

DROIT DU TRAVAIL

Stratégie du fait accompli et droit du travail



Par

Krys Pagani

Docteur en droit
et Avocat associé,
Alkyne Avocats
Vice-président du
Cercle K2

Solution

L'activité de l'avocat en droit social ne se résume pas à appliquer mécaniquement des règles de droit. Elle consiste aussi, au quotidien, à les mobiliser intelligemment, dans le temps et dans l'espace, en vue de défendre au mieux les intérêts des clients, employeurs ou salariés. La stratégie du fait accompli peut figurer parmi les stratégies pour y parvenir mais elle n'est pas sans risque...

« Puisque les solutions stratégiques sont si faciles ; puisque chacun peut les trouver, comment échappent-elles aux gens de métier ? »¹

Général Jules Lewal

La notion de stratégie présente un fort potentiel de séduction devant inviter à la prudence car, comme le bretteur de comptoir veut se croire philosophe, le penseur de bureau peut se vouloir stratège. Les mots du général Lewal doivent, à cet égard, être rappelés à toutes celles et tous ceux qui se laisseraient bercer d'illusions en la matière. La stratégie est un art, même l'art suprême en matière militaire et, comme tout art, il faut s'y initier...

« Être placé devant le fait accompli » fait partie de ces expressions communes dont le sens général est compris par tous. Elle peut aussi revêtir une dimension professionnelle qui présente un sens plus précis, mais paradoxalement plus fuyant, en particulier pour l'avocat en droit du travail. La difficulté réside principalement dans le fait qu'il ne s'agit pas d'un concept juridique opératoire susceptible d'être invoqué devant les tribunaux. La doc-

trine n'est pas non plus d'un grand secours car, à notre connaissance, aucune étude n'a traité directement de la stratégie du fait accompli en droit du travail. La conceptualisation d'une pratique répandue est pourtant un excellent moyen d'en acquérir une meilleure compréhension, d'y recourir à bon escient ou de la contester de manière pertinente. Qui dit concept, dit nécessaires définitions. Aucune définition de la « stratégie » n'est universellement reconnue, mais elle renvoie généralement à l'idée de la mise en œuvre de moyens, dans le temps et dans l'espace, pour parvenir à une fin². Pour l'avocat, il s'agit de conseiller et/ou défendre utilement son client, ce qui passe, parfois, par la déstabilisation de la partie adverse³, sous réserve bien évidemment du respect de ses obligations déontologiques. S'il veut y parvenir, en particulier en matière contentieuse, l'avocat devra faire preuve d'un fort sens tactique, lequel peut se définir comme l'« art d'utiliser les forces en vue de réaliser sur l'adversaire des effets [...] psychologiques conformes aux objectifs définis par la stratégie »⁴. La stratégie du « fait accompli » figure parmi ces « forces » à la disposition de

¹ Général Jules Lewal, *Introduction à la partie positive de la stratégie*, édition commentée et annotée par le colonel Allain Bernède, Economica, 2002, p. 44.

² V. Desportes, *La stratégie en théories*, Institut français des relations internationales, Politique étrangère, 2014/2, p. 165 à 178 : « On ne peut concevoir de stratégie sans but à atteindre, puisque c'est à partir de celui-ci que sera organisée la mise en œuvre des moyens et bâtie la cohérence du raisonnement stratégique. Il s'agit donc forcément d'un rétro-raisonnement visant à la mise en œuvre de moyens pour parvenir à une fin ».

³ Si l'action stratégique suppose la présence d'un adversaire, les prétoires ne constituent pas le seul terrain d'affrontement, particulièrement en droit du travail. Un certain nombre de stratégies sont mises en œuvre en amont de la saisine d'une juridiction. Pour cette raison, la pensée stratégique innerve tant l'activité conseil que l'activité contentieuse de l'avocat.

⁴ F. Géré, *Dictionnaire de la pensée stratégique*, Larousse, 2000, p. 266. Nous avons ici retiré la recherche de l'effet physique car, fort heureusement, la tactique, dans le domaine juridique, ne s'exprime pas de la même manière que dans le domaine militaire.

l'avocat.

Pourtant, la stratégie du fait accompli ne s'impose pas avec évidence comme un sujet d'étude, pratique ou théorique, du droit en général et du droit du travail en particulier. Le droit administratif⁵, le droit international public⁶ et, plus récemment, le droit de la famille⁷ font à cet égard figure d'exceptions. Cela peut s'expliquer par la nécessité d'arbitrer entre deux principes : *ex injuria jus non oritur* (« les actes injustes ne peuvent pas créer de loi ») et *ex factis jus oritur* (« l'existence de faits crée le droit »). Plus spécifique à la matière sociale, une réglementation méfiante à l'égard du pouvoir de direction, de contrôle et de sanction de l'employeur, lui rend *a priori* mal aisé le recours à la stratégie du fait accompli dans cette branche du droit. En raison du déséquilibre économique entre les parties, le législateur et le juge ont opéré un contrôle sur les situations dans lesquelles l'employeur est susceptible de mettre le salarié ou ses représentants devant le fait accompli. De manière générale, la profusion de normes en droit du travail, qui encadrent assez précisément le rapport employeur-salarié, est un obstacle potentiel à l'exercice de ce moyen d'action par l'employeur. Elle le conduira quasi inévitablement à se placer « hors du droit », ce qui pourra lui porter d'autant plus préjudice qu'en cas de contentieux, son contradicteur ne manquera pas de se saisir de son action illicite pour réclamer des dommages-intérêts sur le terrain du préjudice moral.

