

aus dem Verwertungserlös der anfechtbaren Sicherheitsbestellung. Ob, allenfalls aus anderen Gründen, auch in dieser Zahlung eine Anfechtbarkeit erblickt werden müsste, kann hier dahingestellt bleiben, da der Beklagte sich ohnehin nicht darauf berufen könnte, nachdem deren Anfechtung bis heute unterlassen worden ist.

6. — Muss somit bei der Schadensfeststellung berücksichtigt werden, dass die Klägerin den Erlös, den sie bei vorschriftsgemäsem Vorgehen des Beklagten aus der Verwertung des streitigen Weines erhalten hätte, auf Grund des von der Konkursverwaltung voraussichtlich mit Erfolg geltend gemachten Anfechtungsanspruches dieser hätte abliefern müssen, so führt dies jedoch noch nicht zur vollständigen Abweisung der Klage, da die Klägerin ja selber Massagläubigerin ist und daher, wenn die Masse um den Erlös aus der Verwertung des streitigen Weines vermehrt worden wäre, für ihre Forderung eine entsprechend höhere Konkursdividende bezogen hätte. Die Vorinstanz hat daher gemäss den Erwägungen unter Ziffer 4 festzustellen, wieviel von dem streitigen Wein am 10. Mai 1924 noch vorhanden war und daraufhin auszurechnen, um welchen Betrag die Konkursdividende der Klägerin grösser gewesen wäre, wenn dieser Wein seinerzeit vom Beklagten verwertet und der Erlös in der Folge in die Masse gefallen wäre. Sache der Vorinstanz wird es sein zu prüfen, ob und inwieweit dabei auch die von der Klägerin in ihrem Schreiben an das Bundesgericht vom 10. Juni 1926 erstmals angeführten Posten, die nach deren Behauptung nach dem 20. Mai 1924 vom Schuldner verkauft worden sein sollen, nach den Vorschriften des kantonalen Prozessrechtes noch mitberücksichtigt werden können.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird dahin teilweise gutgeheissen, dass das Urteil des Kantonsgerichtes von St. Gallen vom

27. November 1925 aufgehoben und die Angelegenheit zur neuen Beurteilung im Sinne der Motive an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

36. Extrait de l'arrêt de la II^e Section civile du 9 septembre 1926 dans la cause Faillite de dame G. Pau contre Albert Pau.

Privilège des commis et employés de bureau. — Art. 219 LP. — Cet article suppose l'existence *simultanée* d'un contrat de travail et d'un lien de subordination *effectif*.

Dame Georgine Pau, titulaire d'un commerce d'horlogerie, à Genève, a été déclarée en faillite le 10 janvier 1923. Son mari, Albert Pau, est intervenu pour un solde de salaire de 8885 fr. Le 10 avril 1923, l'office a avisé le demandeur que sa production était admise, mais en 5^e classe seulement.

Pau a ouvert action en changement de l'état de collocation et conclu à l'admission en sa faveur du privilège de l'art. 219 chiff. 1^{er} litt. b LP. En cours d'instance, il a réduit sa prétention à la somme de 6000 fr., représentant un salaire mensuel de 1000 fr. pendant les six mois qui ont précédé l'ouverture de la faillite.

La masse Pau a expliqué qu'en admettant la production de sieur Pau en 5^e classe, elle n'avait nullement eu l'intention de reconnaître le bien-fondé de la créance. Cette décision était due uniquement, a-t-elle exposé, au fait que la liquidation ne permettrait pas de donner de dividende aux créanciers chirographaires et que, d'ailleurs, la masse n'était point en état de soutenir un procès. L'administration de la faillite a allégué, d'autre part, que, durant les six derniers mois d'exercice, l'entreprise périlait à un point tel que le demandeur était entré comme employé dans une société à laquelle il devait tout son temps, et qu'en outre son activité dans l'établissement de sa femme avait été nulle ou insignifiante, suffisamment rémunérée en tout état de

cause — à supposer qu'une rétribution fût due — par le fait que les dépenses du ménage étaient prélevées sur le produit du commerce. La masse a, par conséquent, conclu à libération.

