

SOC.

CF

COUR DE CASSATION

Audience publique du 16 janvier 2019

Cassation partielle

M. CATHALA, président

Arrêt n° 51 FS-D

Pourvoi n° W 17-17.475

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 M. Hervé X..., domicilié [...] ,

contre l'arrêt rendu le 2 mars 2017 par la cour d'appel de Paris (pôle 6, chambre 8), dans le litige l'opposant à la société Nouvelle du théâtre Marigny, société anonyme, dont le siège est [...] ,

défenderesse à la cassation ;

La société Nouvelle du théâtre Marigny a formé un pourvoi incident contre le même arrêt ;

Le demandeur au pourvoi principal invoque, à l'appui de son recours, les deux moyens de cassation annexés au présent

arrêt ;

La demanderesse au pourvoi incident invoque, à l'appui de son recours, les deux moyens de cassation également 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 4 décembre 2018, où étaient présents : M. Cathala, président, M. Y..., conseiller doyen rapporteur, MM. Maron, Pietton, Mmes Leprieur, Richard, conseillers, Mmes Duvallet, Barbé, M. Le Corre, Mmes Prache, Marguerite, conseillers référendaires, Mme Z..., avocat général, Mme Lavigne, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. Y..., conseiller doyen, les observations de la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat de M. X..., de la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat de la société Nouvelle du théâtre Marigny, l'avis de Mme Z..., avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. X... a été engagé le 22 septembre 1980 par la société Nouvelle du théâtre Marigny en qualité de directeur technique et qu'il s'est porté candidat pour bénéficier d'un congé de fin de carrière dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi mis en place volontairement le 31 mars 2014, qui a été communiqué à la Direction des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (Direccte) ; que le 12 juin 2014, le salarié a signé un avenant à son contrat de travail, reprenant les dispositions du plan de sauvegarde de l'emploi ; qu'invoquant une discrimination ou une inégalité de traitement contenues dans les dispositions du plan et de l'avenant au contrat de travail, il a saisi la juridiction prud'homale ;

Sur le premier moyen et la première branche du second moyen, réunis, du pourvoi incident de l'employeur, qui sont préalables :

Attendu que la société fait grief à l'arrêt de déclarer le juge judiciaire compétent et de dire en conséquence discriminatoire la clause intitulée « 3.2 congé de fin de carrière » de l'accord collectif du 31 mars 2014, alors, selon le moyen :

1°/ qu'il résulte des dispositions de l'article L. 1235-7-1 du code du travail, que l'accord collectif ou le document élaboré unilatéralement par l'employeur contenant le plan de sauvegarde de l'emploi, et le plan de sauvegarde de l'emploi lui-même, ne peuvent faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la décision de validation de l'accord collectif ou d'homologation du document unilatéral par l'autorité administrative intervenues en application de l'article L. 1233-57-1 du code du travail ; que tout litige afférent au plan de sauvegarde de l'emploi dont l'autorité administrative a validé ou homologué le support relève par conséquent de la compétence du juge administratif, et ce, y compris lorsque cette homologation ou validation procède de la soumission volontaire de l'employeur à cette procédure ; qu'en l'espèce la cour d'appel a constaté que la Direccte avait homologué l'accord collectif majoritaire contenant le plan de sauvegarde de l'emploi que l'employeur avait mis en place ; qu'en jugeant néanmoins que le juge judiciaire était compétent pour apprécier la légalité des mesures figurant au plan de sauvegarde de l'emploi au prétexte que l'employeur s'était volontairement soumis aux dispositions de l'article L. 1233-57-1 du code du travail sans y être tenu, la cour d'appel a violé l'article L. 1235-7-1 du code du travail ;

