

## À LA UNE : LE « BAREME MACRON », ENTRE CONTESTATION ET CONTOURNEMENT

Le barème des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse - surnommé « barème Macron » - prévoit un plancher et un plafond s'agissant des dommages et intérêts qui peuvent être alloués au salarié en cas de licenciement abusif (C. trav., art. L. 1235-3).

L'article 10 de la convention n° 158 de l'OIT et l'article 24 de la Charte sociale européenne posent le principe, quant à eux, d'une « indemnité adéquate ou tout autre forme de réparation considérée comme appropriée » en cas de licenciement injustifié.

Jugé conforme aux dispositions de ces textes par les uns (*Cons. Prud'h. Le Mans, 26/09/2018, n° 17/00538 ; Cons. Prud'h. Caen, 18/12/2018, n° 17/00193*) et invalidé par les autres (*Cons. Prud'h. Troyes, 13/12/2018, n° 18/00036 ; Cons. Prud'h. Paris, 22/11/2018, n° 18/00964 ; Cons. Prud'h. Amiens, 19/12/2018, n° 18/0040 ; Cons. Prud'h. Lyon, 21/12/2018, n° 18/01238 ; Cons. Prud'h. Grenoble, 18/01/2019, n° 18/00989 ; Cons. Prud'h. Agen, 05/02/2019, n° 18/00049 en départage ; Cons. Prud'h. Bordeaux, 09/04/2019, n° 18/00659 ; Cons. Prud'h. Martigues, 26/04/2019, n° 18/00168 ou ou encore Cons. Prud'h. Montpellier, 17/05/2019, n° 18/00152*), le « barème Macron » est au cœur de l'actualité jurisprudentielle de ces derniers mois.

Au regard du nombre important de décisions rendues par différents Conseils de prud'hommes, il nous a semblé important de revenir sur cette saga judiciaire, avant que la Cour de cassation ne rende son avis sur le sujet.

---

### Le contentieux du barème

---

#### 1.

Les textes supranationaux susvisés – rédigés dans des termes similaires - prévoient qu'en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, les tribunaux doivent prononcer une réparation équitable, c'est à dire :

- le remboursement des pertes financières subies entre la date du licenciement et la décision ;
- la possibilité de réintégration ;
- des indemnités suffisamment élevées pour dissuader l'employeur.

**Pour les syndicats et les avocats de salariés**, le barème ne respecterait pas ces principes et ferait perdre aux juges leur plénitude de compétence puisqu'il existe très peu de marge entre le plancher et le plafond (ex : entre 3 et 3,5 mois de salaire pour une ancienneté de 2 ans).

En outre, le barème serait également disproportionné à l'objectif recherché (de préservation de l'emploi et de sécurité juridique) du fait de l'absence de caractère dissuasif de l'indemnisation pour les employeurs et de son caractère décourageant pour les salariés désireux de faire valoir leurs droits en justice.

## 2.

**Coté employeurs**, cette mesure phare des ordonnances Macron (renforçant la prévisibilité des conséquences liées à la rupture du contrat de travail) a déjà été validée par :

- le Conseil d'État qui a estimé que le barème était non seulement conforme au droit français mais également à la Convention n° 158 de l'OIT (CE Réf. Ord. 7 décembre 2017, n° 415.243) ;
- le Conseil constitutionnel qui a décidé que le barème n'était pas contraire à la Constitution (Décision n°2018-761 DC du 21 mars 2018).

Le 23 mai dernier, le ministère public, qui a été saisi par la Cour d'appel de Paris pour rendre son avis conformément à une circulaire du ministère de la justice (Circ. Min. Justice C3/201910006358 du 26/02/2019), a demandé à la Cour d'appel d'écartier le moyen relatif à l'inconventionnalité du barème des indemnités. S'il admet que les textes internationaux sont applicables, il considère que le juge est libre d'apprécier le préjudice au sein de ce barème qui ne retient qu'un critère objectif « *incontestablement commun et applicable à tous* » : l'ancienneté. En outre, l'avocat général rappelle que l'indemnisation qui en découle « *n'est pas exclusive de l'indemnisation d'autres préjudice* » (comme celui lié au licenciement vexatoire par exemple). La Cour d'appel de Paris rendra sa décision le 25 septembre prochain.

