

**Cour de cassation**

**chambre sociale**

**Audience publique du 24 avril 2013**

**N° de pourvoi: 11-26391 11-26392 11-26393 11-26394 11-26400**

ECLI:FR:CCASS:2013:SO00815

Publié au bulletin

**Rejet**

**M. Bailly (conseiller doyen faisant fonction de président), président**

SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat(s)

## **REPUBLIQUE FRANCAISE**

### **AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Vu leur connexité, joint les pourvois n° P 11-26. 391 à S 11-26. 394 et Y 11-26. 400 ;  
Attendu, selon les arrêts attaqués (Bordeaux, 15 septembre 2011), que Mmes X..., Y..., épouse B..., C..., épouse D..., E..., épouse Z..., et A..., employées par la société Onet services (Onet) en qualité d'agent de service, étaient affectées en dernier lieu au chantier de nettoyage Schneider, à Jaunay-Clan ; que par lettres du 7 décembre 2007, la société Onet les a avisées de la perte de ce marché au 1er janvier 2008 et de la reprise de leur contrat de travail par la société Dalkia ; que le 17 décembre 2007, la société Dikeos, filiale de la société Dalkia, à laquelle elle s'était substituée pour la reprise du marché, a fait connaître à la société Onet et aux salariés affectés sur le chantier Schneider que leurs contrats de travail n'étaient pas transférés de plein droit ; que les cinq salariées se sont vu proposer par la société Dikeos une nouvelle embauche, sans reprise d'ancienneté ; qu'ayant conclu avec cette société un contrat de travail le 28 décembre 2007, elles ont été licenciées pour faute grave par la société Onet le 28 janvier 2008 pour " incapacité d'honorer votre contrat de travail Onet du fait d'une signature d'un contrat équivalent chez Dikeos " ;

Sur le premier moyen, commun aux pourvois :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer sur ce moyen, qui ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Sur le second moyen, commun aux pourvois :

Attendu que la société Onet fait grief aux arrêts de dire les licenciements sans cause réelle et sérieuse et de la condamner au paiement d'indemnités, alors, selon le moyen :

1°/ que si la démission ne se présume pas, elle peut résulter du comportement du salarié dès lors que celui-ci est suffisamment explicite pour caractériser une volonté claire et non

équivoque de démissionner ; qu'au cas présent, la cour d'appel a constaté que la salariée avait conclu le 28 décembre 2007 un contrat de travail avec la société Dikeos cependant qu'elle était encore liée à la société Onet services, que la société Onet services ne lui avait pas donné d'indication sur son futur professionnel au lendemain des fêtes de fin d'année et ne lui avait pas indiqué la conduite à suivre à partir du 2 janvier 2008, après l'avoir informée qu'elle n'était pas en mesure de procéder à un reclassement de l'ensemble des salariés affectés au marché perdu pour plus de 1 800 heures durant la dernière semaine de l'année 2007 ; qu'en se fondant sur ces seules constatations pour dire qu'en raison de l'attitude de son employeur, le fait que la salariée se soit engagée auprès de la société Dikeos ne pouvait constituer une démission, cependant qu'elle n'établissait ainsi ni l'existence d'une faute de la société Onet services, ni celle d'un différend entre cette dernière et la salariée, ni celle d'une contrainte exercée sur la volonté de la salariée, qui avait ainsi librement et volontairement choisi de quitter la société Onet services en ne se tenant plus à sa disposition à compter du 2 janvier 2008 pour rejoindre la société Dikeos afin, ainsi qu'elle l'a constaté, de s'assurer de la poursuite d'une activité rémunérée, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations en violation de l'article L. 1221-1 du code du travail ;

