

SOC.

CM

COUR DE CASSATION

Audience publique du 7 décembre 2016

Cassation partielle

M. FROUIN, président

Arrêt n° 2311 FS-P+B+R

Pourvoi n° Q 14-27.232

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

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

Statuant sur le pourvoi formé par Mme [J] [G], domiciliée [Adresse 1],

contre l'arrêt rendu le 30 septembre 2014 par la cour d'appel de Riom (4e chambre sociale), dans le litige l'opposant à la société Groupe Mondial tissus, dont le siège est [Adresse 2],

défenderesse à la cassation ;

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

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 9 novembre 2016, où étaient présents : M. Frouin, président, M. Rinuy, conseiller rapporteur, M. Huglo, Mme Lambremon, Mmes Farthouat-Danon, Slove, conseillers, Mmes Sabotier, Salomon, Chamley-Coulet, conseillers référendaires, Mme Berriat, avocat général, Mme Piquot, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. Rinuy, conseiller, les observations de la SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, avocat de Mme [G], de la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat de la société Groupe Mondial tissus, l'avis de Mme Berriat, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme [G] a été engagée par la société Groupe Mondial tissus (la société) le 18 octobre 1999, en qualité de vendeuse ; qu'à compter du 22 mai 2010, elle a bénéficié de plusieurs arrêts de travail successifs à la suite d'un accident du travail ; qu'à l'issue des examens des 16 juin et 1er juillet 2011, le médecin du travail l'a déclarée inapte ; qu'elle a été licenciée pour inaptitude et impossibilité de reclassement le 27 octobre 2011 ;

Sur les premier, deuxième et quatrième moyens :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur les moyens annexés, qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Mais sur le troisième moyen, pris en sa première branche :

Vu les articles L. 1226-10, L. 1226-15 et L. 2312-2 du code du travail ;

Attendu que pour débouter la salariée de ses demandes au titre d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'arrêt retient que s'agissant d'une inaptitude consécutive à un accident du travail, l'employeur avait l'obligation de consulter les délégués du personnel sur les possibilités de reclassement de la salariée, dès lors que la mise en place de tels délégués était obligatoire en application de l'article L. 2312-2 du code du travail, qu'il résulte de l'article L. 2312-1 que l'élection des délégués du personnel se fait dans le cadre de l'établissement et qu'aux termes de l'article L. 2312-2 celle-ci n'est obligatoire que si l'effectif de onze salariés et plus est atteint, que le protocole d'accord pour les élections des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise signé le 26 avril 2011 entre la direction de la société et les organisations syndicales fait apparaître que « l'établissement » de [Localité 4] n'avait au 1er mars 2011 qu'un effectif de 7,97 et que seuls les effectifs des établissements de [Localité 9] et [Localité 14] permettaient la mise en place de délégués du personnel, que dans ces conditions la salariée ne saurait reprocher à la société de ne pas avoir procédé à la consultation des délégués du personnel sur son reclassement ;

Attendu, cependant, que l'établissement distinct permettant l'élection de délégués du personnel se caractérise par le regroupement d'au moins onze salariés constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres susceptibles de générer des réclamations communes ou spécifiques et travaillant sous la direction d'un représentant du chef d'entreprise, peu important que celui-ci n'ait pas le pouvoir de se prononcer lui-même sur ces réclamations ; qu'il en résulte que l'existence d'un établissement distinct ne peut être reconnue que si l'effectif de l'établissement permet la mise en place de délégués du personnel ;

Qu'en statuant comme elle a fait, par des motifs inopérants, alors qu'il résultait de ses constatations que le site de [Localité 4] ne pouvait constituer un établissement distinct pour la mise en place de délégués du personnel et que les salariés exerçant sur ce site devaient nécessairement être rattachés à un établissement au sens des délégués du personnel, ce dont il résultait qu'ils ne pouvaient être privés du droit qu'ils tirent de l'article L. 1226-10 du code du travail à la consultation des délégués du personnel en cas d'inaptitude, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches du troisième moyen :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il dit que la société Groupe Mondial tissus n'a pas méconnu son obligation

de reclassement et que le licenciement est causé, l'arrêt rendu le 30 septembre 2014, entre les parties, par la cour d'appel de Riom ; remet, en conséquence, sur ce point, 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 de Bourges ;