Par jugement du 8 avril 1925, le Tribunal de première instance de Genève a débouté sieur Pau de sa demande.

Sur appel, la Cour de Justice civile, statuant le 7 juillet 1925, a, au contraire, admis les conclusions d'Albert Pau et ordonné la collocation de sa créance en 1^{re} classe. Ce jugement est motivé comme suit :

Le principe de la créance du demandeur et l'étendue de sa rétribution ne peuvent plus être contestés, du moment que — chose bien faite pour surprendre — la faillite a intégralement admis, en 5^e classe il est vrai, la prétention du sieur Pau. Seul reste en question le classement de cette créance. A cet égard, il faut observer que le commerce était indubitablement au nom de dame Pau et de elle seule. La condition du demandeur ne pouvait, dès lors, être que celle d'un employé. Ni la circonstance qu'un commis apparaît fréquemment, en fait, comme le directeur d'une entreprise, ni les actes délictueux dont Pau s'est rendu coupable à l'égard des créanciers — et pour lesquels ceux-ci n'ont, d'ailleurs, élevé aucune prétention à des dommages-intérêts —, ni enfin le fait que sieur Pau est le conjoint du failli, ne sauraient modifier la situation juridique du demandeur au regard de l'art. 219 LP.

La faillite de dame Pau a recouru en réforme contre ce jugement, « dans la mesure où il a ordonné la rectification de l'état de collocation et déclaré que sieur Pau doit figurer en première classe pour la somme de 6000 francs ». La recourante conclut au débouté du demandeur, avec suite de frais et dépens. — Albert Pau a proposé la confirmation du jugement attaqué, subsidiairement le renvoi de la cause à l'instance cantonale, pour qu'il soit procédé à l'expertise sollicitée par lui en appel.

Considérant en droit :

3. — Sans doute le législateur n'a-t-il pas entendu restreindre le champ d'application de l'art. 219 chif. 1 litt. *b* aux seules personnes qualifiées ordinairement de « commis et employés de bureau » (texte allemand : *Kommis und Bureauangestellten*). Sous cette dénomination, la loi a eu en vue, d'une manière générale, le personnel auxiliaire engagé par le failli pour l'exercice de sa profession, de son commerce ou de son industrie (cf. art. 61 de l'ordonnance allemande sur la faillite). Le privilège dont il s'agit trouve, en effet, sa raison d'être dans la situation sociale modeste de certaines personnes et dans le fait que, dépendant économiquement de leur employeur, elles sont en mauvaise position pour exiger et obtenir du patron le paiement régulier des sommes qui leur ont été promises (RO 43 III p. 256 ; 49 III p. 202). Ne peuvent, dès lors, se prévaloir de l'art. 219 chif. 1 litt. *b* que les individus liés au failli par un contrat de travail. Mais, dans le cadre de ces bénéficiaires, il serait contraire à la logique et à l'équité de prendre au pied de la lettre l'art. 219 et d'en refuser l'application au personnel, rétribué autrement qu'à la journée ou à la semaine, qui se trouve, vis-à-vis de l'employeur, dans la même position subalterne que les employés de bureau proprement dits et mérite, dès lors, la même protection que ceux-ci. Peu importe que, strictement parlant, on ait à faire à des techniciens, contre-mâtres, magasiniers, garçons de laboratoire, etc. Le critère de l'art. 219, 1 *b*, réside, en effet, dans l'existence simultanée d'un contrat de louage de services et d'un lien de subordination *effectif*, conditions que remplissent les individus en question.

4. — Il n'en est pas de même, en revanche, de certaines personnes (directeurs de sociétés anonymes ou de sociétés coopératives, etc.) qui, jouissant d'une plus ou moins grande indépendance, voient, de ce fait, leur situation se rapprocher de celle du chef d'une maison de commerce

et ne peuvent, dès lors, bénéficier du privilège de l'art. 219 LP bien qu'elles soient liées au failli par un contrat de travail et qu'elles soient revêtues, juridiquement, de la qualité d'employé, au sens large des dispositions du CO (Blätter für zürcherische Rechtssprechung, tome 9 n° 19 ; cf. Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft ; Konkursrecht, par Ernst JAEGER, p. 46).