---

### Le contentieux en marge du barème

---

Plutôt que de combattre frontalement le barème, certains justiciables ont décidé d'axer leur défense sur les **motifs de nullité du licenciement** (la réparation de ce dernier n'entrant pas dans le champ du barème Macron).

Sans que cette liste soit exhaustive, on peut citer les nullités liées au harcèlement moral ou sexuel, à la discrimination ou encore tirées du droit d'ester en justice (licenciement faisant suite à toute menace de saisine ou saisine effective du Conseil de prud'hommes). On constate une augmentation sensible des saisines des juridictions prud'homales sur de tels fondements, au risque d'une instrumentalisation à peine voilée des Conseils de prud'hommes...

Nous ne manquerons pas de vous tenir informés de **l'avis que doit rendre la Cour de cassation le 8 juillet prochain.**

Cette dernière a été interrogée par le Conseil de prud'hommes de Louviers sur la compatibilité du barème avec les conventions internationales « *dans un souci de bonne administration de la justice, d'unification rapide de la jurisprudence sur les lois nouvelles et afin d'éviter la multiplication des décisions contradictoires sur un même sujet* » (Cons. Prud'h. Louviers, 10/05/2019, n° 17/00373).

Espérons que cette décision apporte la sécurité juridique indispensable aux entreprises de notre pays...

## ACTUALITÉS JURISPRUDENTIELLES

---

### Cass. soc., 17 avril 2019, n° 17-17.880

---

Dans le cadre d'un **transfert d'entreprise, intervenu en application de l'article L. 1224-1 du code du travail**, le refus par le salarié de la modification de son contrat de travail, autre que le changement d'employeur, peut entraîner son licenciement pour cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 30 mars 2010, n° 08-44.227 ; Cass. soc., 1 juin 2016, n° 14-21.143).

En l'espèce, à la suite d'un transfert d'entreprise plusieurs salariées avaient refusé la modification de leur lieu de travail et avaient été licenciées pour motif personnel.

La Cour de cassation confirme l'arrêt de la Cour d'appel prononçant le licenciement sans cause réelle et sérieuse, et précise ici **la nature juridique** du licenciement qui **repose sur un motif économique**.

En revanche le **simple changement d'employeur** résultant du transfert légal d'entreprise ne constitue pas une modification du contrat de travail pouvant être refusé par le salarié (Cass. soc., 15 novembre 1994, n° 93-42.327).

---

**Cass. soc., 9 mai 2019, n° 17-28.767**

---

La Cour de cassation **admet qu'il est possible conclure une rupture conventionnelle avec un salarié déclaré inapte.**

---

**Cass. soc., 9 mai 2019, n° 17-27.448**

---

La clause du contrat de travail relative au salaire variable doit remplir les conditions suivantes pour être valable :

- elle doit être fondée sur des **éléments objectifs et indépendant de la volonté de l'employeur** ;
- elle ne doit **pas faire reposer sur le salarié un risque inhérent à l'activité** de l'entreprise ;
- elle ne doit **pas porter la rémunération du salarié en deçà des minimums légaux et conventionnels.**

En l'espèce, la Cour a relevé que la clause de rémunération variable du salarié reposait uniquement sur des honoraires négociés par les directeurs auprès de leurs clients, et dès lors

dépendait essentiellement de la volonté du seul employeur.

