

SOC.

FB

COUR DE CASSATION

---

Audience publique du 1er juillet 2020

Cassation partielle

M. HUGLO, conseiller doyen  
faisant fonction de président

Arrêt n° 538 F-D

Pourvoi n° X 18-23.851

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

---

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

---

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, DU 1ER JUILLET 2020

Mme B... Y..., domiciliée [...], a formé le pourvoi n° X 18-23.851 contre l'arrêt rendu le 26 juillet 2018 par la cour d'appel de Versailles (6e chambre), dans le litige l'opposant :

1°/ à la société Compagnie IBM France, société par actions simplifiée unipersonnelle, dont le siège est [...],

2°/ au Défenseur des droits, domicilié [...], venant aux droits de la Halde,

défendeurs à la cassation.

La société Compagnie IBM France a formé un pourvoi incident contre le même arrêt ;

La demanderesse au pourvoi principal invoque, à l'appui de son recours, les quatre moyens de cassation annexés au

présent arrêt.

La demanderesse au pourvoi incident invoque, à l'appui de son recours, les trois moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme Sommé, conseiller, les observations écrites de la SCP Gatineau, Fattaccini et Rebeyrol, avocat de Mme Y..., de la SCP Célice, Texidor, Périer, avocat de la société Compagnie IBM France, de la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat du Défenseur des droits, après débats en l'audience publique du 20 mai 2020 où étaient présents M. Huglo, conseiller doyen faisant fonction de président, Mme Sommé, conseiller rapporteur, M. Le Masne de Chermont, conseiller référendaire ayant voix délibérative, et Mme Piquot, greffier de chambre,

la chambre sociale de la Cour de cassation, composée, en application de l'article L. 431-3, alinéa 2, du code de l'organisation judiciaire, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

### Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Versailles, 26 juillet 2018), Mme Y... a été engagée à compter du 5 novembre 2001 par la société IBM France (la société) en qualité de cadre conseiller. Selon le contrat de travail, qui prévoyait un salaire mensuel fixé forfaitairement, la salariée était éligible à une prime variable annuelle tenant compte des résultats globaux de l'entreprise. En cas d'acceptation par la salariée d'une lettre d'objectifs proposée par semestre, sa rémunération était alors composée d'une partie fixe et d'une part variable en fonction de la réalisation des objectifs.
2. A la suite d'un accident de ski en 2007, le statut de travailleur handicapé a été reconnu, le 12 janvier 2010, à la salariée qui a été déclarée, le 11 août 2010, par le médecin du travail apte sous réserve de certaines restrictions médicales, lesquelles ont été accrues par ce dernier dans un avis du 3 février 2011, par suite d'une chute de la salariée survenue en octobre 2010. Des postes ont été proposés par l'employeur à la salariée qui les a refusés.
3. Estimant que son employeur l'avait maintenue dans un emploi incompatible avec les restrictions médicales et son handicap, la salariée a saisi, le 15 décembre 2010, la juridiction prud'homale aux fins de paiement de diverses sommes notamment à titre de dommages-intérêts pour harcèlement moral, pour discrimination à raison du handicap et pour manquement à l'obligation de sécurité, ainsi que des rappels de commissions.
4. Le Défenseur des droits a présenté des observations devant le conseil des prud'hommes puis la cour d'appel et présente des observations devant la Cour.

### Examen des moyens

Sur le troisième moyen du pourvoi principal de la salariée et sur les premier, deuxième et troisième moyens du pourvoi incident de l'employeur, ci-après annexés

5. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces moyens qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Sur le quatrième moyen du pourvoi principal de la salariée

Enoncé du moyen

6. La salariée fait grief à l'arrêt de la débouter de sa demande de dommages-intérêts pour perte de chance, alors :

« 1°/ qu'un salarié peut prétendre à la réparation d'une perte de chance de poursuivre sa carrière professionnelle de façon plus avantageuse à raison d'un fait fautif de l'employeur ; qu'en l'espèce, il résulte des constatations de l'arrêt que Mme Y... avait été victime de harcèlement moral et de discrimination à raison de son handicap, que son état de santé préexistant, dû à un accident de ski, avait été aggravé par le harcèlement moral dont elle avait été victime et que son employeur, en rejetant par son silence, « sans considération pour sa salariée » sa demande de médiation « avait contribué à sa déstabilisation » ; que dès lors, en jugeant qu'il n'était pas démontré que Mme Y... avait été privée de la possibilité de poursuivre sa carrière jusqu'à sa retraite du fait de son employeur dès lors que ce dernier était étranger à l'accident de ski, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, desquelles il s'évinçait pourtant que l'état de santé de la salariée, et donc l'impossibilité de poursuivre sa carrière jusqu'à sa retraite, était au moins en partie le fait de l'employeur, a violé l'article 1382 du code civil, dans sa version applicable au litige ;

2°/ qu'en relevant, pour débouter la salariée de sa demande de dommages-intérêts au titre d'une perte de chance de poursuivre sa carrière et donc de percevoir une retraite plus avantageuse, qu'elle était toujours dans les effectifs de la société, lorsqu'il était par ailleurs constant que Mme Y... était en arrêt de travail ininterrompu depuis le 3 mars 2011 et qu'elle ne percevait donc plus aucun salaire mais des prestations de sécurité sociale et de prévoyance, bien inférieures à son salaire, la cour d'appel a statué par un motif inopérant et partant, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil dans sa version applicable au litige. »

Réponse de la Cour

7. Le moyen, sous le couvert d'une violation de la loi et d'un manque de base légale, ne tend qu'à remettre en cause devant la Cour de cassation l'appréciation, faite souverainement par les juges, du préjudice subi par la salariée, en ce compris les incidences professionnelles en termes de carrière et de droits à la retraite, déjà réparé au titre de la discrimination à raison du handicap.

Mais sur le premier moyen du pourvoi principal de la salariée, pris en sa seconde branche

Enoncé du moyen

8. La salariée fait grief à l'arrêt de la débouter de ses demandes de rappels de commission au titre de l'année 2008 alors « que lorsque la rémunération variable d'un salarié a été contractuellement fixée entre les parties, il appartient à l'employeur de rapporter la preuve que le salarié a été rempli de ses droits à ce titre ; qu'en refusant de faire droit à la demande de Mme Y... en paiement de rappel de commissions pour l'année 2008, en relevant que la salariée se bornait à produire un plan de motivation n'établissant pas son droit à la somme réclamée, quand il appartenait à l'employeur, qui ne contestait pas que Mme Y... avait atteint ses objectifs sur la période litigieuse, de justifier des éléments permettant de déterminer la base de calcul et la rémunération variable et de démontrer que la salariée avait été remplie de ses droits, la cour d'appel, qui a inversé la charge de la preuve, a violé l'article 1315 du code civil dans sa version applicable au litige. »

## Réponse de la Cour

Vu l'article 1315 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 :

9. Pour rejeter la demande de la salariée au titre d'un rappel de commission pour l'année 2008, l'arrêt énonce que la salariée produit le plan de motivation pour la même année dont il ne résulte pas un droit pour cette dernière à la somme demandée soit à titre principal soit à titre subsidiaire.