Condamne la société Groupe Mondial tissus aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne la société Groupe Mondial tissus à payer à Mme [G] 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 sept décembre deux mille seize.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, avocat aux Conseils, pour Mme [G]

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté Madame [G] de sa demande tendant à obtenir la qualification de cadre catégorie A position 1 et de sa demande de rappel de salaire correspondant ;

AUX MOTIFS QUE Mme [G] prétend qu'elle s'est vue attribuer arbitrairement une qualification de vendeuse, catégorie employé, niveau E, alors qu'elle aurait dû bénéficier de la qualification de cadre catégorie A position 1 car elle occupait les fonctions d'adjointe au responsable de magasin ; qu'or, la salariée ne démontre en rien avoir exercé, même de manière occasionnelle des fonctions d'encadrement d'un ou plusieurs employés comme le prévoit la convention collective du 30 juin 1972 ; que par ailleurs, le fait qu'en l'absence de sa soeur directrice du magasin, elle se soit vue confier les clés afin d'ouvrir et fermer les portes du magasin et qu'elle figure en deuxième position sur la liste des personnes à prévenir par la société de télésurveillance en cas d'incident ne saurait pas plus caractériser de telles fonctions, tout comme la perception de primes d'objectifs, puisque pratiquement tout le personnel du magasin et notamment les vendeurs pouvaient bénéficier de telles primes ; qu'enfin, outre que rien ne permet de considérer que Mme [L] aurait été embauchée le 14 février 2011 pour remplacer Mme [G], il résulte du contrat de travail versé aux débats par l'employeur et établi au nom de [B] [K], sur l'authenticité duquel les observations formulées par l'appelante apparaissent dénuées de tout fondement puisque cette dernière a pris le nom de [L] à la suite de son mariage le 1er septembre 2012, a été embauchée en qualité de vendeuse niveau B et non pas en qualité de responsable adjoint de magasin ; que c'est donc à juste titre que le Conseil de Prud'hommes a débouté Mme [G] de sa demande tendant à obtenir la qualification de cadre catégorie A position 1 et par conséquent de sa demande de rappel de salaire correspondant ;

ET AUX MOTIFS éventuellement ADOPTES QUE Madame [G] indique qu'elle a initialement été embauchée sur un poste de vendeuse mais que son emploi en réalité correspondait à celui de responsable adjointe de magasin ; qu'elle indique qu'en l'absence de la directrice, c'est elle qui effectuait ces tâches (responsabilité sur les fonds de caisse, encadrement du personnel (surveillance, horaires, discipline), ouverture/fermeture de l'établissement) ; qu'il est constant que la qualification contractuelle ne lie pas le juge ; que ce dernier statue en fonction des éléments de preuve qui lui sont soumis ; qu'en cette matière, c'est au demandeur de prouver sa prétention ; qu'or, aucun élément de preuve ne vient corroborer les allégations de la demanderesse ; qu'elle sera donc déboutée de sa demande ;

ALORS QU'en cas de demande fondée sur une reclassification conventionnelle, les juges sont tenus de rechercher les fonctions réellement exercées par le salarié ; qu'en l'espèce, pour débouter Madame [G] de sa demande tendant à obtenir la qualification de cadre catégorie A position 1, la cour d'appel a affirmé que celle-ci ne démontrait pas avoir

exercé, même de manière occasionnelle, des fonctions d'encadrement d'un ou plusieurs salariés, que par ailleurs, le fait qu'en l'absence de sa soeur directrice du magasin, elle se soit vue confier les clés afin d'ouvrir et fermer les portes du magasin et qu'elle figure en deuxième position sur la liste des personnes à prévenir par la société de télésurveillance en cas d'incident ne saurait pas plus caractériser de telles fonctions, tout comme la perception de primes d'objectifs, et qu'enfin, outre que rien ne permet de considérer que Madame [L] aurait été embauchée le 14 février 2011 pour remplacer Madame [G], il résulte du contrat de travail versé aux débats par l'employeur que celle-ci a été embauchée en qualité de vendeuse niveau B et non pas en qualité de responsable adjoint du magasin ; qu'en statuant de la sorte, alors qu'il lui appartenait d'analyser concrètement quelles avaient été les fonctions réellement exercées par la salariée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard l'article 1134 du code civil ainsi que des stipulations de la convention collective du 30 juin 1972 ;

