



T _____
Dom. élu : Me Christian FISCHELE
Rue du Clos 5-7
1207 Genève

E _____ SA
Dom. élu : FER-SAJEC
Me Olivia GUYOT
Rue de Saint-Jean 98
Case postale 5278
1211 Genève 11

**Partie appelante et intimée sur
appel incident**

**Partie intimée et appelante sur
incident**

D'une part

D'autre part

ARRET

du 23 décembre 2009

M. Daniel DEVAUD, président

Mme Véronique STOFER et M. Michel EMERY, juges employeurs

MM. Pierre-André REBETEZ et Pierre André THORIMBERT, juges salariés

Mme Sima PHIALON, greffière d'audience

EN FAIT

- A.** Par acte déposé au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 14 avril 2009, T_____ appel du jugement rendu le 6 mars 2009 par le Tribunal des prud'hommes, notifié aux parties le 9 mars 2009 par pli recommandé et reçu le 11 mars 2009 au domicile élu de celui-ci.

T_____ conteste uniquement le montant de l'indemnité allouée pour la résiliation immédiate injustifiée. Il conclut à l'annulation du chiffre 9 du dispositif du jugement susmentionné qui condamne E_____SA à lui payer la somme net de 3'000 fr. avec intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 17 février 2008 et conclut à la condamnation de E_____SA au paiement d'une indemnité d'un montant de 23'402 fr. 15, avec intérêt à 5% l'an dès le 5 février 2008 correspondant à 5 mois de salaire brut, y compris le 13^{ème} salaire au pro rata et demande le déboutement de l'intimée de toutes autres de ses conclusions.

A l'appui de sa demande, T_____ invoque les conditions injustes de son licenciement ainsi que les effets économiques désastreux engendrés par la perte de son emploi, notamment son incapacité à assumer ses charges familiales. Au surplus, il mentionne les conséquences sur sa santé physique et psychique, soit une aggravation de son hypertension artérielle ainsi qu'un état dépressif réactionnel constaté par deux certificats médicaux déposés le jour de l'audience de comparution personnelle, soit le 18 novembre 2008.

- B.** En réponse, E_____SA forme un appel incident dirigé contre le jugement querellé. E_____SA conteste le chiffre 9 du dispositif dudit jugement et conclu à son annulation. Au surplus, elle demande qu'il lui soit donné acte de ce qu'elle paiera à l'appelant la somme brut de 12'697 fr. 25 avec intérêts à 5% l'an dès le 17 février 2008, sous déduction de la somme nette de 7'288 fr. 25 due à la Caisse de chômage Unia, ainsi que de ce qu'elle paiera à la Caisse de chômage Unia la somme nette de 7'288 fr. 25 avec intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 1^{er} mai 2008. Enfin, elle conclut à la confirmation du jugement du Tribunal des prud'hommes du 6 mars 2009 pour le surplus et demande le déboutement de l'appelant de toutes ses conclusions.

A l'appui de ses conclusions, E_____SA mentionne que les certificats médicaux faisant état de la santé physique et psychique de l'appelant ont été écartés de la procédure par le premier juge, car produits le jour de l'audience de comparution personnelle du 18 novembre 2008. De plus, T_____ était atteint dans sa santé bien avant son licenciement. Par conséquent, il n'existe aucune relation de causalité entre le licenciement et les problèmes de santé de ce dernier. Elle soutient que T_____ avait décidé de ne plus offrir ses services, notamment en ne réintégrant pas son poste de travail à la date prévue. Ainsi, le licenciement est intervenu en raison du propre comportement de T_____ et aucune indemnité ne doit lui être allouée.

