[AZA 0/2]

4C.100/2001

Ie COUR CIVILE
****

12 juin 2001

Composition de la Cour: MM. Walter, président, Leu
et Corboz, juges. Greffière: Mme Aubry Girardin.

_____

Dans la cause civile pendante
entre
X._____ S.A. en liquidation concordataire, défenderesse et recourante, représentée par Me Filippo Ryter, avocat à Lausanne,

et

1. G._____, demandeur et intimé, représenté par Me Marcel
Bersier, avocat à Genève,
2. la Caisse de chômage de l'Association des commis de
Genève, rue du Perron 10, à Genève, intervenante;

(contrat de travail; résiliation immédiate
pour justes motifs; dommages-intérêts)
Vu les pièces du dossier d'où ressortent
les faits suivants:

A.- Par contrat du 18 mars 1998, la Compagnie de navigation aérienne X._____ S.A. (ci-après: X._____) a engagé G._____ en qualité de chef de cabine pour un salaire mensuel brut de 4'400 fr. A l'expiration d'une période d'essai de 3 mois débutant le 1er avril 1998, le contrat était réputé conclu pour trois ans.

Le 7 décembre 1998, X._____ a sollicité et obtenu un sursis concordataire pour une durée de six mois. Ce sursis a été prolongé par la suite.

A la même époque, X._____ a licencié l'ensemble de son personnel.

G._____, qui avait mandaté un avocat avec deux autres collaborateurs, a protesté en faisant valoir que la résiliation contrevenait à son contrat de travail. Des négociations s'engagèrent avec la direction de la société pour tenter de trouver de nouveaux emplois aux trois intéressés.

Le 5 mai 1999, X._____ a invité G._____ et ses deux collègues à se présenter deux jours plus tard dans le bureau du président du conseil d'administration de X._____, afin de discuter des "possibilités éventuelles de placement". Cette invitation n'était assortie d'aucune menace de licenciement en cas d'absence et ne formulait pas le moindre grief à l'encontre de son destinataire. A cette époque, X._____ avait cessé toutes ses activités.

Prévenu de cette réunion, G._____ a avisé son avocat qu'il se trouvait en déplacement aux États-Unis pour rechercher un emploi.
Le conseil commun des trois employés a aussitôt proposé à X._____ que le rendez-vous soit reporté d'une

dizaine de jours.

Par courrier du 10 mai 1999, X._____ a résilié avec effet immédiat le contrat de travail de G._____ en raison du refus de l'employé de se présenter à la réunion prévue trois jours plus tôt.

B.- Le 25 mai 1999, G._____ a contesté le congé donné avec effet immédiat et il a ouvert action devant le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève, demandant la condamnation de X._____ à lui payer le montant de 129'098 fr. représentant sa rémunération de mai 1999 à mars 2001, ainsi que diverses autres indemnités.

La Caisse de chômage de l'Association des commis de Genève (ci-après: la Caisse de chômage de l'ACG) est intervenue à la procédure en qualité de créancière subrogée pour un montant net de 17'377, 45 fr. correspondant aux allocations versées à G._____ entre mai et novembre 1999.

Le 21 mars 2000, le Tribunal de 1ère instance a homologué le concordat par abandon d'actifs de X._____.

Par jugement du 30 mai 2000, le Tribunal des prud'hommes a rejeté la demande de G._____, considérant que le congé se fondait sur de justes motifs.

Contre ce jugement, G._____ a déposé un appel.
La Caisse de chômage de l'ACG s'est jointe à sa démarche, en amplifiant ses conclusions à concurrence de 47'308, 65 fr.
nets, correspondant aux allocations versées de mai 1999 à octobre 2000.

Par arrêt du 31 janvier 2001, la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes a annulé le jugement attaqué.
Statuant à nouveau, elle a condamné X._____ en liquidation concordataire à payer à G._____ la somme brute de 99'780, 65 fr. pour la perte de salaire entre la seconde moitié du mois de mai 1999 et le 31 mars 2001, sous déduction de 47'308, 65 fr. nets à verser à la Caisse de chômage de l'ACG, et le montant de 715 fr. à titre de remboursement de frais de voyage.

C.- Contre cet arrêt, X._____ en liquidation concordataire (la défenderesse) interjette un recours en réforme au Tribunal fédéral. Elle conclut à l'admission du recours et à la réforme de l'arrêt du 31 janvier 2001 en ce sens que G._____ est débouté de toutes ses conclusions, alors que ses propres conclusions libératoires sont admises.
A titre subsidiaire, elle demande l'annulation de l'arrêt attaqué et le renvoi de la cause à l'autorité cantonale pour qu'elle complète le dossier et statue à nouveau.