Quelques mécanismes du droit travail permettent néanmoins à l'employeur de mettre le salarié devant le fait accompli. On pense notamment à la possibilité de prononcer une mise à pied conservatoire à l'égard du salarié pendant la procédure de licenciement afin notamment de restreindre l'accès du salarié aux outils professionnels et d'empêcher ainsi un téléchargement de documents ou de correspondances qui pourrait être préjudiciable en cas de détournement d'actifs ou, plus souvent, dans le cadre d'un contentieux futur. Le risque est alors limité. En l'absence de faute ou de faute grave, il suffira à l'employeur de payer la rémunération que le salarié aurait dû percevoir au cours de la période. La limite, évidemment, serait de démontrer pour le salarié que l'employeur n'a pas agi dans l'intérêt de l'entreprise. La preuve de la mauvaise foi est alors toujours difficile à rapporter...

Pour le salarié, le principal obstacle est le risque qu'implique le recours à cette technique. Placer son employeur devant le fait accompli suppose, en effet, de créer par surprise

des effets irrémédiables. Le salarié, souvent dépendant de son emploi, peut craindre de créer de tels effets qui pourraient déboucher sur une sanction disciplinaire ou une rupture de son contrat de travail. Par ailleurs, même lorsqu'elle émane du salarié, la stratégie du fait accompli n'est pas toujours traitée avec faveur par les juges⁸. Sa radicalité est donc à la fois l'avantage et l'inconvénient de ce moyen d'action pour le salarié. Elle implique nécessairement une prise de risque de son auteur en ce qu'elle produit un effet cliquet. Ce constat ne devrait toutefois pas porter les avocats en droit social défenseurs de salariés à y renoncer mais les inviter à y recourir au juste moment. La stratégie du fait accompli repose à double titre sur le temps : elle fait gagner du temps à celui qui y recourt en lui permettant immédiatement d'imprimer un rapport de force et elle en fait perdre à la partie adverse en l'obligeant à réagir tout en sachant qu'elle a perdu à court terme la bataille du temps. Agissant sur le temps (*kronos*) des protagonistes, elle suppose également d'agir au moment opportun (*kairos*).

Ces précisions ayant été apportées, les quelques lignes qui suivent nous conduiront à envisager le recours à la stratégie du fait accompli dans une logique dynamique d'évolution du droit du travail à l'égard de cette pratique mais également la défense à adopter lorsque l'on a été placé devant le fait accompli dans les domaines des relations de travail.

LA STRATÉGIE DU FAIT ACCOMPLI DANS LES RELATIONS INDIVIDUELLES DE TRAVAIL

Exécution du contrat de travail

La stratégie du fait accompli en matière d'exécution du contrat de travail est limitée par un certain nombre de garde-fous légaux et jurisprudentiels visant à éviter l'accomplissement d'actes illicites. Deux situations classiques méritent néanmoins toute l'attention de l'avocat en droit du travail quelle que soit la partie qu'il accompagne : le contentieux des heures supplémentaires et celui de la modification du contrat de travail.

Le contentieux des heures supplémentaires. Si la plupart des actions prud'homales portent sur la rupture d'un contrat de travail, il n'est pas rare, et même de plus en plus fréquent,

Agissant sur le temps (kronos) des protagonistes, la stratégie du fait accompli suppose également d'agir au moment opportun (kairos).

⁵ D. Bailleul, Observation sur le fait accompli en droit administratif, LPA 2005, n° 170, p. 8.

⁶ G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3^e éd., Berlin, Springer, 1929, p. 337, cité par I. Petrelli, Les défis posés au droit international privé par la reproduction technologiquement assistée, *Rev. crit. DIP* 2015, 559. Jellinek évoque la « puissance normative du fait accompli » (« *Die normative Kraft des Faktischen* ») pour expliquer l'irréductibilité du droit international public au droit positif.

⁷ L'expression est utilisée pour désigner les demandes d'inscription à l'État civil d'enfants nés d'une GPA à l'étranger, v. not., J. Hauser, État civil : après l'enfant conventionnel, un autre nouveau-né, l'enfant fait accompli I, *RTD civ.* 2014, 616.