La Cour de cassation vient ici rappeler que la fixation **du salaire variable par une clause purement potestative est illicite.**

---

**Cass. soc., 15 mai 2019, n° 17-22.224**

---

Dans la continuité de son arrêt venant sanctionner la carence irrégulière de la mise en place des institutions représentatives du personnel (« IRP ») constaté lors de la mise en œuvre d'une procédure de licenciement économique (Cass. soc., 17 oct. 2018, n° 17-14.392), la Cour de cassation précise que *« l'employeur qui n'a pas accompli, bien qu'il y soit légalement tenu, les diligences nécessaires à la mise en place d'institutions représentatives du personnel, sans qu'un procès-verbal de carence ait été établi, commet une faute qui cause un préjudice aux salariés, privés ainsi d'une possibilité de représentation et de défense de leurs intérêts ».*

---

**Cass. soc., 15 mai 2019, n° 17-28.547**

---

La conclusion d'une rupture conventionnelle avec un salarié protégé doit suivre la procédure d'autorisation par l'inspecteur du travail (C. trav., art. L. 1237-5).

**Selon la Cour de cassation, l'annulation de cette autorisation entraîne la possibilité pour le salarié de solliciter sa réintégration dans son emploi ou un emploi équivalent.**

## EN BREF

- La **loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite « loi Pacte »** a été publiée Journal officiel du 23 mai 2019, faisant suite à la décision du Conseil constitutionnel (Cons. const. 16 mai 2019 n° 2019-781 DC).

Seuls les articles relatifs aux conditions du travail en soirée dans les commerces de détail alimentaire (art. 19) et les articles relatifs au dialogue direct entre le CSE et le conseil d'administration sur les orientations stratégiques de l'entreprise, ainsi qu'au rôle de ce

comité en cas de vente d'un fonds de commerce (art. 191 et 192) ont été invalidés par le Conseil constitutionnel.

- Lors du Conseil des Ministre du 7 mai 2019, la ministre du travail a présenté un **projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2019-116 du 20 février 2019** portant transposition de la directive 2018/957 du Parlement européen et du Conseil du 28 juin 2018 modifiant la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.

- la Cnil a publié sur son site (www.cnil.fr) une **série de questions-réponses explicatives**

relatives à la biométrie au travail et son règlement type (Délibération Cnil 2019-001 du 10 janvier 2019).

## **LE COIN DU PRATICIEN : LA CLAUSE DE CONFIDENTIALITE**

La clause de confidentialité insérée dans le contrat de travail d'un salarié a pour objet de lui **interdire la divulgation de certaines informations qu'il est susceptible d'être amené à connaître en raison de l'emploi qu'il occupe.**

Le recours à ce type de clause fait partie intégrante du **processus de protection du savoir-faire de l'entreprise**, et en particulier du savoir-faire qui n'est pas protégé par un droit de propriété intellectuelle (marques, dessins, modèles, brevets, etc.).

Pour certains sujets il peut d'ailleurs s'agir d'une **alternative intéressante à la protection par ces droits de propriété intellectuelle « traditionnels »**, lesquels impliquent la plupart du temps une **publication – et donc, a fortiori, une révélation au public** – et nécessitent de remplir certaines conditions (le dépôt d'un brevet impose par exemple de remplir des critères précis).

---

### **Intérêt et contenu**

---

**Les obligations de loyauté et de discrétion s'inscrivent parmi les obligations inhérentes au contrat de travail.**

Tout salarié a donc une obligation générale de ne pas divulguer à des tiers des informations dont il a eu connaissance du fait des fonctions qu'il occupe, et dont la révélation serait susceptible de nuire à l'entreprise.

La clause de confidentialité insérée dans un contrat de travail peut donc se borner à rappeler ce cadre général afin de faire prendre conscience au salarié des obligations auxquelles il souscrit en signant son contrat.

En pratique des incertitudes peuvent toutefois rapidement naître quant au contenu de l'obligation de confidentialité, laquelle est nécessairement variable en fonction du poste occupé par le salarié. **Nous recommandons donc de prévoir une clause plus détaillée, précisant les contours de l'obligation.**

**L'intérêt d'insérer une telle clause dans le contrat de travail réside en effet dans la possibilité pour l'employeur de définir précisément les sujets de discrétion, afin d'éviter, dans le cadre d'un éventuel contentieux, un débat sur le caractère confidentiel ou non de l'information en cause.**

Il convient donc de définir le plus précisément possible les informations confidentielles concernées, sans pour autant se livrer à un strict inventaire qui pourrait *in fine* s'avérer réducteur. **Les grandes catégories d'informations concernées peuvent par exemple être mentionnées, avec un ou deux exemples à l'appui.**

**Les entreprises dont le savoir-faire et les connaissances exploités constituent des éléments déterminants de leur activité** devront naturellement apporter un soin particulier à la rédaction de ces clauses.

