Article du cabinet Vogel & Vogel

Les enseignements de l'affaire Amazon pour les entreprises

La société Amazon France Logistique a été condamnée en référé à deux reprises en l'espace de 11 jours, d'abord le 14 avril 2020 par le tribunal judiciaire de Nanterre (Trib. jud. Nanterre, réf., RG 20/00503, JCP G, 27 avr. 2020, 523, obs. B. Bossu ; JCP Soc., 28 avr. 2020, 2005, obs. L. Gamet) puis en appel le 24 avril 2020 par la cour d'appel de Versailles (Versailles, 14e ch., 24 avr. 2020, RG 20/011993).

Dans le dernier état de ces décisions, Amazon France Logistique est condamnée à :

- « procéder, en y associant les représentants du personnel, à l'évaluation des risques professionnels inhérents à l'épidémie de Covid-19 sur l'ensemble de ses entrepôts ainsi qu'à la mise en œuvre des mesures prévues à l'article L. 4121-1 du code du travail en découlant », le comité social et économique central de la SAS Amazon France Logistique et les comités sociaux et économiques des six établissements devant être consultés et associés à l'évaluation précitée ;
- et se voit ordonner, « dans l'attente de la mise en œuvre des mesures ordonnées ci-dessus,…, dans les 48 heures de la notification (de l'arrêt de la cour d'appel de Versailles), de restreindre l'activité de ses entrepôts aux seules opérations de réception des marchandises, de préparation et d'expédition des commandes des produits, tels que figurant sur le catalogue de la société à la date du 21 avril 2020, suivants : High-tech, Informatique, Bureau ; « Tout pour les animaux » dans la rubrique Maison, Bricolage, Animalerie ; « Santé et soins du corps », « Homme », « Nutrition », « Parapharmacie » dans la rubrique Beauté, santé et Bien-être, Epicerie, Boissons et Entretien », et passé ce délai de 48 h 00, sous « astreinte de 100 000 euros due pour chaque réception, préparation et/ou expédition de produits non autorisés, et ce pendant une durée maximale d'un mois, à l'issue de laquelle il pourra à nouveau être statué ».

Bien qu'elle ait été autorisée à poursuivre partiellement son activité par la décision de première instance, la société Amazon France Logistique avait préféré fermer tous ses entrepôts français dans l'attente de la décision de la cour d'appel compte tenu de l'imprécision selon elle de la définition des produits dont elle était autorisée à poursuivre la vente. Elle a prolongé cette suspension temporaire d'activité de ses entrepôts français dans l'immédiat en vue d'évaluer la meilleure façon d'opérer suite à la décision de la cour d'appel.

Même si la société Amazon France Logistique a gagné sur plusieurs points juridiques qui lui étaient opposés par le syndicat Union Syndicale Solidaires (faisant partie de la mouvance syndicale SUD) et les nombreux intervenants volontaires venus à son soutien, elle a cependant perdu sur l'essentiel et sa condamnation a été largement diffusée par les médias.

Le géant du e-commerce (troisième capitalisation boursière mondiale à plus de 1.000 milliards de dollars avec une activité dopée par la crise sanitaire, un CA de 280 milliards de dollars et un résultat opérationnel de l'ordre de 15 milliards de dollars en 2019) enregistre ainsi une défaite cinglante en France face à une organisation syndicale. Comment en est-on arrivé là et surtout, quels enseignements en tirer ?

L'analyse des deux longues décisions rendues par le tribunal judiciaire de Nanterre (15 pages) et la cour d'appel de Versailles (24 pages) est particulièrement instructive pour les juristes d'entreprise et leurs conseils. Les enseignements que l'on peut en tirer sont de deux ordres : tout d'abord des enseignements généraux, valables en toutes circonstances, en termes de stratégie et de tactique judiciaires, mais parfaitement illustrés par les circonstances de l'espèce ; ensuite des enseignements de fond, propres aux mesures à prendre pour poursuivre son activité dans le contexte de l'épidémie du coronavirus.

I. Les enseignements de l'affaire Amazon valables en toutes circonstances

    1. La dangerosité du référé d'heure à heure en particulier devant le tribunal judiciaire
    2. La dangerosité du référé fondé sur le trouble manifestement illicite ou le dommage imminent
    3. Les précautions à prendre pour mieux pallier ces risques

II. Les enseignements de l'affaire Amazon propres aux mesures à prendre par les entreprises par rapport à leurs salariés dans le contexte de l'épidémie du COVID-19

    1. Un point important pour les entreprises généralement passé sous silence dans les médias : l'inapplicabilité à l'activité des entreprises de l'interdiction des rassemblements, réunions de toute nature ou activités mettant en présence de manière simultanée plus de 100 personnes
    2. Le standard judiciaire sous forme de triple test particulièrement exigeant applicable au contrôle du respect de l'obligation de sécurité et de prévention de la santé des salariés
    3. La justification de la poursuite partielle d'activité autorisée

---

I. Les enseignements de l'affaire Amazon valables en toutes circonstances

1. La dangerosité du référé d'heure à heure, en particulier devant le tribunal judiciaire

La justice a généralement la réputation d'être lente. Mais elle sait aussi se montrer parfois très rapide, peut-être trop dans certains cas. La procédure qui a été conduite contre Amazon n'est pas une procédure au fond classique : l'Union Syndicale Solidaires a choisi très adroitement d'engager un référé, et plus précisément un référé d'heure à heure, devant le tribunal judiciaire de Nanterre. Le référé est une procédure très rapide qui permet d'obtenir une décision immédiatement exécutoire de plein droit qui évite la relative lenteur du contentieux ordinaire. Le demandeur peut notamment être tenté de recourir à cette procédure chaque fois qu'une affaire requiert une solution rapide, sous réserve d'arriver à remplir les conditions du référé. Le référé d'heure à heure permet d'aller encore plus vite en se faisant autoriser sur requête à assigner à très brève échéance pour une audience en raison de l'urgence extrême du dossier. En effet si en vertu de l'article 485 du code de procédure civile, la demande de référé « est portée par voie d'assignation à une audience tenue à cet effet aux jour et heure habituels des référés », cet article prévoit par dérogation que « si, néanmoins, le cas requiert célérité, le juge des référés peut permettre d'assigner, à heure indiquée, même les jours fériés ou chômés ».