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté Madame [G] de sa demande de rappel de salaire au titre des heures supplémentaires et de l'AVOIR déboutée de sa demande de rappel de salaire au titre des astreintes ;

AUX MOTIFS QUE, sur les heures supplémentaires, aux termes de l'article L3171-4 du code du travail « en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, l'employeur fournit au juge des éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisées par le salarié. Au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné en cas de besoin toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. » ; que la charge de la preuve n'incombe spécialement à aucune des parties et s'il appartient à l'employeur de justifier des horaires de travail effectués par le salarié, il incombe cependant à ce dernier de fournir préalablement au juge des éléments de nature à étayer sa demande ; qu'en l'espèce, Mme [G] prétend qu'elle accomplissait un nombre d'heures de travail bien supérieur aux 35 heures qu'elle était censée effectuer chaque semaine dans la mesure où chaque lundi, jour où le responsable de magasin ne travaillait ainsi que périodiquement lorsque celle-ci se trouvait absente pour congés ou maladie, elle était chargée d'ouvrir la porte à la femme de ménage, ce qui l'amenait à effectuer 1 h supplémentaire chaque lundi ainsi qu'1h25 supplémentaire chaque jour durant les cinq semaines de congés payés annuels de sa responsable ; que la société Groupe Mondial TISSUSs, si elle soutient que Mme [G] n'était pas la seule salariée à détenir les clés du magasin, ne conteste pas vraiment que celle-ci ait été chargée d'ouvrir et de fermer la porte en l'absence de la responsable du magasin ; qu'elle prétend toutefois que si la salariée venait ouvrir la porte à 8h15 cela n'impliquait en rien qu'elle commençait effectivement à travailler à partir de cette heure-là puisque le magasin n'ouvrait qu'à 9h30 ; que les plannings et le récapitulatif hebdomadaire des heures travaillées avec le cas échéant modulation entre les heures effectuées en plus et celles effectuées en moins, conformément à l'accord d'entreprise sur l'organisation du temps de travail, lesquels sont signés par les salariés dont Mme [G] ne font nullement apparaître pour celle-ci des prises de service le lundi à 8h15, ni un dépassement des 35 heures hebdomadaires ; que c'est donc à juste titre que les premiers juges ont considéré qu'il n'existait pas d'éléments suffisamment probants pour démontrer que Mme [G] avait accompli des heures supplémentaires ; sur les astreintes, que l'article L3121-5 du code du travail définit la période d'astreinte comme étant celle pendant laquelle le salarié, sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, a l'obligation de demeurer à son domicile ou à proximité afin d'être en mesure d'intervenir pour accomplir un travail au service de l'entreprise et précise que la durée de cette intervention est considérée comme un temps de travail effectif ; que si en l'espèce il n'est pas discuté que Mme [G] était comme elle le prétend, inscrite en deuxième derrière sa responsable sur le site du magasin et de déclenchement du système d'alarme, aucun planning d'astreinte n'est produit par la salariée qui ne justifie en rien par ailleurs de ce que durant l'exécution de ces prétendues astreintes, elle ne pouvait disposer librement de son temps et avait une quelconque obligation de demeurer à son domicile ou à proximité afin de pouvoir répondre à un éventuel appel ; que par ailleurs Mme [G] ne justifie ne d'ailleurs ne prétend avoir un moment quelconque a été appelée par la société de surveillance ni amenée à se déplacer jusqu'au magasin ; qu'elle ne pourra par conséquent qu'être déboutée de sa demande en paiement d'une compensation financière de ce chef ;