⁸ L'absence du salarié ayant placé l'employeur brusquement devant le fait accompli a pu constituer pour les juges une cause réelle et sérieuse de licenciement, *Soc.* 30 mars 1977, n° 75-40.260 : « Mais attendu que la cause de la rupture n'avait pas été l'absence proprement dite du salarié, mais le fait par celui-ci de l'avoir inopinément imposée à l'employeur placé brusquement devant le fait accompli ».

- 9 Soc. 2 juin 2020, n° 08-40.628 P. D. 2010. 1489 ; Dr. soc. 2010. 992, obs. J. Mouly ; RDT 2010. 457, obs. E. Serverin et T. Grumbach ; JCP S 2010. 1241, note G. Loiseau ; JS Lamy 2019, n° 469, note P. Delsol.
- 10 Soc. 19 avr. 2000, n° 98-41.071 ; Soc. 11 juill. 2012, n° 11-17.827 ; Soc. 26 avr. 2017, n° 15-24.822.
- 11 Soc. 14 nov. 2018, n° 17-16.959 et 17-20.659 P. JCP S 2018. Actu. 364 ; D. 2018. 2238 ; RDT 2019. 198, obs. M. Véricel.
- 12 Soc. 10 juill. 1996, n° 93-41.137.
- 13 La solution est constante depuis Soc. 16 juin 1998, n° 95-45.033, *Hôtel Le Berry*, Bull. civ. V, n° 320 ; D. 1999. 125, note C. Puigellier ; *ibid.* 171, obs. M.-C. Amauger-Lattes ; *ibid.* 359, chron. J. Mouly ; Dr. soc. 1998. 803, rapp. P. Waquet ; *ibid.* 1999. 3, note C. Radé.
- 14 Soc. 11 févr. 2009, n° 06-45.897, D. 2009. 1738, obs. S. Maillard, note J. Mouly.
- 15 La prise d'acte de la rupture du contrat de travail concerne les contrats de travail à durée indéterminée. Les contrats de travail à durée déterminée connaissent néanmoins un équivalent puisque le CDD peut être rompu avant l'échéance du terme en cas de faute grave de l'une des parties (C. trav., art. L. 1243-1).
- 16 La Cour de cassation n'opère toutefois aucune distinction entre la prise d'acte de la rupture et une démission motivée par les faits reprochés par le salarié à son employeur (Soc. 15 mars 2006, n° 03-45.031, Bull. civ. V, n° 109 ; Soc. 13 déc. 2006, n° 04-40.527, Bull. civ. V, n° 375) ou la remise en cause par le salarié de sa démission en raison de faits ou manquements imputables à son employeur, lorsqu'il résulte de circonstances antérieures ou contemporaines de la démission qu'à la date à laquelle elle a été donnée, celle-ci était équivoque (Soc. 9 mai 2007, n° 05-40.518, 05-41.324, 05-40.315 et 05-42.301, P-B-R-1). V. encore rééc., Soc. 18 sept. 2019, n° 18-15.765 : « La cour d'appel a exactement décidé que, l'article L. 1451-1 du code du travail ne faisant pas de distinction entre une rupture du contrat de travail par prise d'acte du salarié aux torts de l'employeur et une rupture résultant d'une démission dont il est demandé la requalification, la salariée avait valablement saisi le conseil de prud'hommes le 6 octobre 2014 de sorte que sa demande n'était pas prescrite ». D. 2019. 1843 ; Dr. soc. 2019. 1093, obs. J. Mouly.
- 17 J.-E. Ray, Une relégitimation nécessaire de la (vraie) prise d'acte, Dr. soc. 2014. 397.
- 18 Soc. 26 mars 2014, n° 12-23.634, Bull. civ. V, n° 85 ; D. 2014. 830 ; *ibid.* 1115, obs. P. Lokiec et J. Porta ; Dr. soc. 2014. 397, tribune J.-E. Ray ; *ibid.* 821, étude J. Mouly.
- 19 D. Houtcief, L'étendue des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant, RDC 2018. 505.

qu'elles comportent une demande relative à un rappel de salaires au titre des heures supplémentaires. Or l'employeur se sent souvent, à tort ou à raison, mis devant le fait accompli par le salarié. Le paiement des heures supplémentaires suppose qu'elles soient accomplies avec l'accord, exprès ou implicite, de l'employeur⁹ ou que leur réalisation soit rendue nécessaire par les tâches qui ont été confiées au salarié¹⁰. Afin d'éviter de se retrouver devant le fait accompli, il est parfois conseillé de subordonner l'accomplissement d'heures supplémentaires à un accord préalable. De fait, cette mention est fréquente dans les contrats de travail. Pourtant, la Cour de cassation a réduit l'efficacité d'une telle mention en jugeant que l'employeur est tenu au paiement des heures supplémentaires rendues nécessaires par les tâches confiées au salarié, peu importe qu'il ait subordonné leur accomplissement à son accord préalable¹¹. L'employeur peut donc se retrouver devant le fait accompli s'il ne contrôle pas les heures réellement effectuées par les salariés et s'il ne rappelle pas les obligations de déconnexion en dehors du temps de travail. La seule attitude conforme en matière d'heures supplémentaires reste la mise en place et l'application d'un système de suivi des heures effectuées qui relève en tout état de cause de la responsabilité de l'employeur. À son conseil d'anticiper ce type de contentieux en exposant à son client, lorsqu'il est conseillé sur l'organisation interne du temps de travail, tout l'intérêt d'un suivi régulier.

