

Termin versprechen lassen. Besteres wäre ein Umweg, dessen Einschlagung die vorliegenden Usanzen dem Käufer offenbar nicht zumuten wollten; ersteres aber wäre bei Distanzgeschäften in Seide für den Verkäufer derart oneros, daß es, wie die Vorinstanz feststellt, im Seidenhandel so gut wie nie vorkommt.

Aber auch wenn das Versprechen der Lieferung auf einen bestimmten Tag im Seidenhandel vorkäme, so wäre nicht einzusehen, warum gerade bei einem solchen Versprechen die Respekttage ausgeschlossen sein sollten, während sie beim Versprechen der Lieferung bis zu einem bestimmten Tage gewährt würden; denn im letztern Falle kann sich der Verkäufer, da er ja auch einige Tage vor Ablauf der Frist liefern darf, doch zum mindesten ebensogut, wenn nicht noch leichter, darauf einrichten, die Lieferungsfrist genau einzuhalten, als in dem Falle, wo sich der Käufer jede frühere Lieferung verbeten hat. Darum hat denn auch das Gesetz (in Art. 128 OR) die Leistung zu einer bestimmten Zeit und diejenige bis zu einer bestimmten Zeit gleich behandelt.

Kann somit die Beantwortung der Frage, ob im einzelnen Falle Respekttage stattfinden, nicht davon abhängen, ob Lieferung an einem bestimmten Tage oder aber Lieferung bis zu einem bestimmten Tage vereinbart wurde, so ist es dagegen mit dem Wortlaut der fraglichen Bestimmung sowohl als mit den Bedürfnissen des kaufmännischen Verkehrs durchaus in Einklang zu bringen, wenn angenommen wird, es habe die Gewährung oder Nichtgewährung von Respekttagen von der mehr oder minder präzisen Bezeichnung des Lieferungsstermines abhängig gemacht werden wollen. Nun war es bei Festsetzung der Usanzen gewiß nahelegend, ein sogenanntes Respiro in denjenigen Fällen zu gewähren, wo über die Berechnung der Lieferfrist Zweifel entstehen können, ein solches Respiro aber nicht zu gewähren, wo jeder Zweifel ausgeschlossen ist. Abgesehen davon fällt in Betracht, daß sich in der mehr oder minder genauen Bezeichnung eines Termins in der Regel das mehr oder minder große Interesse des Gläubigers an der Einhaltung dieses Termins, sowie die mehr oder minder große Leichtigkeit für den Schuldner, innerhalb dieses Termins zu leisten, dokumentieren wird. Es war daher auch aus diesem Grunde nahelegend, Respekttage nur in den Fällen zu gewähren, wo der Endpunkt der Lieferfrist weniger genau bezeichnet wurde.

6. All diese Erwägungen führen dazu, mit der Vorinstanz den § 28 Abs. 3 der vorliegenden Usanzen in dem Sinne zu interpretieren, daß eine Überschreitung des Lieferstermins um 5 Tage dann toleriert werden sollte, wenn dieser Termin in weniger bestimmter Weise bezeichnet wurde (z. B. „Lieferung Ende des Monats“, „in der ersten Hälfte des Monats August“, „nächste Woche“, usw.), daß aber eine Überschreitung der Lieferfrist ausgeschlossen sein sollte, wenn als Endpunkt derselben ein ganz bestimmter Tag angegeben wurde, z. B. durch Gebrauch des Ausdrucks „Lieferung bis spätestens nächsten Dienstag“, oder, wie in casu, mit den Worten „bis 15. Dezember“. Darnach war aber im vorliegenden Falle die Beklagte berechtigt, am 16. Dezember, abends, wie sie es getan hat (da der 15. ein Sonntag war), vom Vertrage zurückzutreten.

Die Klage ist somit von der Vorinstanz mit Recht abgewiesen worden.

Dennach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 22. Mai 1908 bestätigt.