En l'espèce, le demandeur civil attaquant une société commerciale, avait une option de compétence. Il pouvait choisir d'assigner Amazon soit devant le tribunal de commerce, soit devant le juge civil, en l'espèce le tribunal judiciaire de Nanterre. Il a très habilement choisi de porter le litige devant le tribunal judiciaire. La raison en est simple. Les référés d'heure à heure devant les tribunaux de commerce se font souvent à plusieurs jours voire semaines (pour un exemple récent, V. l'affaire Planet Sushi, ordonnance du 18 février 2020 autorisant les demandeurs à assigner en référé d'heure à heure pour l'audience du 3 mars, renvoyée au 10 mars et ordonnance du 8 avril, RG 2020012587) tandis que les tribunaux judiciaires les fixent plus habituellement entre 24 h et 48 h. Peut-être aussi entendait-il soumettre son litige à des juges professionnels plutôt qu'à des juges consulaires.

Le problème est que ce type de référé d'heure à heure devant un tribunal judiciaire est d'une dangerosité extrême pour le défendeur. Qu'on en juge en l'espèce : Amazon n'a eu que 27 heures pour déposer ses conclusions, y compris les heures de nuit au cours desquelles ses avocats n'ont sans doute pas pris beaucoup de repos. Et pour obtenir ce délai très bref, ces derniers ont dû négocier d'arrache-pied, le délai initialement prévu étant encore plus bref. Je ne suis pas du tout un ami d'Amazon, bien au contraire, mais un adversaire résolu de cette entreprise, dans mes combats pour mes clients, dans le passé, le présent et sans doute l'avenir, mais il faut reconnaître que le délai qui lui a été laissé pour se défendre a été excessivement bref. L'ordonnance du tribunal judiciaire traduit bien les contraintes temporelles auxquelles Amazon a été soumise : le syndicat a été autorisé à assigner Amazon le 8 avril 2020 à 13 h15 pour le lendemain 9 avril à 14 h 00 dans le cadre d'une procédure d'abord prévue sans audience en vertu des dispositions de l'article 8 de l'ordonnance de crise sanitaire du 25 mars 2020, l'assignation devant être délivrée à Amazon au plus tard le 8 avril à 16 h 00, et Amazon devant conclure le 9 avril à 10 h 00 (soit un délai initial de défense de 14 heures dont une nuitée). L'acte d'huissier a été délivré à Amazon le 8 avril à 15 h 55, 5 minutes avant l'échéance. Amazon a formé une demande de renvoi qui a été examinée par les magistrats de la formation collégiale de référé avec les avocats par conférence téléphonique le 9 avril à 10 h 00. Il a finalement été décidé d'un renvoi au 10 avril 2020 à 14 h 00, que la société Amazon France Logistique devait conclure et transmettre ses pièces avant le 9 avril 2020 à 19 h 00 et ses adversaires avant le 10 avril 2020 à 10 h 00, l'audience se tenant par un moyen dématérialisé. En d'autres termes, assigné le 8 avril à 15 h 55, le défendeur a dû préparer sa défense pour le lendemain à 19 h 00, soit 27 heures et 5 minutes montre en main. Amazon France Logistique a fait valoir la violation du contradictoire mais son argumentation a été rejetée, le tribunal estimant que le demandeur avait bénéficié de 27 heures pour répondre à l'assignation, les demandeurs de 14 heures pour y répondre (de nuit pour la plus grande partie), puis Amazon à nouveau de 3 heures 30 pour répondre, sans que les demandeurs n'aient pu répliquer autrement qu'à l'oral, Amazon ayant eu en outre la parole en dernier. Au-delà de ces délais successifs, le tribunal note que les points en litige avaient été évoqués depuis des semaines notamment avec la DIRRECTE et que eu égard à l'importance économique de la société Amazon France Logistique, il ne saurait être raisonnablement allégué qu'elle n'aurait pas disposé des moyens juridiques et matériels pour faire valoir ses arguments dans les délais impartis.

Cette affaire illustre parfaitement la dure loi pour le défendeur du référé d'heure à heure devant les tribunaux judiciaires. Il se trouve soumis à des contraintes de temps très difficiles pour arriver à bâtir correctement sa défense, encore davantage si elle n'a pas été anticipée. Loi d'autant plus dure que le demandeur aura pu bénéficier quant à lui de plusieurs semaines pour

préparer consciencieusement une assignation dûment motivée de façon approfondie, pièces à l'appui.

La défense a sans doute encore été rendue plus difficile en l'espèce par la multiplicité des interventions volontaires au soutien du syndicat demandeur, l'Union syndicale Solidaires étant soutenue par une association en première instance et par pas moins de 5 fédérations et IRP en appel, représentées par le même avocat. Ces interventions ont sans doute conduit à lui faire perdre un temps précieux en contestation de la recevabilité de ces interventions et à dédoubler et renforcer l'argumentation de l'Union syndicale Solidaires ne serait-ce que par la répétition de l'argumentation à charge.