C. Le 6 juillet 2009, en réponse à l'appel incident, T_____ conclut à l'irrecevabilité de l'appel incident et demande que la sanction de l'art. 40 let. c LPC soit prononcée à l'encontre de E_____SA. Il conteste l'abandon de poste et mentionne que le chargé de pièces contenant les certificats médicaux avait été contresigné par l'intimée avant que celle-ci ne se rétracte. Il conclut également au déboutement de l'appelante sur incident de toutes autres conclusions

D. Les éléments suivants résultent du dossier :

a. Par contrat de travail écrit du 8 décembre 2003, T_____, né le 26 octobre 1957, a été engagé à plein temps en qualité d'ouvrier au sein de l'atelier des Mines, dans le département Couleur de E_____SA, à compter de cette date pour une durée indéterminée.

b. La Convention collective de travail pour le personnel d'exploitation conclu par E_____SA avec le syndicat Unia, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006 et valable jusqu'au 31 décembre 2008, est applicable au présent contrat de travail.

Un salaire mensuel brut de base avait été fixé à 3'700 fr. auquel s'ajoutait un bonus de 227 fr. garanti les six premiers mois de travail, ce qui constituait un salaire mensuel brut de 3'927 fr. payable treize fois l'an. Par la suite, le montant du bonus pouvait varier en fonction des objectifs à atteindre et d'un rapport d'appréciation établi annuellement faisant le point sur lesdits objectifs. Lorsque les objectifs étaient atteints à hauteur de 100%, cette partie variable du salaire correspondait à

7% du salaire mensuel brut de base. Le bonus était réduit à zéro si l'atteinte des objectifs était inférieure ou égale à 70%.

E_____SA contribuait au paiement de la cotisation de base pour l'assurance maladie par le versement d'une allocation mensuelle de 160 fr. douze fois l'an. Une indemnité de 13 fr. pour l'entretien des habits de travail était versée douze fois l'an et une déduction de 20 fr. par mois était également effectuée douze fois l'an sur le salaire mensuel comme contribution de solidarité. La durée du travail hebdomadaire était de 41 heures auxquelles s'ajoutent le cas échéant les fractions d'heures nécessaires à la compensation des ponts éventuels. Le délai de congé était fixé à un mois pour la fin d'un mois au cours de la première année de service et de deux mois pour la fin d'un mois de la deuxième à la neuvième année de service, puis de trois mois pour la fin d'un mois dès la dixième année de service. Concernant la durée du travail, un solde de plus ou moins 20 heures était autorisé.

Le dernier salaire mensuel brut de T_____, soit au mois de janvier 2008, s'élevait à 4'320 fr. 40 (salaire mensuel de base : 3'890 fr. ; bonus mensuel : 257 fr. 40 ; indemnité pour entretien d'habits de travail : 13 fr. ; contribution au paiement de l'assurance maladie de base : 160 fr.).

c. T_____ a fait l'objet de trois avertissements écrits remis en mains propres. Le 15 février 2006, il a reçu un premier avertissement écrit pour son absence injustifiée du 31 janvier 2006 après cinq semaines de vacances. Au surplus, le solde de ses heures négatives, soit 47 heures et 83 centièmes, a également fait l'objet dudit avertissement. Le 12 mai 2006, un deuxième avertissement écrit lui a été signifié mentionnant que le rattrapage du solde négatif de 47 heures et 83 centièmes n'avait pas été effectué, puisqu'il lui restait, à compter du 5 mai 2006, un solde de 30 heures et 85 centièmes. Le rattrapage n'avait pas été effectué en raison d'une absence pour cause de maladie fin avril et de nombreuses absences de quelques heures par semaines pour des rendez-vous personnel. Enfin le 18 juin 2007, un dernier avertissement écrit exigeait qu'il rattrape ses heures négatives dont le solde était de 3,58 heures au 8 juin 2007.

d. En date du 28 septembre 2006, un prêt provenant du Fonds de solidarité a été octroyé à T_____ afin que ce dernier puisse participer aux frais occasionnés par

les funérailles de son père au Z_____. A cet effet, un montant total de 3'000 fr., soit 500 fr. à titre de don et 2'500 fr. à titre de prêt sans intérêts lui a été accordé.