76. Arrêt du 31 octobre 1908

dans la cause **Maschinenfabrik Union, dem. et rec.**,
contre **Keller & C^o, déf. et int.**

Commission sur vente. — Droit applicable (Contrat conclu en Allemagne; lieu de l'exécution. Reconnaissance tacite de l'applicabilité du droit suisse par les parties.) Application principale et erronée, par l'instance cantonale, du droit suisse, et application subsidiaire du droit étranger; sort du recours en réforme. Art. 79 al. 2 OJF.

A. — Keller & C^o, négociants à Zurich, sont au bénéfice d'un contrat daté de Leipzig le 20 juin 1903 conclu avec la Maschinenfabrik Union, établie dans cette ville, aux termes duquel:

a) Keller & C^o acceptent la représentation exclusive de la société allemande pour la Suisse et l'Italie;

b) la Maschinenfabrik s'engage à bonifier à Keller & C^{ie} « pour toutes les affaires provenant de leur rayon et directement ou indirectement conclues, une commission de vente de 15 % qui leur sera portée en compte tous les trimestres ».

Keller & C^{ie} ont procuré à la société allemande un certain nombre d'affaires, sur lesquelles le montant de leurs commissions calculées à raison de 15 % ascende, suivant compte arrêté au 15 septembre 1905, puis rectifié, à la somme de 6446 fr. 33.

Pour être payés de cette somme Keller & C^{ie} ont fait pratiquer à Genève un séquestre des sommes dues à la Maschinenfabrik par un sieur Reyboubet; puis ils ont entamé des poursuites contre la société débitrice. Celle-ci a fait opposition aux commandements de payer N^{os} 6804 et 72211 qui lui ont été notifiés.

B. — La Maschinenfabrik n'a, en fait, pas contesté, quant aux chiffres, l'exactitude du compte présenté par Keller & C^{ie}. Elle a reconnu devoir 2072 fr. 90, mais a contesté le surplus, soutenant n'être tenue de payer la commission stipulée que sur le montant encaissé par elle des affaires apportées par Keller & C^{ie}. Ceux-ci prétendaient, au contraire, que la commission de 15 % leur était due sur toute affaire conclue par leur intermédiaire entre un client et la Maschinenfabrik, et ils avaient établi leur compte en conséquence.

C. — Après une procédure par défaut sans intérêt, les parties ont conclu comme suit à l'audience du Tribunal de première instance de Genève du 11 novembre 1907:

Les demandeurs Keller & C^{ie}, à ce qu'il plaise au Tribunal:

« Condamner la société défenderesse en liquidation à leur payer la somme de 6446 fr. 46 avec intérêts de droit, sous imputation des sommes encaissées. . . »

La Maschinenfabrik Union, partie défenderesse, à ce qu'il plaise au Tribunal:

« Mettre le jugement par défaut du 17 décembre 1906 à néant, sauf en ce qui concerne la somme de 461 fr. 10 laquelle a été adjugée à Keller & C^{ie} par deux jugements par défaut;

» Dire que la somme de 60 fr. 50 perçue par le fisc sur le montant de la condamnation par défaut du 17 décembre qui sera annulée, n'est pas due par la défenderesse;

» Donner acte à la défenderesse de ce qu'elle reconnaît devoir à Keller & C^{ie} pour tout compte à ce jour la somme de 2072 fr. 59 dans laquelle est comprise celle de 461 fr. 10;

» Dire toutefois que cette somme est payée à concurrence de 1998 fr. 30 par le montant des encaissements faits par Keller & C^{ie} à l'office des poursuites, ensuite du séquestre en mains de Reyboubet;

» Dire que la commission sur l'affaire Reyboubet n'est pas encore exigible;

» Fixer en conséquence le reliquat dû à ce jour à la somme de 74 fr. 29.

