

SOC.

CM

COUR DE CASSATION

Audience publique du 8 juin 2016

Rejet

M. FROUIN, président

Arrêt n° 1039 P+B+R+I sur le 1er moyen

Pourvoi n° Z 14-13.418

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

A U N O M D U P E U P L E F R A N Ç A I S

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

Statuant sur le pourvoi formé par Mme W... M..., domiciliée [...],

contre l'arrêt rendu le 7 janvier 2014 par la cour d'appel de Nîmes (chambre sociale), dans le litige l'opposant à la société Dentsply Ih, anciennement dénommée Astra Tech France, dont le siège est [...],

défenderesse à la cassation ;

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, les trois 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 13 avril 2016, où étaient présents : M. Frouin, président, M. Rinuy, conseiller rapporteur, M. Chollet, conseiller doyen, MM. Huglo, Ludet, Mallard, Mmes Goasguen, Vallée, M. Chauvet, conseillers, M. Flores, Mmes Wurtz, Sabotier, conseillers référendaires, M. Richard de la Tour, 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 M..., de la SCP Le Bret-Desaché, avocat de la société Dentsply Ih, l'avis de M. Richard de la Tour, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Nîmes, 7 janvier 2014), rendu sur renvoi après cassation (Soc., 13 février 2013, n° 11-28.201), que Mme M..., engagée le 6 janvier 2004 en qualité de responsable de secteur par la société Astra Tech France, désormais dénommée société Dentsply Ih, et affectée dans la région Sud-Est, a été placée en arrêt de travail pour maladie à compter du 11 décembre 2008 et a été déclarée, à l'issue de la seconde visite médicale du 23 mars 2009, « apte à la reprise à condition de travailler sur un autre secteur » ; qu'elle a été licenciée le 21 avril 2009 ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la salariée fait grief à l'arrêt de la débouter de ses demandes tendant à voir dire qu'elle a été victime d'un harcèlement moral et à voir prononcer la nullité, ou à tout le moins, l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement, et à voir condamner l'employeur à lui payer des sommes à titre d'indemnités, alors, selon le moyen :

1°/ qu'aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel ; que lorsque survient un litige relatif à l'existence d'un harcèlement, il incombe à la partie défenderesse 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 ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a retenu que la salariée avait produit des éléments de nature à laisser présumer l'existence d'un harcèlement moral ; que pour débouter la salariée de ses demandes, la cour d'appel a néanmoins considéré que les éléments produits par la salariée n'étaient pas établis ; qu'en statuant ainsi, alors qu'il lui appartenait de rechercher une fois les faits laissant présumer le harcèlement établis, si, conformément à la loi, l'employeur pouvait justifier objectivement les décisions prises par des éléments étrangers à toute discrimination, la cour d'appel a fait peser la charge de la preuve sur la salariée, violant ainsi les articles 1315 du code civil et L. 1154-1 du code du travail ;

2°/ qu'au surplus, en considérant que les éléments produits par la salariée laissaient présumer l'existence d'un harcèlement et dans le même temps que ces éléments n'étaient pas établis, la cour d'appel a statué par des motifs contradictoires, violant ainsi les articles L. 1152-1 et L. 1154-1 du code du travail ainsi que 455 du code de procédure civile ;

3°/ enfin que, lorsque le salarié établit la matérialité de faits précis et concordants constituant selon lui un harcèlement, il appartient au juge d'apprécier si ces éléments, pris dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral et, dans l'affirmative, il incombe 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 ; qu'en l'espèce, la salariée prétendait avoir été victime d'un harcèlement moral ; que pour justifier sa demande, elle produisait un ensemble d'éléments ; que pour débouter la salariée, le conseil de prud'hommes a considéré que celle-ci ne fournissait aucun élément de fait de nature à justifier sa demande ; qu'en statuant ainsi, alors même qu'il lui appartenait de vérifier non seulement si les éléments produits par la salariée étaient établis mais encore si ces éléments pris dans leur ensemble n'étaient pas de nature à laisser présager l'existence d'un harcèlement moral, le conseil de prud'hommes a violé les articles L. 1152-1 et L. 1154-1 du code du travail ;