10. En statuant ainsi, alors qu'il appartenait à l'employeur de justifier des faits générateurs de commissions et du calcul de la part variable de la rémunération convenue au titre de l'année 2008, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

Et sur le deuxième moyen du pourvoi principal de la salariée, pris en sa seconde branche

## Enoncé du moyen

11. La salariée fait grief à l'arrêt de la débouter de ses demandes de rappels de commission au titre de l'année 2009 alors « que lorsque la rémunération variable d'un salarié a été contractuellement fixée entre les parties, il appartient à l'employeur de rapporter la preuve que le salarié a été rempli de ses droits à ce titre ; qu'en refusant de faire droit à la demande de Mme Y... en paiement de rappel de commissions pour l'année 2009, en relevant que la salariée se bornait à produire aux débats ses lettres d'objectifs n'établissant pas le lien entre celles-ci et la somme réclamée, ni l'incidence d'une annulation de commande, quand il appartenait à l'employeur, qui ne contestait pas que Mme Y... avait atteint ses objectifs sur la période litigieuse, de justifier des éléments permettant de déterminer la base de calcul et la rémunération variable et de démontrer que la salariée avait déjà été rempli de ses droits, la cour d'appel, qui a inversé la charge de la preuve, a violé l'article 1315 du code civil dans sa version applicable au litige. »

## Réponse de la Cour

Vu l'article 1315 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 :

12. Pour rejeter la demande de la salariée au titre d'un rappel de commission pour l'année 2009, l'arrêt énonce que la salariée produit ses deux lettres d'objectifs semestriels sans pour autant établir un lien entre celles-ci et la somme réclamée de 150 000 euros, hors congés payés, ou encore démontrer l'incidence d'annulation de commandes justifiant de cette réclamation.

13. En statuant ainsi, alors qu'il appartenait à l'employeur de justifier des faits générateurs de commissions et du calcul de la part variable de la rémunération convenue au titre de l'année 2009, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs, la Cour :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il déboute Mme Y... de ses demandes en paiement à titre de rappels de commissions et congés payés afférents pour les années 2008 et 2009, l'arrêt rendu le 26 juillet 2018, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ;

Remet, sur ces points, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Versailles autrement composée ;

Condamne la société Compagnie IBM France aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par la société Compagnie IBM France et la condamne à payer à Mme Y... la somme de 3 000 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 premier juillet deux mille vingt.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits au pourvoi principal par la SCP Gatineau, Fattaccini et Rebeyrol, avocat aux Conseils, pour Mme Y...

## PREMIER MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté Mme Y... de ses demandes de rappels de commissions au titre de l'année 2008 ;

### AUX MOTIFS QUE « Sur la rémunération variable

La salariée sollicite la condamnation de la société à hauteur de 600 000 euros hors congés payés à titre de commissions pour les années 2008 à 2011 et, à titre subsidiaire, une expertise comptable pour en déterminer le quantum.

MME Y... fait valoir qu'elle aurait été privée d'une prime de 150 000 euros outre les congés payés pour l'année 2008, au motif que son supérieur hiérarchique aurait consenti une facilité de paiement sous forme de deux échéances, au lieu d'un paiement comptant, au client BP2I suivi par elle-même. À titre subsidiaire elle réclame la somme de 49 682,47 euros correspondant au montant de la commission qu'elle a perçue au titre de la première échéance et qu'elle n'a pas perçu au titre de seconde échéance.

Au titre de l'année 2009, l'appelante réclame une commission, outre les congés payés, de 150 000 euros au motif que des commandes sur le client BP2I auraient été annulées.

Au titre de l'année 2010, son employeur ne lui aurait pas proposé de plan commissionnement et l'aurait privée ainsi de toute rémunération variable.

S'agissant de l'année 2011, aucun poste ne lui aurait été proposé correspondant à ses qualifications de sorte qu'elle a été privée de rémunération variable.

Au titre de ces deux années 2010 et 2011, MME Y... sollicite une somme globale de 300 000 euros, hors les congés payés. La société fait valoir qu'elle met chaque année en place pour les ingénieurs commerciaux un plan de motivation comportant une part fixe en pourcentage de la rémunération théorique et une part variable définie par lettre d'objectifs et ce pour une durée de six mois. Si le salarié adhère à ce plan de motivation et signe la lettre d'objectifs sa rémunération (fixe et variable) se substitue à sa rémunération fixe. L'employeur rappelle que l'adhésion au plan de motivation et l'acceptation de la lettre d'objectifs est volontaire qu'à défaut le salarié perçoit sa rémunération théorique de référence (RTR) en l'espèce si 6 962 euros par mois.

L'employeur conteste les sommes réclamées par la salariée, rappelant que cette dernière réclamait en première instance une somme de 282 817 euros de commission et ce pour les seules années 2010 à 2013. Il soutient que la salariée ne peut réclamer la rémunération variable pour les années concernées faute d'avoir été convenue et mise en place.

Pour justifier de sa demande de commission au titre de l'année 2008, la salariée produit le plan de motivation pour la même année dont il ne résulte pas un droit pour cette dernière à la somme demandée soit à titre principal soit à titre subsidiaire, de sorte qu'elle sera débouté de sa demande au titre de l'année 2008.

Au titre de l'année 2009, la salariée produit ses deux lettres d'objectifs semestriels sans pour autant établir un lien entre celles-ci et la somme réclamée de 150 000 euros, hors congés payés, ou encore démontrer l'incidence d'annulation de commande justifiant de cette réclamation. La salariée sera déboutée de sa demande.

S'agissant du premier semestre de l'année 2010, il apparaît des éléments du dossier que MME Y... n'a pas accepté la proposition de poste d'ingénieur commercial sur le produit [...], qu'elle n'a pas accepté la lettre d'objectifs que verse aux débats son employeur pour le premier semestre 2010, de sorte que sa réclamation de commissions au titre de l'année 2010 ne peut prospérer.

Au titre du second semestre 2010 et de l'année 2011, la salariée réclame également des commissions. Pour en justifier elle fait valoir qu'elle a été privée de toute rémunération variable, son employeur ne lui ayant pas proposé d'emploi similaire à celui qu'elle occupait précédemment et conforme aux préconisations d'aménagement, ce que la cour a reconnu au titre de la discrimination liée au handicap. Ainsi, MME Y... ne peut réclamer le versement de commissions

mais une indemnisation pour perte chance d'obtenir une rémunération variable, perte qui est la conséquence de la discrimination pour handicap reconnue et pour laquelle elle a déjà été indemnisée.

