant au principal avait conclu avec une banque située à Luxembourg, par l'intermédiaire de la filiale allemande de cette banque, des opérations boursières au comptant et à terme sur l'argent-métal. Les opérations à terme s'étant soldées par une perte totale, le requérant engageait une action en paiement contre la banque Schröder de Luxembourg et la filiale de celle-ci.

101. L'action reposait à la fois sur la responsabilité contractuelle (pour violation des obligations d'information) et sur la responsabilité délictuelle (pour comportement contraire aux bonnes mœurs). La demande était également fondée sur l'enrichissement sans cause, au motif que les contrats portant sur des opérations boursières à terme, telles les opérations à terme sur l'argent-métal, ne lient pas les parties.

57 — 189/87, Rec. p. 5565.

102. Interrogés sur l'interprétation à donner de la notion de « matière, délictuelle ou quasi délictuelle » utilisée par l'article 5, paragraphe 3, de la convention, vous avez jugé que

« (cette) notion ... doit être considérée comme une notion autonome comprenant toute demande qui vise à mettre en jeu la responsabilité d'un défendeur, et qui ne se rattache pas à la 'matière contractuelle' au sens de l'article 5, paragraphe 1 »⁵⁸,

incluant, par là même, dans la matière délictuelle, l'action fondée sur l'enrichissement sans cause.

103. Dans nos conclusions sur cette affaire, nous inspirant de votre arrêt Peters⁵⁹, nous vous avons suggéré une solution permettant, en cas de multiplication des chefs de compétence pour un même litige, de porter celui-ci devant un seul et même tribunal.

104. Qu'il nous soit permis d'en citer un bref passage. Après avoir rappelé les termes de cet arrêt, selon lesquels

« ... la désignation par l'article 5, premier alinéa, de la Convention du tribunal du lieu où une obligation contractuelle a été ou doit être exécutée, exprime le souci qu'en raison des liens étroits créés par un contrat entre les parties à ce contrat, l'ensemble des difficultés susceptibles de naître à l'occasion de l'exécution d'une obligation contractuelle puissent être portées devant un même tribunal: celui du lieu de cette exécution »⁶⁰,

58 — Point 18, souligné par nous.

59 — Précité, voir références note 49.

60 — Arrêt Peters, précité, point 12.

nous indiquions:

« Vous avez ainsi formulé les raisons qui militent en faveur d'une 'attraction' vers l'article 5, paragraphe 1, attraction qui doit s'étendre aux *fondements* de demandes, procéderaient-ils d'un délit ou de l'enrichissement sans cause selon la *lex causae*, dès lors que, comme en l'espèce, ils reposeraient 'pour l'essentiel sur l'inexécution d'obligations contractuelles'.

En d'autres termes, il conviendrait donc de considérer que, en présence de tels fondements concurrents, seul l'article 5, paragraphe 1, déterminerait la compétence du juge, la matière contractuelle 'canalisant' tous les aspects du litige »⁶¹.

105. La présente affaire nous conduit à vous présenter une même proposition tendant à la détermination d'un for unique.

106. Qui ne voit, en effet, que ce qui « fédère », « unit » les différentes demandes formées devant le juge a quo *est le contrat conclu par les parties*⁶².

107. Il en résulte qu'une demande, dès lors qu'elle constitue l'expression des difficultés susceptibles de naître à l'occasion de

l'exécution des obligations contractuelles, doit relever du champ d'application de l'article 5, paragraphe 1, de la convention.

108. Cette « centralisation » de la compétence, qui nous a paru nécessaire dans le cadre de la matière contractuelle visée à l'article 5, s'impose, à notre avis, encore bien davantage lorsqu'il s'agit de contrats passés par un consommateur à qui la multiplication des chefs de compétence pourrait porter, tout particulièrement, préjudice.

109. Le souci de favoriser la sécurité juridique et l'efficacité de la protection juridictionnelle sur l'ensemble des territoires formant la Communauté ne peut conduire qu'à appliquer à l'article 13, paragraphe 1, la solution que nous préconisons à propos de l'article 5, paragraphe 1.

110. Il s'ensuit, à notre avis, que la notion de matière contractuelle de l'article 13, premier alinéa, inclut une demande fondée sur la violation d'obligations contractuelles, sur la violation d'obligations précontractuelles et sur l'enrichissement sans cause nés à l'occasion d'un même contrat de commission.

111. La matière contractuelle de cet article canalisant *tous* les aspects du litige et les demandes présentant entre elles un lien de connexité tel qu'elles ne peuvent être jugées qu'ensemble conformément à votre jurisprudence Peters, la compétence du juge doit être déterminée par le seul article 14.

112. La dernière question relative à la connexité est donc sans objet.

61 — Points 27 et 29 (Rec. 1988, p. 5577).

62 — Voir, en ce sens, Kropholler: *op. cit.*, p. 100, « Denn für eine umfassende Zuständigkeit im Vertragsgerichtsstand spricht (im Unterschied zu der abgelehnten Erweiterung der deliktischen Zuständigkeit), daß in derartigen Fällen im allgemeinen das Vertragsverhältnis und nicht das Deliktsverhältnis prägend ist, so daß im Interesse der Prozeßökonomie liegende gemeinsame Behandlung aller Ansprüche in diesem Gerichtsstand nicht nur praktisch, sondern auch sachgerecht erschiene. »

113. Nous concluons donc à ce que vous disiez pour droit:

- « 1) N'est pas un consommateur au sens des articles 13 et 14 de la convention de Bruxelles l'auteur de l'action en justice, qui n'est pas personnellement partie à l'un des contrats énumérés à l'article 13, premier alinéa, de celle-ci.

- 2) Une société ayant son siège dans un État signataire de la convention de Bruxelles, qui appartient économiquement au cocontractant du consommateur, sans disposer du pouvoir de conclure des marchés, n'est pas une succursale, une agence ou un autre établissement au sens de l'article 13, deuxième alinéa, de cette convention.

- 3) L'article 13, deuxième alinéa, de la convention n'est pas applicable, faute d'élément d'extranéité, lorsque la succursale de la société qui a son siège dans un État tiers est située sur le territoire du même État contractant que celui dans lequel le consommateur a son domicile. »

Subsidiairement

- « 1) Un contrat de commission portant sur la réalisation d'opérations à terme sur les devises et sur les valeurs mobilières et d'opérations à livrer est un contrat ayant pour objet une fourniture de services au sens de l'article 13, premier alinéa, point 3, de la convention de Bruxelles.

- 2) Cette dernière disposition n'exige pas que soit rapportée la preuve d'un lien de causalité entre la publicité et la conclusion du contrat.

- 3) La notion de matière contractuelle de l'article 13, premier alinéa, inclut une demande fondée sur la violation des obligations contractuelles, des obligations précontractuelles et sur l'enrichissement sans cause nés à l'occasion de la conclusion d'un même contrat. »