

Bei der Bestimmung dieses engsten räumlichen Zusammenhangs spielt die Natur des in Frage stehenden obligatorischen Rechtsverhältnisses eine entscheidende Rolle. Handelt es sich um die Rechte und Pflichten des Alleinvertreters aus einem Agenturvertrag, der seiner Natur nach dem blossen Auftragsverhältnis näher steht als dem Dienstvertrag, so drängt sich jedenfalls in der Regel die Auffassung auf, dass diese natürlicherweise dem Recht des Ortes unterstellt sein sollen, an dem der Alleinvertreter wirkt (vgl. in diesem Sinne etwa BGE 60 II 323, Bl. Z. R. 24 Nr. 79 und 26 Nr. 54, NIEMEYERS Zeitschrift für internationales Recht 21 S. 71 SCHNITZER, Handbuch des internationalen Privatrechts, S. 304/305, sowie OSER-SCHÖNENBERGER, Komm. zum OR, 2. Aufl., Allgemeine Einleitung Nr. 128). So muss jedenfalls dann erkannt werden, wenn mit der Alleinvertretung jemand betraut wird, der schon vorher im Lande der Vertretung wohnte und geschäftlich tätig war. Das trifft hier allerdings bei dem einen der drei « solidarisichen » Alleinvertreter, nämlich bei Hans Schmuziger, nicht zu, vielmehr wohnt dieser noch heute in Zürich. Allein es liegt auf der Hand, dass die Haupttätigkeit durch diejenigen Vertreter ausgeübt wird, die im Lande der Vertretertätigkeit wohnen, und sie können daher auch allein für die Frage der Rechtsanwendung in Betracht fallen. Auf die Nationalität der Vertreter kann nichts ankommen; übrigens ist der Kläger und Widerbeklagte ja nicht Schweizer, sondern Reichsdeutscher. Es liegen somit keine besondern Verhältnisse vor, die geeignet wären, ein Abweichen von der fest verankerten Regel zu begründen. Dass die Parteien sich im Prozess übereinstimmend auf schweizerisches Recht berufen haben, ist nach der nunmehr feststehenden neuesten bundesgerichtlichen Praxis nicht von ausschlaggebender Bedeutung.

Die Rechte und Pflichten des Generalagenten bestimmen sich mithin im vorliegenden Falle nach brasilianischem Recht.

2. — Folgerichtig müsste die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen werden, damit diese das richtige Recht anwende. Allein es ist ohne weiteres anzunehmen, dass die Vorinstanz anstatt des ihr sicher nicht bekannten, von den Parteien ja nicht einmal angerufenen brasilianischen Rechts schweizerisches Recht als Ersatzrecht anwenden würde. Sie würde also ohne weiteres wiederum zum nämlichen Ergebnis gelangen, zu dem sie schon in ihrem Urteil vom 1. Juni 1939 gelangt ist. Von einer Rückweisung kann daher Umgang genommen werden.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Auf die Hauptberufung wird nicht eingetreten, womit die Anschlussberufung dahinfällt (Art. 70 Abs. 2 OG).

**35. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 22 novembre 1939
dans la cause Noba S. A. contre A.-G. für Chemische Produkte.**

Calcul du dommage en cas de demeure de l'acheteur en matière commerciale. Art. 214 et 215 CO.

Schadensberechnung im Falle des Verzugs des Käufers beim Handelskauf. Art. 214 und 215 OR.

Calcolo del danno nel caso di mora del compratore in materia commerciale. Art. 214 e 215 CO.

Résumé des faits :

L'A.-G. für Chemische Produkte et la Noba S. A. ont passé en octobre 1932 un contrat de vente par lequel cette dernière s'obligeait à prendre livraison de 5000 tonnes de bitume que lui fournissait la première. Il était prévu que les livraisons s'échelonnaient sur un espace de 8 mois environ, suivant un programme que la Noba s'engageait à établir et à remettre à son cocontractant dans le courant du mois de novembre de la même année.

