

**Zeitschrift:** Revue syndicale suisse : organe de l'Union syndicale suisse  
**Herausgeber:** Union syndicale suisse  
**Band:** 64 (1972)  
**Heft:** 6-7

**Anhang:** Travail et sécurité sociale

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. [Voir Informations légales.](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. [See Legal notice.](#)

**Download PDF:** 18.02.2025

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

# Travail et sécurité sociale

22<sup>e</sup> année  
Juillet 1972  
No 3

Chronique de jurisprudence et de législation  
Supplément trimestriel de la «Revue syndicale»  
Rédacteur: Claude Voegeli, lic. en droit, Genève

---

Sommaire: Le droit au salaire en cas d'empêchement du  
travailleur selon l'article 324a nouv. CO,  
par Claude Voegeli  
Assurance-accidents Contrat de travail

---

## Le droit au salaire en cas d'empêchement du travailleur selon l'article 324a nouv. CO<sup>1</sup>

*Par Claude Voegeli*

On sait que l'article 335, anc. CO (encore en vigueur jusqu'au 31 décembre 1972 pour les contrats conclus avant le 1<sup>er</sup> janvier 1972 et non encore adaptés aux nouvelles dispositions du CO (voir art. 7, al. 1, Disp. fin. et transit. de la loi révisant les titres X et Xbis du CO du 25 juin 1971), qui était rédigé en des termes trop généraux, soulevait un certain nombre de difficultés d'interprétation. Celles-ci ont fait la matière d'une volumineuse jurisprudence et de vives controverses doctrinales. Les principales questions qui se posaient étaient de savoir:

1. dans quels genres de rapports de travail le salaire en cas d'empêchement du travailleur était dû;
2. pendant combien de temps le travailleur empêché avait droit à ce salaire;
3. quel était le caractère juridique de cette disposition.

Dans l'article 324a, nouv. CO, le législateur de 1971 a voulu résoudre ces questions. Il a également inséré dans le Code une nouvelle disposition (art. 324b CO) relative au remplacement du droit au salaire en cas d'empêchement du travailleur par les prestations d'une assurance obligatoire en vertu de la loi (ex: assurance-accidents).

<sup>1</sup> Nous consacrerons un prochain article à l'article 324b, nouv. CO.

## **1. Genres de rapports de travail donnant droit au salaire en cas d'empêchement du travailleur.**

A la première des questions évoquées ci-dessus, l'article 335, anc. CO, répond que le droit au salaire en cas d'empêchement du travailleur n'était admis que dans les contrats «conclus à long terme». Il fallait donc déterminer ce que la loi entendait par «long terme» et quelle était la situation lorsqu'un contrat à durée indéterminée n'avait pas encore duré longtemps.

L'article 324a, alinéa 1 CO, tranche cette question en disposant que le salaire en cas d'empêchement du travailleur est dû si le contrat a été conclu pour plus de trois mois ou si les rapports de service ont effectivement duré plus de trois mois. Cela signifie que l'article 324a s'applique dès le début des rapports de travail lorsque le contrat a été conclu pour une durée déterminée (voir art. 335, nouv. CO) excédant trois mois, alors qu'il ne s'applique qu'après l'écoulement des trois mois lorsque le contrat a été conclu pour une durée indéterminée (voir art. 336, nouv. CO). Cependant, un contrat individuel, une convention collective ou un contrat-type peuvent prévoir que le droit au salaire en cas d'empêchement du travailleur vaut déjà avant que le contrat n'ait effectivement duré trois mois (art. 362, al. 1 CO).

## **2. Durée du droit au salaire en cas d'empêchement du travailleur.**

Selon l'article 335, anc. CO, le travailleur avait droit au salaire en cas d'empêchement de sa part «pendant un temps relativement court». Cette formule devait également être interprétée, et on sait que les tribunaux, prenant principalement en considération la durée antérieure des services dans l'entreprise, avaient établi des barèmes, dont le plus connu est «l'échelle de Berne».

Dans l'article 324a, alinéa 2, nouv. CO, le législateur de 1971 a tenté de résoudre la question. Il a fixé une durée minimum de trois semaines de salaire pendant la première année de service et, au delà de cette première année, «une période plus longue fixée équitablement, compte tenu de la durée des rapports de travail et des circonstances particulières». Les tribunaux continueront donc d'appliquer des barèmes; mais ils ne pourront pas reconnaître comme valable une durée de paiement du salaire inférieure à trois semaines pendant la première année de service, à moins qu'il n'existe un contrat individuel, une convention collective ou un contrat-type instituant une réglementation différente, mais jugée équivalente. Par exemple, une convention collective peut valablement prévoir une durée de paiement du salaire en cas d'empêchement du travailleur inférieure à trois semaines lors de la première année de service, mais une pro-

gression de la durée de ce paiement après le première année qui soit plus rapide que celle suggérée par l'article 324a, alinéa 2 CO.

### **3. Caractère juridique de la disposition sur le droit au salaire en cas d'empêchement du travailleur.**

A la question de savoir si l'article 335, anc. CO, était une norme de Droit impératif (à laquelle on ne peut déroger, en tout cas pas au détriment du travailleur) ou de Droit dispositif (à laquelle il est loisible de déroger) le texte légal ne donnait aucune réponse et les opinions étaient fort partagées à ce sujet. Il s'agissait, notamment, de savoir si le droit au salaire sur la base de l'article 335, anc. CO, pouvait être valablement *remplacé par le droit aux prestations d'une assurance* et à quelles conditions cela était possible.

