

Cour d'appel
Aix-en-Provence
Chambre 9 A
11 Septembre 2015
N° 2015/619
Numéro de rôle : 13/15440

COUR D'APPEL D'AIX EN PROVENCE

9e Chambre A

ARRÊT AU FOND

DU 11 SEPTEMBRE 2015

N°2015/619

Rôle N° 13/15440

Mme X.

C/

SA Y.

Grosse délivrée le :

à :

Me Clémence B., avocat au barreau d'AIX-EN-PROVENCE

Nicolas D. D'A., avocat au barreau d'AIX-EN-PROVENCE

Copie certifiée conforme délivrée aux parties le :

Décision déferée à la Cour :

Jugement du Conseil de Prud'hommes - Formation paritaire de MARSEILLE - section - en date du 21 Juin 2013, enregistré au répertoire général sous le n° 12/00576.

APPELANTE

Madame X.

(bénéficie d'une aide juridictionnelle Totale numéro du accordée par le bureau d'aide juridictionnelle de AIX-EN-PROVENCE), demeurant [...]

comparante en personne, assistée de Me Clémence B., avocat au barreau d'AIX-EN-PROVENCE substitué par Me Amandine O. F., avocat au barreau d'AIX-EN-PROVENCE

INTIMEE

SA Y., demeurant [...]

représentée par Me Nicolas D. D'A., avocat au barreau d'AIX-EN-PROVENCE

*_*_*_*_*

COMPOSITION DE LA COUR

En application des dispositions de l'article 945-1 du Code de Procédure Civile, l'affaire a été débattue le 29 Juin 2015, en audience publique, les parties ne s'y étant pas opposées, devant Madame Pascale MARTIN, Conseiller, chargé d'instruire l'affaire.

Ce magistrat a rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour composée de :

Monsieur Bernard JACOB, Président de Chambre

Madame Pascale MARTIN, Conseiller

Madame Annick CORONA, Conseiller

Greffier lors des débats : Mme Nadège LAVIGNASSE.

Les parties ont été avisées que le prononcé de la décision aurait lieu par mise à disposition au greffe le 11 Septembre 2015

ARRÊT

Contradictoire,

Prononcé par mise à disposition au greffe le 11 Septembre 2015

Signé par Madame Pascale MARTIN, Conseiller et Mme Nadège LAVIGNASSE, greffier auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

FAITS- PROCÉDURE-PRÉTENTIONS DES PARTIES

Après avoir été embauché en contrat à durée déterminée à compter du 15 juillet 1987, Monsieur X. signait un contrat à durée indéterminée le 13 janvier 1988 en qualité d'ouvrier qualifié par la SA Y., la convention collective nationale applicable étant celle des personnels des SA et Fondations HLM.

A compter de décembre 2005, le salarié entamait une procédure médicale et judiciaire visant à changer de sexe.

Par jugement du 29 octobre 2007 le Tribunal de grande instance d'Aix en Provence ordonnait la substitution du prénom N. (féminin) à celui de B. (masculin) ; la transcription de ce jugement en marge de l'acte de naissance intervenait le 26 février 2008.

La salariée était mise en arrêt maladie à compter du 11 mars 2010 et ne devait plus reparaître dans l'entreprise.

Par lettre recommandée du 30 septembre 2010 réitérée le 23 novembre 2010, le conseil de Mme X. appelait l'attention de la directrice des ressources humaines Mme B. sur des faits de discrimination dont aurait été victime la salariée, lui reprochant de ne pas les avoir fait cesser.

La SA Y. répondait le 6 décembre 2010 qu'une démarche positive a été mise en place en partenariat avec la médecine du travail et l'équipe dans le cadre du processus de transition de Mme X. et que satisfaite de son travail, elle l'attendait prochainement à son poste.

Le 10 janvier 2011, Mme X. saisissait la Halde.

Le 7 février 2011, le conseil des prud'hommes d'Aix en Provence recevait une requête de la salariée aux fins de convocation en conciliation en vue d'obtenir la condamnation de la SA Y. à lui payer les sommes suivantes :

- 30.000 euro à titre de dommages et intérêts pour discrimination,

- 1500 euro sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile .

Le 15 décembre 2011, le conseil des prud'hommes d'Aix en Provence se déclarait incompétent au profit du conseil des prud'hommes de Marseille en vertu de l'article 47 du code de procédure civile .

Le Défenseur des Droits (anciennement la Halde) rendait le 28 mars 2012 la décision suivante :

<<Considère que la SA Y. ne rapporte pas la preuve, qui lui incombe, que les faits de harcèlement moral dénoncés par Mme X. sont justifiés par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ;

Constate que Mme X. a fait l'objet d'un harcèlement moral discriminatoire et d'une discrimination en raison de son sexe ;

Considère que la SA Y. a manqué à son obligation de sécurité de résultat en matière de harcèlement moral, conformément à l'article L.1152-4 du code du travail >>.

Par lettre recommandée du 30 octobre 2012, la SA Y. demandait à la salariée de préciser sa position afin d'organiser son retour et la visite de reprise, suite à l'arrêt des indemnités journalières depuis le 13 juin 2012 mais cette lettre restait sans réponse.

Lors de l'audience des débats du 22 mars 2013, Mme X. modifiait ses demandes, sollicitant le prononcé de la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur, lui réclamant les sommes suivantes :

- 3277,46 euro au titre de l'indemnité compensatrice de préavis outre 327,74 euro pour les congés payés y afférents,
- 13.109,84 euro au titre de l'indemnité légale de licenciement,
- 50.000 euro à titre de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,
- 1500 euro sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile .

La salariée demandait la remise des documents sous astreinte et l'exécution provisoire.

Elle se reconnaissait redevable de la somme de 1349,51 euro s'engageant à rembourser l'employeur.

Le Défenseur des Droits, partie intervenante faisait des observations écrites et orales conformes à sa décision.

Par jugement du 21 juin 2013, le conseil des prud'hommes de Marseille a statué ainsi :

- dit que Mme X. n'a pas fait l'objet de discriminations du fait de la SA Y., de ses supérieurs hiérarchiques et de ses collègues de travail,
- déboute Mme X. de sa demande de résiliation judiciaire,
- déboute Mme X. de l'ensemble de ses demandes, fins et conclusions,
- donne acte à Mme X. de ce qu'elle s'engage à rembourser à la SA Y. la somme de 1349,51 euro, selon un échéancier compatible avec ses ressources,
- condamne Mme X. à payer à la SA Y. la somme de 219,28 euro au titre de la part salariale indûment versée par l'employeur pour la couverture mutuelle relative à la période de septembre 2012 à septembre 2013,
- dit que l'attestation établie par Mme Brigitte R. ne sera pas retenue,

- dit que la page de l'agenda produite par Mme X. en date du 7/09/2007 ne sera pas retenue,
- déboute les parties de leurs demandes plus amples ou contraires,
- condamne Mme X. au paiement de la somme de 800 euro au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ,
- dit que les dépens sont à la charge de la partie demanderesse.

Suite à la notification du jugement reçue le 19 juillet 2013, Mme X. a interjeté appel le 23 juillet 2013.

Par lettre recommandée du 21 octobre 2014, la SA Y. a indiqué à Mme X. ne plus avoir reçu d'arrêt maladie depuis octobre 2013 et lui a demandé ses intentions concernant sa reprise d'activité.

Dans sa lettre en réponse, la salariée a précisé avoir constitué un dossier afin d'obtenir le RSA et la CMU, spécifiant que la reprise était impossible en raison de l'action en justice.

Lors des visites médicales des 5 et 18 décembre 2014 demandées par l'employeur, Mme Y. a été déclarée inapte temporairement à son poste par le médecin du travail, dans l'attente d'examens complémentaires.

Une 1ère visite médicale de reprise a été faite le 22 décembre 2014 et la médecine du travail le 5 janvier 2015 a rendu un 2ème avis ainsi rédigé : 'inaptitude définitive au poste OQ au V. Pourrait occuper un poste sur le terrain ou de type administratif sans contacts professionnels physiques ou téléphoniques avec les éléments physiques de son ancien poste de travail (clients, collègues locaux)'.