2°/ qu'il résulte des dispositions de l'article L. 1235-7-1 du code du travail que le litige relatif à la décision de validation de l'accord collectif ou d'homologation du document unilatéral par l'autorité administrative relève de la compétence du juge administratif ; qu'en jugeant elle-même que la DIRECCTE était incompétente pour homologuer l'accord collectif comportant le plan de sauvegarde de l'emploi car l'employeur n'était pas en l'espèce tenu de se soumettre aux exigences des articles L. 1233-57-1 du code du travail, pour en déduire que le juge judiciaire demeurait compétent pour se prononcer sur la légalité des mesures contenues dans le plan de sauvegarde de l'emploi, la cour d'appel a violé la loi des 16-24 août 1790 et le principe de séparation des pouvoirs, ensemble l'article L. 1235-7-1 du code du travail ;

3°/ que lorsque l'autorité administrative a validé l'accord collectif majoritaire mettant en place un plan de sauvegarde de l'emploi ou homologué le document élaboré par l'employeur fixant le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, le juge judiciaire ne peut sans violer le principe de la séparation des pouvoirs apprécier la légalité des mesures figurant dans le plan de sauvegarde de l'emploi ; qu'en l'espèce la cour d'appel a constaté que la Direccte avait homologué le plan de sauvegarde de l'emploi institué par accord collectif majoritaire ; qu'en se prononçant sur la conformité des mesures prévues par le plan de sauvegarde de l'emploi à l'article L. 1132-1 du code du travail, la cour d'appel a violé la loi des 16-24 août 1790 et le principe de séparation des pouvoirs, ensemble l'article L. 1233-57-1 du code du travail ;

Mais attendu qu'ayant retenu que les licenciements pour motif économique concernaient vingt-trois salariés dans une entreprise de moins de cinquante salariés et que si la société avait entendu se soumettre volontairement à l'établissement et la mise en oeuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi, elle n'avait pas à répondre aux exigences de l'article L. 1233-57-1 du code du travail concernant la validation du plan par la Direccte, la cour d'appel a décidé à bon droit que le juge administratif n'était pas compétent pour connaître des litiges relatifs à ce plan ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le second moyen du pourvoi incident de l'employeur qui est préalable :

Attendu que la société fait grief à l'arrêt de déclarer discriminatoire la clause intitulée « 3.2 congé de fin de carrière » de l'accord collectif en date du 31 mars 2014, alors, selon le moyen, que lorsque survient un litige en matière de discrimination, le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, et au vu de ces éléments, il incombe à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; qu'en l'espèce la SNTM faisait valoir dans ses conclusions d'appel reprises oralement à l'audience, qu'initialement le dispositif de congé de fin de carrière assurant le maintien à 80 % de la rémunération des salariés n'était ouvert qu'aux salariés âgés de plus de 55 ans, et que c'est pour en faire bénéficier M. X..., à la demande de ce dernier, qu'elle l'avait étendu aux salariés âgés de 54 ans en instituant à leur profit un maintien de rémunération à hauteur de 50 % ; qu'en jugeant que l'employeur ne justifiait pas de la différence de traitement entre les salariés âgés de 54 ans et ceux âgés de 55 ans, sans rechercher comme elle y était invitée si cette extension spécifiquement conclue pour M. X..., seul salarié âgé de 54 ans dans l'entreprise, ne constituait pas une raison objective à la différence de traitement instaurée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1132-1 et L. 1134-1 du code du travail ;

Mais attendu qu'ayant constaté que l'accord collectif du 31 mars 2014 prévoyait, dans le cadre du congé de fin de carrière, que les salariés qui l'acceptaient, âgés entre 54 et 55 ans inclus, percevront une rémunération mensuelle brute équivalente à 50 % du salaire mensuel, que ceux au-delà de 55 ans, percevront une rémunération brute mensuelle équivalente à 80% du salaire mensuel, la cour d'appel a exactement retenu qu'une distinction était opérée en fonction de l'âge et en a déduit à bon droit, qu'en l'absence de tout élément objectif invoqué par la société, le salarié établissait l'existence d'une discrimination à son égard ; que le moyen inopérant en sa première branche, n'est pas fondé pour le surplus ;