e. Par courrier du 18 avril 2007, E_____SA a remis à T_____ une attestation de travail mentionnant qu'il faisait l'objet d'une saisie sur salaire mensuelle de 1'050 fr., ainsi qu'une saisie de 600 fr. sur le treizième salaire pour le paiement d'une pension alimentaire.

f. A la fin de l'année 2007, T_____ avait prévu de se rendre au Z_____ et a donc pris des vacances du 22 décembre 2007 au 6 janvier 2008, soit 8 jours ouvrables sachant que les 25 et 31 décembre ainsi que le 1^{er} janvier sont comptés comme des jours fériés officiels.

g. Pendant son séjour au Z_____, T_____ est tombé malade. Il a été hospitalisé d'urgence au Centre Hospitalier Universitaire de Y_____ du 29 décembre 2007 au 11 janvier 2008 pour neuro paludisme. Un certificat médical daté du 11 janvier 2008 lui prescrivait un repos médical de vingt-et-un jours, soit jusqu'au 1^{er} février 2008. Le certificat médical a été remis à E_____SA par le mari de la cousine de T_____ qui est également un collègue de travail.

h. Dans un rapport médical du 2 février 2008, le Dr. A_____ a décrit l'état de santé de T_____ lors de son arrivée aux urgences. Ce dernier souffrait d'un paludisme grave dans sa forme hémolytique avec l'émission d'urine rouge porto. Afin de consolider la guérison de T_____, ledit médecin a également émis un certificat médical attestant de la nécessité d'un repos supplémentaire de deux semaines, soit du 2 au 16 février 2008. Ce certificat n'a été remis à E_____SA que le 21 février 2008.

i. Le 5 février 2008, E_____SA a résilié avec effet immédiat pour justes motifs le contrat de travail de T_____, constatant que ce dernier avait abandonné son poste de travail. En effet, T_____ ne s'était pas présenté à son travail le 1^{er} février 2008, date à laquelle le temps de repos prescrit par le certificat médical du 11 janvier 2008 avait expiré. De plus, E_____SA était sans nouvelle de son employé.

j. De retour en Suisse le 17 février 2008, T_____ a pris connaissance de la lettre

de licenciement de E_____SA.

k. Le 18 février 2008, E_____SA a renvoyé à T_____ ses effets personnels qui se trouvaient dans les casiers du vestiaire et demandé le retour des clefs des casiers, ainsi que de ses habits de travail.

l. Le 20 février 2008, le conseil de T_____ a contesté la résiliation des rapports de travail. Il a demandé la réintégration immédiate de son client et mentionné que ce dernier se tenait à disposition de son employeuse pour reprendre le travail.

m. Le 26 février 2008, le conseil de T_____ a répété la contestation de la résiliation des rapports de travail en indiquant que son client avait contracté une forme de paludisme grave et que de ce fait il n'avait pas été en mesure de se présenter à son travail à la date prévue. Par conséquent, ne s'agissant pas d'un abandon de poste, le congé était nul et il se tenait ainsi à disposition de son employeuse.

n. Le 27 février 2008, T_____ a fait parvenir à E_____SA ses clefs de vestiaire et un formulaire de la Caisse de chômage à remplir et lui retourner avec ses fiches de salaires. Il précisait également que ses habits de travail étaient restés dans son casier. A la même date, E_____SA a établi un décompte de salaire pour le mois de février. En raison des nombreuses déductions effectuées sur son salaire, notamment pour des heures d'absence non payées, il résultait un solde nul en faveur de T_____.

o. Par demande déposée au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 21 juillet 2008, T_____ a assigné E_____SA en paiement, principalement, de 23'042 fr. 25 brut, plus intérêts moratoire au taux de 5% l'an dès le 30 juin 2008, à titre d'arriérés de salaire du 5 février au 30 juin 2008 et de 4'320 fr. 40 brut par mois à titre de salaire dès le mois de juillet 2008 et jusqu'à la résiliation régulière et légale du contrat de travail ; subsidiairement, il a conclu au paiement de 38'426 fr. 45 brut, avec intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 5 février 2008. Ladite somme se compose de 15'024 fr. 30 à titre de salaire et d'indemnité de vacances durant le délai de congé et de 23'402 fr. 15 à titre d'indemnité pour résiliation injustifiée.