Dans la jurisprudence, en dépit d'un arrêt du Tribunal fédéral des assurances de 1932 et de quelques jugements favorables au caractère purement dispositif de l'article 335, anc. CO, la plupart des tribunaux adoptèrent le point de vue selon lequel cette norme était de Droit *relativement* impératif (norme à laquelle on ne pouvait déroger qu'en faveur du travailleur). Dans la doctrine, un certain nombre d'auteurs n'ont reconnu à l'article 335, anc. CO, qu'un caractère dispositif, admettant ainsi (parfois en le regrettant eux-mêmes) qu'on pouvait y déroger au détriment du travailleur. Toutefois, la majorité de la doctrine s'est prononcée en faveur du caractère relativement impératif de l'article 335, anc. CO, estimant à juste titre que cette solution répondait au but de politique sociale de la disposition, à savoir la protection des travailleurs. C'est là qu'il convient de rappeler que, dans cette même Revue<sup>2</sup>, le Juge fédéral Alexandre Berenstein avait avancé des arguments originaux, fondés sur une analogie avec les dispositions applicables au contrat d'agence, en faveur du caractère impératif de l'article 335, anc. CO.

Le législateur de 1971 a confirmé la tendance générale de la jurisprudence et de la doctrine en faisant expressément figurer l'article 324a nouv. CO parmi les dispositions de Droit relativement impératif (art. 362, al. 1 CO). Le Message du Conseil fédéral précise à ce sujet que le caractère relativement impératif correspond au but de la disposition, qui est d'assurer la protection du travailleur. Désormais, il résulte donc indiscutablement de la loi que le contrat individuel, une convention collective ou un contrat-type peuvent déroger à la disposition légale sur le salaire en cas d'empêchement du travailleur, mais seulement dans un sens qui ne soit pas défavorable à ce dernier.

Or, le cas le plus fréquent de dérogation à cette disposition consiste, on le sait, à remplacer le droit au salaire par le droit aux prestations d'une assurance.

<sup>2</sup> *Travail et sécurité sociale*, 1951, pp. 1-3.

Au cours des années, en effet, les conventions collectives ont institué des réglementations se substituant à l'article 335, anc. CO, mais faisant obligation à l'employeur d'assurer ses travailleurs auprès d'une compagnie d'assurance en versant tout ou partie des primes. La condition de licéité d'une telle substitution est qu'elle ne saurait s'opérer au détriment du travailleur. La jurisprudence et la majorité de la doctrine ont donc établi le principe selon lequel l'employeur n'est libéré du paiement du salaire en cas d'empêchement du travailleur que dans la mesure où les indemnités de chômage versées par l'assurance sont au moins équivalentes au salaire qu'aurait reçu le travailleur selon ses prétentions légales. C'est précisément ce *principe de l'équivalence* que le législateur de 1971 a confirmé à l'article 324a, alinéa 4 CO.

Dans un arrêt récent, que nous avons publié en son temps<sup>3</sup>, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de fournir des précisions sur la notion d'équivalence (dans le cadre de l'art. 335, anc. CO, mais qui vaut également pour l'art. 324a, al. 4, nouv. CO). Il a constaté que «la comparaison doit se faire entre deux systèmes différents; l'un, celui de l'article 335 CO, prévoit le paiement du salaire complet pour un temps relativement court, mais qui augmente avec la durée de l'emploi; l'autre, celui de l'assurance en cas de maladie, garantit une indemnité inférieure au salaire, mais pour une longue période – en général un an – et cela dès le premier jour de l'emploi». Il en déduit: «Ce sont les deux régimes que l'on comparera, par une appréciation globale de leurs avantages respectifs, pour établir, dans chaque cas d'espèce, si le second accorde dans l'ensemble à l'employé des prestations au moins équivalentes à celles que lui garantit le premier»<sup>4</sup>.

Ensuite, le Tribunal fédéral affirme qu'il n'est pas lié par les normes adoptées par le Conseil fédéral pour prendre une décision d'extension du champ d'application d'une convention collective. Elles le lient «d'autant moins que, s'agissant de l'extension obligatoire (*sic*) d'une convention collective, l'équivalence des prestations doit être certaine et que des considérations de politique sociale peuvent même engager l'autorité exécutive à aller au-delà»<sup>5</sup>.

Comparant les prestations des deux régimes (salaire et indemnité journalière versée par l'assurance), le Tribunal fédéral estime que le paiement d'une indemnité journalière pendant une longue période est «manifestement préférable si la part du salaire couverte par l'indemnité journalière garantit à l'employé, pendant sa maladie, les prestations indispensables à son entretien et à celui des personnes à sa charge. Cette part devra être proportionnellement d'autant plus

<sup>3</sup> *Travail et sécurité sociale, Revue syndicale*, 1971, pp. 138–140.

<sup>4</sup> *RO* 96 II, pp. 136–137.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 137.

élevée que le salaire sera faible. Lorsque de tels avantages sont accordés, ils justifient que l'employeur ne paie pas la totalité des primes»<sup>6</sup>. Sur la base de ces principes, le Tribunal fédéral, sans préjuger des solutions propres à chaque cas d'espèce, a estimé que, «d'une façon toute générale, ... une assurance garantissant des indemnités journalières égales à 60% du salaire pendant un an, si l'employeur paie la moitié des primes, peut être considérée comme l'équivalent du salaire payé «pour un temps relativement court» selon l'article 335 CO»<sup>7</sup>.

Ces considérations du Tribunal fédéral restent valables pour l'interprétation de l'article 324a, alinéa 4, nouv. CO, et il convient de relever à ce propos qu'un éventuel délai de carence imposé par l'assurance (qui, p. ex., ne paie l'indemnité de chômage qu'à partir du deuxième ou du troisième jour) peut parfaitement être *compris* dans l'équivalence. Si tel est le cas, le salaire n'est pas dû pendant le délai de carence.