Mais attendu qu'aux termes de l'article L. 1152-1 du code du travail, aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel ; qu'en vertu de l'article L. 1154-1 du code du travail, lorsque survient un litige relatif à l'application des articles L. 1152-1 à L. 1152-3 et L. 1153-1 à L. 1153-4, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement ; qu'au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse 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 ;

Attendu qu'il résulte de ces dispositions que, pour se prononcer sur l'existence d'un harcèlement moral, il appartient au juge d'examiner l'ensemble des éléments invoqués par le salarié, en prenant en compte les documents médicaux éventuellement produits, et d'apprécier si les faits matériellement établis, pris dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral au sens de l'article L. 1152-1 du code du travail ; que, dans l'affirmative, il revient au juge d'apprécier si l'employeur prouve que les agissements invoqués ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que ses décisions sont justifiées par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement ;

Attendu que, sous réserve d'exercer son office dans les conditions qui précèdent, le juge apprécie souverainement si le salarié établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement et si l'employeur prouve que les agissements invoqués sont étrangers à tout harcèlement ;

Et attendu qu'après avoir exactement rappelé le mécanisme probatoire prévu par l'article L. 1154-1 du code du travail, la cour d'appel, qui sans se contredire, a souverainement retenu que la salariée établissait des faits permettant de présumer l'existence d'un harcèlement moral mais que l'employeur justifiait au soutien de ses décisions d'éléments objectifs étrangers à tout harcèlement, a décidé, dans l'exercice des pouvoirs qu'elle tient de l'article L. 1154-1 du code du travail, qu'aucun harcèlement moral ne pouvait être retenu ;

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

Sur le deuxième moyen, ci-après annexé :

Attendu que le premier moyen du pourvoi étant rejeté, le moyen est dépourvu d'objet ;

Sur le troisième moyen, ci-après annexé :

Attendu que sous le couvert de griefs non fondés de violation de la loi, de dénaturation et de manque de base légale, le moyen ne tend qu'à contester, d'une part l'appréciation souveraine par la cour d'appel de la portée d'un avis d'aptitude avec réserve, de sorte qu'étaient inapplicables les dispositions relatives au licenciement du salarié inapte, d'autre part l'exercice des pouvoirs que les juges du fond tiennent de l'article L. 1235-1 du code du travail ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne Mme M... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du huit juin deux mille seize.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, avocat aux Conseils, pour Mme M...

PREMIER MOYEN DE CASSATION (Sur le harcèlement moral)

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué débouté Madame M... de sa demande tendant à voir dire qu'elle avait été victime d'un harcèlement moral, de l'avoir en conséquence déboutée de sa demande tendant à voir prononcer la nullité, ou à tout le moins, l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement, et à voir condamner l'employeur à lui verser les indemnités et dommages et intérêts dus en conséquence.

AUX MOTIFS QUE il résulte des articles L. 1152-1 et suivants du Code du travail que lorsque le salarié établit la matérialité de faits précis et concordants constituant selon lui un harcèlement, il appartient au juge d'apprécier si ces éléments, pris dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral et, dans l'affirmative, il incombe 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 ; Au soutien de ses accusations de harcèlement moral, Madame M... fait valoir que les modifications excessives de ses secteurs ont été opérées par l'employeur pour lui nuire l'affectant tout spécialement, que la demande faite par l'employeur afin d'assister son successeur lors de ses premières visites dans le département du Var était inutile et constituait une brimade, que des instructions contradictoires lui étaient adressées dans le but de la dérouter, qu'elle a été convoquée en vue d'un entretien préalable pouvant aller jusqu'à un licenciement le 10 décembre 2008 qui ne devait déboucher sur aucune sanction, la dégradation de son état de santé attestée par des certificats médicaux, des arrêts de travail et une déclaration d'inaptitude est la conséquence de ces agissements dénoncés ; Ces éléments pris dans leur ensemble permettent de présumer l'existence d'un harcèlement ; L'employeur réplique que : - les deux modifications sur cinq années des secteurs confiés à la salariée ont été opérées par l'employeur dans l'exercice normal de son pouvoir de direction dès lors qu'elles avaient pour objet d'équilibrer les différents secteurs en fonction de l'évolution des chiffres d'affaires et qu'elles ont concerné l'ensemble de l'équipe commerciale, l'article 7 du contrat de travail de Madame M... prévoyait en effet que : «Au jour de la signature du présent contrat, la zone d'influence confiée à adame M... est le secteur Sud-est. Il est expressément convenu que Madame M... pourra être affectée à un secteur différent ou voir modifier la définition de ce secteur en fonction des besoins de l'organisation de la société ASTRA TECH et de l'évolution de sa politique commerciale.