p. T_____ a également requis la constatation de la nullité du congé du 5 février 2008 qui lui a été notifié par E_____SA, ainsi que la constatation que le contrat de travail du 8 décembre 2003 déployait toujours ses effets et ce jusqu'à la notification régulière de la fin des rapports de service par l'une des parties. Il a aussi conclu à la constatation que depuis le 18 février 2008, il se tenait à l'entière et immédiate disposition de E_____SA et attendait que celle-ci lui donne la permission de réintégrer son poste. Enfin, il a conclu à la remise d'un certificat de travail de la part de E_____SA.

q. T_____ a fondé sa demande sur la nullité du congé intervenu le 5 février 2008 pendant une période de protection. Il était encore en arrêt maladie à cette date. Au surplus, le congé s'apparentait à une résiliation immédiate injustifiée pour laquelle il devait être indemnisé. Finalement, il invoquait avoir subi un tort moral, car il ne pouvait plus verser la pension alimentaire pour ses enfants du fait de sa situation économique catastrophique et se retrouvait ainsi pris à partie dans une procédure d'avis aux débiteurs intentée par son ex-épouse.

r. Par courriers des 14 août, 23 septembre, 15 octobre 2008 et 24 juillet 2009, la Caisse de chômage Unia s'est subrogée en application de l'art. 29 LACI dans les droits de T_____ contre E_____SA et conclu à ce que E_____SA soit condamnée à lui payer le montant de 7'288 fr. 25, plus intérêts 5% l'an dès le 1^{er} mai 2008, correspondant aux indemnités versées pour la période du 20 février 2008 au 30 avril 2008.

s. N'étant pas parvenu à un accord lors de l'audience du 13 août 2008, la cause a été renvoyée au Tribunal.

t. En réponse, E_____SA a conclu à la constatation de la validité du licenciement de T_____, ainsi qu'à la constatation que le contrat de travail avait pris fin en date du 18 février 2008.

u. Lors des audiences du 7 octobre et 18 novembre 2008, T_____ a déclaré avoir travaillé jusqu'au 21 décembre 2007, date à laquelle il était parti en vacances au Z_____. A son retour en Suisse, il ne s'était pas représenté à son travail. Il a

précisé qu'il est toujours au chômage. Le premier certificat médical avait été faxé par une autre personne que lui-même. En outre, il n'a pas pu faxer le deuxième certificat médical car il était parti, sur recommandation de son médecin, dans un village où il n'y avait pas de fax. Il avait également expliqué avoir trouvé la lettre de licenciement à son retour du Z____. Paniqué, il avait alors essayé de joindre son avocat qu'il n'a pas pu atteindre tout de suite. Il a indiqué qu'il ne s'était pas rendu chez E____SA pour demander des explications car, ayant déjà assisté au licenciement d'un collègue, il avait peur de se ridiculiser devant ses collègues.

Il avait ensuite reçu par courrier ses affaires personnelles qui étaient restées sur son lieu de travail puis un courrier de E____SA lui demandant de remettre les clefs de son vestiaire. Il avait ainsi renvoyé les clefs accompagnées du formulaire pour la Caisse de chômage. Il ne voulait pas rester sans revenu pour l'entretien de sa famille. Il a également été informé que E____SA était prête à lui payer deux mois de salaire pour mettre fin au litige.

Il a ajouté que ces absences fréquentes lors de ses heures de travail étaient dues à des convocations régulières au tribunal à Lausanne et à des rendez-vous chez le psychiatre. Il avait fait part de sa situation à la Directrice des Ressources Humaines qui lui avait demandé de solliciter son autorisation pour toute absence. Elle lui avait aussi demandé de rattraper ses heures négatives.