ET AUX MOTIFS éventuellement ADOPTES QUE, sur le rappel des heures supplémentaires, selon le code du travail, « en cas de litige sur l'existence ou le nombre d'heures de travail accomplies, l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié. Au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné en cas de besoin toutes les mesures

d'instruction qu'il estime utiles. Si le décompte des heures de travail accomplies par chaque salarié est assuré par un système d'enregistrement automatique, celui-ci doit être fiable et infalsifiable » ; qu'ainsi, la charge de la preuve ne repose pas spécifiquement sur l'une ou l'autre des parties. Il convient pour le demandeur d'apporter des éléments suffisamment probants qui laisse supposer l'accomplissement d'heures supplémentaires. A charge ensuite au défendeur d'apporter les horaires réellement accomplis ; que Madame [G] estime ne pas avoir été remplie de ses droits car toutes ses heures de travail ne lui ont pas été payées ; qu'elle apporte comme élément : - une attestation de Madame [I] - un mail de Monsieur [C] ; que Madame [I] fait le ménage dans le magasin « tous les jours de la semaine de 8h15 à 10h45 » ; qu'elle indique « c'est seulement lorsqu'elle était en vacances que Madame [G] venait m'ouvrir » ; que Madame [G] produit également un mail de Monsieur [C] qui témoigne qu'en l'absence de la directrice du magasin c'est elle qui devait être avertie. Cependant, il n'est pas en capacité d'indiquer les dates de passage en première position ; que cependant, ces deux documents d'apportent pas d'éléments suffisamment probants démontrant que la demanderesse a accompli des heures supplémentaires ; que Madame [G] sera donc déboutée de sa demande à ce titre ;

1/ ALORS QUE constituent des heures supplémentaires toutes les heures de travail effectuées au-delà de la durée légale hebdomadaire de travail ; qu'en déboutant Madame [G] de sa demande de rappel d'heures supplémentaires, cependant qu'il ressortait de ses constatations que la salariée détenait les clés du magasin et venait ouvrir la porte à 8h15 en l'absence de la responsable du magasin, ce dont il se déduisait qu'elle avait nécessairement accompli des heures supplémentaires, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences de ses propres constatations a violé les articles L. 3121-22 et suivants du code du travail ;

2/ ALORS QUE les juges ne peuvent se fonder sur des documents ne figurant pas à la procédure, ni dénaturer les documents produits ; qu'aucune des parties n'avait produit de planning ou récapitulatif hebdomadaire signé par Mme [G] ; que seule la salariée avait produit un planning non signé, aucun planning ne figurant au bordereau de l'employeur ; qu'en affirmant que les plannings et le récapitulatif hebdomadaire des heures travaillées étaient « signés par les salariés dont Mme [G] », la cour d'appel a dénaturé ces documents, violant ainsi les dispositions de l'article 1134 du code civil ;

2/ ALORS QUE constitue une période d'astreinte la période durant laquelle les salariés restent à leur domicile ou en tout lieu de leur choix dès lors qu'ils peuvent être joints par l'employeur en vue de répondre à un appel pour effectuer une intervention urgente au service de l'entreprise ; qu'en déboutant Madame [G] de sa demande de compensation financière au motif qu'elle ne produisait aucun planning d'astreinte, cependant qu'il ressortait de ses constatations que la salariée était inscrite en deuxième position derrière sa responsable sur la liste des personnes auxquelles la société de surveillance TELESECUR devait faire appel en cas d'incident sur le site du magasin et de déclenchement du système d'alarme, ce dont il se déduisait qu'elle avait nécessairement accompli des astreintes, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ses propres constatations au regard des articles L. 3121-5 et L. 3121-7 du code du travail ;

4/ ALORS QUE les temps d'astreinte ne sont pas des temps de travail effectif ; qu'en retenant que Madame [G] ne justifiait pas de ce que durant les périodes litigieuses elle ne pouvait disposer librement de son temps pour la débouter de sa demande de rappel de salaire au titre des astreintes, la cour d'appel a statué par un motif inopérant en violation des articles L. 3121-5 et L. 3121-7 du code du travail ;

5/ ALORS QUE constitue une période d'astreinte la période durant laquelle le salarié, qu'il reste à son domicile ou en tout lieu de son choix, peut être joint par l'employeur en vue de répondre à un appel pour effectuer une intervention urgente au service de l'entreprise ; qu'en retenant que Madame [G] ne justifiait pas de ce que durant les périodes litigieuses elle avait une quelconque obligation de demeurer à son domicile ou à proximité pour la débouter de sa demande de rappel de salaire au titre des astreintes, la cour d'appel a statué par un motif inopérant en violation des articles L. 3121-5 et L. 3121-7 du code du travail ;

