



WHT SA  
Transports scolaires  
Chemine de la fontaine 8  
1224 Chêne-Bougeries

**Partie appelante**  
**Partie intimée incidente**

Madame Danielle TSCHOPP  
Avenue de Richelien 15  
1290 Versoix

**Partie intimée**  
**Partie appelante incidente**

**D'une part**

**D'autre part**

**ARRÊT**

du 26 mai 2010

Mme Valérie LAEMMEL-JUILLARD, présidente

MM. Emile BATTIAZ et Pierre-Jean BOSSON, juges employeurs

Mme Yasmine MENETREY et M. CROCCO Francis, juges salariés

Mme Sarah FISCHER, greffière d'audience

**EN FAIT**

- A.** a) Par acte déposé le 12 juin 2009 au greffe de la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes, WHT SA appelle du jugement TRPH/370/2009 du 20 mai 2009, communiqué pour notification le 22 mai 2009, par lequel le Tribunal des prud'hommes, statuant sur une demande en paiement formée par Danielle TSCHOPP, a 1) condamné WHT SA à verser à Danielle TSCHOPP la somme de 10'056 fr. 50 nets, plus intérêts moratoires de 5 % l'an à compter du 31 juillet 2008 et 2) débouté les parties de toutes autres conclusions.

Le montant précité comprenait une indemnité pour licenciement abusif équivalant à deux mois de salaire (3'008.- fr.) et une indemnité pour longs rapports de service équivalant à cinq mois de salaire (7'048 fr. 50).

WHT SA conclut à l'annulation du ch. 1 de ce jugement et, statuant à nouveau, à ce que la Cour confirme le premier jugement, en tant qu'il n'a pas admis la prétention salariale de Danielle TSCHOPP pour toute la durée de son délai de congé, et à ce que, par ailleurs, la Cour réduise le montant de l'indemnité pour licenciement abusif et n'alloue aucune d'indemnité pour longs rapports de service à Danielle TSCHOPP.

b) Dans son mémoire de réponse et appel incident déposés le 21 août 2009, Danielle TSCHOPP conclut au rejet de l'appel de WHT SA et persiste dans ses conclusions formulées devant le premier juge, soit le paiement, avec intérêts moratoires de 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> juin 2008, de

- 3'008.- fr. à titre de salaires des deuxième et troisième mois de son délai de congé,
- 3'008.- fr. à titre d'indemnité pour licenciement abusif, représentant deux mois de salaire,
- 12'032.- fr. à titre d'indemnité pour longs rapports de service, représentant huit mois de salaire.

**B.** Les faits pertinents suivants ressortent du dossier soumis à la Cour :

a) WHT SA est une entreprise active dans les transports scolaires, dont le siège se trouve à Cologny/GE.

Danielle TSCHOPP, née le 3 octobre 1946, a été engagée en qualité de conductrice par l'entreprise WHT SA en juin 1987.

Son contrat de travail prévoyait le versement de son salaire dix fois l'an, les mois de juillet et août n'étant pas rémunérés (art. 1); un délai de résiliation de deux mois était, en outre, contractuellement prévu à compter la deuxième année de service (art. 6), sans autre limitation.

Le dernier salaire brut reçu par Danielle TSCHOPP, soit celui de juin 2008, s'est monté à 1'504.- fr. brut.

**b)** Il n'est pas contesté que le 19 mai 2008, WHT SA a perdu, avec effet dès la rentrée scolaire 2008/2009, 19 contrats de transports qu'elle effectuait pour le compte du Service médico-pédagogique (SMP).

Elle a informé ses 50 collaborateurs, le 20 mai 2008, de son obligation de réduire son personnel en raison de la perte de ces contrats, puis a adressé, entre le 21 et le 28 mai, à 10 de ses employées, dont à Danielle TSCHOPP le 22 mai 2008, une lettre de congé avec effet au 31 juillet 2008.

La précitée s'est opposée à ce congé, en tentant, avec les autres employées concernées, de trouver un arrangement avec WHT SA dans le cadre d'une procédure de médiation qui n'a pas abouti, en juin 2008, du fait de WHT SA.

**c)** Par requête déposée le 18 novembre 2008 au greffe de la Juridiction des prud'hommes, Danielle TSCHOPP a assigné WHT SA en paiement de 18'048.- fr. avec intérêts moratoires de 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> juin 2008.

L'audience de conciliation a eu lieu le 6 janvier 2009, sans succès, et la cause a été renvoyée au Tribunal des prud'hommes.