La salariée sera déboutée de ses demandes de paiement de commissions. La demande subsidiaire de désignation d'un expert-comptable n'ayant pas d'objet au regard de la solution retenue à titre principal et l'expertise n'ayant pas pour objet de suppléer à la carence des parties dans l'administration de la preuve » ;

1°) ALORS QUE les juges du fond sont tenus de motiver leur décision ; qu'en l'espèce, Mme Y... faisait valoir qu'elle n'avait pas été intégralement remplie de ses droits à rémunération variable au titre de l'année 2008 ; que pour débouter la salariée de sa demande, la cour d'appel s'est bornée à relever que Mme Y... ne rapportait pas la preuve d'un droit à la somme demandée soit à titre principal soit à titre subsidiaire ; qu'en statuant par de tels motifs ne permettant pas de déterminer si elle a nié le principe même du droit à rappel de commissions ou bien si elle a seulement estimé le montant réclamé injustifié, la Cour d'appel n'a pas mis la cour de cassation en mesure d'effectuer son contrôle et partant, a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

2°) ALORS en tout état de cause QUE lorsque la rémunération variable d'un salarié a été contractuellement fixée entre les parties, il appartient à l'employeur de rapporter la preuve que le salarié a été rempli de ses droits à ce titre ; qu'en refusant de faire droit à la demande de Mme Y... en paiement de rappel de commissions pour l'année 2008, en relevant que la salariée se bornait à produire un plan de motivation n'établissant pas son droit à la somme réclamée, quand il appartenait à l'employeur, qui ne contestait pas que Mme Y... avait atteint ses objectifs sur la période litigieuse, de justifier des éléments permettant de déterminer la base de calcul et la rémunération variable et de démontrer que la salariée avait été remplie de ses droits, la cour d'appel, qui a inversé la charge de la preuve, a violé l'article 1315 du code civil dans sa version applicable au litige ;

## DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté Mme Y... de ses demandes de rappels de commissions au titre de l'année 2009 ;

AUX MOTIFS QUE « Sur la rémunération variable

La salariée sollicite la condamnation de la société à hauteur de 600 000 euros hors congés payés à titre de commissions pour les années 2008 à 2011 et, à titre subsidiaire, une expertise comptable pour en déterminer le quantum.

MME Y... fait valoir qu'elle aurait été privée d'une prime de 150 000 euros outre les congés payés pour l'année 2008, au motif que son supérieur hiérarchique aurait consenti une facilité de paiement sous forme de deux échéances, au lieu d'un paiement comptant, au client BP2I suivi par elle-même. À titre subsidiaire elle réclame la somme de 49 682,47 euros correspondant au montant de la commission qu'elle a perçue au titre de la première échéance et qu'elle n'a pas perçu au titre de seconde échéance.

Au titre de l'année 2009, l'appelante réclame une commission, outre les congés payés, de 150 000 euros au motif que des commandes sur le client BP2I auraient été annulées.

Au titre de l'année 2010, son employeur ne lui aurait pas proposé de plan commissionnement et l'aurait privée ainsi de toute rémunération variable.

S'agissant de l'année 2011, aucun poste ne lui aurait été proposé correspondant à ses qualifications de sorte qu'elle a été privée de rémunération variable.

Au titre de ces deux années 2010 et 2011, MME Y... sollicite une somme globale de 300 000 euros, hors les congés payés. La société fait valoir qu'elle met chaque année en place pour les ingénieurs commerciaux un plan de motivation comportant une part fixe en pourcentage de la rémunération théorique et une part variable définie par lettre d'objectifs et ce pour une durée de six mois. Si le salarié adhère à ce plan de motivation et signe la lettre d'objectifs sa rémunération (fixe et variable) se substitue à sa rémunération fixe. L'employeur rappelle que l'adhésion au plan de motivation et l'acceptation de la lettre d'objectifs est volontaire qu'à défaut le salarié perçoit sa rémunération théorique de référence (RTR) en l'espèce si 6 962 euros par mois.

L'employeur conteste les sommes réclamées par la salariée, rappelant que cette dernière réclamait en première instance une somme de 282 817 euros de commission et ce pour les seules années 2010 à 2013. Il soutient que la salariée ne peut réclamer la rémunération variable pour les années concernées faute d'avoir été convenue et mise en place.

Pour justifier de sa demande de commission au titre de l'année 2008, la salariée produit le plan de motivation pour la

même année dont il ne résulte pas un droit pour cette dernière à la somme demandée soit à titre principal soit à titre subsidiaire, de sorte qu'elle sera déboutée de sa demande au titre de l'année 2008.

Au titre de l'année 2009, la salariée produit ses deux lettres d'objectifs semestriels sans pour autant établir un lien entre celles-ci et la somme réclamée de 150 000 euros, hors congés payés, ou encore démontrer l'incidence d'annulation de commande justifiant de cette réclamation. La salariée sera déboutée de sa demande.

S'agissant du premier semestre de l'année 2010, il apparaît des éléments du dossier que MME Y... n'a pas accepté la proposition de poste d'ingénieur commercial sur le produit [...], qu'elle n'a pas accepté la lettre d'objectifs que verse aux débats son employeur pour le premier semestre 2010, de sorte que sa réclamation de commissions au titre de l'année 2010 ne peut prospérer.

Au titre du second semestre 2010 et de l'année 2011, la salariée réclame également des commissions. Pour en justifier elle fait valoir qu'elle a été privée de toute rémunération variable, son employeur ne lui ayant pas proposé d'emploi similaire à celui qu'elle occupait précédemment et conforme aux préconisations d'aménagement, ce que la cour a reconnu au titre de la discrimination liée au handicap. Ainsi, MME Y... ne peut réclamer le versement de commissions mais une indemnisation pour perte chance d'obtenir une rémunération variable, perte qui est la conséquence de la discrimination pour handicap reconnue et pour laquelle elle a déjà été indemnisée.

La salariée sera déboutée de ses demandes de paiement de commissions. La demande subsidiaire de désignation d'un expert-comptable n'ayant pas d'objet au regard de la solution retenue à titre principal et l'expertise n'ayant pas pour objet de suppléer à la carence des parties dans l'administration de la preuve » ;

1°) ALORS QUE les juges du fond sont tenus de motiver leur décision ; qu'en l'espèce, Mme Y... faisait valoir qu'elle n'avait pas été intégralement remplie de ses droits à rémunération variable au titre de l'année 2009 ; que pour débouter la salariée de sa demande, la cour d'appel s'est bornée à relever que Mme Y... ne rapportait pas la preuve de la somme réclamée ; qu'en statuant par de tels motifs ne permettant pas de déterminer si elle a estimé que la salariée n'avait pas atteint les objectifs fixés dans ses lettres d'objectifs, ou si elle a considéré que la salariée avait déjà été remplie de ses droits à rémunération variable, la Cour d'appel n'a pas mis la cour de cassation en mesure d'effectuer son contrôle et partant, a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

2°) ALORS en tout état de cause QUE lorsque la rémunération variable d'un salarié a été contractuellement fixée entre les parties, il appartient à l'employeur de rapporter la preuve que le salarié a été rempli de ses droits à ce titre ; qu'en refusant de faire droit à la demande de Mme Y... en paiement de rappel de commissions pour l'année 2009, en relevant que la salariée se bornait à produire aux débats ses lettres d'objectifs n'établissant pas le lien entre celles-ci et la somme réclamée, ni l'incidence d'une annulation de commande, quand il appartenait à l'employeur, qui ne contestait pas que Mme Y... avait atteint ses objectifs sur la période litigieuse, de justifier des éléments permettant de déterminer la base de calcul et la rémunération variable et de démontrer que la salariée avait déjà été remplie de ses droits, la cour d'appel, qui a inversé la charge de la preuve, a violé l'article 1315 du code civil dans sa version applicable au litige ;

### TROISIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté Mme Y... de ses demandes de rappels de commissions au titre du 1er semestre de l'année 2010 ;

#### AUX MOTIFS QUE « Sur la rémunération variable

La salariée sollicite la condamnation de la société à hauteur de 600 000 euros hors congés payés à titre de commissions pour les années 2008 à 2011 et, à titre subsidiaire, une expertise comptable pour en déterminer le quantum.