6/ ALORS QUE la rémunération de l'astreinte ne saurait être fonction des interventions effectives du salarié ; que dès lors, en retenant que Madame [G] « ne justifie ni ne prétend avoir à un moment quelconque été appelée par la société de surveillance ni amenée à se déplacer jusqu'au magasin » pour la débouter de sa demande en paiement de rappel de salaire au titre des astreintes, la cour d'appel a statué par un motif inopérant en violation de l'article L. 3121-7 du code du travail ;

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté Madame [G] de sa demande tendant à voir dire et juger que son licenciement était dénué de cause réelle et sérieuse et de l'avoir déboutée de ses demandes de dommages-intérêts à ce titre ;

AUX MOTIFS QUE, aux termes de la lettre adressée le 27 octobre 2011 par la société Groupe Mondial TISSUSs à Mme [G], laquelle fixe les termes du litige le licenciement a été prononcé en raison de l'inaptitude médicalement constatée de la salariée et de l'impossibilité avérée de reclassement ; qu'il est constant qu'à la suite des visites de reprise des 16 juin et 1er juillet 2011 le médecin du travail a déclaré Mme [G] définitivement inapte à son poste de travail, précisant que l'état de santé de la salariée ne permet pas d'envisager ni un aménagement de poste ni un reclassement dans l'entreprise ; qu'aux termes de l'article L 1226-10 du code du travail « lorsque, à l'issue des périodes de suspension du contrat de travail consécutives à un accident du travail ou à une maladie professionnelle, le salarié est déclaré inapte par le médecin du travail à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur lui propose un autre emploi approprié à ses capacités. Cette proposition prend en compte, après avis des délégués du personnel, les conclusions écrites du médecin du travail et les indications qu'il formule sur l'aptitude du salarié à exercer l'une des tâches existant dans l'entreprise. L'emploi proposé est aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé, au besoin par la mise en oeuvre de mesures telles que mutations, transformations de poste ou aménagement du temps de travail » ; que s'agissant d'une inaptitude consécutive à un accident du travail, il est incontestable que l'employeur avait l'obligation de consulter les délégués du personnel sur les possibilités de reclassement de la salariée, dès lors que la mise en place de tels délégués était obligatoire en application de l'article L2312-2 du code du travail ; qu'or, il résulte de l'article L2312-1 que l'élection des délégués du personnel se fait dans le cadre de l'établissement et qu'aux termes de l'article L2312-2 celle-ci n'est obligatoire que si l'effectif de 11 salariés et plus est atteint ; que le protocole d'accord pour les élections des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise signé le 26 avril 2011 entre la direction de la société et les organisations syndicales fait apparaître que l'établissement de [Localité 4] n'avait au 1er mars 2011 qu'un effectif de 7,07 et que seuls les effectifs des établissements de [Localité 9] et [Localité 14] permettaient la mise en place de délégués du personnel ; que dans ces conditions Mmes [G] ne saurait reprocher à la société Groupe Mondial TISSUS de ne pas avoir procédé à la consultation des délégués du personnel sur son reclassement ; que la société Groupe Mondial TISSUSs après recherche auprès des responsables de service du siège et des responsables de régions et avis du médecin du travail a proposé à Mme [G] par lettre du 12 août 2011, 3 postes de vendeuse dans ses magasins de [Localité 5], [Localité 3] et [Localité 6] ; que Mme [G] ayant refusé ces postes par lettre du 16 août 2011 et d'autres postes étant devenus disponibles, la société lui a proposé le 7 septembre 2011, après avoir consulté à nouveau le médecin du travail, 7 autres postes de vendeuse, à temps plein à [Localité 12], [Localité 11], [Localité 15] et [Localité 13] ainsi qu'à temps partiel à [Localité 3], [Localité 10], [Localité 7] ; que ces postes ont également été refusés par Mme [G] qui ne saurait aujourd'hui reprocher à la société Groupe Mondial TISSUSs de ne pas lui avoir proposé des postes sur l'ensemble de son réseau de magasins, alors qu'elle a elle-même limité le périmètre des recherches en faisant connaître expressément dans ses courriers du 11 juillet et 14 septembre 2011 que sa mobilité se limitait aux départements du [Localité 8] et de l'[Localité 1] pour des raisons personnelles ; que la société Groupe Mondial TISSUSs ayant procédé à des recherches de reclassement sur l'ensemble de ses magasins et proposé des emplois appropriés aux capacités de la salariée, s'agissant de postes de vendeuses identiques à celui qu'elle occupait précédemment et correspondant à l'avis formulé par le médecin du travail en ce qui concerne son aptitude, il apparaît que la société Groupe Mondial TISSUSs a satisfait à l'obligation de reclassement lui incombant et que le licenciement repose bien sur une cause réelle et sérieuse ;