Sur le second moyen du pourvoi principal du salarié :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur le moyen annexé qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Mais sur le premier moyen du pourvoi principal du salarié :

Vu les articles L. 1132-1 et L. 1134-5 du code du travail ;

Attendu que pour rejeter la demande du salarié en condamnation de la société à lui payer une rémunération équivalente à 80 % de son salaire, l'arrêt retient que la clause 3.2 « congé de fin de carrière » de l'accord collectif du 31 mars 2014 lui est inopposable en ce qui concerne la rémunération perçue par un salarié âgé de 54 ans à 55 ans révolus, et sur ce point seulement, qu'il ne pouvait que solliciter l'indemnisation d'une perte de chance puisqu'il n'appartient pas à la cour d'appel de lui faire bénéficier d'un dispositif que les partenaires sociaux signataires de l'accord, n'ont pas entendu élargir aux salariés de son âge et qu'il ne pouvait que solliciter l'indemnisation d'une perte de chance, celle de ne pas avoir fait un choix éclairé, entre, rester salarié ou s'insérer dans un des dispositifs du plan de sauvegarde de l'emploi ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la réparation intégrale d'un dommage oblige à placer celui qui l'a subi dans la situation où il se serait trouvé si le comportement dommageable n'avait pas eu lieu et que le salarié pouvait prétendre bénéficier des mêmes conditions de rémunérations que les salariés de plus de 55 ans, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il rejette la demande de M. X... en condamnation de la société Nouvelle du théâtre Marigny à lui verser une rémunération de 80 % de son salaire à compter de son entrée et jusqu'à sa sortie du plan de sauvegarde de l'emploi, l'arrêt rendu le 2 mars 2017, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; 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 Paris, autrement composée ;

Condamne la société Nouvelle du théâtre Marigny aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne la société Nouvelle du théâtre Marigny à payer à M. X... 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 seize janvier deux mille dix-neuf.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits au pourvoi principal par la SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat aux Conseils, pour M. X...

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté M. X... de sa demande de voir condamner la SNTM à lui verser, de manière rétroactive à compter de son entrée dans les dispositions du plan de sauvegarde de l'emploi, jusqu'à sa sortie, une rémunération à hauteur de 80 % de son salaire de référence, avec intérêts au taux légal pour chacun des termes de l'arriéré ainsi que de sa demande subsidiaire de condamner la SNTM à lui verser une telle rémunération à compter de l'âge de 55 ans ;

AUX MOTIFS QU'en conséquence de cette discrimination, Monsieur X... sollicite de la Cour de « condamner, en denier ou quittance, la SNTM à [lui] verser, et ce de manière rétroactive à compter de son entrée dans les dispositions du plan de sauvegarde de l'emploi, jusqu'à sa sortie, une rémunération à hauteur de 80% de son salaire de référence, avec intérêt au taux légal pour chacun des termes de l'arriéré », ou, « à titre subsidiaire, vu le PSE, de dire et juger qu'à compter de l'âge de 55 ans, il devra percevoir une rémunération mensuelle brute équivalente à 80% du salaire mensuel de référence [...] » ; qu'ainsi, la Cour relève que Monsieur X... sollicite une rémunération en invoquant l'application de la clause dont il a analysé qu'elle présentait un caractère discriminatoire ; que toutefois, alors qu'il n'appartient pas à la cour de faire bénéficier Monsieur X... d'un dispositif que les partenaires sociaux -qui ont négocié et rédigé l'accord- n'ont pas entendu élargir aux salariés de son âge, il ne pouvait que solliciter l'indemnisation d'une perte de chance, celle de ne pas avoir pu faire un choix éclairé entre rester salarié ou s'insérer dans un des dispositifs du plan de sauvegarde de l'emploi, demande dont la cour n'est pas saisie ; qu'il est donc débouté de ses demandes de condamnation en denier ou quittance