La salariée a refusé la proposition de reclassement faite par l'employeur le 27 janvier 2015 et après un entretien préalable du 23 février 2015, elle a été licenciée pour inaptitude par lettre recommandée du 4 mars 2015.

Lors de l'audience du 29 juin 2015, dans ses conclusions reprises oralement, Mme X. demande à la Cour de réformer le jugement dans son intégralité et reprend ses demandes telles qu'exposées en 1ère instance sauf concernant l'indemnité de licenciement perçue lors du solde de tout compte mais y ajoutant une demande nouvelle de 5000 euro à titre de dommages et intérêts, pour convocation tardive à la visite de reprise.

Le conseil de la salariée indique à la cour que le Défenseur des Droits n'entend plus intervenir en cause d'appel.

Lors des débats et dans ses écritures, la SA Y. demande la confirmation du jugement, le débouté de Mme X. et la condamnation de cette dernière à lui payer la somme de 5000 euro sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile .

Pour un plus ample exposé des faits de la procédure et des moyens des parties, la cour se réfère à la décision attaquée et aux conclusions déposées et soutenues à l'audience.

MOTIFS DE L'ARRÊT

A titre liminaire, il convient de préciser que Mme X. a développé des éléments de fait communs à la discrimination et au harcèlement moral , invoquant sur ce dernier point un manquement à son obligation de sécurité de résultat de la part de l'employeur au visa de l'article 1152-4 du code du travail , de sorte que les deux questions seront examinées ensemble.

Sur la discrimination et le harcèlement moral

Aux termes de l'article L.1132-1 du code du travail, aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie par l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L.3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille ou en raison de son état de santé ou de son handicap.

Selon l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses mesures d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations :

- constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation sexuelle ou de son sexe, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été

dans une situation comparable,

- constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs précités, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés,

- la discrimination inclut tout agissement lié à l'un des motifs précités et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement hostile, dégradant, humiliant ou offensant.

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 des 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.

Selon l'article L.1152-2 du code du travail, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi ou refusé de subir des agissements répétés de harcèlement moral et pour avoir témoigné de tels agissements ou les avoir relatés.

L'article L.1152-4 du même code oblige l'employeur à prendre toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les agissements de harcèlement moral.

L'employeur est tenu envers ses salariés d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, notamment de harcèlement moral; l'absence de faute de sa part ou le comportement fautif d'un autre salarié de l'entreprise ne peuvent l'exonérer de sa responsabilité à ce titre.

Il résulte des articles L. 1152-1, L. 1152-4 et L. 4121-1 du code du travail que l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, manque à cette obligation, lorsqu'un salarié est victime sur le lieu de travail d'agissements de harcèlement moral ou sexuel exercés par l'un ou l'autre de ses salariés, quand bien même il aurait pris des mesures en vue de faire cesser ces agissements.

La responsabilité de l'employeur tenu de prendre les mesures nécessaires en vue de prévenir les agissements de harcèlement moral n'exclut pas qu'en application des dispositions de l'article L.4122-1 du code du travail, spécifiques aux relations de travail au sein de l'entreprise, engage sa responsabilité personnelle à l'égard de ses subordonnés le salarié qui

leur fait subir intentionnellement des agissements de harcèlement moral.

Les articles L.1134-1 et L.1154-1 du code du travail prévoit qu'en cas de litige relatif à l'application de ces textes, le salarié concerné présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte telle que définie par l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 ou de harcèlement moral , au vu desquels il incombe à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ou harcèlement moral , et le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

En l'espèce, Mme X. invoque les faits suivants :

- certains de ses collègues et ses supérieurs hiérarchiques ont refusé de l'appeler par son prénom féminin, continuant de l'appeler par son prénom masculin, comportement volontaire ayant pour objet de montrer leur opposition à son projet personnel,
- des remarques désobligeantes ont été faites sur son physique et sa capacité à effectuer certaines tâches,
- l'employeur n'a pas tenu compte des préconisations de son médecin traitant,
- l'employeur lui a interdit de porter des jupes ou robes durant ses trajets domicile-travail,
- l'employeur n'a pas aménagé de toilettes particulières pour elle,
- le supérieur hiérarchique reprenait systématiquement ses phrases au masculin ce qui rendait invivables ses conditions de travail,
- l'employeur a persisté à lui adresser des courriers et documents comportant 'Monsieur ' et/ou son prénom masculin.