ET AUX MOTIFS éventuellement ADOPTES QUE, aux termes de l'article L 1226-10 du code du travail : « Lorsque, à l'issue des périodes de suspension du contrat de travail consécutives à un accident du travail ou à une maladie professionnelle, le salarié est déclaré inapte par le médecin du travail à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur lui propose un autre emploi approprié à ses capacités. Cette proposition prend en compte, après avis des délégués du personnel, les conclusions écrites du médecin du travail et les indications qu'il formule sur l'aptitude du salarié à exercer l'une des tâches existant dans l'entreprise. L'emploi proposé est aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé, au besoin par la mise en oeuvre de mesures telles que mutations, transformations de poste ou aménagement du temps de travail » ; qu'en cas d'inaptitude, totale ou partielle, constatée par le médecin du travail, l'employeur est soumis à une obligation de moyen pour laquelle l'employeur ne peut s'affranchir ; que ce n'est que lorsque le reclassement s'avère impossible que le licenciement peut intervenir ; que la preuve de l'exécution de

l'obligation de chercher un reclassement incombe à l'employeur ; qu'en l'espèce, par courrier en date du 4 juillet 2011, le médecin du travail a confirmé l'impossibilité de reclasser la demanderesse sur le magasin d'[Localité 2] mais a précisé « qu'un poste de travail au niveau du groupe (hors magasin d'[Localité 2] dans le [Localité 8]) pouvait être envisagé » ; que par courriers en date du 11 juillet, puis du 14 septembre 2011, Madame [G] indiquait que « sa mobilité se limitait au département du [Localité 8] et de l'[Localité 1] pour des raisons personnelles. Je décline encore une fois vos dernières propositions » ; que pour autant, le 12 août 2011, l'employeur devait proposer 3 postes de vendeuse au titre du reclassement ; que par lettre du 16 août 2011, Madame [G] devait les refuser ; que l'employeur devait par la suite, le 7 septembre 2011, proposer 7 autres postes ; qu'encore une fois, les propositions de l'employeur étaient rejetées ; que les postes proposés correspondaient à celui qu'occupait Madame [G], c'est-à-dire vendeuse ; qu'ils correspondaient également aux prescriptions du médecin du travail qui préconisait un reclassement hors le magasin de [Localité 4] ; que Madame [G] estime également que des postes de responsables adjoints étaient disponibles et qu'ils ne lui ont pas été proposés ; qu'outre le fait que l'employeur, dans le cadre de son obligation de reclassement, n'a pas à proposer des postes pour lesquels il devrait procéder à la formation initiale du salarié, Madame [G] a expressément limité la zone géographique aux départements du [Localité 8] et de l'[Localité 1] ; qu'or, les postes disponibles étaient en dehors de cette zone ; que dès lors, le bureau de jugement estime que l'obligation de reclassement a bien été respectée ; que Madame [G] sera donc déboutée de ses demandes formées au titre du licenciement ;