2. La dangerosité du référé pour trouble manifestement illicite ou dommage imminent

Parmi les différents types de référés, certains sont plus dangereux que d'autres. Le référé provision par exemple est soumis à un standard élevé, l'absence de contestation sérieuse ; or un plaideur intelligent sera toujours enclin à opposer une contestation sérieuse, ce qui si la contestation sérieuse est avérée, interdit au juge des référés de préempter l'office du juge du fond et notamment d'interpréter un contrat. Le référé pour trouble manifestement illicite ou pour dommage imminent est autrement plus dangereux. Très souvent, il ressemble beaucoup à un procès au fond mais dans les conditions procédurales du référé. Il est d'ailleurs révélateur que tant le tribunal judiciaire de Nanterre que la cour d'appel de Versailles aient intitulé chacune la motivation de leur décision sur les conditions du référé « Sur le fond » (page 7 de l'ordonnance et page 12 de l'arrêt) alors que par définition elles n'ont pas à statuer au fond mais à apprécier les conditions du référé.

Les notions de trouble manifestement illicite et de dommage imminent peuvent faire l'objet d'une interprétation assez large. Il est tellement facile d'invoquer un dommage imminent (pour une illustration récente, l'affaire MA Pièces Auto c. Automobiles Peugeot et Citroën dans laquelle le juge des référés du tribunal de commerce de Paris avait ordonné la reprise des relations suite à la résiliation pourtant régulière d'un contrat sous couvert de dommage imminent lié aux licenciements entraînés par la décision de résiliation : T. com. Paris, 5 déc. 2018, RG 2018065140 infirmé par Paris, 20 févr. 2019, RG 18/27907), d'autant plus quand il en va de la santé des salariés.

Le syndicat demandeur à l'action a donc également très bien choisi son fondement juridique en jouant à la fois sur l'illégalité alléguée du comportement de la société Amazon et le dommage imminent pesant sur les salariés et plaçant le juge dans la difficile responsabilité d'apprécier l'existence et l'intensité d'un risque imminent ou non pesant sur des personnes.

3. Les précautions à prendre pour mieux pallier ces risques

Il est naturellement aisé de faire le *post mortem* d'un combat et autrement plus difficile de le mener. On prête au maréchal Joffre d'avoir dit à propos de la bataille de la Marne : « cette bataille, je ne sais pas qui l'a gagnée mais je sais très bien qui l'aurait perdue ». Il en va de même des combats judiciaires. Sans critiquer le travail qui a visiblement été courageusement effectué par tous les intervenants du dossier, on peut cependant tenter d'en tirer quelques enseignements

en termes de stratégie et de tactique juridique et judiciaire (pour une application dans le domaine militaire pouvant servir de guide d'analyse par analogie : G. Haberey et H. Perot, L'art de conduire une bataille, 2016 et Les 7 péchés capitaux du chef militaire, 2017).

Il ressort assez clairement des décisions du tribunal judiciaire et de la cour d'appel que la société Amazon France Logistique avait entrepris de multiples démarches et actions en vue de la protection de ses salariés mais que tout particulièrement en première instance, elle n'a pas été en mesure de les documenter dans les délais qui lui ont été impartis.
Ainsi, en première instance, s'agissant du grief d'association des représentants des salariés et en premier lieu des CSE des différents sites à l'évaluation des risques, elle a fait état de multiples initiatives mais il lui a été reproché par le tribunal de ne verser « aux débats aucun procès-verbal de réunions des CSE ni du CSE central depuis le début de l'épidémie, indiquant à l'audience qu'ils n'ont pas encore été formalisés, pas plus que les comptes-rendus des visites et des audits sus-évoqués » (page 9 de l'ordonnance). Il lui a de la même façon été reproché de ne pas être en mesure de justifier « de l'intégralité des plans de prévention avec toutes les entreprises extérieures » (page 11 de l'ordonnance), ou encore de faire état de protocoles de nettoyage actualisés mais sans que l'annexe citée ne soit communiquée (page 11 de l'ordonnance) ou de s'abstenir de communiquer les comptes-rendus des visites de contrôle des 350 salariés chargés de garantir le respect des mesures barrières et des consignes de sécurité et de prévention, ne mettant pas la juridiction en mesure de vérifier le caractère adapté des mesures mises en œuvre (page 1 de l'ordonnance). En appel, la société Amazon France Logistique a pu mieux établir les démarches entreprises (cf. les appréciations plutôt positives sur les pièces produites en appel page 16 de l'arrêt d'appel), sans que celles-ci soient néanmoins suffisantes pour remplir le triple test particulièrement exigeant de la cour d'appel quant au contrôle du respect de l'obligation de sécurité et de prévention de la santé des salariés et au formalisme afférent.