2°/ que commet une faute justifiant le licenciement, voire un licenciement pour faute grave, le salarié qui, encore lié par un contrat de travail, s'engage auprès d'une entreprise concurrente ; que constitue également une faute sérieuse, voire une faute grave, l'absence injustifiée d'un salarié ; qu'au cas présent, la société Onet services a licencié la salariée au motif de son incapacité à honorer son contrat de travail Onet pour absence du fait d'une signature d'un contrat équivalent chez Dikeos ; que pour dire que ce licenciement ne reposait pas sur une cause réelle et sérieuse, la cour d'appel s'est uniquement fondée sur la circonstance que la société Onet services avait annoncé à la salariée qu'elle ne serait pas en mesure de procéder au reclassement de l'ensemble des salariés affectés au marché de nettoyage perdu durant la semaine des fêtes de l'année 2007, et en a déduit que la salariée n'avait pas commis de faute en concluant le 28 décembre 2007 un contrat de travail qui lui assurait la poursuite d'une activité rémunérée, la société Onet services ne lui donnant pas quant à elle d'indication sur son futur professionnel à compter du 2 janvier 2008 ; qu'en se prononçant de la sorte, cependant que le 28 décembre 2007, soit au jour de la conclusion du contrat de travail avec la société Dikeos, la salariée n'avait pas la certitude que la société Onet services ne serait pas en mesure d'exécuter à son égard son obligation de donner du travail à compter du 2 janvier 2008, si bien que les fautes qu'elle a commises ne pouvaient pas être justifiées par un manquement de l'employeur à son obligation de donner du travail, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article L. 1232-1 du code du travail ; Mais attendu, d'abord, que la cour d'appel a constaté qu'après avoir informé les salariées qu'elle n'était pas en mesure de procéder à un reclassement de l'ensemble des salariés affectés au marché perdu pour plus de 1 800 heures durant la dernière semaine de l'année 2007, la société Onet ne leur avait donné d'indication ni sur leur futur professionnel au lendemain des fêtes de fin d'année, ni sur la conduite à suivre à partir du 2 janvier 2008 ; qu'au vu de ces éléments, elle a pu décider que les salariées n'avaient pas manifesté une volonté claire et non équivoque de démissionner ;

Attendu, ensuite, que la cour d'appel, qui a relevé que le comportement de la société Onet avait laissé les salariées dans l'incertitude sur le sort de leur contrat de travail et qu'elle était ainsi à l'origine de la situation invoquée comme cause de licenciement, a pu écarter l'existence d'une faute grave et, exerçant les pouvoirs qu'elle tient de l'article L. 1235-1 du code du travail, a décidé que les licenciements étaient dépourvus de cause réelle et sérieuse ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois ;

Condamne la société Onet services aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, la condamne à payer à Mmes A..., Z..., B..., X... et D... la somme globale de 2 500 euros et à la société Dikeos la somme de 2 500 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-quatre avril deux mille treize.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens communs produits, aux pourvois n° P 11-26. 391 à S 11-26. 394 et Y 11-26. 400, par la SCP Célice, Blanpain et Soltner, avocat aux Conseils, pour la société Onet services