La modification du contrat de travail. Du côté de l'employeur, c'est la modification d'un élément du contrat de travail qui lui permettra parfois de placer le salarié devant le fait accompli à l'exception des salariés protégés. En matière de modification du contrat de travail, la Cour de cassation distingue la transformation de l'un des éléments du contrat, qui ne peut intervenir sans le consentement du salarié, et la modification des conditions dans lesquelles s'exécute la relation de travail, qualifiée de simple changement des conditions de travail appartenant au pouvoir de direction de l'employeur¹². La modification du contrat de travail nécessitant un accord préalable du salarié, il semble difficile pour l'employeur d'utiliser la stratégie du fait accompli sans tomber dans l'illicite¹³. Il existe néanmoins deux exceptions car l'employeur a la possibilité, en cas de modification refusée du contrat de travail, de prononcer un licenciement qui aura pour fondement la cause de cette modification si celle-ci le permet : cause disciplinaire¹⁴ ou cause économique. L'employeur

peut donc mettre le salarié devant l'obligation de choisir entre la modification de son contrat ou son licenciement. En matière de changement des conditions de travail, la stratégie du fait accompli se conçoit plus aisément puisque le changement relève du pouvoir de direction de l'employeur. Des limites fondées sur le principe de la loyauté contractuelle sont toutefois posées : délai de prévenance, respect de la vie personnelle et familiale, intérêt de l'entreprise. Cependant, en pratique, y compris lorsque la décision de l'employeur est contestable sur le terrain de la loyauté, le salarié peut être placé devant le fait accompli :

- soit le changement des conditions de travail a été refusé sur le fondement d'un manquement de l'employeur à une obligation de loyauté ; le licenciement prononcé pourra alors être contesté sur le terrain de l'absence de cause réelle et sérieuse, mais aucune réintégration ne pourra être ordonnée ;
- soit le changement des conditions de travail a été contesté *a posteriori* par le salarié ; une demande de dommages-intérêts sur le fondement du manquement de l'employeur à son obligation de loyauté est envisageable, mais le juge n'a pas le pouvoir d'annuler le changement des conditions de travail décidé par l'employeur.

Rupture du contrat de travail

Prise d'acte. Lorsque l'une ou l'autre des parties souhaite rompre le contrat de travail à son avantage, la stratégie du fait accompli consiste à prendre l'initiative de la rupture, voire à provoquer la rupture du contrat par l'autre partie. La prise d'acte de la rupture de son contrat de travail est peut-être l'illustration la plus éclatante de la stratégie du fait accompli du côté salarié¹⁵. Il s'agit pour ce dernier de constater la rupture de son contrat en raison d'un fait fautif de l'employeur¹⁶. Afin d'éviter des « départs opportunistes » et des « stratégies de détournement »¹⁷ – la prise d'acte pouvant notamment être utilisée par des salariés soucieux de quitter rapidement leur emploi sans préavis pour occuper un poste dans une autre entreprise –, la Cour de cassation a fortement encadré cette pratique ces dernières années. Elle exige que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail soit motivée par « un manquement grave de l'employeur rendant impossible la poursuite du contrat »¹⁸. Déclinaison de la résolution unilatérale du droit des contrats qui « permet à celui qui l'exerce de bénéficier du « fait accompli » »¹⁹, la prise d'acte se caractérise par son efficacité. Elle bénéficie d'une procédure judiciaire accélérée, puisque l'affaire est

directement portée devant le bureau de jugement dans un délai d'un mois (très souvent dépassé en pratique)²⁰ et aucune formalité préalable telle qu'une mise en demeure n'est imposée au salarié²¹. L'effet de surprise est réel, tout comme le caractère irrémédiable de la situation. La prise d'acte produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ou nul si les faits la justifient ou, dans le cas contraire, d'une démission²² mais, quels que soient les faits ayant entraîné la prise d'acte, le contrat est rompu et le salarié ne pourra pas être réintégré. Séduit dans les premiers temps par une telle approche, le client salarié est plus nuancé lorsqu'il prend conscience qu'il ne bénéficie pas de l'assurance chômage dans l'attente du jugement et que l'issue de ce dernier n'est jamais certaine...