L'introduction de l'article 324a, al. 4, dans le Code a rendu inutile la disposition de l'article 130, alinéa 1, de la Loi fédérale sur l'assurance-maladie et accidents (LAMA) selon laquelle l'indemnité de chômage due par l'assurance-maladie «peut être déduite du salaire dû à la teneur de l'article 335 du Code des obligations», à condition qu'il s'agisse d'une caisse reconnue et que l'employeur verse «au moins la moitié des contributions». C'est pourquoi l'article 130, alinéa 1 LAMA, a été abrogé (art. 6, ch. 2 des Disp. fin. et trans. de la Loi fédérale révisant les Titres X et Xbis du Code des obligations du 25 juin 1971).

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> *Ibid.*

# Assurance-accidents

## Surassurance (art. 74, al. 3 LAMA)

Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 21 juin 1971 en la cause Kretschmann contre CNA et Tribunal des assurances du canton de Zurich.

Les prestations volontaires de l'employeur ne sont pas prises en compte pour déterminer s'il y a enrichissement résultant d'une double assurance.

### Extrait des motifs:

1. La question litigieuse est de savoir si les prestations de l'employeur, dans la mesure où leur montant est supérieur à l'indemnité de chômage qui est versée, autorisent la CNA à réduire ladite indemnité pour cause de «surassurance».

2. Dans les assurances sociales on peut, dans la mesure où cela est justifié, utiliser opportunément les mêmes notions et les mêmes termes que dans les assurances privées, branche scientifiquement mieux élaborée. Ainsi KÖNIG (*Schweiz. Privatversicherungsrecht*, 3e éd., p. 320) définit la notion de surassurance de la manière suivante: «Il y a surassurance lorsque la somme assurée est plus élevée que la valeur de l'objet assuré» (...).

Ce qui est discuté en l'espèce, c'est la juxtaposition de l'indemnité de chômage de la CNA avec une rente de l'assurance-invalidité et une prestation volontaire de l'employeur du recourant. Des règles légales sur une telle juxtaposition se trouvent à l'article 74, alinéa 3 LAMA, et à l'article 45 LAI. Cette dernière disposition n'est toutefois pas applicable en l'espèce, car elle concerne les relations entre la rente AI et d'autres rentes, et non entre la rente AI et l'indemnité de chômage de la CNA (ou de l'assurance-militaire).

L'article 74, alinéa 3 LAMA, a pour objet la double assurance, plus exactement l'interdiction de l'enrichissement résultant de la double assurance. D'après cette prescription, l'indemnité de chômage de la CNA ne peut excéder la partie de la perte de gain non couverte lorsque d'autres assureurs versent des prestations pour le même accident. Il s'agit avant tout de prévenir l'enrichissement au moyen des indemnités versées. La double assurance ne doit pas aboutir à

des prestations supérieures au montant du dommage effectif. C'est pourquoi la surassurance résultant soit d'un contrat (assurance privée), soit de la loi (assurance sociale) doit être corrigée ultérieurement.

C'est avec raison que les deux parties ne comptent pas les prestations de l'employeur du recourant au nombre des autres assurances au sens de l'article 74, alinéa 3 LAMA. La CNA part simplement du point de vue que les sommes versées par l'employeur ne comportent pas le *gain dont l'assuré se trouve privé* (que mentionne l'art. 74, al. 3 LAMA) et que, partant, l'indemnité de chômage doit correspondre au plus à la perte de gain sous déduction des prestations versées par d'autres assureurs. Le fait que l'employeur soit ou non obligé de verser les prestations en question ne jouerait aucun rôle. Elles ne seraient pas une libéralité de l'employeur ou d'un tiers faite en dehors de la relation de travail, mais seraient, au contraire, étroitement liées à celle-ci. Le recourant aurait lui-même gagné cette prestation, qui aurait le caractère d'un salaire (...).

3. Pour examiner la question de savoir ce qui doit être compris dans la perte de gain, c'est-à-dire si une prestation volontaire de l'employeur semblable à celle qui est en discussion doit être considérée comme un «gain» au sens de l'article 74, alinéa 3 LAMA, il faut rechercher des parallèles dans les autres branches des assurances sociales (sous le rapport d'une harmonisation abstraite des assurances sociales).

Le premier parallèle se trouve à l'article 26, alinéa 1 LAMA, qui, pour l'assurance-maladie, prescrit, sous le titre «Surassurance», que «l'assurance ne doit pas être une source de gain pour les assurés». L'article 26 LAMA a donc pour objet l'éventualité d'un enrichissement spécifique au Droit des assurances, tel qu'il est présenté dans le considérant 2. Il serait effectivement contraire au système que des versements volontaires, ne reposant pas sur une obligation légale et que l'employeur effectue dans un quelconque but social servent à réduire les prestations de l'assurance sociale.

Ensuite, il convient de se référer à l'article 28 LAI relatif à l'évaluation de l'invalidité. D'après la disposition de son alinéa 2, le salaire social (...) ne fait pas partie du gain à prendre en compte pour l'évaluation de l'invalidité. Mais il est à relever que la référence à l'article 28, alinéa 2 LAI, n'est pas déterminante, dans la mesure où l'objet de cette prescription est l'établissement du degré d'incapacité de gain (par la comparaison entre deux revenus hypothétiques), alors qu'à l'article 74, alinéa 3 LAMA, il en va de la perte effective de gain (...).