En appel, s'agissant du site de Sevrey, si la cour a constaté « qu'une démarche vertueuse a pu s'organiser, avec une collaboration active entre direction et salariés, afin d'établir une évaluation des risques de qualité », elle a également relevé qu'au jour où elle statue, « l'évaluation n'est pas terminée et le Document Unique d'Evaluation des Risques (DUER) modifié, qui n'a pas été revu depuis le 18 mars 2020, n'est pas rédigé ». De même, s'agissant du site de Brétigny-sur-Orge, il apparaît qu'au jour où la cour a statué, le document d'évaluation des risques présenté au CSE n'était encore qu'un projet et que « dans ces conditions, la cour constate qu'une démarche collaborative a », là encore, « été entreprise et soutenue afin d'évaluer les risques liés à la pandémie mais qu'à ce jour, cette évaluation n'est pas finalisée et le DUER, dont la version produite aux débats est illisible, n'a pas encore été modifié ». Les mêmes problèmes de finalisation non aboutie de la documentation et des démarches ont été constatés par la cour s'agissant du site de Lawin-Planque pour lequel elle note à nouveau que s' « il résulte de ces éléments qu'un travail soutenu d'évaluation des risques a été initié par la direction avec une collaboration affirmée des représentants des salariés », « l'évaluation est donc en cours et le DUER, dont la dernière mise à jour du 30 mars est insuffisante, n'est pas encore finalisé ». Les mêmes constats ont été faits s'agissant des sites de Montélimar et de Saran. Finalement, s'agissant de l'évaluation des risques, le seul site dont il a été considéré par la cour que l'évaluation des risques avait été menée de façon satisfaisante au jour où elle a statué était celui de Boves, avec cependant la problématique de l'absence de consultation préalable du CSE central pour tous les sites, y compris celui de Boves.

Après coup, du point de vue de la stratégie judiciaire, il apparaît que les différends récurrents de l'entreprise au cours des semaines précédentes avec l'Inspection du travail et les syndicats auraient dû inciter l'employeur à mieux anticiper la probabilité d'une action judiciaire de certains syndicats et à s'attacher à respecter scrupuleusement les règles et surtout à documenter le respect du formalisme afférent à ces règles point par point en adoptant un plan permettant d'établir et de prouver leur respect en cas d'attaque, ce qui aurait sans doute mieux permis de réagir au contentieux qui a été subi par l'entreprise comme une attaque surprise à laquelle elle n'était pas suffisamment préparée à l'avance. Une telle anticipation s'impose d'autant plus en cas de griefs émis par une organisation syndicale très motivée comme SUD dont l'un des slogans actuels est : « le capitalisme et le coronavirus : deux épidémies à combattre » (sic).

D'un point de vue plus tactique, il n'est pas certain que les démarches entreprises par Amazon pour un appel à très bref délai aient été à son avantage. L'ordonnance de référé du tribunal judiciaire a été rendue le 14 avril. Dès le 15 avril, Amazon France Logistique en faisait appel alors qu'elle avait quinze jours pour le faire et présentait immédiatement une requête pour être autorisée à assigner selon la procédure à jour fixe. Elle a ainsi été autorisée par ordonnance sur requête rendue dès le 16 avril 2020 à assigner le syndicat pour l'audience du 21 avril à 10 h 00, avec l'obligation de faire délivrer son assignation le 17 avril 2020 à 11 h 00 au plus tard, avec un calendrier très serré de répliques réciproques jusqu'à l'audience. Amazon France Logistique s'est ainsi placée elle-même dans un calendrier très serré ne lui permettant pas de modifier suffisamment son dossier en droit et en fait. En appel de référé, l'appelant a tout intérêt à modifier la situation de droit et de fait afin de faire valoir devant la cour d'appel qu'au jour où elle statue, il n'existe plus de trouble manifestement illicite ou de dommage imminent. Il est en effet admis qu'en référé, si au jour où le juge statue, le trouble allégué a pris fin, aucune mesure ne peut être prononcée sur le fondement de l'article 809, alinéa 1 (Rapport annuel 2014 de la Cour de cassation, Livre 3, Le temps). Si l'existence du trouble ou du risque allégué s'apprécie au jour où le juge des référés de première instance a statué (Cass. 2e civ., 4 juin 2009, n° 08-17.174, Bull. 2009, II, n° 144), en cas de cessation du trouble au jour où la cour d'appel statue, aucune mesure provisoire ne peut plus être ordonnée et ne peut l'être que si le trouble manifestement illicite persiste au jour où elle statue (Cass. soc., 13 janv. 2010, n° 08-19.914). La cour d'appel a d'ailleurs considéré qu'il lui appartenait « d'apprécier si l'objet de la demande persiste, en prenant en considération les circonstances survenues depuis la décision de première instance » (page 12 de l'arrêt). Une autre tactique aurait donc pu consister à tenter de mettre en place en pratique un maximum de mesures demandées par le tribunal en vue d'assurer la sécurité et la prévention de la santé des salariés et le formalisme requis pour présenter à la cour d'appel un dossier répondant concrètement aux critiques de l'ordonnance de première instance en vue d'augmenter les chances de gagner en appel ou de limiter les mesures restant à mettre en œuvre. Il est vraisemblable que l'entreprise a souhaité accélérer l'appel, mais elle se trouve aujourd'hui en situation de faiblesse juridique par rapport aux syndicats avec deux décisions défavorables, une exécution provisoire avec une astreinte pendant un mois et des délais devant la cour de cassation qui ne permettent pas une remise en cause rapide en tout état de cause de l'arrêt défavorable de la cour d'appel de Versailles.

En résumé, au-delà des pures questions tactiques, d'un point de vue stratégique, l'affaire Amazon montre qu'en cas de problématique juridique sensible, l'entreprise doit anticiper le combat judiciaire et préparer méticuleusement en documentant son dossier le *worst case scenario* d'un référé d'heure à heure, c'est-à-dire d'un véritable blitzkrieg judiciaire lui laissant seulement de l'ordre de 24 heures pour se défendre dans un quasi-procès de fond.