» Très subsidiairement, acheminer la défenderesse à prouver par témoins:

» 1. Qu'elle n'a encore encaissé aucune somme du sieur Reyboubet par suite des séquestres faits entre ses mains par Keller & C^{ie};

» 2. Que la maison Scheurecker & Valini s'est dissoute, que Scheurecker a repris la suite des affaires, qu'il n'a pas payé un centime sur les machines qui lui avaient été vendues et qu'enfin la Maschinenfabrik a dû les reprendre;

» 3. Que sieur Baum à Neuchâtel a fait faillite avant d'avoir rien payé, que sa faillite est désastreuse;

» Pour, sur le vu des enquêtes, être prises telles conclusions que de droit. »

D. — Par jugement du 9 décembre 1907, le Tribunal de première instance a:

I. Constaté que Keller & C^{ie} sont créanciers de la société défenderesse pour solde de commissions, compte arrêté au 15 septembre 1905, d'une somme totale de 6446 fr. 33;

II. Constaté que les demandeurs ont titre exécutoire en ce qui concerne la somme de 461 fr. 10;

III. Condamné en conséquence la société défenderesse à payer aux demandeurs pour solde de compte, avec intérêts

de droits, la somme de 5985 fr. 23, sous déduction de celle de 1998 fr. 30 encaissée de l'office des poursuites.

Le Tribunal a déclaré expressément qu'en ce qui concerne les commissions refusées: « le système soutenu par la société défenderesse ne peut être admis en présence soit des termes du contrat, soit de la jurisprudence du Tribunal fédéral » ; cette jurisprudence, dit le jugement, part du principe que lorsque rien, dans la convention, n'impose au représentant une obligation quelconque touchant l'exécution de la commande ou le paiement des factures, la provision est due dès la conclusion du contrat, l'activité du représentant se terminant là.

E. — En appel, la société défenderesse a présenté un compte complété et a conclu à ce qu'il plaise à la Cour civile :

« Dire et prononcer que le contrat de représentation existant entre parties est régi par la loi allemande ;

» que par conséquent, il n'est dû de provision que sur les affaires conclues et réalisées définitivement ;

» dire, dès lors, que Keller & C^{ie} n'ont droit à aucune provision sur les affaires Baum, Scheurecker & Valini, Walder, Appenzeller & fils et Reyboubet ;

» dire que Keller & C^{ie} sont débiteurs de l'appelante de la somme de 92 fr. 09 ; les condamner à lui payer la somme ci-dessus avec intérêts de droit.... »

Par arrêt du 20 juin 1908, la Cour de justice civile de Genève a :

Déclaré non recevables les conclusions de la société appelante tendant au paiement par Keller & C^{ie} d'une somme de 92 fr. 09 ;

Admis l'appel à la forme, pour le surplus ;

Confirmé le jugement rendu en la cause par le Tribunal de première instance le 9 décembre 1907 ;

Débouté les parties de toutes autres et contraires conclusions.

La Cour déclare en premier lieu que la demande reconventionnelle au paiement de 92 fr. 09 est irrecevable comme n'ayant pas été soumise aux premiers juges ; puis, elle cons-

tate que le seul grief adressé au jugement est que le tribunal a fait application du droit fédéral au lieu du droit allemand, qui disposerait que la commission n'est acquise à l'intermédiaire qu'en proportion des paiements faits sur l'affaire conclue par son entremise. Ce grief, dit l'arrêt, n'est pas fondé : Le Tribunal a, avant tout, assis son jugement sur le contrat qui stipule la commission pour toute affaire faite par les demandeurs ; il suffit à cet égard de s'en référer aux motifs du jugement vu que, « quelle que soit la législation applicable, la commission est due en vertu de la convention des parties ».

— « Au surplus, ajoute l'arrêt, l'art. 88 Code de commerce allemand dispose seulement que, en cas de doute, le droit à la commission n'est acquis que proportionnellement au paiement effectué. En l'espèce, la convention des parties est claire et nette et il n'y a pas de doute sur l'intention des parties. »

— « Enfin, la Cour estime que c'est avec raison que le Tribunal a fait, en l'espèce, application du droit fédéral et de la jurisprudence du Tribunal fédéral » ; elle donne à l'appui de cette manière de voir divers arguments qui seront, pour autant que de besoin, indiqués dans les considérants de droit ci-après.