au paiement d'une rémunération, à titre principal et subsidiaire ; qu'enfin, Monsieur X... sollicite la réparation d'un préjudice moral en expliquant que son employeur a voulu lui imposer un traitement discriminatoire en dépit de son parcours professionnel ; qu'hormis l'absence de pièce versée pour caractériser le préjudice invoqué, la cour relève que la société SNTM n'a pas eu la volonté d'imposer un traitement discriminatoire à Monsieur X... mais a fait application d'un accord négocié avec les partenaires sociaux ; que Monsieur X... est donc débouté de sa demande de dommages-intérêts en réparation du préjudice moral ;

ALORS QUE la réparation intégrale d'un dommage oblige à placer celui qui l'a subi dans la situation où il se serait trouvé si le comportement dommageable n'avait pas eu lieu ; que la cour d'appel a retenu que la clause 3.2 "congé de fin de carrière" de l'accord collectif du 31 mars 2014 est inopposable au salarié en ce qui concerne la rémunération perçue par un salarié âgé de 54 ans à 55 ans révolus, et sur ce point seulement ; qu'en déboutant le salarié de ses demandes principale et subsidiaire au motif erroné qu'il ne pouvait que solliciter l'indemnisation d'une perte de chance puisqu'il n'appartient pas à la cour d'appel de faire bénéficier M. X... d'un dispositif que les partenaires sociaux signataires de l'accord, n'ont pas entendu élargir aux salariés de son âge, alors pourtant que le salarié pouvait prétendre à être rémunéré dans les mêmes conditions que les salariés âgés de plus de 55 ans, seule mesure propre à réparer son préjudice, la cour d'appel a violé les articles L 1132-1 et L 1134-5 du code du travail.

SECOND MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté M. X... de sa demande de voir condamner la SNTM à lui verser, la somme de 20 000 euros à titre de dommages et intérêts pour préjudice moral ;

AUX MOTIFS QUE Monsieur X... sollicite la réparation d'un préjudice moral en expliquant que son employeur a voulu lui imposer un traitement discriminatoire en dépit de son parcours professionnel ; qu'hormis l'absence de pièce versée pour caractériser le préjudice invoqué, la cour relève que la société SNTM n'a pas eu la volonté d'imposer un traitement discriminatoire à Monsieur X... mais a fait application d'un accord négocié avec les partenaires sociaux ; que Monsieur X... est donc débouté de sa demande de dommages-intérêts en réparation du préjudice moral ;

1°) ALORS QU'une discrimination cause un préjudice au salarié victime ; qu'en déboutant le salarié de sa demande de réparation de son préjudice moral au motif qu'il ne produit pas de pièces pour caractériser son préjudice, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles L 1132-1 et L 1134-5 du code du travail

2°) ALORS en outre QU'en retenant la société SNTM n'a pas eu la volonté d'imposer un traitement discriminatoire à M. X... mais a fait application d'un accord négocié avec les partenaires sociaux, sans rechercher dans quelles conditions le PSE avait été proposé alors que le salarié percevant un salaire supérieur aux autres salariés tous âgés de 55 à 60 ans, avait fait valoir qu'il était le seul salarié concerné par le maintien de la rémunération à hauteur de 50% afin de permettre une économie à l'employeur, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles L 1132-1 et L 1134-5 du code du travail. Moyens produits au pourvoi incident par la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat de la société Nouvelle du théâtre Marigny

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR déclaré le juge judiciaire compétent et d'AVOIR en conséquence déclaré discriminatoire la clause intitulée « 3.2 congé de fin de carrière » de l'accord collectif en date du 31 mars 2014