**d)** Ce dernier a retenu, dans son jugement querellé, que dans le cadre du contrat de travail les ayant liées, les parties avaient valablement (art. 335c al. 2 CO) modifié les délais de congé prévus par l'art. 335c al. 1 CO, de sorte que WHT avait résilié à bon droit le contrat avec un délai de résiliation de deux mois, échéant le 31 juillet 2009.

Par ailleurs, l'accord contractuel des parties portant sur le non-paiement des salaires de juillet et d'août de chaque année avait pour conséquence que le mois de juillet 2008, quand bien même il tombait durant le délai de congé de Danielle TSCHOPP, ne devait pas être rémunéré.

Enfin, le licenciement de 10 personnes à la fois par WHT SA constituait un licenciement collectif (art. 335d CO), alors que la procédure prévue à cet effet par les art. 335f et 335g CO n'avait pas été respectée.

En conséquence, le congé notifié à Danielle TSCHOPP, qui s'y était valablement opposée (art. 336b CO) par une proposition de médiation, était abusif et lui donnait droit à une indemnité, que le premier juge a fixé à l'équivalent de deux mois de salaire (art. 336a CO).

Il a, en outre, constaté que Danielle TSCHOPP, âgée de 62 ans au moment de son licenciement, avait plus de vingt années de service chez WHT SA lors de son licenciement et n'avait jamais cotisé à un fonds de prévoyance professionnelle, de sorte qu'elle remplissait les conditions d'application des art. 339b ss CO.

Au vu de ses difficultés à retrouver un emploi, eu égard à son âge, ainsi que de son absence de toute responsabilité dans son licenciement, le Tribunal a, dès lors alloué à Danielle TSCHOPP une indemnité pour longs rapports de services équivalant à cinq mois de salaire.

Enfin, le premier juge a fixé l'exigibilité des créances de Danielle TSCHOPP à l'encontre de WHT SA au 31 juillet 2008, soit dès la fin de son contrat de travail (art. 339 CO).

- C. a)** WHT SA fait valoir, dans son appel, que si, certes, le principe d'une indemnité pour licenciement abusif, en tant que la conséquence du non-respect de la procédure de licenciement collectif, est admissible, cette indemnité doit être réduite du fait qu'elle-même a agi dans l'intérêt de ses employées licenciées.

En effet, la signification immédiate de leur licenciement à ces employées, dès la connaissance définitive par WHT de la réduction de son volume de travail à a rentrée scolaire 2008/2009, avait eu pour but de leur permettre de retrouver un emploi, à l'occasion de cette rentrée scolaire, opportunité moins évidente quelques mois plus tard, à l'issue de la procédure de licenciement collectif en cas de respect de celle-là.

WHT SA s'oppose, par ailleurs, au principe d'une indemnité pour longs rapports de travail en compensation de l'absence de prévoyance professionnelle de Danielle TSCHOPP, en estimant que cette dernière a librement choisi de ne pas travailler le nombre d'heures hebdomadaires lui imposant de cotiser à une caisse de prévoyance et ne peut en conséquence, aujourd'hui, demander une compensation à ce titre.

b) Lors de la comparution personnelle des parties devant la Cour, le 30 mars 2010, WHT SA a persisté dans ses conclusions et a précisé avoir réengagé trois personnes en remplacement d'employées ayant quitté l'entreprise d'elles-mêmes en août et septembre 2008. Elle a dit n'avoir alors pas pensé pouvoir proposer à Danielle TSCHOPP de la réengager, vu leur litige en cours.

Quant à Danielle TSCHOPP, elle s'est déclarée d'accord avec les faits retenus par le premier juge et a précisé n'avoir toujours pas retrouvé un emploi, perspective à laquelle elle ne croyait d'ailleurs pas du fait de l'âge tout proche de sa retraite, le 3 octobre 2010.

- D. Les arguments des parties seront repris ci-après, dans la mesure utile, dans la partie **EN DROIT** du présent arrêt.

### **EN DROIT**

1. **1.1.** Interjeté dans les formes et délai prévus par la loi (art. 59 de la loi sur la Juridiction des prud'hommes, ci-après LJP), l'appel de WHT SA (ci-après l'appelante) et l'appel incident de Danielle TSCHOPP (ci-après l'intimée) sont recevables.

**1.2.** Les parties ont été liées par un contrat de travail au sens des arts. 319 et suivants du CO.

La Juridiction des prud'hommes est par conséquent compétente à raison de la matière pour connaître du présent litige (art. 1 al.1 LJP) et elle l'est également à raison du lieu, dès lors que tant le siège de l'appelante que le lieu habituel de travail de l'intimée se trouvent dans le canton de Genève (art. 24 et 34 al.1 de la loi fédérale sur les fors en matière civile).