Tout en demandant à titre préalable des sûretés pour frais judiciaires et dépens, G._____ (le demandeur) propose que X._____ en liquidation concordataire soit déboutée de l'intégralité de ses conclusions.

Quant à la Caisse de chômage de l'ACG (l'intervenante), elle requiert la condamnation de X._____ en liquidation concordataire à lui payer 60'807 fr. nets correspondant aux indemnités versées pour la période du 11 mai 1999 au 31 mars 2001.

Considérant en droit :

1.- a) Interjeté par la société qui a été condamnée à verser différents montants à son ex-employé ainsi qu'à la caisse de chômage subrogée et dirigé contre un jugement final rendu en dernière instance cantonale par un tribunal supérieur (art. 48 al. 1 OJ) sur une contestation civile dont la valeur litigieuse atteint le seuil de 8'000 fr. (art. 46 OJ), le recours en réforme est en principe recevable, puisqu'il a été déposé en temps utile (art. 54 al. 1 OJ), dans les formes requises (art. 55 OJ).

b) Saisi d'un recours en réforme, le Tribunal fédéral doit conduire son raisonnement sur la base des faits

contenus dans la décision attaquée, à moins que des dispositions fédérales en matière de preuve n'aient été violées, qu'il y ait lieu de rectifier des constatations reposant sur une inadvertance manifeste (art. 63 al. 2 OJ) ou qu'il faille compléter les constatations de l'autorité cantonale parce que celle-ci n'a pas tenu compte de faits pertinents et régulièrement allégués (art. 64 OJ; ATF 126 III 59 consid. 2a et les arrêts cités). Il ne peut être présenté de griefs contre les constatations de fait, ni de faits ou de moyens de preuve nouveaux (art. 55 al. 1 let. c OJ).

Dans la mesure où la défenderesse invoque des faits qui n'ont pas été constatés par la cour cantonale, sans invoquer une exception lui permettant de s'en écarter, son recours n'est pas admissible.

2.- Dans sa réponse, le demandeur sollicite des sûretés pour frais judiciaires et dépens en raison de l'insolvabilité de la défenderesse, conformément à l'art. 150 al. 2 OJ.
Selon la pratique du Tribunal fédéral, la fourniture de telles sûretés ne peut pas être ordonnée pour des frais déjà engagés (ATF 118 II 87 consid. 2; 79 II 295 consid. 3 p. 305). La requête ayant en l'occurrence été déposée en même temps que le mémoire de réponse au recours, elle est devenue sans objet, puisque les juges ont tranché par voie de circulation (art. 36b OJ), de sorte que le demandeur n'a pas eu à supporter de frais supplémentaires.

3.- Quant à la réponse de l'intervenante, elle consiste uniquement à demander la condamnation de la défenderesse à lui payer 60'807 fr. nets, somme qui correspondrait aux indemnités versées au demandeur pour la période du 11 mai 1999 au 31 mars 2001. On peut se demander si cette conclusion, qui porte sur un montant dépassant celui alloué à l'intervenante dans l'arrêt entrepris, ne devrait pas être assimilée à un recours joint au sens de l'art. 59 al. 2 OJ.
Cette question peut toutefois demeurer indécise, car, s'il s'agit d'un recours joint, l'intervenante se doit de respecter les prescriptions de formes applicables à l'acte de recours (cf. art. 59 al. 3 OJ). Or, dépourvue de toute motivation, cette écriture ne répond manifestement pas aux exigences de l'art. 55 al. 1 OJ et ne peut donc constituer un recours joint recevable.

4.- La défenderesse, se fondant sur l'art. 24 PCF, demande la jonction des procédures pendantes devant le Tribunal fédéral concernant ses trois employés.

Sur la base de cette disposition, applicable à titre subsidiaire aux procédures de recours au Tribunal fédéral (art. 40 OJ), la jonction de recours dirigés contre plusieurs parties peut effectivement être ordonnée (Jean-François Poudret, COJ I, Berne 1990, art. 40 OJ no 2 p. 343). On ne voit cependant pas quel intérêt pourrait avoir la défenderesse à cette jonction, dès lors qu'elle a de toute façon déposé trois recours en réforme distincts à l'encontre de chacun des arrêts cantonaux. Au demeurant, si les prétentions formées par les trois employés ont le même fondement juridique, elles se rapportent à des salaires et à des circonstances différentes, de sorte qu'il n'apparaît pas adéquat de joindre ces trois causes au stade du recours en réforme.