F. — C'est contre ce prononcé que, en temps utile, la Maschinenfabrik Union a déclaré recourir en réforme au Tribunal fédéral. Elle a conclu à ce qu'il plaise à la Cour :

« Déclarer son appel recevable ; annuler les arrêt et » jugement cantonaux et statuant à nouveau :

» Dire que Keller & C^{ie} sont débiteurs de la recourante » de la somme de 92 fr. 09, la condamner à lui payer cette » somme avec intérêts de droit et dépens des instances can- » tonales ;

» Les débouter de leurs conclusions et notamment de leur » demande en paiement de la somme de 5985 fr. 23 même » réduite de la somme de 1998 fr. 30 qu'ils ont reçue de » l'office des poursuites de Genève ;

» Les condamner à telle indemnité que de droit à titre » de dépens devant l'instance fédérale ;

» Subsidiairement : dire que les rapports de droit créés

- » entre les parties par le contrat de représentation conclu
- » à Francfort s/M. sont régis par le droit allemand ;
 - » Casser et annuler les jugements cantonaux ;
 - » Renvoyer la cause devant la dernière instance cantonale
- » pour être jugée à nouveau. »

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1. — La Cour cantonale a, dans l'arrêt dont est recours, fait application du droit fédéral et a déclaré « au surplus » que le droit allemand conduisait à la même solution. La société défenderesse a recouru en réforme au Tribunal fédéral contre cet arrêt en reprenant ses conclusions d'appel et en concluant subsidiairement à l'application du droit allemand. Le Tribunal fédéral doit, dans ces conditions, comme du reste déjà d'office, entrer en matière sur le recours pour examiner quel est le droit applicable.

2. — Le contrat conclu entre parties, daté de Leipzig-Stötteritz le 20 juin 1903, a été signé en Allemagne. Il constitue un contrat bilatéral, par lequel les défendeurs s'obligent à représenter la défenderesse, c'est-à-dire à placer ses machines en Suisse et en Italie, tandis que la société allemande s'oblige à payer à ses co-contractants certaines commissions. La question en litige est de savoir quelles sont les affaires sur lesquelles les représentants ont droit à la commission convenue, c'est-à-dire une question concernant l'exécution du contrat.

S'il est vrai que le Tribunal fédéral a jugé (RO 21 630 et 21 191) que la question de validité d'un contrat est soumise à la loi du lieu où le contrat a été conclu, il a aussi toujours dit que l'exécution d'un contrat doit être réglée par la loi que les parties contractantes ont, au moment de la conclusion du contrat, jugée applicable ou dû considérer comme applicable, vu les circonstances (RO 20 77 et loc. cit.). C'est donc cette loi-là qu'il s'agit de déterminer en l'espèce.

3. — La Cour cantonale a prétendu tirer une reconnaissance, par la défenderesse, de l'applicabilité du droit fédéral, du fait qu'elle n'aurait pas invoqué le droit allemand devant le Tribunal de première instance. Cet argument est

sans valeur : en effet, si l'on peut admettre que, lorsque les deux parties ont expressément invoqué le droit fédéral, elles ont implicitement reconnu son applicabilité (RO 23 755 cons. 2), il n'en résulte pas que lorsque une partie n'a invoqué aucune loi elle doit être supposée avoir reconnu l'applicabilité du droit fédéral. Tel pourrait, peut-être, être le cas, s'il était établi que le Tribunal de première instance de Genève n'est pas compétent pour appliquer le droit étranger ; ce qui n'est pas.

C'est à tort également que la Cour cantonale a prétendu tirer une inférence, quant à la loi applicable, du fait que le litige a été porté devant les tribunaux genevois. En effet, le for de Genève dans un différend entre une société dont le siège est à Leipzig et une maison établie à Zurich est un for exceptionnel ; il résulte du fait, purement fortuit, du séquestre opéré à Genève d'une somme due à la défenderesse. On ne pourrait, ici encore, admettre un accord tacite des parties sur l'applicabilité de la loi du for que si la société allemande avait admis que le litige soit porté devant un tribunal incompétent pour appliquer le droit étranger (RO 28 II 68). L'argument qu'on prétend tirer du for pourrait être retourné contre les demandeurs, en considérant que, dans le cas où le procès se serait présenté normalement, ils auraient dû faire valoir leurs prétentions en Allemagne, ce qui, suivant le raisonnement admis par la Cour cantonale, aurait entraîné l'applicabilité non du droit suisse mais du droit allemand.