Résiliation judiciaire. Lorsque la recherche d'un nouvel emploi s'avère difficile ou que le salarié n'envisage pas un départ sans indemnités (ce qui est le plus fréquent), son avocat peut lui conseiller une voie intermédiaire : la résiliation judiciaire. Si elle obéit aux mêmes exigences de justification que la prise d'acte, elle ne peut produire les effets d'une démission : soit la rupture du contrat est prononcée aux torts de l'employeur par le juge, soit le contrat continue à s'exécuter selon les conditions antérieures. En matière de résiliation judiciaire, c'est à la patience que l'avocat en droit social doit préparer son client. Le salarié peut en effet sous-estimer la longueur de l'action en résiliation judiciaire qui ne bénéficie pas d'une procédure accélérée devant le bureau de jugement. Mise en œuvre au bon moment, la résiliation judiciaire permet néanmoins l'avantage de « prendre la main ». Elle peut restreindre dans une certaine mesure la marge de manœuvre de l'employeur pendant cette période car toute mesure à l'encontre du salarié risque d'être interprétée comme une mesure de rétorsion. En outre, si la mesure prise par l'employeur est un licenciement, le juge recherchera toujours, en priorité, si la demande de résiliation judiciaire était justifiée avant d'apprécier la mesure prise par celui-ci²³. Tout comme la prise d'acte, la résiliation judiciaire peut contraindre à l'engagement d'une négociation qui avait été refusée.

Abandon de poste. Sortant des voies ouvertes par le législateur ou le juge, l'employeur se trouve parfois devant le fait accompli lorsqu'un salarié, conseillé ou non, cesse d'exécuter sa prestation de travail sans justification afin de la contraindre à prendre l'initiative de la rupture. Cette stratégie est, à notre sens, risquée et ne peut être conseillée que

dans des situations bien particulières. Si l'employeur n'agit pas, le salarié ne bénéficie pas de ses documents de fin de contrat lui permettant de s'inscrire à Pôle emploi et reste tenu à des obligations complémentaires prévues par son contrat de travail, notamment une éventuelle clause d'exclusivité lui interdisant de retrouver un autre emploi. Dans cette hypothèse, c'est au conseil de l'employeur de faire preuve d'une particulière vigilance, si tant est qu'il en ait été informé en temps utile par son client. L'« abandon de poste » n'étant pas une démission claire et non équivoque, le contrat de travail n'est pas rompu au moment où le salarié cesse de se présenter à son poste de travail sans fournir de justification. Cette situation, apparemment simple, peut se révéler extrêmement complexe pour l'employeur. La première de ses options est de licencier le salarié pour faute, voire pour faute grave, après mise en demeure d'avoir à justifier de son absence²⁴. Il s'agira bien souvent de la meilleure option à conseiller car ne rien faire risquerait de conduire à une situation inextricable. Non seulement l'absence du salarié obligera l'employeur à recruter mais une absence de réaction pourra être assimilée à une tolérance rendant impossible un licenciement ultérieur et n'empêchera pas, de surcroît, l'écoulement du délai de prescription des faits fautifs de deux mois²⁵. Il devra donc être conseillé à l'employeur d'agir au plus vite.

Licenciement. Pour l'employeur qui souhaite se séparer de l'un de ses salariés, la voie de la résiliation judiciaire est exclue, *a fortiori* celle d'une prise d'acte de la rupture aux torts du salarié. S'il souhaite rompre unilatéralement le contrat de travail, le licenciement s'impose. La décision de licencier peut néanmoins placer le salarié devant le fait accompli, d'une part, en assurant de manière (quasi) irrémédiable la rupture du contrat et, d'autre part, en plaçant le salarié dans l'obligation de prendre l'initiative d'un contentieux prud'homal s'il souhaite contester le motif de son licenciement. La stratégie du fait accompli n'est évidemment pas sans risque pour l'employeur puisqu'un licenciement sans cause réelle et sérieuse donne lieu à une indemnisation du préjudice moral et matériel subi par le salarié, mais l'instauration d'un barème pour fixer l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse a rendu le risque judiciaire à la fois plus faible et plus prévisible pour l'employeur. Il faut toutefois se garder d'être trop confiant en avertissant l'employeur des décisions de plusieurs juges du fond écartant le barème prévu à l'article L. 1235-3 du code du travail²⁶. Ce comportement a vocation, selon nous, à se multiplier

²⁰ C. trav., art. L. 1451-1.

²¹ Soc., avis, 3 avr. 2019, n° 19-70.001 P. D. 2019. 767 ; *ibid.* 2020. 1136, obs. S. Vernac et Y. Ferkane. Dans cet avis, la chambre sociale de la Cour de cassation constate que les modes de rupture du contrat de travail, à l'initiative de l'employeur ou du salarié, sont régis par des règles particulières et emportent des conséquences spécifiques. Elle en tire la conséquence que les dispositions de l'article 1226 du code civil qui imposent, notamment préalablement à toute résolution unilatérale du contrat et sauf urgence, de mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable, ne sont pas applicables au salarié qui prend acte de la rupture de son contrat de travail.