5.- Invoquant une violation de l'art. 337 CO, la défenderesse reproche à la cour cantonale d'avoir refusé d'admettre l'existence de justes motifs de résiliation immédiate.
Tout en soulignant que l'opinion des juges est en principe conforme à la jurisprudence, la défenderesse soutient qu'il aurait fallu tenir compte du fait que le contrat de travail en cause était de durée déterminée.

a) Selon l'art. 337 al. 1 1ère phrase CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs. Doivent notamment être considérées comme tels toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (cf. art. 337 al. 2 CO).

Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive.
D'après la jurisprudence, seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat; si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement (ATF 127 III 153 consid. 1a et les références citées).
Par manquement du travailleur, on entend la violation d'une obligation découlant du contrat de travail (ATF

121 III 467 consid. 4d p. 472 et les arrêts cités).
Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs (art. 337 al. 3 CO ab initio). Il applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC). A cet effet, il prendra en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position et la responsabilité du travailleur, le type et la durée des rapports contractuels, ainsi que la nature et l'importance des manquements (ATF 116 II 145 consid. 6a p. 150; 111 II 245 consid. 3). Le Tribunal fédéral ne revoit qu'avec réserve la décision d'équité prise en dernière instance cantonale. Il intervient lorsque celle-ci s'écarte sans raison des règles établies par la doctrine et la jurisprudence en matière de libre appréciation, ou lorsqu'elle s'appuie sur des faits qui, dans le cas particulier, ne devaient jouer aucun rôle, ou encore lorsqu'elle n'a pas tenu compte d'éléments qui auraient absolument dû être pris en considération; il sanctionnera en outre les décisions rendues en vertu d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'elles aboutissent à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante (ATF 127 III 153 consid. 1a p. 155; 123 III 246 consid. 6a; 122 III 262 consid. 2a/bb p. 267).

b) Il ressort des faits constatés par la cour cantonale, d'une manière qui lie le Tribunal fédéral en instance de réforme (art. 63 al. 2 OJ), que c'est à la suite du refus du demandeur, qui se trouvait aux États-Unis, de se rendre à une réunion à laquelle il avait été convoqué par la défenderesse deux jours plus tôt en compagnie de deux de ses collègues pour discuter de leurs possibilités éventuelles de placement que le contrat de travail a été résilié avec effet immédiat.
La convocation ne comportait aucune menace de licenciement en cas d'absence et ne formulait pas le moindre grief à l'encontre de son destinataire. A cette époque, la défenderesse, qui avait cessé toutes ses activités, n'avait nul besoin de faire appel aux services de ses collaborateurs. Quant au demandeur, il a été prouvé que, s'il se trouvait aux États-Unis à la date fixée par la défenderesse, c'était afin de rechercher un emploi. Enfin, l'avocat des trois employés a tout de suite proposé un rendez-vous de remplacement.

c) Dans ces circonstances, on ne voit pas que la cour cantonale ait abusé de son pouvoir d'appréciation en considérant qu'il n'y avait pas de motifs de résiliation immédiate de la part de l'employeur.

Le refus du demandeur, lié à son absence, de se rendre à la convocation fixée par son employeur constitue certes un manquement à ses obligations contractuelles (cf.
art. 321d CO; Wilhelm Schönenberger/Adrian Staehelin, Commentaire zurichois, art. 321d CO no 23). Contrairement à ce que soutient la défenderesse, ce manquement, pris isolément, ne saurait toutefois être qualifié de grave, compte tenu du fait que la société, qui n'exerçait alors plus d'activité, n'avait pas besoin de ses collaborateurs, qu'elle n'a formulé aucun grief à leur encontre dans la convocation, que le demandeur était dans l'impossibilité de se rendre au rendez-vous fixé en raison d'une recherche d'emploi aux États-Unis, mais que son avocat a tout de suite proposé une date de remplacement à l'employeur. Le refus de se rendre à la convocation de celui-ci n'aurait donc justifié une résiliation immédiate que s'il s'était répété malgré un avertissement (cf. ATF 127 III 153 consid. 1b p. 156 s.), ce qui n'a pas été retenu.