Après avoir plusieurs fois sommé Noba S. A. de lui envoyer ce programme, l'A.-G. für Chemische Produkte finit par lui fixer un délai au 12 juin 1933 pour demander

la livraison de la marchandise, faute de quoi elle se réservait, disait-elle, « de prendre à son choix toutes mesures prévues par le Code fédéral des obligations pour la dédommager des conséquences de la non-exécution des obligations qui lui incombait ». Noba ne s'étant pas exécutée dans le délai fixé, l'A.-G. für Chemische Produkte lui écrivit, le 13 juin, qu'elle renonçait à lui demander de prendre livraison des marchandises, mais entendait lui réclamer la réparation intégrale du préjudice subi, et le 10 août suivant elle l'assigna en paiement de 264 659 fr. 40, somme correspondant à la différence entre le prix du contrat et le prix auquel elle-même se procurait la marchandise en question.

Noba S. A. a conclu à libération en contestant notamment le préjudice invoqué.

Par arrêt du 27 juin 1939, la Cour de Justice civile de Genève, réformant le jugement du Tribunal de première instance qui avait débouté la demanderesse de ses conclusions, a admis la demande à concurrence de 44 466 fr. 59, somme à laquelle elle a évalué le bénéfice dont la demanderesse s'était trouvée frustrée du fait de l'inexécution du contrat.

La défenderesse a recouru en réforme, en se bornant alors à discuter la question du dommage.

Le Tribunal fédéral a confirmé l'arrêt de la Cour de Justice civile.

Extrait des motifs :

2. — Le litige ne porte plus actuellement que sur la question de savoir quel est le préjudice dont la demanderesse est en droit de faire état et de quelle façon le calculer.

La thèse de la défenderesse consiste en résumé à prétendre que le seul dommage dont la demanderesse pourrait demander la réparation est celui qui ressortirait de la comparaison du prix de vente avec celui auquel elle aurait revendu de bonne foi le bitume qui faisait l'objet

du contrat, et que, la preuve de cette vente n'ayant pas été rapportée, celle du dommage n'avait pas été rapportée non plus. En tout cas, soutient encore la défenderesse, il ne saurait être question d'évaluer le dommage, comme le fait la demanderesse, à la différence entre le prix du contrat et le prix de revient, car un tel mode de calcul, si on le généralisait, permettrait au vendeur qui conserve la libre disposition de la marchandise de réaliser une seconde fois son bénéfice sur le même objet.

L'une et l'autre de ces propositions sont également inacceptables.

S'il n'est pas douteux que, s'agissant d'une vente commerciale au sens de l'art. 215 CO (le bitume acheté par la défenderesse étant effectivement destiné à être revendu) et la demeure de la défenderesse entraînant d'autre part les mêmes effets juridiques que celle où elle se serait trouvée relativement au paiement du prix (cf. RO 49 II p. 32), la demanderesse eût été parfaitement en droit de revendre le bitume et de se faire indemniser de la différence de prix des deux marchés, rien cependant ne l'y obligeait. Comme la Cour de Justice l'a déjà relevé, il est de jurisprudence constante en effet que l'art. 215 ne fait aucune obligation au vendeur, même en matière commerciale, de revendre l'objet de la vente en cas de demeure de l'acheteur, pas plus du reste que l'art. 191 n'oblige l'acheteur à se remplacer en cas de demeure du vendeur. Il s'agit là simplement d'un droit dont il est libre d'user ou non et dont le non-exercice ne le prive aucunement de la faculté de faire état de son dommage, selon les principes posés aux art. 107 et suiv. CO, combinés éventuellement avec les art. 42 et 43 du même code (RO 43 II 179/180 et 221 ; 49 II 33 et suiv.). Aussi bien pourra-t-il se faire que le vendeur ne trouve pas l'occasion de revendre, lorsque, par exemple, la vente porte sur un objet peu recherché, et il serait évidemment injuste qu'il ne puisse pas alors se faire indemniser du dommage qui résulte pour lui de l'inexécution du contrat.