AUX MOTIFS QUE « sur la compétence du juge judiciaire : en application des dispositions de l'article L. 1235-7-1 du code du travail, l'accord collectif mentionné à l'article L. 1233-24-1, le document élaboré par l'employeur mentionné à l'article L. 1233-24-4, le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, les décisions prises par l'administration au titre de l'article L. 1233-57-5 et la régularité de la procédure de licenciement collectif ne peuvent faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la décision de validation ou d'homologation mentionnée à l'article L. 1233-57-4. Ces litiges relèvent de la compétence, en premier ressort, du tribunal administratif, à l'exclusion de tout autre recours administratif ou contentieux. Le recours est présenté dans un délai de deux mois par l'employeur à compter de la notification de la décision de validation ou d'homologation, et par les organisations syndicales et les salariés à compter de la date à

laquelle cette décision a été portée à leur connaissance conformément à l'article L. 1233-57-4. Il ressort des pièces versées aux débats, et notamment de l'accord collectif majoritaire, que 23 salariés étaient concernés par les licenciements économiques envisagés, dans une entreprise de moins de 50 salariés. Il s'ensuit que c'est à bon droit que Monsieur X... fait valoir que si l'entreprise a entendu se soumettre volontairement aux dispositions de l'article L. 1233-61 et L. 1233-62 du code du travail, l'employeur n'avait pas à se soumettre aux exigences des articles L. 1233-57-1 du code du travail concernant l'homologation par la DIRECCTE. Dès lors, faute pour la DIRECCTE d'avoir compétence pour homologuer le plan qui lui a été soumis, le juge administratif ne saurait être compétent pour examiner les litiges afférents à ce document. Le juge judiciaire conserve sa compétence. Le jugement est donc infirmé. Sur l'évocation : en application des dispositions de l'article 568 du code de procédure civile, lorsque la cour d'appel est saisie d'un jugement qui a ordonné une mesure d'instruction ou d'un jugement qui, statuant sur une exception de procédure, a mis fin à l'instance, elle peut évoquer les points non jugés si elle estime de bonne justice de donner à l'affaire une solution définitive après avoir ordonné elle-même, le cas échéant, une mesure d'instruction. La Cour constate que les deux parties ont conclu sur le fond, même si l'intimée a sollicité de la Cour qu'elle ne fasse pas usage de son pouvoir d'évocation. Dès lors, dans le souci d'une bonne justice, compte-tenu des enjeux et du temps de procédure déjà écoulé, la Cour fait usage de son pouvoir d'évocation. Sur la discrimination : 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 1er 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'action, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son âge. Selon l'article L. 1134-1 du code du travail, en cas de litige, le salarié concerné présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, au vu desquels il incombe à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, et le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Monsieur X... soutient que le dispositif de congé de fin de carrière instauré par l'accord collectif, en instituant une distinction entre les salariés entre 54 et 55 ans inclus et ceux au-dessus de 55 ans pour diminuer le taux de maintien de rémunération des salariés âgés de 54 à 55 ans, crée une discrimination à raison de l'âge qui est prohibée. Il précise qu'il est le seul salarié à appartenir à cette première catégorie, l'ensemble des autres salariés ayant opté pour ce dispositif ayant plus de 55 ans. Il ajoute que l'accord collectif ne comporte aucun élément objectif de nature à justifier la différence de traitement. Il fait valoir que son choix de bénéficier de ce dispositif de manière volontaire est indifférent et n'exclut pas de reconnaître l'existence d'une discrimination, s'agissant d'un impératif d'ordre public au sens des dispositions de l'article 6 du code civil. Monsieur X... fait valoir des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte à raison de son âge en application des dispositions de l'article L. 1134-1 du code du travail. La société Nouvelle du Théâtre Marigny explique que le dispositif initialement prévu pour les salariés de plus de 55 ans, a été étendu pour que Monsieur X... puisse en bénéficier compte tenu de sa situation. Elle rappelle que Monsieur X... a volontairement adhéré à ce dispositif dont il connaissait les conditions et les conséquences, notamment quant à sa rémunération et qu'il a signé un avenant à son contrat de travail reprenant ces modalités, avenant qu'il ne peut remettre en cause aujourd'hui. Elle fait valoir qu'il a choisi ce dispositif, et non deux autres possibles en application de l'accord collectif, le consentement de Monsieur X... était donc parfaitement éclairé. La société Nouvelle du Théâtre Marigny ajoute que Monsieur X... a la possibilité de sortir de ce dispositif de manière anticipée et de percevoir une indemnité préjudicielle de cessation d'activité en cas de sortie anticipée. La Cour relève que le dispositif critiqué est le suivant : « 3.2 Congé de fin de carrière : a) Conditions d'admission : ce programme sera ouvert aux salariés de moins de 60 ans mais de plus de 54 ans ayant droit à la retraite de la sécurité sociale sans abattement s'obligeant à liquider leurs droits dès que sont remplies les conditions légales et au plus tard le 31 octobre 2019. Ce programme sera accessible aux salariés faisant acte de volontariat avant le 30 avril 2014 par un courrier adressé par lettre recommandée avec AR [] l'accord de l'entreprise de la direction reposera donc sur des motifs objectifs, soit la satisfaction des conditions d'adhésion visées au présent accord [] cet accord sera notifié au salarié actant par la même la rupture du contrat de travail dont la prise d'effet sera toutefois différée à la fin de la période de portage. Un accord écrit individuel écrit valant avenant au contrat de travail et reprenant les conditions du présent accord sera formalisé entre le salarié et la société. [] les salariés entre 54 et 55 ans inclus percevront une rémunération mensuelle brute équivalente à 50% du salaire mensuel brut de référence. Au-delà de 55 ans, les salariés percevront une rémunération brute mensuelle équivalente à 80% du salaire brut mensuel de référence [

