

SOC.

PRUD'HOMMES

CH.B

COUR DE CASSATION

Audience publique du **4 mai 2011**

Cassation partielle

M. BAILLY, conseiller le plus
ancien faisant fonction de président

Arrêt n° 1054 F-D

Pourvoi n° X 09-42.606

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

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

Statuant sur le pourvoi formé par M. Fathi Touhami, domicilié
bâtiment D2, Les Micolouliers, 8 boulevard Rollan d'Orgeles, 13014 Marseille,

contre l'arrêt rendu le 6 novembre 2008 par la cour d'appel d'Aix-en-Provence
(9e chambre A), dans le litige l'opposant :

1° à la société Derichebourg propreté, société par actions
simplifiée, venant aux droits de la société anonyme Etablissements Penauille
polyservices, dont le siège est 6 allée des Coquelicots,
94470 Boissy-Saint-Léger,

2° à l'Assistance publique hôpitaux de Marseille (APHM), dont le
siège est 80 rue Brochier, 13554 Marseille cedex 5,

défenderesses à la cassation ;

Le demandeur invoque, à l'appui de son pourvoi, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 23 mars 2011, où étaient présents : M. Bailly, conseiller le plus ancien faisant fonction de président, M. Ballouhey, conseiller rapporteur, M. Taillefer, conseiller, M. Cavarroc, avocat général, Mme Ferré, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. Ballouhey, conseiller, les observations de la SCP Bouloche, avocat de M. Touhami, de la SCP Gadiou et Chevallier, avocat de l'Assistance publique hôpitaux de Marseille, l'avis de M. Cavarroc, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Sur la demande de mise hors de cause :

Met hors de cause l'Assistance publique des hôpitaux de Marseille (APHM) contre laquelle n'est pas dirigé le moyen du pourvoi ;

Sur le moyen unique du pourvoi :

Vu l'article 1184 du code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. Touhami qui avait été engagé comme chef d'une équipe de nettoyage au sein de l'Hôpital Nord de Marseille, dépendant de l'APHM, puis repris par la société Implis le 24 juillet 1993, a vu son contrat de travail transféré à la société Penauille polyservices - Alliance Marseille (la société Penauille) aux droits de laquelle intervient la société Derichebourg propreté, suivant avenant du 26 janvier 2003 ; que le 10 septembre 2003 la société Penauille l'informait que suite à la perte du marché de l'hôpital le 15 septembre 2003, il était dispensé de tout travail à compter du 16 septembre 2003 avec maintien de la rémunération ; qu'il était convoqué le 14 janvier 2004 à un entretien préalable en vue d'une éventuelle mesure de licenciement et l'inspecteur du travail, saisi d'une demande d'autorisation de licenciement de ce délégué syndical, rendait le 4 mars 2004 une décision de refus, confirmée le 19 août 2004 par le ministre de l'emploi et devenue définitive ;

Attendu que pour débouter le salarié de sa demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail, tout en relevant la rupture de fait du contrat de travail en septembre 2003, l'arrêt retient qu'ayant perdu le marché avec l'APHM, la société Penauille a dispensé d'activité tout le personnel qui y était

affecté à compter du 16 septembre 2003, qu'elle a pris l'engagement de rémunérer tous les salariés dans l'attente de leur reclassement ; qu'il en a été fait ainsi sauf pour M. Touhami qui s'est fait embaucher le 18 septembre 2003 par l'APHM, que dès lors le refus de la société Penauille de lui payer les salaires de septembre 2003 était justifié par ce comportement qualifié de déloyal ajoutant que l'employeur avait scrupuleusement respecté les décisions de l'autorité administrative en ne prononçant pas le licenciement de ce salarié protégé ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait elle-même constaté la dispense de tout travail, l'absence de rémunération, et la rupture de fait du contrat de travail dès le mois de septembre sans autorisation préalable de l'inspecteur du travail, ce dont il se déduisait que l'employeur avait manqué à ses obligations, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions sauf en celles condamnant la société Penauille polyservices - Alliance Marseille à payer à M. Touhami la somme de 963,61 euros de congés payés représentant un reliquat de congés antérieur à septembre 2003 et celles concernant l'APHM, l'arrêt rendu le 6 novembre 2008, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ; remet, en conséquence, sur les points restant en litige, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Aix-en-Provence, autrement composée ;

Condamne la société Derichebourg propreté aux dépens ;

Déboute l'APHM de sa demande en application de l'article 700 du code de procédure civile ;

Vu l'article 700 du code de procédure, condamne la société Derichebourg propreté à payer à M. Touhami la somme de 2 500 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

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

MOYEN ANNEXE au présent arrêt.

Moyen produit par la SCP Bouloche, avocat aux Conseils, pour M. Touhami.