L'attention de Madame M... est donc attirée sur le fait qu'il ne lui est réservé aucun secteur contractuel, ni à plus forte raison, aucune exclusivité de secteur ». En effet son contrat de travail ne couvrait que le secteur Sud-Est sans autre précision et il n'est nullement établi qu'elle ait subi à quatre reprises des modifications intempestives comme elle le déclare. Quant aux nombreuses promesses verbales non tenues évoquées par la salariée, aucun élément ne vient corroborer ces affirmations. Enfin, devant le refus opposé par Madame M..., l'employeur renonçait à lui attribuer la Corse comme annoncé dans un courriel du 16 janvier 2008 lors de son embauche, Madame M... s'était vue confier les départements 13/84 et une partie du 30, par la suite lui étaient attribués les départements 13 et 83, la directrice régionale, Madame R... ayant conservé deux importants clients du Var. Un second changement a été opéré en janvier 2008 à la suite duquel la société a confié à la salariée les départements 13 et 84 reprenant ainsi ses départements initiaux ; Il a été demandé à Madame M... d'accompagner M. X... , son remplaçant dans le 83, commercial débutant dans le secteur, pour lui faciliter la prise de poste, ce qui ne représente rien de "brimant", elle ne justifie d'aucun manque de considération ni d'une quelconque répercussion sur son activité. Enfin, Madame M... était responsable du secteur 13 et 84 début 2008. Il était donc normal qu'elle ne figure pas dans le courrier adressé aux clients du Var en qualité de contact de la société ; Concernant les instructions contradictoires, il n'est nullement démontré que Madame P... R..., directrice régionale, ait formellement interdit à Madame M... de visiter la clientèle Var étant au domicile rappelé que la salariée qui n'était plus chargée de ce secteur n'avait donc plus à le prospecter à compter de janvier 2008. Par ailleurs il n'y a aucune contradiction à demander à Madame M... d'accompagner un commercial débutant dans ses démarches dans le secteur du Var sans pour autant démarcher à son profit la clientèle attachée à ce secteur ; L'entretien du 10 décembre 2008 avait été organisé suite à un courrier que Madame M... avait adressé directement au Directeur Général de la société le 12 novembre 2008 dans lequel elle formulait des reproches concernant tant Madame P... R..., sa supérieure hiérarchique, que Monsieur G... , directeur général de la société, en ces termes : « Depuis mon dernier courrier, auquel tu n'as jamais répondu, j'ai rencontré une nouvelle difficulté ; Je compte cette fois sur une réponse de ta part tant sur le présent courrier que sur le précédent. En effet ta pratique consistant à dire qu'on en parlera lors d'une prochaine rencontre puis de ne pas trouver le temps nécessaire n'est pas satisfaisante. Je n'ai pas envie non plus d'entendre les hurlements d'P... au téléphone lorsque lu lui transféreras la gestion du problème parce que je ne lui ai pas envoyé le mail