] ».

A la seule lecture de ces dispositions, dont les termes sont dénués de toute ambiguïté, il est établi qu'une distinction a été opérée en fonction de l'âge, autour de l'âge de 55 ans révolus et que la catégorie professionnelle est tout à fait étrangère à la distinction opérée par l'accord collectif. Par ailleurs, force est de constater qu'outre se retrancher derrière l'adhésion volontaire du salarié à ce dispositif, la société Nouvelle Théâtre du Margny ne verse aucune pièce de nature à justifier la différenciation opérée en fonction de l'âge dans le cadre du dispositif de fin de carrière. Il n'est pas davantage contesté que Monsieur X... est le seul salarié dont la rémunération a subi une telle restriction, 30% de moins, et ce uniquement en fonction de son âge, en l'absence de tout élément objectif autre invoqué ou discuté dans le cadre de la présente procédure. Par conséquent, il apparaît que les éléments avancés par Monsieur X... ne sont justifiés par aucune situation et raison objective démontrées par la société Nouvelle du Théâtre du Marigny. Il résulte donc de ce qui précède que la discrimination alléguée par Monsieur X... est établie. Il s'ensuit que les clauses afférentes à la rémunération perçue par un salarié âgé de 54 ans à 55 ans révolus sont inopposables à Monsieur X... »

1/ ALORS QU'il résulte des dispositions de l'article L 1235-7-1 du Code du travail, que l'accord collectif ou le document élaboré unilatéralement par l'employeur contenant le plan de sauvegarde de l'emploi, et le plan de sauvegarde de l'emploi lui-même, ne peuvent faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la décision de validation de l'accord collectif ou d'homologation du document unilatéral par l'autorité administrative intervenues en application de l'article L 1233-57-1 du Code du travail ; que tout litige afférent au plan de sauvegarde de l'emploi dont l'autorité administrative a validé ou homologué le support relève par conséquent de la compétence du juge administratif, et ce, y compris lorsque cette homologation ou validation procède de la soumission volontaire de l'employeur à cette procédure; qu'en l'espèce la cour d'appel a constaté que la DIRECTTE avait homologué l'accord collectif majoritaire contenant le plan de sauvegarde de l'emploi que l'employeur avait mis en place ; qu'en jugeant néanmoins que le juge judiciaire était compétent pour apprécier la légalité des mesures figurant au plan de sauvegarde de l'emploi au prétexte que l'employeur s'était volontairement soumis aux dispositions de l'article L. 1233-57-1 du code du travail sans y être tenu, la Cour d'appel a violé l'article L 1235-7-1 du Code du travail ;