Le moyen de cassation fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté Monsieur TOUHAMI de sa demande de constatation de la résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts de la société PENAUILLE à compter du 15 septembre 2003, de condamnation de cette société à lui verser des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et pour violation de son statut protecteur, une indemnité compensatrice de préavis et les congés payés afférents, et une indemnité de licenciement,

AUX MOTIFS QUE "la demande de résiliation se fonde sur la double faute de l'employeur premièrement d'avoir été dispensé de l'exécution de son contrat de travail, deuxièmement, de ne plus avoir été rémunéré à compter du mois de septembre 2003. Il est constant que la société ALLIANCE MARSEILLE (ETABLISSEMENTS PENAUILLE POLYSERVICES), le 15 septembre 2003, a perdu le marché la liant aux HÔPITAUX DE MARSEILLE, à la suite d'une internalisation par ce client du service de propreté de ses propres locaux ; dans l'attente du reclassement, l'employeur a dispensé d'activité tout le personnel précédemment employé sur le site de l'hôpital Nord de Marseille - soit 39 salariés. La situation de chômage forcé subie par M. TOUHAMI ne constitue pas une faute de son employeur car celui-ci ne pouvait reclasser 39 salariés sur les chantiers existants dans le laps de temps très court qui lui a été imparti ; lui en faire grief le jour même de la perte du marché n'est pas sérieux. Sur la rémunération, l'employeur a pris l'engagement de rémunérer tous les salariés dans l'attente de leur reclassement ; il a été fait ainsi, sauf à partir du moment où 10 salariés - dont M. TOUHAMI - profitèrent de la situation pour se faire embaucher à temps plein, le 18 septembre 2003 pour l'intéressé, par les Hôpitaux de Marseille. On ne saurait reprocher une faute à la société ALLIANCE MARSEILLE (ETABLISSEMENTS PENAUILLE POLYSERVICES) lorsque, après avoir constaté la déloyauté de son salarié, elle a refusé de payer tout salaire ; juger le contraire reviendrait à permettre à M. TOUHAMI d'obtenir un double salaire : l'un versé par la société ALLIANCE MARSEILLE (ETABLISSEMENTS PENAUILLE POLYSERVICES) pour rester à la maison, l'autre versé par les Hôpitaux de Marseille pour avoir repris, qui plus est en catimini, son ancien emploi. La cour, par ailleurs, observe que l'employeur a scrupuleusement respecté les décisions de l'autorité administrative en ne prononçant pas le licenciement de ce salarié protégé, de sorte que nulle violation de son statut protecteur ne peut être utilement soutenue. Il va sans dire que cet employeur, parfaitement informé, n'a pris aucune initiative susceptible de caractériser une rupture du contrat de travail depuis que M. TOUHAMI travaille pour le compte des Hôpitaux de Marseille " (Arrêt p. 3) ;

ALORS, D'UNE PART, QUE le salarié est fondé à solliciter la résiliation judiciaire de son contrat de travail en raison des manquements graves de l'employeur à ses obligations ; qu'en l'espèce, l'employeur a cessé de fournir du travail à M. TOUHAMI à partir du 16 septembre 2003 ; que pour décider qu'il n'avait ainsi pas commis de faute, la Cour d'appel a relevé que le marché relatif à la propreté de l'Hôpital Nord de Marseille ayant été perdu le 15 septembre 2003, il avait été contraint de dispenser de toute activité les salariés et avait cherché à les reclasser, ce qui ne pouvait être fait dans un laps de temps aussi court, de sorte qu'il ne pouvait lui être fait grief de cette situation de chômage forcé pour lui imputer la rupture du contrat de travail ; qu'en statuant ainsi, sans répondre au moyen selon lequel la société PENAUILLE avait été informée depuis le mois de mai 2003 de la perte du marché à partir du 15 septembre 2003 et qu'elle n'avait pris aucune initiative pour reclasser les salariés, de sorte que cette inertie fautive était à l'origine de la situation de chômage forcée de Monsieur TOUHAMI, la Cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

ALORS, D'AUTRE PART, QUE ne fait pas preuve de déloyauté le salarié qui, privé d'emploi par son employeur, est engagé par un tiers ; qu'en l'espèce, en estimant que le fait que Monsieur TOUHAMI, privé de travail par la société PENAUILLE, se soit fait embaucher par l'Assistance Publique des Hôpitaux de Marseille, l'empêchait de reprocher à son employeur d'avoir manqué à son engagement de payer les salaires pendant la période de chômage forcé imposée à ses salariés et de solliciter la résiliation judiciaire de son contrat de travail, la Cour d'appel a violé les articles 1184 et 1134 du Code civil ;

ALORS, EN TOUT ETAT DE CAUSE, QUE le contrat de travail doit faire l'objet d'une résiliation judiciaire lorsque l'employeur ne remplit plus son obligation de fournir du travail à son salarié et cesse de le rémunérer, de sorte qu'il est rompu de fait ; qu'en décidant le contraire, tout en constatant l'existence d'une rupture de fait depuis le mois de septembre 2003, la Cour d'appel a violé l'article 1184 du Code civil.