D'après l'article 5, alinéa 4 LAVS, en liaison avec l'article 8 RAVS, ne sont pas comprises dans le salaire déterminant «les prestations des employeurs à leurs employés ou ouvriers et à leurs proches pour le paiement des frais médicaux, pharmaceutiques, d'hôpital et de cure (...), les versements faits par l'employeur en sus du salaire, sur un carnet d'épargne de l'employé ou de l'ouvrier, si ce dernier ne peut en disposer qu'en cas de maladie, d'accidents, de résiliation anticipée du contrat d'engagement ou de cessation de l'activité lucrative résultant de la vieillesse ou de l'incapacité de travail». La disposition relative aux versements sur un carnet d'épargne pour le cas d'une maladie ou d'un accident du travailleur est à retenir particulièrement. Il est vrai qu'un tel procédé n'a pas été utilisé en l'espèce, mais cela n'a aucune importance en regard d'une application adéquate de la disposition citée, car l'accident était déjà survenu au moment du versement de la prestation (...). Si, par conséquent, on voulait donner à la notion

de gain utilisée à l'article 74, alinéa 3 LAMA, le sens de revenu provenant d'une activité dépendante, tel qu'il est envisagé dans l'article 5, LAVS, il ne faudrait pas considérer la prestation volontaire consentie au recourant par son employeur, comme salaire déterminant et, partant, ne pas en tenir compte au moment de rechercher s'il y a double assurance.

Cependant, malgré l'aspiration vers l'harmonisation, une interprétation fut avancée selon laquelle les notions de revenu déterminant au sens de l'article 5 LAVS et de gain au sens de l'article 74, alinéa 3 LAMA, ne doivent pas être placées sans autre sur un pied d'égalité. Dans la LAVS, il s'agit de la détermination la plus complète possible des revenus d'une activité dans l'optique du prélèvement des cotisations. En revanche, dans l'assurance-accidents obligatoire, il s'agit d'empêcher l'enrichissement résultant des prestations d'assurance (voir consid. 2). L'exclusion de la partie «sociale» du salaire déterminant devrait donc intervenir dans une mesure plus large dans le cadre de l'article 74, alinéa 3 LAMA, que dans celui de l'article 5 LAVS. En l'espèce, cette conception militerait encore plus en faveur de la solution consistant à ne pas inclure la prestation volontaire de l'employeur dans l'enrichissement.

Actuellement, la question de savoir si la notion de gain au sens de l'article 74, alinéa 3 LAMA, peut être placée sur un pied d'égalité avec l'article 5 LAVS peut être laissée ouverte.

(Trad. de RO 97 V pp. 95-98)

# Contrat de travail

## Résiliation immédiate du contrat pour justes motifs (art. 352 anc. CO).

Arrêt du Tribunal fédéral, 1<sup>re</sup> Cour civile, en la cause F. contre L.

1. Il y a juste motif de résiliation immédiate du contrat notamment lorsque la confiance mutuelle entre les parties est ruinée par le fait de l'une d'elles. Pour établir si tel est le cas, il faut apprécier les circonstances de l'espèce.

2. Les effets de la résiliation immédiate ne s'exercent qu'après celle-ci. Aussi le salaire dû jusqu'à la déclaration de résiliation immédiate ne peut-il être réduit en vertu de l'article 44 CO pour faute du travailleur.

**Faits:** Par contrat du 4 janvier 1967, la société fiduciaire F. a engagé en qualité de «collaborateur» L., licencié en droit. Aux termes de l'article 2, son activité consistait notamment dans la «direction collégiale» à trois d'une succursale de la société et dans «tous les travaux de la branche fiduciaire»; il recevait dès son entrée en fonctions le titre de fondé de pouvoir (art. 18). Il avait droit à un traitement mensuel de 1800 fr. (art. 11), à 15% du bénéfice net réalisé par la succursale (art. 17), au remboursement des frais effectifs – notamment du prix de l'abonnement de train pour le déplacement du domicile au lieu de travail – occasionnés par l'exercice de son activité (art. 8) ainsi qu'à une indemnité mensuelle de 300 fr., majorée de 13 ct./km, pour l'usage professionnel de sa voiture privée. L'art. 20 stipulait ce qui suit: «Le présent contrat entre en vigueur à sa signature et sa durée est indéterminée. Les parties peuvent se départir du contrat moyennant préavis par lettre recommandée adressée

six mois à l'avance pour la fin d'un semestre civil».

Le même jour, les parties ont conclu un contrat de vente d'actions. F. cédait à L. six actions nominatives de 500 fr. et une action au porteur de 2500 fr. de F., entièrement libérées, pour le prix de 7200 fr., payable à raison de 1700 fr. au comptant, le solde par mensualités de 100 fr. dès le 31 janvier 1967. Ce solde portait intérêt à 6%, calculé selon la méthode bancaire, le 31 décembre de chaque année. Il était loisible à l'acquéreur de se libérer en tout temps.

F. a congédié L. avec effet immédiat pour de justes motifs par lettre du 29 décembre 1967. Elle se référait aux conditions d'engagement de son collaborateur ainsi qu'à des entretiens relatifs à son «travail en général» et à son «comportement en particulier» et lui reprochait de n'avoir pas rempli ses obligations et d'avoir porté préjudice à la société par sa «carence». Elle entendait en outre lui demander réparation du dommage, estimé à 20 000 fr. au moins, qu'elle subissait en raison de sa «carence» et de son «incurie».

L. a cessé son travail auprès de F. Depuis le début de 1968, il a exercé une activité sporadique d'auxiliaire dans un office des poursuites; le 25 mai 1968, il a trouvé un nouvel emploi équivalent à celui qu'il occupait depuis le 4 janvier 1967.