» ; La liberté de ton employé par la salariée dans ce courrier a donné lieu à un avertissement le 16 décembre 2008 dont la légitimité ne peut plus être remise en cause, Madame M... ayant été définitivement déboutée de sa demande tendant à son annulation ; Le compte rendu de cet entretien, tenu en présence de Monsieur G... , Madame R... et le Responsable des ressources humaines, Monsieur D... F... ainsi qu'une salariée choisie par Madame M... qui en a retracé la teneur, révèle d'une part l'existence de difficultés relationnelles entre Madame M... et Madame R..., et d'autre part le caractère constructif des échanges ayant porté sur toutes les doléances exprimées par la salariée comme les reproches qui pouvaient être cumulés à son encontre, ce compte rendu mettant en exergue les difficultés de Madame M... à se positionner sans affect dans le fonctionnement de l'entreprise ; Ces états d'âme faisant suite au changement de secteur de Madame M... ont été pris en compte par son entourage professionnel de Madame M... comme cela ressort d'un courriel adressé par Madame R... à l'intéressée le 21 octobre 2008 dans lequel elle exprime que « je remercie pour notre entretien qui a très enrichissant sur les motivations à évoluer au sein d'Astra Tech ... je comprends et accepte les difficultés lors du changement de secteur ... je reste à ta disposition » ; Si la dégradation de l'état de santé de Madame M... ne peut être discuté, les certificats médicaux produits se font l'écho des doléances exprimées par la salariée, le médecin traitant n'étant en rien directement témoin des faits de harcèlement dénoncés par la salariée et l'allégation d'un conflit professionnel évoqué par le médecin du travail recouvre en réalité les difficultés relationnelles rencontrées par la salariée portées un niveau d'exacerbation évoqué plus avant. Madame M... ne manque pas d'évoquer le soutien de Monsieur G... à Madame R... comme l'illustration d'un complot ourdi à son détriment, cette analyse concourt à son propre repli sur soi à l'origine de son désarroi exprimé à travers ses correspondances. Pour autant aucun agissement constitutif d'un acte de harcèlement n'est caractérisé à l'endroit de Madame R.... Le ressentiment qu'elle nourrissait à l'encontre de sa directrice régionale ne pouvant trouver son dénouement que par l'éclatement de cette cellule de travail qui sera abordé par la suite ; Enfin, le sort réservé à d'autres salariés de l'entreprise n'est en rien révélateur d'un traitement assimilable à un harcèlement moral qui aurait été réservé à Madame M... d'autant que la cour observe que les décisions de justice produites écartent l'existence de harcèlement moral. De même le procès-verbal de constat d'huissier établi le 26 juin 2009 tendant à démontrer que la société Astra continuait d'utiliser « le répondeur vocal enregistré sur son ancien numéro de téléphone professionnel » alors qu'elle avait été licencié le 21 avril 2009 n'est d'aucun intérêt dans l'appréciation du présent litige bien que Madame M... persiste à considérer cette circonstance comme un acte de harcèlement ; Il en résulte qu'aucun harcèlement moral ne peut être retenu en l'espèce ; Madame M... a été justement déboutée de ses prétentions à ce titre.

ET AUX MOTIFS ÉVENTUELLEMENT ADOPTÉS QUE Madame M... n'apporte aucun élément permettant de caractériser une situation de harcèlement moral ; il relève du pouvoir normal de gestion d'organiser la définition des secteurs des responsables commerciaux ; le contrat de travail de Madame M... prévoyait la possibilité de l'affecter à un secteur différent ou de voir modifier la définition de ce secteur en fonction des besoins d'organisation de la société Astra et de l'évolution de sa politique commerciale ; la redéfinition des secteurs était apparue nécessaire au vu de l'augmentation du chiffre d'affaires réalisé dans le secteur ; cette redéfinition concernait tous les commerciaux ; le changement de secteur de janvier 2008 avait été proposé et non imposé à Mme M... ; l'entretien du 10 décembre 2008 avait été organisé suite au courrier adressé le 12 novembre 2008 par Madame M... et qu'au regard du comportement inacceptable de celle-ci, l'employeur a usé de son pouvoir de sanction.

ALORS QUE, aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel ; lorsque survient un litige relatif à l'existence d'un harcèlement, il incombe à la partie défenderesse 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 ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel a retenu que la salariée avait produit des éléments de nature à laisser présumer l'existence d'un harcèlement moral ; que pour débouter la salariée de ses demandes, la Cour d'appel a néanmoins considéré que les éléments produits par la salariée n'étaient pas établis ; qu'en statuant ainsi, alors qu'il lui appartenait de rechercher une fois les faits laissant présumer le harcèlement établis, si, conformément à la loi, l'employeur pouvait justifier objectivement les décisions prises par des éléments étrangers à toute discrimination, la cour d'appel a fait peser la charge de la preuve sur la salariée, violant ainsi les articles 1315 du code civil et L. 1154-1 du code du travail.

Qu'au surplus, en considérant que les éléments produits par la salariée laissaient présumer l'existence d'un harcèlement et dans le même temps que ces éléments n'étaient pas établis, la Cour d'appel a statué par des motifs contradictoires,

violant ainsi les articles L. 1152-1 et L. 1154- 1 du code du travail ainsi que 455 du code de procédure civile.