4. — C'est, en revanche, avec raison et conformément à la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, que, s'agissant de l'exécution d'une obligation, l'arrêt dont est recours a déclaré qu'il y avait lieu d'appliquer la loi du lieu d'exécution de l'obligation. Cette règle est dictée par cette considération, qu'en contractant, le débiteur doit être supposé vouloir s'obliger d'après une loi qu'il connaît et s'en remettre à elle pour fixer l'étendue de ses engagements.

Le système a, il est vrai, pour conséquence logique que, dans un contrat bilatéral, où les deux parties sont obligées, il pourra y avoir des fors différents suivant qu'il s'agit de

l'exécution des obligations assumées par l'une ou l'autre des parties ; mais cet inconvénient est plus théorique que pratique.

En l'espèce le différend porte sur l'exécution de l'obligation du paiement d'une commission, assumée par la société défenderesse. Cette société a son siège à Leipzig, c'est normalement en Allemagne et devant les tribunaux allemands que les demandeurs auraient dû faire valoir leur prétention et réclamer l'exécution de l'obligation dont ils se disent créanciers. D'où il résulte qu'au moment de la conclusion du contrat les parties doivent avoir considéré le droit allemand comme devant régir les obligations assumées par la société défenderesse.

5. — Le présent litige relevant uniquement du droit allemand et ayant à tort été jugé principalement d'après le droit suisse, le Tribunal fédéral devrait annuler l'arrêt dont est recours et renvoyer la cause au Tribunal cantonal pour qu'il statue à nouveau (art. 79 al. 2 OJF). Mais la Cour de justice civile de Genève a subsidiairement examiné le litige au regard du droit allemand et déclaré que l'article invoqué du Code de commerce allemand ne modifiait pas la solution donnée par elle en application du droit fédéral. Dans ces conditions, un renvoi de la cause au Tribunal cantonal serait sans objet, la solution devant rester la même.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est déclaré mal fondé et l'arrêt cantonal confirmé dans le sens des considérants.

77. **Urteil vom 31. Oktober 1908 in Sachen Steiner-Egloff,**
Bekl. u. Ver.-Kl., gegen **Dörflinger,** Kl. u. Ver.-Bekl.

Haftpflicht des Tierhalters. Art. 65 OR. — *Entschädigung für vorübergehende gänzliche Arbeitsunfähigkeit. Kein Abzug der Unfallversicherungssumme, die der Geschädigte erhalten hat. — Entschädigung für dauernde Verminderung der Erwerbsfähigkeit.*

A. Durch Urteil vom 24. Juli 1908 hat das Kantonsgericht des Kantons St. Gallen über die Rechtsbegehren :

a) des Klägers :

Ist nicht gerichtlich zu erkennen, es sei in Abänderung des erstinstanzlichen Urteils der Beklagte pflichtig zu erklären, dem Kläger 2000 Fr. nebst 5 % Zins seit 5. September 1906 zu bezahlen ?

b) des Beklagten :

Ist nicht die Klage abzuweisen ?
erkannt :

Die Klage ist im Betrage von 1141 Fr. 60 Cts. nebst 5 % Zinsen seit 5. September 1906 geschützt, im übrigen abgewiesen.

B. Gegen obiges Urteil des Kantonsgerichts hat der Beklagte rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag :

1. Es sei die Klage vollständig abzuweisen.

2. Eventuell: Es sei die Klage nur im reduzierten Betrage von 174 Fr. 15 Cts. zu schützen.

C. Der Kläger und Berufungsbeklagte hat von dem Rechte, eine Antwort einzureichen, keinen Gebrauch gemacht.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. Am 4. Mai 1906 wurde der damals 60 jährige Kläger, welcher Kontrolleur der Basler Straßenbahnen war, in Korschach auf einer öffentlichen Straße von einem Hunde ungerannt. Die Vorinstanz hat festgestellt, daß es der Hund des Beklagten war ; ferner steht fest, daß der Hund von dem Dienstmädchen des Beklagten, welches Einkäufe zu besorgen hatte, von zu Hause mitgenommen worden war und daß das Dienstmädchen sich im No-