Par demande du 5 février 1968, L. a ouvert action contre F. en paiement de 34 712 fr. avec intérêt et en annulation du contrat de vente d'actions. Il contestait l'existence de justes motifs de réalisation anticipée et faisait valoir que le contrat de vente d'actions était lié au contrat de travail, la résiliation du second entraînant l'annulation du premier. Le détail de ses prétentions était le suivant:

a) salaire d'octobre à décembre 1967 .....	Fr. 6 582.—
b) restitution, avec intérêt, des acomptes versés sur le prix des actions .....	Fr. 2 115.50
c) frais de déplacement .....	Fr. 15.—
d) participation de 15% au bénéfice de 1967, évaluée à .....	Fr. 6 000.—
e) dommages-intérêts .....	Fr. 12 800.—
f) tort moral .....	Fr. 8 000.—
au total .....	Fr. 34 712.50
(recte: .....	Fr. 35 512.50)

L. a réduit ultérieurement ses prétentions à 25 000 fr.

F. a conclu au rejet de l'action et, par

demande reconventionnelle, a réclamé les montants suivants, avec intérêt:

a) 9 mensualités de 100 francs échues sur la vente des actions .....	Fr. 900.—
b) intérêt à 6% au 31.12.1967 sur le solde impayé du prix .....	Fr. 317.85
c) solde du prix en capital .....	Fr. 4 300.—
d) dommages-intérêts consécutifs à la violation des obligations de l'employé, égaux à la moitié de la perte de la succursale pour l'exercice 1967 .....	Fr. 29 500.—
dont à déduire: 3 mois de salaire et de contribution à l'assurance-maladie .....	Fr. 5 520.—
soit .....	Fr. 23 980.—
au total .....	Fr. 29 497.85

Par arrêt du 12 novembre 1970, le Tribunal cantonal valaisan a admis la demande à concurrence de 11 997 fr. avec intérêt à 5% dès le 6 février 1968 et a alloué à la défenderesse ses conclusions reconventionnelles pour un montant de 5200 fr. avec intérêt à 6% à calculer le 31 décembre de chaque année selon le système bancaire; ces créances pouvaient être compensées. Les motifs du Tribunal cantonal sont en bref les suivants:

Il n'y a pas de justes motifs de résiliation anticipée selon l'article 352 CO, quand bien même le demandeur n'était manifestement pas apte à remplir les fonctions qui lui avaient été confiées. Il n'a pas à répondre du déficit de la succursale pour l'exercice 1967, de sorte que la demande reconventionnelle en dommages-intérêt doit être rejetée. Le demandeur a droit à son plein salaire pour le dernier trimestre de 1967, soit 6582 fr. Il pourrait en principe prétendre à son salaire jusqu'au plus prochain terme normal de congé, sous déduction des revenus acquis dans l'intervalle. Compte tenu de toutes les circonstances, notamment de la pénurie actuelle de juristes, il est équitable de lui allouer 5400 fr., c'est-à-dire son salaire sans les accessoires pendant trois mois. Sont encore dus les 15 fr. réclamés pour un déplacement. Quant à la vente des actions, elle est indépendante du contrat de travail. Le demandeur reste ainsi débiteur du solde du prix de 5200 fr., dont 4000 fr. sont échus au 1<sup>er</sup> novembre 1970. Le surplus est payable par acomptes mensuels de 100 fr.

F. recourt en réforme au Tribunal fédéral et reprend ses conclusions antérieures. Subsidièrement, elle propose le renvoi

de l'affaire à l'autorité cantonale pour nouvelle décision.

L'intimé conclut au rejet du recours.

#### *Motifs:*

1. – Faute de recours du demandeur, les points suivants de l'arrêt déféré ne sont plus litigieux devant l'instance fédérale: rejet de la demande en paiement de 6000 fr. à titre de participation bénéfice de l'année 1967 et de 8000 fr. à titre d'indemnité pour tort moral; admission de la demande reconventionnelle en tant qu'elle concernait le prix de vente des actions de F., la recourante renonçant expressément à la rectification d'une inadvertance des premiers juges sur le nombre des mensualités échues. Enfin, l'allocation d'un montant de 15 fr. pour frais de déplacement du demandeur n'est pas contestée.

2. – La recourante soutient que la cour cantonale a violé l'article 352 CO en niant l'existence de justes motifs de résiliation anticipée du contrat de travail par l'employeur.

a) L'article 352 CO repose sur l'idée que l'exécution du contrat de travail, comme celle de tout contrat d'une certaine durée qui fait intervenir l'activité personnelle de l'une des parties (cf. RO 97 II 66 et les références citées; arrêt non publié Isolag A.G. für Isolierungen c. Soundex A.G. du 31 décembre 1957, consid. 2), suppose la confiance mutuelle de celles-ci; si cette confiance est détruite par le fait d'une partie, le maintien du contrat ne saurait être imposé à l'autre (arrêt non publié Bugnion c. Defossez du 5 avril 1966, consid. 1). L'application de l'ar-

ticle 352 CO est ainsi subordonnée à deux conditions.

Il faut, d'une part, que les actes ou le comportement invoqués soient de nature à ruiner la confiance mutuelle des cocontractants; ils doivent présenter une certaine gravité objective. En particulier, n'importe quel manquement de l'employé ne saurait constituer un juste motifs au sens de l'article 352 CO; on doit se montrer d'autant plus exigeant à cet égard que le contrat a été conclu pour une durée plus longue (arrêt non publié *Modern A.G. c. Meyer* du 23 décembre 1952, consid. 5 a). A plus forte raison doit-il en aller de même lorsque l'employeur reproche simplement à l'employé d'avoir déçu les espérances qu'il plaçait en lui, et se plaint de son rendement insuffisant. Il y a lieu de tenir compte de toutes les circonstances du cas concret, notamment de la nature du travail promis (*Oser/Schönenberger*, ad. art. 352 CO n. 11). Les exigences relatives à la qualité du travail seront d'autant plus élevées que l'emploi est plus important. L'incapacité professionnelle n'est un motif de renvoi abrupt que si l'employé ne remplit pas les exigences minimales que l'employeur est en droit d'attendre de tout collaborateur pour un poste du même genre (*Bekker*, ad art. 352 CO n. 23), et qu'une amélioration ultérieure est improbable. Une faute de l'employé n'est pas une condition indispensable (*Oser/Schönenberger*, ad art. 352 CO n. 7).