ALORS ENFIN QUE, lorsque le salarié établit la matérialité de faits précis et concordants constituant selon lui un harcèlement, il appartient au juge d'apprécier si ces éléments, pris dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral et, dans l'affirmative, il incombe 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 ; qu'en l'espèce, la salariée prétendait avoir été victime d'un harcèlement moral ; que pour justifier sa demande, elle produisait un ensemble d'éléments ; que pour débouter la salariée, le Conseil de prud'hommes a considéré que celle-ci ne fournissait aucun élément de fait de nature à justifier sa demande ; qu'en statuant ainsi, alors même qu'il lui appartenait de vérifier non seulement si les éléments produits par la salariée étaient établis mais encore si ces éléments pris dans leur ensemble n'étaient pas de nature à laisser présager l'existence d'un harcèlement moral, la Conseil de prud'hommes a violé les articles L. 1152-1 et L. 1154-1 du code du travail.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION (Sur la nullité du licenciement)

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit que le licenciement pour impossibilité de reclassement consécutive à une aptitude partielle reposait sur une cause réelle et sérieuse, et d'avoir en conséquence débouté la salariée de ses demandes indemnitaires liées à nullité de son licenciement.

AUX MOTIFS PROPRES ET ÉVENTUELLEMENT ADOPTÉS énoncés aux premier et troisième moyens.

ALORS QUE, lorsque le licenciement d'un salarié justifié par son aptitude est la conséquence du harcèlement moral dont celui-ci est l'objet, l'employeur ne peut se prévaloir du motif tiré de l'impossibilité de reclassement pour justifier le licenciement ; que pour dire que le licenciement justifié par une impossibilité de reclassement était fondé sur une cause réelle et sérieuse, la cour d'appel a considéré que les faits de harcèlement n'étaient pas avérés ; que la cassation à intervenir sur le fondement des motifs ayant exclu l'existence d'un harcèlement moral entraînera, par application de l'article 624 du Code de procédure civile, la cassation par voie de conséquence des motifs ayant refusé de considérer le licenciement de la salariée, même justifié par une impossibilité de reclassement, nul du fait de l'existence d'un harcèlement moral.

TROISIÈME MOYEN DE CASSATION subsidiaire (Sur l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement)

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit que le licenciement pour impossibilité de reclassement consécutive à une aptitude partielle reposait sur une cause réelle et sérieuse, et d'avoir en conséquence débouté le salarié de ces demandes indemnitaires liées à l'absence de cause réelle et sérieuse de son licenciement.

AUX MOTIFS QUE A l'issue de la première visite de reprise le 24 février 2009, le médecin du travail a déclaré Madame M... « inapte temporaire, étude de poste à réaliser » ; Le médecin du travail s'est rendu au sein de l'entreprise, le 18 mars 2009 pour procéder à cette étude de poste ; A l'issue de la seconde visite de reprise le 23 mars 2009, le médecin du travail a rendu l'avis suivant: « Suite étude de poste réalisée le 18 mars 2009, apte à la reprise à condition de travail sur un autre secteur » ; L'article L. 4624-I du code du travail prévoit que « Le médecin du travail est habilité à proposer des mesures individuelles telles que mutations ou transformations de postes, justifiées par des considérations relatives notamment à l'âge, à la résistance physique ou à l'état de santé physique et mentale des travailleurs. L'employeur est tenu de prendre en considération ces propositions et, en cas de refus, de faire connaître les motifs qui s'opposent à ce qu'il y soit donné suite. En cas de difficulté ou de désaccord, l'employeur ou le salarié peut exercer un recours devant l'inspecteur du travail. Ce dernier prend sa décision après avis du médecin inspecteur du travail.» ; Madame M... n'ayant pas été déclarée inapte, l'employeur n'avait pas à consulter à nouveau le médecin du travail, la seule alternative se présentant alors consistait à affecter Madame M... sur un autre secteur. Cette mesure que sous tendaient les difficultés relationnelles existant entre la salariée et sa directrice régionale, ne concernait en aucune mesure les aptitudes physiques de Madame M... à occuper cet emploi en sorte que le recours au médecin du travail n'était ni justifié ni même prévu ; L'employeur n'avait d'autre choix, au regard des prescriptions du médecin du travail, que d'affecter Madame M... sur un emploi similaire, mais sur un autre secteur ; C'est dans ces conditions que par courrier du 24 mars 2009 l'employeur proposait à Madame M... son affectation sur le seul poste vacant situé clans le secteur nord-est. Le 6 avril