MME Y... fait valoir qu'elle aurait été privée d'une prime de 150 000 euros outre les congés payés pour l'année 2008, au motif que son supérieur hiérarchique aurait consenti une facilité de paiement sous forme de deux échéances, au lieu d'un paiement comptant, au client BP2I suivi par elle-même. À titre subsidiaire elle réclame la somme de 49 682,47 euros correspondant au montant de la commission qu'elle a perçue au titre de la première échéance et qu'elle n'a pas perçu au titre de seconde échéance.

Au titre de l'année 2009, l'appelante réclame une commission, outre les congés payés, de 150 000 euros au motif que des commandes sur le client BP2I auraient été annulées.

Au titre de l'année 2010, son employeur ne lui aurait pas proposé de plan commissionnement et l'aurait privée ainsi de toute rémunération variable.

S'agissant de l'année 2011, aucun poste ne lui aurait été proposé correspondant à ses qualifications de sorte qu'elle a été privée de rémunération variable.

Au titre de ces deux années 2010 et 2011, MME Y... sollicite une somme globale de 300 000 euros, hors les congés payés. La société fait valoir qu'elle met chaque année en place pour les ingénieurs commerciaux un plan de motivation comportant une part fixe en pourcentage de la rémunération théorique et une part variable définie par lettre d'objectifs et ce pour une durée de six mois. Si le salarié adhère à ce plan de motivation et signe la lettre d'objectifs sa rémunération (fixe et variable) se substitue à sa rémunération fixe. L'employeur rappelle que l'adhésion au plan de motivation et l'acceptation de la lettre d'objectifs est volontaire qu'à défaut le salarié perçoit sa rémunération théorique de référence (RTR) en l'espèce si 6 962 euros par mois.

L'employeur conteste les sommes réclamées par la salariée, rappelant que cette dernière réclamait en première instance une somme de 282 817 euros de commission et ce pour les seules années 2010 à 2013. Il soutient que la salariée ne peut réclamer la rémunération variable pour les années concernées faute d'avoir été convenue et mise en place.

Pour justifier de sa demande de commission au titre de l'année 2008, la salariée produit le plan de motivation pour la même année dont il ne résulte pas un droit pour cette dernière à la somme demandée soit à titre principal soit à titre subsidiaire, de sorte qu'elle sera déboutée de sa demande au titre de l'année 2008.

Au titre de l'année 2009, la salariée produit ses deux lettres d'objectifs semestriels sans pour autant établir un lien entre celles-ci et la somme réclamée de 150 000 euros, hors congés payés, ou encore démontrer l'incidence d'annulation de commande justifiant de cette réclamation. La salariée sera déboutée de sa demande.

S'agissant du premier semestre de l'année 2010, il apparaît des éléments du dossier que MME Y... n'a pas accepté la proposition de poste d'ingénieur commercial sur le produit [...], qu'elle n'a pas accepté la lettre d'objectifs que verse aux débats son employeur pour le premier semestre 2010, de sorte que sa réclamation de commissions au titre de l'année 2010 ne peut prospérer.

Au titre du second semestre 2010 et de l'année 2011, la salariée réclame également des commissions. Pour en justifier elle fait valoir qu'elle a été privée de toute rémunération variable, son employeur ne lui ayant pas proposé d'emploi similaire à celui qu'elle occupait précédemment et conforme aux préconisations d'aménagement, ce que la cour a reconnu au titre de la discrimination liée au handicap. Ainsi, MME Y... ne peut réclamer le versement de commissions mais une indemnisation pour perte chance d'obtenir une rémunération variable, perte qui est la conséquence de la discrimination pour handicap reconnue et pour laquelle elle a déjà été indemnisée.

La salariée sera déboutée de ses demandes de paiement de commissions. La demande subsidiaire de désignation d'un expert-comptable n'ayant pas d'objet au regard de la solution retenue à titre principal et l'expertise n'ayant pas pour objet de suppléer à la carence des parties dans l'administration de la preuve » ;

1°) ALORS QUE les juges du fond ne peuvent statuer par voie de simple affirmation sans préciser l'origine de leurs constatations ; qu'en l'espèce, Mme Y... contestait expressément qu'une lettre d'objectifs lui ait été remise pour le 1er semestre 2010, de sorte qu'elle avait été injustement privée de toute rémunération variable au titre de la période litigieuse ; qu'en affirmant péremptoirement que la salariée n'avait pas accepté la lettre d'objectifs versée aux débats par l'employeur pour le 1er semestre de l'année 2010, sans préciser de quelle(s) pièce(s) elle déduisait la remise du document litigieux à la salariée, qui la contestait, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

2°) ALORS QUE le contrat de travail de Mme Y... stipulait expressément que la rémunération de la salariée était composée d'une partie fixe et d'une prime variable ; que dès lors, en déboutant la salariée de sa demande de rémunération variable au titre du premier semestre 2010, motifs pris qu'elle n'avait pas accepté sa lettre d'objectifs, lorsque la rémunération variable de la salariée était prévue contractuellement, la cour d'appel a statué par un motif inopérant et partant, a violé l'article 1134 du code civil dans sa version applicable au litige ;

3°) ALORS en tout état de cause QU'un salarié ne peut être privé de sa rémunération variable pour avoir refusé d'occuper un poste ne respectant pas les préconisations du médecin du travail ; qu'en l'espèce, Mme Y... faisait valoir que si elle avait refusé le poste qui lui avait été proposé en 2010, cela tenait au fait que le poste proposé par son employeur ne respectait pas les préconisations du médecin du travail ; que la cour d'appel a estimé que la société IBM France ne rapportait pas la preuve de ce que les postes proposés à Mme Y... en 2010 étaient conformes aux préconisations du médecin du travail ; que dès lors, en reprochant à la salariée d'avoir refusé la proposition de poste et la lettre d'objectifs versée aux débats par l'employeur pour la débouter de sa demande au titre de sa rémunération variable pour le 1er

semestre 2010, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales qui s'évinçaient de ses propres constatations et partant, a violé l'article 1134 du code civil dans sa version applicable au litige ;

#### QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté Mme Y... de sa demande de dommages et intérêts pour perte de chance ;

AUX MOTIFS QUE « Sur la perte de chance

La salariée sollicite la désignation d'un expert-comptable pour évaluer l'indemnité pour perte de chance d'avoir été privé de poursuivre sa carrière jusqu'à sa retraite et subsidiairement demande la somme de 500 000 euros à titre de dommages-intérêts.