Il a indiqué se souvenir d'avoir un solde d'heures négatives au mois de décembre. Par ailleurs, son employeuse lui avait quand même accordé des vacances jusqu'au 8 janvier 2008. Il avait également mentionné avoir eu des problèmes de tension qui sont apparus au cours de son emploi chez E____SA. Il avait précisé avoir été suivi par le médecin d'entreprise qui lui avait prescrit des médicaments pour baisser la tension.

Pour sa part, E____SA qui était représentée par sa Directrice des Ressources Humaines, avait déclaré avoir bien reçu le premier certificat médical qui lui avait été faxé en date du 15 janvier 2008 et avait reçu l'original le 20 février 2008. En revanche, elle n'avait pas reçu d'appel de Monsieur B____ l'informant que son employé était gravement malade. Ce n'était que suite à un contact avec une personne de Zürich qu'elle avait pu savoir que son employé était malade et avait

pu obtenir le certificat médical. Le 18 février 2008, elle avait appelé le médecin au Z_____ qui lui avait dit qu'il n'avait pas revu T_____ depuis sa sortie de l'hôpital. Le 21 février 2008, elle avait reçu le deuxième certificat médical daté du 2 février 2008. Elle n'avait pas contacté son employé après avoir reçu la lettre de son conseil le 20 février 2008. Elle attendait qu'il revienne de lui-même à son travail. Dans un courrier du 23 mai 2008, elle avait proposé à son employé l'équivalent de trois mois de salaire pour mettre fin au litige.

Enfin, elle a indiqué que selon le badge de son employé, ce dernier avait 23,45 heures négatives. S'agissant de la fiche de salaire du mois de février 2008, le solde de vacances avait été payé. Ayant été malade pendant ses vacances, les jours de vacances ont été recrédités sur sa fiche de salaire. Par ailleurs, une retenue correspondant au solde des heures négatives avait été effectuée.

Dans le cadre des enquêtes effectuées par le Tribunal, C_____, électricien, entendu à titre de renseignements, avait indiqué qu'il avait eu des nouvelles de T_____ par un téléphone de sa belle-mère, sœur de T_____, l'informant de sa maladie. Elle lui avait demandé de prendre contact avec D_____, employée de E_____SA. Il avait confirmé le fait qu'il est très difficile d'envoyer des fax depuis le Z_____, également depuis la capitale, car le courant est souvent coupé.

F_____, ancien employé de E_____SA et ami de T_____. Il a travaillé avec T_____ en 2003 chez E_____SA. T_____ entretenait de bonnes relations tant avec ses collègues qu'avec ses supérieurs hiérarchiques. En tant que samaritain d'entreprise, il avait constaté des problèmes de santé chez T_____, notamment dus à des problèmes personnels. Son contrat de travail avec E_____SA avait pris fin mi 2005. Il n'avait pas eu le sentiment d'un respect de sa personnalité lors de son départ. Il n'avait pas intenté d'action judiciaire contre E_____SA et il a retrouvé du travail.

D_____, employée de E_____SA depuis le 1^{er} octobre 2003, avait indiqué travailler pour les Ressources Humaines de l'entreprise. Elle s'occupait des absences et des certificats médicaux. Elle avait été informée par les supérieurs hiérarchiques de T_____ que ce dernier avait été hospitalisé au Z_____ et de ce fait était absent le 9 janvier 2008. Le 14 janvier 2008, elle avait reçu un appel

téléphonique l'informant de la maladie de T____, puis confirmée le lendemain par un premier certificat médical. Le 21 février 2008 un deuxième certificat médical lui est parvenu. Les collaborateurs devaient avertir l'entreprise de leur maladie dès le premier jour et fournir un certificat médical dès le troisième jour.

Elle a aussi indiqué que T____ avait bénéficié, en 2004 et 2006, d'un prêt du Fonds de solidarité. Le deuxième prêt était en partie un don. T____ avait également reçu des prestations du Service social inter-entreprise.