Il faut, d'autre part, que la confiance mutuelle ait été effectivement détruite. Il se peut que le comportement de l'une des parties soit objectivement de nature à ruiner cette confiance, mais que l'autre partie renonce à se prévaloir de l'article 352 CO. Aussi la jurisprudence exige-t-elle de celui qui entend invoquer cette disposition qu'il le fasse sans délai (RO 75 II 332, 69 II 311 s.; arrêts précités *Bugnion c. Defossez*, consid. 1 et *Isolag A.G. für Isolierungen c. Soundex A.G.*, consid. 3). Il faut entendre par là non pas une déclaration immédiate, mais une manifestation de volonté intervenant après un bref délai de réflexion (RO 69 II 312; cf. aussi RO 93 II 18 s.); une trop longue attente comporterait la renonciation à se prévaloir de ce moyen (RO 75 II 332; arrêt non publié «Président»-Hôtels S. A. c. Weissen du 14 juillet 1964, consid. 2).

b) En l'espèce, il ressort de l'article 2 du contrat du 4 janvier 1967, auquel se réfère l'arrêt attaqué, que l'intimé était chargé de la direction collégiale, avec deux autres collaborateurs, de la succursale de F. Son activité, qui consistait «en tous les travaux de la branche fiduciaire», comportait divers travaux juridiques et comptables, tels que l'établissement de contrats et conventions, la mise sur pied, l'organisation, la tenue et le bouclage de toutes comptabilités et comptes. Aux termes de l'article 18 du contrat, il recevait à son entrée en fonctions le titre de fondé de pouvoir, ceux de sous-directeur, directeur-adjoint puis directeur lui étant réservés selon les qualités démontrées dans l'ensemble de son activité.

La cour cantonale a notamment fondé son appréciation sur les déclarations, relatives au travail du demandeur, de plusieurs employés de la défenderesse entendus comme témoins. Elle relève qu'aux dires du sous-directeur de la succursale, «le demandeur ne faisait rien»; lorsqu'il fut congédié, le personnel du bureau s'est demandé pourquoi on avait attendu si longtemps pour prendre cette mesure; L. était apathique et n'avait aucune initiative. L'arrêt déféré cite encore cette déclaration d'un autre collaborateur de la succursale: «Si j'ai dit que je doutais de ses compétences, c'est qu'en comptabilité, il ne connaissait rien et que de plus, il était passif et ne recherchait pas le travail ni ne s'intéressait au travail de la Fiduciaire». La cour cantonale s'est en outre fondée sur le rapport d'expertise comptable du 24 février 1969, dont elle extrait notamment la constatation suivante: «Le manque de rendement de l'activité du bureau est évident. Les rapports de travail stipulent de nombreuses heures dites 'd'études'. Dans cette alternative il devait s'agir ou bien de cas spéciaux, ou de recherches nécessitées par manque de connaissance de la branche». Interrogé au sujet des montants improductifs importants qui ressortaient de ses fiches de travail, le demandeur ne les a pas reconnus, pour n'avoir pas pu les contrôler. Mais dans une lettre du 2 mai 1968 à son conseil d'alors, il indique exactement les montants de son travail productif pour les mois de janvier à novembre 1967. Il en résulte à l'évidence que ces montants sont anormalement

bas; or le demandeur ne prétend pas avoir eu à s'occuper de cas spéciaux. La cour cantonale n'a pas tenu compte de la lettre du 2 mai 1968, pourtant produite en justice par le demandeur. Il y a lieu de compléter ses constatations sur ce point, purement accessoire (art. 64 al. 2 OJ).

La juridiction valaisanne conclut des preuves administrées que le demandeur n'avait manifestement pas du tout les qualités requises pour exercer le poste qui lui avait été confié. La cour de céans ne peut que se rallier à cette conclusion. Elle doit être précisée en ce sens que l'employé ne remplissait pas les exigences minimales, au point de vue de sa capacité professionnelle, qu'on était en droit d'attendre de lui. Non seulement il n'a rien fait pour acquérir les connaissances qui lui falsaient défaut, mais il a aggravé cette carence par un manque caractérisé d'initiative et d'intérêt pour son travail. Une telle attitude et une telle improductivité étaient incompatibles avec les fonctions dirigeantes que lui assignait le contrat du 4 janvier 1967. Elles étaient de nature à ruiner définitivement auprès de son employeur la confiance qu'implique à un degré particulièrement élevé un poste de cette nature. Le maintien des liens contractuels devenait intolérable pour la recourante, d'autant plus que l'exercice 1967 se soldait par un déficit supérieur à 50 000 fr. On ne pouvait exiger d'elle, dans ces conditions, qu'elle garde à son service durant six mois un employé si peu productif, sans aucune perspective d'amélioration. Elle pouvait dès lors se prévaloir de justes motifs de résiliation anticipée du contrat de travail, au sens de l'article 352 CO.