2009 l'employeur faisait le constat qu'en dépit d'un délai de réflexion de huit jours laissé à la salariée pour se déterminer, celle-ci n'avait fait parvenir aucune réponse ; Madame M... était en conséquence convoquée à un entretien préalable fixé au 17 avril 2009 auquel elle ne se présentait pas après avoir avisé son employeur le 10 avril 2009 que « étant donné que la décision est déjà prise de me licencier en raison de ma non réponse sous huit jours, je pense qu'il est inutile d'engager des frais de déplacements » ; C'est en vain que la salariée fait plaider qu'il appartenait à l'employeur d'exercer un recours devant le médecin du travail alors qu'aucune divergence d'appréciation n'était portée sur le constat de médecin du travail dont l'avis n'avait pas à être recueilli ; C'est aussi vainement que la salariée soutient que l'employeur lui a imposé une mutation, alors que cela est prohibé par l'article L 1 152-2 du code de travail pour avoir relaté des faits de harcèlement alors que d'une part le consentement de la salariée était précisément sollicité, que d'autre part cette mutation intervenait sur les recommandations impératives du médecin du travail ; Madame M... ne peut utilement dénoncer le trop court délai laissé pour se déterminer alors qu'elle persiste dans ses écritures à déclarer qu'il était inconcevable qu'elle puisse accepter une mutation à plus de mille kilomètres de la maison dont elle venait de faire acquisition dans le Var en sorte que le délai de réflexion qui n'est au demeurant nullement réglementé en ce domaine n'est qu'un faux débat et était indifférent à la décision finalement retenue ; En refusant d'accepter le seule poste vacant proposé en conformité avec les restrictions exprimées par le médecin du travail l'employeur n'avait d'autre choix que de procéder au licenciement de la salariée ; Madame M... ne peut reprocher à son employeur de ne pas lui avoir proposé le poste de RS référent pour lequel elle avait postulé en septembre 2008 et qui se situait précisément dans la région PACA. En outre, l'employeur précise qu'il ne s'agissait pas d'un poste de travail mais d'une mission d'accompagnement et de conseil qui pouvait être confiée, en plus de leur fonction habituelle, à certains responsables commerciaux justifiant d'une expérience nécessaire pour favoriser la bonne intégration des nouveaux commerciaux dans l'équipe sous réserve des résultats obtenus lors d'un test préalable auquel Madame M... n'a pas été soumise en raison de son arrêt de travail ; La production du registre du personnel de la société dont les mentions ne font l'objet d'aucun débat confirme l'inexistence de toute autre poste disponible à une époque contemporaine du licenciement de Madame M.... En effet les embauches effectuées par la société, entre le 23 mars 2009, date de l'avis du médecin du travail, et les trois mois suivants, concernaient deux salariés dont le recrutement avait été décidé antérieurement à l'avis du médecin du travail, comme en attestent les confirmations d'embauche en date des 3 et 9 mars 2009. Ces postes étant déjà pourvus le 23 mars 2009 et ne pouvaient constituer une solution de reclassement et le poste que Madame M... avait refusé dans le secteur Nord- est ; Enfin, Madame M... soutient sans nullement le démontrer que des postes auraient été disponibles dans le secteur Urologie ; Madame M... sera donc déboutée de ses prétentions au titre de la rupture de son contrat de travail.