Enfin, le jugement entrepris a été prononcé en premier ressort (art. 54 LJP a contrario).

2. Le contrat de travail de Danielle TSCHOPP respecte les dispositions impératives et semi-impératives du CO y relatives, de sorte qu'il est applicable au présent litige. Pour le surplus, les dispositions du CO s'appliquent aux rapports contractuels de travail des parties.

- 3.** L'intimée fait valoir, dans son appel incident, d'une part, que son délai de congé aurait dû être de trois mois et non de deux, comme retenu par le jugement entrepris et, d'autre part, qu'elle aurait dû recevoir son salaire plein pour ces trois mois.

**3.1.** L'art. 335c al. 1 CO prévoit que le contrat peut être résilié pour la fin d'un mois, moyennant un délai de congé d'un mois pendant la première année de service, de deux mois, de la deuxième à la neuvième année de service, et de trois mois ultérieurement.

Ces délais peuvent être modifiés par accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective (al. 2).

Dans le cadre d'un contrat individuel de travail, la liberté contractuelle des parties de modifier le système prévu par l'art. 335c al. 1 CO est totale, sous réserve de l'observation de la forme écrite et pour autant que le délai de résiliation ne soit pas inférieur à un mois après l'expiration du temps d'essai (Wylter, Droit du travail, 2ème éd., p. 449; Portmann, Basler Kommentar, 4ème éd., n. 1 ad art. 335c CO).

**3.2.** En l'espèce, le contrat de travail écrit, signé par les deux parties, prévoit à son art. 6, un délai de congé de deux mois dès la deuxième année de service, toutefois sans augmentation de ce délai après un nombre plus important d'années de service.

Il ressort des principes juridiques rappelés ci-dessus sous ch. **3.1.** que les parties ont ainsi valablement dérogé à l'art. 335c al. 1 CO, de sorte que l'appelante a tout aussi valablement donné son congé à l'intimée en respectant le délai de résiliation contractuel de deux mois, soit avec effet au 31 juillet 2008, par courrier du 22 mai 2008.

Le premier jugement sera dès lors confirmé à cet égard.

- 4.** L'intimée réclame le paiement de son salaire durant tout le délai de congé, soit également pour le mois de juillet 2008.

**4.1.** Par le contrat de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (art. 319 al. 1<sup>er</sup> CO).

En particulier, l'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective (art. 322 CO).

Par ailleurs, le délai de congé a notamment pour but de protéger le travailleur après la résiliation, de telle sorte qu'il puisse chercher une nouvelle place de travail tout en conservant l'essentiel de ses ressources (ATF 124 III 346, consid. 2b; Staehelin, Zürcher Kommentar, n. 22 *ad* art. 335 CO ; Vischer, Der Arbeitsvertrag, *in* Schweizerisches Privatrecht, vol. VII/1, III, p. 166).

**4.2.** En l'espèce, le contrat de travail liant les parties prévoit que l'employée est rémunérée à raison de 10 mois par année, hormis les mois de juillet et d'août.

En conséquence, si un salaire était payé à l'intimée pour ce mois de juillet 2008, cette dernière ne verrait pas ses ressources maintenues, conformément aux principes sus évoqués (ch. **4.1.**) mais bien augmentées par rapport à ses précédentes années de service, de sorte qu'elle ne peut valablement prétendre à une rémunération pendant le second mois de son délai de congé.

Le jugement entrepris doit ainsi également être confirmé sur ce point.

- 5.** L'appelante admet le principe de l'indemnité pour licenciement abusif au paiement de laquelle le premier juge l'a condamné en faveur de l'intimée, mais en conteste la quotité, dont il demande la réduction.

**5.1.** L'article 336a al. 1<sup>er</sup> CO prévoit que la partie qui résilie abusivement le contrat doit verser à l'autre une indemnité, le législateur n'ayant ainsi pas voulu sanctionner la partie qui agit de manière abusive par la nullité ou l'annulabilité du congé.

Cette indemnité a une double finalité, punitive et réparatrice. Sa finalité en partie réparatrice résulte des mots mêmes utilisés par le législateur pour la désigner (indemnité) ; elle découle aussi du fait que cette indemnité est versée non pas à l'État, comme une amende pénale, mais à la victime elle-même. Certes, elle ne représente pas des dommages-intérêts au sens classique, car elle est due même si la victime ne subit ou ne prouve aucun dommage ; revêtant un caractère *sui generis*, elle s'apparente à une peine conventionnelle.