3. – Les motifs qui ont amené la cour cantonale à refuser à la défenderesse le bénéfice de l'article 352 CO ne sont pas fondés.

a) Elle considère qu'on ne pouvait exiger du demandeur, qui avait été engagé avant tout comme juriste, des connaissances et aptitudes spéciales dans la branche fiduciaire. C'est ignorer cependant les termes mêmes du contrat, dont l'article 2 définit avec précision l'activité de l'employé, consistant notamment «en tous les travaux de la branche fiduciaire». Au surplus, l'incapacité du demandeur dans le domaine comptable n'était pas seule

en cause; de par sa formation, il lui eût été facile d'y suppléer en manifestant l'intérêt et en faisant preuve de l'initiative qu'impliquaient les fonctions qu'il avait acceptées.

b) L'arrêt déféré relève que la défenderesse n'a pris aucun renseignement sur les capacités du demandeur. Certes, selon Becker (ad art. 352 CO n. 23), l'incapacité professionnelle de l'employé ne peut être invoquée comme juste motif de résiliation anticipée si l'employeur a négligé de prendre des renseignements à ce sujet, avant l'engagement. Mais encore faut-il que l'absence d'une telle précaution soit causale, c'est-à-dire que le contrat n'eût pas été conclu si elle avait été prise. Or rien de tel n'a été allégué ni partant établi en l'espèce. De surcroît, en engageant un universitaire diplômé, licencié en droit, la défenderesse pouvait admettre que le candidat remplissait les conditions requises, et à plus forte raison qu'il assumait en connaissance de cause des fonctions clairement définies.

c) La cour cantonale reproche à la défenderesse d'avoir attendu des mois durant, après avoir constaté l'incapacité de son employé, pour faire usage de son droit de résiliation, dont elle serait ainsi déchue. C'est cependant méconnaître, comme le relève à juste titre la recourante, l'indépendance de sa succursale et le fait qu'une période de mise au courant de nouveau collaborateur était dans l'ordre des choses. Certes, la surveillance du siège central paraît avoir été bien lâche; mais il était normal qu'ayant engagé un universitaire pour participer à la direction collégiale de la succursale, les administrateurs de la société lui fassent confiance. Ils n'avaient connaissance qu'avec retard des manquements du demandeur. En outre et surtout, la mesure prise à son égard ne s'est finalement imposée qu'en raison de l'accumulation et de l'aggravation progressive des griefs que suscitait son comportement. En particulier, c'est à partir du 15 novembre 1967 seulement que le demandeur a cessé de remplir ses fiches de travail. Compte tenu de toutes ces circonstances, on ne saurait considérer comme tardive la résiliation intervenue le 29 décembre 1967.

d) La juridiction cantonale objecte encore que l'employeur «kündete dann ohne jede vorausgehende Mahnung oder Verwarnung». Mais l'exercice du droit de résiliation fondé sur l'art. 352 CO n'est pas subordonné à un avertissement préalable. En l'espèce, le comportement du demandeur et son laisser-aller dans l'accomplissement de ses devoirs professionnels, à la fin de l'année en particulier, justifiaient un renvoi immédiat sans avertissement.

La recourante étant au bénéfice de l'art. 352 CO, les prétentions de salaire de l'employé au-delà du 1<sup>er</sup> janvier 1968 doivent être rejetées et le montant de 5400 fr. alloué à ce titre par les premiers juges écarté.

4. – La cour cantonale a reconnu le droit du demandeur à son salaire, avec les accessoires prévus par le contrat, pour les trois derniers mois de 1967; elle lui a adjugé à ce titre 6582 fr., soit 3 × 2194 fr. La recourante n'admet devoir à son employé que 5520 fr. (3 × 1840 fr.), somme qu'elle entend compenser avec les dommages-intérêts auxquels elle prétend; elle fait valoir qu'il a pratiquement abandonné son poste durant les trois derniers mois de 1967.

a) La résiliation fondée sur l'article 352 CO ne sortit d'effets que pour l'avenir (ex nunc); partant, le salaire est dû jusqu'à l'expiration des rapports de service (Bekker, ad art. 352 CO) 44; Grässli, Die ausserordentliche Kündigung des Dienstvertrages nach schweiz. recht, thèse Berne 1929, p. 99 et 104). Cela vaut notamment pour les indemnités litigieuses de 300 fr. pour l'usage professionnel d'une voiture privée et de 54 fr. pour un abonnement de train. Ces indemnités, payables mensuellement selon les art. 8 et 9 du contrat, sont dues, à moins que l'employeur n'établisse l'inexistence des frais qu'elles sont destinées à couvrir (cf. Grässli, op. cit., p. 99). Or une telle preuve n'a pas été rapportée en l'espèce, l'affirmation de la recourante selon laquelle l'employé aurait pratiquement abandonné son poste ne trouvant appui ni dans l'arrêt déféré ni dans le dossier.

b) Bien que la recourante ne soulève pas ce moyen, il conviendrait d'examiner si une réduction du salaire ne doit pas être opérée en raison d'une faute de l'employé.

Une telle réduction ne saurait être fondée sur l'article 353 ni sur l'article 328, alinéa 2 CO; ces dispositions concernent en effet de véritables dommages-intérêts, et non pas la rémunération du travail comme telle (cf. Oser/Schönenberger, ad. art. 353 CO n. 4; Becker, ad. art. 353 CO n. 1; Grässli, op. cit., p. 107 s.). Le caractère alimentaire et partant la sécurité du salaire, promue par notre système légal, impliquent en principe qu'il soit versé intégralement jusqu'à la fin du contrat. Une réduction fondée sur l'article 44 CO n'est pas admissible. Le salaire ne pourrait être diminué ici que par compensation avec des dommages-intérêts dus à l'employeur, et ce dans les limites de l'article 340 CO. (...)