²² Soc. 25 juin 2003, n° 01-42.335, Bull. civ. V, n° 209 ; D. 2003. 2396, note J. Pélissier ; Dr. soc. 2003. 817, note G. Couturier et J.-E. Ray. Dans cet arrêt, la Cour opère un salutaire revirement. Auparavant, la prise d'acte produisait selon les juges un effet déclaratif. Lorsqu'elle était justifiée, le salarié constatait un licenciement de fait en raison d'un manquement de son employeur. Ce dernier était alors condamné pour absence de cause réelle et sérieuse mais également pour non-respect de la procédure de licenciement alors qu'il n'était pas réellement à l'initiative de la rupture. Lorsque l'employeur n'était pas fautif, la Cour de cassation refusait de faire produire à la prise d'acte les effets d'une démission. Il en résultait que le contrat n'était pas rompu. Sur la jurisprudence antérieure, v. J.-E. Ray, Le droit à l'autoliquidation ?, Liaisons soc. janv. 2003, p. 52 ; G. Couturier, L'autoliquidation n'est pas un droit, c'est un risque, SSL 2003, n° 1119 ; J.-Y. Frouin, Existe-t-il un droit à l'autoliquidation du salarié ? Bilan jurisprudentiel et perspectives d'évolution, *ibid.*

²³ Soc. 16 févr. 2005, n° 02-46.649, Bull. civ. V, n° 54 ; D. 2005. 736 ; *ibid.* 2499, obs. B. Lardy-Pélissier et J. Pélissier.

²⁴ Soc. 10 juill. 2002, n° 00-42.210, D. 2002. 2654 ; Dr. soc. 2002. 1014, obs. G. Couturier.

²⁵ La Cour de cassation considère, en effet, que « l'abandon de poste, qui présente un caractère instantané, ne peut donner lieu à des poursuites disciplinaires au-delà du délai de deux mois prévu par l'article L. 122-44 (art. L. 1332-4) du code du travail ». Soc. 29 janv. 2003, n° 01-40.036, Dr. soc. 2003. 443, obs. F. Duquesne.

²⁶ Bien que la conventionnalité du barème ait été affirmée par la Cour de cassation, plusieurs juges du fond n'ont pas suivi son avis, juridiquement non contraignant, soit, ponctuellement, en concluant à l'absence de conventionnalité du barème (appréciation *in abstracto* ; Cons. prud'h. Grenoble, 22 juill. 2019, n° 18/00267 ; Cons. prud'h. Troyes, 29 juill. 2019, n° 18/00169), soit, plus fré-

Dans les relations entre employeur et représentants des salariés, les stratégies du fait accompli s'appuieront rarement sur le droit qui en fournit plutôt les limites parfois les ripostes.

parce que les couches juridiques de protection du salarié contre le licenciement sont progressivement déconstruites. Toute une série d'interdits sont aujourd'hui remis en cause du fait de la possibilité de licencier avec pour seul risque un montant de condamnation préalablement établi. Si l'incertitude quant au montant de la condamnation pouvait apparaître difficilement supportable pour les entreprises, elle avait pour effet indirect de restreindre les licenciements reposant sur une motivation discutable et ainsi de dissuader l'employeur de recourir à la stratégie du fait accompli en matière de rupture du contrat de travail. Les seules hypothèses dans lesquelles ce comportement est heureusement inconcevable concernent les violations les plus graves des droits des salariés (discrimination et harcèlement moral ou sexuel notamment) qui permettent à ces derniers de solliciter la nullité de la rupture de leur contrat de travail et leur réintégration au sein de l'entreprise ou une indemnisation qui n'est plus limitée par des barèmes.

LA STRATÉGIE DU FAIT ACCOMPLI DANS LES RELATIONS COLLECTIVES DE TRAVAIL

En l'absence de conflit déclaré

Situations de droit commun. Dans les relations entre employeur et représentants des salariés, le déséquilibre est moins prégnant, puisque l'employeur ne s'adresse plus directement aux salariés mais aux instances de représentation du personnel. Il s'agit par ailleurs d'un terrain propice à la mise en œuvre de stratégies, l'opposition d'intérêts étant souvent latente, voire ouvertement déclarée. De telles stratégies s'appuieront néanmoins rarement sur le droit qui en fournit plutôt les limites parfois les ripostes, comme la transparence et le droit à l'information ou encore l'obligation de loyauté dans les négociations. L'office de l'avocat conseiller de l'employeur se résumera en la matière souvent à rappeler ses obligations et à insister sur l'importance d'élaborer un dialogue et une information afin de réussir l'opération projetée telle qu'une restructuration. L'utilisation de la stratégie du fait accompli aura bien souvent pour conséquence une réaction forte des représentants des salariés qui ne peut que retarder l'opération projetée. Le comité social et économique (CSE) bénéficie en effet d'un droit relativement étendu à l'information et à la consultation au titre de