Elle a encore mentionné que durant les vacances de Noël en 2004 et 2006, T____ était revenu travailler un jour après ce qui était prévu. Il avait également reçu plusieurs avertissements, car il avait toujours un décompte négatif d'heures, malgré la marge de plus ou moins 20 heures. Début février 2008, elle a essayé de joindre en vain T____ par téléphone. Le 15 février 2008, la lettre de licenciement lui avait été retournée. Le 18 février 2008, suite à un entretien téléphonique avec le médecin du Z____, elle n'a pu obtenir aucune information sur le retour de T____ qui, à la suite de la lettre de son conseil du 20 février 2008, n'a pas repris contact avec elle. Elle apprit par l'ex épouse de T____ que le retour de son employé était prévu pour le 18 février 2008.

G____, infirmière, domiciliée à X____ avait déclaré qu'elle n'avait pas eu connaissance de la maladie de son ex époux. Elle pensait que ce dernier était rentré autour du 15 février de son voyage au Z____, car l'un de ses enfants l'avait joint sur son téléphone portable. Elle avait précisé n'avoir aucun contact avec son ex époux en dehors du cadre du tribunal ou de celui de l'exercice du droit de visite. Le calendrier des droits de visite était géré par H____, curatrice. Il avait vu ses enfants avant de se rendre au Z____. Par ailleurs, aucune visite n'avait été planifiée pour les mois de janvier et février 2008. N'ayant pas reçu le montant habituel des pensions alimentaires, elle avait contacté D____. Cette dernière l'avait informée du licenciement de son ex époux.

I____, ouvrière, avait indiqué savoir que T____ était parti en vacances au Z____, sans connaître la date de son retour. En qualité de présidente de la Commission ouvrière de E____SA, elle participe à la gestion de Fonds de solidarité. T____ avait bénéficié d'un premier prêt de 1'300 fr., d'un deuxième

prêt de 2'500 fr. et d'un don de 500 fr. en raison des difficultés dues à sa situation familiale.

Elle avait précisé qu'en cas d'absence pour maladie, l'employé devait prévenir sa hiérarchie et envoyer un certificat médical dans les 48 heures qui suivent. S'agissant du rattrapage des heures, une flexibilité de plus ou moins 20 heures sur l'année avait été instaurée. Au-delà, la hiérarchie regardait avec le contremaître si les heures en négatif ou en positif avaient été autorisées. Elle savait que l'employé avait tendance à être plutôt en négatif, car il avait reçu un avertissement.

Préalablement à l'envoi de la lettre de licenciement de T_____, les Ressources Humaines l'avaient consultée. Elle avait précisé qu'elle avait constaté à deux reprises l'absence de l'employé de son lieu de travail à 15h30 lors du nettoyage des machines. Indépendamment de ce fait, elle n'avait jamais entendu de critiques sur la qualité du travail de T_____.

H_____, assistante sociale au Service de la Protection de la Jeunesse à W_____, avait déclaré que T_____ l'avait informée qu'il la recontacterait à son retour du Z_____, ce qu'il a fait en février 2008. Elle a aussi précisé qu'un grand nombre d'audiences et de réunions avait requit la présence de T_____. Elle a également mentionné que le Service de la Protection de la Jeunesse de W_____ peut compter sur lui et qu'il a le sens des responsabilités. D'ailleurs, depuis qu'il avait repris la garde de son fils, ce dernier était à présent épanoui. Malgré toutes les difficultés qu'il avait rencontrées, il faisait tout son possible pour essayer de s'en sortir.

- E.** Lors de l'audience du 6 octobre 2009, E_____SA, représentée par sa Directrice des Ressources Humaines, indique que s'agissant de la réponse à appel incident du 6 juillet 2009, elle conteste toute témérité dans sa démarche.