La société valoir que la salariée ne rapporte pas la preuve d'un manquement caractérisant une perte de chance d'exercer son travail jusqu'à l'âge de la retraite et rappelle que l'état de santé de la salariée n'est pas imputable à la société.

Il ne résulte pas du dossier que MME Y..., qui demeure toujours à l'effectif de son employeur, rapporte la preuve d'avoir été privée, comme elle l'affirme, de poursuivre sa carrière jusqu'à sa retraite du fait de son employeur alors qu'il est constant qu'elle a été victime d'un accident de ski, conduisant à la reconnaissance de son statut d'handicapée, et auquel l'employeur est étranger.

La salariée sera déboutée de sa demande principale de rectification, sous astreinte, par l'organisme de prévoyance de l'assiette de calcul des prestations et d'expertise comptable pour en déterminer le montant.

MME Y..., sera également déboutée de sa demande subsidiaire de dommages et intérêts à hauteur de 500 000 euros, ne justifiant pas de cette somme alors que la cour a constaté que la salariée ne rapportait pas la preuve d'une perte de chance causée par son employeur de poursuivre sa carrière chez IBM jusqu'à sa retraite » ;

1°) ALORS QU'un salarié peut prétendre à la réparation d'une perte de chance de poursuivre sa carrière professionnelle de façon plus avantageuse à raison d'un fait fautif de l'employeur ; qu'en l'espèce, il résulte des constatations de l'arrêt que Mme Y... avait été victime de harcèlement moral et de discrimination à raison de son handicap, que son état de santé préexistant, dû à un accident de ski, avait été aggravé par le harcèlement moral dont elle avait été victime et que son employeur, en rejetant par son silence, « sans considération pour sa salariée » sa demande de médiation « avait contribué à sa déstabilisation » ; que dès lors, en jugeant qu'il n'était pas démontré que Mme Y... avait été privée de la possibilité de poursuivre sa carrière jusqu'à sa retraite du fait de son employeur dès lors que ce dernier était étranger à l'accident de ski, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, desquelles il s'évinçait pourtant que l'état de santé de la salariée, et donc l'impossibilité de poursuivre sa carrière jusqu'à sa retraite, était au moins en partie le fait de l'employeur, a violé l'article 1382 du code civil, dans sa version applicable au litige ;

2°) ALORS en tout état de cause QU'en relevant, pour débouter la salariée de sa demande de dommages et intérêts au titre d'une perte de chance de poursuivre sa carrière et donc de percevoir une retraite plus avantageuse, qu'elle était toujours dans les effectifs de la société, lorsqu'il était par ailleurs constant que Mme Y... était en arrêt de travail ininterrompu depuis le 3 mars 2011 et qu'elle ne percevait donc plus aucun salaire mais des prestations de sécurité sociale et de prévoyance, bien inférieures à son salaire, la cour d'appel a statué par un motif inopérant et partant, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil dans sa version applicable au litige ;

Moyens produits au pourvoi incident par la SCP Célice, Texidor, Périer, avocat aux Conseils, pour la société Compagnie IBM France.

#### PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société Compagnie IBM à verser à Madame Y... la somme de 25.000 euros à titre de dommages et intérêts pour harcèlement moral ;

AUX MOTIFS QU' « il appartient au juge d'apprécier si ces éléments, pris dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral ; dans l'affirmative, il appartient à l'employeur de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement. Il est constant que le 7 février 2007 la salariée a été victime d'un grave accident de ski qui a entraîné un

arrêt maladie jusqu'au 22 avril 2007, puis un autre du 8 juillet au 10 août 2008 pour une deuxième opération qui selon les dires de la salariée n'a pas eu le succès espéré, qu'elle a repris son emploi à compter du 24 septembre 2008, ayant été déclarée apte. En 2009, la salariée sera absente pour syndromes dépressifs du 9 au 24 juin. La salariée bénéficiera du statut de travailleur handicapé à compter du 12 janvier 2010. Cette même année, elle sera placée en arrêt maladie pendant 111 jours répartis sur l'ensemble de l'année (janvier ; février-mars ; avril-mai ; octobre ; novembre-décembre). Le médecin du travail la considérera le 3 février 2011 apte au poste de commercial software avec aménagement de poste. Il ne peut être fait abstraction de la dégradation regrettable de l'état de santé de Madame Y... due, à l'origine, à un accident de ski en 2007, dans l'appréciation d'éléments susceptibles de laisser présumer l'existence d'un harcèlement moral sur la période 2008 à 2011 revendiquée par l'appelante comme la période pendant laquelle elle aurait subi un harcèlement moral. Dans ce contexte particulier de fragilité physique et sans doute psychique éprouvée par la salariée, il convient de distinguer d'une part les éléments fournis par la salariée qui expriment sa perception d'une situation qu'elle considère relever du harcèlement, et d'autre part les éléments objectifs, précis et concordants, laissant présumer une situation de harcèlement moral. À cet égard, il sera relevé que les éléments fournis par la salariée susceptibles de présumer un harcèlement moral se fondent pour l'essentiel sur des courriels rédigés par elle-même. Ainsi, la seule saisine d'un représentant du personnel par la salariée, fondée sur un harcèlement moral ne saurait constituer en soi un élément laissant présumer l'existence d'un harcèlement moral, de même que la qualification par la salariée d'une atmosphère « glaciale », d'une attitude soi-disant « inadmissible » de ses collègues, d'une volonté soit disant délibérée de ses collègues de ne pas lui communiquer certaines informations, l'expression de sa crainte d'une éviction de l[...] ou encore son regret de l'absence, selon elle, de suite donnée à sa dénonciation du non-respect par ses collègues des process internes en termes d'objectifs. Il convient également de distinguer les éléments fournis par la salariée qui relèvent de la seule organisation de l'entreprise, de ceux qui laissent présumer un harcèlement. Les premiers résultent de discussions sur le contenu de la lettre d'objectifs et de son absence d'approbation par la salariée, sur l'étendue du territoire à prospecter, sur un refus par l'employeur de participation à une réunion, sur une proposition de poste, ou un changement d'affectation, sur les avantages indûment accordés par son supérieur hiérarchique à l'une de ses collègues au préjudice de l'ensemble de l'équipe et non pas seulement à celui de Madame Y..., sur un changement de compte client ou sur la prise en charge de frais qui peuvent engendrer des échanges vifs ou des désaccords auxquels l'appelante n'est pas nécessairement étrangère par son mode de communication et le ton qu'elle y adopte, sans pour autant que ces échanges laissent présumer un harcèlement moral. A défaut, le pouvoir de direction de l'employeur pourrait être systématiquement remis en cause. En revanche, si l'on situe au second trimestre 2009, la dénonciation par Madame Y... à la Direction, du comportement managérial de M. M... et de M. P... à la fois sur le non-respect des process et sur le harcèlement moral, la modification de son territoire pour le second semestre 2009 avec une charge de travail supplémentaire et un objectif irréaliste, vrai ou supposé, ainsi que son éviction, imposée ou souhaitée, de l..., en décembre de cette même année, puis le retrait du compte BNP2I suivi jusque-là par Mme Y..., pris dans leur ensemble, peuvent laisser présumer l'existence d'un harcèlement moral. Il appartient à l'employeur de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement. L'employeur réplique que la salariée ne rapporte pas la preuve de ce qu'elle aurait subi des agissements répétés emportant la qualification juridique de harcèlement moral mais fait plutôt valoir le fait qu'elle se serait sentie dans son parcours professionnel défavorisée par rapport à l'une de ses collègues. La société reprend année par année les éléments présentés par la salariée comme étant des faits laissant présumer des agissements de harcèlement moral et les réfute considérant qu'ils ne caractérisent pas un harcèlement moral. L'employeur soutient qu'il n'y a pas eu d'agissements répétés, ni d'agressions verbales ni de tentatives d'intimidation de la salariée, ni d'exclusion progressive. L'employeur produit notamment une enquête menée par M. H... concluant à l'absence de harcèlement sur les faits dénoncés par Madame Y.... Il y a lieu de relever que dès que la salariée s'est plainte du management de son supérieur hiérarchique qu'il s'agisse des manquements conduisant à favoriser l'une de ses collègues ou de harcèlement moral, l'employeur a reçu la salariée et a mis en oeuvre les deux enquêtes (corporate et harcèlement moral) selon une chronologie ayant recueilli l'assentiment de Madame Y.... Il n'y a pas lieu de retenir, au titre du harcèlement moral, l'avantage accordé par M. M... à l'une des collègues de Madame Y..., manquement effectué au préjudice de l'ensemble de l[...] et non spécialement à l'encontre de la salariée. Le rapport d'enquête établi par M. H..., dans le cadre du harcèlement moral, expose brièvement la méthodologie suivie. À cet égard, après avoir entendu Madame R... V... (ressources humaines) le rapporteur a conduit 11 entretiens (p4 du rapport) en commençant par Mme Y... (30 juillet 2009) et en terminant par M. U... (16 octobre 2009) seul neuf comptes rendus d'entretien sont produits dont ceux de Mme Y..., M. M..., M. P..., Mme F.... Au terme de ceux-ci, il a conclu à l'absence de harcèlement moral. Le compte rendu d'entretien de Monsieur D... qui selon le rapport de M. H..., se serait tenu le 24 août 2009 et celui de Monsieur E... Q... qui