L'autre intérêt majeur de cette clause est de pouvoir **faire perdurer l'obligation de confidentialité à l'issue du contrat de travail.**

La Cour de cassation a d'ailleurs énoncé qu'à défaut de mention expresse, l'existence d'une transaction relative aux conséquences d'un licenciement ne fait pas disparaître l'obligation de confidentialité issue du contrat de travail (Cass. soc., 30 janvier 1996, n° 92-42.457).

---

### **Conditions de validité**

---

La clause de confidentialité peut valablement prévoir que l'obligation continue de s'appliquer au-delà du terme du contrat de travail, à condition toutefois que l'atteinte à la liberté d'expression du salarié soit (C. trav. art., L. 1121-1 ; Cass. soc., 19 mars 2008, n° 06-45.322 ; 12 février 2014, n° 11.27-899 ; 15 octobre 2014, n° 13-11.524) :

- **justifiée par l'intérêt légitime de l'entreprise**, ce qui implique notamment de **prendre en compte**

**la nature du poste occupé par le salarié ainsi que ses responsabilités** au sein de l'entreprise ;

- et **proportionnée au but recherché.**

La clause de confidentialité doit donc nécessairement être **limitée dans le temps**. La durée de protection envisagée peut toutefois être relativement longue, dès lors qu'elle tient compte des informations concernées ainsi que des fonctions occupées par le salarié (nous recommandons en pratique, au regard de la jurisprudence, de ne pas dépasser 6-7 ans d'application).

En outre, contrairement à d'autres types de clause – par exemple la clause de non-concurrence – **l'application d'une clause de confidentialité ne donne pas lieu pour le salarié au versement d'une contrepartie financière** (Cass. soc., 3 mai 2018, n° 16-25.067).

Si elle est donc peu contraignante à mettre en œuvre, il convient néanmoins de garder à l'esprit que la clause de confidentialité n'empêche en principe pas un salarié de :

- révéler des faits relatifs à l'entreprise à l'inspection du travail ;
- produire en justice, dans le cadre d'un litige l'opposant à son ancien employeur, des documents dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions, dès lors qu'il s'agit d'éléments strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense.

---

## **Violation**

---

La violation par un salarié en poste de l'obligation de confidentialité figurant dans son contrat de travail, peut donner lieu à une **sanction disciplinaire de la part de l'employeur, pouvant aller jusqu'à un licenciement.**

Postérieurement à la cessation du contrat de travail, l'ancien salarié qui ne respecte pas l'obligation de confidentialité à laquelle il est tenu peut être condamné à verser à son ancien employeur des **dommages et intérêts en réparation du préjudice subi.**

Si la Cour de cassation énonce de manière constante qu'un salarié ne peut voir sa responsabilité civile engagée à l'égard de son employeur que s'il a commis une faute lourde (Cass. soc., 11 avril 1996, n° 92-42.847), elle a en effet précisé, s'agissant de l'inexécution par un salarié d'une obligation de confidentialité postérieurement à son départ de l'entreprise, que **cette inexécution le rendait responsable du préjudice qui en résulte pour son ancien employeur, même en l'absence de faute lourde** (Cass. soc., 19 mars 2008, n° 06-45.322).

Il est également possible pour l'entreprise, à certaines conditions, d'**agir en référé afin de faire cesser le trouble manifestement illicite et voir ordonner les mesures nécessaires et appropriées pour y mettre fin.** Il est également envisageable, dans certains cas, de demander une provision sur dommages et intérêts.

## **VIE DU CABINET**

**Pierre Lubet** a assisté à la réunion annuelle de l'*International Trademark Association* (« INTA ») du 18 au 22 avril 2019 à Boston.