d) Ce raisonnement ne saurait être modifié au motif que le contrat de travail en cause, conclu pour une durée déterminée de trois ans à partir du 1er juillet 1998, aurait encore duré plus de deux ans après le congé. Il est vrai que la longueur des rapports contractuels fait partie des éléments qui peuvent entrer en considération dans l'appréciation des justes motifs de résiliation immédiate (cf. ATF 116 II 145 consid. 6a p. 150) et il convient d'admettre que, si la durée résiduelle du contrat est courte, on peut se montrer plus exigeant quant à l'existence de tels motifs (cf. Manfred Rehbinder, Commentaire bernois, art. 337 CO no 2 p. 125; Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5e éd. Zurich 1992, art. 337 CO no 16; Christiane Brunner/Jean-Michel Bühler/Jean-Bernard Waeber, Commentaire du contrat de travail, 2e éd. Lausanne 1996, art. 337 CO no 12). Le fait que l'employeur se soit lié durant une période relativement longue par un contrat de durée déterminée ne lui permet cependant pas de déroger au caractère exceptionnel de l'art. 337 CO en utilisant cette disposition pour se libérer de ses obligations, alors que, comme en l'espèce, le manquement n'a de toute façon pas la gravité suffisante pour
justifier un licenciement immédiat.

La cour cantonale a donc fait une application correcte de l'art. 337 CO.

6.- A titre subsidiaire, la défenderesse invoque une violation de l'art. 337c al. 2 CO. Elle reproche en substance à la cour cantonale d'avoir admis que les recherches d'emploi du demandeur étaient suffisantes, de n'avoir pas tenu compte de la formation professionnelle accomplie par celui-ci, alors qu'elle avait pris cet élément en considération dans le cas d'un autre employé, et, enfin, d'avoir calculé l'indemnité due jusqu'au 31 mars 2001, en ignorant si, jusque-là le demandeur aurait retrouvé du travail ou tenté de réduire son dommage.

a) L'art. 337c CO prévoit qu'en cas de licenciement immédiat injustifié, le travailleur a droit à ce qu'il aurait gagné, si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé ou à la cessation du contrat conclu pour une durée déterminée (al. 1). On impute sur ce montant ce que le travailleur a épargné par suite de la cessation du contrat de travail ainsi que le revenu qu'il a tiré d'un autre travail ou le revenu auquel il a intentionnellement renoncé (al. 2).

L'imputation prévue à l'art. 337c al. 2 CO est une expression du principe général selon lequel celui qui subit un dommage doit faire tout ce que l'on peut raisonnablement exiger de lui pour le réduire (art. 44 al. 1 CO; Pierre Tercier, Les contrats spéciaux, Zurich 1995, no 2911). Pour déterminer si le travailleur a renoncé intentionnellement à un revenu, il faut tenir compte des circonstances du cas (Max Fritz, Les nouvelles dispositions sur le congé dans le droit du contrat de travail, Zurich 1988, art. 337c CO no 2). La charge de la preuve appartient en principe à l'employeur, étant précisé que le travailleur doit aussi, en vertu du principe de la bonne foi, collaborer à l'établissement des faits (cf. Adrian Staehelin, Commentaire zurichois, art. 337c CO no 25).

b) En l'occurrence, il a été constaté que rien ne démontrait que le demandeur se serait vu offrir un emploi auprès d'une autre compagnie aérienne en décembre 1998 et il n'a pas été établi qu'il aurait refusé à l'époque ou dans les mois qui ont suivi un autre poste de travail. Les juges ont en outre retenu, sur la base du dossier de recherches d'emploi produit par le demandeur, que celui-ci avait effectué des démarches utiles en vue de retrouver un nouveau travail et que la défenderesse n'avait ni démontré, ni même rendu vraisemblable que son ancien collaborateur aurait manifesté de la mauvaise volonté ou qu'il se serait montré négligent.
En pareilles circonstances, c'est à juste titre que la cour cantonale a admis que l'on ne pouvait reprocher au demandeur d'avoir intentionnellement renoncé à un revenu. Les critiques de la défenderesse à cet égard sont au demeurant de nature essentiellement appellatoire et consistent en une remise en question des faits tels que retenus, ce qui n'est pas admissible dans la présente procédure (cf. supra consid. 1b).
c) Après des recherches infructueuses dans le secteur du personnel de cabine, le demandeur a complété ses qualifications professionnelles en obtenant un "certificat genevois de capacité" en mai 2000. On ne voit pas que cet élément puisse le pénaliser sous l'angle de l'art. 337c al. 2 CO, dès lors qu'il n'a nullement été constaté que cette formation serait incompatible avec la poursuite de recherches d'emploi ni que le demandeur aurait abandonné ses démarches durant celle-ci. La comparaison invoquée par la défenderesse avec un autre employé licencié est dépourvue de toute pertinence, dès lors que, selon les faits retenus, ce dernier n'a, à l'inverse du demandeur, produit aucun justificatif démontrant qu'il recherchait un emploi, mais a au contraire laissé entendre qu'il avait uniquement utilisé cette période pour obtenir un brevet de pilote.