ses attributions économiques. Il est informé et consulté sur toutes « les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise »²⁷ : mesure de nature à affecter les effectifs, modification de l'organisation juridique ou économique, conditions d'emploi et de travail, etc. De manière récurrente, le CSE est également informé et consulté sur les orientations stratégiques, la situation économique et financière et la politique sociale de l'entreprise. En outre, les représentants du personnel disposent d'un certain nombre de moyens pour riposter à une stratégie du fait accompli de l'employeur en premier lieu en demandant en référé la suspension du projet. Le CSE de Suez, en obtenant la suspension de l'opération de rachat de Suez par Veolia pour méconnaissance de la procédure d'information-consultation, en a offert une illustration récente²⁸, de sorte que la mise en œuvre d'une stratégie du fait accompli de l'employeur est rarement recommandée dans ce contexte. Elle peut par ailleurs emporter des conséquences à moyen et long termes sur la qualité du dialogue social dans l'entreprise. Lorsqu'il est malgré tout fait usage de la stratégie du fait accompli par l'employeur, la réaction des représentants du personnel doit être immédiate. Ni le droit du travail ni le droit des sociétés ne permettent d'annuler une décision adoptée par les organes de la société en méconnaissance de l'obligation d'information-consultation préalable du CSE²⁹. En matière de négociation collective, l'obligation de loyauté dans les négociations est susceptible de réduire les occurrences de cette stratégie. Néanmoins, la sanction d'un manquement à l'obligation de loyauté reste faible et sa preuve difficile. À titre d'exemple, rien n'empêche d'engager des négociations sans indiquer au préalable que l'accord négocié sera un accord de performance collective (APC)³⁰.

Situations d'exception. Les représentants du personnel peuvent déclencher certaines procédures spéciales prévues par le droit du travail et connues sous le nom de procédures d'« alerte » en matière de protection des droits des personnes, de danger grave et imminent pour la santé, la sécurité ou l'hygiène ou encore en matière économique. Non seulement ces procédures peuvent être mises en œuvre par surprise, mais elles déclenchent – lorsque les conditions sont réunies – l'application d'un régime spécifique source d'un certain nombre d'obligations pour l'employeur. À titre d'illustration, l'alerte pour danger grave et imminent oblige l'employeur à mener une enquête sur les faits ayant donné lieu à l'alerte et à justifier des mesures qu'il va mettre en place pour y remédier. La procédure d'alerte est encore plus effi-

quemment, en admettant que l'application du barème puisse être écartée dans les cas où il ne permettrait pas une réparation suffisante du préjudice (appréciation *in concreto* : Reims, ch. soc., 25 sept. 2019, n° 19/00003 ; Paris, ch. 6 et 3, 18 sept. 2019, n° 17/06676 ; Chambéry, ch. soc., 27 juin 2019, n° 18/01276). V. sur ce point, O. Duthelllet de Lamothe, Les cours d'appel et le contrôle *in concreto* : un grand malentendu, BJT 2020, 53.

²⁷ C. trav., art. L. 2312-8.

²⁸ TJ Paris, réf., 9 oct. 2020, n° 20/5607 ; Paris, pôle 6, 2^e ch., 19 nov. 2020, n° 20/06549.

²⁹ K. Paganì et M. Pellissier, De l'importance de la prise en compte du droit commercial par l'avocat en droit du travail, D. avocats 2019, 421.

³⁰ France Stratégie, Évaluation des ordonnances du 22 septembre 2017 relatives au dialogue social et aux relations de travail, juill. 2020, p. 181.

cace lorsqu'elle donne lieu concomitamment à la désignation d'un expert, tel un expert-comptable en cas d'alerte économique, lequel bénéficiera de surcroît de prérogatives d'information plus fortes que celles d'un expert de droit commun. Si ces outils sont entre les mains des représentants du personnel, l'avocat consulté dans le cadre d'un contentieux individuel peut parfaitement conseiller au salarié de se rapprocher des représentants du personnel, notamment lorsque le conflit qui l'oppose à l'employeur relève de la santé, de la sécurité, de l'hygiène ou des conditions de travail. De telles procédures peuvent être un moyen de contraindre l'employeur à renoncer à un projet sans entrer en négociation ou à consentir des garanties aux salariés. Lorsqu'il conseille l'entreprise, l'avocat doit bien évidemment vérifier si les conditions de déclenchement de ces dispositifs sont remplies (par ex. la qualification de danger grave et imminent qui ne doit concerner que les situations les plus graves) mais cela ne suffit pas. D'autres options doivent être envisagées lorsqu'elles existent, notamment la voie de la conciliation. Lorsqu'un expert a été nommé, une réaction plus immédiate peut être conseillée à l'employeur qui a la possibilité de contester tant la nécessité de l'expertise, le choix de l'expert ou le coût prévisionnel, que l'étendue ou la durée de l'expertise³¹. Le paiement de l'expertise peut dès lors devenir un objet de négociation entre l'employeur et les syndicats permettant au premier de faire accepter plus facilement un projet, notamment de restructuration, aux seconds en contrepartie du recours à une expertise dont le coût sera acquitté sans contestation. Dans le cadre de sa mission de conseil de l'employeur, l'avocat devra également prêter une attention particulière aux procédures d'alerte susceptibles d'être mises en place conventionnellement par certaines entreprises.