II. Les enseignements de l'affaire Amazon propres aux mesures à prendre par les entreprises par rapport à leurs salariés dans le contexte de l'épidémie du COVID-19

Plusieurs décisions de première instance ont déjà été rendues à propos des mesures d'évaluation et de prévention des risques à mettre en place par les entreprises dans le contexte de l'épidémie du Covid-19 (V. not. Trib. jud. Lille, réf., 3 avr. 2020, Inspection du travail/Association ADAR Flandres Métropole ; Trib. jud. Paris, réf., 9 avr. 2020, SUD/La Poste ; Trib. jud. Lille, réf., Carrefour).

La jurisprudence Amazon est cependant la plus importante et la plus instructive compte tenu de ses enjeux, de l'importance des astreintes prononcées (100.000 euros in fine dans l'affaire Amazon à comparer avec les astreintes de 500 euros par jour de retard et obligation inexécutée dans les affaires ADAR et Carrefour précitées tandis qu'aucune astreinte n'a été prononcée contre La Poste), de la richesse des questions de droit et de fait examinées et du bénéfice d'une double analyse de première instance et d'appel longuement motivée.

Il ressort de la lecture des médias qu'Amazon a perdu son procès contre SUD, avec dans le meilleur des cas l'observation d'un assouplissement en appel (V. par ex., Sylvie de Macedo, La sanction contre Amazon confirmée mais assouplie, Le Parisien, 25 avr. 2010, 7). En réalité, même si elle n'a pu remplir le triple test particulièrement exigeant applicable au contrôle du respect de l'obligation de sécurité et de prévention de la santé des salariés et au formalisme requis, et a finalement perdu son procès, la société Amazon France Logistique a contré avec succès l'argumentation adverse sur un point très important pour les entreprises, à savoir l'inapplicabilité à l'activité des entreprises de l'interdiction des rassemblements, réunions de toute nature ou activités mettant en présence de manière simultanée plus de 100 personnes.

1. Un point important pour les entreprises généralement passé sous silence dans les médias : l'inapplicabilité à l'activité des entreprises de l'interdiction des rassemblements, réunions de toute nature ou activités mettant en présence de manière simultanée plus de 100 personnes

Tant en première instance qu'en appel, le syndicat à l'origine de l'action et les intervenants volontaires faisaient grief à Amazon au titre du trouble manifestement illicite et du dommage imminent justifiant les mesures de référé de la violation par Amazon de l'interdiction des activités mettant en présence simultanée plus de 100 personnes en milieu clos ou ouvert.

L'Union syndicale Solidaires faisait valoir de façon péremptoire que dans les entrepôts de la société Amazon, les équipes seraient composées au minimum de 500 personnes, ce qui serait formellement interdit par les articles 2 de l'arrêté du 14 mars 2020 et 7 du décret 2020-293 du 23 mars 2020, faute d'une autorisation préfectorale dérogatoire au profit d'Amazon, et constituerait *ipso facto* à la fois un trouble manifestement illicite et un dommage imminent aux salariés, à leurs proches et à la population en général du fait des risques de propagation du virus Covid-19. Amazon de son côté lui opposait que l'interdiction de « tout rassemblement ou réunion ou activité mettant en présence de manière simultanée plus de 100 personnes en milieu clos ou ouvert » en vigueur jusqu'au 11 mai 2020, n'avait pour but que de restreindre la liberté

de chaque citoyen de se rassembler et non les activités économiques. Elle faisait valoir que cette interdiction était fondée sur le 6° de l'article L. 3131-15 du code de la santé publique qui ne vise que les rassemblements sur la voie publique ainsi que les réunions de toute nature, ce qui renvoie à la liberté de réunion, mais ne s'applique pas au travail des salariés des entreprises auxquelles le gouvernement a d'ailleurs demandé, en l'absence de recours au télétravail, de mettre en place des mesures de sécurité pour éviter les risques de contagion, et subsidiairement qu'en tout état de cause, le seuil de 100 salariés se trouvant simultanément au même endroit n'était jamais atteint dans ses entrepôt grâce aux mesures mises en place.

A une interprétation syndicale littérale des textes s'opposait donc une interprétation combinée de différentes dispositions en vue de leur donner un sens raisonnable.
La décision de première instance s'était contentée d'un exposé des différents textes applicables et d'une conclusion lapidaire observant que le décret applicable « ne prévoit aucune autre limitation à la liberté d'entreprendre » que celles énumérées pour les activités des établissements recevant du public, les établissements d'accueil des enfants, les établissements d'enseignement scolaire et supérieur ainsi que la tenue des concours et examens, « de sorte qu'aucune violation de ces dispositions ne peut être retenue en l'espèce » et que « les demandes formées au titre de l'interdiction des rassemblements de plus de 100 personnes seront par conséquent rejetées ».

Saisie d'un appel incident de l'Union syndicale Solidaires sur ce point, la cour d'appel y consacre une motivation plus démonstrative en faisant droit à l'argumentation d'Amazon sur la nécessité d'une application et d'une interprétation combinée des textes en vue de leur donner un sens. Elle retient à juste titre qu' « il se déduit de l'application combinée de ces dispositions que le législateur, en interdisant les rassemblements, réunions de toute nature ou activités mettant en présence de manière simultanée plus de 100 personnes et en soumettant le maintien, le cas échéant, de tels rassemblements à l'autorisation du pouvoir réglementaire, a restreint la liberté de réunion des citoyens mais n'a pas entendu interdire la poursuite de l'activité des entreprises autres que celles énumérées à l'article 8 précité et qui ne concernent pas l'activité de la société Amazon. Aucune autre limitation à la liberté d'entreprendre n'a été édictée en application notamment du 10° de l'article précité ».