Il est exact, d'autre part, qu'on peut discuter la question de savoir si le créancier qui se prévaut de la demeure du débiteur pour réclamer des dommages-intérêts en raison de l'inexécution du contrat est autorisé ou non, en principe, à refuser d'effectuer sa propre prestation (cf. RO 54 II 312 et suiv.). Quoi qu'il en soit au regard des art. 107 et suiv. CO, un point paraît en tout cas acquis, c'est qu'il est dispensé de cette obligation en matière de vente commerciale. Cette solution ne fait aucun doute, tout d'abord, dans les cas prévus aux art. 191 al. 2 et 3 et 215 al. 1 et 2, puisque ces dispositions autorisent formellement la partie dont le contractant est en demeure à mesurer son préjudice d'après la *différence* entre le prix contractuel et le prix auquel, s'il s'agit de l'acheteur, ce dernier s'est remplacé ou, s'il s'agit du vendeur, celui auquel il a de bonne foi revendu la marchandise, et même, lorsqu'il s'agit d'une marchandise ayant un prix courant ou cotée en bourse, à calculer le dommage d'une manière « abstraite », par la simple comparaison du prix du contrat avec le prix courant ou le cours de la marchandise en bourse. Mais elle est également consacrée par les dispositions des art. 190 et 214. En effet, aux termes de ces dispositions, il est loisible à l'acheteur de « renoncer à la livraison » (art. 191) et au vendeur (dans l'hypothèse du moins où le prix doit être payé avant la livraison) de « se départir du contrat » (art. 214), sans perdre pour autant le droit de réclamer des dommages-intérêts pour cause d'inexécution, ce qui revient à dire qu'au lieu de devoir continuer d'offrir leurs prestations, l'acheteur et le vendeur (ce dernier dans la même hypothèse) peuvent se refuser à l'effectuer et se contenter alors d'en imputer la valeur sur le montant du dommage. Il n'y a ainsi aucune raison de limiter l'application de la théorie dite de la différence (*Differenztheorie*) aux cas envisagés aux art. 191 al. 2 et 3 et 215, d'autant moins d'ailleurs que, d'une part, comme on l'a déjà dit, les modes de calcul qu'ils prévoient n'ont rien d'obliga-

toire, et que, d'autre part, ils trouvent sans doute leur justification dans l'idée que soit le prix que paye l'acheteur qui se remplace, soit celui qu'encaisse le vendeur qui revend la chose à un tiers, soit enfin le prix courant de la marchandise ou le cours coté en bourse sont réputés correspondre à la valeur de la prestation du créancier.

Il est indiscutable que l'application de la *Differenztheorie* peut avoir pour résultat, dans certains cas, de permettre au vendeur de réaliser une seconde fois son bénéfice sur la même marchandise, puisque, n'étant pas obligé de la tenir à la disposition de l'acheteur, il est libre de la revendre une seconde fois. Mais, contrairement à ce que soutient la défenderesse, il n'y a rien de choquant à cela, lors du moins que la vente porte sur une marchandise que le vendeur possède déjà en quantités suffisantes pour satisfaire à la fois à ses obligations envers l'acheteur et à celles qui résulteraient de marchés passés simultanément avec d'autres acheteurs. On ne voit pas pourquoi, en pareil cas, le fait que, grâce à un second marché, il aurait réussi à réaliser quand même son bénéfice sur la marchandise devrait le priver du droit de se faire indemniser de la perte que lui a occasionnée l'inexécution du premier contrat. Aussi bien faut-il présumer, dans l'hypothèse où l'on se place, que le contrat passé avec l'acheteur en demeure ne l'eût pas empêché d'en passer d'autres avec d'autres amateurs, de sorte que le bénéfice non réalisé sur le premier représente bel et bien un bénéfice définitivement perdu, c'est-à-dire une perte que ne compense pas la vente ultérieure de la même marchandise. C'est d'ailleurs ce qui se produit lorsque la vente porte sur une chose ayant un prix courant ou cotée en bourse. En pareil cas aussi, le vendeur touchera deux fois son bénéfice : une première fois sous la forme des dommages-intérêts payés par l'acheteur et une seconde fois lors de la vente au nouvel acquéreur. Bien entendu, il appartiendra toujours à l'acheteur, dans le cas de la vente d'une marchandise n'ayant pas de prix courant ou