En présence d'un conflit collectif déclaré

Actions des salariés et de leurs représentants. Les conflits collectifs dans l'entreprise sont d'abord et avant tout des rapports de force³². Le conflit est en pratique déclaré par les salariés ou les syndicats et non par l'employeur qui est, lui, contraint de réagir souvent dans l'urgence en l'absence de préavis de grève. Même lorsqu'il peut être anticipé, il conduira souvent les représentants de l'entreprise à être placés devant le fait accompli. L'exercice du droit de grève en est le moyen par excellence. L'enjeu stratégique et tactique pour l'employeur est double. À court terme, il s'agit de limiter au maximum les effets de la grève sur la production ou l'activité. À moyen et long termes, l'attitude adoptée par

l'employeur est déterminante dans la manière dont les salariés et les syndicats le percevront à l'avenir. À l'exception du secteur public et de secteurs réglementés³³, les salariés souhaitant exercer leur droit de grève n'ont en effet pas à prévenir leur employeur avant de déclencher un mouvement collectif. Les salariés ayant exercé ce droit de grève ne peuvent en outre faire l'objet d'aucune sanction disciplinaire, hors cas de faute lourde (séquestration, destruction de biens, atteinte à la liberté de travail des non-grévistes)³⁴, ce qui restreint fortement le pouvoir disciplinaire de l'employeur. Certaines entreprises notamment publiques ont par ailleurs récemment été confrontées à d'autres formes d'arrêts de travail qui ne peuvent être qualifiés de grève : absentéisme, retards, arrêts maladie. On peut également évoquer l'exercice de leur droit de retrait par les salariés ayant donné lieu en novembre 2019 aux « grèves sauvages » dans les transports.

(Ré)actions de l'employeur. À la différence d'autres droits, le droit français ne permet pas à l'employeur de mettre les syndicats et les salariés devant le fait accompli en fermant temporairement l'entreprise. Le *lock-out* est un moyen d'action permettant à l'employeur, lorsqu'il y est autorisé, d'intégrer au conflit les non-grévistes car, pénalisés par la fermeture de l'entreprise, ils peuvent être amenés à faire pression sur les grévistes pour que la grève cesse. Cette pratique est illicite en droit français. La fermeture n'est possible que si l'employeur se trouve confronté à ce que la jurisprudence appelle une « situation contraignante » empêchant de fournir du travail au salarié³⁵ ou des impératifs de sécurité, étant précisé qu'il appartient à l'employeur de rapporter la preuve d'une telle situation³⁶. La présence d'un huissier sera alors souvent nécessaire à une telle preuve. En pratique, étant réservé à des cas très particuliers d'infrastructures à haut risque (par ex. sites classés Seveso), le conseil de fermer l'entreprise résultera moins d'une stratégie du fait accompli que de la nécessité de respecter des obligations en matière de santé et de sécurité...

Conclusion. Les quelques éléments de réflexion livrés sur ce sujet atypique ne doivent pas conduire les avocats à n'envisager la relation à autrui que sous l'angle de l'adversité, surtout avec leurs confrères. En de nombreux cas, la recherche de l'équilibre doit être privilégiée. Mais il nous semble aussi important de rappeler, avec Emmanuel Levinas³⁷, que « la lucidité – ouverture de l'esprit sur le vrai – consiste à entrevoir la possibilité permanente de la guerre »...

« la lucidité [...] consiste à entrevoir la possibilité permanente de la guerre »
(E. Levinas)

³¹ C. com., art. L. 2315-86 s.

³² J.-E. Ray, *Droit du travail. Droit vivant*, 23^e éd., Wolters Kluwer, 2014, p. 591.

³³ Pour le secteur des entreprises de transport terrestre, C. transp., art. L. 1324-7 ; celui des entreprises de transport aérien de passagers, C. transp., art. L. 1114-3 ; ou encore celui de l'accueil des enfants, C. éduc., art. L. 133-4.

³⁴ C. trav., art. L. 2511-1.

³⁵ Soc. 18 janv. 2017, n^o 15-23.986 à 15-23.995.

³⁶ Soc. 30 sept. 2005, n^o 04-40.193, D. 2005. 2548, obs. E. Chevrier.

³⁷ E. Levinas, *Totalité et infini*, Le Livre de Poche, 1990, p. 1.