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que le contrat de travail de Madame X... n'avait pas été transféré à la Société DIKEOS par application de l'accord du 29 mars 1990 fixant les conditions d'une garantie d'emploi et de la continuité du contrat de travail du personnel en cas de changement de prestataire, d'AVOIR dit que le licenciement de Madame X... par la Société ONET SERVICES était sans cause réelle et sérieuse, d'AVOIR, en conséquence, condamné la Société ONET SERVICES à payer à Madame X... les sommes de 2. 130, 26 euros à titre d'indemnité de préavis, 213, 02 euros à titre de congés payés sur préavis, 917, 17 euros à titre d'indemnité de licenciement et 12. 781, 00 euros de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et d'AVOIR mis hors de cause la Société DIKEOS ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE « les parties rappellent utilement que le contrat de travail d'un salarié peut être soit poursuivi par le nouvel employeur en cas de modification de la situation juridique du précédent employeur, soit, en cas de reprise par un nouveau prestataire de travaux de nettoyage effectués dans les mêmes locaux, poursuivi au sein de l'entreprise, du nouveau prestataire ; que si, dans la première hypothèse prévue par l'article L. 1224-1 du code du travail, la modification de la situation juridique de l'employeur peut résulter, même en l'absence d'un lien de droit entre les employeurs successifs, du transfert d'une entité économique conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise, elle ne peut par contre résulter de la seule perte d'un marché ; qu'il en résulte, en la cause, que l'organisation du nettoyage et de l'entretien confié à la SAS ONET par la Société SCHNEIDER ne pouvant, faute d'être dotée d'une autonomie et d'une structure propre, ce que ne conteste pas la Société ONET, constituer une entité économique, la poursuite de cette activité par la SAS DIKEOS n'entre pas dans le champ d'application de l'article L. 1224-1 du code du travail ; que dans la deuxième hypothèse, prévue par l'Accord du 29 mars 1990 fixant les conditions d'une garantie d'emploi et de la continuité du contrat de travail du personnel en cas de changement de prestataire (ancienne annexe VII), rattaché à la convention collective nationale des entreprises de propreté, la poursuite du contrat de travail n'est envisagée que pour les employeurs et les salariés des entreprises ou établissements exerçant une activité relevant des activités classées sous le numéro de code APE 87-08, qui sont appelés à se succéder lors d'un changement de prestataire pour les travaux effectués dans les mêmes locaux, à la suite de la cessation du contrat commercial ou du marché public ; que la SAS ONET fait valoir sur ce point que la SAS DIKEOS était, au mois de décembre 2007, soumise à cet accord dès lors qu'elle exerçait bien, ainsi d'ailleurs que le révèle le numéro de code APE qui lui a été attribué, une activité principale de nettoyage de bâtiments, peu important qu'elle se soit dotée d'un statut collectif d'entreprise qui ne peut aller à l'encontre des dispositions d'ordre public de l'accord du 29 mars 1990 étendu par arrêté du 6 juin 1990 ; que la SAS DIKEOS fait plaider pour sa part qu'elle n'est nullement soumise à cet accord dès lors que son activité

principale relève de l'administration d'immeubles, conformément au numéro de code APE qui lui a été attribué jusqu'au 8 janvier 2008, et que son activité de nettoyage était tout à fait accessoire comme représentant moins de 25 % de son effectif ; qu'il ressort des pièces produites que l'établissement de la SAS DIKEOS concerné par le présent litige, situé à Jaunay-Clan, a, dès sa création en 2002, été affecté du numéro de code APE 704 D concernant « l'administration d'autres biens immobiliers » devenu le numéro de code 6832 A et qu'il convient en conséquence de relever qu'elle n'est pas soumise, pour l'activité de cet établissement, à l'accord du 29 mars 1990, peu important que l'établissement principal de cette société ait pour numéro de code APE le 8121Z concernant « le nettoyage courant des bâtiments » ; que par ailleurs, il ne ressort pas des documents produits aux débats que l'activité de nettoyage exercée par la SAS DIKEOS dans son établissement de Jaunay-Clan était, au jour de la reprise du marché de nettoyage, réalisée dans un service autonome doté d'un personnel et d'un matériel qui lui était propre et constituait ainsi une activité nettement différenciée des autres activités de l'établissement ; qu'il convient, en conséquence, pour ce motif également, de constater que l'Accord du 29 mars 1990 n'était pas opposable à la SAS DIKEOS lors de sa reprise du marché de nettoyage de la Société SCHNEIDER ; qu'il s'ensuit, en conséquence, que les demandes de la SAS ONET et de Madame X... à son encontre sont injustifiées sur ce fondement » ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE « la salariée soutient que l'annexe 7 de la Convention collective nationale de la propreté est applicable ; que l'annexe 7 prévoit un transfert automatique des salariés au nouveau prestataire ; que les contrats de travail sont transférés à l'entreprise entrante si me marché dévolu au nouveau prestataire a le même objet et concerne les mêmes locaux ; que la convention collective applicable est celle qui correspond à l'activité principale de l'entreprise ; que le code APE attribué par l'INSEE ne correspond pas à celui d'une entreprise de propreté ; que l'entreprise DIKEOS est soumise à un statut collectif d'entreprise ; que l'annexe 7 de la convention collective nationale n'est pas applicable » ;