Ce rapport de subordination fait également défaut, en l'espèce. Le commerce de dame Pau n'avait point été constitué avec les ressources de cette dernière. Il reposait, principalement, sur l'activité du mari et n'avait été ouvert sous cette forme que pour permettre à sieur Pau (tombé précédemment en faillite) de continuer à exercer sa profession aussi librement que s'il travaillait sous son propre nom. Sans doute est-il des cas où l'un des conjoints apparaît véritablement comme l'employé de l'autre. Mais il n'en est point ainsi dans la présente affaire. Le demandeur a déclaré lui-même qu'il « dirigeait », en qualité de technicien, la fabrique de sa femme, dont il avait « toute la responsabilité ». Les enquêtes ont démontré, d'autre part, que Pau était généralement considéré par le personnel et par les clients comme le principal sinon l'unique chef de la maison. Enfin la Cour correctionnelle a condamné l'intéressé, comme pénalement responsable, avec dame Pau, des pertes subies par les créanciers de cette dernière. Dans ces circonstances, le demandeur ne saurait se prévaloir de sa qualité juridique d'employé pour réclamer la protection spéciale que la loi n'accorde qu'aux personnes travaillant, *en fait*, dans la condition d'un commis ou employé de bureau ou dans des conditions que l'on puisse considérer comme similaires.

Le Tribunal fédéral prononce :

Le recours est admis et le jugement de la Cour de Justice civile du canton de Genève, du 7 juillet 1925, réformé dans le sens du rejet de l'action de sieur Pau.

**37. Sentenza 23 settembre 1926 della II^a sezione civile
in causa Berdez contro Patuzzo.**

La questione dell'impignorabilità di beni o del loro ricavo è di competenza assoluta delle Autorità di Vigilanza anche quando è proposta nella forma di contesa intorno ad una menzione dell'elenco-oneri. — Nullità radicale di pronunciato dell'Autorità giudiziaria che misconosce questo principio.

A. — Nel marzo 1924 Alessandro Patuzzo in Lugano procedeva contro A. Berdez in Ponte-Tresa in via di realizzazione di pegno immobiliare per il pagamento di interessi dipendenti da una ipoteca di 10.000 fchi., accesa su certi fondi da lui venduti nel 1922 al debitore. Secondo le constatazioni delle istanze cantonali, nell'elenco-oneri di quest'esecuzione figura la menzione, fattavi ad istanza del debitore, che il ricavo dalla vendita degli stabili fosse da ritenersi impignorabile fino alla concorrenza di 7000 fchi., a sensi dell'art. 15 della legge federale sull'assicurazione militare. Il tenore di questa iscrizione non risulta dagli atti, cui l'elenco-oneri non fu allegato nè in originale nè in copia : ma, evidentemente e come ammette anche l'istanza cantonale, quella menzione altro non poteva e può significare, se non la pretesa del debitore, che, sul prodotto della vendita, 7000 fchi. gli fossero attribuiti di preferenza.

Il creditore Patuzzo avendo contestato questa menzione, l'Ufficio di Esecuzione, con provvedimento del 28 settembre 1925, impartiva al debitore Berdez un termine di 10 giorni per far valere le sue ragioni in giudizio a mente dell'art. 107 LEF.

B. — Dando seguito a quest'ingiunzione, Berdez, con petizione 9 ottobre 1925, conchiudeva letteralmente : « La contestazione è respinta », asserendo, in appoggio di tale domanda, che la somma di 7000 fchi., da lui versata al Patuzzo nel 1922 quale prezzo parziale della compra dei fondi in discorso, derivava da una pensione militare di annui 785 fchi. 50, riscattata in quel turno di tempo con 12.200 fchi., dalla Commissione federale delle pensioni : che, quindi, data l'origine dell'importo investito