1/ ALORS QU'il résulte de l'article L. 1226-10 du code du travail que l'avis des délégués du personnel doit être recueilli par l'employeur avant que la procédure de licenciement d'un salarié déclaré par le médecin du travail inapte à son emploi en conséquence d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle soit engagée ; que l'employeur ne saurait se soustraire à cette obligation dont la violation est sanctionnée par l'indemnité prévue à l'article L. 1226-15 du code du travail au motif que l'effectif de l'établissement dans lequel exerçait l'intéressé est inférieur à 11 salariés, dès lors que l'entreprise envisagée globalement permettait la mise en place de cette institution représentative ; qu'il ressortait des constatations de l'arrêt que les effectifs des établissements de [Localité 9] et [Localité 14] permettaient la mise en place de délégués du personnel ; qu'en retenant, pour décider que Madame [G] ne pouvait reprocher à la société de ne pas avoir procédé à la consultation des délégués du personnel sur son reclassement, que le protocole d'accord pour les élections des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise signé le 26 avril 2011 entre la direction de la société et les organisations syndicales faisait apparaître que l'établissement de [Localité 4] n'avait au 1er mars 2011 qu'un effectif de 7,97, sans tenir compte de l'obligation d'instituer ce délégués, la cour d'appel a violé l'article L. 1226-10 du code du travail ;

2/ ALORS ensuite QUE pour dire que l'obligation de reclassement a été satisfaite, la cour d'appel a retenu que la société a proposé des emplois appropriés aux capacités de la salariée, s'agissant de postes de vendeuse identiques à celui qu'elle occupait précédemment ; que dès lors, la cassation à intervenir sur le fondement du premier moyen tenant à ce que la cour d'appel a débouté à tort la salariée de sa demande de requalification entraînera la cassation, par voie de conséquence nécessaire, du chef de dispositif attaqué par le présent moyen, par application de l'article 624 du Code de procédure civile ;

3/ ALORS encore QUE l'avis du médecin du travail déclarant un salarié inapte à son emploi dans l'entreprise ne dispense pas l'employeur, quelle que soit la position prise alors par le salarié et les souhaits qu'il a émis, de rechercher les possibilités de reclassement par la mise en oeuvre de mesures telles que mutations ou transformations de postes de travail ou aménagement du temps de travail au sein de l'entreprise et le cas échéant du groupe auquel elle appartient ; que l'arrêt retient que Madame [G] ne saurait reprocher à la société de ne pas lui avoir proposé des postes sur l'ensemble de son réseau de magasins, alors qu'elle avait elle-même limité le périmètre des recherches en faisant connaître expressément dans ses courriers du 11 juillet et 14 septembre 2011 que sa mobilité se limitait aux départements du [Localité 8] et de l'[Localité 1] pour des raisons personnelles ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé l'article L. 1226-10 du code du travail ;

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION, SUBSIDIARE

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté Madame [G] de sa demande subsidiaire de résiliation judiciaire du contrat de travail ;

AUX MOTIFS QUE si Mme [G] qui avait initialement saisi le Conseil de Prud'hommes d'une demande en résiliation judiciaire de son contrat, ne l'a pas soutenue devant le Conseil de Prud'hommes, cette demande n'en est pas pour autant devenue caduque dans la mesure où la salariée n'y a pas expressément renoncé et conserve donc son antériorité par rapport au prononcé du licenciement, de telle sorte qu'elle ne peut être déclarée sans objet ; que la salariée étant par ailleurs libre de hiérarchiser ses demandes, la cour ne peut que statuer sur celles-ci dans l'ordre où elles sont présentées ; qu'ainsi, la salariée ayant été déclarée mal fondée à contester son licenciement, il y a lieu d'examiner à titre subsidiaire, comme demandée par Mme [G], sa demande en résiliation judiciaire du contrat de travail ; que la cour ayant toutefois rejeté les prétentions de la salariée concernant la reconnaissance d'une qualification supérieure à celle pour laquelle elle était rémunérée, le versement d'un complément de prime d'ancienneté, le paiement d'heures supplémentaires notamment lié au fait qu'elle devait ouvrir le magasin le lundi même lorsqu'elle était de repos et le versement d'une contrepartie pour des astreintes, les manquements allégués par Mme [G] à l'encontre de la société Groupe Mondial TISSUS n'apparaissent pas constitués et ne sauraient justifier la résiliation judiciaire du contrat de travail ;

ALORS QUE, même si par extraordinaire la Cour devait estimer que le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse, la cassation à intervenir sur les premier et/ou deuxième moyens entraînera, par voie de conséquence nécessaire, celle du chef par lequel la cour d'appel a déclaré irrecevable la demande subsidiaire de résiliation judiciaire du contrat de travail, et ce en application de l'article 624 du code de procédure civile.