ALORS, D'UNE PART, QUE la convention collective applicable est celle dont relève l'activité principale exercée par l'employeur ; que cette activité principale est celle qui est réellement exercée par l'employeur, le code APE ou NAF étant seulement indicatif ; qu'en se fondant, par motifs propres, sur la seule circonstance que l'établissement de la SAS DIKEOS concerné par le présent litige, situé à JAUNAY-CLAN, avait dès sa création en 2002, été affecté du numéro de code APE 704 D concernant « l'administration d'autres biens immobiliers » devenu le numéro de code 6832 A et, par motifs adoptés, sur la circonstance que le code APE attribué à la Société DIKEOS ne correspondait pas à celui d'une entreprise de propreté et que cette même société était soumise à un statut collectif d'entreprise, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article L. 2261-2 du code du travail ;

ALORS, D'AUTRE PART ET SUBSIDIAIREMENT, QUE la convention collective applicable est celle dont relève l'activité principale exercée par l'employeur ; que c'est seulement dans l'hypothèse où des salariés d'une entreprise exercent une activité nettement différenciée dans un centre d'activité autonome que la convention collective applicable est celle qui correspond à cette activité nettement différenciée ; qu'en se bornant à relever qu'il ne ressortait pas des documents produits aux débats que l'activité de nettoyage exercée sur le site de JAUNAY-CLAN par la société DIKEOS était réalisée dans un service autonome doté d'un personnel et d'un matériel propre pour dire qu'elle ne constituait pas un centre d'activité autonome exerçant une activité nettement différenciée, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article L. 2261-2 du code du travail.

SECOND MOYEN DE CASSATION (SUBSIDIAIRE)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que le licenciement de Madame X... était sans

cause réelle et sérieuse, d'AVOIR en conséquence condamné la Société ONET SERVICES à payer à cette dernière les sommes de 2. 130, 26 euros à titre d'indemnité de préavis, 213, 02 euros à titre de congés payés sur préavis, 917, 17 euros à titre d'indemnité de licenciement et 12. 781, 00 euros de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et d'AVOIR mis hors de cause la Société DIKEOS ;

AUX MOTIFS QUE « il ressort des pièces produites aux débats que la SAS ONET, qui a, par courrier en date du 7 décembre 2007, averti Madame X... de ce que le contrat commercial avec la Société SCHNEIDER expirant le 31 décembre 2007, la Société DALKIA prendra contact avec elle pour la poursuite de son contrat de travail conformément aux dispositions de l'annexe 7 de la CCN de la propreté et qu'elle devra se présenter sur son lieu de travail le 2 janvier 2008- et par courrier en date du 21 décembre 2007, adressé à la Société DALKIA, et en copie à Madame X..., fait notamment valoir qu'elle n'était pas en mesure de procéder à un reclassement de 20 salariés pour plus de 1. 800 heures, durant la semaine des fêtes » n'a en aucune manière pris contact avec sa salariée pour lui indiquer la conduite à suivre à partir du 2 janvier 2008 ; qu'il en résulte que la SAS ONET ne peut reprocher à faute à Madame X... d'avoir signé le vendredi 28 décembre 2007, en l'absence de toute indication de sa part sur son futur professionnel au lendemain des fêtes de fin d'année, soit trois jours plus tard, un contrat de travail qui lui assurait la poursuite d'une activité rémunérée au contraire de son employeur qui lui avait indirectement fait savoir qu'il ne pouvait procéder à son reclassement pendant ce même délai ; que la signature d'un tel contrat, imposée par l'attitude de l'employeur, ne pouvant s'assimiler à une démission qui ne peut résulter que d'une décision claire et univoque du salarié, le licenciement prononcé le 28 janvier 2008 doit être considéré comme abusif à défaut de motif disciplinaire réelle et sérieux ; que le jugement déféré sera en conséquence confirmé en ce qu'il a dit le licenciement de Madame X... sans cause réelle et sérieuse et condamné la SAS ONE à lui payer les indemnités rappelées plus haut dont elle ne conteste pas, même subsidiairement, le montant » ;