En l'espèce, la défenderesse doit au demandeur, sous réserve de compensation avec d'éventuels dommages-intérêts, l'entier du salaire afférent au dernier trimestre 1967, soit 3 × 2194 fr., ce qui fait au total 6582 fr. Compte tenu du montant incontesté de 15 fr. pour frais de déplacement de l'employé, la demande doit être admise à concurrence de 6597 fr.

5. – La défenderesse invoque à l'appui de ses prétentions en dommages-intérêts les articles 353 CO et 5 du contrat du 4 janvier 1967. Elle réclame le remboursement de la moitié du déficit subi par sa succursale en 1967, soit 23 980 fr. après compensation avec le salaire qu'elle reconnaît devoir à son employé pour le dernier trimestre 1967.

a) Aux termes de l'article 353 CO, la partie qui a donné lieu à la résiliation anticipée en n'observant pas les clauses du contrat doit la réparation intégrale du dommage causé. Cette disposition règle les conséquences de la résiliation fondée sur l'article 352 CO. Le dommage consiste dans l'intérêt positif qu'aurait eu la partie adverse – ici l'employeur – à l'exécution du contrat jusqu'au plus prochain terme normal de congé: frais nécessités par le remplacement de l'employé renvoyé perte de rendement, par exemple (Oser/Schönenberger, ad. art. 353 CO n. 3 et 7; Bekker, ad art. 353 CO n. 1 et 7; Grässli, op. cit., p. 102 ss.; Paul Schwartz, Einführung in die Praxis des Dienstvertragsrechts, p. 91). En l'espèce, la défenderesse ne fait manifestement pas valoir un dommage de cette nature puisqu'elle

demande réparation d'un préjudice antérieur à la résiliation. Or l'article 353 CO ne saurait s'appliquer à un tel préjudice, car il ferait alors double emploi avec l'article 328, alinéa 2 CO.

b) L'article 5 du contrat du 4 janvier 1967, aux termes duquel «le collaborateur répond de tous dommages causés à la société, soit intentionnellement, soit par négligence, soit par imprudence», a pratiquement la même teneur que l'article 328, alinéa 2 CO. Cette disposition, qui fait répondre l'employé du dommage causé à l'employeur par sa faute, est indépendante de la résiliation anticipée et de ses conséquences. Comme l'article 353 CO, l'article 328, alinéa 2 CO est un cas d'application de l'article 97 CO; il appartient au demandeur de prouver le dommage, son montant, la violation par l'employé de ses obligations contractuelles et le rapport de causalité entre cette violation et le dommage (Oser/Schönenberger, ad art. 328 CO n. 6; Becker, ad art. 328 CO n. 12; Izveren, *Sorgfaltshaltung und Schadenersatzpflicht im Dienstvertragsrecht*, p. 131 s.). Les articles 42 à 44 CO sont également applicable, conférant au juge un large pouvoir d'appréciation (Schwartz, op. cit., p. 33; Izveren, op. cit., p. 132; Miescher, *Die Folgen nicht vertragsgemässer Arbeitsleistung nach dem Dienstvertragsrecht*, thèse Berne 1968, p. 93).

Au cas particulier, il est constant que la succursale de F. a subi en 1967 un déficit de 59 839 fr. 85. Selon le rapport d'expertise, ce déficit comprend des pertes sur débiteurs de 22 362 fr. 90 et un manque de rendement de 37 476 fr. 95. S'agissant des pertes sur débiteurs, la recourante se borne à faire valoir à l'appui de ses prétentions que l'intimé était juriste et que le contentieux était particulièrement son affaire. Elle n'indique pas de quels montants en particulier elle entend le rendre responsable. Or il n'est pas exclu que ces pertes résultent, tout au moins en partie, de travaux antérieurs à l'engagement de

l'intimé, qu'elles soient imputables à un autre collaborateur, ou encore qu'elles aient été inévitables. Au surplus, comme le relève la cour cantonale, l'intimé n'était pas responsable de l'insolvabilité des débiteurs, même s'il n'est pas à l'abri de tout reproche à cet égard. Quant au manque de rendement de la succursale, la recourante affirme que son employé, «de son aveu et aux dires des témoins, en est le principal responsable». Cette affirmation contredit la constatation de l'arrêt déféré selon laquelle «die mangelnde Rendite von Fr. 37 476.95 erklärt sich weitgehend oder fast ausschliesslich aus anderen Gründen». Or la recourante ne prétend pas que cette constatation repose manifestement sur une inadvertance, ou que des dispositions fédérales en matière de preuve aient été violées; son allégation ne saurait dès lors être retenue (art. 63 al. 2 OJ). Elle ne fournit au demeurant aucun élément qui permette de déterminer la part de manque de rendement constaté qui serait imputable à l'intimé. La recourante n'ayant établi ni le dommage dont elle demande réparation, ni le rapport de causalité entre de dommage et la violation par l'employé de ses obligations contractuelles, ses prétentions en dommages-intérêts doivent être rejetées.

*Par ces motifs, le Tribunal fédéral:*

1. Prend acte de ce que le chiffre 2 du dispositif de l'arrêt rendu le 12 novembre 1970 par le Tribunal cantonal valaisan est entré en force de chose jugée;
2. Admet partiellement le recours et annule l'arrêt attaqué dans la mesure où il n'est pas entré en force de chose jugée;
3. Condamne la défenderesse F. à payer au demandeur L. 6597 fr. avec intérêt à 5% dès le 6 février 1968;
4. Constate que les montants adjugés de part et d'autre sont compensables dès leurs exigibilité.

(RO 97 II pp. 142-152)