Pour étayer ses affirmations, Mme X. produit notamment :

- les courriers envoyés par elle à son employeur et à la médecine du travail,
- son dossier médical,

- les courriers envoyés par son conseil à la société,
- des extraits de son agenda,
- l'attestation de son ancienne épouse,
- les courriers et bulletins de salaire émanant de la société,
- le rapport du Défenseur des Droits,
- l'avis d'inaptitude délivré par le médecin du travail.

Mme X. établit ainsi pour partie l'existence matérielle de faits précis et concordants qui pris dans leur ensemble pourraient laisser présumer l'existence d'une discrimination ou d'un harcèlement à son encontre.

L'employeur fait valoir que ses collègues de travail comme son supérieur hiérarchique nient dans leurs attestations toute discrimination à l'égard de la salariée.

Il souligne que la médecine du travail l'a toujours déclarée apte à son poste.

Il conteste lui avoir demandé de porter des jupes et observe qu'elle avait un vestiaire distinct.

Il souligne l'absence de courrier de Mme X. avant celui de son avocat ou d'alerte de la salariée auprès des instances représentatives.

Concernant les documents délivrés, il indique qu'il s'agit d'erreurs matérielles isolées dues à l'habitude eu égard à l'ancienneté de la salariée dans l'entreprise et souligne que le logiciel des bulletins de paie l'identifiait jusqu'en 2012 par son numéro de sécurité sociale.

Il produit les documents suivants :

- l'accord de prêt pour opération du 23/07/08,
- le fax adressé au médecin traitant le 15/09/09 et la fiche de poste,

- les attestations de MM U., T. et S. collègues de travail et de Monsieur L., son supérieur hiérarchique,

- le procès-verbal du comité d'hygiène et de sécurité du 09/08/11,

- l'avis de la commission technique sur le changement de logiciel paie du 12/09/11,

- des courriers de la caisse primaire d'assurance maladie,

- la lettre du 06/01/14 de Mme X. l'informant de son changement d'état civil.

1- Concernant l'attitude générale de l'employeur et de l'équipe de travail à l'égard du projet de réaffectation sexuelle de Mme X., la salariée ne précise pas les remarques désobligeantes qu'elle aurait subi, ni leurs auteurs et ne les situe pas dans le temps.

La copie de son agenda 2007 où figurent deux mentions, l'une au vendredi 07/09/2007 : '8 h : prise de tête avec mon chef et collègue de travail due à ma transition' et l'autre à la semaine du 24/09/2007: 'prendre rendez-vous pour déclaration médecin conseil sécu pour discrimination et harcèlement au travail' émanant de la salariée et aucune suite n'a manifestement été donnée auprès des médecins, les éléments du dossier médical transmis par la médecine du travail ne faisant état d'un mal être au travail ni à cette date ni à aucun moment.

La seule attestation produite par Mme X. émane d'une proche (son ex-épouse) laquelle rapporte les propos de la salariée mais aucun fait précis (aucune date, aucun nom) alors qu'il résulte clairement des attestations des salariés qu'ils ont continué à travailler avec leur collègue comme avant, n'ont jamais eu eux-mêmes ou entendu de propos portant atteinte à la dignité de la salariée , mais évoquant les difficultés à l'appeler N. après l'avoir appelé B. pendant plus de 18 ans .

Monsieur T. dont la salariée indique qu'il l'avait mieux comprise que les autres, a souligné l'attention particulière portée par la directrice des ressources humaines à la situation de Mme X. et l'employeur démontre d'ailleurs l'accompagnement positif qu'il a mis en place notamment par l'octroi d'un prêt immédiat lors de la demande de la salariée le 16 juillet 2008 concernant la somme de 2000 euro pour des implants mammaires, et le fait qu'il n'a mis aucune objection au changement d'affectation du prêt par la salariée qui a différé l'opération et a acheté un scooter.