se serait tenu le 8 septembre 2009 ne sont pas produits. L'employeur offre dans ses écritures une curieuse explication à cette absence de communication, en plaçant l'erreur de plume puisque, selon lui, personne n'aurait été au sein d'IBM en mesure de confirmer qu'ils ont été effectivement interrogés dans le cadre de cette enquête. Il est regrettable que ces entretiens n'aient pas été tenus ou que les comptes-rendus de ces entretiens n'aient pas été communiqués. En effet, il apparaît de l'examen des comptes-rendus effectivement communiqués que Monsieur E... Q..., responsable du compte BP2I, aurait souhaité le départ de Mme Y... du compte BNP2I et que la direction aurait souhaité la réduction de l'effectif de l'[...] point sur lequel M. D... directeur commercial logiciel aurait pu fournir des explications utiles. Des constatations qui précèdent il se déduit que le rapport d'enquête qui a conclu à l'absence de tout harcèlement moral à l'endroit de Mme Y... ne peut être tenu comme permettant de justifier objectivement que les décisions de modification du territoire, de suppression du compte BNP2I, de retrait de l'[...], qui ont été prises à l'égard de la salariée, sont étrangères à tout harcèlement. L'employeur échoue ainsi à démontrer que les faits matériellement établis par Mme X... sont justifiés par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement. Le harcèlement moral est établi. Compte tenu des circonstances du harcèlement subi, de sa durée, et des conséquences dommageables qu'il a eu pour Mme Y..., telles qu'elles ressortent des pièces et des explications fournies, notamment de son état de santé préexistant, sans doute aggravé par le harcèlement, et de son âge, le préjudice en résultant pour la salariée doit être réparé par l'allocation de la somme de 25.000 euros à titre de dommages-intérêts sans qu'il soit nécessaire de désigner un expert médical pour l'évaluer, la cour s'estimant suffisamment informée par les pièces versées aux débats. Le jugement sera infirmé sur ce point » ;

1. ALORS QU' il appartient au salarié d'établir des faits précis et concordants qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral ; qu'en considérant, en l'espèce, que la dénonciation par la salariée, auprès de la Direction, du comportement de ses deux managers, la modification de son territoire pour le second semestre 2009 avec une charge de travail supplémentaire et un objectif irréaliste « vrai ou supposé », son éviction « imposée ou souhaitée » de l'[...] en décembre et le retrait du compte BP2I peuvent laisser supposer l'existence d'un harcèlement moral, sans constater la réalité du comportement managérial de ses deux supérieurs hiérarchiques, sans vérifier que le territoire proposé pour le second semestre s'accompagnait effectivement d'une charge de travail supplémentaire et d'un objectif irréaliste, ni s'assurer que l'affectation de la salariée dans une autre équipe lui avait été imposée, la cour d'appel qui s'est fondée sur de simples allégations et non des faits objectifs dont elle a constaté la matérialité, a violé l'article L. 1154-1 du code du travail ;

2. ALORS QUE s'il estime que les éléments produits par le salarié laissent présumer l'existence d'un harcèlement moral, le juge doit rechercher si l'employeur justifie par des éléments objectifs les faits qui lui sont reprochés ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté qu'à la suite de la dénonciation, par la salariée, d'une situation présentée par elle comme relevant d'un harcèlement moral, la Compagnie IBM a diligenté une enquête, confiée à M. H... ; qu'à l'issue de cette enquête, dont le rapport intégral était versé aux débats, M. H... a conclu à l'absence de harcèlement moral ; qu'en écartant ce rapport d'enquête, au motif que les comptes rendus de deux entretiens visés dans ce rapport n'étaient pas communiqués, sans rechercher si les autres éléments de cette enquête ne permettaient pas d'écarter tout harcèlement moral, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1152-1 et L. 1154-1 du code du travail ;

3. ALORS QUE s'il estime que les éléments produits par le salarié laissent présumer l'existence d'un harcèlement moral, le juge doit rechercher si l'employeur justifie par des éléments objectifs les faits qui lui sont reprochés ; que la société Compagnie IBM démontrait qu'elle propose, chacune semestre, aux cadres commerciaux un territoire commercial et une lettre d'objectifs, que les salariés sont libres de refuser ces propositions et que Mme Y..., qui avait refusé le territoire proposé pour le second semestre 2009, avait conservé le même territoire qu'au premier semestre, ce que la cour d'appel a d'ailleurs constaté (arrêt, p. 10, § 10) ; qu'en considérant que la société Compagnie IBM ne justifiait pas que la modification du territoire de la salariée était étrangère à tout harcèlement moral, sans s'expliquer sur ces éléments de justification, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1152-1 et L. 1154-1 du code du travail ;