non cotée en bourse, de mettre en doute la possibilité pour le vendeur de réaliser simultanément son bénéfice sur les deux marchés, comme aussi, d'une façon générale, de discuter la manière dont il établit son prix de revient. Il va de soi également que ces considérations ne se rapportent qu'au cas où l'inexécution du contrat a réellement privé le vendeur du bénéfice qu'il comptait en retirer. Elles perdent donc toute valeur s'il peut être prouvé qu'au lieu de le priver de ce bénéfice, l'inexécution du contrat lui a au contraire permis de tirer de la même marchandise un bénéfice supérieur à celui que lui aurait rapporté le premier marché, du fait, par exemple, d'une hausse des prix survenue depuis la conclusion du contrat. Il appartiendrait alors évidemment à l'acheteur de prouver que c'est en raison uniquement de l'inexécution du contrat que le vendeur a pu profiter de cette hausse et d'imputer la différence de prix sur le montant du dommage allégué. Mais cela suppose en réalité que le vendeur ne possédait qu'une quantité limitée de la marchandise, insuffisante pour lui permettre de satisfaire simultanément aux obligations découlant des deux contrats, de sorte aussi qu'on se trouverait alors en dehors de l'hypothèse envisagée ci-dessus. Or en l'espèce il n'a pas été prouvé ni même allégué que la demanderesse aurait pu revendre la marchandise avec un bénéfice supérieur à celui qu'elle aurait retiré du marché conclu avec la défenderesse. Comme, d'autre part, il ressort de l'arrêt attaqué — constatation qui lie le Tribunal fédéral — qu'elle était en mesure de se procurer du bitume, d'une façon illimitée, aux mêmes conditions que celui qui faisait l'objet du contrat litigieux, et qu'enfin la résiliation du contrat intervenu entre elle et la Derunapht (son propre fournisseur) ne l'empêchait pas de tenir ses engagements envers la défenderesse, on doit nécessairement admettre que la demande était fondée en principe.

La demanderesse a évalué son préjudice à la différence entre son prix de revient, qui équivaut en l'espèce au

prix auquel elle-même se procurait le bitume, et le prix du contrat conclu avec la défenderesse. Il résulte de ce qui précède qu'en principe il n'y a rien à objecter à ce mode de calcul.

Vgl. auch Nr. 20, 42. — Voir aussi nos 20, 42.

V. PROZESSRECHT

PROCÉDURE

36. Urteil der II. Zivilabteilung vom 19. Mai 1939

i. S. Geiger gegen Geiger-Melocchi.

Eine zwischen schweizerischen Ehegatten an ihrem italienischen Wohnsitz anhängige *Trennungsklage* vermag gegenüber der am schweizerischen Heimort erhobenen *Scheidungsklage* die Einrede der Rechtshängigkeit nicht zu begründen (Art. 2 und 8 des Abkommens zwischen der Schweiz und Italien über die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen, vom 3. Januar 1933; Art. 7 g und i NAG).

Lorsque le juge italien est saisi d'une demande en *séparation* d'époux suisses domiciliés en Italie et que l'un des époux porte une demande en *divorce* devant le juge suisse, l'autre ne saurait exciper de la litispendance (art. 2 et 8 de la Convention entre la Suisse et l'Italie sur la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires, du 3 janvier 1933; art. 7 g et i LRDC).

Se davanti al giudice italiano è pendente un'azione di *separazione* tra coniugi svizzeri domiciliati in Italia e uno dei coniugi promuove azione di *divorzio* davanti al giudice svizzero, l'altro coniuge non può opporre l'eccezione di pendenza di lite (art. 2 e 8 della Convenzione tra la Svizzera e l'Italia circa il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie, del 3 gennaio 1933; art. 7 g ed art. 7 i legge fed. sui rapporti di diritto civile dei domiciliati e dimoranti).

Die Eheleute Paul Geiger, gebürtig von Wigoltingen (Thurgau), und Angelina geb. Melocchi, vor der Ehe