Le juge doit la fixer en équité (art. 4 CC) et la loi lui impose de tenir compte de toutes les circonstances, de sorte qu'il ne saurait faire abstraction, entre autres éléments, de la durée des rapports de travail, de la gravité de l'atteinte à la personnalité de la personne congédiée et du comportement des parties lors de la résiliation du rapport contractuel, de même que des effets économiques du licenciement, qui peuvent aggraver les conséquences de l'atteinte portée aux droits de la personnalité du travailleur (ATF du 8 janvier 1999, publié *in* SJ 1999

I, p. 277 ; ATF 123 III 391 ; SJ 1995, p. 802). Cette indemnité ne peut en tous les cas dépasser le montant correspondant à six mois du salaire du travailleur (art. 336a al. 2 CO ; FF 1984 II 624).

**5.2.** En l'espèce, en se fondant sur l'âge, la durée des rapports de travail entre les parties (plus de 20 ans) et le fait que l'intimée n'avait pas retrouvé un emploi lors de son audition par le premier juge - ce qui est d'ailleurs toujours le cas aujourd'hui - de sorte qu'on peut légitimement penser que sa situation professionnelle, et donc économique, a pu être encore péjorée par le fait que l'appelante a choisi de ne pas suivre la procédure prévue par la loi dans le cadre d'un licenciement collectif pour des motifs économiques - le Tribunal a respecté les principes juridiques applicables à la fixation du montant de l'indemnité pour licenciement abusif due à l'intimée, soit 3'008.- fr. bruts, correspondant à deux mois de salaire.

Pour le surplus, et toujours au vu de ces principes sus-évoqués sous ch. **5.1.**, le fait que cette dernière a reçu une prime extraordinaire, à l'issue de vingt ans de service dans l'entreprise appelante, n'est d'aucune pertinence dans la fixation de ce montant, pas plus que le fait que les autres employées de l'appelante, licenciées en même temps que l'intimée, ont pu retrouver des emplois.

Le jugement entrepris sera dès lors également confirmé sur ce point.

- 6.** Enfin, l'appelante conteste tant le principe que la quotité de l'indemnité pour long rapport de service, correspondant à 5 mois de salaires, telle que fixée par le premier juge, alors que l'intimée demande son augmentation à l'équivalent de 8 mois de salaire.

**6.1.** L'article 339b al. 1<sup>er</sup> CO prévoit que si les rapports de travail d'un travailleur âgé d'au moins 50 ans prennent fin après vingt ans de service ou plus, l'employeur lui verse une indemnité à raison de longs rapports de travail. Le taux d'activité de l'employé n'est pas déterminant (Wylér, op. cit., p. 585; cf. ég. Carruzo/Sandoz/Jaccard/Monticelli, Le contrat de travail, XII C3). L'article 339c al. 2 CO précise que si le montant de l'indemnité n'est pas déterminé par un accord écrit, le juge le fixe selon sa libre appréciation et compte tenu de toutes les circonstances du cas d'espèce, l'indemnité ne pouvant toutefois dépasser l'équivalent de 8 mois de salaire.

L'indemnité à raison de long rapports de travail vise un but de prévoyance de caractère subsidiaire. Elle doit aider à combler la lacune qui existe lorsque les prestations d'une institution de prévoyance font défaut ou sont insuffisantes

(Favre/Munoz/Tobler, op. cit., n. 1.1 ad 339b CO; ATF 105 II 280). En imposant à l'employeur le paiement d'une telle indemnité, le législateur a voulu stimuler la création de fonds de prévoyance (Favre/Munoz/Tobler, op. cit., n. 1.2 ad 339b CO; TF 23.01.1990, JAR 1191 p. 292). Cependant, si l'indemnité pour longs rapports de travail remplit avant tout un but de prévoyance, elle vise aussi à récompenser la fidélité du travailleur envers son employeur (ATF 105 II 280 c.3).

Dans son appréciation du cas d'espèce, le juge doit prendre en considération l'ensemble des circonstances soit en particulier l'âge de l'employé, la durée des rapports de travail, la situation personnelle du travailleur (notamment le nombre de personnes dont il a la charge), sa position dans l'entreprise, ses perspectives de retrouver un emploi ainsi que la capacité économique de l'employeur et les raisons qui ont conduit à la cessation des relations contractuelles (Favre/Munoz/Tobler, op. cit., n. 2.1 ad 339c CO; ATF 115 II 30; CAPH 09.04.1997). A titre exemplatif, une indemnité correspondant à 6 mois de salaire a été allouée à un employé ayant travaillé pendant 24 ans au sein de la même entreprise et qui était âgé de plus de 60 ans à la fin des rapports de travail avec cette dernière (Favre/Munoz/Tobler, op. cit., Casuistique relative au montant de l'indemnité ad art. 339c CO; CCiv 07.02.1987, RJN 1987 p. 55).