d) Il reste à se demander si la cour cantonale pouvait, par arrêt du 31 janvier 2001, déterminer le montant auquel avait droit le demandeur jusqu'à la fin du mois de mars 2001.

La prétention du travailleur fondée sur l'art. 337c al. 1 CO est une créance en dommages-intérêts (arrêt du Tribunal fédéral du 21 octobre 1996, publié in SJ 1997 p. 149, consid. 3b p. 154; ATF 117 II 270 consid. 3b). Il s'agit de calculer le revenu hypothétique de l'employé durant le délai de congé (ATF 125 III 14 consid. 2b p. 17) ou jusqu'à la fin du contrat de durée déterminée (Rehbinder, op. cit. , art. 337c CO no 2 p. 159). Cette créance est immédiatement exigible (Brunner/Bühler/Waeber, op. cit. , art. 337c no 6), ce qui ne va pas sans poser des difficultés procédurales (cf.
Streiff/von Kaenel, op. cit. , art. 337c CO no 14) et matérielles, en particulier lorsque, comme en l'espèce, le contrat a été conclu pour une longue durée et que le jugement fixant les dommages-intérêts est rendu avant le moment auquel le contrat aurait normalement dû prendre fin (Rehbinder, op.

cit. , art. 337c CO no 5). Dans ce cas de figure, il n'est pas possible de fixer de manière exacte le montant des dommages-intérêts à allouer pour la période qui reste à courir, puisque la question d'une éventuelle imputation au sens de l'art. 337c al. 2 CO demeure indécise. L'incertitude quant au montant à allouer est d'autant plus grande que le travailleur en cause, à l'instar du demandeur, n'a pas encore retrouvé un nouvel emploi au moment du jugement. Cette situation a cependant été envisagée par le législateur, qui a prévu, à l'art. 42 al. 2 CO, que, lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée. La cour cantonale pouvait donc parfaitement se livrer à une estimation s'agissant des dommages-intérêts dus pour une période postérieure à l'arrêt attaqué, sans violer l'art. 337c al. 2 CO.

En outre rien n'indique qu'en procédant à cette estimation les juges aient méconnu les principes juridiques à la base du pouvoir d'apprécier les faits que leur confère l'art. 42 al. 2 CO (cf. sur ce point ATF 126 III 388 consid. 8a; 122 III 219 consid. 3), ce qui n'est du reste nullement invoqué.

Dans ces circonstances, le recours doit être rejeté et l'arrêt attaqué confirmé.

7.- Comme la valeur litigieuse, selon la prétention du demandeur à l'ouverture de l'action (ATF 115 II 30 consid. 5b p. 41; 100 II 358 consid. a), dépasse 30'000 fr., la procédure n'est pas gratuite (art. 343 al. 2 et 3 CO dans sa version du 15 décembre 2000 entrée en vigueur le 1er juin 2001; RO 2001 p. 1048 s.).

Les frais et dépens seront mis à la charge de la défenderesse qui succombe (art. 156 al. 1 et 159 al. 1 OJ).
Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens à l'intervenante (art. 159 al. 2 OJ), dont les observations ne sont au demeurant pas recevables sous l'angle du recours joint (cf. supra con-sid. 3).

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral :

1. Rejette le recours et confirme l'arrêt attaqué;

2. Met un émolument judiciaire de 5'000 fr. à la charge de la défenderesse;

3. Dit que la défenderesse versera au demandeur une indemnité de 6'000 fr. à titre de dépens;

4. Communique le présent arrêt en copie aux parties et à la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève (cause n°C12522/1999-3).

Lausanne, le 12 juin 2001ECH

Au nom de la Ie Cour civile
du TRIBUNAL FÉDÉRAL SUISSE:
Le Président, La Greffière,