Il n'existe aucun témoignage concernant une interdiction de la part de sa hiérarchie à porter des vêtements féminins sur ses trajets, étant précisé que tous les employés portaient au travail des habits de travail uni-sexe, ce qu'avait accepté Mme X. comme le note le médecin du travail lors de la visite du 11/09/06 faite à la demande de l'employeur et visant à obtenir son

avis suite à l'information donnée quant au changement d'identité programmé.

Il est reconnu par la salariée la mise à disposition par l'employeur pour la période concernée d'une salle de bains lui servant de vestiaire et l'employeur, sans être démenti, précise que les douches et toilettes étaient non pas collectives mais particulières et fermées, de sorte que l'intimité de chacun, homme ou femme, était préservée.

Concernant des tâches qui lui auraient été confiées après son opération des implants mammaires du 27 mai 2009 et qui auraient été incompatibles avec son état de santé, la salariée invoque le rapport médical du 6 juillet 2009 or, il est noté par le médecin du travail à cette date : 'poste se passe bien- n'a rien changé à son poste de travail', ce qui démontre que les travaux effectués - au demeurant conformes à sa fiche de poste - n'étaient pas inhabituels et qu'il n'existait donc aucune volonté discriminante de la part de son supérieur hiérarchique.

L'employeur n'avait pas à prendre en considération l'avis du psychiatre du 29 mai 2008 concernant une orientation à prévoir vers des travaux de gardiennage plutôt que de jardinage, cet avis s'inscrivant dans une vision à long terme et la salariée n'ayant fait aucune demande de changement de poste.

Il sera observé sur ce point qu'au cours de l'année 2008, il n'y a eu aucune visite auprès de la médecine du travail postérieure à cet avis et qu'après un arrêt maladie du 21/09 au 12/10/09 pour tendinite due selon Mme X. elle-même à 'beaucoup de ménage', elle se déclarait prête à reprendre le travail, spécifiant 'en ce moment binage extérieur' sans aucunement se plaindre de telles tâches de jardinage.

Concernant l'interdiction d'avoir les cheveux détachés au travail formulée par Monsieur L., son supérieur hiérarchique, ce dernier explique qu'il s'agissait de mesures de sécurité et Mme X. indique que le médecin du travail a considéré qu'il s'agissait d'une précaution superflue, mais aucun élément ne permet de dire que l'exigence vite abandonnée par Monsieur L. à la lueur de l'avis médical contraire, avait une connotation discriminatoire.

Le dossier médical de Mme X. comporte toutes les notes prises par le médecin du travail lors des différentes visites de la salariée et dès lors, elle ne peut affirmer 'avoir alerté à de nombreuses reprises la médecine du travail sur les difficultés rencontrées avec son groupe de travail' sans qu'il en reste une trace ; il n'est produit aucun certificat médical du médecin traitant pour la période concernée de 2006 à 2010.

Il sera observé que le seul certificat médical du médecin traitant est en date du 5 mars 2013 et indique 'Mme X. vient en consultation depuis mars 2010, pour, selon ses dires, victime harcèlement morale' (le reste étant illisible) ce qui démontre que la salariée n'avait pas consulté avant la suspension du contrat de travail intervenue en mars 2010.

La SA Y. apporte la preuve par la consultation du comité d'hygiène et de sécurité en séance extraordinaire du 9 août 2011 de ce que la salariée n'a alerté à aucun moment les représentants du personnel sur la situation de discrimination et de harcèlement moral qu'elle aurait subie.

2- La production de deux courriers émanant de l'employeur en 2008 où figure le prénom de B. ne sauraient suffire à démontrer une volonté discriminante, alors que le contrat de prêt contemporain en date du 23 juillet 2008 passé entre la SA Y. et la salariée indique 'Melle X.' et que les courriers ultérieurs mentionnent bien le prénom N. , l'absence de changement de la marque de civilité 'M' (et non 'Monsieur' comme l'a affirmé à tort dans sa décision le Défenseur des Droits) ne pouvant être considérée volontaire et délibérée comme marquant une opposition au projet de la salariée ou le signe d'une discrimination fondée sur le sexe.