T_____, explique que depuis son licenciement il n'a pas retrouvé de travail. Il précise qu'il est en dépression et actuellement en traitement. Il est en possession d'un certificat médical d'incapacité de travail. Ce dernier n'a pas été versé à la procédure. Il indique encore qu'il a touché des indemnités perte de gain de l'assurance maladie jusqu'en juillet 2009. Depuis lors, il est assisté par l'Hospice général. Il indique qu'il a épuisé ses droits au chômage et précise qu'il est père de

quatre enfants dont un vit en V_____ et un second vit avec lui à Genève et les deux autres vivent avec leur mère dans le canton de U_____.

La cause a été gardée à juger.

- F. Pour le surplus, l'argumentation des parties sera examinée dans la partie "en droit" ci-dessous, dans la mesure utile à la solution du litige.

EN DROIT

1. Interjeté dans la forme et les délais prévus par la loi (art. 59 LJP), l'appel est recevable. L'appel incident respecte les exigences de l'art. 62 al. 1 LJP et il est également recevable.

Les parties ne remettent pas en cause les compétences *ratione materiae* et *ratione loci* de la Juridiction genevoise des prud'hommes, la présente Cour se référant aux considérants à ce sujet du jugement attaqué, qu'elle entend faire siens, tout en rappelant que sa cognition est complète.

2. **2.1** L'appelant a été licencié de manière immédiate sans justes motifs. Seul le principe et la quotité de l'indemnité pour licenciement immédiat injustifié sont contestés, l'appelant soutenant que le montant de l'indemnité fondée sur l'art. 337c al. 3 CO qui lui a été alloué par le Tribunal est insuffisant. Pour sa part, l'intimée considère qu'aucune indemnité ne doit être versée à l'appelant.

2.2 Selon l'art. 337c al. 3 CO, en cas de licenciement immédiat injustifié, le juge peut condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité, qui ne peut dépasser le montant correspondant à 6 mois de salaire du travailleur, dont il fixera librement le montant, compte tenu de toutes les circonstances, parmi lesquelles figurent notamment les situations sociale et économique des deux parties, la gravité de l'atteinte à la personnalité de la partie congédiée, l'intensité et la durée des relations de travail antérieures au congé, la manière dont celui-ci a été donné, ainsi que la faute concomitante du travailleur ; aucun de ces facteurs n'est décisif en lui-même (ATF 123 III 391 consid. 3b/bb; 121 III 64 consid. 3c; 120 II 243

consid. 3e p. 248; 119 II 157 consid. 2b p. 161). L'indemnité, qui ne peut dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur, a une double finalité, punitive et réparatrice (ATF 123 III 391 consid. 3c).

L'indemnité de l'art. 337c al. 3 CO ne représente pas des dommages-intérêts au sens classique; revêtant un caractère sui generis, elle s'apparente à la peine conventionnelle. Sauf circonstances particulières, l'indemnité est due dans tous les cas de licenciement immédiat injustifié (ATF 121 III 64 consid. 3c p. 68; 120 II 243 consid. 3e p. 247; 116 II 300 consid. 5a), même si la victime ne subit ou ne prouve aucun dommage (ATF 123 III 391), l'allocation étant la règle et le refus l'exception (ATF 121 III 64, c. 3c ; ATF 120 II 243 c. 3e). Les exceptions doivent être fondées sur les circonstances de chaque cas particulier; elles supposent l'absence de faute de l'employeur ou d'autres motifs qui ne sauraient être mis à sa charge (ATF 116 II 300 consid. 5a).

Le juge doit la fixer en équité (art. 4 CC), en tenant compte de toutes les circonstances, à savoir, entre autres éléments, la durée des rapports de travail, l'âge du travailleur, sa situation sociale, sa réinsertion professionnelle (SJ 1999 280; ATF 123 III 391; SJ 1995 p. 802; ATF non publié du 12 août 1997 en la cause n° 4C.459/1996), ou encore la situation économique respective des parties (FF 1984 II 624, SJ 1999 281; ATF 123 III 391).