ALORS, D'UNE PART, QUE si la démission ne se présume pas, elle peut résulter du comportement du salarié dès lors que celui-ci est suffisamment explicite pour caractériser une volonté claire et non équivoque de démissionner ; qu'au cas présent, la cour d'appel a constaté que Madame X... avait conclu le 28 décembre 2007 un contrat de travail avec la Société DIKEOS cependant qu'elle était encore liée à la Société ONET SERVICES, que la Société ONET SERVICES ne lui avait pas donné d'indication sur son futur professionnel au lendemain des fêtes de fin d'année et ne lui avait pas indiqué la conduite à suivre à partir du 2 janvier 2008, après l'avoir informée qu'elle n'était pas en mesure de procéder à un reclassement de l'ensemble des salariés affectés au marché perdu pour plus de 1. 800 heures durant la dernière semaine de l'année 2007 ; qu'en se fondant sur ces seules constatations pour dire qu'en raison de l'attitude de son employeur, le fait que Madame X... se soit engagée auprès de la Société DIKEOS ne pouvait constituer une démission, cependant qu'elle n'établissait ainsi ni l'existence d'une faute de la Société ONET SERVICES, ni celle d'un différend entre cette dernière et Madame X..., ni celle d'une contrainte exercée sur la volonté de Madame X..., qui avait ainsi librement et volontairement choisi de quitter la Société ONET SERVICES en ne se tenant plus à sa disposition à compter du 2 janvier 2008 pour rejoindre la Société DIKEOS afin, ainsi qu'elle l'a constaté, de s'assurer de la poursuite d'une activité rémunérée, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations en violation de l'article L. 1221-1 du code du travail ;

ALORS, D'AUTRE PART, QUE commet une faute justifiant le licenciement, voire un licenciement pour faute grave, le salarié qui, encore lié par un contrat de travail, s'engage auprès d'une entreprise concurrente ; que constitue également une faute sérieuse, voire une faute grave, l'absence injustifiée d'un salarié ; qu'au cas présent, la Société ONET SERVICES a licencié Madame X... au motif de son incapacité à honorer son contrat de

travail ONET pour absence du fait d'une signature d'un contrat équivalent chez DIKEOS ; que pour dire que ce licenciement ne reposait pas sur une cause réelle et sérieuse, la cour d'appel s'est uniquement fondée sur la circonstance que la Société ONET SERVICES avait annoncé à la salariée qu'elle ne serait pas en mesure de procéder au reclassement de l'ensemble des salariés affectés au marché de nettoyage perdu durant la semaine des fêtes de l'année 2007, et en a déduit que Madame X... n'avait pas commis de faute en concluant le 28 décembre 2007 un contrat de travail qui lui assurait la poursuite d'une activité rémunérée, la Société ONET SERVICES ne lui donnant pas quant à elle d'indication sur son futur professionnel à compter du 2 janvier 2008 ; qu'en se prononçant de la sorte, cependant que le 28 décembre 2007, soit au jour de la conclusion du contrat de travail avec la Société DIKEOS, la salariée n'avait pas la certitude que la Société ONET SERVICES ne serait pas en mesure d'exécuter à son égard son obligation de donner du travail à compter du 2 janvier 2008, si bien que les fautes qu'elle a commises ne pouvaient pas être justifiées par un manquement de l'employeur à son obligation de donner du travail, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article L. 1232-1 du code du travail.

**Publication :**

**Décision attaquée :** Cour d'appel de Bordeaux , du 15 septembre 2011