Quant au libellé des bulletins de salaire, il convient de noter que si la lettre 'M' apparaît également dans l'encadré de l'adresse, la SA Y. apporte la preuve qu'elle a dès l'année 2011 entrepris des démarches pour le changement de son logiciel paie mais qu'elle avait également pris la précaution d'indiquer dans la case des mentions bancaires 'Melle X.'.

L'explication selon laquelle le numéro de sécurité sociale commençant par le chiffre 1 - comme correspondant à une identité masculine - est appliquée automatiquement par les logiciels informatiques de traitement de texte et de paie est avérée puisque la caisse primaire d'assurance maladie , dans les courriers adressés à Mme X. , de mai 2008 au 10/08/12 indique 'Monsieur' et au regard du nombre de salariés dans l'entreprise (plus de 100), il était impossible de donner des consignes de rectification à la main.

En tout état de cause, même si une carte d'identité a été délivrée à l'intéressée mentionnant pour le sexe : 'F', le jugement rendu en 2008 ne concernait que le changement de prénom puisque c'est seulement par la mention transcrite en marge de l'acte de naissance le 29 octobre 2013 que le changement d'état civil et donc de sexe a été rendu opposable aux tiers.

En l'état des éléments produits par les parties et de leur analyse, l'employeur démontre ainsi que les faits invoqués par Mme X. sont justifiés par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination et qu'elle n'a subi aucun harcèlement de la part de ses collègues ou de la société et que celle-ci n'a pas failli dans son obligation de sécurité de résultat.

Les demandes de Mme X. relatives à la discrimination et au harcèlement doivent par conséquent être rejetées.

La décision du conseil des prud'hommes de Marseille ayant rejeté la demande à titre de dommages et intérêts sera donc confirmée.

Sur la rupture du contrat de travail

La demande de résiliation judiciaire étant fondée uniquement sur des faits de discrimination et harcèlement moral non reconnus par la cour, doit être rejetée et en conséquence, il convient d'examiner les événements survenus dans la relation contractuelle après que le conseil des prud'hommes de Marseille a rendu sa décision.

1- sur le caractère tardif de la visite médicale

La salariée estime que la société avait l'obligation d'organiser la visite de reprise suite à l'absence de transmission d'arrêts de travail à compter du 1er novembre 2013 et a commis une faute en ne la convoquant qu'un an après, la privant ainsi de ressources.

La SA Y. considère que le délai de 8 jours ne peut courir qu'à compter de la reprise et qu'en l'espèce, la salariée ne l'a jamais informée de son intention de reprendre son poste et ne s'est positionnée qu'en 2014, en justifiant de démarches pour obtenir le RSA.

Il sera observé que la salariée n'a jamais répondu à la lettre recommandée de la SA Y. reçue par elle 2 novembre 2012, l'interrogeant sur ses intentions quant à la reprise du travail, suite à l'arrêt des indemnités journalières, après avis du médecin conseil de la caisse primaire d'assurance maladie l'ayant déclaré apte au 13 juin 2012.

La salariée a manifestement continué à envoyer à son employeur ses arrêts de travail en 2013 et ce jusqu'au 31 octobre 2013 mais elle ne lui a jamais écrit pour indiquer son intention de reprendre ou non son poste, de sorte que l'employeur n'avait pas l'obligation d'organiser la visite de reprise, la suspension du contrat de travail se poursuivant, étant précisé que le lien n'était pas rompu puisque Mme X. avait été déboutée de sa demande de résiliation judiciaire du contrat de travail et que sans justification médicale, l'absence de la salariée ne pouvait s'analyser que comme une absence injustifiée que n'a pas souhaité sanctionner l'employeur.

Ce n'est que sur demande de l'employeur par lettre recommandée du 21 octobre 2014 que Mme X. a indiqué qu'une reprise était impossible et a fourni les documents justifiant d'une demande d'un revenu de remplacement et donc de son intention de ne pas reprendre.

En conséquence, aucun reproche ne saurait être fait à l'employeur lequel n'est pas à l'origine de l'absence de ressources puisqu'il a continué au contraire à régler la mutuelle et la prévoyance et qu'il n'avait pas l'intention de licencier Mme X., lui ayant conservé son poste.