2.3 En l'espèce, le premier juge a considéré qu'une indemnité de 3'000 fr. net se justifiait en raison du fait que la résiliation du contrat de travail était intervenue pendant que l'appelant était malade, que ce dernier avait offert ses services à l'intimée et que pour toute réponse, l'intimée lui avait demandé les clefs de son vestiaire. Le premier juge a également pris en compte les efforts fournis par l'appelant afin de récupérer ses heures négatives accumulées lors de ses absences. Ces dernières étaient notamment dues aux nombreuses audiences au tribunal. Il a également été tenu compte de la situation financière difficile de l'appelant, étant donné qu'il était au chômage, ainsi que de ses charges de famille.

La Cour retient que la durée des rapports de travail a été d'un peu plus de quatre ans, soit du 8 décembre 2003 au 17 février 2008. La résiliation immédiate injustifiée des rapports de travail a été constatée et l'intimée a été condamnée au

paiement du salaire pendant le délai ordinaire de congé, sous réserve des montants déjà versés à l'appelant par la Caisse de Chômage UNIA. L'appelant avait ainsi obtenu une partie de la réparation du préjudice subi du fait du licenciement immédiat dont il a fait l'objet. Dès son retour en Suisse, l'appelant avait contesté le congé par l'intermédiaire de son avocat et avait informé l'intimée qu'il se tenait à disposition pour reprendre son travail. La réponse de l'intimée fût un courrier lui réclamant les clefs de son vestiaire. S'agissant de l'attitude de l'appelant la Cour retient que ce dernier a certes fait l'objet de plusieurs avertissements, notamment en rapport avec ses nombreuses absences et son solde d'heures négatives qui s'élevait à 48 heures. Cependant, l'appelant a fait un effort pour ramener le solde de ses heures négatives à moins de 4 heures. Une partie de ses absences était due aux nombreuses audiences au tribunal auxquelles il devait se rendre afin de conserver son droit de visite.

Concernant la situation actuelle de l'appelant, ce dernier est âgé de 52 ans, âge auquel les chances de retrouver rapidement du travail diminuent. L'appelant a également des responsabilités financières car il est père de quatre enfants dont un vit avec lui et doit aussi payer une pension alimentaire à son ex épouse. Par ailleurs, ayant épuisé son droit au chômage, l'appelant n'est pas en mesure d'assumer toutes ses charges familiales. L'appelant avait touché des indemnités perte de gain de l'assurance maladie jusqu'en juillet 2009. Depuis lors, il est assisté par l'Hospice général. En conséquence, le licenciement a aggravé la situation économique et sociale de l'appelant.

Au vu de ce qui précède et compte tenu de tous les éléments versés à la présente procédure, l'indemnité sera fixée à 7'000 fr. net.

3. 3.1 L'appelant a conclu à ce que l'intimée soit condamnée à une amende procédurale en raison du caractère téméraire de l'appel incident qu'elle a formé à son encontre.

3.2 Selon l'art. 40 let. c LPC, est condamnée à l'amende la partie qui fait un emploi abusif des procédures prévues par la loi, notamment en agissant ou en défendant de manière téméraire.

3.3 En l'espèce, l'appel incident formé par l'intimée est recevable, il n'apparaît pas qu'elle ait plaidé de manière téméraire en faisant un usage abusif des procédures prévues par la loi. Partant l'appelant sera débouté de ses conclusions sur ce point.

PAR CES MOTIFS

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 1,

A la forme :

Déclare recevable l'appel principal interjeté par T_____ et l'appel incident interjeté par E_____SA contre le jugement TRPH/150/2009 rendu le 6 mars 2009 par le Tribunal des Prud'hommes, groupe 1, dans la cause C/16593/2008-1.

Au fond :

Annule le chiffre 9 du dispositif de ce jugement.

Puis statuant à nouveau sur ce point :

Condamne E_____SA à payer à T_____ la somme nette de 7'000 fr., avec intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 17 février 2008.

Confirme le jugement attaqué pour le surplus.

Déboute les parties de toute autre conclusion.

La greffière de juridiction

Le président