A titre superfétatoire, la cour d'appel retient également l'argument téléologique d'Amazon en rappelant que « si dans les recommandations qu'il a élaborées et diffusées, le ministère du Travail a demandé aux entreprises de privilégier le télétravail, il a également prévu l'absence de possibilité d'y recourir en leur demandant en ce cas de mettre en œuvre les mesures de sécurité nécessaires pour éviter les risques de contagion des salariés, mesures prises en application des dispositions de l'article L. 4121-1 du code du travail ».

La cour d'appel clarifie ainsi une question juridique débattue née de l'enchevêtrement de textes pouvant donner lieu à des interprétations divergentes.

2. Le standard judiciaire sous forme de triple test particulièrement exigeant applicable au contrôle du respect de l'obligation de sécurité et de prévention de la santé des salariés

Reste le deuxième fondement du trouble manifestement illicite et du dommage imminent invoqué contre Amazon, à savoir la violation de l'obligation de sécurité et de prévention de la

santé des salariés. Conformément aux dispositions de l'article L 4121-1 du code du travail, l'employeur doit prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et la santé physique et mentale des travailleurs. Cette obligation comprend l'adoption des actions de prévention des risques professionnels, des actions d'information et de formation, la mise en place d'une organisation et de moyens adaptés.

Le principal apport de l'arrêt de la cour d'appel est de poser une grille d'analyse argumentée de cette obligation et de l'illustrer de façon concrète au cas d'espèce. Elle peut être particulièrement utile pour les entreprises, notamment celles qui ont poursuivi leur activité ou celles qui s'apprêtent à reprendre une activité en présentiel suite au déconfinement, sur les mesures à mettre en œuvre. Il s'avère que cette grille d'analyse est particulièrement exigeante.

La cour d'appel applique en réalité un triple test rigoureux dont les conditions doivent être simultanément remplies. L'entreprise doit :

- évaluer les risques professionnels, y compris en particulier les risques psycho-sociaux ;
- élaborer des mesures aux fins de sécurité et de prévention de la santé des salariés, et notamment informer et former les salariés ;
- et agir en associant les salariés et les IRP, après consultation du CSE central le cas échéant.

<u>Sur l'évaluation des risques</u>

L'évaluation des risques est présentée par la cour comme la première étape de prévention à mettre en place par l'entreprise. En application des articles L. 4121-3 et R. 4121-1 à 4 du code du travail, l'employeur est tenu d'évaluer dans son entreprise les risques pour la santé et la sécurité des travailleurs et de transcrire les résultats dans un document unique puis de mettre en œuvre grâce à ce travail les mesures de prévention adéquates. Si la réglementation n'impose pas de méthode particulière pour procéder à l'évaluation des risques professionnels, la méthode retenue doit permettre selon la cour d'appréhender la réalité des conditions d'exposition des salariés aux dangers. La circulaire n° 6 DTR du 18 avril 2002 prévoit que l'évaluation des risques constitue un véritable travail d'analyse des modalités d'exposition des salariés à des dangers ou à des facteurs de risques et qu'elle trouve sa raison d'être dans les actions de prévention et d'élimination des risques qu'elle va susciter. Elle doit prendre en compte les situations concrètes de travail. Ainsi que le relève la circulaire, elle gagnera en qualité si l'employeur entame une approche pluridisciplinaire en convoquant des compétences médicales (notamment la médecine du travail), techniques et organisationnelles.

Cette évaluation doit conduire à établir après consultation préalable du CSE central et association des représentants des salariés de chaque site, une liste très détaillée présentant les risques liés à la pandémie par lieu et/ou fonction, les mesures déjà mises en place, les suggestions des salariés, ainsi que les mesures additionnelles envisagées avec leur date envisagée. Elle peut par exemple viser notamment des points très concrets comme les portiques tournants à l'entrée à enlever pouvant constituer une source de contamination importante ou la

possible contamination par les machines à café et les distributeurs d'eau ou encore l'accès et l'organisation des vestiaires, mais ne doit pas négliger les risques psycho-sociaux particulièrement élevés selon la cour en raison du risque épidémique et des réorganisations induites par les mesures mises en place pour prévenir ce risque. Le DUER (Document Unique d'Evaluation des Risques) doit être impérativement actualisé et modifié pour tenir compte de cette évaluation des risques au regard des risques induits par la pandémie.

En l'espèce, la société Amazon faisait valoir en appel que depuis l'ordonnance, elle avait initié dans chaque site une nouvelle évaluation des risques à laquelle elle a invité les membres de chaque CSE d'établissement, qu'aux termes de deux journées d'évaluation, de nouveaux documents ont été établis, listant plus de 100 points pouvant susciter des questions ou risques particuliers et invitant les membres du CSE à émettre des suggestions d'amélioration et que l'ensemble des DUER étaient signés par un ou plusieurs membres des CSE.

La cour a considéré suite à un examen des documents produits site par site que si l'évaluation des risques avait bien été initiée par l'entreprise, souvent au titre d'une démarche qualifiée de vertueuse, elle n'était pas finalisée ou complète sur 5 sites et n'avait été finalisée de manière satisfaisante avec notamment modification du DUER au regard des risques induits par la pandémie que pour un seul site, celui de Boves, avec néanmoins un problème formel de non-consultation préalable du CSE central commun aux 6 sites.

Sur l'élaboration des mesures aux fins de sécurité et de prévention de la santé des salariés

En vertu de l'article L. 4121-1 du code du travail, l'employeur est tenu de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs. Ces mesures comprennent : 1° Des actions de prévention des risques professionnels, y compris ceux mentionnés à l'article L. 4161-1 ; 2° Des actions d'information et de formation ; 3° La mise en place d'une organisation et de moyens adaptés. L'employeur doit veiller à l'adaptation de ces mesures pour tenir compte du changement des circonstances et tendre à l'amélioration des situations existantes.