2/ ALORS QU'il résulte des dispositions de l'article L 1235-7-1 du Code du travail que le litige relatif à la décision de validation de l'accord collectif ou d'homologation du document unilatéral par l'autorité administrative relève de la compétence du juge administratif ; qu'en jugeant elle-même que la DIRECCTE était incompétente pour homologuer l'accord collectif comportant le plan de sauvegarde de l'emploi car l'employeur n'était pas en l'espèce tenu de se soumettre aux exigences des articles L. 1233-57-1 du code du travail, pour en déduire que le juge judiciaire demeurait compétent pour se prononcer sur la légalité des mesures contenues dans le plan de sauvegarde de l'emploi, la Cour d'appel a violé la loi des 16-24 août 1790 et le principe de séparation des pouvoirs, ensemble l'article L. 1235-7-1 du code du travail.

SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR déclaré discriminatoire la clause intitulée « 3.2 congé de fin de carrière » de l'accord collectif en date du 31 mars 2014

AUX MOTIFS QUE « Sur la discrimination : 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 1er 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'action, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son âge. Selon l'article L. 1134-1 du code du travail, en cas de litige, le salarié concerné présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, au vu desquels il incombe à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, et le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Monsieur X... soutient que le dispositif de congé de fin de carrière instauré par l'accord collectif, en instituant une distinction entre les salariés entre 54 et 55 ans inclus et ceux au-dessus de 55 ans pour diminuer le taux de maintien de rémunération des salariés âgés de 54 à 55 ans, crée une discrimination à raison de l'âge qui est prohibée. Il précise qu'il est le seul salarié à appartenir à cette première

catégorie, l'ensemble des autres salariés ayant opté pour ce dispositif ayant plus de 55 ans. Il ajoute que l'accord collectif ne comporte aucun élément objectif de nature à justifier la différence de traitement. Il fait valoir que son choix de bénéficier de ce dispositif de manière volontaire est indifférent et n'exclut pas de reconnaître l'existence d'une discrimination, s'agissant d'un impératif d'ordre public au sens des dispositions de l'article 6 du code civil. Monsieur X... fait valoir des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte à raison de son âge en application des dispositions de l'article L. 1134-1 du code du travail. La société Nouvelle du Théâtre Marigny explique que le dispositif initialement prévu pour les salariés de plus de 55 ans, a été étendu pour que Monsieur X... puisse en bénéficier compte tenu de sa situation. Elle rappelle que Monsieur X... a volontairement adhéré à ce dispositif dont il connaissait les conditions et les conséquences, notamment quant à sa rémunération et qu'il a signé un avenant à son contrat de travail reprenant ces modalités, avenant qu'il ne peut remettre en cause aujourd'hui. Elle fait valoir qu'il a choisi ce dispositif, et non deux autres possibles en application de l'accord collectif, le consentement de Monsieur X... était donc parfaitement éclairé. La société Nouvelle du Théâtre Marigny ajoute que Monsieur X... a la possibilité de sortir de ce dispositif de manière anticipée et de percevoir une indemnité préjudicielle de cessation d'activité en cas de sortie anticipée. La Cour relève que le dispositif critiqué est le suivant : « 3.2 Congé de fin de carrière : a) Conditions d'admission : ce programme sera ouvert aux salariés de moins de 60 ans mais de plus de 54 ans ayant droit à la retraite de la sécurité sociale sans abattement s'obligeant à liquider leurs droits dès que sont remplies les conditions légales et au plus tard le 31 octobre 2019. Ce programme sera accessible aux salariés faisant acte de volontariat avant le 30 avril 2014 par un courrier adressé par lettre recommandée avec AR [