4. ALORS QUE s'il estime que les éléments produits par le salarié laissent présumer l'existence d'un harcèlement moral, le juge doit rechercher si l'employeur justifie par des éléments objectifs les faits qui lui sont reprochés ; qu'il ressort des constatations de l'arrêt attaqué que les difficultés entre Mme Y... et son supérieur hiérarchique étaient liées à leur « incompatibilité de caractère », ainsi qu'au propre comportement de Mme Y..., et que les relations tendues de Mme Y... avec les membres de l'[...] » et ceux d'autres équipes intervenant sur le même grand compte n'étaient pas étrangères à la

salariée compte tenu de « son mode de communication et du ton qu'elle y adopte » ; que la société IBM faisait valoir que Mme Y... avait elle-même accepté de changer d'équipe compte tenu des difficultés qu'elle rencontrait avec ses collègues de l'[...]' » et les autres salariés intervenant sur le grand compte BP2I qu'elle suivait ; qu'elle versait ainsi aux débats un courrier électronique dans lequel Mme Y... indiquait qu'elle était prête à attendre le second semestre 2010 pour changer d'équipe, ce qui établissait que ce changement d'équipe répondait à ses propres souhaits ; qu'en s'abstenant de rechercher si la proposition de changer d'équipe n'était pas en conséquence étrangère à tout harcèlement moral, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1154-1 du code du travail ;

5. ALORS QUE ne peut constituer un harcèlement moral une mesure visant à mettre fin aux relations difficiles entre une salariée et les autres membres de son équipe ; que la cour d'appel a considéré qu'en s'abstenant de répondre favorablement, en janvier 2009, à la demande de médiation de Mme Y..., la société Compagnie IBM a manqué à son obligation de sécurité, au motif que cette médiation lui aurait permis de « constater que réintégrer la salariée au sein de l'[...] avec pour supérieur hiérarchique M. M... conduisait à entretenir une situation difficilement supportable pour la salariée compte tenu de son état de santé et de leur incompatibilité de caractère » ; qu'en considérant néanmoins par ailleurs que le fait d'avoir retiré Mme Y... de l'[...] quelques mois plus tard constituait un agissement relevant d'un harcèlement moral, la cour d'appel a méconnu les conséquences légales de ses propres constatations et violé l'article L. 1152-1 du code du travail.

#### DEUXIEME MOYEN DE CASSATION, SUBSIDIAIRE PAR RAPPORT AU PREMIER

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société Compagnie IBM à verser à Mme Y... la somme de 5.000 euros à titre de dommages et intérêts pour violation de l'obligation de sécurité ;

AUX MOTIFS QUE « l'employeur doit être sanctionné quand il a conscience ou aurait dû avoir conscience du danger encouru par le salarié et que ce faisant n'a pas pris les dispositions nécessaires pour le préserver. Le salarié expose qu'elle a été victime de harcèlement moral et que l'employeur n'a jamais cherché à empêcher cette situation la laissant se dégrader. L'employeur soutient avoir respecté son obligation de sécurité notamment en organisant les visites de reprise sollicitée l'avis de la médecine du travail et suivi au mieux selon elle les recommandations de cette dernière. L'employeur rappelle que la salariée n'a jamais alerté le CHSCT ni les instances représentatives pour des faits de harcèlement moral. Il rappelle également que la salariée n'a jamais sollicité la résiliation judiciaire de son contrat travail au titre notamment au titre d'un manquement éventuel de l'employeur à cet égard. La société expose avoir respecté les prescriptions de la médecine du travail et avoir pris en compte le handicap de la salariée rappelant que l'état de santé n'est pas imputable à la société. L'employeur fait également valoir que la salariée ne démontre pas le préjudice qu'elle prétend avoir subi. En l'espèce, la cour constate que dès lors que Mme Y... s'est plainte du comportement managérial de Monsieur M..., l'employeur a mis en place sans tarder des enquêtes. Par ailleurs, grâce à l'intervention de Monsieur D..., le territoire proposé à la salariée, pour le second semestre 2009 qui avait été augmenté du secteur des PME, élément considéré comme relevant du harcèlement moral, a été réduit à son état antérieur sans le secteur des PME supprimant une charge de travail supplémentaire. Toutefois, Madame Y... a sollicité le 15 janvier 2009 une médiation, proposition à laquelle l'employeur n'a jamais répondu alors que cette médiation aurait pu permettre à l'employeur de constater que réintégrer la salariée au sein de l'[...] avec pour supérieur hiérarchique M. M... conduisait à entretenir une situation difficilement supportable pour la salariée compte tenu de son état de santé et de leur incompatibilité de caractère, comme cela ressort des entretiens menés dans le cadre de l'enquête sur le harcèlement moral. Il y a lieu de considérer que l'employeur, en rejetant par le silence, sans considération pour sa salariée, la proposition de médiation de cette dernière, a contribué à sa déstabilisation, manquant ainsi à son obligation de sécurité. Le jugement sera infirmé sur ce point. La salariée sollicite la condamnation de son employeur au paiement de la somme de 400.000 euros net au titre de dommages-intérêts à cet égard sans en justifier. La cour s'estime suffisamment informée par les divers échanges et documents produits aux débats, pour fixer le montant de la condamnation à la somme de 5.000 euros » ;

ALORS QU' un salarié ne peut obtenir deux fois la réparation d'un même préjudice ; que le fait, pour l'employeur, de n'avoir pas pris de mesures propres à mettre fin à une situation de harcèlement moral ne crée pas un préjudice distinct de celui qui résulte du harcèlement moral lui-même ; que, pour caractériser un manquement à l'obligation de sécurité de la Compagnie IBM, la cour d'appel a retenu que la médiation proposée par la salariée, que l'employeur n'a pas organisée, aurait permis à ce dernier de constater que réintégrer Mme Y... dans l'[...] conduisait à entretenir une situation

difficilement supportable pour la salariée ; que le préjudice résultant de ce manquement était donc nécessairement réparé par les dommages et intérêts alloués en réparation du préjudice résultant du harcèlement moral subi par la salariée dans l'[...] » ; qu'en allouant néanmoins à Mme Y... des dommages et intérêts distincts, la cour d'appel a violé le principe de la réparation intégrale sans perte ni profit pour la victime.

### TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société Compagnie IBM France à payer à Mme Y... la somme de 50.000 euros à titre de dommages et intérêts pour discrimination en raison du handicap ;

AUX MOTIFS QUE « la salariée fait valoir qu'elle a été victime de discrimination en raison de son handicap et ce dès l'année 2008. Elle reproche pour l'essentiel à son employeur de ne pas lui avoir proposé un poste adapté à son statut de travailleur handicapé tenant compte des prescriptions médicales alors que depuis l'échec de son opération en milieu d'année 2008, l'employeur ne pouvait plus ignorer son état. En l'espèce, pour soutenir ses affirmations Mme Y... produit notamment :

- son courriel du 3 juin 2010 destinée à son employeur (T... W...) faisant part de sa motivation et de son intérêt pour IBM et son souhait de disposer de plusieurs offres adaptées à ses compétences et à ses contraintes, en liaison avec la médecine du travail (Docteur S...),
- son courriel du 22 juin 2010 sollicitant la liste des postes à pourvoir dans la nouvelle organisation ainsi que le nom des managers à contacter,
- son échange de courriels du 28 septembre 2010 avec Monsieur A... C... (département ECM) constatant que la salariée n'a pas accepté sa lettre d'objectifs dans ses nouvelles fonctions et qu'il se tient à sa disposition pour éclaircir certains points ce à quoi Mme Y... répond en s'interrogeant sur le réalisme de l'objectif qui lui est fixé (300 % de croissance entre le second semestre 2009 et le second semestre 2010), appelant l'attention de son interlocuteur sur la justification du suivi de très nombreux comptes en province pour une personne handicapée qui bénéficie d'un aménagement de poste,
- son courriel du 4 février 2011 à la médecine du travail relatives au poste proposé (spécialiste software) qui ne respecterait pas selon elle les prescriptions médicales au motif qu'il supposerait le suivi de 813 comptes sur la France entière avec un objectif de plus de 300 % par rapport à l'année précédente, obligeant à des déplacements incompatibles avec les mesures d'aménagement de poste.

Madame Y... établit ainsi l'existence matérielle de faits pouvant laisser présumer l'existence d'une discrimination à son encontre en ce que son employeur lui aurait proposé un nouvel emploi non conforme aux prescriptions médicales pour la décourager. L'employeur fait valoir que l'appelante se plaint de discriminations liées au handicap survenues selon elle dès le mois de septembre de l'année 2008 alors que son statut de personne handicapée n'a été établi que le 12 janvier 2010 et que ce n'est que le 8 avril de la même année qu'elle en informera son employeur. L'employeur soutient également que la salariée a été, à de très nombreuses reprises, absente pour maladie dans le courant de l'année 2010 ce qui a compliqué la mise en place de propositions d'emplois et que néanmoins un poste d'ingénieur ECM (Solution de gestion de documents) lui a été proposé le 25 août 2010 et qu'elle a en définitive refusé. Ultérieurement, en 2011 un poste de Sales Specialist Software adapté aux prescriptions médicales lui a été également proposé qu'elle a également refusé le considérant comme trop « junior ».

Au soutien de son argumentation l'employeur produit les documents suivants :

- les avis d'arrêt de travail à compter du 15 janvier 2010 jusqu'au 13 juin 2011,
- la fiche médicale d'aptitude sans restriction à la fonction d'ingénieur commercial établi par la médecine du travail le 26 mars 2010 à la suite d'une visite de reprise,
- la fiche médicale d'aptitude établie le 11 août 2010 mentionnant l'aptitude avec aménagement,
- un courriel du 28 septembre 2010 de T... W... à Mme R... V... (ressources humaines) faisant part d'une situation intenable au regard des exigences financières de Madame Y... se plaignant des 813 comptes à suivre alors que les aménagements (prescriptions médicales) ont été pris en compte. Il conclut que Madame Y... est ingérable,
- la liste des postes disponibles.

De ce qui précède, il se déduit que l'employeur avait l'obligation à compter du 11 août 2010 d'intégrer dans sa proposition de poste les aménagements suivants : travail à domicile plus souvent possible (poste aménagé), déplacement chez les clients et partenaires limités à une durée aller de deux heures et au-delà en position semi allongée, éviter dans la mesure du possible les escaliers à la montée comme la descente. Il résulte du dossier que l'employeur a proposé un poste d'ingénieur en septembre 2010 au sein de l'équipe ECM dont il affirme qu'il respectait les

préconisations de l'avis d'aptitude du 11 août 2010 sans toutefois fournir la fiche de poste et fournir d'éléments permettant d'établir que la médecine du travail avait été consultée sur l'adéquation de ce poste aux prescriptions médicales.

L'employeur a également proposé un poste de « Sales Specialist Software » en mars 2011, dont l'employeur n'établit pas qu'il correspondait aux préconisations de la médecine du travail et qu'il s'agissait d'un emploi au moins similaire à celui précédemment occupé par l'appelante, puisque l'ancienneté requise n'était que d'une année pour ce nouveau poste, selon les éléments du dossier. L'employeur échoue ainsi à démontrer que les faits matériellement établis par Mme Y... sont justifiés par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. La discrimination est établie. La salariée sollicite la condamnation de son employeur au paiement de la somme de 200.000 euros nets au titre de dommages-intérêts à cet égard sans en justifier. Compte tenu des circonstances de la discrimination subie, de sa durée, et des conséquences préjudiciables qu'elle a eu pour Mme Y..., telles qu'elles ressortent des pièces et des explications fournies par les parties, notamment de la privation de bénéficier d'une rémunération variable pour le second semestre 2010, pendant lequel elle a été néanmoins absente à plusieurs reprises, et pour le premier trimestre de l'année 2011, le préjudice en résultant pour l'appelante doit être réparé par l'allocation de la somme de 50.000 euros à titre de dommages-intérêts. Le jugement sera infirmé sur ce point ».

1. ALORS QUE l'employeur n'est tenu de consulter le médecin du travail sur la compatibilité d'un poste avec l'état de santé du salarié qu'à la condition que ce dernier émette des réserves sur ce point ; qu'en l'espèce, la société Compagnie IBM soutenait que Mme Y... avait accepté avec enthousiasme le poste d'ingénieur au sein de l'équipe « EMC » proposé en septembre 2010, qu'elle avait effectivement occupé jusqu'à ce qu'elle soit arrêtée, en octobre 2010, à la suite d'une chute lors de la descente d'un train ; qu'en reprochant cependant à la Compagnie IBM de ne pas établir qu'elle aurait consulté la médecine du travail sur l'adéquation de ce poste aux prescriptions médicales, sans tenir compte de ce que Mme Y... avait elle-même accepté et occupé ce poste quelques semaines, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1134-1 du code du travail ;

2. ALORS QUE l'employeur, qui a sollicité le médecin du travail sur la compatibilité d'un poste avec l'état de santé du salarié et pris les mesures nécessaires pour assurer le suivi du salarié sur ce poste, ne peut être tenu responsable de ce que cette demande est restée sans suite pour des raisons qui lui sont étrangères ; que la société Compagnie IBM justifiait avoir interrogé le médecin du travail le 1er mars 2011 sur la compatibilité du poste de « sales specialist software » avec les restrictions émises dans son dernier avis d'aptitude, avant que la salariée soit placée en arrêt maladie à compter du 3 mars 2011 ; qu'en reprochant à l'employeur de ne pas établir que ce poste répondait aux préconisations de la médecine du travail, sans rechercher si la Compagnie IBM n'avait pas entrepris les démarches nécessaires pour s'assurer de la compatibilité de ce poste avec l'état de santé de la salariée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1134-1 du code du travail.