Par ailleurs, si le travailleur reçoit des prestations d'une institution de prévoyance, elles peuvent être déduites d'une telle indemnité si elles ont été financées soit par l'employeur lui-même, soit par l'institution de prévoyance au moyen de la contribution de cet employeur (art. 339d al. 1 CO). Ce dernier est en outre libéré de l'obligation de verser une indemnité de départ au travailleur dans la mesure où il s'engage à lui payer, pour le futur, des prestations de prévoyance ou les lui fait assurer par un tiers (art. 339d al. 2 CO ; Wyler, op. cit., p. 587 ss).

Par ailleurs, l'indemnité peut être réduite ou supprimée notamment si l'employeur a résilié le contrat avec effet immédiat pour de justes motifs ou si le paiement de cette indemnité l'exposerait à la gêne (339c al. 3 CO), cette énumération étant exhaustive (Wyler, op. cit., p. 589).

**6.2.** En l'espèce, l'intimée a travaillé pendant plus de 21 ans au service de l'appelante, était âgée de 62 ans au moment de son licenciement et ne disposait d'aucun avoir de prévoyance professionnelle à la fin des rapports de travail le 31 juillet 2008; par ailleurs, aucune des causes de réduction ou de suppression de l'indemnité à raison de longs rapports de travail, telles que prévues par la loi, n'entrent en considération.

L'intimée a donc droit, dans son principe, à cette indemnité, qui lui est due par l'appelante.

Pour fixer le montant de ladite indemnité, il y a lieu de tenir compte de la difficulté de l'intimée à retrouver un nouvel emploi, circonstance déjà retenue par le premier juge mais qui a gardé toute son acuité en appel, puisqu'à ce stade, elle n'a toujours pas retrouvé du travail et même ne l'espère plus avant d'atteindre prochainement l'âge de la retraite, soit en octobre 2010.

Par ailleurs, l'intimée ne bénéficie d'aucune prévoyance professionnelle, les parties n'ayant pas cotisé à ce titre en sa faveur - ce qu'elles auraient pu faire volontairement - car elle n'était pas soumise à une cotisation obligatoire au vu du montant de son salaire annuel n'atteignant pas le minimum nécessaire pour fonder cette obligation (art. 2 al. 1 LPP).

Enfin, le motif de son licenciement n'est nullement du fait de l'intimée et l'appelante ne prétend pas que le paiement de l'indemnité en question l'exposerait à la gêne.

En conséquence de l'ensemble de ce qui précède, la Cour estime en équité devoir fixer le montant de l'indemnité due par l'appelante à l'intimée en raison de leurs longs rapports de travail à l'équivalent de 6 mois de salaire, soit 9'024 fr. bruts.

Le premier jugement sera en conséquence modifié dans ce sens.

7. En application de l'art. 339 CO, les montants dus par l'appelante à l'intimée porteront intérêts moratoires à 5 % l'an à compter du 31 juillet 2008, date de la fin de leurs rapports de travail.
8. Pour plus de clarté, le ch. 1. du dispositif du premier jugement sera annulé et reformulé au sens des considérants ci-dessus, ce jugement étant confirmé pour le surplus.
9. Compte tenu des valeurs litigieuses tant de l'appel principal (10'056 fr. 50) que de l'appel incident (7'991 fr. 50), la procédure est gratuite (art. 60, 76 et 78 LJP).

**PAR CES MOTIFS**

La Cour d'appel des prud'hommes, groupe 3

**A la forme**

- Déclare recevable l'appel interjeté par WHT SA et l'appel incident interjeté par Danielle TSCHOPP contre le jugement prononcé le 20 mai 2009 par le Tribunal des prud'hommes dans la cause C/27348/2008 – 3.

**Au fond :**

- Annule le ch. 2. du dispositif de ce jugement.

**Et, statuant à nouveau :**

- Condamne WHT SA à payer à Danielle TSCHOPP la somme de 3'008.- fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 31 juillet 2008, à titre d'indemnité pour licenciement abusif.
- Condamne WHT SA à payer à Danielle TSCHOPP la somme de 9'024.- fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 31 juillet 2008, à titre d'indemnité en raison de longs rapports de travail.
- Confirme le jugement querellé, pour le surplus.
- Déboute les parties de toutes autres conclusions.
- Dit que la procédure est gratuite.

Le greffier de juridiction

La présidente