Dans la mesure où l'employeur a organisé la visite médicale dès qu'il a été informé des intentions de la salariée sur la reprise de son poste, la convocation de fin 2014 ne saurait être considérée comme tardive ou fautive et Mme X. sera déboutée de sa demande de dommages et intérêts.

2- sur la nullité du licenciement

La présente juridiction n'ayant pas retenu la discrimination et le harcèlement moral, la salariée n'est pas fondée à invoquer la nullité du licenciement.

3- sur l'obligation de reclassement

La salariée indique qu'elle ne pouvait accepter la proposition de reclassement car 'le poste était bien trop près de son ancien poste de travail' arguant que la SA Y. intervient sur 3 départements et 70 communes et ne démontre pas qu'il s'agissait du seul poste disponible pouvant lui être proposé.

La SA Y. indique avoir recherché un reclassement en totale transparence et en collaboration avec le médecin du travail, avoir consulté les délégués du personnel sur le poste proposé alors qu'elle n'en avait pas l'obligation ; elle précise que parmi les postes créés ou disponibles, il était le seul compatible avec ses qualifications et les préconisations de la médecine du travail.

Il ressort des mails échangés entre Mme B. , directeur des ressources humaines, et le médecin du travail que suite à l'étude de poste effectuée le 22/12/14, un poste similaire au précédent était disponible dans un autre secteur que celui du V. et que le médecin du travail a validé cette proposition, sans que Mme X. puisse remettre en cause cet avis puisqu'elle aurait été dans une équipe de travail totalement distincte de la précédente , comme exigé et qu'elle ne justifie pas d'une proximité de lieu prétendue avec son précédent emploi, non relevé par le médecin comme un obstacle au poste proposé.

La SA Y. a indiqué que nombre de ses services sont externalisés et elle justifie par le registre unique du personnel que sur la période concernée soit du 01/01/11 au 30/04/15, les recrutements effectués étaient incompatibles avec la qualification de Mme X. (assistant maîtrise d'ouvrage, chargé de contentieux, conseillère en économie sociale ...).

Considérant que la SA Y. a procédé à une recherche loyale et sérieuse d'un reclassement conforme à son obligation de moyens, il convient de débouter Mme X. de sa demande visant à dire le licenciement sans cause réelle et sérieuse et de ses demandes financières liées.

Sur la demande reconventionnelle

Il convient de confirmer la décision déferée ayant condamné Mme X. à payer la somme de 219,28 euro représentant des sommes avancées par l'employeur auprès de la mutuelle et non contestées par Mme X..

La salariée se reconnaissant débitrice également de la somme de 1349,51 euro au titre de paiements indus du fait de la subrogation des indemnités journalières , il y aura lieu de la condamner à payer cette somme, le 'donner acte' ne correspondant pas à la demande expresse de condamnation faite par l'employeur et pouvant induire des difficultés d'exécution.

Il sera relevé que la SA Y. avait accordé des délais de paiement pour ce remboursement en 2012 mais qu'aucun règlement spontané même minime n'est intervenu.

Sur les frais et dépens

La salariée succombant dans ses demandes, sera déboutée de sa demande sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile et devra assumer la charge des dépens sous réserve des dispositions en matière d'aide juridictionnelle.

Il n'y a pas lieu d'allouer à la SA Y. une somme complémentaire à celle déjà allouée par le conseil des prud'hommes de Marseille.

PAR CES MOTIFS

La Cour, statuant par arrêt contradictoire, prononcé publiquement par mise à disposition au greffe, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au 2ème alinéa de l'article 450 du code de procédure civile ,

* Confirme la décision déferée sauf dans ses dispositions relatives au donner acte,

Statuant à nouveau sur le chef infirmé et Y ajoutant,

* Condamne Mme X. à payer à la SA Y. la somme de 1349,51 euro,

* Déboute Mme X. de l'ensemble de ses demandes,

* Dit n'y avoir lieu à application de l'article 700 du code de procédure civile en cause d'appel,

* Laisse les dépens d'appel à la charge de Mme X. sous réserve des règles en matière d'aide juridictionnelle.

LE GREFFIER Pour M. JACOB empêché,

Mme MARTIN en ayant délibéré