] l'accord de l'entreprise de la direction reposera donc sur des motifs objectifs, soit la satisfaction des conditions d'adhésion visées au présent accord [

] cet accord sera notifié au salarié actant par la même la rupture du contrat de travail dont la prise d'effet sera toutefois différée à la fin de la période de portage. Un accord écrit individuel écrit valant avenant au contrat de travail et reprenant les conditions du présent accord sera formalisé entre le salarié et la société. [

] les salariés entre 54 et 55 ans inclus percevront une rémunération mensuelle brute équivalente à 50% du salaire mensuel brut de référence. Au-delà de 55 ans, les salariés percevront une rémunération brute mensuelle équivalente à 80% du salaire brut mensuel de référence [

] ». A la seule lecture de ces dispositions, dont les termes sont dénués de toute ambiguïté, il est établi qu'une distinction a été opérée en fonction de l'âge, autour de l'âge de 55 ans révolus et que la catégorie professionnelle est tout à fait étrangère à la distinction opérée par l'accord collectif. Par ailleurs, force est de constater qu'outre se retrancher derrière l'adhésion volontaire du salarié à ce dispositif, la société Nouvelle Théâtre du Margny ne verse aucune pièce de nature à justifier la différenciation opérée en fonction de l'âge dans le cadre du dispositif de fin de carrière. Il n'est pas davantage contesté que Monsieur X... est le seul salarié dont la rémunération a subi une telle restriction, 30% de moins, et ce uniquement en fonction de son âge, en l'absence de tout élément objectif autre invoqué ou discuté dans le cadre de la présente procédure. Par conséquent, il apparaît que les éléments avancés par Monsieur X... ne sont justifiés par aucune situation et raison objective démontrées par la société Nouvelle du Théâtre du Marigny. Il résulte donc de ce qui précède que la discrimination alléguée par Monsieur X... est établie. Il s'ensuit que les clauses afférentes à la rémunération perçue par un salarié âgé de 54 ans à 55 ans révolus sont inopposables à Monsieur X....»

1/ ALORS QUE lorsque l'autorité administrative a validé l'accord collectif majoritaire mettant en place un plan de sauvegarde de l'emploi ou homologué le document élaboré par l'employeur fixant le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, le juge judiciaire ne peut sans violer le principe de la séparation des pouvoirs apprécier la légalité des mesures figurant dans le plan de sauvegarde de l'emploi ; qu'en l'espèce la cour d'appel a constaté que la DIRECCTE avait homologué le plan de sauvegarde de l'emploi institué par accord collectif majoritaire ; qu'en se prononçant sur la conformité des mesures prévues par le plan de sauvegarde de l'emploi à l'article L. 1132-1 du code du travail, la cour d'appel a violé la loi des 16-24 août 1790 et le principe de séparation des pouvoirs, ensemble l'article L. 1233-57-1 du code du travail ;

2/ ALORS QUE lorsque survient un litige en matière de discrimination, le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, et au vu de ces éléments, il incombe à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; qu'en l'espèce la SNTM faisait valoir dans ses conclusions d'appel reprises oralement à l'audience (p 11), qu'initialement le dispositif de congé de fin de carrière assurant le maintien à 80 % de la rémunération des salariés n'était ouvert qu'aux salariés âgés de plus de 55 ans, et que c'est pour en faire bénéficier M. X..., à la demande de ce dernier, qu'elle l'avait étendu aux salariés âgés de 54 ans en instituant à leur profit un maintien de rémunération à hauteur de 50% ; qu'en jugeant que l'employeur ne

justifiait pas de la différence de traitement entre les salariés âgés de 54 ans et ceux âgés de 55 ans, sans rechercher comme elle y était invitée si cette extension spécifiquement conclue pour M. X..., seul salarié âgé de 54 ans dans l'entreprise, ne constituait pas une raison objective à la différence de traitement instaurée, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L 1132-1 et L 1134-1 du Code du travail.