La cour a procédé à une vérification rigoureuse au cas concret de la mise en œuvre des mesures nécessaires tant à la date où le premier juge a statué qu'à celle de la décision de la cour.

S'agissant du suivi des personnes porteuses du virus ou susceptibles de l'avoir contracté, le tribunal judiciaire avait considéré que les mesures prises dans un premier temps par la société Amazon n'étaient pas suffisantes mais qu'elles avaient été améliorées à la suite d'interventions et de préconisations de l'inspection du travail par la mise en place d'outils de suivi des cas d'infection avérés ou suspectés et de mesures pour protéger les salariés qui pourraient avoir été en contact avec eux. Ces mesures étaient apparues satisfactoires au premier juge à la date à laquelle il a statué.

S'agissant en revanche des mesures pour préserver la santé des salariés à l'entrée des sites (portique tournant), dans les vestiaires, lors des interventions d'entreprises extérieures, lors de la manipulation des colis et au regard de la nécessaire distanciation sociale, la cour d'appel a considéré comme les premiers juges que la société Amazon n'avait pas pris de mesures suffisantes ; en particulier, il lui est fait grief d'avoir réagi au jour le jour sans plan d'ensemble maîtrisé comme l'exigeaient le volume très important des effectifs présents sur chaque site, les

mouvements de masse à l'occasion des rotations de personnel à la prise de chaque service et l'intervention d'entreprises extérieures, notamment les transporteurs routiers.

L'obligation d'information et de formation des salariés de l'entreprise, du personnel intérimaire et des prestataires extérieurs intervenant sur le site est appréciée de façon également très rigoureuse et n'est pas considérée comme remplie de façon satisfaisante par la cour.
La cour ne se contente pas d'actions d'information ou de formation générales mais exige une information et une formation effectivement délivrée individuellement à chaque salarié. Elle fait ainsi reproche à l'employeur de ne pas avoir « établi que les documents de formation produits aux débats aient été portés à la connaissance de chaque personne présente sur le site et expliqués » et considère comme non pertinente la simple diffusion sur deux écrans de télévision installés dans la salle de pause et le réfectoire de slides, alors que l'information doit être individualisée selon les postes de travail.

La cour d'appel considère que l'insuffisance des mesures prises par la société Amazon demeure au jour où la cour statue.

Sur la concertation avec les salariés et les IRP

Le tribunal de première instance et la cour d'appel se sont montrés particulièrement attentifs et exigeants à ce que l'évaluation des risques et les mesures aux fins de sécurité et de prévention de la santé des salariés associent les salariés et les institutions représentatives du personnel.

S'agissant de l'évaluation des risques, la cour rappelle qu'elle doit respecter le droit d'expression des salariés sur leurs conditions de travail, leur participation en ce qu'ils disposent des connaissances et de l'expérience de leur propre situation de travail et des risques qu'elle engendre. La cour rappelle également que l'INRS préconise que l'évaluation des risques s'opère par unités de travail en y associant les salariés.
L'implication des CSE est également primordiale. La société Amazon justifiant ainsi d'une large implication des CSE d'établissement pour chaque site, même si pour 5 d'entre eux, la cour a considéré que le processus d'évaluation et de modification du DUER n'était pas finalisé. En revanche, sur le site de Boves, l'association du personnel et du CSE d'établissement avait été particulièrement intense. Les membres du CSE de Boves avaient même signé un courrier sollicitant une reprise d'activité au plus tôt et attesté de la qualité du dialogue social avec la direction. Bien que l'évaluation des risques professionnels ait été menée aux yeux de la cour de manière satisfaisante avec une modification adéquate du DUER et une concertation réussie avec les salariés et le CSE d'établissement, la cour considère que cela n'est pas suffisant car elle relève que pour aucun des sites, y compris celui de Boves, le CSE central n'a été préalablement consulté. La cour considère que la contagiosité spécifique du Covid-19 entraîne nécessairement pour la prévenir une modification importante de l'organisation du travail.

Or, en vertu de l'article L. 2316-1 du code du travail, le comité social et économique central d'entreprise exerce les attributions qui concernent la marche générale de l'entreprise et qui excèdent les limites des pouvoirs des chefs d'établissement et est seul consulté en particulier en son alinéa 3° sur les mesures d'adaptation communes à plusieurs établissements des projets prévus au 4° de l'article 2312-8 qui impose qu'il soit informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, notamment sur: 1° Les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs ; 2° La modification de son organisation économique ou juridique ; 3° Les conditions d'emploi, de travail, notamment

la durée du travail, et la formation professionnelle ; 4° L'introduction de nouvelles technologies, tout aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail ; 5° Les mesures prises en vue de faciliter la mise, la remise ou le maintien au travail des accidentés du travail, des invalides de guerre, des invalides civils, des personnes atteintes de maladies chroniques évolutives et des travailleurs handicapés, notamment sur l'aménagement des postes de travail.

La cour en déduit au terme d'un syllogisme inversé que le comité économique et social central devait être seul consulté sur les mesures d'adaptation communes aux six établissements de la société Amazon France Logistique s'agissant d'aménagements importants modifiant les conditions de santé et de sécurité ainsi que les conditions de travail.