Et AUX MOTIFS ÉVENTUELLEMENT ADOPTÉS QUE lors de la première visite de reprise du travail du 24 février 2009, le médecin du travail a déclaré Madame M... « inapte temporaire, étude de poste à réaliser » ; le médecin du travail s'est rendu chez la société Astra Tech en date du 18 mars 2009 pour procéder à cette étude de poste ; Madame M... a été convoquée à la seconde visite en date du 23 mars 2009 l'issue de laquelle le médecin du travail a rendu l'avis suivant « suite étude de poste réalisé 18 mars 2009, apte à la reprise à condition de travailler sur un autre secteur » ; ce deuxième avis induit une inaptitude au poste qu'elle occupait ; La société Astra Tech a répondu à son obligation de rechercher un reclassement au sein de l'entreprise et le cas échéant de licencier le salarié dès lors que le licenciement est impossible ; une proposition de reclassement réel et sérieuse a été faite le 24 mars 2009 à Madame M... correspond en tout point aux recommandations du médecin du travail ; Madame M... n'a pas répondu à cette proposition de remplacement ; aucun document versé au débat n'apporte la preuve que l'inaptitude de Madame M... était consécutive à un accident du travail ; le licenciement intervenu n'avait pas à respecter la procédure de consultation des délégués du personnel qui ne s'applique qu'au seul cas d'un licenciement pour inaptitude d'origine professionnelle ; la loi fait obligation à l'employeur en cas d'inaptitude d'un salarié de lui proposer un poste de reclassement ou à défaut de licencier dans le mois suivant la deuxième visite de reprise ; la loi ne fixe aucun délai minimum de réflexion en matière de reclassement pour inaptitude ; le licenciement a été rendu nécessaire suite à l'inaptitude de Madame M... et à la non réponse valant refus ; la société Astra Tech à respecter la procédure applicable en matière de licenciement pour motif personnel.

ALORS QUE en l'absence d'exercice du recours prévu à l'article L. 4624-1 dernier alinéa, du code du travail, l'avis du médecin du travail sur l'aptitude du salarié à occuper un poste de travail s'impose aux parties et il n'appartient pas aux juges du fond de substituer leur appréciation à celle du médecin du travail ; qu'à défaut d'avoir exercé un recours à l'encontre d'un tel avis, l'employeur ne peut procéder au licenciement de ce salarié pour inaptitude ; qu'en l'espèce, le médecin du travail avait rendu un avis d'aptitude avec réserve, mais n'avait pas déclaré Madame [...] inapte ; qu'il s'en déduisait que l'employeur ne pouvait licencier la salariée sans avoir au préalable consulté une nouvelle fois le médecin

du travail ou d'avoir saisi l'inspecteur du travail ; qu'en refusant toutefois de considérer que le licenciement de la salariée était privé de cause réelle et sérieuse, alors même qu'elle avait constaté que le licenciement de la salariée était intervenu pour inaptitude sans nouvel avis de la médecine du travail, ni saisine de l'inspection du travail, la Cour d'appel a violé les dispositions des articles L. 4624-1 et L. 1226-10 du Code du travail.

Qu'à tout le moins n'a-t-elle pas tiré les conséquences légales qui s'évinçaient de ses propres constatations, violant derechef les articles précités.

ALORS EN OUTRE QUE, l'avis du médecin du travail sur l'aptitude du salarié à occuper un poste de travail s'impose aux parties et il n'appartient pas aux juges du fond de substituer leur appréciation à celle du médecin du travail ; qu'en l'espèce, le Conseil de prud'hommes a affirmé que le deuxième avis induisait une inaptitude au poste occupé, cela alors même qu'il s'agit d'un avis d'aptitude avec réserve ; qu'en statuant ainsi, alors même qu'il ressortait des termes clairs et précis de l'avis rendu le 23 mars 2009 que le médecin du travail avait rendu un avis d'aptitude avec réserve, le Conseil de prud'hommes a dénaturé l'avis précité, violant ainsi l'article 1134 du Code civil.

ALORS ENFIN QUE, l'obligation de reclassement, comme le contrat de travail, s'exécute de bonne foi ; que pour apprécier la qualité d'une proposition de reclassement, le salarié doit disposer d'un délai raisonnable ; qu'en l'espèce, la salariée affirmait que le délai qui lui avait laissé pour donner sa réponse dans le cadre de la procédure de reclassement était manifestement insuffisant ; 8 jours ; alors que la proposition de reclassement impliquait pour la salariée un déménagement de plus de mille kilomètres ; que pour toute réponse, la Cour d'appel a considéré que la salariée ne pouvait dénoncer le délai trop court dans la mesure où, en tout état de cause, elle n'entendait pas donner une suite favorable à une mutation de plus de mille kilomètres ; qu'en statuant par de tels motifs, qui n'étaient pas de nature à justifier sa décision, la Cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard des articles L. 1222-1, L. 4624-1 et L. 1226-10 du Code du travail et 1134 a. 3 du Code civil.