Par conséquent, la société Amazon France Logistique aurait dû procéder à une triple association des salariés, des CSE d'établissement et du CSE central. Selon la cour, il appartenait à la société Amazon de consulter le CSE central dans le cadre de l'évaluation des risques - comprenant la modification du DUER -, puis la mise en œuvre des mesures appropriées, sans pour autant ignorer les CSE d'établissement lesquels, dans le cadre de cette démarche d'évaluation, devaient être consultés et associés en leur qualité de représentants des salariés, étant rappelé que le comité social et économique a pour mission de promouvoir la santé, la sécurité et l'amélioration des conditions de travail dans l'entreprise.

Malgré tous les efforts de l'employeur, la cour considère que tant à la date à laquelle les premiers juges ont statué qu'au jour où la cour statue, « l'absence d'une évaluation des risques adaptée au contexte d'une pandémie et en concertation avec les salariés après consultation préalable du CSE central ainsi que l'insuffisance des mesures prises par la société Amazon en contravention avec les dispositions des articles L. 4121-1 et suivants du code du travail » étaient constitutives d'un trouble manifestement illicite et exposaient les salariés, sur chaque site, à un dommage imminent de contamination susceptible de se propager à de personnes extérieures à l'entreprise, et qu'elles demeurent au jour où elles statue.

3. La justification de la poursuite d'activité partielle autorisée

A première vue, il peut sembler exister une certaine contradiction entre le constat juridique assez implacable du tribunal et de la cour sur l'existence d'un trouble manifestement illicite et d'un dommage imminent, de nature générale, y compris s'agissant d'une non-consultation du CSE central pour tous les sites même le plus exemplaire, et la mesure partielle ordonnée pour faire cesser ledit trouble général et le dommage imminent au cas d'espèce.

Le tribunal de première instance avait considéré qu'il y avait lieu d'ordonner à la société de prendre en vue de sauvegarder la santé des salariés des mesures complémentaires de nature à prévenir ou limiter les conséquences de cette exposition aux risques. En conséquence, il lui avait été ordonné par le tribunal judiciaire de Nanterre de « restreindre les activités de ses entrepôts à la réception des marchandises, la préparation et l'expédition des commandes de produits alimentaires, de produits d'hygiène et de produits médicaux tant que la société n'aura pas mis en œuvre, en y associant les représentants du personnel, une évaluation des risques professionnels inhérents à l'épidémie de covid-19 sur l'ensemble de ses centres de distribution ainsi que les mesures prévues à l'article L. 4121-1 du code du travail en découlant ». Afin d'assurer l'effectivité de mesures ordonnées, le tribunal avait assorti sa décision d'une astreinte de 1.000.000 d'euros par jour et infraction constatée.

La cour d'appel la justifie par une motivation plus fournie que celle du tribunal. Elle considère qu'il s'avère nécessaire tant que l'employeur n'aura pas mis en œuvre une évaluation des risques complète et régulière ainsi que les mesures prévues à l'article L. 4121-1 du code du travail en découlant que l'activité de chacun des sites ne puisse pas reprendre sans une limitation des personnes présentes au même moment au sein de l'établissement afin de préserver la distanciation sociale à chaque poste de travail en restreignant les activités des entrepôts à la réception des marchandises, la préparation et l'expédition des commandes de produits de première nécessité ou indispensables notamment au télétravail que le gouvernement a entendu privilégier, lorsqu'il est possible, pour juguler l'épidémie.

Il semble que les deux décisions instaurent une dose de proportionnalité et de modération dans l'intensité des mesures propres à faire cesser le trouble manifestement illicite et à prévenir le dommage imminent pour tenir compte d'une certaine façon de l'importance des mesures prises par l'entreprise pour prévenir le trouble et le dommage en cause.

Au-delà d'une motivation plus complète, l'arrêt de la cour d'appel corrige et adoucit sur deux points la décision de première instance :

- Le montant de l'astreinte est ramené de 1.000.000 d'euros à 100.000 euros ;
- La liste des produits correspondant aux activités pouvant être poursuivies est précisée et élargie. Sont désormais visés les produits High-tech, Informatique, Bureau, « Tout pour les animaux » répertorié dans la rubrique Maison, Bricolage, Animalerie, « Santé et soins du corps », « Homme », « Nutrition », « Parapharmacie », répertoriés dans la rubrique Beauté, Santé et Bien-Etre, Epicerie, Boissons et Entretien. En revanche, les livres et la musique qui constituent une grande partie de l'activité demeurent exclus. Selon le syndicat à l'origine de l'action, les activités autorisées représenteraient environ 50 % de l'activité habituelle des entrepôts (cf. les déclarations de Laurent Degousée publiées par Les Echos du lundi 27 avril 2020).

Il reste à savoir à présent comment le groupe Amazon va gérer cette nouvelle décision.

Pour les entreprises, il doit s'agir d'un signal. De façon générale, en cas de problème, il faut se préparer au pire procédural, à savoir une assignation en référé d'heure à heure pour trouble manifestement illicite et dommage imminent, donc à un *blitzkrieg* judiciaire éprouvant et stressant. S'agissant de la poursuite d'activité dans la crise actuelle ou de la préparation d'une reprise d'activité lors du déconfinement, il convient d'analyser avec soin la grille d'analyse de la cour sur l'évaluation des risques, les mesures prises aux fins de sécurité et de prévention de la santé des salariés et ses exigences en termes d'implication des salariés et des IRP pour éviter de se retrouver dans la situation d'Amazon.

Louis et Joseph Vogel

Vogel & Vogel
30 avenue d'Iéna - 75116 Paris
Tél. : +33 (0) 1 53 67 76 20
Fax : +33 (0) 1 53 67 76 25
E-mail : vogel@vogel-vogel.com
Suivez-nous sur
www.vogel-vogel.com - www.vogel-global.com